

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

PUC/SP

Débora de Assis Pacheco Andrade

Limites do controle do Tribunal de Contas da União sobre contratações públicas

Mestrado em Direito

São Paulo

2016

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

PUC/SP

Débora de Assis Pacheco Andrade

Limites do controle do Tribunal de Contas da União sobre contratações públicas

Mestrado em Direito

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Administrativo, sob a orientação do Prof. Dr. Clóvis Beznos.

São Paulo

2016

Banca Examinadora:

Agradecimentos

Agradeço à minha família, pelo apoio incondicional e pelo suporte em todos os momentos. À minha mãe, Ana Beatriz, por me fazer acreditar que eu posso ser sempre melhor. Ao meu marido, Marcelo, por ter compreendido a minha ausência e me acompanhado nessa jornada. Essa conquista também é sua.

Aos meus colegas do escritório Rubens Naves, Santos Jr. Advogados Associados, em especial, aos sócios titulares, Dr. Rubens Naves e Dr. Belisário Santos Jr., e aos advogados da área de direito público: Guilherme Amorim Campos da Silva, Daniela D'Ambrosio, Marcela Cristina Arruda Nunes, Gabrielle Ferreira de Carvalho Issaac Chalita, Antônio Cristhiano Braga Guimarães e Kleyton Rogério Machado Araújo. Tenho plena convicção de que nada disso seria possível se não fosse o incentivo e o carinho de cada um de vocês.

Por fim, agradeço a todos os professores que, de alguma forma, contribuíram para o aperfeiçoamento deste trabalho. Nesse sentido, uma reverência especial aos Professores Clovis Beznos, Letícia Queiroz de Andrade e Jacintho Arruda Câmara.

RESUMO

O presente estudo avalia se o controle exercido pelo Tribunal de Contas da União sobre os contratos administrativos encontra guarida nas suas competências constitucionais e infraconstitucionais.

A análise de julgados prolatados pelo Tribunal de Contas da União nos cinco últimos anos revela que a sua atuação não se coaduna plenamente com as bases constitucionais e legais, em virtude, basicamente, das seguintes evidências: decisões que recaem sobre matéria que extrapolam a temática financeiro-orçamentária; que revisam escolhas discricionárias feitas pelo administrador público e que interferem em cláusulas contratuais celebradas entre o Poder Público e o particular.

Com efeito, notou-se que o Tribunal de Contas da União, imbuído da relevante missão de salvaguardar o patrimônio público e de contribuir para o aprimoramento da gestão pública, expandiu a sua atuação para além do exame das contas, invadindo esferas que competem exclusivamente aos Poderes Executivo e Legislativo.

Por outro lado, notou-se haver no Tribunal de Contas da União uma tendência de se aproximar do administrador público e do contratado, revelando uma alteração na sua natureza institucional, marcada pelo caráter sancionatório, para uma postura conciliadora e colaborativa.

Essa mudança no eixo de atuação do Tribunal de Contas da União, se adstrita às matérias da sua jurisdição e respeitadas as escolhas administrativas, pode operar como um importante indutor do desenvolvimento econômico nacional.

Palavras-chave: Tribunal de Contas da União, controle externo, Direito Administrativo, competências constitucionais e legais, limites da atuação, discricionariedade, desenvolvimento nacional.

ABSTRACT

This study analyzes whether the external control exercised by the Brazilian Federal Court of Auditors (*Tribunal de Contas da União*) on administrative contracts is within its constitutional and infra constitutional competences.

The analysis of cases judged the by Brazilian Federal Court of Auditors in the last five years shows that their practice is not fully consistent with the constitutional and legal basis, basically due to the following evidence: decisions on such matters which go beyond the financial-budget issue; which review discretionary choices of the public administrator and that interfere in contractual arrangements concluded between the public authorities and the private parties.

Indeed, it was noted that the Brazilian Federal Court of Auditors, imbued with the relevant mission to protect the public treasury and to contribute to the improvement of public administration, has expanded its activities beyond the examination of accounts, trespassing exclusive competes of the executive and legislative powers.

On the other hand, a tendency to approximate the public administrator and the contracted party was noted in the Brazilian Federal Court of Auditors, revealing a change in its institutional nature marked by a punitive character to a conciliatory and collaborative approach.

This shift in the focus of the Brazilian Federal Court of Auditors can operate as an important inducer of the national economic development, as long as limited to matters within its jurisdiction and respecting administrative choices.

Keywords: Brazilian Federal Court of Auditors, Tribunal de Contas da União, external control, administrative law, constitutional and legal competences, limits of performance, discretion, national development.

SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac. – Acórdão

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

AGU – Advocacia-Geral da União

ARE - Recurso Extraordinário com Agravo

Art. – Artigo

IN – Instrução Normativa

LOTUCU – Lei Orgânica do TCU

Min. – Ministro

MS – Mandado de Segurança

Rel. – Relator

RE – Recurso Extraordinário

REsp. – Recurso Especial

RITCU – Regimento Interno do TCU

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TCE – Tribunal de Contas do Estado

TCU – Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. ORIGENS DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	14
3. TRIBUNAL DE CONTAS	18
3.1. Configuração no direito estrangeiro.....	18
3.1.1 Sistema de Tribunais de Contas	18
a) Modelo francês.....	19
b) Modelo Belga.....	20
c) Modelo italiano	20
3.1.2 Controladorias ou Auditorias-Gerais	21
3.1.3 Análise comparativa entre os dois modelos de controle	22
3.2. Tribunal de Contas da União no Brasil.....	25
3.2.1 Configurações constitucionais anteriores ao Texto de 1988.....	25
3.2.2 Debates da Assembleia Nacional Constituinte	31
3.2.3 Conformação do TCU na Constituição Federal de 1988	33
3.2.3.1 Competências constitucionais do Tribunal de Contas	34
a) Natureza funcional do Tribunal de Contas e das suas decisões.....	37
b) Objeto, parâmetros e produtos decorrentes da fiscalização do TCU	42
c) Sustação de contratos públicos	45
d) Aplicação de sanções	47
3.2.4 Competência legal do Tribunal de Contas da União.....	51
a) Fiscalizações sobre contratos administrativos	51
b) Aplicação de sanções	57
c) Adoção de medidas cautelares	59
d) Controle de constitucionalidade	64
e) Aprovação de acordo de leniência	66

f) Controle sobre processos licitatórios.....	71
4. CONTRATAÇÕES PÚBLICAS	75
4.1 A conformação legal do dever de licitar no ordenamento pátrio	75
4.2 Exercício do poder discricionário nas contratações públicas.....	85
4.3 A atuação do TCU e o exercício do poder discricionário	92
5. ANÁLISE DOS JULGADOS	102
6. CONCLUSÕES	119
7. REFERÊNCIAS.....	123

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 traçou novos limites para o controle externo das entidades da Administração Pública direta e indireta exercido pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União.

O controle, até então executado sob o prisma legal-formal, passou a examinar a eficiência, a eficácia e a economicidade dos atos praticados pelos responsáveis por bens e valores públicos.

Nos anos que se seguiram à promulgação da Carta vigente, diversas leis ampliaram o rol de atribuições do Tribunal de Contas da União, a exemplo da Lei Orgânica do TCU (Lei n.º 8.443/1992); Lei de Licitações e Contratos Públicos (Lei n.º 8.666/1993); Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n.º 101/2000), e edições anuais da Lei de Diretrizes Orçamentárias e da Lei Orçamentária.

Somaram-se a esses regramentos as inúmeras instruções normativas emanadas pelo Tribunal de Contas da União, fundadas no Art. 3.º da sua Lei Orgânica,¹ que também tratam sobre as atividades a serem desempenhadas pela Corte de Contas, a exemplo da IN n.º 52/2007, que prevê o controle sobre procedimentos de licitação e execução contratual de Parcerias Público-Privadas.

Esse plexo normativo, ao mesmo tempo em que elasteceu o âmbito de atuação da Corte de Contas, conferiu-lhe poderes infraconstitucionais para o exercício das suas atribuições. Podem ser citados, como exemplo, a inabilitação para exercício de cargo público, a adoção de medidas cautelares com o fim de declarar a indisponibilidade e o arresto de bens do responsável, bem como suspender o ato impugnado, com ou sem a oitiva da parte.

A outorga dessas competências legais, sobretudo aquelas de caráter sancionatório, contribuíram para o crescimento do protagonismo do TCU nos últimos anos e para o aumento da sua interferência em atos decisórios do Poder Público.

No caso específico dos contratos administrativos, a atuação do TCU reflete essa tendência de sindicatizar questões que transpassam aspectos formais e legais. Além de

¹ Art. 3.º Ao Tribunal de Contas da União, no âmbito de sua competência e jurisdição, assiste o poder regulamentar, podendo, em consequência, expedir atos e instruções normativas sobre matéria de suas atribuições e sobre a organização dos processos que lhe devam ser submetidos, obrigando ao seu cumprimento, sob pena de responsabilidade.

examinar se o procedimento licitatório e o ajuste decorrente observam o regramento aplicável à matéria, tem-se, cada vez mais, ampliado a sua interferência na gestão dos contratos administrativos.

Como consequência, sob o manto de assegurar a observância dos princípios da economicidade, eficiência e eficácia, escolhas do administrador são revistas e cláusulas contratuais desconstituídas, ainda que revestidas pelo ato jurídico perfeito.

É nesse contexto que se pretende avaliar se a atuação do TCU, nos moldes atuais, ainda que amparada pela legítima pretensão de salvaguardar o patrimônio público e aprimorar a gestão administrativa, está inserida dentro dos limites traçados pelo constituinte.

Mais precisamente, quer saber se o TCU detém competência constitucional para: invalidar contratos administrativos, direta ou indiretamente; determinar a alteração unilateral de preços contratuais; determinar a retenção de pagamentos ou a realização de aditamentos em contratos administrativos; entre outras medidas que atingem diretamente atos jurídicos perfeitos.

Pretende-se avaliar, outrossim, se as determinações feitas pelo Tribunal de Contas da União não aniquilam poderes legítimos conferidos ao administrador público para efetuar escolhas com o propósito de melhor atender o interesse público, isto é, se tem assumido papel próprio dos gestores públicos, exigindo aplicação de fórmulas prontas e acabadas.

Nessa mesma perspectiva, será apurado se o Tribunal de Contas da União tem se posicionado como indutor do aperfeiçoamento da governança e da gestão pública,² ou se, diversamente, tem obstaculizado a implementação de projetos e ações imprescindíveis para o desenvolvimento nacional.

Compreender as questões postas neste estudo mostra-se relevante se considerado que as contratações públicas representam uma das principais ferramentas para o

² O Plano Estratégico do TCU para o período de 2011-2015 elegeu a melhoria da governança pública como uma de suas principais diretrizes.

De acordo com o Relatório de Atividades de 2014 do TCU, Governança no setor público compreende essencialmente os mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade. Disponível em: <www.tcu.gov.br>, p. 201. Acesso em: 31 out. 2015.

desenvolvimento nacional, na medida em que viabilizam o implemento de políticas públicas, melhorias na infraestrutura, além de fomentar o mercado econômico interno.

Por conseguinte, eventual extrapolação das competências atribuídas à Corte de Contas, nessa seara, pode impactar na consecução dos objetivos pretendidos pelo próprio Poder Público.

A abordagem do tema proposto será centrada no Tribunal de Contas da União, em razão de a Instituição, ainda que não esteja em posição hierárquica superior em relação às Cortes de Contas estaduais e municipais, ter sido tratada pelo constituinte como “órgão paradigmático” ao dispor que as normas estabelecidas em relação ao TCU aplicam-se, *no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios*.³

Ademais, por competir-lhe a fiscalização do emprego de recursos federais, os contratos públicos auditados pelo TCU têm relevância para o País de modo geral, ampliando a utilidade das reflexões que se pretende fazer nesta dissertação a partir da análise de julgados prolatados pela Corte de Contas.

O estudo terá como ponto de partida as origens do controle financeiro da Administração Pública. Conforme se verá, embora as instituições de controle tenham se consolidado no início do século XX, a fiscalização dos gastos públicos é intrínseca à formação e à expansão do Estado.

A partir dessa evolução histórica, serão identificadas as principais características das instituições superiores de controle no direito comparado, como forma de avaliar as particularidades e os pontos de contato entre os modelos existentes no mundo ocidental.

Discorrer-se-á, então, sobre o Tribunal de Contas da União a partir do tratamento conferido à instituição no ordenamento pátrio antes da Constituição Federal de 1988, como forma de compreender as razões, sob os aspectos político, econômico e social, que conduziram à sua conformação atual.

³ Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.

Na sequência, tendo como base a legislação vigente, serão delineadas as competências constitucionais e legais do Tribunal de Contas da União, justamente para traçar os limites do seu campo de atuação.

Será, então, avaliada a conformação do processo de contratação pública no ordenamento jurídico. Essa análise também se dará a partir de uma perspectiva histórica, com o mesmo propósito de identificar de que modo o contexto político, econômico e social vigente em determinada época influenciaram as escolhas feitas pelos parlamentares ao fixarem as regras e os parâmetros a serem observados nas contratações públicas.

A partir das diretrizes que norteiam as contratações públicas serão feitas breves considerações sobre a outorga e o exercício do poder discricionário pelo administrador público nos contratos administrativos.

Delimitado o campo de atuação do poder discricionário conferido ao administrador público nos contratos administrativos e à luz das competências constitucionais atribuídas do Tribunal de Contas da União, serão examinados julgados prolatados pela Corte de Contas no período de 2011 a 2015.⁴

O exame de casos concretos tem o propósito de averiguar se o controle exercido pelo TCU extrapola suas competências constitucionais e legais, bem como se aniquila o poder discricionário conferido ao administrador público.

Por fim, serão apresentadas as conclusões e propostas sobre o tema.

⁴ Como forma de delimitar o campo de pesquisa, elegeu-se o período compreendido pelo último Plano Estratégico do TCU (2011-2015). A escolha foi pautada pela percepção de que análise nesse período permitiria avaliar o posicionamento atual do TCU, ainda que dentro desse curto espaço de tempo já seja possível observar algumas mudanças nas suas orientações jurisprudenciais.

2. ORIGENS DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O controle das finanças públicas é intrínseco ao processo de formação das civilizações organizadas. No Egito, 3.000 anos a.C., registros nos papiros referentes ao Faraó Menés I apontam a existência de uma classe de funcionários públicos, os *escribas*, que supervisionavam toda a administração pública e eram responsáveis pela cobrança de impostos.⁵

Na Índia, 1.300 anos a.C., o Código de Manu trazia normas de administração financeira, de fiscalização e regulamentação da coleta de rendas públicas. Na Grécia Antiga também existia a função de fiscal das atividades estatais. Em Atenas havia um órgão similar ao das cortes de contas, composto por oficiais, os *hellénotamiai*, responsáveis por examinarem a prestação de contas daqueles que exerciam alguma função pertinente à administração pública e comando.⁶

Em Roma, o sistema de controle das finanças públicas era realizado principalmente pelo Senado. Havia, ainda, a figura dos *Tabularii* e *Numerarii*, que funcionavam como uma espécie de verificador de contas, assistindo aos magistrados na execução das suas funções.⁷

Na Idade Média, concomitante à formação dos Estados Modernos, foram implantados dois modelos de órgãos de controle, motivados por preocupações distintas: assegurar a boa gestão dos recursos públicos e limitar a atuação do Poder Executivo.

A preocupação de viés gerencial, tendente a aumentar a eficiência da administração, decorre do processo de racionalização da administração, com a expansão das tarefas nas áreas fiscal, judicial e militar; e a profissionalização dessas atividades por funcionários públicos.⁸

⁵ BARROS, Lucivaldo Vasconcellos. TCU: presença história nacional. *Prêmio Serzedello Corrêa 1998*: monografias vencedoras. Brasília: TCU – Instituto Serzedello Corrêa, 1999. p. 223.

⁶ CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. *Tratado de ciência da administração e direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Livreiro Editor Jacintho Ribeiro dos Santos, 1914. p. 694-695 apud CABRAL, Flávio Garcia. *O Tribunal de Contas da União na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Verbatim, 2014. p. 75.

⁷ SIQUEIRA, Bernardo Rocha. O Tribunal de Contas da União de ontem e de hoje. *Prêmio Serzedello Corrêa 1998*: monografias vencedoras. Brasília: TCU – Instituto Serzedello Corrêa, 1999. p. 145.

⁸ SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil*. Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, 2000. p. 32.

Naquela época, instituições superiores de fiscalização, vinculadas ao Poder Executivo, deveriam auxiliar o governo a evitar desperdícios e desvios de recursos públicos.⁹ Suas funções tinham, portanto, a dupla finalidade de aumentar a eficiência das políticas públicas implementadas e obstar irregularidades no emprego de recursos públicos.

O segundo aspecto fundante – o controle a ser exercido sobre o Poder Executivo – decorreu da necessidade de apoiar o Poder Legislativo na tarefa de realizar o controle externo sobre a administração. Com a expansão do aparelho estatal, tanto em termos de volume como de complexidade, tornou-se indispensável a existência de um órgão auxiliar para desempenhar essas funções de forma permanente.¹⁰

O *Exechequer*, na Inglaterra, foi instituído com o propósito de auxiliar o Poder Legislativo a fiscalizar os atos da Administração Pública, enquanto o *Chambre de Comptes*, na França, visava contribuir para melhoria das tarefas desempenhadas pelos órgãos do Poder Executivo.¹¹

No século XVIII, o controle sobre as contas públicas figurava entre os vetores da Revolução Francesa. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de forma expressa, consignava que todas as pessoas têm direito de conhecer a respeito dos fatos da administração pública e exigir a prestação de contas dos administradores.¹²

A inclusão dessas prerrogativas no texto que pretendeu declarar solenemente os *direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem* como forma de afastar os *males públicos e da corrupção dos Governos*¹³ evidencia que o controle das finanças públicas

⁹ SPECK, Bruno Wilhelm; NAGEL, José. A fiscalização dos recursos públicos pelos tribunais de contas. *Caminhos da transparência: análise dos componentes de um sistema nacional de integridade*. Campinas: Editora da Unicamp, 2002. p. 227.

¹⁰ De acordo com Bruno Wilhelm Speck, esses dois modelos são a gênese das instituições de controle que surgiram no mundo ocidental no transcorrer do século XVIII e XIX (SPECK, Bruno Wilhelm; NAGEL, José. A fiscalização dos recursos públicos pelos tribunais de contas. *Caminhos da transparência: análise dos componentes de um sistema nacional de integridade*. Campinas: Editora da Unicamp, 2002. p. 227.)

¹¹ ALMEIDA, Guilherme Henrique de la Rocque. *Controle das transferências financeiras da União*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 67.

¹² São os direitos inscritos nos arts. 14 e 15 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: Art. 14. Todos os cidadãos têm o direito de verificar, pessoalmente, ou por meio de representantes, a necessidade da contribuição pública, bem como de consenti-la livremente, de fiscalizar o seu emprego e de determinar-lhe a alíquota, base de cálculo, a cobrança e a duração.

Art. 15. A sociedade tem o direito de pedir, a todo agente público, que preste contas de sua administração

¹³ O preâmbulo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão assim dispõe: Os representantes do povo francês, reunidos em Assembleia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos **males públicos e da corrupção dos Governos, resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de**

e a transparência das informações decorrentes das prestações de contas são características próprias de Estados com viés democrático, que priorizam o interesse público.

Ainda assim, foi somente durante o século XIX que a preocupação com o controle financeiro tomou a dimensão que resultou na criação de instituições específicas em muitos países, porém com competências limitadas, nem sempre independentes, para o exercício do controle financeiro.

Nesse período de profundas modificações em relação à base de legitimidade do poder estatal, tanto as monarquias constitucionais como os novos regimes republicanos introduziram mecanismos próprios de controle para aumentar a racionalidade do uso de recursos públicos.

No transcorrer do século XX, as instituições de controle financeiro, tanto aquelas originárias do modelo inglês como aquelas influenciadas pelo modelo francês, a exemplo do Brasil, passaram a examinar a eficiência e a eficácia dos atos praticados pela Administração Pública.

Essa mudança no eixo do controle das contas públicas acompanhou as transformações do próprio Estado, que passou de uma intervenção mínima na vida privada, guiada pelos ideais liberais, para um governo altamente intervencionista, preocupado em garantir aos cidadãos direitos fundamentais (saúde, educação, segurança, moradia, entre tantos outros).

Com isso, era natural que as instituições de controle externo abandonassem uma fiscalização quase burocrática das contas públicas para um controle que apurasse também os resultados. De fato, quando se pretende sustentar uma gama de direitos fundamentais, é indispensável apurar se há equilíbrio orçamentário para tanto.

que esta declaração, sempre presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre permanentemente seus direitos e seus deveres; a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, podendo ser a qualquer momento comparados com a finalidade de toda a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral. Em razão disto, a Assembleia Nacional reconhece e declara, na presença e sob a égide do Ser Supremo, os seguintes direitos do homem e do cidadão: [...] (destacamos). Documento disponível na Biblioteca virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em: 3 dez. 2015.

Ricardo Lobo Torres sintetiza bem as modificações pelas quais passaram os órgãos de controle externo no Brasil e no mundo:

As Constituições da Alemanha (1949, reformada em 1967 e 1969), da Itália (1947) e da Espanha (1978) já haviam trazido inúmeros aperfeiçoamentos no campo do controle de contas. Na década de 80 foram introduzidas modificações substanciais nas legislações de vários países (Suécia, Inglaterra, Suíça, Estados Unidos, Canadá) e ainda continua, em outros, a discussão sobre a necessidade de reforma. A perspectiva oferecida pelo direito comparado torna-se, pois, relevante para o exame de novo papel da Corte de Contas.

No texto de 1988 surge a novidade do controle da “legalidade, economicidade e legitimidade”. As Constituições anteriores se referiam, apenas, incidentalmente, ao controle da legalidade. Agora os Tribunais de Contas estendem a sua atuação também à economicidade e à legalidade. É ler o artigo 70 [...]

O dispositivo encontrou uma primeira inspiração no artigo 144 da Constituição de Bonn:

“O Tribunal Federal de Contas, cujos membros possuem independência judicial, controlará as contas assim como a economicidade e a legalidade da gestão orçamentária e econômica”.

Aproxima-se, também, da Constituição da Itália:

“Art. 100. O Tribunal de Contas (Corte dei Conti) exerce o controle preventivo quanto à legalidade dos atos do Governo, como também sobre a exatidão do balanço do Estado”.

Tem ponto de contato, igualmente, o artigo 31 da Constituição da Espanha:

“El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía”.¹⁴

Diante do exposto, é possível afirmar que a ampliação dos poderes atribuídos aos Tribunais de Contas no Brasil pela Constituição vigente, além de refletir uma tendência mundial, coaduna-se com o Estado contemporâneo multidimensional.¹⁵

¹⁴ TORRES, Ricardo Lobo. A legitimidade democrática e o tribunal de contas. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: RT, n. 4, p. 186, ano 1993.

¹⁵ Entendemos por Estado multidimensional aquele que se compromete pelo desenvolvimento material e imaterial socialmente inclusivo.

3. TRIBUNAL DE CONTAS

3.1. Configuração no direito estrangeiro

No mundo ocidental são identificados dois modelos principais de controle financeiro externo da Administração Pública, cada qual com características próprias. Nos países da Europa continental, a fiscalização é efetuada por Tribunais de Contas,¹⁶ enquanto nos países de herança anglo-saxônica a fiscalização é realizada por Controladorias ou Auditorias-Gerais.¹⁷

Eduardo Botelho Gualizzi acrescenta a essas duas vertentes do controle financeiro externo o modelo germânico, que exerce somente atribuições de controle e algumas funções consultivas em relação ao Parlamento e ao Governo; o escandinavo, que tem competência repartida entre uma série de órgãos e a figura do *Ombudsman*,¹⁸ e o socialista, presente nos países da antiga União Soviética, onde há um ofício de controle que atua como simples apoio ao Executivo e Legislativo.¹⁹

Neste estudo, para não se estender sobre a matéria, além do modelo de Tribunal de Contas, serão analisadas algumas das particularidades do sistema de Controladoria, por deter pontos de contado com a sistemática adotada no País.

3.1.1 Sistema de Tribunais de Contas

O modelo de Tribunais de Contas possui como característica: o processo decisório assentado por colegiados; vitaliciedade de ministros e conselheiros; poderes jurisdicionais (na instância administrativa); poder coercitivo; autonomia perante os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, além de atuar mediante procedimentos formais e essencialmente legalistas.²⁰

¹⁶ Entre os países que adotam o sistema de Tribunal de Contas, citam-se como exemplo: Alemanha, Bélgica, Espanha, França, Itália, Portugal e Brasil.

¹⁷ MEDAUAR, Odete. *O controle da Administração Pública*. 3. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 127.

¹⁸ A terminologia *Ombudsman* decorre do idioma sueco, significando, literalmente, “homem encarregado de missão pública” (CABRAL, Flávio Garcia. *O Tribunal de Contas da União na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Verbatim, 2014. p. 89).

¹⁹ GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Regime jurídico dos Tribunais de Conta*. São Paulo: RT, 1992. p. 34-36.

²⁰ RIBEIRO, R.J.B. O problema central do controle externo pode ser resumido ao debate sobre modelos? *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília: TCU, v. 33, n. 93, p. 62-63, jul.-set. 2002.

José Cretella Jr. aponta que os três tipos fundamentais e clássicos de tribunais de contas são o francês, o italiano e o belga.²¹ As instituições de controle implantadas nesses países, cada qual com características próprias, influenciaram diretamente no arquétipo adotado em outros países do ocidente, incluindo o Brasil.

Sendo assim, passar-se-á a tecer breves considerações sobre o modelo de controle externo financeiro adotado nesses três países.

a) Modelo francês

O Tribunal de Contas francês é constituído de pessoal hierarquizado, sendo os seus membros inamovíveis e, em relação aos magistrados, é assegurada a vitaliciedade. No sistema francês há a distinção entre as figuras do ordenador de despesas, *ordonnateurs*, e o contador público, *comptables*, este último responsável por efetuar o pagamento e controlar a atuação do ordenador.

Nessa função, o contador público tem o poder-dever de se recusar a efetuar o pagamento proposto pelo ordenador de despesa em caso de esgotamento orçamentário. À Corte de Contas, por sua vez, compete a sindicância, *a posteriori*, dos atos praticados por ambas as figuras. Entretanto, enquanto a natureza do controle exercido sobre o contador público é jurisdicional, em relação ao ordenador de despesa é puramente administrativa.²²

Na sua origem, o exame realizado pela Corte de Contas recaía apenas sobre as contas e os contadores. Após a Segunda Guerra Mundial, com a expansão das tarefas do Estado, essa competência dilatou-se e passou a contemplar o controle da gestão dos serviços e o bom emprego da renda pública pelo legislador.

A Corte francesa também assiste o Parlamento e o Governo no controle da execução das leis de finanças, e suas decisões são passíveis de revisão pelo Conselho de Estado, assim como o são as decisões dos Tribunais Administrativos na França.²³

²¹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*, v. VI/105 e 106, Rio-São Paulo: Forense apud GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Regime jurídico dos Tribunais de Conta*. São Paulo: RT, 1992. p. 60.

²² CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 108 apud CABRAL, Flávio Garcia. *O Tribunal de Contas da União na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Verbatim, 2014. p. 85.

²³ A França adota o sistema de dualidade de jurisdição administrativa, ficando a carga do Conselho de Estado julgar as causas em que a Administração figura como parte.

b) Modelo Belga

O Direito Administrativo na Bélgica permaneceu sob o domínio francês e holandês até a sua independência no ano de 1830, sendo a Corte de Contas instituída apenas no ano de 1883.

A Corte de Contas belga exerce controle preventivo sobre as operações de Tesouraria, controla o ingresso e o dispêndio de fundos, assim como a legitimidade das relações jurídicas atinentes às operações contábeis, a fim de impedir operações orçamentárias sem aprovação do Parlamento.

O Tribunal de Contas possui, portanto, competência para obstar as despesas estatais, sendo possível, contudo, a desconstituição do ato pelo Chefe do Poder Executivo. Há, também, a figura dos registros sobre protesto, que ocorre na hipótese de o Primeiro-Ministro determinar o registro de um ato administrativo, ainda que considerado irregular pelo Tribunal de Contas.

Nota-se que o controle *a priori* exercido pela Corte de Contas belga é subordinado e condicionado pelo Poder Executivo, a quem compete, em última instância, atestar a regularidade dos atos dos gestores das finanças públicas.

As decisões emanadas pela Corte de Contas estão sujeitas, ainda, ao exame das Cortes de Cassação, mas a revisão é restrita aos casos em que houver violação da lei.²⁴

c) Modelo italiano

A *Corte dei Conti* foi instituída em 1862, um ano após a unificação do Reino da Itália.

O Tribunal de Contas italiano é órgão auxiliar do Poder Executivo, mas suas deliberações dirigem-se exclusivamente ao Poder Legislativo. Sob o ângulo material, dispõe de absoluta autonomia, constitucional e legal, em relação aos Poderes Legislativo e Executivo.

O controle de legitimidade sobre a Administração Pública é exercido preventiva (*a priori*) ou sucessivamente (*a posteriori*), a depender do caso concreto e da espécie considerada.²⁵

²⁴ CABRAL, Flávio Garcia. *O Tribunal de Contas da União na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Verbatim, 2014. p. 87.

O controle prévio difere do modelo belga porquanto no sistema italiano o veto é tido como absoluto à execução das despesas consideradas irregulares, não sendo admitida a desconstituição pelo chefe do Poder Executivo.

De acordo com Eduardo Lobo Botelho Gualazzi, Rui Barbosa inspirou-se no modelo italiano quando propôs a instituição de um Tribunal de Contas no Brasil. O então Ministro da Fazenda do Governo Provisório, ao definir a futura instituição, teria dito que à Corte caberia obstar a perpetração de infrações orçamentárias, por um veto oportuno aos atos do Executivo, que direta ou indiretamente, próxima ou remotamente, discrepem da linha rigorosa da lei das finanças.²⁶

Aliás, o próprio doutrinador é adepto do modelo italiano. No seu entender, *seria imprescindível readotar-se o modelo de Tribunal de Contas proposto por Ruy Barbosa – o “tipo italiano” – com controle externo a priori.*²⁷

Conforme se verá mais adiante neste estudo, outros doutrinadores de igual renome filiam-se a essa corrente. Sem prejuízo de retomarmos essa questão oportunamente, cumpre, desde logo, adiantarmos que o modelo italiano, embora possa representar uma forma eficaz de evitar a concretização de danos ao patrimônio público, não nos parece o mais adequado se consideradas a dinâmica e a complexidade dos Estados contemporâneos.

3.1.2 Controladorias ou Auditorias-Gerais

O Sistema de Auditor-Geral/Controladoria caracteriza-se, em regra, por ser órgão singular desprovido de poderes jurisdicionais, competente para exercer o mero controle financeiro dos gastos públicos, por meio de emissão de relatório ou pareceres, apontando as deficiências verificadas em determinada ação de inspeção ou auditoria.

Na Grã-Bretanha, por exemplo, o controle externo, exercido apenas no tocante à legitimidade da despesa, fica a cargo do *Comptroller and Auditor General*,²⁸ órgão unipessoal e independente, nomeado pela Coroa.

²⁵ GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Regime jurídico dos Tribunais de Conta*. São Paulo: RT, 1992. p. 88.

²⁶ GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Regime jurídico dos Tribunais de Conta*. São Paulo: RT, 1992. p. 216.

²⁷ ²⁷ GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Regime jurídico dos Tribunais de Conta*. São Paulo: RT, 1992. p. 216.

²⁸ Controlador e Auditor-Geral.

Nos Estados Unidos há o *General Accountig Office*, dirigido por um controlador-geral de contas (*Comptroller General*). O controlador-geral é nomeado pelo chefe do Poder Executivo, em consonância com o parecer do Senado, para um mandato de quinze anos, e é responsável exclusivamente perante o Congresso.

O auditor exerce controle externo sobre a conduta contábil do Poder Executivo, mas também pode efetuar verificação contábil sobre operações financeiras dos organismos legislativos e judiciários; além disso, audita todos os organismos que recebem fundos do Governo Federal.

