

CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
UNIVERSIDADE CÂNDIDO MENDES

Marcos Cesar Barbosa de Souza

DIMENSÕES E PERSPECTIVAS APLICÁVEIS AO CONTROLE DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL APÓS O ADVENTO DE NOVAS
CONCEPÇÕES E AGENTES INSTITUCIONAIS DE CONTROLE, EM FACE
DO CONCEITO CONSTITUCIONAL DO CONTROLE EXTERNO,
EXERCIDO PELO CONGRESSO NACIONAL COM AUXÍLIO DO
TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO.

Rio de Janeiro

2009

CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

UNIVERSIDADE CÂNDIDO MENDES

Marcos Cesar Barbosa de Souza

DIMENSÕES E PERSPECTIVAS APLICÁVEIS AO CONTROLE DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL APÓS O ADVENTO DE NOVAS
CONCEPÇÕES E AGENTES INSTITUCIONAIS DE CONTROLE, EM FACE
DO CONCEITO CONSTITUCIONAL DO CONTROLE EXTERNO
EXERCIDO PELO CONGRESSO NACIONAL COM AUXÍLIO DO
TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO.

Monografia apresentada
ao Centro de Pós-
Graduação em Direito da
Universidade Cândido
Mendes como requisito
parcial para obtenção do
grau de Especialista em
Direito Público, sob
orientação do Professor
Ricardo Guanabara.

Rio de Janeiro

2009

Marcos Cesar Barbosa de Souza

CONCEITO CONSTITUCIONAL DE CONTROLE EXTERNO DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

As dimensões e as perspectivas aplicáveis ao controle da Administração Pública Federal após o advento de novas concepções e agentes institucionais de controle, em face do conceito constitucional do Controle Externo exercido pelo Congresso Nacional com auxílio do Tribunal de Contas da União.

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Público, concedido pelo Centro de Pós-Graduação em Direito da Universidade Cândido Mendes – CPGD - UCAM.

Comissão avaliadora composta por:

Professor Ricardo Guanabara

Orientador

Professora Maria Lúcia de Paula Oliveira

Membro da Banca

Professora Regina Quaresma

Membro da Banca

Rio de Janeiro, RJ, de de 2009

RESUMO

Este estudo tem a pretensão de levantar a questão atinente ao conflito e à compatibilização prática entre o modelo tradicional de *controle externo da Administração Pública*, previsto no Brasil por intermédio dos artigos 70 a 75 da Constituição Federal de 1988, e outros modelos de controle que têm sido recente e progressivamente instituídos ou ampliados, por meio da criação de corregedorias-gerais, agências reguladoras e dos Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público (CNJ e CNMP) e, em especial, em face da atuação crescente dos próprios órgãos do Judiciário e do Ministério Público.

Procedeu-se de início a uma abordagem relativamente ampla do modelo de controle externo adotado e das questões prementes ao sistema brasileiro de tribunais de contas, com ênfase sobre o Tribunal de Contas da União (TCU) e o papel do controle externo dentro do contexto da tripartição peculiar do Poder no Estado federativo brasileiro.

Buscou-se então identificar o potencial conflito entre as normas instituidoras de competências e a atuação dos órgãos listados; analisar que mudanças têm causado maior impacto sobre a atuação do TCU; verificar amostra de decisões e acórdãos que tenham indicado a consideração dessas mudanças dentre as razões de decidir dos julgadores; e identificar efeitos análogos causados por possíveis lacunas legais ou por tendências dentre as mudanças jurisprudenciais ou normativas recentes.

Conclui-se pela existência de conflitos potenciais e efetivos entre as competências atribuídas ao TCU, às agências reguladoras, ao CNJ e ao CNMP, ademais a atuação extravagante, a esses controles, de órgãos como o Ministério Público e o Departamento de Polícia Federal (MP e DPF); que o conceito constitucional de controle externo sempre transcendeu o previsto nos artigos 70 a 75 da Constituição Federal; que há progressiva compreensão e crescente demanda quanto à urgência do efetivo exercício do chamado controle social do Estado por parte de uma sociedade cada vez mais democrática, crítica e apta à avaliação de informações e da atuação dos agentes políticos; que os conflitos potenciais entrevistados refletem a reação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário ao risco de redefinição de suas prerrogativas por força desse controle social; e que esses controles concorrenciais tendam ao acomodamento, em um complexo sistema colaborativo entre os Poderes que deverá refletir uma nova forma de condomínio do controle da ética e das políticas públicas como formas de efetivação dos chamados direitos fundamentais e das normas e princípios constitucionais correlatos.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	9
2	CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	11
2.1	Considerações iniciais sobre a relação necessária entre poder político e o controle do exercício do poder no Estado democrático de direito.....	11
2.2	Os tipos de controle sobre a Administração pública e os conceitos de controle externo e interno.....	16
2.3	Sistemas de controle externo.....	21
3	CONTROLE EXTERNO SEGUNDO A CONSTITUIÇÃO.....	25
3.1	O princípio constitucional da prestação de contas.....	25
3.2	Conceito de controle externo segundo a Constituição e regime constitucional dos tribunais de contas.....	25
3.3	Síntese da implantação do sistema de tribunais de contas referenciada ao Ministério Público.....	28
3.4	Questões relevantes sobre tribunais de contas.....	31
3.4.1	Posição no âmbito da estrutura tripartite dos Poderes.....	31
3.4.2	Natureza jurídica dos tribunais de contas.....	33
3.4.3	Jurisdição de tribunais de contas.....	35

3.4.4	Conflito de competência entre tribunais de contas.....	39
3.4.5	Eficácia das decisões.....	40
3.4.6	Coisa julgada pelo tribunal de contas.....	42
3.4.7	Ministério público junto aos tribunais de contas.....	44
3.5	Competências e atribuições do TCU.....	47
3.5.1	Competências decorrentes da Constituição.....	47
3.5.2	Competências atribuídas pela legislação infraconstitucional.....	50
3.5.3	Competências adicionais relevantes reconhecidas pelo STF.....	54
3.5.3.1	Competência para apreciar a constitucionalidade de leis e atos normativos.....	54
3.5.3.2	Competência para prolatar decisões de natureza cautelar.....	61
3.5.3.3	Imprescritibilidade da ação de ressarcimento de débito contra o erário.....	63
4	OS NOVOS ÓRGÃOS DE CONTROLE E SUAS COMPETÊNCIAS.....	67
4.1	O controle da Administração atribuído aos Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público.....	67
4.1.1	Competências e atribuições principais.....	67
4.1.2	Controle administrativo e efetivação das decisões.....	70
4.1.3	Enquadramento no sistema de controle constitucional da Administração.....	71
4.1.3.1	Autonomia.....	71
4.1.3.2	Poder normativo.....	71
4.1.3.3	A natureza de órgão colegiado de controle interno.....	71
4.1.3.4	A aparente falta de regulamentação específica para afastamento de conflito com o controle externo.....	75
4.2	O controle da Administração atribuído às agências reguladoras.....	77
4.2.1	Competências e atribuições principais.....	79

4.2.2	Controle administrativo e efetivação das decisões.....	81
4.2.3.	Enquadramento no sistema de controle constitucional da Administração.....	82
4.2.3.1	Autonomia.....	82
4.2.3.2	Poder normativo.....	84
4.2.3.3	O papel subsidiário de entes colegiados de controle interno.....	89
4.2.3.4	A aparente falta de regulamentação específica para afastamento de conflito com o controle externo.....	92
4.3	O controle da Administração atribuído ao Poder Judiciário.....	95
4.3.1	Competências e atribuições principais.....	95
4.3.2	Instrumentos.....	97
4.3.3	Enquadramento no sistema de controle constitucional da Administração.....	99
4.3.4	A falta de regulamentação específica para afastamento de conflito com o controle externo.....	99
4.4	O controle da Administração atribuído ao Ministério Público.....	103
4.4.1	Competências e atribuições principais.....	103
4.4.2	Instrumentos.....	105
4.4.3	Enquadramento no sistema de controle constitucional da Administração.....	109
5	CONFLITOS E COMPLEMENTARIDADES: POSSÍVEIS PERSPECTIVAS PARA O CONTROLE EXTERNO SEGUNDO A CONSTITUIÇÃO.....	112
5.1	Reflexos polêmicos da atuação do TCU na jurisprudência recente do STF.....	112
5.2	Hipóteses de conflitos entre competências e atuações e possíveis soluções.....	117
5.2.1	Entre o controle externo, o controle jurisdicional e o Ministério Público.....	117