3.1.3 Análise comparativa entre os dois modelos de controle

Renato Jorge Brown Ribeiro aponta que os Tribunais de Contas realizariam “controles administrativos *judicialiformes*, com procedimentos de fiscalização formais, burocráticos e eminentemente legalista”, ao passo que os modelos de controladorias se caracterizariam pelo “controle de caráter opinativo ou consultivo, destituído de poderes jurisdicionais e coercitivos, vinculação a algum dos poderes que possam gerar força coercitiva, uso predominante de técnicas e procedimentos de auditoria das empresas privadas”.²⁹

Os aspectos que diferenciam os modelos de controle externo estão sintetizados na tabela a seguir:

Sistema de Controladoria	Tribunal de Contas
Órgão vinculado a um dos poderes do Estado, normalmente do Legislativo.	Órgão, normalmente, independente dos poderes ou auxiliar do Legislativo em determinadas ações.
Decisões não têm caráter jurisdicional, isto é, não coercitivo, de julgamento, mas sim consultivo. Sanções são impostas por outros organismos competentes.	Ações e decisões têm caráter jurisdicional e, em alguns casos, administrativo, com poder de aplicar sanções.
Utiliza técnicas de auditoria das empresas privadas.	Tramitação dos processos em estruturas burocráticas.
Dirigentes são eleitos e exercem mandato.	Estrutura de direção formada por um colegiado. Dirigentes exercem função em cargo vitalício.

²⁹ RIBEIRO, R.J.B. O problema central do controle externo pode ser resumido ao debate sobre modelos? *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília: TCU, v. 33, n. 93, p. 63-65, jul.-set. 2002.

A despeito das diferenças entre os dois sistemas de controle externo, mudanças sociopolíticas ocorridas nas últimas décadas criaram pontos de convergência, sobretudo no tocante aos parâmetros de fiscalização.

Conforme mencionado no Capítulo anterior, a ampliação do papel do Estado no campo econômico e dos serviços públicos oferecidos à população, tanto nos países sob influência do modelo anglo-saxão como naqueles influenciados pelo sistema adotado na Europa continental, contribuiu para que a fiscalização exercida pelas Cortes de Contas e pelas Controladorias fosse além da verificação dos aspectos formais dos atos administrativos.

Passou a predominar a lógica de que o exame de legalidade deveria ser complementado pela análise da boa gestão da atividade financeira sob o aspecto dos resultados alcançados. Em consequência, na maioria das instituições fiscalizadoras de dinheiro público, foi acrescida ao exame da legalidade e regularidade a análise da eficiência, economicidade e eficácia dos gastos.

As principais características dos órgãos de controle externo de países que adotam ambos os sistemas estão sintetizadas no quadro a seguir:

			FISCALIZAÇÃO				
Países	Decisão Colegiada	Poder Judicante	A Priori	A Posteriori	Da Adm. Indireta	De Legalidade	De Gestão
Alemanha	[✓]	[✓]	[]	[✓]	[✓]	[✓]	[✓]
Brasil	[✓]	[✓]	[✓]	[✓]	[✓]	[✓]	[✓]
EUA	[]	[]	[]	[✓]	[✓]	[✓]	[✓]
França	[✓]	[✓]	[]	[✓]	[✓]	[✓]	[✓]
Itália	[✓]	[✓]	[✓]	[✓]	[]	[✓]	[✓]
Portugal	[✓]	[✓]	[✓]	[✓]	[✓]	[✓]	[✓]
R. Unido	[]	[]	[]	[✓]	[✓]	[✓]	[✓]

Fonte: BROWN, Renato Jorge. *Controle externo da administração pública federal no Brasil: o TCU – uma análise jurídico-administrativa*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 18.

Nota-se que no caso do Brasil o controle externo assume características híbridas ao desenvolver atribuições típicas de controladoria com uma estrutura de Tribunal de Contas. A identificação dessas características conduz à conclusão de que não temos

mais uma estrutura simples de tribunal, mas um modelo composto por processo decisório com estruturas de fiscalização típicas de controladoria.³⁰

Vale ressaltar que, a rigor, não há um modelo que represente a melhor forma de sindicatar os atos e contratos celebrados pela Administração Pública. O que se tem são modelos que se adaptam à realidade e às necessidades de cada país. A ausência de correlação lógica entre a eficiência da Administração Pública com o modelo de controle externo adotado é reforçada pelos dados registrados no relatório disponibilizado pela Transparência Internacional no ano de 2014, que mediu a percepção de corrupção em 175 países.³¹

Entre os primeiros e últimos colocados há representantes dos dois sistemas. A Dinamarca, que figura como primeira colocada na lista – ou seja, é o local no mundo em que a população tem a menor percepção da prática de atos ilícitos –, adota o modelo de controladoria, assim como a Nova Zelândia, que figura como segunda colocada. Por outro lado, é também o modelo utilizado pelo Uzbequistão e Paraguai, 166.º e 150.º colocados no relatório, respectivamente.

Essa discrepância também se apresenta entre os países que adotam o modelo de Tribunal de Contas. Singapura, Holanda e Luxemburgo figuram entre os primeiros dez colocados, ao passo que o Brasil ocupa a 69.ª posição.

Esses dados ratificam a percepção de que a adoção de um ou de outro modelo, por si só, não é suficiente para garantir a lisura dos atos praticados pela Administração Pública, incluindo as suas contratações. Da mesma forma, a conjugação dos dois modelos, que parece ser a opção adotada pelo Brasil, tampouco se revela eficaz no combate da corrupção, haja vista a vexatória posição em que figura o País.

Outros fatores, que se aproximam mais de questões socioeconômicas do que propriamente técnicas, parecem ter maior influência na eficácia do controle externo exercido em face de atos e contratos celebrados pela Administração Pública, especialmente no que se refere à lisura de tais práticas, tanto pelos agentes públicos como pela iniciativa privada.

³⁰ RIBEIRO, Antônio Silva Magalhães. *Corrupção e controle na Administração Pública brasileira*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 65.

³¹ Disponível em: <<http://www.transparency.org/cpi2014>>. Acesso em: 28 ago. 2015.

É o que se infere da evolução histórica do Tribunal de Contas no Brasil. As sucessivas alterações na sua conformação constitucional e, por conseguinte, nos poderes que lhe foram conferidos denotam que o arquétipo da Instituição se amoldou aos governos vigentes.

Em tempos de autoritarismo, menores e mais restritas eram as atribuições do Tribunal de Contas, ao passo que, em momentos de maior democracia, mais amplas e maiores as possibilidades de atuação institucional.

Atualmente, a configuração do Tribunal de Contas reflete bem os ideais democráticos da Constituição vigente, sendo detentor de autonomia e prerrogativas nunca dantes outorgadas ao órgão responsável por fiscalizar as finanças e o patrimônio público.

3.2. Tribunal de Contas da União no Brasil

3.2.1 Configurações constitucionais anteriores ao Texto de 1988

A história do controle externo no Brasil remonta ao período colonial. Em 1680, foram criadas as Juntas das Fazendas das Capitanias e a Junta da Fazenda do Rio de Janeiro, jurisdicionadas a Portugal.

Em 1808, na administração de D. João VI, foi instalado o Erário Régio e criado o Conselho da Fazenda, cuja atribuição era acompanhar a execução da despesa pública.

Com a proclamação da Independência do Brasil, em 1822, o Erário Régio foi transformado no Tesouro pela Constituição monárquica de 1824, prevendo-se, então, os primeiros orçamentos e balanços gerais³².

Entretanto, a ideia de criação de um Tribunal de Contas surgiu, pela primeira vez no Brasil, em 23 de junho de 1826, com as iniciativas de Felisberto Caldeira Brandt,

³² Art. 170. A Receita, e despesa da Fazenda Nacional será encarregada a um Tribunal, debaixo de nome de "Thesouro Nacional" aonde em diversas Estações, devidamente estabelecidas por Lei, se regulará a sua administração, arrecadação e contabilidade, em reciproca correspondencia com as Thesourarias, e Autoridades das Provincias do Imperio.

(...)

Art. 172. O Ministro de Estado da Fazenda, havendo recebido dos outros Ministros os orçamentos relativos ás despesas das suas Repartições, apresentará na Camara dos Deputados annualmente, logo que esta estiver reunida, um Balanço geral da receita e despesa do Thesouro Nacional do anno antecedente, e igualmente o orçamento geral de todas as despesas publicas do anno futuro, e da importancia de todas as contribuições, e rendas publicas.

Visconde de Barbacena, e de José Inácio Borges, que apresentaram projeto de lei nesse sentido ao Senado do Império.

As discussões em torno da criação de um Tribunal de Contas durariam quase um século, polarizadas entre aqueles que defendiam a sua necessidade – para quem as contas públicas deviam ser examinadas por um órgão independente – e aqueles que o combatiam, por entenderem que as contas públicas podiam permanecer controladas por aqueles mesmos que as realizavam.

Foi somente em 1890 que Ruy Barbosa previu a criação de um Tribunal de Contas pelo Decreto-lei n.º 966-A. Na exposição de motivos do referido ato normativo, constava que “nenhuma instituição é mais relevante, para o movimento regular do mecanismo administrativo e político de um povo, do que a lei orçamentária. Mas em nenhuma também há maior facilidade aos mais graves e perigosos abusos”.³³

A instituição da Corte de Contas concretizou-se apenas com a promulgação da primeira Constituição da República em 1891. O Art. 89, inserido nas Disposições Gerais, estabelecia o seguinte: “É instituído um Tribunal de Contas para liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso”.

Vale salientar que naquela época admitia-se a função judicante do Tribunal de Contas; o modelo de controle adotado era o de exame prévio dos atos administrativos, com registros sob reserva, podendo ter o veto absoluto.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1934, ampliaram-se as competências do Tribunal de Contas. Entre as suas atribuições foram incluídos o julgamento das contas dos responsáveis por dinheiro ou bens públicos, o acompanhamento do orçamento e o registro dos contratos de interesses das receitas ou da despesa. Estabeleceu-se, ainda, que os seus membros teriam a mesma prerrogativa dos ministros do Supremo Tribunal Federal.³⁴

³³ BARBOSA, Rui. Exposição de motivos de Rui Barbosa sobre a criação do TCU. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 30, n. 82, p. 253, out.-dez. 1999 apud CABRAL, Flávio Garcia. *O Tribunal de Contas da União na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Verbatim, 2014, p. 97.

³⁴ Art. 99. É mantido o Tribunal de Contas, que, diretamente, ou por delegações organizadas de acordo com a lei, acompanhará a execução orçamentária e julgará as contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos.

Art. 100. Os Ministros do Tribunal de Contas serão nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, e terão as mesmas garantias dos Ministros da Corte Suprema.

Em 1937, após o Golpe de Estado, foi promulgada uma nova Constituição, cuja vigência foi concomitante à ditadura de Getúlio Vargas, que se estendeu até 1945. Nesse período, o Tribunal de Contas, assim como ocorreu com os Poderes Legislativo e Judiciário, teve os seus poderes enfraquecidos perante o fortalecimento do Poder Executivo.³⁵

Nessa época, foram registradas as extinções de alguns órgãos de controle de contas estaduais, a exemplo dos recém-criados Tribunais de Contas dos Estados de Minas Gerais, Ceará e Rio Grande do Sul, o que demonstra a aversão e a antipatia que instituições de controle provocam nos governos autoritários. Conforme muito bem colocado por Carlos Maximiliano, “é da psicologia dos Governos totalitários ou ditatoriais o constante anseio de apequenar as entidades incumbidas da supervisão dos atos do Executivo”.³⁶

Com a destituição de Getúlio Vargas do governo, foi promulgada, em 1946, uma nova Constituição, que manteve todas as competências atribuídas ao Tribunal de Contas pela Carta anterior e acrescentou as funções de julgar a legalidade das concessões de aposentadoria, reformas e pensões³⁷.

Cumprе ressaltar que as Constituições de 1934, 1937 e 1946 atribuíam funções judiciárias aos Tribunais de Contas, fazendo com que a Instituição se aproximasse mais do Poder Judiciário do que do Poder Legislativo.

Em 1964, o golpe militar gerou novo surto autoritário no País, refletido no texto da Constituição Federal de 1967, limitando os poderes atribuídos ao Tribunal de Contas. A Corte deixou de fazer o registro das despesas públicas e foi implantado o modelo de controle *a posteriori* dos atos e contratos submetidos ao órgão de controle.³⁸

³⁵ Art. 114. Para acompanhar, diretamente, ou por delegações organizadas de acordo com a lei, a execução orçamentária, julgar das contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos e da legalidade dos contratos celebrados pela União, é instituído um Tribunal de Contas, cujos membros serão nomeados pelo Presidente da República. Aos Ministros do Tribunal de Contas são asseguradas as mesmas garantias que aos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

³⁶ MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira 1946*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954. p. 336-347.

³⁷ Art. 77 - Compete ao Tribunal de Contas:

I - acompanhar e fiscalizar diretamente, ou por delegações criadas em lei, a execução do orçamento;

II - julgar as contas dos responsáveis por dinheiros e outros bens públicos, e as dos administradores das entidades autárquicas;

III - julgar da legalidade dos contratos e das aposentadorias, reformas e pensões. =

³⁸ Art. 73. O Tribunal de Contas tem sede na Capital da União e jurisdição em todo o território nacional. [...]

Nessa mesma época, estabeleceu-se a prerrogativa de realizar inspeções, dando assim maior agilidade à Corte e possibilitando uma atuação concomitante e até mesmo de caráter preventivo. Outra novidade foi o posicionamento do Tribunal de Contas junto ao Poder Legislativo.³⁹

Em 1969, o Decreto-lei n.º 200/1967, 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,⁴⁰ o cálculo de custo-benefício⁴¹ 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”.

§ 5.º O Tribunal de Contas, de ofício ou mediante provocação do Ministério Público ou das Auditorias Financeiras e Orçamentárias e demais órgãos auxiliares, se verificar a ilegalidade de qualquer despesa, inclusive as decorrentes de contratos, aposentadorias, reformas e pensões, deverá:

- a) assinar prazo razoável para que o órgão da Administração Pública adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei;
- b) no caso do não atendimento, sustar a execução do ato, exceto em relação aos contratos;
- c) na hipótese de contrato, solicitar ao Congresso Nacional que determine a medida prevista na alínea anterior, ou outras que julgar necessárias ao resguardo dos objetivos legais.

³⁹ Art. 71. A fiscalização financeira e orçamentária da União será exercida pelo Congresso Nacional através de controle externo, e dos sistemas de controle interno do Poder Executivo, instituídos por lei.

[...]

§ 3.º A auditoria financeira e orçamentária será exercida sobre as contas das unidades administrativas dos três Poderes da União, que, para esse fim, deverão remeter demonstrações contábeis ao Tribunal de Contas, a quem caberá realizar as inspeções que considerar necessárias.

§ 4.º O julgamento da regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis será baseado em levantamentos contábeis, certificados de auditoria e pronunciamentos das autoridades administrativas, sem prejuízo das inspeções referidas no parágrafo anterior.

⁴⁰ Art. 76. Caberá ao Inspetor Geral de Finanças ou autoridade delegada autorizar a inscrição de despesas na conta “Restos a Pagar” (Lei n.º 4.320, de 17 de março de 1964), obedecendo-se na liquidação respectiva as mesmas formalidades fixadas para a administração dos créditos orçamentários.

⁴¹ Art. 73. O Tribunal de Contas tem sede na Capital da União e jurisdição em todo o território nacional.

[...]

§ 5.º O Tribunal de Contas, de ofício ou mediante provocação do Ministério Público ou das Auditorias Financeiras e Orçamentárias e demais órgãos auxiliares, se verificar a ilegalidade de qualquer despesa, inclusive as decorrentes de contratos, aposentadorias, reformas e pensões, deverá:

- a) assinar prazo razoável para que o órgão da Administração Pública adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei;
- b) no caso do não atendimento, sustar a execução do ato, exceto em relação aos contratos;
- c) na hipótese de contrato, solicitar ao Congresso Nacional que determine a medida prevista na alínea anterior, ou outras que julgar necessárias ao resguardo dos objetivos legais.

O agente público somente poderia “ser exonerado de sua responsabilidade após julgadas regulares suas contas pelo Tribunal de Contas”.⁴² 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.⁴³ Estabeleciam-se prazos para as tomadas de contas; definiam-se as responsabilidades das autoridades administrativas em caso de irregularidades.

Nota-se que essa norma legal, embora tivesse a forma arbitrária de Decreto-lei, representou um avanço na organização administrativa brasileira e um considerável impulso ao controle externo.⁴⁴

Na década de 1980, mesmo com o processo de redemocratização do País, o Tribunal de Contas mantinha as características de uma Instituição amoldada aos ditames do governo ditatorial, isto é, o controle externo causava pouco impacto sobre os administradores públicos, o que impedia a Instituição de cumprir a sua finalidade constitucional.

Nesse período, Seabra Fagundes acentuava as deficiências do órgão de controle e falava sobre a necessidade de ampliar o seu âmbito de atuação:

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.⁴⁵

Nota-se que o respeitável especialista era cauteloso ao sugerir o exame da moralidade dos contratos administrativos pelo Tribunal de Contas, já antevendo, muito possivelmente, que a atuação ilimitada nessa seara, poderia provocar mais prejuízos do que benefícios.

⁴² Art. 80. Os órgãos de contabilidade inscreverão como responsável todo o ordenador da despesa, o qual só poderá ser exonerado de sua responsabilidade após julgadas regulares suas contas pelo Tribunal de Contas.

⁴³ Art. 82. As tomadas de contas serão objeto de pronunciamento expresso do Ministro de Estado, dos dirigentes de órgãos da Presidência da República ou de autoridade a quem estes delegarem competência, antes de seu encaminhamento ao Tribunal de Contas para os fins constitucionais e legais.

⁴⁴ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Jurisdição dos Tribunais de Contas e aplicação de penalidades. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, Belo Horizonte, v. 8, n. 85, p. 13-28, jan. 2009.

⁴⁵ Apud LYRA FILHO, João. Perspectiva e expectativa do controle público. *RDA*, n. 156, p. 317-326, abr.-jun. 1984.

Nessa mesma linha, um editorial publicado pelo jornal *O Estado de S. Paulo*, em 26.09.1987, sob o título *Importância dos Tribunais de Contas*, ilustra bem a percepção que a sociedade tinha da Instituição:

O grande problema dos Tribunais de Contas do Brasil tem sido sua ineficiência em desempenhar o relevante papel que lhes caberia, de fiscalizar com rigor os atos da administração pública – e com isso contribuir decisivamente para a elevação dos padrões da moralidade e de eficiência do serviço público em geral, de nível federal, estaduais e municipais. Essa ineficiência, que parece congênita e já histórica, deve-se em grande parte às limitações de funções que lhes têm sido impostas, porquanto se lhes tem atribuído um mero serviço de auditoria contábil – como o de analisar documentos comprobatórios de despesas de agentes do poder público – ou, no máximo, o exame da legalidade dos atos administrativos. Mas como há diferenças – às vezes fundamentais – entre a estrita legalidade e a economicidade, a moralidade ou, numa palavra, a legitimidade de um ato administrativo, de uma aplicação de verbas públicas, de um gasto governamental, frequentemente a opinião pública se espanta por saber aprovadas, pelos Tribunais de Contas, as “contas” de perdulários, desperdiçadores ou notoriamente desonestos administradores. Por outro lado, quando de vez em quando surgem sindicâncias mais profundas, levadas a efeito pelos Tribunais Contas, as quais detectam irregularidades, raramente – para não dizer jamais – produzem quaisquer consequências, em termos de punição aos responsáveis e ressarcimento do Erário. Eis por que se torna uma exigência indiscutível para a melhoria da Administração Pública brasileira, direta e indireta, o aperfeiçoamento estrutural dos nossos Tribunais de Contas, no sentido de ampliar-lhes a ação fiscalizadora, não só quanto à legalidade, mas quanto à legitimidade dos atos dos gestores públicos.

[...]

Se os Tribunais de Contas deste país fossem órgãos que pudessem cumprir plenamente o papel que justifica sua própria instituição, abusos como esses deixariam de ocorrer, e como consequência passaríamos a ser uma sociedade menos subdesenvolvidas e mais civilizadas⁴⁶ (grifamos).

Pelo exposto, infere-se que havia, então, plena consciência de que a efetividade do controle exercido pelo Tribunal de Conta estava condicionada à ampliação da sua ação fiscalizadora, não só quanto à legalidade, mas quanto a vetores igualmente imprescindíveis para assegurar a boa administração de bens e valores públicos, a exemplo da legitimidade, economicidade e eficiência.

O editorial, publicado pouco antes da promulgação da Constituição de 1988, seria “profético” não fosse a conclusão de que a ampliação da ação fiscalizadora, por si só,

⁴⁶ Jornal *O Estado de S. Paulo*, 26 set. 1987, p. 3, editorial *Importância dos Tribunais de Contas*.

seria suficiente para conter abusos da administração pública e assegurar uma sociedade menos subdesenvolvida e mais civilizada.

De toda forma, conforme se verá, o constituinte atendeu a demanda de reestruturação do Tribunal de Contas, assegurando a sua autonomia perante os demais Poderes e conferindo-lhe as competências necessárias para efetivar a sua finalidade, qual seja verificar se o poder público efetuou as despesas da maneira como determinado.

3.2.2 Debates da Assembleia Nacional Constituinte

O Conselheiro Edson Simões, do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, em obra sobre a Instituição,⁴⁷ dedicou um capítulo específico às discussões travadas pelos parlamentares por ocasião da Assembleia Nacional Constituinte (ANC). Entre os relevantes registros trazidos pelo Conselheiro extrai-se a tônica que permeou toda a discussão: garantir aos membros do Poder Legislativo prerrogativas compatíveis com o regime democrático.

E era mesmo de esperar que os constituintes agissem assim depois de terem presenciado o fortalecimento do Poder Executivo nos regimes ditatoriais que precederam a retomada do Estado Democrático. Esse anseio também repercutiu nas discussões acerca da estruturação e aperfeiçoamento dos Tribunais de Contas.

A Carta de Porto Alegre, elaborada durante o XIV Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil e submetida ao Plenário da Assembleia Nacional Constituinte, consolidou algumas das propostas mais relevantes, quais sejam: (i) independência do Tribunal de Contas em relação ao Legislativo; (ii) possibilidade de o agente fiscalizador impor sanções aos responsáveis e sustar atos considerados ilegais; (iii) definição de eficácia de título executivo para as decisões do tribunal; e (iv) composição uniforme do plenário do órgão fiscalizador, especialmente em relação à vitaliciedade.

No tocante à vitaliciedade, cumpre registrar que em um primeiro momento a proposta era de que os ministros dos Tribunais de Contas exercessem mandatos de seis anos não renováveis. Todavia, por intermédio de emenda apresentada em agosto de 1988, cinco meses após a aprovação do fim da vitaliciedade, constituintes contrários à mudança conseguiram restabelecê-la.

⁴⁷ SIMÕES, Edson. *Tribunais de Contas: controle externo das contas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2014.

Um dos contrários à mudança, o Deputado João Agripino, argumentou que a vitaliciedade era inerente ao cargo e não ao funcionário, tendo, na ocasião, feito referência a Rui Barbosa, que teria dito:

O juiz vitalício fica isento de influências e pressões de outros Poderes e dos políticos. Essa vitaliciedade constitui a máxima garantia da magistratura do sistema brasileiro. Tirar a vitaliciedade do Ministro do Tribunal de Contas da União é fazer com que ele perca a garantia de estar sob pressão porque ele terá apenas um mandato de seis anos e terá que voltar à vida pública e, assim, estará sujeito a todo tipo de pressão [...].⁴⁸

O discurso que colocou em xeque a parcialidade das posições adotadas pelos ministros das Cortes de Contas certamente contribuiu para que a emenda fosse aprovada por maioria dos votos, ainda que não refletisse o entendimento unânime dos constituintes.

No que concerne ao posicionamento do Tribunal de Contas e à natureza das suas decisões, parte dos constituintes defendeu a vinculação do órgão ao Poder Judiciário, bem como a concessão de poder para executar as suas decisões. Era esse o posicionamento do Professor Ives Gandra da Silva Martins. Durante audiência da Subcomissão de Princípios Gerais, Intervenção do Estado, Regime da Propriedade do Subsolo e da Atividade Econômica, o respeitável jurista manifestou-se nos seguintes termos:

Então, nas propostas concretas que faço, eu as faço em nível de Constituição, não em nível de legislação complementar e legislação ordinária, porque se pretendêssemos constitucionalizar dispositivos ordinários, ordenarizar princípios constitucionais, nós estaríamos fazendo uma carta que não durará no tempo. Eu **entendo que o primeiro grande mecanismo de controle seria a retirada dos Tribunais de Contas, de um mero poder acessório do Poder Legislativo para um verdadeiro novo Poder Judiciário.**

Poder Judiciário no Brasil, hoje, tem apenas uma vertente, a vertente da administração da Justiça. Nós teremos que criar três vertentes ao Poder Judiciário: a primeira vertente, manter sua função de administrador da justiça; a segunda vertente, criar as Cortes Constitucionais, que na Itália e na Alemanha são muito bem-sucedidas, através das quais será absolutamente possível bloquear qualquer inconstitucionalidade, qualquer desrespeito, qualquer violação à lei praticada pelo Governo, com imediato recurso à Constituição. Hoje a Corte Constitucional brasileira se chama Procurador-Geral da República, competência

⁴⁸ AP 88, 323.^a sessão, 24.08.1988 apud SIMÕES, Edson. *Tribunais de Contas: controle externo das contas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 232.

originária e definitiva em tudo aquilo que se pretende bloquear ao exame do Poder Judiciário. A terceira vertente, o verdadeiro poder responsabilizador, o Tribunal de Contas se transformando num órgão do Poder Judiciário, [...] capaz de executar as suas decisões, e obrigando evidentemente a uma responsabilidade muito maior do Estado. Se fizéssemos do Poder Judiciário realmente um órgão capaz de exigir do administrador público, direto e indireto, uma responsabilização maior pela execução, nós estaríamos obrigando também a esses cidadãos a exercerem com muito mais dedicação e responsabilidade as suas funções⁴⁹ (grifamos).

Não obstante as pertinentes considerações que anteviam a necessidade de criar Cortes Constitucionais no País, prevaleceu o entendimento daqueles que defendiam a inclusão da Corte de Contas como órgão auxiliar do Poder Legislativo, preservando, de toda forma, a sua autonomia diante qualquer um dos Poderes.

O texto originalmente submetido à Comissão de Sistematização dizia que o órgão era “auxiliar” do Poder Legislativo. A independência do Tribunal foi garantida por meio de uma modificação da expressão para “com auxílio”, afastando, assim, qualquer interpretação no sentido de que o tribunal, na qualidade de órgão auxiliar, seria subordinado ao Poder Legislativo.⁵⁰

3.2.3 Conformação do TCU na Constituição Federal de 1988

Pelas discussões e tratativas que precederam a conformação do Tribunal de Contas da União na Constituição Federal de 1988 infere-se que não houve grande divergência entre os parlamentares quanto à sua autonomia junto aos Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo.

Conforme mencionado, graças à mudança proposta no transcorrer da Assembleia Nacional Constituinte, a redação final do Art. 70 da Constituição Federal prevê que o controle externo a ser exercido pelo Poder Legislativo se dará com o auxílio do Tribunal de Contas.

⁴⁹ Subcomissão de Princípios Gerais, Intervenção do Estado, Regime da Propriedade do Subsolo e da Atividade Econômica (SPGIERPSAE), 12.^a Reunião ordinária, anexo, 07.05.1987. Apud SIMÕES, Edson. *Tribunais de Contas: controle externo das contas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 244.

⁵⁰ A esse respeito, cumpre trazer à baila as pertinentes considerações feitas pelo então Ministro Carlos Ayres Britto por ocasião do julgamento do MS n.º 24.510: “Quando a Constituição diz caber ao Tribunal de Contas da União auxiliar o Congresso Nacional, no exercício da função de controle externo, não está dizendo ser ele mero órgão auxiliar, mas sim que o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, não se fará senão com o auxílio do TCU, prestigiando a participação desse Tribunal, verdadeiramente tida pela Constituição como inafastável e imprescindível, sem daí se deduzir um vínculo de subalternidade hierárquica.

Isso significa que a Corte de Contas não integra o Poder Legislativo e que também não se subordina a ele. É possível afirmar que o Tribunal de Contas está ao seu lado e atua, em relação a algumas matérias específicas, em caráter de cooperação.

O constituinte, ao delimitar a competência do controle externo, previu que algumas funções seriam exclusivas do Poder Legislativo (a exemplo do julgamento das contas do chefe do Poder Executivo); outras tantas competiriam apenas à Corte de Contas (por exemplo, julgar os processos de admissão de pessoal) e haveria aquelas que seriam exercidas de forma conjunta, em caráter de colaboração ou subsidiário (por exemplo, procedimento que poderá culminar na sustação de contratos).

Ressalta-se, também, a introdução do princípio da universalidade na atividade dos Tribunais de Contas, impondo o dever de prestar contas ao órgão do controle externo a toda e qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiro, bens e valores públicos, conforme se extrai do teor do parágrafo único do Art. 70 da Constituição Federal.

A seguir serão examinadas as competências constitucionais do TCU. Contudo, para não fugir do escopo deste trabalho, não serão pormenorizadas todas as atribuições conferidas pelo constituinte ao Tribunal de Contas da União, mas apenas aquelas que importam para o desenvolvimento do tema proposto.

3.2.3.1 Competências constitucionais do Tribunal de Contas

A atual Constituição estabelece que 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 renúncias de receitas, deve ser exercida mediante controle externo e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

No que tange ao critério jurídico da legitimidade, há uma dificuldade de apartá-lo da noção de legalidade. Entretanto, a partir da premissa de que não há vocábulo inútil no texto constitucional, a legitimidade deve ser considerada um ente diverso da legalidade e da economicidade.

Para Amauri Feres Saad, o conteúdo do conceito de legitimidade só pode relacionar-se ao devido processo normativo, assim entendida a incidência do devido processo legal e do princípio do contraditório e da ampla defesa (Art. 5.º, LIV e LV, da CF) nas atividades administrativas. Assim, o ato administrativo legítimo, para fins de

controle externo, será aquele cuja edição tenha sido precedida da ampla oitiva dos indivíduos por ele atendidos e daqueles por ele beneficiados, em respeito às normas preexistentes.⁵¹

Justamente por se tratar de conceitos distintos, é possível apurar se determinada despesa, ainda que não seja ilegal, é legítima.⁵²

Já o critério relativo à economicidade não gera grande divergência entre os aplicadores do direito. O controle sob esse aspecto visa avaliar se o administrador otimizou os recursos necessários para obter os melhores resultados. Está atrelado ao custo e benefício, entre o dispêndio pelo administrador e os resultados obtidos.

Cumprе destacar, apenas, que será econômico o ato cujas despesas forem compatíveis com aqueles praticados no mercado ou de acordo com as tabelas referenciais fixadas pelos órgãos competentes. Não significa, todavia, a obrigação de incorrer nos menores custos possíveis para consecução da finalidade pretendida.

Ao Tribunal de Contas da União é conferida uma série de competências exclusivas com o fim de auxiliar o Congresso Nacional no exercício do controle externo, elencadas nos incisos do Art. 71, Art. 72, § 1.º, Art. 74, § 2.º, e Art. 161, parágrafo único, da Carta de 1988, sintetizadas no quadro a seguir:

Competências Constitucionais	Artigos
Emitir parecer prévio das contas anuais do governo da República	71, I
Julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos.	71, II
Apreciar a legalidade dos atos de admissão de pessoal e de concessão de aposentadorias, reformas e pensões civis e militares.	71, III
Realizar inspeções e auditorias por iniciativa própria ou por solicitação do Congresso Nacional.	71, IV
Fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais.	71, V

⁵¹ SAAD, Amauri Feres. O controle dos tribunais de contas sobre contratos administrativos. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio; FERRAZ, Sérgio; ROCHA, Silvio Luiz da; SAAD, Amauri Feres (Coord.). *Direito administrativo e liberdade*. Estudos em homenagem, a Lúcia Valle Figueiredo: São Paulo: Malheiros, ano 2014. p. 99.

⁵² Como exemplo pode ser citada a despesa que, apesar de ilegal, atendeu a ordem de prioridade, estabelecida no plano plurianual.