5.2.2	Entre o controle externo e as agências reguladoras.....	119
5.2.3	Entre os tribunais de contas, o CNJ e o CNMP.....	121
5.3	A busca da efetividade do conceito constitucional de controle externo: o fortalecimento da independência dos tribunais de contas e do <i>accountability</i> do Estado em um sistema cambiante de equilíbrio entre os Poderes e de conscientização da sociedade.....	125
5.3.1	Uma lei orgânica nacional para os tribunais de contas e a construção de uma rede de controle efetiva.....	125
5.3.2	O poder do controle externo em face da constitucionalização, do controle social e da busca da efetivação de direitos pelas políticas públicas.....	128
6	CONCLUSÃO.....	132
7	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	133

1 INTRODUÇÃO

É inegável que estamos vivenciando uma crescente ampliação do que poderíamos chamar de uma consciência coletiva brasileira acerca das possibilidades, das limitações e do peso do Estado, entendido em sentido amplo, e do seu papel necessariamente preponderante para a concretização ao menos parcial de objetivos sociais relevantes ao bem-estar geral. O Brasil desta transição entre as duas primeiras décadas do século 21 é muito diferente do Brasil que empreendia o processo de redemocratização das últimas duas décadas do século 20. No âmbito político-jurídico, por exemplo, dentre diversos temas em evidência, são discutidos assuntos como a corrupção, a hipertrofia do Executivo, a omissão legislativa, a chamada judicialização da política e o ativismo judicial ¹.

Constitui um lugar comum observar que, ao longo desse longo e problemático período, seja crescente a conscientização da sociedade para um amplo arcabouço de direitos assinaláveis não apenas em proveito de grupos de interesses específicos, velha matriz histórica inclusive dos nossos sistemas políticos sucessivos, mas também para a população em geral, à luz dos interesses difusos e coletivos e, de forma inusitada, para novas dimensões dadas aos interesses individuais. Mas, aparentemente, também é inegável que um legado desses últimos anos seja, enfim, uma maior consciência dos vários segmentos sociais acerca dos deveres e responsabilidades necessários à obtenção desses tantos direitos e – talvez mais importante – o reconhecimento de que é inviável o atendimento de todos, uma vez que é ilusória a onipotência e mítica uma suposta infinidade dos recursos do Estado.

É nesse contexto que funções, competências e atribuições de agentes políticos e de órgãos e entidades estatais, constantes da Constituição Federal de 1988, têm sido revisitadas e significativamente modificadas, seja de maneira formal, via processo legislativo reformador, ou não, por intermédio, muitas vezes, de meras deliberações ou de novas práticas administrativas, ou ainda, quando das hipóteses de aparente omissão administrativa e legislativa, pela reinterpretação judicial de normas e princípios constitucionais².

¹ Sobre o assunto, dentre a vasta bibliografia recente, veja-se em especial Eduardo Monteiro Lopes Junior (LOPES JUNIOR, 2007).

² Unicamente para referência e efeito de medida da acepção ora comentada acerca do extenso tema, cita-se Luiz Roberto Barroso, que sintetiza: “*O neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional (...) identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito*” (BARROSO, 2005, p. 20).

Um dos temas que se tornaram recorrentes é o do controle do Estado. Tanto que a mídia brasileira em geral, de maneira típica, passou a generalizar o emprego da expressão “*controle externo*” para denominar a necessidade de urgente contenção de múltiplos problemas estatais, dos matizes os mais diversos, em particular quanto às diversas formas de corrupção verificadas na Administração direta e indireta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Particularmente recorrentes têm sido as manifestações concernentes a desvios de recursos públicos, a agressões à legalidade e à moralidade administrativa e à falta de efetividade dos grandes programas de governo, como os relacionados à desestatização, assim como no próprio exercício de atividades estatais típicas, como a prestação dos serviços jurisdicionais e, no âmbito em especial dos tribunais e casas legislativas, acerca das diversas formas de nepotismo e de tráfico de influência.

Ocorre que a Constituição prevê, dos artigos 70 a 75, o que deveria ser entendido como *controle externo* da Administração. Nesse contexto surgiu o problema principal desenvolvido no projeto de pesquisa:

“Considerando-se o entendimento segundo o qual se verifica a existência da tendência à chamada constitucionalização do direito e considerando-se o conceito de controle externo instituído pela Constituição, em que medida há possibilidade de eventual conflito entre as competências constitucionais atribuídas ao TCU pelo poder constituinte originário, de um lado, e competências atribuídas a órgãos e entidades posteriormente introduzidos no âmbito do Estado, por modelos de controle que incluem controladorias, agências reguladoras e os recentemente criados Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público, e, em caso de identificação de conflito, quais seriam ou quais têm sido as possíveis alternativas de solução?”

É objetivo do trabalho que seja identificada a fundamentação jurídica que fez surgir e evoluir a adoção do modelo tradicional dos tribunais de contas e da sua atual contraposição ao progressivo advento de outros modelos de controle da Administração pública, que envolvem órgãos distintos, colegiados ou não, como corregedorias-gerais, agências reguladoras e, em especial, os recém-criados Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público, tendo por parâmetro o especificamente instituído ao âmbito da União por meio dos artigos 70 a 75 da Constituição Federal de 1988 e pela legislação correlata.

São objetivos específicos: buscar identificar o conflito potencial de normas instituidoras das competências dos órgãos listados; analisar quais mudanças mais têm causado impacto à atuação do TCU; verificar uma amostra de decisões e acórdãos que tenham se baseado nessas mudanças; e identificar efeitos análogos de possíveis lacunas ou tendências de outras mudanças constitucionais recentes.

A metodologia tem caráter bibliográfico, quanto à parte doutrinária e de fundamentação teórica, de análise da legislação pertinente e de pesquisa documental, quanto à parte de estudo de amostras de decisões e acórdãos do TCU e deliberações correlatas do CNJ, CNMP e agências reguladoras.

2 CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1 Considerações iniciais sobre a relação necessária entre poder político e controle do exercício do poder no Estado democrático de direito.

Como abordagem inicial, cabe estabelecer o cuidado de que o controle do Estado não deva ser confundido com o controle da Administração Pública. Este é um aspecto de manifestação daquele, dado o conceito amplo de Estado. Ainda assim, é lugar comum que a referência ao controle do Estado expresse sua abordagem sob dois aspectos: o político e o administrativo. Segundo essa linha terminológica comum, o primeiro seria campo próprio do direito constitucional, da ciência política, da teoria geral do Estado e de disciplinas correlatas, uma vez que diretamente relacionado ao "*sistema de freios e contrapesos*", correspondente à teoria clássica da divisão e equilíbrio do poder do Estado sob as formas dos poderes típicos – o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, enquanto o segundo seria referente à atividade administrativa propriamente dita e, portanto, objeto próprio e restrito ao direito administrativo.

Entendemos que tal abordagem, embora comum, seja, todavia, parcialmente equivocada.

É certo que a chamada teoria da separação dos poderes do Estado tem desempenhado um papel primordial na conformação do Estado de direito de origem constitucional. Considerando o poder do Estado como na verdade uno e indivisível, apesar do amplo emprego da expressão *separação de poderes* (MELLO FILHO, 1984, p. 20), cabe reconhecer que, de qualquer modo, é exercido por vários órgãos, entes e agentes diversos, os quais possuem funções distintas (DALLARI, 1995, p. 181).

Celso de Mello, ministro do Supremo Tribunal Federal, com base em Karl Loewenstein³, indica que o interesse na divisão das atividades do poder estatal por meio do estabelecimento das funções legislativa, executiva e judiciária do Estado trata-se de um processo jurídico-político voltado a obter o controle do poder por meio do equilíbrio entre tais funções. Nesse sentido, a denominação de teoria da separação das funções do Estado seria uma nomenclatura atualmente mais adequada que a denominação clássica dada à teoria da tripartição do poder, no modo como elaborada por Montesquieu.⁴

³ Lowenstein assim se expressa: "*Lo que corrientemente, aunque erróneamente, se suele designar como la separación de los poderes estatales, es en realidad la distribución de determinadas funciones estatales a diferentes órganos del Estado. El concepto de .poderes., pese a lo profundamente enraizado que está, debe ser entendido en el contexto de una manera figurativa. En la siguiente exposición se preferirá la expresión separación de funciones a la de seraparación de poderes (...)*" (LOWESTEIN, 1964, p. 55, FERRAZ, 2002).

⁴ Conforme enfocam Ricardo Guanabara e Manoel Peixinho, é sabido que Montesquieu divulgou a mais conhecida sistematização teórica da tripartição do poder, em sua obra *Do Espírito das Leis*, do séc. 18, baseada

A articulista Ivana Mussi Gabriel faz menção ao entendimento de Eugênio Zaffaroni sobre o ponto: "*não há em Montesquieu qualquer expressão que exclua a possibilidade de controles recíprocos, nem que afirme absurda compartimentalização que acabe em algo parecido como três governos*". Afinal, de acordo com o próprio Montesquieu: "*É necessário que, pela natureza das coisas, o poder detenha o poder*" (apud GABRIEL, 2004, p. 2).

Sobre a percepção da relevância do controle no âmbito da teoria da tripartição do poder, comenta Michel Temer:

“O mérito da doutrina, especialmente de Montesquieu, no seu *Espírito das Leis*, não foi de propor certas atividades para o Estado, pois estas já eram identificáveis. O valor de sua doutrina está na proposta de um sistema em que cada órgão desempenhasse função distinta e, ao mesmo tempo, que a atividade de cada qual caracterizasse forma de contenção da atividade de outro órgão do poder. É o sistema de independência entre os órgãos do poder e de inter-relacionamento de suas atividades, é a fórmula dos freios e contrapesos a que alude a doutrina americana” (TEMER, 2003, p.119).

Alden Mangueira de Oliveira, ao citar K. Mannheim em trabalho monográfico, aponta que *o controle é um derivado do poder*:

“Desde o princípio, a sensação humana do poder tem sido associada ao controle da conduta de outras pessoas. Por isso, toda discussão relativa ao poder se associa a um debate sobre seu controle. Nosso poder é avaliado pelo grau e extensão de nosso controle sobre os outros homens e, por sua vez, é controlado na medida em que os outros homens reagem sobre nossa vontade de nos controlar” (MANNHEIM apud OLIVEIRA, 2004, p. 107).

Jorge Ulysses Jacoby Fernandes entende que o controle deve ser reconhecido como uma atividade acessória do Estado, embora não menos importante, não podendo se constituir em um fim em si mesmo, consoante o enfoque de Odete Medauar, que cita Berti e Tumiaty: “*na acepção lógico-filosófica, o termo controle designa aspecto do agir humano necessariamente secundário e acessório, porque destinado a rever, ou reexaminar, ou ainda confrontar uma atividade de caráter primário ou principal*” (MEDAUAR, 1993, p. 17).

Nessa linha, postula o autor que, sendo o poder político uno e indivisível, implica necessariamente em que a ação do Estado seja realizada por várias funções que devem ser

na coordenação entre Executivo, Legislativo e Judiciário, já que interfeririam entre si de forma a obter equilíbrio recíproco e contenção do poder. Ao se lembrar, todavia, que a teoria foi originalmente formulada por John Locke, em *Segundo Tratado sobre o Governo*, do séc. 17, de acordo com uma bipartição do poder entre Executivo e Legislativo (embora a rigor fizesse menção a um poder Federativo, que, responsável, dentre outras funções, pelas relações exteriores, seria integrado e de certa forma, subsidiário ao Executivo), os autores apontam que a concepção de Locke era baseada na sobreposição do poder Legislativo sobre o poder Executivo, dada a ênfase na necessidade de contenção do poder do soberano e seus administradores, titulares da força do Estado, pelos indivíduos e seus representantes – afinal, um pressuposto do Estado liberal (GUANABARA e PEIXINHO, 2005, p. 4).

limitadas quanto ao seu alcance e conteúdo, no que vai ao encontro da referida lição de Celso de Mello e de outros juristas (JACOBY FERNANDES, 1999, p. 2).

De fato, a consideração da relação entre poder e controle para a organização do Estado de direito induziu a formulação, desde o âmbito das primeiras revoluções liberais do século XIX, de disposições máximas expressas nos atos de constituição dos ditos Estados liberais, quanto à observância necessária de alguma sistemática de prestação de contas pelos titulares do poder e suas administrações - um complemento instrumental aos dispositivos de repartição do poder político e do equilíbrio de seu exercício pelo sistema da divisão de poderes do Estado.

A Constituição dos Estados Unidos, de 1787, já continha expressa previsão de diversos dispositivos voltados à fiscalização mútua entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário com relação ao exercício das prerrogativas e competências políticas e administrativas⁵. É verdade que esses dispositivos constitucionais instituíam controle mais propriamente político-eleitoral, demonstrando clara ênfase na abolição de privilégios excessivos a governantes e na defesa dos interesses individuais dos cidadãos e dos chamados direitos políticos de primeira dimensão em face do poder estatal, como de fato típico do Estado liberal.

Também já em 1789, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, proferida por revolucionários franceses reunidos em Assembléia Nacional, estabelecia em seus artigos 14 e 15: *“Todos os cidadãos têm direito de verificar, por eles mesmos ou por seus representantes, a necessidade de contribuição pública (...), de acompanhar-lhe o emprego (...). A sociedade tem o direito de pedir conta a todo agente público por sua administração”*.

Norberto Bobbio defendeu que o fenômeno da constitucionalização dos ditos remédios jurídicos contra os abusos do poder do Estado deu-se por meio de dois institutos típicos: o da *separação dos poderes* e o da *subordinação de todo poder estatal ao direito*, o que possibilitou o advento do Estado de direito, figura dominante nas teorias políticas do século

⁵ Dentre os muitos dispositivos constitucionais originalmente previstos nesse sentido por aquela inovadora carta política estadunidense, destacam-se a seções 3 e 4 do artigo 2.º do documento, referentes à obrigação de prestação de contas periódicas pelo presidente dos Estados Unidos ao Congresso acerca dos atos e fatos relevantes transcorridos na gestão, hoje apresentado anualmente por meio do *Discurso do estado da União*, e sobre a possibilidade de afastamento do presidente, do vice-presidente e de quaisquer funcionários civis do Estado de suas funções em caso de indiciamento e condenação *“por traição, suborno ou outros delitos ou crimes graves”*.

É de se destacar, dessa vez como dispositivo constitucional mais específico para controle público de natureza contábil-financeira do Estado norte-americano, a alínea 7 da seção 9 (*Limits on Congress*) do artigo 1.º (*The Legislative Branch*) daquela constituição de fins do século XVIII, que expressa: *“Dinheiro algum poderá ser retirado do Tesouro senão em consequência da dotação determinada em lei. Será publicado, de tempos em tempos, um balanço de receita e despesa públicas”* (*“No money shall be drawn from the Treasury, but in consequence of appropriations made by Law; and a regular Statement and Account of the Receipts and Expenditures of all public money shall be published from time to time”*).