Fiscalizar a aplicação de recursos da União repassados aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios.	71, VI
Prestar informações ao Congresso Nacional sobre fiscalizações realizadas.	71, VII
Aplicar sanções e determinar a correção de ilegalidades e irregularidades em atos e contratos.	71, VIII a XV
Sustar, se não atendido, a execução de ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal.	71, X
Emitir pronunciamento conclusivo, por solicitação da Comissão Mista Permanente de Senadores e Deputados, sobre despesas realizadas sem autorização.	72, § 1.º
Apurar denúncias apresentadas por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato sobre irregularidades ou ilegalidades na aplicação de recursos federais.	74, § 2.º
Fixar os coeficientes do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (FPE) e do Fundo de Participação dos Municípios (FPM) e fiscalizar a entrega dos recursos aos governos estaduais e às prefeituras municipais.	161, parágrafo único

A partir dessas atribuições constitucionais, o Ministro Augusto Sherman Cavalcanti⁵³ vislumbra uma 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, relativa à reparação do dano causado ao erário.

A natureza política do julgamento do administrador responsável reside na limitação do poder do Estado, na gestão de bens e valores públicos e nos possíveis efeitos de uma decisão pela irregularidade, a exemplo da declaração, no âmbito da Justiça Eleitoral, de inelegibilidade do gestor faltoso, pelo período de cinco anos.

A dimensão sancionatória 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.

À dimensão indenizatória aplicam-se as normas gerais regedoras da responsabilidade civil subjetiva. Logo, para a condenação em débito, além da ocorrência

⁵³ CAVALCANTI, Augusto Sherman. Aspectos da competência julgadora dos Tribunais de Contas. *RDA*, n. 237, p. 327-339, jul.-set. 2004.

do dano, fazem-se necessários outros dois requisitos: o nexo de causalidade entre o dano e os atos (ou omissão) do gestor e ação (ou omissão) culposa ou dolosa.

Feitas essas considerações, passar-se-á a avaliar as características que singularizam a Corte de Contas perante outros órgãos do Poder Público e as atribuições que lhe são outorgadas, pertinentes às contratações públicas.

a) Natureza funcional do Tribunal de Contas e das suas decisões

A redação do Art. 70, III, da Constituição Federal, que atribui ao Tribunal de Contas competência para *julgar* contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, provoca discussões doutrinárias em torno da natureza funcional do Tribunal de Contas. Mais especificamente, discute-se se a Corte de Contas exerceria função jurisdicional ou não.

A adoção de uma ou outra corrente doutrinária repercute no entendimento acerca da *definitividade* das decisões proferidas pelo Tribunal de Contas e, por conseguinte, na margem de atuação do Poder Judiciário no reexame dos julgados prolatados pela Instituição.

Aqueles que conferem natureza jurisdicional às decisões prolatadas pelas Cortes de Contas fundamentam sua posição na previsão constitucional de que o Tribunal de Contas da União exercerá *jurisdição* em todo o território nacional. Em função disso, a Instituição deteria poder para julgar com a aplicação do direito (regularidade e/ou irregularidade) e irretratabilidade de efeitos (coisa julgada).

Defensor da primeira posição, Evandro Martins Guerra sustenta que dentre as funções do TCU encontra-se a jurisdicional:

Mas, quando, em colegiado, as Cortes efetuam o julgamento das contas dos demais administradores públicos, está executando tarefa que lhe é peculiar, a função jurisdicional prevista na Carta Magna (art. 71, II), sendo sua decisão impossível de revisão pelo Poder Judiciário, salvo se houver vício de forma, posto que, antes da decisão de mérito, deve ser observado o devido processo legal. Assim sendo, sua atividade é também contenciosa.⁵⁴

Para aqueles que se alinham a essa corrente, ao Poder Judiciário caberia apenas o exame de conformação do ato à hipótese legal, sendo vedado adentrar no mérito das

⁵⁴ GUERRA, Evandro Martins. *Os controles externo e interno da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 168.

decisões do Tribunal de Contas, sob pena de usurpar-lhe a competência e violar o instituto da coisa julgada.

É o que também sustenta Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, de acordo com o qual “a jurisdição dessas Cortes guarda relações com o processo judiciário e, portanto, podem ter o exame impedido por força de decisão transitada em julgado”.⁵⁵

A segunda corrente doutrinária nega a função jurisdicional às Cortes de Contas e atribui ao Judiciário poder de revisão das decisões, sob o aspecto formal e material. Compartilha desse entendimento José Cretella Júnior, de acordo com qual:

Somente quem confunde “administração” com “jurisdição” e “função administrativa” com “função jurisdicional” poderá sustentar que as decisões dos Tribunais de Contas, entre nós, são de natureza jurisdicional. A Corte de Contas não julga, não tem função judicante, não é órgão integrante do Poder Judiciário, pois todas as suas funções, sem exceção, são de natureza administrativa.⁵⁶

Nessa mesma direção, Odete Medauar⁵⁷ posiciona-se contra a função jurisdicional do Tribunal de Contas, invocando que as palavras: “Tribunal” e “julgar”, adotadas pelo constituinte, bem como as garantias dos seus membros, assemelhadas ao corpo da magistratura, levam ao engano que ora se discute, e acrescenta que o Art. 5.º XXXV, da Constituição Federal, ao prescrever que nenhuma lesão a direito será excluída da apreciação do Judiciário, faz com que qualquer decisão do TCU seja passível de análise judicial.

Para aqueles que se filiam a essa corrente doutrinária, às decisões do TCU não se aplicam os efeitos da coisa julgada material no âmbito judicial, característica inerente da função jurisdicional. Consequentemente, as decisões das Cortes de Contas podem ser revistas pelo Poder Judiciário, sem que isso implique a perda da sua autonomia.

À essas duas correntes soma-se o entendimento exposto por Carlos Ayres Brito, para o qual, embora o Tribunal de Contas não exerce função jurisdicional, suas decisões transitam em julgado quanto ao mérito das avaliações que as Cortes de Contas fazem incidir sobre a gestão financeira, orçamentária, patrimonial, contábil e operacional do Poder Público.

⁵⁵ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 604-605.

⁵⁶ CRETILLA JÚNIOR, José. Natureza das decisões dos Tribunais de Contas. *RT*, ano 1988, p. 14.

⁵⁷ MEDAUAR, Odete. *O controle da Administração Pública*. 3. ed. São Paulo: RT, ano 2014, p. 154.

Ao Poder Judiciário caberia, portanto, reexaminar apenas questões relativas ao direito subjetivo dos agentes estatais e das pessoas envolvidas em processo de contas, porque, “aí, prevaleceria a norma constitucional que submete à competência judicante do Supremo Tribunal Federal a impetração de *habeas corpus*, mandado de segurança e *habeas data* contra atos do TCU (Art. 102, inciso I, alínea *d*) ”.⁵⁸

Ante o exposto, em que pesem os pertinentes argumentos em sentido contrário, parece-nos que não há como sustentar que o Tribunal de Contas exerça função jurisdicional, sobretudo porque no ordenamento pátrio impera a chamada “unidade de jurisdição”, cujo monopólio de aplicar o Direito contenciosamente a casos concretos, com observância da coisa julgada formal e material, compete ao Poder Judiciário.

Por outro lado, é forçoso reconhecer que algumas características de jurisdição permeiam os julgamentos a cargo do Tribunal de Contas, quais sejam: poder de conhecer a matéria a ele submetida, julgar as contas de quem administre de forma direta ou indireta bens e valores públicos, bem como promover a discussão da causa, observando o contraditório e a ampla defesa.

Em virtude do legítimo poder conferido ao Tribunal de Contas para julgar questões contábeis, financeiras, orçamentárias e patrimoniais, entendemos que as decisões emanadas pela Instituição nessa seara fazem coisa julgada administrativa, mas não impendem o reexame pelo Poder Judiciário em toda a sua amplitude.

A esse respeito, não se pode olvidar que o conceito de coisa julgada administrativa está, necessariamente, associado ao da coisa julgada. A coisa julgada administrativa só pode ser entendida, em princípio, como a imutabilidade do comando de uma decisão administrativa. Só haverá coisa julgada administrativa, em sentido *lato*, naquelas decisões dos órgãos e tribunais administrativos que não puderem, depois de transitadas em julgado, ser objeto de rediscussão no âmbito da própria administração.

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao comparar os dois institutos, destaca que o alcance da coisa julgada administrativa é menos extenso do que o da coisa julgada propriamente dita. No primeiro caso, a *definitividade* está restrita a ela própria,

⁵⁸ BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, ano I, n. 9, dez. 2001.

Administração, mas terceiros não estão impedidos de buscar judicialmente a correção do ato.⁵⁹

Por conseguinte, conclui-se que a revisão pelo Poder Judiciário será admitida sempre que o jurisdicionado se sentir lesado por determinado ato emanado pelo Tribunal de Contas, ainda que a decisão se refira a questões eminentemente técnicas.

Vale salientar que esse é o posicionamento adotado pelas Cortes Superiores. A Primeira Turma do STJ já decidiu que a “atuação do TCU na qualidade de Corte Administrativa vincula a atuação do Poder Judiciário, nos exatos termos do Art. 5.º inciso XXXV, CF/88, segunda o qual nenhuma lesão ou ameaça de lesão poderá ser subtraída da apreciação do Poder Judiciário”, e que, “como Tribunal de Contas não faz parte do Poder Judiciário, as suas decisões não têm forma de coisa julgada, sendo sempre passível de revisão pelo Poder Judiciário”.⁶⁰

Pelo conteúdo do Art. 71 da Constituição Federal extrai-se, ainda, que os efeitos de parte das decisões emanadas pela Corte de Contas são mediatos, pois dependem de atuação junto ao Poder Judiciário, no caso da execução das decisões que resultem na imputação de débito ou multa.

Essas decisões possuem força de título executivo extrajudicial. Caso não sejam quitadas as multas ou os débitos existentes, o devedor será inscrito na dívida ativa, sofrendo *a posteriori* a execução judicial dos valores inscritos.

Na esfera federal, a legitimidade para executar os créditos decorrentes das decisões condenatórias do Tribunal de Contas da União é conferida à Advocacia-Geral da União e às entidades da Administração Pública, que possuem procuradorias próprias, não compreendidas pela competência da AGU.

Ainda que não configure o escopo deste trabalho, é oportuno destacar o baixo retorno dos valores dos débitos decorrentes das sanções impostas pelo TCU submetidos à cobrança judicial.

⁵⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 468.

⁶⁰ STJ, REsp n.º 1032732/CE, Luiz Fux, DJe 03.12.2009.

Mais recentemente, o Ministro Dias Toffoli pronunciou-se nos seguintes termos: “De partida, considere-se que o Tribunal de Contas da União não é um tribunal administrativo, no sentido francês, dotado de poder de solução dos conflitos em última instância. O princípio da inafastabilidade da jurisdição impede que haja essa equiparação, além do que os poderes desse órgão estão devidamente delimitados constitucionalmente no art. 71 da Constituição [...]” (MS 26000/SC, DJe 13.11.2012).

Há quem defenda a atribuição de poderes ao Tribunal de Contas para executar as suas próprias decisões como forma de aumentar a efetividade das condenações. Entre as críticas feitas quanto à sistemática vigente, aponta-se a incoerência de entes subordinados ao Executivo (a exemplo da Advocacia-Geral da União e Procuradorias) executarem decisão de ente independente e autônomo. É o que sustenta Sérgio Ferraz:

A adoção do modelo vigente – execução judicial por promoção das instituições e dos órgãos de Advocacia Pública do Executivo – encerra duas máculas irremissíveis, que merecem destaque:

- a) favorece a ablação da efetividade da ação repressiva dos Tribunais de Contas, o que substancia intolerável contumélia ao princípio da eficiência.
- b) submete a ação concreta de uma instituição estatal independente – as Cortes de Contas – aos humores de uma instituição subordinada a um dos Poderes estatais! Subversão clara aos próprios alicerces do regime federativo e da concepção de Estado Democrático de Direito.⁶¹

Em que pesem as críticas feitas, é assente a ilegitimidade do Tribunal de Contas para executar em juízo débitos decorrentes de penas pecuniárias. O STF tem ratificado esse entendimento, consoante se verifica pela ementa de julgado de relatoria do Ministro Gilmar Mendes:

1. Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Legitimidade para executar multa imposta pelo Tribunal de Contas do Estado (TCE). 3. O artigo 71, § 3.º, da Constituição Federal não outorgou ao TCE legitimidade para executar suas decisões das quais resulte imputação de débito ou multa. 4. Competência do titular do crédito constituído a partir da decisão – o ente público prejudicado. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.⁶²

Por fim, consigna-se que o encaminhamento das peças necessárias aos legitimados a fim de que promovam a cobrança executiva, fica a cargo do Ministério Público de Contas, que, igualmente, não detém legitimidade para executar diretamente as decisões emanadas pelo Tribunal de Contas.⁶³

⁶¹ FERRAZ, Sérgio. A execução das decisões dos Tribunais de Contas: algumas observações. In: ARRUDA ALVIM; ALVIM, Eduardo; TAVOLARO, Luiz Antônio. *Licitações e contratos administrativos: uma visão atual à luz dos Tribunais de Contas*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 169-177 e ss.

⁶² AI 826676 AgR/MG, 2.ª Turma, DJe 23.02.2011.

⁶³ Esse entendimento restou consignado no Informativo de Jurisprudência do STJ n.º 0552, de 17.12.2014:

“A execução de título executivo extrajudicial decorrente de condenação patrimonial proferida por tribunal de contas somente pode ser proposta pelo ente público beneficiário da condenação, não possuindo o Ministério Público legitimidade ativa para tanto. De fato, a Primeira Seção do STJ pacificou o entendimento no sentido de que o Ministério Público teria legitimidade, ainda que em caráter

b) Objeto, parâmetros e produtos decorrentes da fiscalização do TCU

Em síntese, o Tribunal de Contas da União, a partir das suas competências constitucionais, apresenta as seguintes características:

Fiscalização	Objeto	Parâmetros	Produtos
Anterior ao ato	Contábil	Legalidade	Sustação de atos
	Financeiro	Legitimidade	Registros de atos
Posterior ao ato	Orçamentário	Economicidade	Pareceres
	Operacional	Eficácia	Recomendações
	Patrimonial	Eficiência	Sanções

Nota-se, pelo exposto, que, apesar de a Carta vigente ter ampliado consideravelmente o campo de atuação do Tribunal de Contas no que se refere ao objeto de fiscalização e aos parâmetros de julgamento do administrador responsável, ela manteve a limitação do poder de comando da Corte de Contas.

O objeto da fiscalização consiste no conjunto de fatos, atos e procedimentos da Administração Pública ou de terceiros que o Tribunal examina e, a seguir, avalia, positiva ou negativamente. O parâmetro de fiscalização, por sua vez, é a referência que o Tribunal adota para avaliar positiva ou negativamente certo objeto, ao passo que o produto da fiscalização são os atos que o Tribunal produz em decorrência dos procedimentos que realiza.

Por essa lógica, a fiscalização do Tribunal de Contas pode ter por objeto quase tudo o que se relaciona à Administração Pública, haja vista a competência que lhe foi atribuída para examinar o aspecto operacional de atos e contratos. Da mesma forma, os parâmetros que o Tribunal pode usar em sua avaliação são muito variados, não se restringindo à legalidade, já que se estendem também à economicidade, eficiência e efetividade.

excepcional, para promover execução de título executivo extrajudicial decorrente de decisão de tribunal de contas, nas hipóteses de falha do sistema de legitimação ordinária de defesa do erário (REsp 1.119.377/SP, *DJe* 04.09.2009). Entretanto, o Pleno do STF, em julgamento de recurso submetido ao rito de repercussão geral, estabeleceu que a execução de título executivo extrajudicial decorrente de decisão de condenação patrimonial proferida por tribunal de contas pode ser proposta apenas pelo ente público beneficiário da condenação, bem como expressamente afastou a legitimidade ativa do Ministério Público para a referida execução (ARE 823.347/MA, *DJe* 28.10.2014). Além disso, a Primeira Turma do STJ também já se manifestou neste último sentido (REsp 1.194.670/MA, *DJe* 02.08.2013). Precedentes citados do STF: RE 791.575/MA AgR, 1.^a Turma, *DJe* 27.06.2014; e ARE 791.577/MA AgR, 2.^a Turma, *DJe* 21.08.2014; REsp 1.464.226/MA, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 20.11.2014.

Todavia, os produtos decorrentes da atuação do Tribunal de Contas são bastante restritos, como consequência do fato de que também o seu poder de comando é restrito.

A adequada correlação entre o objeto de fiscalização, os parâmetros de julgamento e os produtos decorrentes é essencial na apuração dos limites da atuação do Tribunal de Contas da União.

O estudo da matéria sob esse prisma, ainda pouco explorado pela doutrina pátria, é desenvolvido com maestria por Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara em indispensável artigo sobre os limites do controle dos Tribunais de Contas.⁶⁴

Os respeitáveis doutrinadores apontam justamente a restrição do poder de comando e atribuem essa condição a três fatores. O primeiro tem a ver com os tipos de comando: o Tribunal não pode dar qualquer tipo de ordem, constituindo ou desconstituindo direitos e deveres.

O segundo fator diz respeito aos motivos do comando: o Tribunal só pode emitir comandos se constatar ilegalidades, não por outros motivos. O terceiro fator tem a ver com o objeto da fiscalização: o poder de comando do Tribunal só existe se a ilegalidade apurada ocorrer nas áreas financeira, orçamentária, contábil ou patrimonial, mas não em função de ilegalidades em outras matérias administrativas, examinadas no âmbito da ampla fiscalização operacional.

Noutras palavras, os atos de comando do Tribunal de Contas objetivam a correção de ilegalidades, e não a alteração de atos cujo exame tenha sido pautado em parâmetros de *economicidade, eficiência ou eficácia*.

Assim, os atos de comando que o Tribunal de Contas pode produzir são: aplicação de sanções (CF, Art. 71, VIII), sustação de atos (CF, Art. 71, X, e § 1.º) e registro de certos atos de pessoal (CF, Art. 71, III). Não lhe caberia, em contrapartida, dar ordens cogentes em geral às autoridades administrativas, anular atos ou contratos, nem suspender ou sustar contratos, na medida em que essa tarefa compete exclusivamente ao Legislativo.

Concluem, então, os autores que, se o Tribunal, analisando a atuação administrativa em qualquer campo, considera que tais ou quais melhorias podem ser

⁶⁴ CÂMARA, Jacintho Arruda; SUNDFELD, Carlos Ari. Competências de controle dos Tribunais de Contas. *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013.

feitas para torná-las mais eficientes, nem por isso produzirá atos de comando; o que fará é recomendar, isto é, representar à autoridade competente. Assim, apenas as ilegalidades podem ser motivo para a emissão de atos de comando do Tribunal de Contas.⁶⁵

Dessa feita, se no exercício da sua fiscalização identificar desconformidades que extrapolem o campo da sua jurisdição, o Tribunal de Contas não detém legitimidade para emitir determinações para que a autoridade responsável adote as providências cabíveis. Quando muito, poderá emitir recomendações que não têm caráter cogente.

Esse é também é o posicionamento adotado por Amauri Feres Saad:

O controle exercido pelos tribunais de contas se dá sobre a execução orçamentária: só comportará, portanto, os atos com significação financeira ou pecuniária, que importem inequívoca e inexoravelmente dispêndio de recursos públicos. Assim, desnecessário encarecer que os atos ou contratos administrativos sem reflexo financeiro-orçamental não poderão ser objeto de controle pelos tribunais de contas.⁶⁶

A matéria, no entanto, é controvertida, sobretudo porque a interferência do Tribunal de Contas em questões que vão além das finanças e do orçamento público foi crucial no processo de mudança da postura do gestor público. Não parece arriscado afirmar que nos últimos, o administrador tem-se conscientizado sobre o seu dever de salvaguardar o patrimônio público e de utilizar dos recursos que lhe são disponibilizados de forma responsável.

Em função disso, é natural que para muitos a atuação do Tribunal de Contas para ser efetiva e cumprir a sua finalidade constitucional deve escrutinar todos os aspectos da gestão pública, ainda que tal signifique transpassar os limites do controle financeiro-orçamentário.

O anseio pelo aumento de fiscalização, notadamente, sobre integrantes dos Poderes Executivo e Legislativo é diretamente proporcional à divulgação de casos de corrupção. Conforme apontado no relato histórico acerca da conformação constitucional do Tribunal de Contas no ordenamento pátrio, pouco antes da promulgação da Carta

⁶⁵ CÂMARA, Jacintho Arruda; SUNDFELD, Carlos Ari. Competências de controle dos Tribunais de Contas. *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 184.

⁶⁶ SAAD, Amauri Feres. O controle dos tribunais de contas sobre contratos administrativos. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio; FERRAZ, Sérgio; ROCHA, Silvio Luiz da; SAAD, Amauri Feres (Coord.). *Direito administrativo e liberdade*. Estudos em homenagem, a Lúcia Valle Figueiredo. São Paulo: Malheiros, ano???. p. 79.

vigente, havia um sentimento de que a Corte de Contas era incapaz de conter os abusivos e desvios cometidos pelos responsáveis por gerir a *res publica*.

Almejava-se, então, a concessão de poderes efetivos ao Tribunal de Contas, como forma de retirá-lo da posição de mero coadjuvante e torná-lo protagonista da sua relevante função constitucional.

Entretanto, ainda que tal anseio tenha sido atendido pelo constituinte – ampliando o campo de atuação e os critérios de fiscalização – conforme muito bem exposto por Jacintho Arruda Câmara e Carlos Ari Sundfeld, permaneceram os limites aos seus poderes de comando como forma de delimitar a sua atuação e harmonizá-la ao princípio da repartição de Poderes, sedimentado no Art. 2.º da Constituição Federal.⁶⁷

Caso contrário, estar-se-ia diante de um órgão com superpoderes que colocaria em risco o necessário equilíbrio do *sistema de freios e contrapesos*.

Daí por que, ainda que a atuação do Tribunal de Contas nos moldes atuais seja movida pelo legítimo propósito de salvaguardar o patrimônio público e contribuir para aprimorar a gestão do administrador público, é imprescindível ter clareza dos exatos poderes de comando que lhe foram outorgados pelo constituinte, sob pena de se desvirtuar a razão de ser desse órgão de controle.

Essa problemática, de difícil solução, frisa-se, permeará todas as reflexões deste estudo. Por ora, será retomada a análise das suas competências constitucionais.

c) Sustação de contratos públicos

O Art. 71, §§ 1.º e 2.º, da Constituição Federal dispõe que o ato de sustação do contrato caberá ao Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis. Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo não adotarem as medidas previstas, no prazo de 90 dias, o Tribunal de Contas decidirá a respeito.

A redação dos dispositivos supracitados é imprecisa e provoca divergência de interpretação entre os doutrinadores. Há aqueles que sustentam que o constituinte conferiu à Corte de Contas competência subsidiária para atuar nos casos em que o Poder Legislativo não decidir sobre a sustação de contratos.

⁶⁷ Art. 2.º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Para essa corrente, a atuação da Corte de Contas tem caráter definitivo e autônomo quando o Congresso quedar inerte. No entender de Jorge Ulisses Jacoby,⁶⁸ não fosse assim, o que caberia ao Tribunal fazer? Recorrer ao Judiciário para a sustação ou para compelir o Legislativo a atuar?⁶⁹

Em contraponto, figura o posicionamento endossado por Luís Roberto Barroso, para o qual a expressão “decidirá a respeito” concede ao Tribunal de Contas a competência para julgar as contas do administrador dentro dos limites da sua atuação, não podendo sobrepor seu juízo ao do órgão que presta auxílio. É o que se infere pelo trecho transcrito a seguir:

Decidirá, por certo, sobre a legalidade ou não do contrato, e da respectiva despesa, para o fim de julgamento das contas do administrador. Não é razoável supor, à vista da partilha constitucional de competência vigente no direito brasileiro, que o Tribunal de Contas possa, sobrepondo seu próprio juízo ao do administrador e ao do órgão ao qual presta auxílio, sustar aquilo que o Executivo e o Legislativo entendem ser válido. É preciso não esquecer: a fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial é exercida, mediante controle externo, pelo Congresso Nacional, com o “auxílio do Tribunal de Contas”. Por evidente, a última palavra é do Órgão Legislativo, e não do Tribunal de Contas. E, em qualquer caso, ainda existirá o recurso ao Judiciário.⁷⁰

Na mesma direção, estão as considerações feitas por Maria Sylvia Zanella Di Pietro:⁷¹

Qual o sentido de atribuir competência ao Congresso Nacional e depois, em caso de sua omissão, transferi-lo para o Tribunal de Contas? Se este vai poder sustar o contrato, não há razão para a previsão da competência do Congresso Nacional. Essa fase do procedimento – período de 90 dias, prevista para a sua manifestação – poderia ser tranquilamente

⁶⁸ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 489.

⁶⁹ É nesse mesmo sentido o entendimento de Sérgio Guerra: “[...] se o Legislativo ou o Executivo não sustarem sua execução, no prazo de 90 (noventa) dias da data em que apontada pelo Tribunal a ilegalidade, à Corte é integralmente atribuída a competência para agir, podendo decidir como considerar necessário, assumindo, inclusive, a prática do ato de sustação, diretamente (CF, art. 71, § 2.º)” (FERRAZ, Sérgio. O controle da Administração Pública na Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 188, p. 64-73).

⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 238.

⁷¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Incompetência do Tribunal de Contas para determinar a sustação de contratos administrativos, mesmo como medida cautelar. Matéria de competência privativa do Congresso Nacional. Aplicação do princípio pacta sunt servanda nos contratos administrativos. Parecer inédito, 2010) apud SAAD, Amauri Feres. O controle dos tribunais de contas sobre contratos administrativos. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio; FERRAZ, Sérgio; ROCHA, Silvio Luiz da; SAAD, Amauri Feres (Coord.). *Direito administrativo e liberdade*. Estudos em homenagem, a Lúcia Valle Figueiredo. São Paulo: Malheiros. p. 101.

eliminada, por sua total inutilidade. É o tipo de interpretação que, por levar a resultado absurdo, não pode ser adotada.

[...]

O constituinte quis que fosse apreciado o mérito da decisão [de sustação do contrato] perante o interesse público envolvido. Daí ter retirado a competência do Tribunal de Contas (que é órgão técnico) para outorgá-lo ao Congresso Nacional (que é órgão político).

Embora ambos os posicionamentos apresentem argumentos válidos, conforme muito bem exposto por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, entendemos que, se o constituinte quisesse ter atribuído ao Tribunal de Contas competência para sustar contratos, o teria feito de forma expressa.

Por conseguinte, não nos parece possível conferir ao Tribunal de Contas – em caráter subsidiário – atribuição que não detém originariamente. Posicionar-se dessa forma não significa esvaziar as atribuições da Instituição, porquanto, se o Congresso Nacional deixar de se pronunciar no interregno de 90 dias, ao Tribunal de Contas da União caberá decidir dentro dos limites das suas competências constitucionais, tal como exposto pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso.⁷²

De todo modo, independentemente da corrente a que se filie, é uníssono que a atuação do Tribunal de Contas da União ante a inércia do Congresso Nacional diz respeito apenas à sustação de contratos. Em hipótese alguma, os comandos exarados pela Corte de Contas terão o poder de anular contratos administrativos. Há um consenso de que o exame da validade dos ajustes celebrados com o Poder Público estará condicionado à observância do devido processo legal e competirá exclusivamente ao Poder Judiciário.

As vedações impostas ao Tribunal de Contas no que tange às alterações nas bases contratuais serão mais bem delineadas em Capítulo específico deste trabalho.

d) Aplicação de sanções

⁷² No STF prevalece o entendimento consignado no MS 23.550, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, no sentido de que “O TCU, embora não tenha poder para anular ou sustar contratos administrativos, tem competência, conforme o art. 71, IX, para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou julgamento em 04.04.2002, Plenário, DJ 31.10.2001). No mesmo sentido: MS 26.000, rel. Min. Dias Toffoli, j. 16.10.2012, 1.ª Turma, DJE 14.11.2012.

Cumprе destacar, no entanto, que, mediante pesquisa realizada no repertório jurisprudencial do STF, verificou-se que não há pronunciamento expрesso, pelos d. Ministros, acerca de uma competência subsidiária do Tribunal de Contas para sustar contratos administrativos.

O Art. 71, VIII, da Constituição Federal atribui ao Tribunal de Contas da União competência para 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.

Pelos termos do dispositivo supracitado, depreende-se que foi outorgado ao legislador infraconstitucional competência para prever outras modalidades de sanções, além da pena de multa. Conforme se verá a seguir, a quase totalidade das sanções aplicadas pelo Tribunal de Contas da União está prevista na sua Lei Orgânica⁷³ e no seu Regimento Interno.⁷⁴

Depreende-se, outrossim, que as sanções atingirão a esfera jurídica do responsável pelo ato tido como ilegal ou irregular, e não do ente fiscalizado pelo Tribunal de Contas.

Para Carlos Ayres Brito o caráter personalíssimo das sanções aplicadas pelo Tribunal de Contas se justifica pela alta relevância da missão conferida àquele que se compromete a bem administrar e empregar os recursos públicos. Daí por que a sanção pelo desvio dessa finalidade constitucional deve recair sobre o seu patrimônio pessoal. É o que se infere das considerações transcritas a seguir:

Tão elevado prestígio conferido ao controle externo e a quem dele mais se ocupa, funcionalmente, é reflexo direto do princípio republicano. Pois, numa República, impõe-se responsabilidade jurídica pessoal a todo aquele que tenha por competência (consequente dever) cuidar de tudo que é de todos, assim do prisma da decisão como do prisma da gestão. E tal responsabilidade implica o compromisso da melhor decisão e da melhor administração possíveis.

Donde a exposição de todos eles (os que decidem sobre a “res publica” e os que a gerenciam) à comprovação do estrito cumprimento dos princípios constitucionais e preceitos legais que lhes sejam especificamente exigidos. A começar, naturalmente, pela prestação de contas das sobreditas gestões orçamentária, financeira, patrimonial, contábil e operacional.⁷⁵

É possível suscitar, também, que o caráter pessoal da sanção visa não onerar ainda mais o erário público – já afetado pelo dano supostamente causado pelo agente responsável. Esse entendimento é reforçado pela jurisprudência pacífica do STF no

⁷³ Lei n.º 8.443/1992.

⁷⁴ Resolução TCU n.º 155/2002, alterada pela Resolução TCU n.º 246/2011.

⁷⁵ BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, ano I, n. 9, dez. 2001.

sentido de que a execução das decisões de condenação patrimonial proferidas pelos Tribunais de Contas compete exclusivamente ao ente público beneficiário.⁷⁶

Pela expressão “ente público beneficiário” denota-se que a conduta da autoridade responsável é vista de forma desvinculada do ente a que pertence.

Outro fator que reforça o caráter personalíssimo das penas pecuniárias aplicadas pelo Tribunal de Contas consiste no entendimento uníssono acerca da impossibilidade de transferir para terceiros a legitimidade para responder por multa no caso de falecimento da autoridade responsável.⁷⁷

Assim, considerando o caráter pessoal das sanções pecuniárias impostas e a lógica por detrás da opção feita pelo constituinte – salvaguardar o patrimônio público afetado –, a rigor, a legitimidade para quitar o débito decorrente da pena de multa é igualmente adstrita aos ordenadores de despesa e aos demais responsáveis por bens e valores públicos.

Diz-se a “a rigor” porque, nos últimos anos, como forma de proteger o patrimônio das pessoas físicas que ocupam cargos ou funções diretivas, diversos entes que integram a Administração Pública indireta passaram a contratar seguro de responsabilidade civil ou *Directors and Officers* (D&O).

A contratação de seguro de responsabilidade civil para administradores de grandes empresas é prática comum nos mercados norte-americano e europeu, sendo, inclusive, fator determinante na decisão de executivos para aceitar assumir cargos de gestão.

No Brasil, a prática é recente e dela se utilizam, principalmente, sociedades de capital aberto. Sociedades de economia mista controladas pela União, por exemplo, Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras) e Banco do Brasil S.A., disponibilizam o referido seguro a seus administradores. Da mesma forma, o Banco Nacional de

⁷⁶ ARE n.º 823347 RG/MA. Min. Gilmar Mendes. Reconhecida a Repercussão Geral da Matéria pelo, em decisão proferida aos 03.10.2011 (DJe-211 DIVULG 24-10-2014).

⁷⁷ Resta pacificado no TCU que, ocorrendo o falecimento do responsável antes da prolação do acórdão, não haverá possibilidade de aplicação dessa sanção, tendo em vista seu caráter personalíssimo.