XIX. Esse seria o Estado no qual todo poder é exercido no âmbito de regras jurídicas que delimitam sua competência e orientam toda tomada de decisões, ainda que, frequentemente, com considerável discricionariedade. E conceituava como separação dos poderes “*não apenas a separação vertical das principais funções do Estado entre os órgãos situados no vértice da administração estatal, mas também a separação horizontal entre órgãos centrais e órgãos periféricos nas várias formas de autogoverno, que vão da descentralização político-administrativa até o federalismo*” (BOBBIO, 1992, p. 144).

A crescente percepção da necessidade de conferência de efetividade prática à primazia do papel das constituições nos âmbitos político e jurídico tem dado voz a conceituações que denotam nova abordagem, segundo a qual, em geral, são destacados os aspectos atinentes à possibilidade da concretização dos direitos fundamentais e à representatividade de interesses individuais e coletivos por intermédio da cidadania.

Nessa linha, no fim dos anos 1940, Oreste Raneletti já definia o Estado de direito como “*aquele que disciplina, com regras jurídicas, na maior medida possível, sua própria organização e atividade nas relações com os cidadãos e assegura, também através do direito, a atuação em relação a si próprio, mediante institutos jurídicos adequados*” (apud GOMES, 2004, p. 3).

No fim dos anos 1950, Manuel Aragon Reyes, pronunciando-se mais especificamente sobre o papel da jurisdição, expressiu que:

“O Estado de direito se manifesta pela consagração da supremacia constitucional e o respeito aos direitos fundamentais, tornando-se, portanto, clara a legitimidade da Justiça Constitucional e a necessidade da existência de seus órgãos, dotados de plena independência e que possam instrumentalizar a proteção dos preceitos e direitos constitucionais fundamentais” (REYES, 1997, p. 16-19. *Apud* MORAES, 2003, p. 48).

Gustavo Binbenojm já defende que a dogmática administrativa não se estruturou pela promoção das conquistas inicialmente liberais e depois, democráticas, mas a partir de premissas teóricas comprometidas com o *princípio da autoridade*. O direito administrativo teria servido para a preservação da mesma lógica de poder absolutista de cujo contexto de superação histórica havia surgido. Aponta como exemplo nesse sentido que o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, “*decantado pela literatura brasileira como fundamento e princípio normativo do direito administrativo*”, torna “*patentes sua inconsistência teórica e sua incompatibilidade visceral com a sistemática constitucional dos direitos fundamentais*”, assim entendidos aqueles direitos previstos e garantidos na Constituição - que, por seu turno, deve ser marco referencial de fato para a efetivação do Estado democrático de direito.

Para tanto, explica que o interesse público, por ser conceito jurídico indeterminado, só é aferível após juízos de ponderação realizados entre direitos individuais e metas ou interesses coletivos, e à luz de circunstâncias concretas (BINENBOJM, 2006, p. 302-303).

Considerando como inexorável a chamada constitucionalização do direito administrativo, pelo qual a Constituição, que entende como *sistema de regras e princípios*, passa a ser o cerne da vinculação administrativa à juridicidade, o referido autor conclui pela necessidade da mudança do paradigma axiológico que pauta a Administração pública em direção a novos parâmetros cada vez mais fortes – referindo-se aos apresentados pelo sistema democrático e o de direitos fundamentais. Em resumo:

“A idéia de uma origem liberal e garantística do direito administrativo, forjada a partir de uma milagrosa submissão da burocracia estatal à lei e aos direitos individuais, não passa de um mito. Passados dois séculos da sua gênese, é possível constatar que a construção teórica do direito administrativo não se deveu nem ao advento do Estado de direito, nem à afirmação histórica do princípio da separação dos poderes. (...) A adoção da jurisdição administrativa, paralela e infensa à jurisdição comum, rendeu ensejo à imunização do Poder Executivo frente aos controles dos demais Poderes, e, principalmente, do controle do cidadão” (BINENBOJM, 2006, p. 300).

É um fato que a abordagem do modelo de controle da Administração pública adotado no Brasil é da seara constitucional, haja vista a previsão do tema, constante dos artigos 70 a 75 da Constituição Federal, o que denota tratar-se o controle da Administração de um aspecto relevante à separação dos Poderes constituídos e ao controle do Estado em geral, bem como demonstra a impropriedade da restrição da abordagem tão-só à área do direito administrativo.

A corrente doutrinária que aponta a constitucionalização do direito, inclusive de sua vertente administrativa, reforça os indícios anteriores e coloca em discussão paradigmas de natureza política, jurídica e administrativa aplicados ao assunto do controle da Administração.

Como pano de fundo que configura quadro estrutural, e não meramente conjuntural, que na verdade as desperta, há sempre que se relembrar o fenômeno de uma aparente maior conscientização da sociedade acerca das já mencionadas questões recorrentes que têm por temática o controle do Estado, como a redução ou mesmo erradicação da corrupção em geral ou o controle da efetividade das políticas públicas e das funções típicas do Estado.

Há necessidade de se ajustar a concepção do Estado de direito à vida contemporânea dos vários segmentos sociais para torná-lo um Estado democrático de direito efetivo.

É, portanto, possível antever que o estudo do controle externo no Brasil de fato se insere numa relação bem mais ampla e complexa entre o poder político e o controle do exercício desse poder. Não poderia ser diferente: se no Estado de direito tal relação em tese existe, dada a existência dos órgãos competentes e da própria legislação que os prevê, no Estado democrático de direito as relações de controle, inclusive da Administração pública em sentido amplo, devem ser incorporadas à prática cotidiana para a efetivação dos preceitos, diretrizes e normas previstos junto ao ordenamento jurídico, sob risco da progressiva deslegitimação do sistema político e, pelo alcance de tamanha implicação, dos sistemas administrativo e jurisdicional do Estado.

“A idéia de representação da vontade do cidadão pelo eleito tem progressivamente diminuído na realidade, mediante a tomada de consciência pelo eleitor de que, definitivamente, os homens que são eleitos atuam para si mesmos e não para eles. O cidadão, ante a avalanche de leis, cada vez mais completas, cada vez mais técnicas, cada vez mais conformadas com a vontade governamental, não reconhece sua própria vontade” (RIVERO, 1984, p. 677, apud GABRIEL, 2004).

Em síntese, conforme Guilherme Peña, que cita o ministro Celso de Mello, do STF ⁶ (MORAES, 2008, p. 381):

“(...) A *interdependência orgânica* [dos Poderes] evidencia que a divisão funcional do poder político, além de derivar da necessidade de conter os excessos dos órgãos que compõem o aparelho do Estado, representa o princípio conservador das liberdades da pessoa e constitui o meio mais adequado para tornar efetivos e reais os direitos e garantias proclamados pela Constituição da República (grifo do autor).

Os reflexos indiretos do tipo de controle externo aplicável ao Brasil quanto ao equilíbrio entre os chamados Poderes constituídos serão abordados após aprofundamento necessário a respeito do conceito desse instituto.

2.2 Os tipos de controle sobre a Administração pública e os conceitos de controle externo e interno.

A tipologia dos diferentes controles exercidos sobre a Administração é tão diversificada no tempo e no espaço quanto os diferentes tipos e estruturas de Estados nos quais forem analisadas.

Os controles possíveis previstos no seio do Estado de direito devem em tese ser abordados dentro do sistema da tripartição do poder. Nesse sentido, é oportuno realçar duas premissas complementares a essa abordagem, que constituem consenso amplo nas doutrinas constitucionalista e administrativista nacionais.

A primeira premissa é a de que, de um lado, cada Poder exerça, em tese, uma função principal, típica ou “primordial”, a qual, inclusive, o denomina: cabe ao Legislativo, primordialmente, a função de legislar (função legislativa ou legiferante) e de fiscalizar a aplicação das leis que elaborar; ao Executivo, cabe primordialmente executar a vontade contida nas leis (função executiva ou administrativa); ao Judiciário, primordialmente, cabe aplicar as leis aos casos concretos de conflito de interesses, julgando-os e solucionando-os de acordo com essas leis (função jurisdicional).

Por outro lado, ainda no âmbito dessa primeira premissa, é necessário que, ao longo do exercício de sua função típica, cada Poder exerça subsidiariamente funções típicas de outro,

⁶ STF, MS n.º 23.452. Rel.: min. Celso de Mello, DJU 12/05/2000. V. também: STF, ADIn n.º 1.296, Rel.: min. Celso de Mello, DJU 10/08/1995 (PEÑA DE MORAES).

sob pena de tornar-se impossível o desempenho de sua própria função primordial sem sacrifício de certa margem de autonomia relativa desejável entre os Poderes.

Assim é que o Executivo também legisla e julga (como, no caso da União federal brasileira, por meio das medidas provisórias cabíveis ao presidente da República e dos contenciosos administrativos, respectivamente); o Legislativo, administra e julga (pela ordem, quando, por exemplo, dispõe sobre sua organização interna, planos de cargos e salários, nomeações e exonerações internas e procede a licitações e contratações, ou quando processa e julga autoridades da República por crimes de responsabilidade); e o Judiciário, legisla e administra (quando, respectivamente, edita regimentos internos ou adota procedimentos e atos administrativos, tais quais os enumerados como cabíveis ao Legislativo).

A outra premissa, na verdade já abordada, é tão-só a que deriva diretamente do fundamento do conceito do sistema dos *checks and balances*: ou seja, que é inerente ao Estado de direito a existência e permanente busca de controles recíprocos entre os Poderes, de forma que nenhum prepondere ou interfira em excesso sobre os demais.

A partir das premissas, surge um primeiro sistema de classificação dos controles possíveis ao Estado de direito, eis que fundamentados no sistema de equilíbrio entre os Poderes. Segundo Samy Wurman, tal controle, de um Poder sobre o outro, é um controle *político*, que identifica como o *controle externo*.

Segundo o autor, o fato de o ente controlador integrar Poder estranho ao do controlado confere caráter necessariamente político ao controle, eis que derivado do sistema de *checks and balances* da própria separação de poderes. Já o controle que qualquer Poder exerce sobre si mesmo é um controle *administrativo*, que por sua vez identifica como o *controle interno*, pois o órgão, entidade ou agente controlador pertence à mesma estrutura do Poder do ente controlado.

Como expõem Helder Queiroz Pinto Junior e Heloísa Lopes Borges, de uma maneira prática é possível dissociar esses dois tipos de controle segundo a forma pela qual são tipicamente exercidos pelo poder Legislativo – em *controle político* e *controle financeiro*. O controle político teria tal conotação por abranger aspectos ora de legalidade, ora de mérito, ou seja, pode apreciar decisões administrativas inclusive quanto à discricionariedade, *ie*, quanto à conveniência e oportunidade em face do interesse público. Já o controle financeiro seria o previsto nos artigos 70 a 75 da Constituição Federal, quando disciplina a fiscalização contábil, financeira e orçamentária exercida por intermédio dos tribunais de contas da União, dos estados e do Distrito Federal, bem como dos tribunais e conselhos de contas dos municípios.

O problema, como é reconhecido pelos autores, é que a função dos tribunais de contas “*não se resume, portanto, em uma avaliação meramente financeira*” (PINTO e BORGES, 2004, p. 6).

Visão mais pragmática é a que tão-só atribui ao controle externo o exercício direto pelo Parlamento, ou *controle externo parlamentar direto*, via Congresso Nacional, suas casas e suas comissões, em especial as comissões parlamentares de inquérito, consoante a interpretação extensiva dos arts. 49 e 58 c/c os arts. 70, 71 e 73, todos da Constituição Federal, e os dispositivos análogos das constituições e leis orgânicas dos demais entes

federados, conforme o art. 75 da Constituição, e o exercício desse controle pela fórmula do *controle externo parlamentar indireto*, via tribunais de contas, previsto nos arts. 71 a 75. Tal abordagem tem o mérito de não pretender dissociar o controle externo de seus necessários aspectos técnico e jurídico, seja qual for a dimensão, política ou financeira, do controle finalístico exercido.

Nem refoge à discussão de que caiba aos tribunais de contas apreciar a legitimidade, legalidade, economicidade, aplicação de subvenções e renúncias de receitas quanto aos atos praticados no âmbito da administração contábil, orçamentária, operacional e patrimonial da Administração direta e indireta, consoante o art. 70 da Constituição Federal, o que por si só denota hipóteses das mais diversas de apreciação inclusive da motivação, finalidade e conseqüências declaradas ou esperadas do ato administrativo à luz da legislação, do interesse público e da efetividade, sem necessariamente adentrar a dimensão política do controle. A chave parece persistir no equilíbrio entre os Poderes ⁷.

Nos dizeres de Helder Pinto e Heloísa Borges, embora teoricamente o interesse público seja o princípio-guia de todas as escolhas de políticas públicas do Estado, “*a ausência de uma definição realmente operacional de interesse público sempre fez destas escolhas objetos de intensos debates*” (PINTO e BORGES, 2004, p. 3).

O controle da Administração pública, seja externo ou interno, político ou administrativo, é conceituado nos dizeres de Maria Sílvia Zanella di Pietro, como o “*poder de fiscalização e correção que sobre ela exercem os poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico*”. Para a autora, o princípio mais imediato, segundo essa concepção, seria, por definição, o da legalidade (DI PIETRO apud WURMAN, 2005, p. 4).

Conceituação apresentada por Hely Lopes Meirelles, embora mais ampla, é próxima desta: “*controle, em Administração pública, é a faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro; assim, é fixada a competência de seus órgãos e agentes e são estabelecidos os tipos de forma de controle de toda atuação administrativa, para a defesa própria e a dos direitos dos administrados*” (MEIRELLES, 1998, p. 548).

Jorge Ulysses Jacoby Fernandes, referindo-se especificamente ao controle externo, entende-o como “*o conjunto de ações de controle desenvolvidas por uma estrutura organizacional, com procedimentos, atividades e recursos próprios, não integrados na*

⁷ Tanto que é interessante notar que apenas em um momento (quando da apreciação das contas anuais prestadas pelo presidente da República, conforme o art. 71, I, da Constituição), fica clara a separação entre o parecer prévio do TCU, como estritamente técnico nesse caso, e o julgamento das contas pelo Congresso, feito apenas nesse caso e que é político, não estando este vinculado àquele (PEÑA, 2008, pp. 387-388).

Donde se pode inferir argumento favorável à tese de que os julgamentos de contas pelo TCU, embora jamais possam ser imputados de serem políticos, não podem ser igualmente submetidos a critérios totalmente técnicos, eis que consideram, sob um rito jurídico, diversos fatores relevantes adicionais, a exemplo do interesse e finalidade públicos, princípios constitucionais, direitos transcendentais e eventuais políticas públicas aplicáveis, que, não raro, alteram o mérito do julgamento de contas em favor do agente responsável mesmo quando eivadas de irregularidades.

estrutura controlada, visando fiscalização, verificação e correção de atos” (JACOBY FERNANDES, 2003, p. 50).

Conforme aduz Alden de Oliveira com base na mesma doutrina, o controle interno ou administrativo deriva do poder-dever de autotutela que a Administração tem sobre seus próprios atos e agentes. Tal controle é normalmente exercido pelos órgãos de hierarquia organizacional superior sobre os subordinados - no que é chamado de *controle hierárquico próprio*, como o das chefias e das corregedorias, ou por vezes, com auxílio de órgãos técnicos - no que é considerado *controle hierárquico impróprio*, a exemplo do praticado por órgãos de controladoria e auditoria, desde que integrantes do mesmo Poder e sob mandato da mesma Administração (OLIVEIRA, 2004, p. 110).