O tema foi disciplinado com a edição da Resolução TCU n.º 235, de 15.09.2010, com os procedimentos a serem observados quando do falecimento de responsável. O mencionado normativo, em seu art. 4.º, dispõe:

Art. 4.º O art. 3.º da Resolução TCU n.º 178, de 24 de agosto de 2005, passa a vigorar com a seguinte redação para as alíneas “e” e “f” e o acréscimo de parágrafo único:

§ 2.º O Tribunal, mediante proposta do relator, da unidade técnica ou do Ministério Público, poderá rever, de ofício, o acórdão em que houver sido aplicada multa a gestor que tenha falecido antes do trânsito em julgado da deliberação.

Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) contratou, em dezembro de 2012, por meio do Contrato OCS n.º 383/2012, empresa seguradora no mercado nacional para emissão de apólice de seguro D&O.

O objeto dessa espécie de seguro é o pagamento, por uma seguradora, de despesas relacionadas a ato ou fato, pelo qual o segurado seja responsabilizado e tenha ocorrido durante o período de vigência da apólice. Isto é, garante o pagamento de indenização relacionada a eventos que considera indenizáveis e tenham ocorrido por ato de determinados sujeitos no exercício de sua função/cargo dentro da gestão da companhia.

Entre os eventos considerados indenizáveis excluem-se os atos que importam na obtenção de qualquer lucro ou vantagem pessoal a que o segurado legalmente não tem direito ou o cometimento de qualquer ato ilícito doloso, fraudulento ou decorrente de culpa grave.

O TCU já examinou processos de contratação de serviços de cobertura securitária de responsabilidade civil para conselheiros, diretores e administradores de ente que integra a Administração Pública.

Pelos julgados prolatados nos últimos anos, verificou-se que uma das preocupações recorrentes dos órgãos técnicos é se a contratação de seguro de responsabilidade civil irá mitigar os efeitos dos atos de comando dos órgãos fiscalizadores da Administração Pública, comprometendo a eficácia de suas sanções.

A jurisprudência do TCU sobre a matéria contemplou essa preocupação e se firmou no sentido de que a contratação de seguro só será legítima se a apólice excluir, expressamente, a cobertura em caso de prática de atos ilegais, contrários ao interesse público ou em caso de processos de interesse pessoal do dirigente, sob pena de afrontar os princípios da moralidade, legalidade e supremacia do interesse público.⁷⁸

As ponderações feitas pelo TCU nos parecem razoáveis, notadamente porque, em linhas gerais, admite a contratação de seguros desde que adotadas as cautelas necessárias para preservar a efetividade da sua competência sancionatória.

Por fim, ainda em relação ao poder sancionatório conferido pelo constituinte, cumpre destacar que a jurisprudência do TCU é pela impossibilidade de a pena de multa

⁷⁸ Nesse sentido: Ac. Plenário 3116-46/13, Ac. 35/2000 Plenário, Ac. 1179/2008 1.ª Câmara e Ac. 2629/2010 2.ª Câmara.

recair sobre terceiros sem vínculo com a Administração Pública, limitando-se a gestores, assim entendidos pessoas responsáveis por gerir a coisa pública.⁷⁹

3.2.4 Competência legal do Tribunal de Contas da União

O Tribunal de Contas da União tem jurisdição própria e privativa em todo o território nacional. É integrado por nove ministros, seis deles escolhidos pelo Congresso Nacional. Os demais são nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sendo dois escolhidos alternativamente entre ministros substitutos e membros do Ministério Público.⁸⁰

Neste subitem, a exemplo do que ocorreu em relação às competências constitucionais, para se ater ao escopo deste estudo, não serão examinadas todas as atribuições legais conferidas ao Tribunal de Contas da União. A análise se limitará às prerrogativas que importam ao controle dos contratos administrativos.

Serão averiguados os instrumentos disponíveis para fiscalização dos contratos e as sanções passíveis de serem aplicadas aos administradores faltosos, dispostas na Lei Orgânica do TCU e no seu Regimento Interno.

Serão analisadas, também, ainda que brevemente, as atribuições conferidas pela Lei Geral de Licitações e pelas Instruções Normativas expedidas pelo próprio TCU.

a) Fiscalizações sobre contratos administrativos

Um dos principais instrumentos de controle que faz uso o TCU refere-se às fiscalizações. Para Evandro Martins Guerra, trata-se “da mais relevante função da Corte de Contas, aquela que lhe conforma, justificando a sua criação ao longo da história, posto tratar-se de ação de natureza própria do órgão, de fiscalização das atividades públicas”.⁸¹

Embora o texto constitucional, nos incisos IV a VI do Art. 71, faça referência apenas à auditoria e à inspeção, o Regimento Interno do TCU, nos Arts. 238 e 243,

⁷⁹ Nesse sentido: Ac. n.º. 1404-05/15-1, Sessão 03.03.2015, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 1.ª Câmara; Ac. 2510/2014, 1.ª Câmara, Rel. Marcos Bemquerer.

⁸⁰ Art. 73, § 2.º, da Constituição Federal.

⁸¹ GUERRA, Evandro Martins. *Os controles externo e interno da Administração Pública*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 129.

acrescentou novos instrumentos, quais sejam: acompanhamento, levantamento e monitoramento.⁸²

A maior parte das fiscalizações realizadas pelo TCU é, basicamente, de duas ordens: as auditorias de conformidade, que têm como foco a legalidade dos atos administrativos, e as auditorias de natureza operacional, que examinam programas e ações governamentais.

As auditorias de conformidade objetivam averiguar se os atos administrativos estão sendo praticados pelo órgão ou entidade com a observância da legislação e da jurisprudência que regulamentam a matéria. O Tribunal, nesses casos, verifica os aspectos contábeis, financeiros, orçamentários e patrimoniais do respectivo ato de gestão e, se constatada desconformidade, faz determinações corretivas, fixando prazo ao seu cumprimento.

As auditorias de natureza operacional, por sua vez, são instrumentos por intermédio dos quais o controle externo avalia o resultado de determinado programa de Governo ou política pública, considerando os critérios da economicidade, da eficiência, da eficácia e da efetividade. São fiscalizações com esse propósito que possibilitam, por exemplo, examinar se a forma de utilização dos meios postos à disposição da Administração representa o uso mais econômico dos recursos públicos, se estão sendo entregues os melhores serviços em relação aos recursos disponíveis, ou se os objetivos da política estão sendo atingidos.⁸³

As fiscalizações realizadas pelo TCU são agrupadas conforme as dez áreas temáticas definidas pelo Congresso Nacional para a divisão setorial dos trabalhos de elaboração da Lei Orçamentária Anual (LOA), quais sejam: (i) infraestrutura; (ii) saúde; (iii) integração nacional e meio ambiente; (iv) educação, cultura, ciência e tecnologia e

⁸² O TCU, no seu sítio eletrônico, apresenta as seguintes definições:

a) Acompanhamento – utilizado para examinar, ao longo de um período predeterminado, a legalidade e a legitimidade dos atos de gestão dos responsáveis sujeitos a sua jurisdição, quanto ao aspecto contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial;

b) Levantamento – utilizado para conhecer a organização e o funcionamento dos órgãos e entidades da administração direta, indireta e fundacional dos Poderes da União, bem como para avaliar a viabilidade da realização das fiscalizações;

c) Monitoramento – instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para verificar o cumprimento de suas deliberações e os resultados delas advindos.

Fonte: <http://portal.tcu.gov.br/imprensa/duvidas-frequentes/duvidas-frequentes.htm>. Acesso em 11 jan. 2016

⁸³ Relatório das Atividades do Tribunal de Contas da União (TCU), referente a 2014. Disponível em: <www.tcu.gov.br>, p. 32 Acesso em: 28 out. 2015.

esporte; (v) planejamento e desenvolvimento urbano; (vi) fazenda, desenvolvimento e turismo; (vii) justiça e defesa; (viii) Poderes do Estado de Representação; (ix) agricultura e desenvolvimento agrário; e (x) trabalho, previdenciário e assistência social.

Nesse universo, a área de infraestrutura tem especial relevância, pois, por envolver, na maior parte dos casos, projetos de grande vulto, na hipótese de contratações irregulares, os prejuízos decorrentes podem custar bilhões de reais aos cofres públicos, além de impactar severamente a concretização de medidas necessárias ao desenvolvimento nacional.

Em função disso, como forma de delimitar o objeto deste estudo, o exame das fiscalizações priorizará as contratações relacionadas à temática da infraestrutura.

Nessa seara, vale mencionar que, no Relatório de Planejamento relativo ao exercício de 2013, o TCU ampliou o objeto do Relatório de Consolidação das Fiscalizações de Obras Públicas (Fiscobras)⁸⁴ e acrescentou outras atividades de fiscalização, como auditorias de qualidade de obras, acompanhamentos de concessões de serviços públicos e avaliações de governança em órgãos e entidades executores de obras.

A realização de auditorias de qualidade, como o próprio nome diz, avalia aspectos qualitativos de obras já concluídas, ainda no curso do prazo de garantia quinquenal, período em que se obriga o administrador público a exigir a reparação dos defeitos construtivos e a apurar a responsabilidade da contratada pelo cumprimento irregular do ajuste.

As auditorias de governança objetivam direcionar e monitorar a atuação da gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade. As auditorias com esse propósito representam um marco na história recente do TCU.

Em artigo publicado na *Revista do TCU*, o Ministro João Augusto Ribeiro Nardes discorreu sobre as mudanças ocorridas no enfoque da fiscalização realizada pela Corte de Contas:

⁸⁴ Relatório que consolida as fiscalizações de obras e é enviado anualmente ao Congresso Nacional para subsidiar a distribuição de recursos orçamentários. 041.274/2012-1; Rel. Min. Substituto Weder de Oliveira, Unidade Técnica: SecobEdif.

No passado, focalizamos as auditorias de conformidade, com ênfase na legalidade dos atos de gestão. Já nas décadas de 1980/1990, iniciamos o desenvolvimento das auditorias operacionais, centradas na avaliação do desempenho de órgãos e programas governamentais. No presente, é chegada a hora de promovermos as auditorias de governança, sem prejuízo das ações de controle consolidadas por meio de conquistas passadas.⁸⁵

No mesmo artigo, o Ministro do TCU explica que a governança cria condições para que sejam evitadas ocorrências indesejáveis como desvios, desperdícios de recursos ou falhas estruturais e gerenciais que fragilizam a boa e regular aplicação de recursos públicos. Ainda de acordo com suas explicações: “busca-se atuar, no plano das causas-raízes que dão origem às mais variadas formas de problemas na gestão de recursos públicos, e não apenas no combate a consequências indesejáveis”.⁸⁶

Retomando as atividades efetuadas no âmbito das fiscalizações realizadas na área de infraestrutura, cumpre destacar que os dados colhidos pelos auditores são classificados, em consonância com as disposições da Lei de Diretriz Orçamentária (LDO), como “indício de irregularidade grave com recomendação de paralisação (IGP)”, “indício de irregularidade grave com recomendação de retenção parcial de valores (IGR)”, “indício de irregularidade grave com recomendação de continuidade (IGC)”, “indício de outras irregularidades (OI)” e “sem ressalva” (SR).⁸⁷

No exercício fiscal de 2015, a LDO classificou como IGP, as obras que contenham indícios de irregularidades associados a atos e fatos materialmente relevantes, em relação ao valor total contratado, que apresentem potencialidade para ocasionar prejuízos ao Erário ou a terceiros e: (i) possam ensejar nulidade de procedimento licitatório ou de contrato; ou (ii) configurem graves desvios relativamente aos princípios constitucionais a que está submetida a administração pública federal.

Os casos passíveis de serem classificados como IG-R são aqueles em que se permite a continuidade da obra desde que haja autorização do contratado para retenção de valores a serem pagos, ou a apresentação de garantias suficientes para prevenir o possível dano ao erário, até decisão de mérito sobre o indício relatado.

⁸⁵ O controle externo como indutor da governança em prol do desenvolvimento. *Revista do TCU*, n. 127, p. 17, maio-ago. 2013. Disponível em: www.tcu.gov.br. Acesso em: 7 out. 2015.

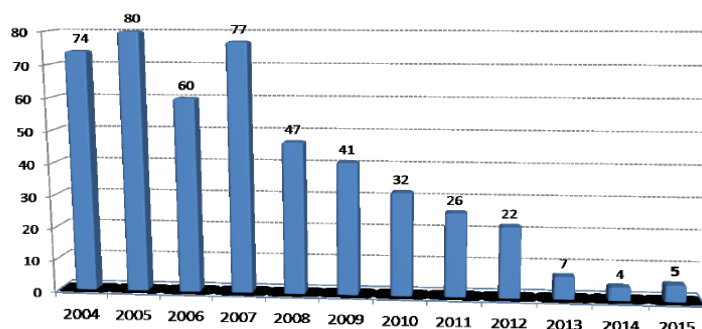
⁸⁶ O controle externo como indutor da governança em prol do desenvolvimento. *Revista do TCU*, n. 127, p. 17, maio-ago. 2013. Disponível em: www.tcu.gov.br. Acesso em: 7 out. 2015.

⁸⁷ Fonte: Relatório das Atividades do Tribunal de Contas da União (TCU), referente a 2014, p. 185. Disponível em: www.tcu.gov.br. Acesso em: 29 out. 2015.

Por fim, os casos classificados como IGC são aqueles em que, embora gere citação ou audiência do responsável, não atende à conceituação IG-P ou IG-R⁸⁸.

De acordo com o Relatório Fiscobras de 2015⁸⁹, em um universo de 97 obras, cinco casos foram confirmados pelo TCU com indícios de irregularidade grave com recomendação de paralisação⁹⁰.

O gráfico disposto no supracitado Relatório ilustra o histórico quantitativo de empreendimentos classificados como IG-P nos últimos doze anos⁹¹:



Nota-se que há uma curva decrescente no número de obras enquadrada como IG-P, dado esse que se contrapõe à crítica usualmente feita em face das medidas adotadas pelo TCU. Com efeito, não raro, aponta-se um abuso pelos ministros da Cortes de Contas.

A título ilustrativo, cumpre citar a crítica feita pela Presidente da República e publicada pelo jornal O Estado de S. Paulo, sob o título: “Dilma rebate TCU e diz que acha ‘um absurdo’ paralisar obras no Brasil”.⁹²

A celeuma girava em torno da recomendação feita pelo TCU para paralisar sete obras⁹³ por suspeita de irregularidades como sobrepreços, deficiências na assistência

⁸⁸ art. 112, § 1º, inciso VI, da Lei 13.080/2015 – LDO 2015

⁸⁹ Relatório que consolida as fiscalizações de obras públicas realizadas pelo Tribunal de Contas da União (TCU) no ano de 2015, para fins de cumprimento do art. 114, inciso II da Lei 13.080, de 2/1/2015 (LDO 2015).

⁹⁰ Fonte: Relatório Fiscobras 2015 (TC 029.823/2014-5) p. 9.
Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 12 jan. 2016.

⁹¹ Fonte: Relatório Fiscobras 2015 (TC 029.823/2014-5) p. 11.
Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 29 out. 2015.

⁹² Publicação em 08.11.2013. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral>. Acesso em: 20 out. 2015.

⁹³ São elas: a pavimentação da BR-448, a Rodovia do Parque, na Grande Porto Alegre; a Ferrovia Norte-Sul, no Tocantins; a construção da Ferrovia Oeste-Leste, na Bahia; o esgotamento sanitário em Pilar, em

técnica prestada às prefeituras e na metodologia utilizada para contratação de obras por meio do sistema de registro de preços. Na ocasião, a Presidente teria feito a seguinte declaração: “Acho um absurdo paralisar obra no Brasil. É algo extremamente perigoso, porque depois ninguém repara o custo”.

O presidente do TCU em exercício, o Ministro Augusto Nardes, rebateu a crítica feita pela Presidente da República, utilizando o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT) como exemplo. De acordo com o noticiado pelo jornal Valor Econômico, o Ministro citou que em um universo de 1.153 de obras do DNIT o TCU recomendou a paralisação de apenas duas obras.

O Ministro teria feito, ainda, a seguinte declaração: “É importante dizer isso, pois se vende para todo o Brasil que o tribunal paralisa obras”.

De acordo com o próprio TCU, essa trajetória de queda relaciona-se às alterações progressivas no conceito do IGP que têm ocorrido nas últimas edições da LDO, mormente sob o ângulo da relevância material relativa da irregularidade, à atuação prévia do TCU, à tendência de aumento na capacidade de fiscalização e ensejar maior interação do TCU com os administradores e responsáveis sob sua jurisdição, visando à melhoria da gestão pública.⁹⁴

Paralelamente às justificativas expostas pelo TCU, notícias jornalísticas sugerem que a mudança de comportamento seriam um resultado da influência de atores políticos sobre o processo decisório do TCU. A reportagem publicada no jornal *Folha de S. Paulo*, em 06.11.2013, intitulada “Pressionado, TCU reduz número de obras com indicativo de paralisação”, aponta justamente essa questão.⁹⁵

De acordo com a referida matéria, desde 2010, o governo vem fazendo críticas à paralisação de obras determinadas pelo TCU. Naquele ano, o então Presidente Luiz Inácio Lula da Silva vetou parte do orçamento que bloqueava recursos para obras de refinarias da Petrobras com indícios de irregularidades e manteve os recursos para a empresa.

Alagoas; a avenida Marginal Leste, no rio Poty, no Piauí; a construção da Vila Olímpica Parnaíba, no Piauí; e a ponte sobre o rio Araguaia, na BR 153, no Tocantins.

⁹⁴ Fonte: Relatório das Atividades do Tribunal de Contas da União (TCU), referente a 2014, p. 185. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 29 out. 2015.

⁹⁵ Pressionado, TCU reduz número de obras com indicativo de paralisação. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 6 nov. 2013, “Poder”. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com>>. Acesso em: 1.º abr. 2014.

Ainda de acordo com o noticiado, nos últimos anos, o Congresso Nacional estaria flexibilizando as diretrizes constantes nas leis orçamentárias como forma de reduzir o número de projetos inseridos no quadro de bloqueio do orçamento.

As matérias jornalísticas mencionadas indicam que o controle “mais rígido” do Tribunal de Contas da União, quando obsta a execução de projetos de grande repercussão perante a opinião pública, seja em função do valor ou da relevância do seu objeto, provoca tensões nas relações mantidas entre a instituição e os membros dos Poderes Executivo e Legislativo.

Essas situações fazem transparecer certa fragilidade na autonomia da Corte de Contas. Ainda que seja incontestado o fato de que a sua independência e autonomia decorrem de prerrogativa constitucional, é também inegável a influência direta que os Poderes Executivo e Legislativo exercem sobre o Tribunal de Contas. A começar pelo fato de que parte dos ministros é nomeada pelo Chefe do Poder Executivo. Sabe-se que essa escolha deverá ser pautada por critérios objetivos, contudo não nos parece possível afirmar que será integralmente imparcial. Além disso, no caso do Poder Legislativo, conforme referido, a efetividade de parte das atribuições conferidas ao TCU depende do Congresso Nacional.

Daí por que não parece arriscado afirmar que a falta de sinergia entre a instituição e esses Poderes pode, de fato, impactar na atuação dos seus ministros, conforme sugerido pela matéria aludida.

b) Aplicação de sanções

Nos termos do Art. 16 da LOTCU, as contas apresentadas por todos aqueles que utilizem, arrecadem, guardem, gerenciem ou administrem dinheiros, bens e valores públicos, ou pelos quais a União, os Estados e os Municípios respondam, ou que, em nome destes assumam obrigações de natureza pecuniária, serão julgadas:

I – regulares, quando expressarem, de forma clara e objetiva, a exatidão dos demonstrativos contábeis, a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão do responsável;

II – regulares com ressalva, quando evidenciarem impropriedade ou qualquer outra falta de natureza formal de que não resulte dano ao Erário;

III – irregulares, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências:

a) omissão no dever de prestar contas;

- b) prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial;
- c) dano ao erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico;
- d) desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos.

Na hipótese de as contas serem julgadas irregulares, a LOTCU prevê as seguintes sanções: multa (Art. 58); inabilitação para o cargo em comissão (Art. 60); e declaração de inidoneidade de empresas perante a Administração Pública Federal nos casos de fraude comprovada à licitação (Art. 46).

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” (Art. 61).

No decorrer do ano de 2014, 97 responsáveis foram considerados inabilitados para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança, 52 empresas foram declaradas inidôneas para licitar com a Administração Pública Federal⁹⁶.

Além disso, o TCU solicitou à Advocacia-Geral da União, por intermédio do Ministério Público de Contas, a adoção das medidas necessárias ao arresto de bens de 56 responsáveis em quantitativo suficiente ao ressarcimento do dano causado ao erário.

O julgamento das contas pelo TCU como irregulares, exauridas as possibilidades de interposição de recurso, pode acarretar outras implicações aos respectivos gestores. Uma delas é a inclusão do seu nome em lista elaborada pelo TCU para subsidiar eventual declaração, pela Justiça Eleitoral, da inelegibilidade desse cidadão.

Vale salientar que a lista contendo o nome dos responsáveis com contas julgadas irregulares pelo TCU não se equipara à declaração de inelegibilidade. O Tribunal de Contas apenas encaminha a lista à Justiça Eleitoral para que esta, com base em critérios definidos em lei, e se entender cabível, declare a inelegibilidade da pessoa.

⁹⁶ Fonte: Relatório das Atividades do Tribunal de Contas da União (TCU), referente a 2014, p. 11. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 29 out. 2015.

Outro aspecto interessante é que o pagamento do débito ou da multa decorrente da condenação do TCU não exclui o responsável da lista enviada à Justiça Eleitoral, pois a inclusão do gestor decorre do fato de ele ter tido contas julgadas irregulares pelo TCU nos últimos oito anos, fato que não se desfaz com o ressarcimento do dano ou o pagamento de multa.

As sanções passíveis de serem aplicadas pelo TCU, previstas na sua Lei Orgânica, detêm os mesmos atributos daquelas dispostas no Art. 71, incisos XVIII e IX, da Constituição Federal, já delineados neste trabalho.

Conforme dito, as penas têm caráter personalíssimo e, no caso de inadimplemento, constituem títulos executivos extrajudiciais, que deverão ser executados pelo órgão ou entidade beneficiária.

c) Adoção de medidas cautelares

A Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, no Art. 44,⁹⁷ prevê que, no início ou curso de qualquer apuração, o Tribunal, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, determinará, cautelarmente, o afastamento temporário do responsável.

A adoção dessa medida é condicionada à existência de indícios suficientes de que o prosseguimento do responsável no exercício de suas funções possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção e causar novos danos ao Erário ou inviabilizar o seu ressarcimento.

O § 2.º do referido dispositivo prevê, ainda, que o TCU poderá decretar, por prazo não superior a um ano, a indisponibilidade de bens do responsável, tantos quantos considerados bastantes para garantir o ressarcimento dos danos em apuração.⁹⁸

Nota-se que o artigo supracitado condiciona a adoção da medida cautelar aos casos em que há indícios suficientes de que o agente público está dificultando a fiscalização ou de que a conduta do responsável poderá acarretar a ampliação dos danos.

⁹⁷ Art. 44. No início ou no curso de qualquer apuração, o Tribunal, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, determinará, cautelarmente, o afastamento temporário do responsável, se existirem indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções, possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao Erário ou inviabilizar o seu ressarcimento.

⁹⁸ § 2.º Nas mesmas circunstâncias do *caput* deste artigo e do parágrafo anterior, poderá o Tribunal, sem prejuízo das medidas previstas nos arts. 60 e 61 desta Lei, decretar, por prazo não superior a um ano, a indisponibilidade de bens do responsável, tantos quantos considerados bastantes para garantir o ressarcimento dos danos em apuração.

Embora não se exija a demonstração cumulativa desses indícios, é imprescindível a presença de pelo menos um deles para legitimar o ato perpetrado pelo TCU e descaracterizar eventual arbitrariedade ou afronta a direitos e garantias individuais.

Recentemente, o Ministro Gilmar Mendes do STF julgou mandado de segurança impetrado contra ato do TCU, que determinou a indisponibilidade de bens, sem oitiva prévia dos responsáveis, em razão da compra da refinaria americana *Pasadena Refining System Inc.* pela *Petrobras American Inc.* (subsidiária integral da Petróleo S.A.). Naquela ocasião, o d. Ministro, em consonância com a jurisprudência do STJ, manifestou-se nos seguintes termos:

Nesse ponto, vale destacar que a jurisprudência desta Corte reconhece assistir ao Tribunal de Contas um poder geral de cautela, que se consubstancia em prerrogativa institucional decorrente das próprias atribuições que a Constituição expressamente outorgou à Corte de Contas para seu adequado funcionamento e alcance de suas finalidades. É o que restou consignado por esta Corte, por exemplo, no julgamento do MS 24.510/DF, Plenário, rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* 19.03.2004.⁹⁹

Conforme se verifica pelo trecho do voto supratranscrito, a discussão girava em torno da competência constitucional e legal do TCU para decretar, cautelarmente e sem prévia oitiva das partes, a indisponibilidade dos bens daqueles apontados como responsáveis pelo ato considerado fraudulento, com o propósito de assegurar a recomposição da lesão supostamente causada ao erário.

No julgamento do MS 24.510/DF, citado pelo d. Ministro Gilmar Mendes como paradigmático, reconheceu-se a legitimidade do TCU para exercer um poder geral de cautela, como instrumento hábil a assegurar a efetividade das competências que lhe foram outorgadas pela Constituição Federal.

No caso específico desse mandado de segurança, debatia-se a suspensão cautelar de processo licitatório. A Ministra Relatora Ellen Gracie fundamentou seu entendimento favorável à atuação da Corte de Contas, nas competências conferidas pelos arts. 71, inciso X, da CF e 276 do RITCU, o qual assim dispõe:

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

⁹⁹ MS 33092/DF, 2.^a Turma, *DJe* 14.08.2015.

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 n.º 8.443, de 1992.

Naquela ocasião, o Ministro Carlos Ayres Brito, divergindo do voto condutor, fez as seguintes considerações:

Entendo, realmente, falecer ao Tribunal de Contas da União competência para sustar a realização de licitações promovidas por órgão ou entidade da Administração Pública.

Baseio-me na Constituição Federal, que, ao inventariar as competências do Tribunal de Contas da União, parece-me, o fez em números fechados, *números clausus*.

[...]

Entre essas competências não figura a de sustação de procedimento ou processo licitatório. Até mesmo quando há referência à Lei de Licitações (artigo 113), falando-se em uma suposta competência do Tribunal de Contas para sustar procedimento licitatório, tudo está vinculado a contrato – e não houve nenhum ainda.

Para o d. Ministro, não tendo o constituinte, de forma expressa, conferido poder para sustar processos licitatórios, o Tribunal de Contas não deteria tal competência.

O Ministro Celso de Mello rebateu os apontamentos contrários à atuação do TCU com fundamento na teoria dos poderes implícitos, construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos, conforme se verifica pelo trecho do seu voto destacado a seguir:

Isso significa que a atribuição de poderes explícitos, ao Tribunal de Contas, tais como enunciados no art. 71, da Lei Fundamental da República, supõe que se lhe reconheça, ainda que por implicitude, a titularidade dos meios destinados a viabilizar a adoção de medidas cautelares vocacionadas a conferir real efetividade às suas deliberações finais, permitindo, assim, que se neutralizem situações de lesividade, atual ou iminente, ao erário público.

Impede considerar, no ponto, ordem a legitimar esse entendimento, a formulação que se fez em torno dos poderes implícitos, cuja doutrina, construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no célebre caso *McCulloch v. Maryland* (1819), enfatiza que a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos.

[...]

Esta Suprema Corte, ao exercer o seu poder de indagação constitucional, deve ter presente, sempre, essa técnica lógica-racional, fundada na teoria jurídica dos poderes implícitos, para, através dela, conferir eficácia real ao conteúdo e ao exercício de dada competência constitucional, como ora se cuida, consideradas as atribuições do Tribunal de Contas da União, tais como se expressamente relacionadas no art. 71 da Constituição da República.

À época, os demais Ministros que compunham o Tribunal Pleno acompanharam o voto condutor e prevaleceu o entendimento acerca da possibilidade de atribuir ao Tribunal de Contas poderes implícitos, decorrentes dos seus poderes constitucionais como forma de preservar a eficiência do controle exercido sobre processos contratações públicas.

O recente julgado que declarou a legalidade da indisponibilidade de bens, sem oitiva prévia dos responsáveis, pela compra da refinaria americana *Pasadena*, evidencia que o STF mantém, nos dias atuais, o entendimento acerca da legitimidade do exercício de poder geral de cautela pelo TCU.

Sem prejuízo de retomarmos essa questão mais adiante, é oportuno, desde logo, consignar que entendemos pela necessidade de as atribuições legais conferidas ao TCU estarem em harmonia com as suas competências constitucionais. Ainda que se admita o elastecimento do campo de atuação do Tribunal de Contas, inclusive à luz da teoria dos poderes implícitos, parece-nos evidente que a outorga de poderes complementares só será legítima e, por conseguinte, válida, se estiver adstrita aos limites traçados pelo constituinte.

Nesses termos, as previsões normativas de afastamento provisório do cargo e de decretação de indisponibilidade dos bens de responsáveis, ambas medidas cautelares previstas na LOTCU (Art. 44), são consentâneas com as competências constitucionais conferidas à Corte de Contas porque visam justamente assegurar o seu escopo institucional.

O mesmo não ocorreria, todavia, em relação ao Art. 276 do RITCU, que prevê a adoção de medida cautelar para suspender procedimento impugnado. Entendemos que esse comando específico extrapola o poder regulamentar previsto no Art. 3.º do RITCU, uma vez que a matéria regulamentada não pode criar poderes e atribuições que não encontram guarida constitucional ou legal. Caso contrário, estar-se-á inovando a ordem jurídica.

É o que se depreende das pertinentes considerações feitas por Luciano Ferraz:

Os limites para o exercício da competência normativa atribuída a qualquer órgão da administração, entre os quais os Tribunais de Contas, estão na própria lei a ser regulada. Os atos normativos no Direito Brasileiro não possuem vida autônoma, dependem da lei, sendo-lhes vedado dela desbordar, sob pena de ilicitude.

O que se quer significar é que lei e ato normativo diferenciam-se não só pela origem (órgão produtor) e pela posição de supremacia da primeira (diferença de grau hierárquico), mas, sobretudo, porque a lei tem o condão de inovar no ordenamento, estabelecendo, alterando ou extinguindo relações jurídicas (desde que acorde com a Constituição). O ato normativo, ao contrário, como fonte secundária do Direito, depende da lei; se inova na ordem jurídica há invasão de competência, abuso de poder.¹⁰⁰

E, no caso da suspensão cautelar de procedimentos, não há na Constituição Federal ou na Lei n.º 8.443/1992, menção acerca da competência do TCU para adotar medidas cautelares com esse propósito. Logo, não parece arriscado afirmar que o Art. 276 do RITCU carece de previsão legal.

É o que também defende Amauri Feres Saad, consoante se verifica pelo trecho a seguir:

[...] não se pode senão concluir pela vedação aos tribunais de contas, do proferimento de medida cautelar que determine a sustação, total ou parcial, de contratos administrativos, ou que, de qualquer forma, produza impacto sobre o modo de execução ou sobre o conteúdo das obrigações pactuadas entre Administração Pública e particular. **Isto porque tais órgãos não têm, à luz do texto constitucional, competência para suspender ou invalidar contratos administrativos (e também atos administrativos) em nenhuma hipótese.** Se um juízo sobre a validade ou suspensão de efeitos de contratos administrativos é proibido aos tribunais de contas, com maior razão lhe será interditado, sobre a mesma matéria, o provimento cautelar. Ninguém acautela algo sobre o que em definitivo não lhe caiba pronunciar-se, por mais que isto, a propósito da conformação constitucional dos tribunais de contas (e também do Congresso Nacional, que igualmente não detém esta competência), seja algo evidente em si (destacamos).

E, ainda que se admita a atuação nesses termos, não se pode deixar de notar que o Art. 71, X, da CF dispõe, de forma expressa, que o TCU poderá sustar, *se não atendido*, a execução de ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal.

De acordo com o texto constitucional a sustação do ato deverá, necessariamente, ser precedida pela concessão de oportunidade ao administrador público para que se corrija ou se adéque ao apontamento feito pelo TCU. Por conseguinte, a adoção da medida sem a oitiva da parte, supriria etapa prevista pelo constituinte.

¹⁰⁰ FERRAZ, Luciano. Poder de coerção e poder de sanção dos Tribunais de Contas. Competência normativa e devido processo legal. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 13, abr.-maio 2002.

Outro aspecto relevante a ser analisado sobre as medidas cautelares consiste nos efeitos que tais medidas exercem sobre os contratos administrativos. E isso porque, a partir do pressuposto de que o Tribunal de Contas não tem competência para sustar ou anular contratos administrativos, medidas cautelares adotadas nessa seara não poderiam, ainda que reflexamente, afetar ajuste celebrado com o particular.

Assim, ainda que se admita a possibilidade de o Tribunal de Contas da União sustar procedimentos licitatórios, não se pode permitir que tais medidas prejudiquem a execução dos contratos decorrentes, sob pena de invadir a competência atribuída exclusivamente ao Poder Legislativo.

d) Controle de constitucionalidade

A Súmula n.º 347 do Supremo Tribunal Federal¹⁰¹ confere ao Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, o poder para pronunciar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo quando for julgar um caso concreto pertinente à sua jurisdição.

A atribuição conferida pelo STF gera controvérsia no âmbito da própria Corte Suprema. Um caso emblemático refere-se à decisão do TCU que declarou inconstitucionais dois textos reguladores da Petrobras – o Art. 67 da Lei 9.478/1997 e o Decreto 2.745/1998 –, obrigando aquela estatal a cumprir as formalidades da Lei n.º 8.666/1993.

Posteriormente, nos autos do mandado de segurança impetrado pela Petrobras, o Ministro Gilmar Mendes suspendeu, liminarmente, a decisão do TCU. Pela relevância dos argumentos postos para elucidar o que se pretende demonstrar, transcreve-se parte do voto prolatado na ocasião:

Não me impressiona o teor da Súmula n.º 347 desta Corte, segundo o qual “o Tribunal de Contas, no 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 n.º 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

¹⁰¹ Enunciado: O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público. Data da aprovação: 13.12.1963.

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 consequências de ordem econômica e política que serão suportadas pelo 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 (Ac. n.º 39/2006) no processo TC n.º 008.210/2004-7 (Relatório de Auditoria).¹⁰² (destacamos)

Em linhas gerais, para o d. Ministro o conteúdo da Súmula publicada na década de 1960 não se coaduna com o ordenamento pátrio vigente, sobretudo após a promulgação da Carta de 1988 que alterou o modelo de controle de constitucionalidade.

No seu entender, na sistemática atual, em que o STF detém ampla competência para realizar o controle difuso e abstrato de constitucionalidade, e em que foi estendido o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar a Corte Federal, não se justificaria legitimar a recusa por parte de órgãos não jurisdicionais.

O mérito do mandado de segurança ainda não foi julgado pelo STF,¹⁰³ de modo que a referida Súmula permanece vigente. Inclusive, o TCU, em julgados recentes, tem

¹⁰² STF, MS 25.888 MC/DF, Decisão do Ministro Rel. – Monocrática, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 22.03.2006, DJ 29.03.2006. O mandado de segurança ainda não foi julgado em caráter definitivo pelo STF.

¹⁰³ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 2 nov. 2015. Verificou-se que os autos do processo estão conclusos com o Ministro Gilmar Mendes desde 05.02.2015.

invocado essa prerrogativa e declarado a inconstitucionalidade de leis e atos normativos.¹⁰⁴

Ao que parece, o impasse só será resolvido quando sobrevier decisão definitiva sobre o tema na via jurisdicional, isto é, será necessário aguardar a definição pelo STF quanto à existência ou não de atribuição, pela Constituição, de competência para o TCU pronunciar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

De toda forma, mediante análise de julgados sobre a matéria no STF, ainda que as decisões não tenham transitado em julgado, parece haver uma tendência de confirmação do entendimento pela ausência de legitimidade do TCU.

e) Aprovação de acordo de leniência

Em 11.02.2015, o Tribunal de Contas da União editou a Instrução Normativa n.º 74/2015, prevendo a necessidade de que os acordos de leniência regulados pela Lei n.º 12.846/2013 (“Lei Anticorrupção”) recebam o aval daquela Corte de Contas como pré-requisito para a sua aprovação.

A referida IN é fundada, entre outros motivos, na impossibilidade de ocultar documento ou informação à Corte de Contas em sua fiscalização, sob qualquer pretexto. A exposição de motivos da Instrução ressalta, ainda, que, por não afastar a reparação de danos ao erário, nos termos do Art. 16, § 3.º, da Lei n.º 12.846/2013,¹⁰⁵ a celebração de acordo de leniência por órgãos e entidades da Administração Pública federal é ato

¹⁰⁴ No julgamento de Representação pela Procuradoria da República no Estado do Paraná/Ministério Público Federal, por meio da qual solicita “esclarecimentos acerca da ocorrência ou não de irregularidade na conduta do Conselho Regional de Contabilidade no Estado do Paraná, no voto prolatado pelo Ministro Marcos Bemquerer Costa, entre os fundamentos adotados, consta o quanto segue:

“158. Considerando o sistema de controle difuso de constitucionalidade adotado no ordenamento jurídico brasileiro; considerando o entendimento do Supremo Tribunal Federal expresso na Súmula 347, pelo qual ‘o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público’; e considerando a Decisão 663/2002-TCU-Plenário (precedente de declaração de inconstitucionalidade), entendo que esta Corte deve firmar o entendimento de que são inconstitucionais os itens 39 e 40 da NBC 12/2013; o inciso X do art. 2.º do Código de Ética Profissional do Contador, aprovado pela Resolução CFC 803/1996; bem como o § 2.º do art. 3.º da Resolução CFC 1.019/2005, afastando, por consequência, sua aplicação, dando ciência ao CFC de que os atos doravante praticados com base nos referidos dispositivos serão considerados irregulares por esta Corte e implicarão responsabilização pessoal dos agentes que lhes derem causa” (Ata n.º 30/2015, Plenário, Sessão Ordinária 29.07.2015. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-1888-30/15).

¹⁰⁵ Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte: [...]

§ 3.º O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.

administrativo sujeito à jurisdição do TCU quanto a sua legalidade, legitimidade e economicidade, nos termos do Art. 70 da Constituição Federal.

Os incisos do Art. 2.º da referida IN estabelecem as etapas e os prazos a serem observados pela Administração Pública e a documentação a ser enviada pela autoridade responsável pela celebração do acordo ao Tribunal de Contas da União.¹⁰⁶

A apreciação pelo TCU de cada uma das etapas que compõem o acordo de leniência condicionará a eficácia dos atos subsequentes, e a autoridade que deixar de dar cumprimento aos prazos previstos no Art. 2.º salvo por motivo justificado, ficará sujeita à multa prevista no Art. 58, IV, da Lei n.º 8.443/1992,¹⁰⁷ na forma do RITCU.¹⁰⁸

Vale salientar que a aprovação do acordo de leniência não afasta aplicação das penas cabíveis pelo Tribunal de Contas. É o que dispõe o Art. 6.º da Instrução Normativa:

Art. 6.º O acordo de leniência celebrado pela administração federal não afasta as competências do Tribunal de Contas da União fixadas no art. 71 da Constituição Federal, nem impede a aplicação das sanções previstas na Lei n.º 8.443/1992.

¹⁰⁶ Art. 2.º A autoridade responsável pela celebração do acordo de leniência encaminhará ao Tribunal de Contas da União a documentação descrita nos incisos I a V do artigo anterior, observados os seguintes prazos:

I – até cinco dias após o recebimento de manifestações de pessoas jurídicas interessadas em cooperar para a apuração de atos ilícitos;

II – até cinco dias após a conclusão da proposta de acordos de leniência contendo as condições e os termos negociados entre a administração pública e a pessoa jurídica envolvida;

III – até dez dias após a efetiva celebração de acordos de leniência;

IV – até noventa dias após a efetiva celebração de acordos de leniência, no caso do relatório de acompanhamento;

V – até noventa dias após o cumprimento dos termos, condições e objetivo dos acordos, no caso do relatório conclusivo descrito no inciso V do artigo anterior.

¹⁰⁷ Art. 58. O Tribunal poderá aplicar multa de Cr\$ 42.000.000,00 (quarenta e dois milhões de cruzeiros), ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional, aos responsáveis por:

[...]

IV – não atendimento, no prazo fixado, sem causa justificada, a diligência do Relator ou a decisão do Tribunal.

¹⁰⁸ É o que dispõem os arts. 3.º e 4.º da IN 74/2015:

Art. 3.º A apreciação do Tribunal sobre as etapas que compõem a celebração de acordos de leniência, descritas no art. 1.º, dar-se-á em Sessão Plenária Extraordinária Reservada e constituirá condição necessária para a eficácia dos atos subsequentes.

Art. 4.º A autoridade que deixar de dar cumprimento aos prazos previstos no art. 2.º, salvo motivo justificado, ficará sujeito à multa prevista no art. 58, inciso IV, da Lei n.º 8.443/92, na forma do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União.

Noutras palavras, por força desse dispositivo, nada impede que o TCU declare a inidoneidade da pessoa jurídica nos casos de fraude comprovada à licitação, nos termos do Art. 46 da LOTCU.¹⁰⁹

Não se pode olvidar que a pena de declaração de idoneidade afeta também os contratos administrativos em vigência, uma vez que, em razão do disposto no Art. 55, XIII, da Lei n.º 8.666/1993, o contratado tem o dever de manter as mesmas condições de habilitação, sob pena de rescisão contratual, nos termos do Art. 78, I, da referida Lei.

Diante disso, um questionamento possível é se a aplicação das graves penas previstas na LOTCU, sobretudo a declaração de inidoneidade, não poderia comprometer a realização de acordos de leniência, uma vez que os benefícios concedidos à pessoa jurídica seriam consideravelmente reduzidos. Como se sabe, para a pessoa jurídica, o propósito da celebração do acordo é justamente reduzir e até mesmo afastar a aplicação da pena em decorrência da prática ilícita por ela cometida.¹¹⁰

Poderá haver, ainda, um conflito entre a atuação do TCU e o disposto na Lei Anticorrupção, uma vez que o Art. 17 dispõe que a administração pública poderá celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei n.º 8.666/1993, visando à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88.

Entre as penas previstas nos dispositivos supracitados, figura no Art. 87, IV, a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade.¹¹¹

¹⁰⁹ Art. 46. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.

¹¹⁰ Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte: [...]

2.º A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6.º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável.

¹¹¹ Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I – advertência;

II – multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III – suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV – **declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante**

Logo, pode ser que a Administração Pública, em sede de controle interno, decida isentar a pessoa jurídica da pena prevista no Art. 87, IV, da Lei n.º 8.666/1993 e o TCU, em sede de controle externo, aplicar a sanção do Art. 46 da LOTCU.

Nesse cenário hipotético, estaria o TCU impedido de aplicar as penas previstas na sua Lei Orgânica se o acordo de leniência celebrado com a Administração Pública previsse a sua isenção, nos moldes dispostos no Art. 17 da Lei n.º 12.846/2013?

Até o momento, não se tem notícia de que a situação exposta tenha ocorrido, motivo pelo qual não se sabe ao certo como tal embate será resolvido.

Concretamente, a grande problemática a respeito da IN n.º 74/2015 reside em torno de uma possível usurpação, pelo TCU, dos poderes conferidos pela Lei Anticorrupção à Controladoria-Geral da União (CGU).

De acordo com o Art. 16, § 10, da referida Lei,¹¹² a Controladoria-Geral da União é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira.

Em contrapartida, não há menção acerca da necessidade de submeter o processo de acordo de leniência ao TCU, nem muito menos há autorização a Corte de Contas para penalizar o administrador público que deixar de observar os prazos dispostos em instrução normativa do próprio TCU.

A possível invasão na esfera de competência e a indevida inovação no ordenamento jurídico motivaram a propositura da ADI n.º 5294¹¹³ pelo Partido Político Popular Socialista, em 07.04.2015, com escopo de declarar a inconstitucionalidade da Instrução Normativa n.º 74/2015.

De acordo com a petição inicial, o Tribunal de Contas, por força de uma instrução normativa – ato regulamentar, sem nenhuma previsão legal que lhe dê suporte –,

a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior (destacamos).

¹¹² § 10. A Controladoria-Geral da União – CGU é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira.

¹¹³ Os autos do processo foram distribuídos ao Min. Marco Aurélio. A última movimentação processual refere-se ao envio dos autos para a PGR. Acesso em: 14 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

submete à Controladoria-Geral da União, órgão vinculado ao Poder Executivo, a obediência de um inventivo procedimento de controle externo prévio, que culminará em um julgamento a ser realizado em “Sessão Plenária Extraordinária”.

Como forma de ilustrar a usurpação de competência, a petição inicial faz referência ao julgamento do RMS n.º 25.943/DF, ocasião em que o Ministro Ricardo Lewandoski distinguiu as funções do Tribunal de Contas da União e da Controladoria-Geral da União. Pela pertinência das explicações, passa-se a transcrevê-las:

Nesse sentido, pode a Controladoria-Geral da União fiscalizar a aplicação de dinheiro da União onde quer que ele esteja sendo aplicado, isto é, se houver um repasse de verbas federais a um município, ele pode ser objeto de fiscalização no tocante à sua aplicação. E essa fiscalização tem, evidentemente, um caráter interno, pois é exercida exclusivamente sobre verbas provenientes do orçamento do Executivo destinadas a repasses aos entes federados. Não se trata, portanto, de invasão de esfera do Tribunal de Contas da União, como quer fazer crer o recorrente. Cuida-se de um controle prévio ao do TCU, cuja redundância foi explicitamente desejada pelo Constituinte.

Conclui, então, que a IN n.º 74/2015 acabou por extinguir a redundância dos controles internos e externos, ao subsumir completamente a atuação da Controladoria-Geral da União à aprovação, passo a passo, de seu ato, por parte do Tribunal de Contas, sob pena de ineficácia dos atos subsequentes.

Em sentido oposto a esse entendimento, está o posicionamento defendido por Alexandre Sarquis, Conselheiro fiscal da Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (ATRICON), registrado em artigo sobre o tema¹¹⁴. Para ele, a Lei Anticorrupção ignorou os Tribunais de Contas e não reconheceu a devida primazia do Ministério Público.

Sustenta, ainda, que a escolha da Controladoria-Geral da União para coordenar os acordos de leniência foi influenciada pela sistemática vigente nos Estados Unidos e no Reino Unido, conforme se verifica pelo trecho transcrito abaixo:

Nos EUA, em que o escândalo de Watergate deu origem à “Foreign Corrupt Practices Act” de 1977, e no Reino Unido, em que a “Bribery Act” foi marco em 2010, o titular do Controle Externo é a Controladoria-Geral.

¹¹⁴ Devem os Tribunais de Contas homologar os Acordos de Leniência? Publicado em mar 3, 2015. Disponível em <<http://www.atricon.org.br/artigos>>. Acesso: 07 jan. 2016.

Naturalmente, no caso brasileiro, o TCU e o Congresso Nacional são, de qualquer forma, fiadores dos acordos firmados pelo Executivo. Qualquer outra interpretação da Lei é fulminada pela incompatibilidade com os arts. 74, § 1º e 71, IX da Constituição Federal de 1988. Não há como o Tribunal se eximir de apreciar um eventual acordo de leniência.

Por fim, especificamente em relação à Instrução Normativa 74 de 2015, o conselheiro fiscal defende que o TCU lidou com o que existe e tem validade jurídica, emprestando a interpretação mais conforme possível com as suas atribuições constitucionais.

Em que pese os argumentos em sentido contrário, nos alinhamos à tese defendida na ADI nº. 5294. A Lei Anticorrupção, de fato, não condiciona a eficácia do acordo de leniência à avaliação do Tribunal de Contas da União.

Tivesse o legislador intenção de atribuir ao TCU competência concorrente para aprovação de acordos de leniência é de se imaginar que o teria feito expressamente e pelo mesmo instrumento, qual seja: lei ordinária.

E ainda que se suscitasse a legitimidade dessa prerrogativa em decorrência do poder regulamentar atribuído à Corte de Contas pelo Art. 3º da Lei nº. 8.443/92, e que a IN apenas regulamentaria a fiscalização do TCU à luz do art. 16, §3º da Lei nº. 12.846/13, é imperioso reconhecer o ineditismo da atribuição relativa à aprovação dos acordos de leniência no âmbito da Administração Pública Federal.

Nem mesmo a teoria dos poderes implícitos, invocado pelo STF para legitimar o poder geral de cautela exercido pelo TCU, parece convalidar a atuação da Corte de Contas nessa seara.

Fato é que, enquanto não é julgado o mérito da ADI, a jurisprudência do TCU tem reconhecido a competência da CGU para celebrar tais acordos e ratificado a sua própria competência para verificar a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos acordos de leniência firmados por empresas com base na Lei Anticorrupção.

f) Controle sobre processos licitatórios

A Lei Geral de Licitações e Contratos Públicos, no Art. 113, ampliou o campo de atuação do Tribunal de Contas ao conferir-lhe, além do controle das despesas decorrentes dos contratos administrativos, a prerrogativa de solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia do edital de

licitação já publicado e determinar a adoção de medidas corretivas, as quais vinculam obrigatoriamente os órgãos ou entidades da Administração.¹¹⁵

Essa prerrogativa se estende a todo licitante e a qualquer interessado, que poderão representar ao Tribunal de Contas e, inclusive, pleitear a suspensão do procedimento licitatório com base nas irregularidades identificadas.

Por força desse dispositivo passou-se a autorizar o controle prévio do edital pelo Tribunal de Contas, o que, em uma primeira análise, poderia significar uma retomada ao modelo adotado até a promulgação da Carta de 1967.

Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara explicam que até a Constituição de 1967 havia um controle quase administrativo, dado que a atuação do Tribunal de Contas da União coincidia com a decisão administrativo-financeira em si. Nesse sistema, a realização das atividades financeiras estatais dependia tanto da decisão dos entes administrativos propriamente ditos como da atuação dos órgãos de controle.¹¹⁶

A atribuição prevista no Art. 113 da Lei de Geral de Licitações, entretanto, não deve ser interpretada como a concessão de poderes para que a Corte de Contas examine, de forma sistemática e preventiva, editais e demais atos pertinentes ao processo licitatório, tampouco deve ser entendido que o seguimento do certame estará, necessariamente, condicionado à aprovação pelo Tribunal de Contas.

O que se tem, na verdade, é um controle pontual e excepcional, que deverá ser acompanhado das razões que justificam a interferência da Corte de Contas antes mesmo da concretização do ato pela Administração Pública.

A Súmula n.º 88 do TCU é expressa nesse sentido:

Com o sistema de controle externo, instituído pela Constituição de 1967 e disciplinado em legislação ordinária pertinente, **não compete ao Tribunal de Contas da União julgar ou aprovar previamente**

¹¹⁵ 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. [...]

§ 2.º 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.

¹¹⁶ CÂMARA, Jacintho Arruda; SUNDFELD, Carlos Ari. Controle das contratações públicas pelos tribunais de contas. *Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, n. 257, maio-ago. 2011.

contratos, convênios, acordos ou ajustes celebrados pela Administração Pública. Pode, todavia, o Tribunal, no exercício da auditoria financeira e orçamentária e com vistas ao julgamento das contas de responsáveis ou entidades sob a sua jurisdição, tomar conhecimento dos respectivos termos, para, se verificar ilegalidade ou irregularidade, adotar providências no sentido de saná-la ou evitar a sua reincidência.

A esse respeito, é pertinente trazer à baila considerações feitas por Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:¹¹⁷

[...] o Tribunal de Contas deve solicitar para exame, não cabendo, portanto, a ordem genérica para remeter todos os editais. Há que ser um a um, cada vez que ocorrer a publicação. Afinal, é consabido que o controle que se faz por transcrição e remessa de documentos e remessa de documentos aos órgãos de controle está, felizmente, com seus dias contados. Primeiro, porque quem transcreve ou copia a informação fica com o poder de apresentar informações fidedignas ou não e, por corolário, a ação de controle permanece nas mãos do controlado; segundo, por princípio que chegou a ser colocado em Lei, **não cabe ao órgão controlador impor obrigações ao controlado, criar novas tarefas ou deveres, sob pena de inverter as proposições lógicas estruturantes do serviço passando a atividade-fim trabalhar para a atividade-meio, no caso o controle** (destacamos).

Portanto, a responsabilização do agente, por descumprimento do Art. 113, § 2.º, da Lei de Licitações depende: (a) de notificação do Tribunal solicitando cópia de edital específico; e (b) de ocorrência de atos viciados decorrentes da licitação.

Há aqueles que defendem a adoção da ampliação da fiscalização antes da concretização do ato. Carlos Pinto Motta filia-se a essa corrente:

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, § 2.º, 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.¹¹⁸

¹¹⁷ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Vade-mécum de licitações e contratos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 998.

¹¹⁸ COELHO, Carlos Pinto. *Eficácia nas concessões, permissões e parcerias*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 719.

Em que pesem as pertinentes considerações, o modelo defendido afigura-se-nos falho por diversos motivos. A começar pelo fato de que é ineficiente. Condicionar as ações da Administração Pública ao exame prévio do Tribunal de Contas poderia engessar a atuação do Poder Público, tornando-o ainda mais moroso.

Além disso, contraria a própria finalidade da fiscalização conferida ao Congresso Nacional, com auxílio do Tribunal de Contas. Por controle externo pressupõe que a fiscalização se dará por ente alheio àquele que praticou o ato, justamente para assegurar a máxima isenção e imparcialidade. Logo, se a vontade do órgão de controle se sobrepõe à vontade do administrador público, na sua origem, o ente fiscalizador perde o distanciamento necessário para analisar o ato *a posteriori*.

4. CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

4.1 A conformação legal do dever de licitar no ordenamento pátrio

A Carta de 1988 foi a primeira a constitucionalizar o dever de licitar. Inserido no inciso XXI do Art. 37, que trata dos princípios e normas gerais da Administração Pública, dispõe que, ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, a qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômicas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

O instituto é ainda mencionado em outras passagens da Constituição, com destaque para o disposto no inciso XXVII do Art. 22 – que atribui à União competência privativa para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação –, e no *caput* do Art. 175 – que confere ao Poder Público, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre por meio de licitação, a prestação de serviços públicos.

Sobre o processo de contratações públicas recaíram, também, os princípios gerais regentes da Administração Pública, a saber: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, este último incluído posteriormente pela Emenda Constitucional n.º 19/1995¹¹⁹.

Poucos anos após a promulgação da Constituição, em cumprimento ao disposto no inciso XXI do Art. 37, foi editada a Lei n.º 8.666/1993 com o propósito de regulamentar o processo de contratações públicas. Referida norma respondeu às expectativas da época, de valorização dos princípios – em especial, o da moralidade – e do controle da atividade administrativa.¹²⁰

O momento político pelo qual passava o Brasil à época da edição da Lei influenciou diretamente a estrutura do diploma legal e explica muitas das escolhas feitas pelo legislador, sobretudo no que diz respeito à rigidez dos critérios a serem observados pelos proponentes e pela própria Administração Pública, além do caráter moralizador voltado a combater a corrupção nas contratações públicas.

¹¹⁹ Art. 37, *caput*, da C.F.

¹²⁰ ROSILHO, André. *Licitação no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 86.

As tratativas sobre a regulamentação do processo de licitação e contratações públicas foram iniciadas em junho de 1991, por meio do Projeto de Lei n.º 1.491, submetido ao Plenário da Câmara dos Deputados pelo então Deputado Federal Luís Roberto Ponte.¹²¹

No entanto, o ciclo de debates parlamentares sobre os termos da redação do Projeto de Lei foi concluído somente em junho de 1992, concomitantemente à instalação da Comissão Parlamentar de Inquérito para apurar denúncias de compras superfaturadas e fraudes em processos licitatórios durante o Governo de Fernando Collor de Mello.

Como é notório, a CPI RQN 52/1992¹²² foi deflagrada por denúncias feitas por Pedro Collor de Mello contra o empresário Paulo César Cavalcanti Farias, mais conhecido como “PC Farias”, que culminaria na abertura do processo de *impeachment* do então Presidente da República e na sua posterior cassação.

No depoimento prestado aos parlamentares em 06.06.1992, Pedro Collor de Mello relatou que PC Farias se valia de informações privilegiadas, obtidas em decorrência do estrito relacionamento com o chefe do Poder Executivo, para extorquir empresários. O tráfico de influência exercido pelos atores do denominado “esquema PC” operava, entre outras atividades, em concorrências públicas para contratação de obra de grande porte, notadamente no Estado do Paraná.¹²³

A declaração feita pelo Senador Relator Amir Lando, ao final dos trabalhos da CPI, ilustra muito bem o conturbado momento político vigente, que, inclusive, colocou

¹²¹ De acordo com André Rosilho, Luís Roberto Ponte atuava como líder empresarial na construção civil, tendo sido, ele mesmo, proprietário de uma média empreiteira. Foi Vice-Presidente da Câmara Brasileira de Indústria da Construção (1980-1983); Presidente da Comissão de Política e Relações no Trabalho da Câmara Brasileira da Indústria da Construção Civil (RS, 1980-1989); Vice-Presidente do Centro das Indústrias do Rio Grande do Sul (1983); Primeiro Vice-Presidente e Presidente da Câmara Brasileira da Indústria da Construção (1983-1992) (ROSILHO, André. *Licitação no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 94).

¹²² A título de curiosidade, cumpre apenas destacar que entre os integrantes da Comissão Parlamentar Mista figuravam os então deputados federais: Roberto Jefferson (PTB) e José Dirceu (PT). Os dois parlamentares foram investigados em 2005 pela Comissão Parlamentar de Inquérito Mista do “Mensalão”, instituída para apurar o pagamento de propina pelo PT a deputados do PP e do PL em troca de votos a projetos de interesse do Executivo. As denúncias feitas por Roberto Jefferson provocaram a saída de José Dirceu do Ministério da Casa Civil, sendo substituído por Dilma Rousseff, responsável à época pelo Ministério de Minas e Energia.

¹²³ Sobre as fraudes praticadas em licitações promovidas no Estado, é elucidativo o registro do depoimento prestado pelo então Governador do Paraná, Roberto Requião, no Relatório Final da CPI – RQN 52/92: “[...] tal proposta consistia em aceitar uma lista de empreiteiras que deveriam ganhar as concorrências no Estado do Paraná. Caso aceitasse, segundo o depoente, o Governo do Estado do Paraná não teria mais problemas sobre os pleitos de recursos junto à Caixa Econômica Federal” (fls. 79-80).

em xeque a solidez das instituições recém-restauradas no processo de democratização do País. Pela importância histórica desse registro e como forma de compreender as questões que serão adiante apresentadas neste trabalho, cumpre transcrevê-la parcialmente:

A expectativa de um vento renovador foi largamente comprometida pelos fatos. Esperava-se que, do caos político, econômico e social, o Brasil retomasse, enfim, o caminho de um desenvolvimento ordenado. Inundado por medidas de choque desde 15 de março de 1990, o País viu-se metamorfoseado em imenso laboratório, sob um dilúvio de medidas provisórias – 141 em 1990 – que submeteram economia e sociedade a um verdadeiro terremoto conceitual e operacional. O que se queria, após tal tormenta? Reordenamento e desenvolvimento. O que se obteve? Estagnação, recessão e deterioração, não apenas econômica, mas, infelizmente, agora, também, moral.

[...]

Em torno do Presidente da República organizaram-se amigos e colaboradores de campanha que passaram a ser identificados como autores de um *script*, cujo enredo era importante não ignorar, mesmo a elevado custo financeiro e moral. Quem conhecesse o fio da nova meada – como desbloquear cruzados novos, **como conseguir contratos com dispensa de licitação, como vencer concorrências, como colocar funcionários em disponibilidade – passou a ser “mercadoria pela qual empresário e tantos outros se dispuseram a pagar preços incríveis e injustificados”**¹²⁴ (destacamos).

A aprovação do texto final do que viria a ser a Lei Geral de Licitações ocorreu, portanto, simultaneamente ao maior escândalo de corrupção – até então – deflagrado no País, sendo que parte dos atos ilícitos apurados foi praticada no âmbito de contratações públicas, utilizadas como veículo para desvio de recursos públicos e favorecimentos de políticos e empresários.

Consequentemente, tais fatos tiveram inevitável influência nos parâmetros e critérios adotados pelos congressistas na proposta do texto da Lei Geral de Licitações.¹²⁵

¹²⁴ Relatório Final da CPI – RQN 52/92, p. 30.

¹²⁵ A declaração feita pelo Deputado Tidei de Lima, por ocasião dos debates travados pelos parlamentares para aprovar a redação final do Projeto de Lei, citada por André Rosilho, ilustra bem as razões por detrás das propostas feitas pelos parlamentares: “O que se pretende, Sr. Presidente, é evitar editais dirigidos, ocorrências fraudulentas, participações que não orgulham a história da Administração Pública brasileira. Procuramos cercar, de uma forma ou de outra, a ocorrência de corrupção. Estamos conscientes de que é impossível, por decreto, acabar com a corrupção, mas tempos a obrigação de evitá-la, de cercá-la, de criar dificuldades, para que ela não aconteça” (ROSILHO, André. *Licitação no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 107).

Em junho de 1993, o então Presidente da República Itamar Franco sancionou a Lei Geral de Licitações e Contratos vigente, que manteve boa parte do conteúdo original do Projeto submetido ao Plenário da Câmara dos Deputados.

Nos artigos dispostos na Seção III da Lei Geral de Licitações são tipificados como crimes, passíveis das penas de reclusão e multa: (i) dispensar ou inexigir a licitação fora das hipóteses legais; (ii) frustrar, mediante ajuste, o caráter competitivo do procedimento licitatório; (iii) patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração; (iv) admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem em favor do adjudicatário; (v) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório; (vi) devassar o sigilo da proposta apresentada em procedimento licitatório; (vii) adotar medidas para afastar o licitante; (viii) admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa declarada inidônea; (ix) impedir a inscrição de interessado nos registros cadastrais ou promover a sua alteração, suspensão ou cancelamento.

O Art. 92, parágrafo único, da Lei n.º 8.666/1993 dispõe que incidirá na mesma pena o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais.

O extenso rol das hipóteses que ensejam a aplicação da pena de reclusão chancela tudo o que foi dito acerca da intenção do legislador de evitar a concretização de atos voltados a fraudar a licitação. Denota, outrossim, uma tendência em conter desvios oriundos, sobretudo, do setor público.

Diz-se isso porque a maior parte das condutas descritas nos artigos da Seção III da Lei Geral de Licitações diz respeito ao administrador público, e não ao particular.

Importa notar, ainda, que o legislador, intencionalmente, impôs uma forte carga sancionatória sobre os atos praticados no âmbito das contratações públicas. Carga essa que, a despeito de pretender obstar condutas ilícitas, afeta, inevitavelmente, a liberdade do administrador.

Daí por que não nos parece arriscado afirmar que o processo de contratação pública, nos moldes vigentes, foi estruturado para restringir a discricionariedade do administrador público, dificultando a adoção de medidas inovadoras, aptas a atender o

interesse público, ou que adéquem o procedimento licitatório à determinada necessidade local, como forma de compor os diversos interesses lícitos envolvidos.

Vale notar, entretanto, que a vinculação do administrador aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência dispostos no Art. 37, caput, da C.F, e no Art. 3º da Lei nº. 8.666/1993, não constituem propriamente uma novidade. O Decreto-lei nº 2.300/1984 já previa que a licitação deveria ser processada e julgada em estrita conformidade com os princípios da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.¹²⁶

Nem mesmo o dever de eficiência, elevado a *status* de princípio somente no ano de 1995 por ocasião da Reforma Administrativa, constitui um conceito totalmente estranho à matéria das contratações públicas.

A própria Carta de 1988, no Art. 74, que impõe aos Poderes Legislativos, Executivo e Judiciário o dever de manter, de forma integrada, o controle interno, no inciso II prevê como objetivo dessa atuação conjunta avaliar os resultados quanto à eficácia e eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal.

Igualmente, o Art. 144, ao dispor sobre o dever do Estado de garantir a segurança pública, prevê no § 7.º que a lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis, de maneira a assegurar a eficiência de suas atividades.

Donde se conclui que os atos administrativos praticados no âmbito das contratações públicas, antes mesmo da Carta vigente, são vinculados a regramento específico como forma de assegurar a moralidade, a igualdade, entre outros vetores de igual relevância, previstos no ordenamento pátrio.