Segundo teoriza Wurman, e consoante a maioria da doutrina, o controle externo, quanto ao órgão controlador, pode ser *legislativo, executivo ou judicial*. Quanto ao momento em que se efetua, o controle externo pode ser *prévio, concomitante ou posterior*, se respectivamente transcorrido antes, durante ou depois dos atos administrativos a controlar. O autor, todavia, estabelece ainda uma categoria específica de controle externo, que denomina *controle externo político-administrativo*, para o controle externo exercido pelo Poder Legislativo de natureza contábil-financeira com auxílio do Tribunal de Contas da União, conforme o art. 71 da Constituição Federal de 1988 (WURMAN, 2005, p. 4; MELLO, 2004, p. 825-840; GASPARINI, 2004, p. 790-828; DI PIETRO, 2002, p. 668-669; MEIRELLES, 1998, p. 543-598).

Como exemplos de formas de controle externo judicial, podem ser citados: o exame da legalidade de procedimentos e de atos administrativos submetidos à apreciação do Judiciário, de acordo com a garantia constitucional da inafastabilidade da prestação jurisdicional, vedação aos tribunais de exceção e uso de provas ilícitas e os direitos ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, XXXV, XXXVI, LV e LVI da Constituição Federal), em especial por meio dos chamados remédios constitucionais (os mandados de segurança; o *habeas corpus*; a ação popular; a ação civil pública; o *habeas data* e o mandado de injunção, previstos nos incisos LXIX, LXVIII, LXIX, LXX, LXXI, LXXII e LXXIII do art. 5º da Constituição).

O controle externo exercido pelo Executivo é exemplificado, em relação ao Legislativo, quando o presidente da República sanciona ou veta um projeto de lei (art. 66, parágrafo 1.º) e, no que toca ao Judiciário, quando da nomeação de ministros do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores (art. 84, incisos XIV e XVI). Como exemplos de aplicação do controle externo legislativo (chamado por Alden Oliveira de *controle parlamentar direto*), os diversos autores têm apontado as hipóteses:

- da competência exclusiva do Legislativo, por meio do Congresso Nacional ou do Senado Federal, para apreciar, *a priori* ou *a posteriori*, atos do Executivo (consoante os artigos 49, I, II, III, IV, XII, XIV, XVI, e 52, III, IV, V e XI, da Constituição Federal, atinentes à celebração de tratados e acordos internacionais, declaração de guerra e celebração de paz, estado de defesa, sítio e intervenção federal; concessão de emissoras de rádio e televisão; alienação ou concessão de terras públicas; nomeação de magistrados e outras

autoridades, inclusive presidente e diretores do Banco Central, ministro do Tribunal de Contas da União indicado pelo presidente da República, chefes de missão diplomática permanente e o procurador-geral da República), autorizando-os ou aprovando-os;

- de convocação de ministro de Estado para prestar informações sobre assunto previamente determinado (art. 50 da Constituição Federal);

- apurar fato determinado por meio de Comissões Parlamentares de Inquérito – CPI, dotadas de poderes de investigação próprios de autoridade judicial (art. 58, 3.º);

- processar e julgar o presidente e o vice-presidente da República, bem como ministros de Estado e comandantes das Forças Armadas, ministros do Supremo Tribunal Federal, membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União, por crimes de responsabilidade ou conexos com aqueles (art. 52, I e II);

- fixar, por proposta do presidente da República, limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno e autorizar operações externas de natureza financeira de interesse desses entes federados (art. 52, VI e VII); e

- sustar os atos normativos do Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa (art. 49, V).

Alden de Oliveira acrescenta que o controle externo inclui o que denomina *controle popular*, verificado quando do exercício do controle dos atos administrativos pelos cidadãos, por intermédio, por exemplo, da disponibilidade das contas municipais para exame e apreciação popular por 60 dias, com possibilidade de questionamento de sua legitimidade por qualquer cidadão, nos termos da lei, conforme previsto no art. 31, parágrafo 3.º, da Constituição Federal (OLIVEIRA, 2004, p. 109).

Tal inclusão é interessante, na medida em que termina por realçar que muitos dos demais exemplos apontados como demonstradores da existência de algumas das formas de controles externos, como o judicial (por exemplo, quando motivado por remédios constitucionais e ações específicas) ou o legislativo (se efetuado por instauração de Comissões Parlamentares de Inquérito motivadas como resposta a eventuais pressões da mídia e população), possam ser de certo modo passíveis de enquadramento, em última análise, como *controles populares indiretos ou limitados*.

2.3 Sistemas de controle externo.

Resta consolidado que há no mundo essencialmente dois sistemas de controle externo: os chamados *tribunais, cortes ou conselhos de contas*, e as chamadas *controladorias, corregedorias ou auditorias-gerais*.

Talvez as mais marcantes distinções entre os dois sistemas sejam, na prática, as de que:

- os tribunais de contas, ainda que, em tese, sejam por definição tribunais administrativos, possuem prerrogativas e ritos tipicamente judiciais (o que lhes confere vitaliciedade aos julgadores, poder coercitivo e jurisdicional quanto às decisões adotadas na esfera administrativa e procedimentos de tendência judicialiforme, burocrática e legalista), têm autonomia relativa em face dos diversos Poderes (inclusive em relação àquele ao qual possa se vincular) e se constituem em colegiados decisórios, mas os tribunais de contas típicos não assumem funções de fiscalização e auditoria, ou consulta, ou ainda, ouvidoria;

- as controladorias-gerais são órgãos tipicamente administrativos, de decisão monocrática, sob regime de mandato e destituídos de um poder jurisdicional coercitivo, o que as torna em tese totalmente dependentes de um Poder que possa conferir-lhes algum grau de coercitividade mínima; por isso, caracterizam-se pela predominância do controle consultivo ou opinativo, necessariamente, embora desempenhem funções típicas de fiscalização, consulta ou ouvidoria.

Jorge Ulysses Jacoby Fernandes manifestou o entendimento de que, na contraposição entre os sistemas de tribunal e o de auditor ou controlador-geral:

“Em termos de modelos estruturais, (...) [o] sistema de auditor ou controlador-geral, em que a função tem, na composição deliberativa, a decisão singular de um só sujeito, (...) consiste na criação de câmaras especializadas no poder legislativo, assessoradas pelo controlador ou auditor-geral, que é um funcionário do próprio parlamento [ou administração], auxiliado por grande quantidade de técnicos. Nos Estados Unidos, o auditor-geral é nomeado pelo presidente [da República] para um mandato de 15 anos, após consulta e aprovação pelo Senado (...). O órgão, *General Accounting Office [GAO]*, integra o poder legislativo e é chefiado pelo auditor-geral (...).

O modelo de tribunal apresenta vantagens extraordinárias sobre o controlador-geral: a) atuação em colegiado; b) alternância de direção; c) rodízio no controle de órgãos; d) distribuição impessoal de processos” (JACOBY FERNANDES, 2005, p. 107).

O autor, a partir de estudo de Renato Brown Ribeiro, logrou sintetizar quadro demonstrativo, reproduzido a seguir (com adaptações), que contém levantamento datado de 2002 sobre as várias formas de vinculação desses entes aos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, em diferentes Estados soberanos (RIBEIRO, 2002, p. 17). Pedro Humberto Barreto, citado por Luiz Henrique Lima, apurou que, das 182 entidades de fiscalização

superior (EFS)⁸ filiadas à INTOSAI⁹, 50 adotam o modelo de tribunais de contas e 132, o de controladorias ou auditorias gerais (BARRETO apud LIMA, 2002, p. 17).

Tabela 1 – Vinculação das EFS aos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, por países.

Tipos	Poder	Países
Tribunais de contas	Legislativo	União Européia ¹⁰ , Holanda, Mônaco, Luxemburgo, Itália, Espanha, França, Alemanha, Bélgica, Turquia, Coreia, Malásia, Japão, Moçambique, Zaire, Tunísia, Tanzânia, Senegal, Guiné-Bissau, Mauritânia, Marrocos, Ilhas Maurício, Líbia, Gana, Gâmbia, Gabão, Argélia, Benin, Angola, Cabo Verde, São Tomé e Príncipe, Uruguai, Brasil ¹¹ .
	Judiciário	Grécia e Portugal.
Controladorias	Legislativo	EUA, Canadá, México, Equador, Venezuela, Argentina, Costa Rica, Honduras, Nicarágua, Zâmbia, África do Sul, Israel, Índia, Paquistão, Inglaterra, Noruega, Dinamarca, Irlanda, Suíça, Islândia, Hungria, Austrália, Nova Zelândia, China.
	Executivo	Namíbia, Jordânia, Paraguai, Bolívia, Antilhas Holandesas, Cuba, Finlândia, Suécia.
	Independentes (desvinculadas de Poderes)	Guatemala, Panamá, Porto Rico, República Dominicana, El Salvador, Suriname, Peru, Colômbia, Chile, Rússia ¹² .

Fonte: FERNANDES, Jorge Ulysses Jacoby. *Tribunais de contas: enquadramento na estrutura tripartite dos Poderes*. Belo Horizonte: Fórum, 2001, ano 5, n. 58, p. 6526, com base em: RIBEIRO, R. J. Brown. *Controle externo da Administração pública federal no Brasil*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 17 (com adaptações).

A lista, por óbvio, não é exaustiva, mas contém amostra bastante representativa e demonstra a clara divisão entre os sistemas no cenário internacional. Os países de tradição jurídico-administrativa européia continental em geral seguem o modelo dos tribunais de

⁸ Nomenclatura empregada para designar os diversos órgãos e entidades governamentais dotados da maior hierarquia funcional interna, em cada país, com função de viabilizar o controle externo nacional.

⁹ *International Organization of Supreme Audit Institutions*, sigla em inglês para Organização Internacional das Entidades de Fiscalização Superior.

¹⁰ Ressalve-se que a União Européia não constitui Estado nacional e, a rigor, não possui Poder Legislativo típico.

¹¹ Predomina atualmente o entendimento doutrinário segundo o qual os tribunais de contas, no Brasil, são independentes em relação aos poderes Legislativos federal, estaduais e municipais dos respectivos Entes federados, sendo aceitável dizer que se encontram a eles vinculados tão-só no sentido de auxílio ao exercício do controle externo, e não no sentido da vinculação prevista no Decreto-lei 200/1967.

¹² De composição colegiada, funcionalmente próxima ao Ministério Público e constituindo estrutura híbrida de órgãos nomeadamente independentes e outros ligados a legislativos locais, a *Accounts Chamber of the Russian Federation* constitui uma controladoria-geral *sui generis*. O colegiado é indicado para mandato de seis anos pelo chefe de Governo (Conselho Federal), mediante aprovação do Parlamento Federal (a *Duma*).

contas. Os países de tradição anglo-saxônica adotam o modelo de controladorias-gerais, no qual também se insere a maioria dos países da América Latina, fortemente influenciados pelos Estados Unidos¹³.

Exceção notória é o Brasil, que, formalmente, adota o sistema de tribunais de contas. Contudo, de forma diferenciada em relação ao modelo típico desses tribunais. De fato, é perceptível que o autor da tabela considerou, quanto ao caso brasileiro, que o TCU, órgão nacional classificável segundo os critérios adotados como *entidade de fiscalização superior*, devesse ser a princípio tratado como órgão formalmente vinculado ao Legislativo, em face do entendimento doutrinário até então predominante, derivado da leitura do art. 71, *caput*, da Constituição Federal. Tanto que, posteriormente, conclui¹⁴:

“O modelo de tribunal de contas desenvolvido e implementado no país é único no mundo. Não corresponde ao modelo tradicional de tribunal de contas, uma vez que assume funções fiscalizadoras que seriam típicas de controladoria, bem como procura assumir papel de ouvidoria e órgão consultivo. As suas estruturas organizacionais e seus processos decisórios são um misto dos processos e formas de decidir do Legislativo e do Judiciário. Esse hibridismo e essa adaptabilidade são características bem típicas das instituições brasileiras, e o que pode torná-las maduras e perenes” (RIBEIRO, 2002, p. 94).

De forma ilustrativa, um exemplo recente de consolidação do modelo de tribunal de contas posteriormente ao levantamento apresentado, embora sua origem remonte a 1975, é o da União Européia.

O Tribunal de Contas Europeu, com sede em Luxemburgo, é formado por um conselho com um membro de cada país da União Européia, nomeado para mandatos renováveis de seis anos. Divulga ter por missão principal buscar assegurar que o dinheiro dos

¹³ As instituições da classe dos tribunais de contas mais renomadas são o Tribunal de Contas Europeu – *European Court of Auditors* (http://europa.eu/institutions/inst/auditors/index_pt.htm); o *Tribunal de Cuentas*, da Espanha (<http://www.tcu.es>); a *Cour des Comptes*, da França (<http://www.ccomptes.fr>); a *Corti dei Conti*, da Itália (<http://www.corteconti.it>); e o *Tribunal de Contas*, de Portugal (<http://www.tcontas.pt>). Agências ligadas aos respectivos legislativos nacionais também classificáveis como tribunais de contas são o *Bundesrechnungshof*, da Alemanha (http://www.sam-consulting.de:7070/Testportal/home-en?set_language=em) e o *Board of Audit*, do Japão (<http://www.jbaudit.go.jp/engl/index.htm>).

Já as três controladorias-gerais mais conhecidas são o *National Audit Office*, do Reino Unido (<http://www.nao.org.uk>), o *U. S. Government Accountability Office*, dos Estados Unidos (<http://www.gao.gov>) e o *Office of the Auditor General*, do Canadá (<http://www.oag-bvg.gc.ca>). Destacam-se ainda, como detentoras de controladorias-gerais, a República Popular da China (<http://www.cnao.gov.cn/main/index.htm>) e a Federação Russa (<http://www.ach.gov.ru/en/international/>). Tais órgãos têm em comum a definição de mandatos para os julgadores de contas e, em geral, reputarem independência dos Poderes.

¹⁴ O ponto será especificamente abordado neste trabalho, todavia, por meio do próximo item, haja vista ser majoritária hoje a doutrina quanto à independência relativa daquele tribunal.

contribuintes europeus seja bem utilizado. Audita a cobrança de receitas, o emprego dos fundos e o desempenho das instituições comunitárias (LIMA, 2007, p. 9), submetendo ao Parlamento Europeu a avaliação da gestão orçamentária e financeira de cada exercício, mas não dispõe de poder jurisdicional próprio, comunicando irregularidades e ilícitos identificados ao *Organismo Europeu de Luta Antifraude* (OLAF).

Para que possa desempenhar as suas funções com eficácia, o tribunal de contas deve ser completamente independente das outras instituições, mas manter simultaneamente um contacto permanente com elas. (...) *A sua missão consiste em assegurar que os contribuintes retirem o maior benefício possível do seu dinheiro, e tem o direito de realizar auditorias junto de qualquer pessoa ou organização que se ocupe da gestão dos fundos da UE*¹⁵ (*grifamos*).