Mais recentemente, a Lei nº 12.349/2010 acrescentou mais um princípio a ser observado pelo administrador público nos processos de contratação pública, consubstanciado no dever de promover o desenvolvimento nacional sustentável.¹²⁷

¹²⁶ Decreto-lei nº 2.300/1986: “Art. 3.º A licitação destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos”.

¹²⁷ Após a edição da referida lei, o art. 3.º da Lei nº 8.666/1993 passou a prescrever o quanto segue:

Sobre esse princípio vale registrar que a proposta original constante na Medida Provisória n.º 495/2010, que precedeu a Lei n.º 12.349/2010, era incluir entre as finalidades da licitação pública o desenvolvimento nacional, sem mencionar o termo “sustentável”.

A exposição de motivos que instruiu a referida medida provisória destacava a relevância do poder de compra governamental como instrumento de promoção do mercado interno em razão do seu potencial de demanda, além de fomentar a geração de emprego/renda e, por conseguinte, o desenvolvimento do País.

Havia, portanto, a clara intenção de atribuir às compras públicas uma dupla função, que transpassa a sua finalidade primária. Além de garantir ao Poder Público o suprimento de bens ou a prestação de serviços necessários ao atendimento do interesse público, a demanda governamental passou a ser vista como um mecanismo para estimular a atividade econômica interna e fomentar inovações em diversas áreas.

Também pela exposição de motivos da citada medida provisória depreende-se que a inclusão do referido princípio foi fundada nos seguintes dispositivos constitucionais: (i) Art. 3.º, II, que inclui o desenvolvimento nacional como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil; (ii) Art. 170, I e VIII, que impõe o dever de observar a soberania nacional e a busca do pleno emprego; (iii) Art. 174, que dispõe sobre as funções a serem exercidas pelo Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica; e (iv) Art. 219, que trata de incentivos ao mercado interno, de forma a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País.

A leitura sistematizada desses dispositivos permite concluir que, desde a promulgação da Carta de 1988, a promoção do desenvolvimento nacional figura entre as funções a serem desempenhadas pelo Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, entre os valores supremos que devem permear as condutas daqueles que atuam nos Poderes Legislativo, Executivo e Judicial, em todos os níveis da Federação.

Art. 3.º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

No texto final da Lei n.º 12.349/2010, decidiu-se por agregar à expressão “desenvolvimento nacional” a palavra “sustentável”. Não constam na exposição de motivos da Medida Provisória que precedeu a referida norma quaisquer justificativas acerca da inclusão do termo por ocasião da aprovação da Lei.

De todo modo, o fato é que, à luz do ordenamento pátrio, o administrador público deverá preocupar-se não só em promover o desenvolvimento por meio das compras públicas, mas também assegurar que ele seja feito de forma sustentável.

A doutrina traz inúmeros conceitos sobre o que compreenderia o princípio do desenvolvimento nacional sustentável. A maior parte dos estudos enfatiza o viés ambiental das licitações e contratações públicas sustentáveis, o que se convencionou a chamar de “compras verdes”. Entretanto, a noção de desenvolvimento sustentável é pluridimensional, congregando características sociais, econômicas, éticas e jurídico-políticas.

Juarez de Freitas assim define desenvolvimento sustentável:

Princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial socialmente inclusivo, durável, equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente no intuito de assegurar preferencialmente, de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro o direito ao bem-estar.¹²⁸

Pelo conceito exposto, nota-se que, para ser considerado “sustentável”, não basta reduzir a pressão sobre os recursos naturais, há que se garantir igualdade de oportunidades a todos os cidadãos e prosperidade dos setores produtivos para que cidades e nações se desenvolvam com equilíbrio.

Mais do que isso, é preciso assegurar o direito à boa administração pública, com a indeclinável probidade da gestão, à vista de que inexiste desenvolvimento equilibrado e inclusivo pautado em atos ilegítimos ou voltados a satisfazer o interesse de um determinado grupo.

A dimensão ética do desenvolvimento nacional sustentável, ainda que pouco explorada pela doutrina pátria, parece-nos ser o viés mais importante desse conceito,

¹²⁸ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 41.

haja vista que o desenvolvimento capaz de prover o bem-estar social está, necessariamente, atrelado a uma gestão proba e eficiente.

Em suma, a observância de critérios sustentáveis nas licitações não é uma faculdade atribuída ao gestor, mas sim uma imposição constitucional e legal em respeito aos princípios da eficiência, da economicidade, do meio ambiente equilibrado e do dever de promover o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País.

Inevitavelmente, a introdução de critérios de sustentabilidade nas compras públicas traz uma nova forma de planejar e executar as licitações. Os estudos realizados na fase preparatória do processo licitatório deverão contemplar questões de alta complexidade, que até pouco tempo não faziam parte da rotina do administrador público.

O dever de motivação (oferecer razões de fato e direito, justificando a eleição das premissas) terá que enfrentar, coerente e consistentemente, o mérito dessas questões conjuntas, uma vez que o certame supérfluo ou lesivo – muito comum – não poderá mais ser tolerado.¹²⁹

Noutras palavras, a inclusão desse princípio impacta não só na forma de planejar e executar contratações públicas, mas, sobretudo, afeta a maneira de o administrador pensar as compras governamentais. Se antes era atribuído a ele “apenas” o dever de obter a proposta mais vantajosa, sob o aspecto qualitativo e econômico, além de assegurar que o procedimento licitatório e o contrato fossem executados dentro dos limites legais, passa agora a ter responsabilidades complementares altamente complexas.

Complexas porque envolvem questões multidimensionais, cuja aferição, na prática, não se revela tão óbvia. Nem sempre o administrador terá condições de avaliar se a licitação poderá instrumentalizar o desenvolvimento de determinado setor ou induzir a inovação de um segmento.

A introdução desse princípio afeta, igualmente, o controle externo, que deverá se pautar nessas novas bases, superando o ultrapassado paradigma de que a proposta mais

¹²⁹ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 250.

vantajosa equivale àquela que apresentar condições mais favoráveis sob o ponto de vista econômico.

Importa notar que o dever de promover o desenvolvimento nacional converge com o propósito de o Tribunal de Contas da União contribuir para a melhoria da governança pública.

Pelos dizeres do presidente do Tribunal de Contas da União em exercício, verifica-se que cooperar para que a Administração Pública esteja apta a induzir o desenvolvimento figura entre os objetivos que se pretende alcançar com a auditoria de governança:

Destaque-se que, ao contribuir para o aprimoramento da governança do Estado, o **controle externo também contribui para que a Administração Pública tenha melhores condições de promover o desenvolvimento nacional**, dando cumprimento a um dos objetivos fundamentais da República gravados no art. 3.º da Constituição de 1988.

*Este é um dos principais desafios com os quais o TCU pretende se engajar no momento: contribuir para que as instituições públicas se tornem mais confiáveis e capazes de promover o desenvolvimento nacional*¹³⁰ (destacamos e grifamos).

Há, portanto, pontos de contato entre o princípio a ser alcançado pela Administração Pública e a missão eleita pelo Tribunal de Contas da União. E a existência de uma finalidade comum propicia, em certa medida, o estabelecimento de uma relação de cooperação entre controlado e controlador.

Basta saber, no entanto, se o propósito do Tribunal de Contas da União – de contribuir para que as instituições públicas se tornem mais confiáveis e capazes de promover o desenvolvimento nacional – não colide com prerrogativas atribuídas ao administrador público pelo ordenamento pátrio, essenciais para o cumprimento das suas funções.

A análise dessa questão requer o exame, ainda que de forma sucinta, do poder discricionário atribuído ao administrador público, especificamente no âmbito dos contratos administrativos, e dos limites do exercício dessa prerrogativa.

¹³⁰ O controle externo como indutor da governança em prol do desenvolvimento. *Revista do TCU*, n. 127, p. 17, maio-ago. 2013. Disponível em: www.tcu.gov.br. Acesso em: 7 out. 2015.

Antes, contudo, cumpre destacar que além dos princípios supracitados, incidem sobre os contratos administrativos garantias e prerrogativas intrínsecas às relações jurídicas consensuais, ainda que caracterizada pelo regime publicístico que atribui à Administração Pública um conjunto de competências diferenciadas (prerrogativas extraordinárias), as chamadas cláusulas exorbitantes.

Conforme preleciona Fernando Dias Menezes de Almeida, o contrato administrativo: (a) é genericamente contrato porque comunga da mesma essência enquanto categoria jurídica geral; (b) é especificamente administrativo porque sofre, potencialmente, a incidência do regime de direito público autoexecutório inerente a toda ação Administrativa, acompanhado, em distintos graus, de prerrogativa de ação unilateral¹³¹.

As prerrogativas extraordinárias conferidas à Administração retratam exatamente os pontos em que o interesse público suplanta o particular, estabelecendo privilégios oponíveis ao particular, tal como exemplificado por Hely Lopes Meirelles:

As principais são as que se exteriorizam na possibilidade de alteração e rescisão unilateral do contrato; no equilíbrio econômico e financeiro; na revisão de preços e tarifas; na inoponibilidade da exceção de contrato não cumprido; no controle do contrato e na aplicação de penalidade contratuais pela administração. Merece ainda referência a possibilidade de se aplicarem aos contratos administrativos a teoria do fato do príncipe e a teoria da imprevisão¹³².

Importa consignar, todavia, que a incidências das cláusulas exorbitantes não tem o condão de desnaturar o caráter consensual da relação mantida entre Administração Pública e o particular, tampouco obsta a aplicação de regras e princípios do direito privado, ainda que em caráter subsidiário, conforme previsto no Art. 54 da Lei nº. 8.666/1993¹³³.

Disto se extrai que os efeitos atribuíveis aos contratos em geral também se aplicam aos contratos administrativos. A *irretratabilidade*, por exemplo, é um atributo

¹³¹ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. A Distinção entre “Público” e “Privado” Aplicada aos Contratos celebrados pela Administração, In: Di Pietro, Maria Sylvia Zanella (org.) *Direito Privativo administrativo* – São Paulo: Atlas, 2013. p. 240.

¹³² MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitações e Contratos administrativos*. 6. ed. São Paulo: RT, 1985. p. 168

¹³³ Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

presente nos contratos administrativos, haja vista que estes somente poderão ser rescindidos, unilateralmente nas estritas hipóteses legais decorrentes de descumprimento pela parte (pública ou privada) de suas obrigações contratuais.

Outro atributo aplicável aos contratos administrativos é a *intangibilidade*. Por força desse preceito, embora passível de alteração unilateral por parte da Administração, deverão ser observadas as hipóteses legais¹³⁴ e assegurado ao contratado o direito de recusar alterações superiores aos limites previstos no Art. 65, §1º, da Lei nº. 8.666/1993, e o direito de, em aceitando tais alterações, ver o contrato devidamente equilibrado, caso sofra prejuízos em razão das alterações propostas pela Administração Pública, nos moldes do Art. 65, II, “d”.

Por fim, a *relatividade* é igualmente aplicada aos contratos privados e administrativos. Esse atributo impede a produção de efeitos do ajuste de modo a vincular terceiros. Isto é, todos aqueles que dele não sejam parte a ele não estão vinculados e, na mesma medida, não podem exercer qualquer prerrogativa inerentes aos partícipes da relação contratual.

Conforme se verá na análise de casos realizada no Capítulo 5 deste estudo, a incidência desses atributos delimita o controle externo realizado pelo Tribunal de Contas sobre contratos administrativos, principalmente no que tange à interferência nas condições estabelecidas pelas partes no ajuste.

4.2 Exercício do poder discricionário nas contratações públicas

O relato anterior sobre a conformação do processo de contratação pública no ordenamento pátrio evidencia a intenção de reduzir a liberdade dos atos decisórios do administrador público nessa seara.

Na tentativa de coibir práticas ilícitas e desvios de recursos pelos responsáveis pelo processo de contratação, exigiu-se a observância de procedimentos rígidos e de

¹³⁴ A Lei de Licitações elenca essas hipóteses no Art. 65, inciso I:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração:

a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;
b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei.

julgamentos pautados em critérios preestabelecidos, sob pena de configurar grave violação aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, entre outros.

Entretanto, por mais que o legislador tenha tratado sobre o processo de contratação pública de forma bastante detalhada e meticulosa, sabe-se que não é possível prever todas as situações passíveis de ocorrer no “mundo dos fatos”, especialmente quando se trata de contratações de bens e serviços destinados a órgãos e entidades com estruturas e finalidades tão diversas.

É o que ocorre, por exemplo, na fixação de exigências comprobatórias da qualificação técnica do proponente. O inciso XXI do Art. 37 da Constituição Federal prevê que só serão permitidas exigências *indispensáveis à garantia* do cumprimento das obrigações.

Na mesma linha, o Art. 30, II e § 5.º, da Lei n.º 8.666/1993¹³⁵ dispõe que a aptidão técnica do proponente terá como parâmetro o seu desempenho em atividade *pertinente e compatível* em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, sendo vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, *ou quaisquer outras não previstas na Lei*, que inibam a participação na licitação.

Igualmente, o inciso I do Art. 46 da Lei n.º 8.666/1993¹³⁶ prevê que a avaliação da capacitação e a experiência do proponente serão pautadas em critérios pertinentes e

¹³⁵Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

[...]

II – comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos.

¹³⁶ Art. 46. Os tipos de licitação “melhor técnica” ou “técnica e preço” serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos, ressalvado o disposto no § 4.º do artigo anterior:

I – serão abertos os envelopes contendo as propostas técnicas exclusivamente dos licitantes previamente qualificados e feita então a avaliação e classificação destas propostas de acordo com os critérios pertinentes e adequados ao objeto licitado, definidos com clareza e objetividade no instrumento convocatório e que considerem a capacitação e a experiência do proponente, a qualidade técnica da proposta, compreendendo metodologia, organização, tecnologias e recursos materiais a serem utilizados nos trabalhos, e a qualificação das equipes técnicas a serem mobilizadas para a sua execução;

[...]

§ 5.º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.

adequados aos objetos licitados, *definidos com clareza e objetividade no instrumento convocatório*.

Observa-se que o legislador optou por utilizar termos abertos, tais como: critérios “pertinentes”, “compatíveis”, “adequados” ao objeto e “quaisquer outras não previstas” na Lei n.º 8.666/1993, transparecendo a intenção de não fixar os parâmetros exatos a serem observados pelo administrador público para aferir a capacitação do proponente.

Essas diretrizes, ainda que fluidas, acabam por delimitar a conduta do administrador público, posto que caberá a ele motivar suas decisões de modo a demonstrar que as exigências fixadas no instrumento convocatório são imprescindíveis para o alcance da finalidade pretendida com a contratação. Mitiga, portanto, a possibilidade de ele agir de forma arbitrária ou de acordo com os seus anseios pessoais.

Por outro lado, esses mesmos limites conferem ao administrador certa margem de liberdade, pois entre os contornos traçados pelo legislador é conferido a ele o poder de decidir como melhor alcançar o interesse público.

Noutras palavras, para serem válidas e eficazes suas decisões, além de se adequarem às exigências normativa, devem ter como objetivo precípua o atendimento ao interesse público. Se não for assim, estar-se-á diante de um ato ilegal e arbitrário, passível de ser revisado pelo Poder Judiciário.¹³⁷

Outro exemplo de “liberdade limitada” conferida ao administrador público são as decisões relativas à contratação direta, isto é, sem a prévia realização de processo licitatório.

Sem adentrar na celeuma em torno do tema, é incontroverso que o constituinte, na parte final do inciso XXI do Art. 37, previu exceções ao dever de licitar e concedeu ao

¹³⁷ É nesse sentido a jurisprudência do STJ, conforme se verifica pela seguinte ementa transcrita: Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Servidor público. Delegado da polícia civil. Estado do Tocantins. Remoção *ex officio*. Desvio de finalidade. Motivação. Necessidade de dilação probatória. Descabimento.

1. A remoção de ofício é ato discricionário da Administração Pública, atribuindo-se nova lotação ao servidor, considerando-se a necessidade do serviço e a melhor distribuição dos recursos humanos para a eficiente prestação da atividade administrativa, estando respaldada no interesse público.

2. Entretanto, mesmo que se trate de discricionariedade do administrador público, a jurisprudência do STJ tem reconhecido a necessidade de motivação, ainda que *a posteriori*, do ato administrativo que remove o servidor público. Precedentes: AgRg no RMS 40.427/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 1.ª Turma, DJe 10.09.2013; REsp 1.331.224/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2.ª Turma, DJe 26.02.2013.

[...]

6. Recurso ordinário em mandado de segurança a que se nega provimento (RMS 42696/TO, Min. OG Fernandes, 2.ª Turma, DJe 16.12.2014).

legislador competência para estabelecer as hipóteses em que se considera legítima a contratação direta.

É também incontroverso que a Lei Geral de Licitações e Contratos Públicos, nos Arts. 24 e 25, elencou hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação, fixando uma série de critérios objetivos a serem observados pelo administrador público.

Critérios esses que têm, igualmente, a dupla função de limitar a conduta do agente para que não decida em dissonância com a *ratio legis* e conferir-lhe liberdade para, em face dessas balizas, decidir pela contratação direta ou não.

Ainda a esse respeito, pode-se citar o Art. 54 da Lei n.º 8.666/1993, que dispõe que os contratos administrativos serão regulados pelos preceitos de direito público, aplicando-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado. O Art. 55, III, por sua vez, dispõe que as cláusulas do instrumento contratual deverão conter: as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento.

Nota-se que, em um primeiro momento, o legislador delimitou a atuação do administrador público, impondo-lhe o dever de observar os preceitos do direito público e, supletivamente, os princípios da teoria geral do contrato e as disposições de direito privado, para, em um segundo momento, conferir-lhe liberdade para estabelecer as condições dos critérios de pagamento, de atualização e do reajustamento do preço.

Em todos os exemplos citados defendemos que há autorização legal para o exercício do poder discricionário porque cabe interferência de um *juízo subjetivo do administrador* no que concerne à eleição da medida considerada idônea perante aquela situação fática, para satisfazer a finalidade legal.

Entendemos que nesses casos, por não haver determinação legal expressa, é possível – e não necessário – que o administrador se depare com mais de uma alternativa passível de ser adotada à luz do regramento vigente e que, pautado em critérios objetivos e guiado pelo alcance do interesse público, decida por uma delas.

Esse entendimento alinha-se ao conceito apresentado por Celso Antônio Bandeira de Mello para discricionariedade administrativa. Para o respeitável administrativista essa prerrogativa é

[...] a margem de liberdade que remanesce ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez da expressão da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.¹³⁸

Sabe-se que o tema da discricionariedade administrativa está longe de ser pacificada na doutrina pátria. Há desde correntes que pregam a inexistência do poder discricionário, tratando como vinculados todos os atos da administração pública, até aqueles que flexibilizam os limites impostos ao gestor público no exercício de tal poder.

Neste estudo, para se ater ao escopo proposto, não serão pormenorizadas as diversas linhas doutrinárias existentes. Serão traçados somente aspectos gerais com o propósito de trazer à baila os principais posicionamentos sobre o tema.

Com esse fim, valemo-nos da divisão proposta por Dinorá Musseti Grotti, para a qual o conceito que se adota de discricionariedade administrativa está intimamente ligado ao tema dos conceitos jurídicos indeterminados. A respeitável doutrinadora destaca três correntes distintas:

- 1) a dos que consideram que os conceitos vagos ou imprecisos não dão margem à discricionariedade, porque apreender-lhes o sentido é operação mental puramente interpretativa da lei, que leva a uma única solução válida e possível;
- 2) a dos que entendem que os conceitos práticos são a única fonte de discricção, ou seja, a discricionariedade advém somente de tais conceitos;
- 3) a dos que sustentam que os conceitos fluidos podem conferir discricionariedade à Administração. Dentro dessa linha há os que afirmam a existência de discricionariedade desde que se trate de conceitos de valor, que envolvam a possibilidade de apreciação do interesse público, em cada caso concreto, afastada está diante de certos conceitos de experiência ou de conceitos técnicos que não admitem soluções alternativas.¹³⁹

Ainda que existam argumentos válidos para cada uma dessas correntes, conforme já adiantado, filiamo-nos ao terceiro posicionamento, de acordo com o qual o poder

¹³⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. 11.ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 48.

¹³⁹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musseti. *Eficiência administrativa: alargamento da discricionariedade acompanhado do aperfeiçoamento dos instrumentos de controle e responsabilização dos agentes públicos – Um paradigma possível? Direito administrativo e liberdade*. Estudo em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 289.

discrecionário poderá ser exercido se o caso concreto não oferecer dados suficientes que permitam concluir pela existência de uma única opção possível, isto é, opção legal.

Nesses casos específicos, ainda que se admitam apontamentos acerca da pertinência e adequação de se adotar uma ou outra medida, nenhuma delas poderá ser considerada ilegal. José Manuel Sérulo Correia assim caracteriza a liberdade contratual administrativa:

O poder próprio da Administração manifesta-se precisamente no exercício da discricionariedade e da “prerrogativa de avaliação” respeitante ao preenchimento de conceitos jurídicos indeterminados. Através destas figuras, o ordenamento jurídico recusa a subordinação total da Administração ao legislador e ao juiz. Recusa a subordinação total ao legislador, porque as soluções se vão basear em premissas autonomamente escolhidas pelos órgãos administrativos. E recusa a subordinação total ao juiz administrativo, porque a este não caberá substituir-se à Administração para efeito de refazer o juízo valorativo de prognose e de ponderação de interesses em conflito, isto é, não lhe cabe rever e emitir em uma última instância, juízos de mérito que integram materialmente a função administrativa e, em princípio, encontram arredados do controle jurisdicional de legalidade. As normas encerram conceitos jurídicos indeterminados ou conferem discricionariedade, deixam, pois, à Administração um “momento criativo” que, embora regido por alguns princípios (vinculação ao fim, imparcialidade, proporcionalidade), configura o exercício de um poder próprio de determinação daquilo que em cada momento, nos casos concretos, é melhor para a satisfação do interesse público abстрактamente enunciados na lei.¹⁴⁰

O “momento criativo” mencionado pelo doutrinador português é uma forma interessante de se colocar o exercício do poder discrecionário. De fato, por intermédio dessa prerrogativa é facultado ao administrador público avaliar, diante do caso concreto, os critérios e parâmetros a serem adotados para alcançar a finalidade pretendida.

Mostra-se oportuno citar, ainda, os ensinamentos trazidos por Eduardo Garcia de Enterría:

La Administración Pública no podrá nunca reducirse a un sistema de respuestas fijas, que puedan quizás ser codificadas un día agotadoramente por un ordenador. Lo sustancial de los poderes administrativos son poderes discricionales, que es verdade que el juez administrativo podrá controlar en cuanto a sus posibles excesos, pero

¹⁴⁰ CORREIA, José Manuel Sérulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 488-489 apud O controle dos tribunais de contas sobre contratos administrativos. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio; FERRAZ, Sérgio; ROCHA, Silvio Luiz da; SAAD, Amauri Feres (Coord.). *Direito administrativo e liberdade*. Estudos em homenagem, a Lúcia Valle Figueiredo. São Paulo: Malheiros, p. 109.

que substancialmente dejan a los administradores extensos campos de libertad, de cuyo ejercicio podrá derivarse una buena o una mala gestión. El Derecho Público no pretende eliminar, en modo alguno, la política, que es esencialmente, sine qua non, libertad de opciones; intenta, sólo ponerle ciertos limites, postulados por la concepción del hombre y de la sociedad sobre la que vivimos e intentamos seguir viviendo.¹⁴¹

Conforme muito exposto pelo jurista espanhol, a Administração Pública não pode ser reduzida a um sistema de resposta fixas, sob pena de eliminar o aspecto “politico”, descolando-se da realidade e das necessidades efetivas da sociedade

Em contrapartida àqueles que defendem a necessidade de se permitir ao administrador público que goze da sua legítima discricionariedade, há quem vislumbre um abuso nessa seara. O administrador público, sob o pretexto de cumprir o dever de agir de forma eficiente e eficaz, estaria se furtando à observância do princípio da legalidade. Nesse sentido são as considerações apresentadas por Antônio Carlos Flores de Moraes:

Com a dinâmica moderna da Administração pública, que muitas vezes procura justificar os seus atos sob a alegação de estar em busca da eficiência administrativa, surgem novos desafios ao controle administrativo dos gastos públicos exercido pelos Tribunais de Contas. Essa eficiência pretende explicar tudo nos dias atuais, inclusive a fuga do princípio da legalidade ao considerar o ato como poder da administração e não apenas como o cumprimento do dever de alcançar a finalidade legal.¹⁴²

Diante dos posicionamentos expostos sobre o tema, parece-nos claro que o exercício legítimo do poder dicionário está visceralmente ligado ao equilíbrio entre a observância de regras e o cumprimento de preceitos igualmente relevantes para o atendimento do interesse público.

Não será legítimo o ato que, a pretexto de ser eficiente e eficaz, violar o regramento aplicável à matéria. E o contrário, a nosso ver, também é verdadeiro. Não se pode mais considerar legítimo o ato que tão somente observar as leis aplicáveis à

¹⁴¹ ENTERRÍA, Eduardo García. La Administración Pública y la Ley. *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 108, oct.-dic. 2000 apud MORAES, Antônio Carlos Flores de. *Legalidade, eficiência e controle da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

¹⁴² MORAES, Antônio Carlos Flores de. *Legalidade, eficiência e controle da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 227.

determinada matéria, sem se atentar para o plexo de princípios constitucionais de aplicação imediata e obrigatória.

Essa questão é de suma relevância porquanto afeta diretamente os parâmetros a serem observados pelo controle externo dos atos da administração pública, incluindo, como não poderia deixar de ser, as decisões adotadas no âmbito dos contratos administrativos.

E para que se efetive o equilíbrio que legitima o exercício do poder discricionário pelo administrador público é imperioso que os órgãos de controle, notadamente o Tribunal de Contas, adotem os mesmos parâmetros para julgar a regularidade de atos e contratos.

É o que se passará a avaliar a seguir.

4.3 A atuação do TCU e o exercício do poder discricionário

Historicamente, a atuação do TCU foi regida pelo clássico paradigma de que, enquanto na esfera civil tudo o que não é proibido na lei é permitido (princípio da autonomia da vontade), na seara do Direito Administrativo somente é lícito fazer o que a lei autoriza.

Conforme exposto no tópico anterior, esse padrão de conduta pode levar à colisão do princípio da legalidade com outros vetores constitucionais e legais igualmente norteadores da Administração Pública, sobretudo quando a aplicação rigorosa do primeiro obsta a concretização dos demais (economicidade, eficiência, busca do interesse público etc.).

Essa problemática é acentuada pela proliferação normativa e de atribuições que incidem sobre a gestão pública brasileira nas últimas décadas, conforme demonstrado no Capítulo 3 deste estudo, e pela complexidade fática, própria dos Estados democráticos contemporâneos.

A junção de todos esses fatores representa um desafio, tanto para o controlado como para o controlador, na medida em que amplia o leque de possibilidades interpretativas do arcabouço legal que rege a conduta do administrador público. Uma das possíveis consequências resultantes desse fenômeno é a insegurança jurídica, pois aumenta a imprevisibilidade das decisões que os órgãos de controle irão adotar em relação aos atos administrativos.

Essa insegurança é ainda maior quando se considera que o gestor possui um viés interpretativo focado na realidade, no plano da facticidade, ao passo que o Tribunal de Contas tende a fiscalizar os atos administrativos sob um enfoque predominantemente legalista, mais próximo ao plano da validade.

Nesse contexto, é natural que o administrador público, ao deliberar sobre determinado caso, detenha mais elementos para aferir se aquela decisão representa a melhor solução para o interesse público.

Isso não equivale a dizer, evidentemente, que o órgão de controle externo não poderá examinar a decisão em toda a sua extensão e, se for o caso, se contrapor à escolha feita.

Significa, a nosso ver, que o controlador, ao examinar a matéria posta, deverá ponderar as razões que conduziram a decisão do administrador público e, sobretudo, averiguar se houve o atendimento do interesse público pretendido. Se optar por se ater cegamente aos ditames legais, desconsiderando as inúmeras variáveis que recaem sobre o caso concreto, estará fulminando o exercício do poder discricionário conferido ao administrador.

E, mesmo quando analisar as razões das escolhas feitas pelo administrador público, os membros do Tribunal de Contas da União não podem se afastar do fato de que eles não ocupam posição hierarquicamente superior à do administrador público.

Amauri Feres Saad, em artigo já citado neste trabalho, ao avaliar a legitimidade das revisões pelo Tribunal de Contas da União sobre atos deliberativos do administrador público, faz uma interessante distinção entre hierarquia e controle.

Em apertada síntese, sustenta que os poderes decorrentes das relações hierárquicas ocorridas no âmbito da Administração Pública direta atribuiriam a autoridade superior competência para rever de ofício os atos dos seus subalternos, quer no tocante a questões de juridicidade (“legalidade”), quer no que se refere a questões de liberdade integrativa (em sinonímia às vetustas expressões “conveniência e oportunidade” e “mérito”).¹⁴³

¹⁴³ SAAD, Amauri Feres. O controle dos tribunais de contas sobre contratos administrativos. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio; FERRAZ, Sérgio; ROCHA, Silvio Luiz da; SAAD, Amauri Feres (Coord.). *Direito administrativo e liberdade*. Estudos em homenagem, a Lúcia Valle Figueiredo. São Paulo: Malheiros, p. 63.

Por conseguinte, o controle exercido pelo Tribunal de Contas adquiriria contornos distintos, pois, por não se encontrarem no interior da Administração Pública (colocando-se acima do chefe do Executivo), não integrariam a sua vontade, fazendo-se prevalecer sobre a vontade exteriorizada pela Administração Pública.

Conclui, assim, que, enquanto a hierarquia legitima a revisão do ato em todos os seus aspectos, inclusive aqueles inseridos no âmbito da discricionariedade do agente subalterno, o controle é mais restrito e será sempre um contraste em face de algo, sem que seja permitida a substituição da vontade do agente controlado pela vontade do agente controlador, sobretudo quando for concedida alguma margem de liberdade para a prática do ato.¹⁴⁴

Nessa mesma linha estão as considerações feitas por Marçal Justen Filho:

Não cabe ao Tribunal de Contas investigar o mérito dos atos administrativos. A discricionariedade consiste na liberdade para avaliar as conveniências e escolher a melhor solução para o caso, diante das circunstâncias. Por isso, o mérito da atuação discricionária não se sujeita a revisão, nem mesmo pelo Poder Judiciário. Se o mérito do ato administrativo pudesse ser revisto pelo Congresso Nacional e pelo Tribunal de Contas, desapareceria a discricionariedade administrativa. Ter-se-ia a eliminação da separação dos poderes, eis que a função de natureza administrativa seria exercida por órgãos integrantes de outros poderes.

Não foi por acaso, portanto, que a atual Constituição não aludiu a mérito, conveniência ou discricionariedade. Referiu-se a legitimidade e economicidade, ângulos complementares da liberdade de atuação do gestor da coisa pública. Cabe aos órgãos de fiscalização verificar se inexistiu desvio de finalidade, abuso de poder ou, se diante das circunstâncias, a decisão adotada não era a mais adequada.¹⁴⁵

A partir das considerações feitas, parece-nos que a extrapolação dos limites da fiscalização exercida pelo Tribunal de Contas da União resulta, em grande medida, da falta de clareza entre os conceitos de hierarquia e controle externo. E a confusão entre esses dois conceitos leva, fatidicamente, à sobreposição da vontade do controlador sobre a do controlado.

¹⁴⁴ SAAD, Amauri Feres. O controle dos tribunais de contas sobre contratos administrativos. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio; FERRAZ, Sérgio; ROCHA, Silvio Luiz da; SAAD, Amauri Feres (Coord.). *Direito administrativo e liberdade*. Estudos em homenagem, a Lúcia Valle Figueiredo. São Paulo: Malheiros, p. 69.

¹⁴⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 942.

Conforme muito bem exposto por Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara, em passagem já descrita neste estudo, ainda que o TCU considere que tais ou quais melhorias podem ser feitas para tornar os atos administrativos mais eficientes e eficazes, não detêm competência para produzir atos de comando; o que fará é recomendar, isto é, representar à autoridade competente.

E essas recomendações poderão ser acolhidas ou não pelo administrador público. Nada impede que ele divirja das orientações emanadas pelo TCU e mantenha a sua decisão. Noutras palavras, presentes os requisitos legitimadores do ato, deverá ser respeitada a vontade do administrador público.

Sem prejuízo dessas considerações, a partir da premissa de que historicamente o Tribunal de Contas da União tem adotado uma postura legalista, resta saber se essa ainda é a sua inclinação atual e predominante.

A dissertação de mestrado apresentada pelo Auditor Federal de Controle Externo do TCU, Carlos Maurício Lociks de Araújo, intitulada *A (in)segurança jurídica no Tribunal de Contas da União*,¹⁴⁶ nos dá uma boa pista para desvendar essa questão.

No seu trabalho há uma importante reflexão sobre a identidade institucional do TCU na atualidade. O auditor define identidade institucional como o “conjunto de características que permitem singularizar, definir, o modo de vivência do controle externo pelos respectivos agentes (auditores, ministros e membros do Ministério Público) e, em uma visão conjunta, pela própria instituição”.¹⁴⁷

Para ele, o Tribunal de Contas da União, diversamente dos órgãos do Poder Judiciário, pauta sua conduta não na proteção dos direitos individuais, mas na busca da preservação do erário e do interesse público. Este último compreendido como o interesse do Estado e da Sociedade, mas não do indivíduo.

Como forma de provar a sua premissa, aponta o fato de que o principal indicador de desempenho do TCU é a “relação custo x benefício das ações de controle”,¹⁴⁸

¹⁴⁶ ARAÚJO, Carlos Maurício Lociks de. *A (in)segurança jurídica no Tribunal de Contas da União*. 2014. Dissertação (Mestrado) – Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Disponível em: <<http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/56/browse>>. Acesso em: 9 dez. 2015.

¹⁴⁷ Idem, *ibidem*.

¹⁴⁸ No relatório de Anual de Atividades do TCU de 2014 há um tópico denominado “benefício financeiros das ações de controle de 2014”, que aponta os valores economizados em razão da atuação do TCU. A título de curiosidade, no referido exercício, o Poder Público teria deixado de gastar a quantia de R\$

traduzida como o retorno financeiro do Tribunal para os cofres públicos em função de seus processos de fiscalização e de contas, para cada real a ele destinado em seu respectivo orçamento, ou seja, o valor financeiro dos benefícios gerados dividido pelo valor do custo de funcionamento do TCU.

O relatório Anual de Atividades do TCU de 2014 ilustra esse indicador com a imagem emblemática abaixo:¹⁴⁹



O citado auditor federal conclui, então, que o TCU possui uma identidade institucional não direcionada para a proteção dos direitos individuais das pessoas alvejadas por suas decisões, mas voltada à proteção dos recursos da União e de sua administração indireta, com enfoque preponderante na supremacia do interesse público sobre o particular.

Essas reflexões, além de analisarem a conduta do TCU por um viés pouco explorado pela doutrina pátria, têm um peso maior por refletirem a percepção de um membro daquela Corte de Contas. Isto é, os seus apontamentos não são fruto do inconformismo de alguém afetado pela atuação do TCU – como se poderia pensar –, mas de um integrante dos quadros da Instituição e como tal, tem condições de discorrer com propriedade sobre a sua identidade.

Pelas ponderações trazidas pelo estudo supracitado é possível extrair que a atuação do TCU, ao priorizar a preservação do patrimônio, tem um forte viés sancionador. E isto porque, à luz do seu principal indicador de desempenho, a atuação

162.695.558,27 em razão da determinação de redução do preço máximo em processo licitatório específico. Disponível em: <www.tcu.gov.br>, p. 42. Acesso em: 11 dez. 2015.

¹⁴⁹ A figura ilustra a informação constante no relatório Anual de Atividades do TCU, de acordo com o qual no ano de 2014 o benefício financeiro total das ações de controle atingiu o montante de R\$ 6.126.910.800,75, valor 3,76 vezes superior ao custo de funcionamento do TCU no período (R\$ 1.627.537.901,28).

do TCU será tanto melhor quanto mais houver decisões que reduzam, direta ou indiretamente, a renda ou o patrimônio das pessoas alvejadas pela atuação do Tribunal.

Por outro lado, é forçoso reconhecer que o TCU tem buscado se afastar ou pelo menos mitigar essa atuação de caráter preponderantemente sancionatório, e se preocupado em ouvir o jurisdicionado e até mesmo o contratado, de modo a colher dados do caso concreto para subsidiar as suas decisões.

Com efeito, mediante análise de julgados recentes do TCU, verificou-se que, nos casos de maior complexidade técnica, a exemplo de contratos administrativos na área de infraestrutura, na maioria das vezes, é concedida oportunidade aos jurisdicionados e aos contratados para demonstrarem as razões das suas escolhas. E, mais importante do que isso, percebeu-se que os agentes do TCU se debruçam efetivamente sobre os esclarecimentos prestados e, quando divergem, o fazem pautados em elementos técnicos e objetivos.

Ao adotar tal conduta, o TCU acaba por prestigiar o ente jurisdicionado, pois permite ao administrador público contribuir para a formação da decisão da Corte de Contas. Propicia, ainda, o diálogo e, até mesmo, o consenso entre controlador e controlado.

Essa mudança de paradigma na atuação do Tribunal de Contas, que passaria de “controle-sanção” para um “controle-consensual”, vem sendo difundida por respeitáveis especialistas e incorporada na legislação de cortes de contas estaduais.

Luciano Ferraz, um dos principais defensores dessa mudança de eixo na fiscalização, sustenta que a concepção da atividade de controle exclusivamente como “controle-sanção” pertence ao tempo em que tanto a atividade de administração pública quanto o ordenamento jurídico buscavam sua essência no positivismo: a administração seria eficiente e otimizada se cumprisse fidedignamente os procedimentos traçados pelos regulamentos organizacionais (Escola da Administração Científica), e o Direito restaria respeitado à medida que o Administrador cumprisse à risca os artigos de lei (abstrata e genérica) predispostos pelo legislador (princípio da legalidade estrita).

Aponta, ainda, que na lógica do controle-sanção não há meio-termo: ou a conduta do controlado é conforme as regras e procedimentos ou não o é: neste último caso, deve-se penalizar o sujeito, independentemente das circunstâncias práticas por ele

vivenciadas na ocasião e das consequências futuras, às vezes negativas para o próprio funcionamento da máquina administrativa.

É nesse contexto que a doutrina mais recente tem proposto a adoção pelos Tribunais de Contas do denominado “Termo de Ajuste de Gestão” (TAG), como instrumento de controle consensual da Administração. Por esse instrumento, implementa-se um acordo de vontades entre controlador e controlado, de modo que o último se compromete a cumprir a lei, a alcançar o objetivo da política pública; em troca, fica suspenso o andamento de processos que lhe poderia resultar em penalidade.

Como é fácil depreender, trata-se de sucedâneo do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), através do qual, tendo constatado um ilícito qualquer, o Ministério Público oferece ao agente a possibilidade de corrigir sua conduta, renunciando, em contrapartida, a demandá-lo em juízo. Renúncia que não é definitiva, pois, constatada a reincidência na ilicitude, o Ministério Público está livre para postular a prestação jurisdicional.

O mesmo princípio, por sinal, se aplica ao Termo de Ajustamento de Gestão. Embora a adoção do compromisso que se exprime naquele documento permita à Corte de Contas se abster de exercer a pretensão punitiva do Estado, a reincidência nas mesmas irregularidades autoriza aquele órgão a dar novo curso ao processo a fim de aplicar as sanções cabíveis.

Mas se as obrigações atribuídas ao gestor forem cumpridas e sanadas as irregularidades/desconformidades apontadas pelo Tribunal de Contas o instrumento é arquivado. Caso contrário, serão aplicadas as sanções previstas no TAG, sem prejuízo da adoção das demais medidas cabíveis pela Corte de Contas.

Os Estados de Goiás¹⁵⁰, Pernambuco¹⁵¹, Minas Gerais¹⁵², Rio Grande do Sul¹⁵³, Mato Grosso¹⁵⁴ e Amazonas¹⁵⁵ já aprovaram dispositivos, incluindo, nas leis orgânicas

¹⁵⁰ Sem uma Lei específica, mas fundamentando-se no Art. 26 da Constituição Estadual, que estabelece as atribuições da Corte de Contas, bem como no Art. 2º da Lei Estadual nº 16.168/2007, o TCE-GO adotou a Resolução Normativa nº 006/2012, a qual lhe permite firmar TAG para o efeito de afastar a aplicação de penalidades ou sanções e adequar os atos e procedimentos de órgão ou entidade aos padrões de qualidade (art. 1º).

¹⁵¹ O Art. 48-A da Lei Estadual nº 14.725/2012, prevê a possibilidade do TCE-PE propor TAG. Posteriormente, a Resolução TC nº 2, de 7 de janeiro de 2015, regulamentou o TAG e correspondente processo no âmbito do TCE-PE.

¹⁵² A Lei Complementar Estadual nº 120/2011, incluiu o Art. 93-A na Lei Complementar Estadual nº 108 e 2008, instituindo o TAG no âmbito do Tribunal de Contas de Minas Gerais.

dos respectivos Tribunais de Contas, ou em normativos específicos, a possibilidade de realizar Termos de Ajustamento de Gestão.

O Tribunal de Contas da União não adotou o TAG até o momento, apesar da revisão promovida no seu Regimento Interno no ano 2012, oportunidade em que a temática foi colocada em pauta, mas sem decisão favorável à institucionalização do instrumento¹⁵⁶.

À época, o Ministro Valmir Campelo posicionou-se pela criação do instrumento, tendo apontado que o TAG poderia contribuir para o aperfeiçoamento da atuação do TCU, com ganho de eficiência, desde que fosse celebrado pelo relator do caso concreto e antes da deliberação do colegiado.

Já o Ministro Ubiratan Aguiar foi contrário à adoção do instrumento por considerar que não há amparo jurídico para a medida e que constituiria uma etapa processual desnecessária. Destacou, outrossim, que os princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público não autorizariam o Tribunal transigir com o responsável por eventuais prejuízos causados ao erário, nem permitiria dispensar a aplicação de determinada sanção.

Por fim, a decisão do Ministro Relator Augusto Nardes foi pelo acolhimento da proposta e exame da questão referente à previsão do TAG em processo e resolução específicos, em momento posterior à aprovação do Regimento Interno revisado¹⁵⁷. Contudo, desde então, não houve deliberação pelos Ministros do TCU a esse respeito.

Na esfera federal, o anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública,¹⁵⁸ ao dispor sobre as regras gerais do *controle*, prevê a adoção desse instrumento no Art. 57:

Art. 57. Os órgãos de controle público podem propor a assinatura de termos de ajustamento de gestão para o efeito de afastar a aplicação de

¹⁵³ No âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande Sul, a Resolução 1040/2015, instituiu o Termo Circunstanciado Administrativo – TCA. O Art. 1º da referida Resolução define o TCA como uma forma alternativa de composição de incidentes disciplinares relacionados ao patrimônio da Instituição ou de bens públicos sob sua guarda.

¹⁵⁴ Resolução Normativa nº 1/2013.

¹⁵⁵ Resolução Normativa nº. 21/2013.

¹⁵⁶ Processo nº. 021032/2003-0

¹⁵⁷ Sessão realizada aos 30/11/2011. Ata 53/2011.

¹⁵⁸ A proposta de lei orgânica foi elaborada por uma Comissão de Juristas instituída pelo Ministério do Planejamento em dezembro de 2007, formada pelos Professores Almiro do Couto e Silva, Carlos Ari Sundfeld, Floriano de Azevedo Marques Neto, Paulo Eduardo Garrido Modesto, Maria Coeli Simões Pires, Sergio de Andréa e Maria Sylvia di Pietro. Disponível em:

<<http://www.gespublica.gov.br/anteprojeto-de-lei-organica/LeiOrganica>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

penalidades ou sanções e adequar os atos e procedimentos do órgão ou entidade controlada aos padrões de regularidade.

O parágrafo único do referido dispositivo, faz uma importante ressalva acerca do termo de ajustamento de gestão:

Parágrafo único. O termo de ajustamento de gestão não pode ter por objeto a limitação de competências discricionárias do gestor, nem a imposição de obrigações para os particulares, por via direta ou reflexa.

A preocupação em preservar o campo de atuação das competências discricionárias do gestor público é essencial, sob pena de a adoção do TAG produzir os mesmos efeitos do controle-sanção, que, ao desconsiderar as razões da escolha do controlado, impõe a vontade do órgão de controle.

Essa preocupação também se reflete nos textos normativos que instituíram o TAG nos Tribunais de Contas estaduais. Como exemplo, citam-se a Lei Complementar do Estado de Minas Gerais e a e a Resolução Normativa do TCE de Pernambuco, respectivamente:

Art. 93-A. Fica instituído, no âmbito do Tribunal de Contas, Termo de Ajustamento de Gestão para regularizar atos e procedimentos dos Poderes, órgãos ou entidades por ele controlados.

§ 1º O Termo de Ajustamento a que se refere o caput poderá ser proposto pelo Tribunal de Contas ou pelos Poderes, órgãos e entidades por ele controlados, desde que não limite a competência discricionária do gestor.

Art. 23. A proposta de TAG pelo Tribunal não prejudica a competência discricionária do gestor para aceita-la ou discuti-la previamente, nem implica juízo antecipado de mérito sobre as contas ou motivo impositivo da aprovação destas sem qualquer ressalva e sem definição de responsabilidades pelo mesmo ou outro fato de gestão.

Outro aspecto relevante, previsto nos textos dos Tribunais de Contas estaduais supracitados, refere-se à necessidade de notificar o particular previamente, como forma de observar o devido processo legal, sempre que a celebração do TAG lhe impor obrigações, por via direta ou reflexa.

Vale salientar, também, a vedação à assinatura de Termo de Ajustamento de Gestão nos casos em que esteja previamente configurado o desvio de recursos públicos e nos casos de processos com decisão definitiva irrecorrível¹⁵⁹.

Em suma, a partir das experiências citadas, é possível afirmar que, apesar da persistência de traços típicos do controle legalista e sancionatório, há novos rumos para a atuação dos Tribunais de Contas, incluindo o TCU.

Tais rumos passam pelos caminhos da consensualidade e da interlocução com todos os atores envolvidos no processo como forma de preservar, na maior medida possível, as legítimas escolhas feitas pelos agentes públicos e dessa forma alcançar o interesse público.

¹⁵⁹ Art. 93-A

(...)

§3º - É vedada a assinatura de Termo de Ajustamento de Gestão nos casos em que esteja previamente configurado o desvio de recursos públicos e nos casos de processos com decisão definitiva irrecorrível.

(Lei Complementar Estadual nº 120/ 2011 – TCE/MG)

Art. 5º - É vedada a assinatura de TAG nos casos em que esteja previamente configurado o desvio de recursos públicos e nos casos de processos com decisão definitiva irrecorrível.

(Resolução Normativa nº 006/2012 - TCE/GO)

5. ANÁLISE DOS JULGADOS

Com o fim de delimitar o campo de pesquisa, os casos examinados a seguir foram todos julgados no período compreendido pelo último Plano Estratégico do TCU (2011-2015) e versam sobre contratos administrativos na área de infraestrutura.

Conforme delineado no Capítulo 1 deste estudo, a análise de julgados será guiada pelo propósito de saber se o TCU detém competência constitucional e legal para interferir nas condições dos contratos administrativos, invalidando os ajustes, direta ou indiretamente; determinando a alteração unilateral de preços contratuais e a retenção de pagamentos por serviços efetivamente prestados pelo particular.

Pretende-se avaliar, igualmente, se as determinações feitas pelo Tribunal de Contas da União aniquilam poderes legítimos conferidos ao administrador público para efetuar escolhas com o escopo de melhor atender o interesse público.

Outro aspecto que será examinado é se o TCU, embora não adote Termo de Ajustamento de Gestão, tem se valido de medidas consensuais para reunir elementos hábeis a subsidiar as suas decisões.

No tocante à possível interferência nas bases contratuais, serão examinados julgados referentes ao ajuste celebrado pelo Ministério da Integração Nacional para execução do Projeto de Integração do Rio São Francisco e ajuste celebrado pela Companhia Brasileira de Trens Urbanos para aquisição de trens. A avaliação de uma possível interferência nos atos de gestão do administrador público será feita a partir de julgado relativo à auditoria realizada na Anac com o objetivo de examinar a atuação da agência no acompanhamento dos contratos de concessões aeroportuárias.

Por fim, com o intuito de avaliar a possível adoção de alternativas consensuais pelo TCU, será avaliado o julgado relativo à contratação dos serviços de montagem eletromecânica da Usina Nuclear de Angra III.

(i) Possíveis interferências nas condições do contrato administrativo

O primeiro caso em exame, refere-se à auditoria realizada na Secretaria de Infraestrutura Hídrica (SIH) do Ministério da Integração Nacional (MI), com objetivo

de fiscalizar a aplicação dos recursos destinados ao Projeto de Integração do Rio São Francisco com as Bacias Hidrográficas do Nordeste Setentrional.¹⁶⁰

Nesse processo, os agentes do TCU identificaram que as empresas contratadas não pagavam aos seus funcionários os salários discriminados em suas propostas vencedoras da licitação, embora estivessem sendo remuneradas pelo MI com base nos valores acertados em contrato.

Intimado a prestar esclarecimentos, o MI afirmou que o orçamento estimativo da licitação foi bem formulado e, inclusive, objeto de análise pelo TCU¹⁶¹ antes da publicação do edital. Afirmou, outrossim, que as exigências editalícias foram respeitadas pelas proponentes e que a oferta vencedora era inferior aos preços de referência orçados à época da licitação.

No que tange à execução contratual, afirmou que os preços estão sendo cumpridos nos seus exatos termos, ou seja, o MI estaria pagando apenas as tarifas aprovadas na fase licitatória, o que indicaria a observância dos termos contratuais.

Em resposta, o TCU destacou que o fato de a proposta vencedora ter valor abaixo dos preços referenciais não eliminaria a possibilidade de as propostas possuírem itens com valores acima dos preços de mercado, tampouco que o orçamento estimativo do MI estaria isento de sobrepreço.

Ressaltou também que, segundo a Lei n.º 8.666/1993, os valores dos salários que formaram o orçamento da proposta vencedora da licitação são parte integrante do contrato e devem ser fielmente cumpridos. Daí por que seria ilegítimo a empresa contratada pagar aos seus funcionários valores inferiores àqueles constantes nas estimativas da proposta ofertada à Administração Pública.

Posteriormente, as empresas contratadas foram intimadas a se manifestarem em face dos apontamentos feitos pelos agentes do TCU, sendo que uma delas manifestou-se nos seguintes termos:

A empresa concorda com a justificativa emitida pelo MI no sentido de que não competiria a esse Tribunal verificar o valor pago pela

¹⁶⁰ TC 010.327/2009-8, Sessão Ordinária 23.02.2011. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-0446-06/11-P. Ministros presentes: Benjamin Zymler (Presidente), Valmir Campelo, Walton Alencar Rodrigues, Ubiratan Aguiar (Relator), Augusto Nardes, Aroldo Cedraz, Raimundo Carreiro, José Jorge e José Múcio Monteiro.

¹⁶¹ Ac. n.º. 1.523/2005-TCU-P.

contratada aos trabalhadores. Concorde que, no contexto da engenharia consultiva, a Administração Pública deve zelar pela qualidade dos serviços, pela quantidade dos serviços e pelos preços praticados. Isto é, se a contratada (a) utilizou o pessoal com a qualificação apropriada aos serviços e estipulada no edital, (b) se utilizou a quantidade apropriada de pessoal qualificado para os serviços naquele determinado momento, (c) se os preços praticados correspondem aos preços propostos e (d) se os preços globais estão abaixo do orçamento estimativo do respectivo certame.

Esclareceu, também, que o custo do profissional para a empresa é a soma de seu salário com adicionais outros, tais como: assistência médica, auxílio-transporte, moradia, alimentação, uniforme, EPI, realização de cursos e custo de oportunidade à empresa. Apontaram, por fim, que o edital não trazia qualquer indicação de que o modelo de remuneração preenchido pelos licitantes era vinculado à remuneração efetiva dos profissionais.

Os agentes do TCU entenderam que esses esclarecimentos não eram suficientes para justificar o motivo pelo qual as empresas pagaram valores inferiores de remuneração a seus profissionais em relação àqueles valores que afirmaram que iriam pagar em sua proposta vencedora da licitação. Além disso, apontaram que os valores recebidos a maior pelas empresas não estariam associados a nenhum custo ou despesa para realização dos serviços contratados. Esse fato indicaria o enriquecimento sem causa das contratadas.

Pautado por todos esses dados, em sessão realizada em 23.02.2011, o Ministro Raimundo Carreiro proferiu decisão na qual fez, entre outras, as seguintes determinações ao Ministério de Integração Nacional:

- (i) explicitar que as empresas contratadas se obrigam a pagar aos profissionais por ela contratados os salários lançados em suas propostas de preços.
- (ii) efetuar levantamento do valor total pago a maior (da primeira até a última medição paga), **procedendo a glosa**, nos próximos pagamentos a serem feitos às empresas contratadas, **ou o ressarcimento ao MI dos valores pagos indevidamente**, de forma a garantir a aplicação do art. 66 da Lei 8.666/1993;
- (iii) **promova a imediata glosa dos valores descritos, em função do superfaturamento advindo das diferenças entre a remuneração que as empresas afirmaram que pagariam e o valor real recebido pelo profissional;**

- (iv) adote providências imediatas **no sentido de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro de todos os contratos** de supervisão do Projeto de Integração do Rio São Francisco (PISF) em execução, por meio da revisão dos preços unitários, de forma que esses preços passem a retratar a remuneração (salário mais adicional de transferência) efetivamente paga pela empresa contratada à equipe de profissionais alocada para atendimento ao MI, considerando que foram constatados pagamentos de remuneração em níveis inferiores aos definidos nos referidos ajustes, **retendo as garantias contratuais e abstendo-se, em consequência, a partir da notificação dessa deliberação, de desembolsar valores superiores aos despendidos pela contratada no pagamento da remuneração** dos trabalhadores alocados ao MI, incluindo-se, nesse cálculo, os valores desembolsados com pagamento de encargos sociais, custo de administração, lucro e despesas fiscais, de forma a garantir o estabelecido no art. 66 da Lei 8.666/1993, sob pena de responsabilidade solidária (destacamos).

Em linhas gerais, o TCU parte da premissa de que a redução dos preços unitários pelo particular, sem a comprovação de que os valores excedentes seriam empregados na execução do objeto, violaria os ditames da Lei n.º 8.666/1993 e constituiria superfaturamento do valor global, justificando, por conseguinte, a devolução da quantia paga “indevidamente” pela Administração Pública.

Consideramos esse caso emblemático por se tratar de projeto de grande relevância nacional (incluído no PAC), por envolver investimento de grande vulto, na ordem de R\$ 3,267 bilhões somente para as obras da primeira etapa de implantação do projeto, e pelo fato de as determinações feitas pelo TCU recaírem sobre a execução do contrato administrativo.

É, ainda, peculiar se considerado que os apontamentos feitos pelos agentes do TCU não sugerem a inexecução total ou parcial do objeto contratual. Não há, também, indícios de que os valores repassados pela Administração Pública ultrapassariam os limites da dotação orçamentária ou que os recursos estariam sendo empregados em finalidade diversa.

Ainda assim, determinou-se a glosa dos pagamentos futuros e a restituição dos valores pagos por serviços prestados, além da retenção das garantias contratuais, como forma de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro e recompor o suposto dano causado ao erário.

Ao determinar a glosa, a retenção de garantia, a restituição de valores e impor os preços a serem pagos pelas contratadas aos seus funcionários, o TCU, inevitavelmente,

interferiu na dinâmica contratual, afetando não só o ente jurisdicionado, mas, sobretudo, as empresas contratadas.

Poder-se-ia até suscitar que o fundamento utilizado na decisão – de que os valores dos salários que formaram o orçamento da proposta vencedora da licitação são parte integrante do contrato e deveriam ser fielmente cumpridos – justificaria os comandos exarados pela Corte de Contas.

As considerações apresentadas por Marçal Justen Filho sobre essa temática podem auxiliar nessa reflexão:¹⁶²

Não é suficiente alegar que o contratado possuiria margens de lucro suficientemente elevadas para arcar com o prejuízo. Nem caberia argumentar que o contratado, em ocasiões anteriores, obteve grandes vantagens em contratações administrativas ou que, diante de eventos semelhantes, não pleiteou recomposição de equilíbrio econômico-financeiro da contratação. Todos estes argumentos são impertinentes. Se a proposta consignava margem de lucro muito elevada, a Administração poderia tê-la desclassificado por excessiva. Se não o fez e homologou o resultado, reconheceu formalmente a vantajosidade dela.

De acordo com esse entendimento, o fato de as empresas contratadas auferirem lucro com a execução contratual não poderia, por si só, ser utilizado como fundamento para a devolução de valores pagos pela Administração Pública, sobretudo se foram observadas as regras edilícias.

No caso em exame, o ponto que o distancia da hipótese citada nas considerações feitas por Marçal Justen Filho é que a Administração Pública não autorizou a redução dos preços unitários pelas contratadas e é possível que não soubesse sobre a adoção dessa medida. Em contrapartida, o edital não impunha às empresas o dever de manter a composição das suas propostas comerciais, assim como não há na Lei de Licitações disposição expressa nesse sentido.

O que há é o dever de manter, durante a execução contratual, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.¹⁶³

¹⁶² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 542-544.

¹⁶³ Art. 55, XIII, da Lei n.º 8.666/1993.

Ademais, pelos esclarecimentos prestados pelo próprio MI, verifica-se que não houve alteração no valor global do contrato e, como se sabe, no regime de empreitada, fixado o valor global, variações normais do custo dos envolvidos constituem riscos do negócio, a serem suportados pelas partes. Assim como variações que elevem o preço devem ser assumidas pelo contratado, a Administração, por outro lado, não poderia, a rigor, reivindicar ganhos oriundos de reduções havidas dentro da dinâmica normal dos preços.

Em suma, as contratadas cumpriram as suas obrigações contratuais, na medida em que mantiveram a execução do objeto de acordo com as regras avençadas e por valor inferior à estimativa feita pela Administração Pública. Consequentemente, a prática adotada pelos particulares não causou um prejuízo ao erário.

Diante da decisão supracitada, as empresas contratadas apresentaram pedido de reexame,¹⁶⁴ e em sessão realizada em 22.08.2012 o Ministro Valmir Campelo deu provimento ao pedido para afastar a caracterização, como sobrepreço, da diferença entre os salários pagos pelas contratadas a seus empregados e os valores que constaram de suas propostas no certame. Consequentemente, reformou as determinações de retenção e devolução dos valores devidos às empresas contratadas.

É imprescindível transcrever, todavia, os fundamentos que respaldaram a referida decisão:

Antecipo, desde já, que no caso concreto – embora não exatamente pelos mesmos fundamentos – também não avalio possível a retenção ou devolução da diferença de pagamentos, tal qual alvitrado no item 9.1.3. da decisão recorrida, no que também ajuízo o provimento do presente recurso neste ponto.

O particular carece de certa previsibilidade no ordenamento jurídico vigente; precisa conhecer as “regras do jogo”, antes de seu início, para que, em um ambiente de estabilidade, possa estimar as consequências de seus atos; e daí firmar os termos de seus contratos, com exata ciência dos riscos associados à oferta do preço. São condições primeiras para a decisão de contratar.

Eis que se evidencia o princípio da segurança jurídica.

Acredito que tal possibilidade – de exigir a identidade de salários pagos, de acordo com a proposta – deveria estar explícita, sem qualquer nuvem de dúvida, já no instrumento convocatório. Tal requisito, cuja legalidade defenderei adiante, seria condição para manutenção dos itens recorridos.

Exigir, mesmo por meio de termo aditivo, a modificação do critério iria desestabilizar toda a previsão bonificadora almejada pela empresa na

¹⁶⁴ 010.327/2009-8.

oferta de sua proposta. São outras regras; outras condições. Não se poderia afirmar que as empresas teriam mesmo interesse em apresentar seus preços sob essas condições. Seria uma afronta, entendo, à livre-iniciativa e à segurança jurídica.

Nesses termos, concordo plenamente no acolhimento dos pedidos de reexame.

Nota-se, pelo exposto, que se reconheceu a necessidade de observar os princípios que regem as relações contratuais, notadamente a segurança jurídica, bem como preservar os legítimos direitos assegurados ao particular quando contrata com a Administração Pública. Entretanto, o afastamento das determinações feitas no julgado impugnado foi motivado pela ausência de previsibilidade da exigência no edital, o que violaria o princípio de vinculação ao instrumento convocatório.

Não se reconheceu o fato de que ao TCU não caberia dizer como o contratado deveria realocar os preços unitários da sua proposta, desde que executasse a avença pelo valor inicialmente pactuado e cumprisse as suas obrigações contratuais.

E esse ponto, a nosso ver, faz com que a atuação do TCU permaneça além das suas competências constitucionais porquanto interfere na dinâmica contratual. Entendemos que a fiscalização da Corte de Contas deveria limitar-se a avaliar a regularidade financeira, orçamentária, contábil e patrimonial do contrato administrativo. Isto é, se os recursos da Administração Pública Federal estão sendo empregados adequadamente e se os resultados obtidos estão de acordo com a finalidade pretendida com a execução do projeto.

No caso em exame, tudo indica que esses requisitos foram cumpridos, de modo que não caberia ao TCU interferir na relação contratual para impor como os recursos deveriam ser alocados pelo particular.

É imprescindível destacar, ainda, que, se as empresas contratadas não tivessem se insurgido contra os comandos exarados pelo TCU, permaneceria a decisão pela glosa, retenção da garantia e devolução de valores, o que poderia ter afetado a continuidade da execução de projeto de grande relevância para o desenvolvimento nacional.

O segundo julgado a ser examinado com o propósito de verificar uma possível interferência do TCU nas condições contratuais também diz respeito à apontamentos de sobrepreço. A diferença é que neste caso a irregularidade identificada reside na suposta inadequação da metodologia adotada pelo contratante para fixar os custos unitários do objeto licitado.

Neste ponto, cumpre registrar que mediante pesquisa realizada no sítio eletrônico do TCU, verificou-se que as auditorias em face de contratos na área de infraestrutura frequentemente sinalizam a inobservância das tabelas de custos dos sistemas oficiais de referência, a exemplo do Sicro (Sistema de Custos Rodoviários do DNIT) e do Sinapi (Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção).

A reincidência desse apontamento e o seu impacto nos contratos administrativos motivaram o exame do julgado relativo à aquisição de trens para as linhas eletrificadas dos trechos Recife-Coqueiral-Jaboatão, conduzida pela Companhia Brasileira de Trens Urbanos (CBTU), ocasião em que unidades técnicas do TCU, o ente jurisdicionado e a empresa contratada debateram justamente sobre os parâmetros a serem adotados na Composição de Preço Unitário (CPU)¹⁶⁵.

Em apertada síntese, a unidade técnica apontou um equívoco na metodologia adotada para fixar os preços referenciais de alguns dos itens da planilha orçamentária. Em razão disso, identificou um prejuízo potencial de R\$ 904.227,92.

Determinada a oitiva do ente jurisdicionado, a CBTU destacou a importância da obra auditada e afirmou que os critérios utilizados na composição de preços unitários tiveram como parâmetro, em ordem preferencial, as tabelas Sinapi e Sicro 2, a Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2010¹⁶⁶, bem como pesquisas de mercado na ausência de parâmetro nesses sistemas referenciais, sempre guiadas pela consecução do menor preço.

Devidamente intimada a prestar seus esclarecimentos, a empresa contratada, por sua vez, iniciou as suas considerações informando que a elaboração da sua proposta teve como base o edital e seus anexos, a saber: projeto básico, termos de referência e planilha orçamentária.

Argumentou, ainda, que o critério adotado pela equipe de auditoria desequilibraria econômica e financeiramente o contrato, e que as alterações sugeridas comprometeriam todo o planejamento financeiro da obra, inviabilizando a execução do objeto na forma proposta.

¹⁶⁵ Processo nº TC 012.827/2011-8. Ac. nº. 3300/2011. Data da Sessão: 7/12/2011 – Ordinária. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-3300-54/11-P.

¹⁶⁶ Lei 12.017/2009.

Aduziu, por fim, que a pretensão esposada pela auditoria não poderia ser imposta, quanto mais quando se pretende reduzir a parcela de remuneração líquida a um nível inferior ao estabelecido originalmente no contrato sem se considerar os encargos do contratado e a remuneração que a ele corresponderia, segundo o modelo desenhado na formulação da sua proposta.

Sem adentrar nos pormenores técnicos dos argumentos e das conclusões apresentadas pelas partes, importa registrar que o debate se restringiu à adequação dos preços referenciais e da pesquisa de mercado realizada pelo ente jurisdicionado, não havendo apontamento acerca da inexecução do objeto contratual ou do desvirtuamento da finalidade pretendida com a contratação. Diversamente, o ente jurisdicionado declarou que os serviços contratados foram efetivamente prestados¹⁶⁷.

Em sessão ordinária realizada aos 07 de dezembro de 2011, o Ministro Relator Weder de Oliveira ratificou as conclusões feitas pela unidade técnica e determinou ao ente jurisdicionado que repactuasse o contrato administrativo, com vistas à adequação dos preços unitários contratuais às referências de preços calculadas pelo TCU, de modo a sanear o sobrepreço, promovendo, inclusive a compensação de valores indevidamente pagos.

Vale consignar que ao final das determinações, o Min. Relator declarou o quanto segue:

Por fim, devo realçar que o processo de auditoria de obras envolve a avaliação de adequação de soluções construtivas, de preços de insumos e de coeficientes de produtividade. **É complexo e sujeito a diferentes perspectivas técnicas.** No entanto, a solução das controvérsias fica bastante facilitada quando há uma concertação em que prevalece o enfoque produtivo e a boa vontade, como no caso em tela, em que a entidade, a unidade técnica e a empresa contratada trazem aos autos argumentos e dados técnicos e neles se baseiam para consolidar e rever entendimentos, viabilizando a melhor definição de preços unitários para o caso específico¹⁶⁸.
(destacamos)

¹⁶⁷ Trecho do Acórdão nº 3300/2011: “Em resposta, a CBTU-STU-REC informa que os fatos foram apurados e que ‘o referido serviço já se encontra executado, restando-nos apenas a adoção de medidas administrativas, o que fizemos, advertindo o Fiscal do Contrato, alertando-o quanto a irregularidade do ato e determinando que fatos como esse não mais aconteçam. ” Fls. 2. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-3300-54/11-P.

¹⁶⁸ Fls. 39. Ac. nº. 3300/2011

Em face desse acórdão, tanto a CBTU como a empresa contratada opuseram embargos de declaração para apontar o equívoco da base orçamentária considerada pela equipe técnica do TCU, bem como para ressaltar que não teriam sido consideradas as circunstâncias reais encontradas na execução das obras. Especificamente a empresa contratada apontou que a unidade técnica *deveria levar em conta as condicionantes do mercado local, onde se executarão os serviços, com especial observância aos insumos, como o fornecimento de brita comercial para lastro, os fornecimentos comerciais de materiais de jazidas para sublastro e para a areia*¹⁶⁹.

Diante desses apontamentos, a unidade técnica, após realizar exame detido sobre o método de estimação de sobrepreço no contrato celebrado pela Companhia Brasileira de Transportes em Recife, concluiu pela insubsistência do sobrepreço anteriormente apontado.

Em sessão ordinária realizada aos 22 de abril de 2015, o Ministro Weder de Oliveira, pautado nos elementos trazidos aos autos do processo pelo ente jurisdicionado e pela empresa contratada, determinou o encerramento do processo e posterior arquivamento.

O caso em exame, além de ilustrar a atuação do TCU em relação à adoção das tabelas oficiais de preço, reflete a inclinação da Corte de Contas de privilegiar os esclarecimentos prestados pelo ente jurisdicionado e pelo contratado, aproximando-se do caso concreto.

Como se viu, no ano de 2011, a proposta apresentada pela unidade técnica – e que foi acolhida pelo Min. Relator – tinha características impositivas, uma vez que determinou os parâmetros a serem adotados pelo ente jurisdicionado para composição dos preços unitário, desconsiderando os argumentos de observância da Lei de Diretriz Orçamentária.

A postura adotada pelos técnicos do TCU naquela ocasião tinha, também, traços altamente *intervencionistas*, na medida em que determinou a repactuação do contrato para adequação dos preços unitários contratuais às referências de preços calculadas pelo TCU e a compensação de valores pagos.

Evidente que essas determinações, se tivessem sido concretizadas, teriam afetado drasticamente a dinâmica contratual e, sobretudo, a empresa contratada, que estaria

¹⁶⁹ Fls. 2 do Ac. nº. 0924-14/15.

obrigada a “devolver” valores recebidos por serviços já executados e, em contrapartida, receber menos do que havia sido pactuado no ajuste celebrado entre as partes.

Há, portanto, clara interferência do TCU nas condições contratuais. Mais do que isso, há manifesta afronta à princípios e atributos intrínsecos às relações jurídicas consensuais, tais como intangibilidade, relatividade, confiança legítima e a segurança jurídica.

A esse respeito, cumpre trazer à baila as pertinentes considerações apresentadas por Amauri Feres Saad:

A intangibilidade dos contratos administrativos, naturalmente, repele as decisões dos tribunais de contas que pretendem substituir escolhas administrativas, determinar a revisão de preços, alterar a estrutura ou a composição de planilha orçamentária contratual derivada de proposta regularmente apresentada pelo particular em licitação, impor ou restringir prazos e cronogramas, decidir sobre metodologia executiva ou regime de execução, em suma, atuar exogenamente como gestor e juiz de contratos administrativos, munido de poderes e faculdades que nem mesmo a administração contratante possui¹⁷⁰.

Como muito bem colocado no trecho supratranscrito, ao impor alterações nas condições contratuais, o TCU ultrapassa os limites fixados para o próprio gestor. Conforme já exposto neste estudo, as prerrogativas extraordinárias conferidas ao administrador público nos contratos administrativos devem observar os limites previstos na Lei nº. 8.666/1993, assim como preservar os direitos assegurados ao particular, a exemplo da manutenção do equilíbrio econômico financeiro.

As determinações feitas pelo TCU violam, ainda, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, elencado no Art. 3º da Lei nº. 8.666/1993, de acordo com o qual é vedado às partes alterarem os critérios e parâmetros fixados no edital que precedeu à contratação.

A observância desse princípio é fundamental para assegurar a segurança jurídica dos participantes e garantir que os atos praticados pela Administração Pública serão pautados em critérios preestabelecidos, vedando, com isso, decisões arbitrárias.

No caso em exame, a modificação extemporânea da metodologia adotada pelo ente jurisdicionado é ainda mais prejudicial porque ignora o fato de que o particular elaborou a sua proposta fundado nos parâmetros fixados no instrumento convocatório.

¹⁷⁰ SAAD, Amauri Feres. O controle dos tribunais de contas sobre contratos administrativos. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio; FERRAZ, Sérgio; ROCHA, Silvio Luiz da; SAAD, Amauri Feres (Coord.). *Direito administrativo e liberdade*. Estudos em homenagem, a Lúcia Valle Figueiredo: São Paulo: Malheiros, ano 2014. p. 111/112.

Mais do que isso, desconsidera que o contratado não participou da elaboração do edital, isto é, não interferiu nas escolhas feitas pela Administração Pública para adotar determinada metodologia. Em razão disso, não parece razoável, tampouco proporcional impor a ele o ônus de devolver valores recebidos por serviços efetivamente prestados ou, ainda, aceitar receber valor inferior àquele fixado na sua proposta.

De todo modo, o entendimento consignado na sessão ordinária realizada no ano de 2015 privilegiou os esclarecimentos prestados pelas partes e reavaliou as razões que conduziram ao apontamento de sobrepreço.

Ainda que o desfecho do caso em exame tenha ocorrido quatro anos após as primeiras deliberações e tenha provocado um inegável desgaste aos envolvidos, o posicionamento final representa, em certa medida, uma “maturidade” do TCU. A flexibilização do entendimento, outrora impositivo e até mesmo arbitrário, denota uma tentativa de dialogar com o ente jurisdicionado e o contratado, considerando os aspectos do caso concreto.

(ii) Interferência em atos típicos de gestão

Trata-se de auditoria de natureza operacional realizada na Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e na Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero) com o objetivo de examinar a atuação dessas entidades no acompanhamento dos contratos de concessões aeroportuárias.¹⁷¹

O objeto do julgado consta no Plano de Fiscalização de Obras para 2013 (Fiscobras 2013), de auditorias de qualidade de obras, acompanhamentos de concessões de serviços públicos e avaliações da governança de órgãos e entidades executoras de obras.

Nos anos de 2011 e 2012, o TCU acompanhou os processos de outorga das concessões dos aeroportos internacionais de Guarulhos, Campinas e Brasília. Entre os objetivos da auditoria estava o de verificar como a Anac e a Infraero estão se estruturando para acompanhar as concessões e em que medida essa estruturação permitirá o cumprimento do seu papel institucional.

¹⁷¹ TC 009.780/2013-0, Sessão Ordinária 12.03.2014. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-0548-07/14-P. Ministros presentes: Augusto Nardes (Presidente), Valmir Campelo, Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Aroldo Cedraz (Relator), Raimundo Carreiro, José Jorge, José Múcio Monteiro e Ana Arraes.

Concluídas as apurações, os auditores, especificamente em relação à Anac, apontaram que a Agência tem envidado esforços, em todos os níveis institucionais, para bem desempenhar seu papel na gestão dos contratos de concessão. Não obstante, alguns aspectos – como a estruturação organizacional, a regulamentação de questões urgentes e necessárias relacionadas aos contratos de concessão, a formalização de normas e a implementação de sistemas informatizados – mereceriam especial atenção, pois, caso não venham a ser implementados tempestivamente, poderiam impactar negativamente a execução dos contratos.

Em razão disso, com fundamento no Art. 43, I, da Lei n.º 8.443/1992, c/c o Art. 250, II, do RITCU, propôs-se à Anac que encaminhasse à Corte de Contas, em sessenta dias e, a partir de então, semestralmente, relatório de desempenho do Projeto de Gestão da Exploração Aeroportuária, destacando, por produto, atividades concluídas e em andamento, cronograma atualizado, indicadores, metas, análise de riscos e os correspondentes planos de respostas, bem como problemas ocorridos e ações corretivas adotadas.

Com intuito de acolher a manifestação dos gestores sobre a auditoria operacional, versão preliminar do relatório foi encaminhada à Anac por meio do Ofício 410/2013-TCU/SefidTransporte, em 11.10.2013.

A Anac apresentou suas considerações por meio do Ofício 709/2013/GAB/DEI/P, em 25.10.2013. Em relação à proposta de determinação do relatório de desempenho e ao plano de ação para implementação dos sistemas informatizados destinados às atividades ligadas ao acompanhamento das concessões aeroportuárias, a Anac chamou a atenção para o fato de o Tribunal estar focado no “meio” pelo qual a Agência está se estruturando, e não no “resultado” de sua estruturação, “o que pode comprometer a atualidade das recomendações dessa Egrégia Corte, uma vez que os meios utilizados para esses fins podem ser alterados”.

Acrescenta que “talvez fosse mais eficiente a busca de informações sobre a organização gerencial da Agência, inclusive quanto às medidas a serem adotadas para o acompanhamento e fiscalização dos dados e atividades relacionados às obrigações contratuais”, independentemente da origem da iniciativa.

Em resposta a Corte de Contas manifestou-se nos seguintes termos:

As observações da Anac, no sentido de que o que importa ao TCU é a efetiva estruturação da Agência e as atividades por ela desenvolvidas, são pertinentes. Não obstante, tendo em vista a relevância dos propósitos atribuídos ao Projeto GEA, apresentado como a principal iniciativa para refletir sobre a estruturação da Agência quanto ao acompanhamento das concessões aeroportuárias, entendemos, oportuno que o Tribunal acompanhe o seu desdobramento. Esta Corte entende o caráter propositivo, e não vinculativo, do trabalho em desenvolvimento no Projeto. **Compreende também que a atuação do gestor público, ainda que limitado pelo ordenamento jurídico, deve gozar de certa flexibilidade.** A determinação proposta pela equipe de auditoria não tem por objetivo engessar ou limitar a atuação da Anac, apenas acompanhar o desdobramento de pontos considerados mais relevantes. De qualquer forma, eventual reestruturação da Anac relativamente à gestão da infraestrutura aeroportuária, bem como o desenvolvimento de suas atividades de fiscalização das concessões, será objeto de acompanhamento regular pelo Tribunal. Portanto, é pertinente a manutenção da determinação, com a redação originalmente disposta no relatório preliminar. (destacamos).

Assim, em sessão plenária realizada em 12 março de 2014, em consonância com o voto prolatado pelo Ministro Aroldo Cedraz decidiu-se manter a determinação de envio semestral de relatório de desempenho do Projeto de Gestão da Exploração Aeroportuária.

Pelo teor da resposta apresentada pela Corte de Contas, extrai-se que a determinação feita pelo TCU tem o propósito de evitar a concretização de danos através do acompanhamento, passo a passo, da reestruturação da Anac. Ao agir de dessa forma, a Corte de Contas reduz a possibilidade de imposição de penas, pois confere ao gestor público a possibilidade de alinhar-se às orientações do TCU.

Em um primeiro momento a medida poderia até parecer salutar e alinhada com o denominado “controle-conciliador”. Contudo, não se pode deixar de notar que a Anac apresentou pertinentes considerações acerca das interferências do TCU, no sentido de que a fiscalização transpassaria o exame dos resultados obtidos com a gestão da infraestrutura aeroportuária, avaliando as escolhas feitas pela Agência para atingir o fim pretendido.

De fato, a determinação de envio de relatório semestral parece pretender estabelecer uma relação hierárquica entre a Anac e o TCU, na qual o controlador, supostamente, poderá opinar sobre as decisões adotadas pela Agência.

Além disso, a resposta apresentada pelo TCU, embora reconheça a impossibilidade de engessar a atuação da Anac e afirme que a avaliação sobre os relatórios terá efeito propositivo, impôs a Agência uma obrigação, cujo descumprimento será passível de aplicação de penalidade¹⁷².

Em razão disso, nos parece que no caso em exame desvirtuou-se a finalidade da auditoria operacional, focada no desempenho e nos resultados obtidos pela Administração Pública, justamente porque pretende-se fiscalizar os meios adotados. Além disso, o TCU colocou-se em posição hierarquicamente superior ao ente jurisdicionado ao pretender revisar as medidas adotadas pela Agência.

E, como se viu neste estudo, o TCU não detém competência para agir como ente revisor, seja porque não integra a Administração Pública, seja porque o seu poder de comando está restrito às ilegalidades apuradas nas áreas financeira, orçamentária, contábil ou patrimonial.

No caso em exame, quando muito, o TCU poderia recomendar à Anac que adotasse essa ou aquela medida e, caso fosse mantida a inadequação apontada, poderia representar à autoridade/órgão competente para que adotasse a medida cabível.

O julgado em exame é, portanto, a nosso ver, claro exemplo de interferência do TCU em atos típicos de gestão.

(iii) possível atuação nos moldes do controle-consensual

O último caso examinado refere-se ao julgamento da representação sobre supostas irregularidades no edital de pré-qualificação para a concorrência pública voltada à contratação dos serviços de montagem eletromecânica da Usina Nuclear de Angra III, no valor estimado de R\$ 2 bilhões.

O questionamento central invocado pela autora da representação foi a inserção, no edital, de exigências injustificadas e desproporcionais para a qualificação técnica das licitantes – quanto à sua capacidade de executar o contrato –, bem como a adoção de conceitos imprecisos para aferir essa capacidade técnica, como o de “empreendimento

¹⁷² A LOTCU, no Art. 58, prevê a aplicação de multa no caso de não atendimento, no prazo fixado, sem causa justificada, a diligência do Relator (inciso IV) e reincidência no descumprimento de determinação do Tribunal (inciso VII).

de grande porte”. Essa exigência, segundo a representante, resultou na pré-qualificação de apenas dois consórcios de empresas.

Alegou, também, que a pré-qualificação de dois consórcios para disputar os dois únicos lotes de serviços previstos na licitação, os quais, segundo as regras do edital, não poderiam ser adjudicados a um único vencedor, implicaria a ausência de competitividade e potencial aumento de preço final, porquanto cada consórcio, na prática, disputaria apenas um único lote.

Esse caso específico foi examinado na já mencionada dissertação de mestrado apresentada pelo Auditor Federal de Controle Externo do TCU, Carlos Maurício Lociks de Araújo, intitulada *A (in)segurança jurídica no Tribunal de Contas da União*.

De acordo com informações apresentadas pelo auditor no seu estudo, para superar o impasse e garantir um grau mínimo razoável de consenso entre a área técnica do TCU e os prepostos das estatais e do ministério envolvidos, foram realizadas reuniões entre os dois grupos de agentes.

O resultado das tratativas mantidas teria sido a elisão de parte dos indícios de irregularidades, basicamente, em face da apresentação de informações que não haviam sido carreadas ao processo, embora relevantes.

Ainda de acordo com os relatos feitos pelo auditor, no curso das análises surgiu um foco de tensão entre os agentes técnicos do TCU, que entendiam ser necessário suspender cautelarmente o procedimento, e os entes públicos interessados no seu prosseguimento, a saber: a Eletrobras, a Eletronuclear (subsidiária integral da primeira e responsável imediata pelo edital) e o próprio Ministério das Minas e Energia.

O embate concentrava, em um polo, a alegação dos auditores do Tribunal de que as cláusulas editalícias questionadas prejudicavam o caráter competitivo do certame, em desacordo com a Lei n.º 8.666/1993, e na outra ponta, a assertiva dos jurisdicionados de que essa alegação não procedia e, principalmente, que a paralisação do procedimento, ainda que de forma cautelar, iria produzir grande prejuízo ao interesse público.

Por fim, o TCU, acompanhando o voto do Ministro Relator, acolheu a tese de que as falhas apontadas no edital não prejudicaram efetivamente a competitividade do certame, e que, sopesada a importância nacional do projeto, seria possível dar seguimento à pré-qualificação, desde que se condicionasse o resultado final da futura

licitação à adjudicação de cada um dos dois lotes de serviços pelo menor preço ofertado entre os dois consórcios.

A solução adotada nesse processo de “Angra III” revele uma preocupação do TCU em ouvir o jurisdicionado, de modo a obter meios mais eficazes de conhecer a realidade subjacente ao processo e alcançar soluções que, na medida do possível, atendam às expectativas dos destinatários de sua jurisdição.

Conceder ao jurisdicionado oportunidade para expor as razões da sua escolha antes de expedir comandos que poderiam obstar a concretização de projetos de grande relevância nacional reduz o embate entre a defesa da validade (plano da lei) e da facticidade (aspectos da realidade).

Conforme mencionado neste estudo, o gestor possui um viés interpretativo focado na realidade, no plano da facticidade, ao passo que o Tribunal de Contas tende a fiscalizar os atos administrativos sob um enfoque predominantemente legalista, mais próximo ao plano da validade.

O diálogo e, por conseguinte, o estreitamento da relação mantida entre o controlador e o controlado podem propiciar a correção de rumos, readequando as ações para alcançar os fins pactuados.

Essa postura encontra guarida no inciso IX, do Art. 71, da Constituição Federal, segundo o qual aos Tribunais de Contas compete “assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade”.

Com adoção dessas medidas o controle não será o tradicional – impositivo e sancionador –, mas aquele baseado no acordo entre as partes envolvidas.

6. CONCLUSÕES

O controle sobre a Administração Pública é dimensão crucial de uma ordem democrática, envolvendo diferentes níveis e arranjos institucionais de representação política e de delegação de funções e poderes. De um modo geral, espera-se que a conduta dos agentes públicos e os resultados de suas políticas sejam passíveis de verificação e sanção permanentes.

É incontestável, portanto, que políticos eleitos, dirigentes indicados para a alta administração e servidores em geral devem estar sujeitos a mecanismos de verificação e controle das suas ações.

Foi com essa perspectiva que a Constituição Federal de 1988 fortaleceu o Tribunal de Contas da União outorgando-lhe poderes e autonomia para exercer a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da Administração direta e indireta.

Antes, no período que compreendeu a sua institucionalização na Constituição Federal de 1891 até a promulgação da Carta vigente, o tratamento normativo conferido ao Tribunal de Contas oscilou entre momentos de prestígio e de redução da autonomia, que coincidiam com o viés democrático ou autoritário do governo no poder.

Mas mesmo no processo de reabertura democrática ocorrido no País nos primeiros anos da década de 80, o Tribunal de Contas não era visto pela sociedade como um órgão de controle externo capaz de contribuir efetivamente para conter os atos de corrupção e malversação de dinheiro público que assolavam o País.

E essa foi provavelmente uma das maiores mudanças advindas com a Constituição Federal de 1988 e com as leis editadas nos anos seguintes, que complementaram as suas competências constitucionais. O Tribunal de Contas passou de mero coadjuvante para um dos principais protagonistas do cenário político econômico nacional.

Nos últimos anos, todas as questões de maior relevância para o País, seja em relação à conduta dos administradores públicos de alto escalão ou a grandes projetos na área de infraestrutura, passam pelo crivo do Tribunal de Contas da União. Recentemente, a emissão de parecer pela desaprovação das contas da Presidente da

República em exercício figurou como um dos assuntos mais comentados no Brasil, tanto por leigos como por especialistas.

Em contrapartida, a outorga de poderes e a ampliação do seu campo de atuação contribuíram para que o Tribunal de Contas da União passasse a interferir em questões restritas até então ao administrador público e ao legislador.

É o que ocorreu, por exemplo, com a edição de regimentos que atribuem à Corte de Contas competências sem respaldo constitucional ou legal, além da expedição de decisões que recaem sobre matéria que extrapola a temática financeiro-orçamentária, que revisam escolhas discricionárias e interferem em cláusulas contratuais, afetando não só o ente jurisdicionado, mas o contratado.

Somou-se a isso uma intensificação na expedição de comandos voltados à penalização dos responsáveis por bens ou valores públicos com o propósito de recompor o patrimônio público. Foi pautado nesses pilares que o Tribunal de Contas construiu uma identidade institucional focada, precipuamente, na preservação do erário, e não na proteção de direitos individuais.

A adoção dessa postura-padrão resultou em um tipo de “controle-sanção”, adstrito a aspectos formais-legais e desprendidos de aspectos da realidade. Resultou, por conseguinte, em uma fiscalização impositiva, que desconsidera as razões que permeiam as decisões discricionárias e pretende sobrepor-se à vontade do administrador público.

Essa forma de exercer o controle externo impacta, igualmente, na conduta do administrador público, que se vê impelido a seguir as determinações feitas pelo Tribunal de Contas, sob pena de sofrer sanções de caráter pessoal. Ao agir assim, o administrador público perde a sua autonomia e acaba por se subordinar à Corte de Contas, que atua como autoridade hierarquicamente superior, responsável por revisar todos os aspectos do ato administrativo.

Ocorre que não há no Brasil um Conselho de Estado, nos moldes do modelo francês.

Daí por que nos parece imprescindível que se estabeleça um novo padrão, no qual se compreenda que a extensão do ato de controle jamais será igual à do ato controlado, pois não envolve competência hierárquica, em que se permite uma nova integração de vontade sobre outra, preexistente.

E essa mudança só será possível se tivermos clareza sobre os limites constitucionais e legais impostos à atuação do Tribunal de Contas da União, bem como sobre o objetivo pretendido com o controle administrativo-financeiro.

Pelo teor das competências elencadas nos incisos do Art. 71, Art. 72, § 1.º, Art. 74, § 2.º, e Art. 161 da Constituição Federal, infere-se que o Tribunal de Contas da União não detém competência para substituir-se à Administração Pública, revisando as suas escolhas; não detém competência para substituir-se ao Congresso Nacional, inovando no ordenamento jurídico, assim como não se equipara ao Poder Judiciário, produzindo decisões sobre as quais não caiba qualquer revisão ou recurso.

Ao Tribunal de Contas compete verificar se o poder público efetuou as despesas da maneira como fora determinado pelo orçamento e pelas normas legais, ainda que com esse propósito avalie, igualmente o desempenho e os resultados obtidos pela Administração Pública. O ponto central dessa fiscalização, portanto, é impedir o mau uso de recursos públicos.

Sem prejuízo dessas afirmações, não se pode ignorar que o Tribunal de Contas da União tem adotado medidas que o distanciam do controle-sanção e o aproximam do controle-consensual, marcado pela tentativa de compor os interesses legítimos dos diversos atores envolvidos, conferindo ao administrador público a oportunidade de corrigir eventuais falhas antes de penalizá-lo ou determinar a paralisação do projeto.

A fiscalização exercida sob essa perspectiva pode relevar-se muito mais eficaz do que aquela marcada pelo caráter sancionatório, haja vista que a aplicação de penalidades voltadas a restituir o patrimônio público, na prática, não recompõe os cofres públicos.

Em contrapartida, as medidas cooperativas, além de possibilitar a correção das falhas apontadas, tendem a preservar os atos praticados pelos administradores públicos e evitam a paralisação de projetos de grande relevância para o desenvolvimento nacional.

Evidente que a atuação nesses termos, ainda que imbuída do propósito de aprimorar a gestão e a governança pública, deverá respeitar as escolhas feitas pelo administrador público, na maior medida do possível, sob pena de desvirtuar o caráter cooperativo e retornar ao modelo impositivo do “controle-sanção”.

Isso não significa que as penas não deverão ser aplicadas. Pelo contrário, as sanções pela malversação de recursos públicos e desvio de finalidade devem ser

aplicadas como forma de coibir a prática de atos ilícitos e ímprobos, tão corriqueiros no País.

É incontestável que o exercício de poderes mais interventivos pelo Tribunal de Contas, possíveis graças à autonomia e à estabilidade conferida aos seus membros pela Constituição Federal de 1988, propiciou inúmeros avanços no âmbito das contratações públicas, sobretudo no que se refere à observância dos princípios constitucionais e das diretrizes orçamentárias.

Não se nega, também, que o caráter pessoal das sanções aplicadas pelo Tribunal de Contas impactou diretamente na conduta dos responsáveis por dinheiro, bens e valores públicos. Como é de se imaginar, o administrador público passa a ter mais cautela com a *res publica* quando sabe que as consequências dos seus atos podem afetar o seu patrimônio pessoal.

Ocorre que uma linha tênue separa esses efeitos positivos do impacto nocivo descrito no presente trabalho. E essa linha é ultrapassada justamente quando não são observados os limites constitucionais e subjugados os direitos assegurados aos entes fiscalizados.

Nesse cenário, em vez de contribuir para o aperfeiçoamento da governança e da gestão pública, a atuação do Tribunal de Contas pode provocar efeitos em sentido oposto, que prejudicam o alcance do interesse público e, reflexamente, o desenvolvimento nacional.

7. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Guilherme Henrique de la Rocque. *Controle das transferências financeiras da União*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ARAÚJO, Carlos Maurício Lociks de. *A (in)segurança jurídica no Tribunal de Contas da União*. 2014. Dissertação (Mestrado) – Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Disponível em: <<http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/56/browse>>. Acesso em: 9 dez. 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. 11.^a tiragem. São Paulo: Malheiros, 1999.

BARROS, Lucivaldo Vasconcellos. TCU: presença história nacional. *Prêmio Serzedello Corrêa 1998*: monografias vencedoras. Brasília: TCU – Instituto Serzedello Corrêa, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARANTES, Rogério Bastos. Burocracia e política no Brasil: desafios para a ordem democrática no século XXI. In: LOUREIRO, Maria Rita; ABRUCIO, Fernando Luiz; PACHECO, Regina Silvia (Org.). *Sistema político brasileiro*: introdução. Rio de Janeiro: Ed. FVG, 2010.

BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, ano I, n. 9, dez. 2001.

CABRAL, Flávio Garcia. *O Tribunal de Contas da União na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Verbatim, 2014.

CÂMARA, Jacintho Arruda; SUNDFELD, Carlos Ari. Controle das contratações públicas pelos tribunais de contas. *Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, n. 257, maio-ago. 2011.

_____; _____. Competências de controle dos Tribunais de Contas. *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013.

CAMPOS, Rodrigo Pinto; SUNDFELD, Carlos Ari. O Tribunal de Contas e os Preços dos Contratos. *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013.

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

COELHO, Carlos Pinto. *Eficácia nas concessões, permissões e parcerias*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CRETELLA JÚNIOR, José. Natureza das decisões dos Tribunais de Contas. *RT*, ano 77, v. 633, p. 14, 1988.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

_____. *Vade-mécum de licitações e contratos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

FERRAZ, Sérgio. A execução das decisões dos Tribunais de Contas: algumas observações. In: ARRUDA ALVIM; ALVIM, Eduardo; TAVOLARO, Luiz Antônio. *Licitações e contratos administrativos: uma visão atual à luz dos Tribunais de Contas*. Curitiba: Juruá, 2006.

_____. O controle da Administração Pública na Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 188, p. 64-73.

FERRAZ, Luciano. Poder de coerção e poder de sanção dos Tribunais de Contas. Competência normativa e devido processo legal. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 13, abr.-maio 2002.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musseti. Eficiência administrativa: alargamento da discricionariedade acompanhado do aperfeiçoamento dos instrumentos de controle e responsabilização dos agentes públicos – Um paradigma possível? *Direito administrativo e liberdade*. Estudo em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo. São Paulo: Malheiros, 2014.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Regime jurídico dos Tribunais de Conta*. São Paulo: RT, 1992.

GUERRA, Evandro Martins. *Os controles externo e interno da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

JORNAL *O Estado de S. Paulo*, 26 set. 1987, p. 3, editorial *Importância dos Tribunais de Contas*.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

_____. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

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

MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira 1946*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954.

MEDAUAR, Odete. *O controle da Administração Pública*. 3. ed. São Paulo: RT, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitações e Contratos administrativos*. 6. ed. São Paulo: RT, 1985.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. A Distinção entre “Público” e “Privado” Aplicada aos Contratos celebrados pela Administração, In: Di Pietro, Maria Sylvia Zanella (org.) *Direito Privativo administrativo* – São Paulo: Atlas, 2013.

MORAES, Antônio Carlos Flores de. *Legalidade, eficiência e controle da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Jurisdição dos Tribunais de Contas e aplicação de penalidades. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, Belo Horizonte, v. 8, n. 85, p. 13-28, jan. 2009.

O CONTROLE externo como indutor da governança em prol do desenvolvimento. *Revista do TCU*, n. 127, p. 17, maio-ago. 2013. Disponível em: www.tcu.gov.br. Acesso em: 7 out. 2015.

PRESSIONADO, TCU reduz número de obras com indicativo de paralisação. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 6 nov. 2013, “Poder”. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com>>. Acesso em: 1.º abr. 2014.

RELATÓRIO das Atividades do Tribunal de Contas da União (TCU), referente a 2014, p. 185. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 29 out. 2015.

RIBEIRO, Antônio Silva Magalhães. *Corrupção e controle na Administração Pública brasileira*. São Paulo: Atlas, 2004.

RIBEIRO, R.J.B. O problema central do controle externo pode ser resumido ao debate sobre modelos? *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília: TCU, v. 33, n. 93, p. 62-63, jul.-set. 2002.

ROSILHO, André. *Licitação no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013.

SAAD, Amauri Feres. O controle dos tribunais de contas sobre contratos administrativos. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio; FERRAZ, Sérgio; ROCHA, Silvio Luiz da; SAAD, Amauri Feres (Coord.). *Direito administrativo e liberdade*. Estudos em homenagem, a Lúcia Valle Figueiredo. São Paulo: Malheiros, ano 2014.

SIMÕES, Edson. *Tribunais de Contas: controle externo das contas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2014.

SIQUEIRA, Bernardo Rocha. O Tribunal de Contas da União de ontem e de hoje. *Prêmio Serzedello Corrêa 1998: monografias vencedoras*. Brasília: TCU – Instituto Serzedello Corrêa, 1999.

SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil*. Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, 2000.

_____; NAGEL, José. A fiscalização dos recursos públicos pelos tribunais de contas. *Caminhos da transparência: análise dos componentes de um sistema nacional de integridade*. Campinas: Editora da Unicamp, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. A legitimidade democrática e o tribunal de contas. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: RT, n. 4, p. 186, ano 1993.

Sites consultados:

<<http://www.direitoshumanos.usp.br>>

<<http://www.transparency.org/cpi2014>>

<<http://www.gespublica.gov.br/anteprojeto-de-lei-organica/LeiOrganica>>

<www.tcu.gov.br>

<<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral>>

<<http://www1.folha.uol.com>>

<<http://www.stf.jus.br>>

<<http://www.atricon.org.br/artigos>>