¹⁵ http://europa.eu/institutions/inst/auditors/index_pt.htm

3 CONTROLE EXTERNO SEGUNDO A CONSTITUIÇÃO

3.1 O princípio constitucional da prestação de contas.

Princípio em geral pouco lembrado como possuidor de tal natureza, ou seja, de princípio – e, muito menos, pouco lembrado como princípio constitucional que é, o *princípio da prestação de contas*, conforme aponta Cleber Demétrio da Silva, encontra-se positivado na alínea “d” do inciso VII do art. 34 da Constituição Federal, como um dos motivos de eventual intervenção federal (SILVA, 2005, p. 4.965):

Art. 34. A União não intervirá nos estados nem no Distrito Federal, exceto para:

(...) VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

(...) d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta.

Para Luciano Ferraz, como o dever de prestar contas afigura-se uma espécie de obrigação pública imposta a todo sujeito de direito que, na qualidade de agente público, tem a seu cargo a gestão de recursos do erário, é corolário que a toda obrigação pública corresponde um *direito público subjetivo*. No caso em tela, o direito público subjetivo de todo integrante da sociedade de obter a prestação de contas do responsável (FERRAZ, 2002, p. 3).¹⁶

José Afonso da Silva enfatizou importante visão complementar (SILVA, 2001, p. 636):

“Ora, o princípio da prestação de contas da administração pública, direta e indireta, constante do art. 34, VII, "d", só tem eficácia de princípio do Estado democrático enquanto as demais instituições de apuração dessas contas gozarem de autonomia e prestígio para o cumprimento dessa elevada missão, do contrário tudo não passará de mero exercício de formalidades vazias de resultados práticos”.

3.2 O conceito de controle externo segundo a Constituição e o regime constitucional dos tribunais de contas.

O controle externo da União e das entidades da Administração direta e indireta cabe ao Congresso Nacional mediante o auxílio do Tribunal de Contas da União (TCU), órgão de controle externo ao qual cabem o acompanhamento da execução orçamentária e financeira

¹⁶ Conforme ensina Luiz Roberto Barroso: “O novo direito constitucional, ou neoconstitucionalismo, desenvolveu-se na Europa, ao longo da segunda metade do século XX, e, no Brasil, após a Constituição de 1988. O ambiente filosófico em que floresceu foi o do pós-positivismo, tendo como principais mudanças de paradigma, no plano teórico, o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional (...) Dela resulta a aplicabilidade direta da Constituição a diversas situações, a inconstitucionalidade das normas incompatíveis com a Carta Constitucional e, sobretudo, a interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição, circunstância que irá conformar-lhes o sentido e o alcance (BARROSO, 2005, p. 23).

federal e o exercício das funções, competências e atribuições¹⁷ estipuladas por meio dos artigos 70 a 74 da Constituição Federal de 1988 e segundo sua lei orgânica, Lei n.º 8.443, de 1992.

A Constituição Federal menciona literalmente a expressão “*controle externo*” por intermédio dos artigos 31, *caput* e § 1.º; 70; 71; 74, inciso IV; e 129, inciso VII, além do originariamente previsto no art. 16, § 2.º, do Ato das Disposições Constitucionais Provisórias. As referências tratam da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da Administração direta e indireta, sem ressalva de Poder, em todos os dispositivos citados, com exceção do referente ao art. 129, inciso VII, que trata da função institucional do Ministério Público de controle do exercício da atividade policial, na forma de lei complementar, e que erige, portanto, espécie diversa de controle externo.

A capitulação original do tema do controle externo federal é de fato efetuada na Seção IX do Título X da Constituição de 1988 – “*Da organização dos Poderes*”, na seção intitulada “*Da fiscalização contábil, financeira e orçamentária*”.

Os dispositivos que abordam expressamente aquele controle externo, público e administrativo, referem-se, especificamente: ao controle externo da Administração municipal, para o exercício da fiscalização de cada município pelo respectivo Legislativo municipal, ou seja, por cada Câmara de Vereadores, mediante auxílio do tribunal de contas competente sobre o município, seja o estadual, ou o municipal específico, ou ainda o Conselho ou Tribunal de Contas dos Municípios do respectivo estado federado, conforme aplicável (art. 31, *caput* e § 1.º); do controle externo da Administração federal, a cargo do Congresso Nacional, exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União (arts. 70 e 71) e do dever funcional dos responsáveis pelos controles internos administrativos perante aquele tribunal, quanto à informação das ilegalidades e irregularidades constatadas, sob risco de crime de responsabilidade (art. 74, inciso IV).

Além desses dispositivos, há outros, diferentes ou simplesmente não referidos como controles externos, que também versam sobre a fiscalização contábil, financeira,

¹⁷ Segundo a lição de Carlos Ayres Brito, ministro do STF, para quem há que se fazer distinção entre função, competência e atribuição. Nessa linha, função é a atividade-fim típica de um órgão e, em tese, única no órgão. Competências são os poderes instrumentais àquela função como meios para seu alcance. Atribuições são prerrogativas próprias a órgão ou a cargo próprio de órgão e necessárias ao desempenho eficaz das competências atribuídas a tal órgão ou cargo e concretização da função, cabendo diferença entre as atribuídas ao órgão e a seus agentes (BRITTO, 2001, p. 4).

Portanto, a função do TCU seria o controle externo federal; dentre suas muitas competências, estaria a de julgar contas de agentes responsáveis e impor sanções; dentre prerrogativas inerentes ao órgão e seus agentes, estariam, *no que couber*, as atribuídas aos tribunais superiores pelo art. 96 da Constituição, consoante fo art. 73, *caput*, da mesma lei fundamental (elaborar seu regimento interno dispendo sobre regras para observância do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, eleger seu presidente e seu vice-presidente, organizar sua secretaria, administrar seus agentes, propor ao Congresso Nacional a criação e transformação de cargos, empregos e funções do seu quadro próprio de pessoal etc.).

orçamentária, operacional ou patrimonial da Administração pública. Contidos nos dispositivos da Constituição Federal mencionados a seguir, tratam sobre:

- os sistemas de controle interno de cada Poder, e suas finalidades (art. 74);
- o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, atribuído ao Conselho Nacional de Justiça, e o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabível ao Conselho Nacional do Ministério Público (conforme, respectivamente, o disposto no art. 103-B, § 4.º, e no art. 130-A, § 2.º, dispositivos incluídos pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004);
- os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes dos chamados contratos de gestão, firmados entre órgãos e entidades da Administração pública direta e indireta para ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira desses entes, por meio da fixação de metas de desempenho ao órgão ou entidade (art. 37, § 8.º, inciso II, consoante a Emenda Constitucional n.º 19, de 1998); e
- o controle, fiscalização e avaliação das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal, e os controles e formulação das políticas e das ações governamentais na área da assistência social, em todos os níveis, com previsão da participação da população, por meio de organizações representativas (art. 198, § 3.º, inciso III, e art. 204, inciso II, respectivamente).

É assim que se encontra expresso o controle externo da Administração pública federal na Constituição de 1988:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da Administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumira obrigações de natureza pecuniária (redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19, de 1998).

Conclui-se que o conceito constitucional de controle externo é relacionado ao exercício da fiscalização do exercício de atividades de órgãos, entidades e agentes de um ou mais Poderes por um ente com independência constitucionalmente prevista e garantida para tanto, e que o controle externo exercido pelos parlamentos com auxílio dos tribunais de contas cinge-se em essência à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da Administração direta e indireta e das contas de todas as pessoas físicas e jurídicas, de direito público ou privado, que sejam responsáveis pela aplicação de recursos de origem pública.

3.3. Síntese da implantação do sistema de tribunais de contas referenciada ao Ministério Público.

Digressão considerada sempre necessária, esta, como também toda pretensa síntese do desenvolvimento histórico do conceito de controle externo no Brasil, por mais apertada que venha a ser, muito provavelmente constatará três aspectos interligados e perenes na evolução do conceito de controle externo ao longo da história constitucional brasileira na República:

- o primeiro, que a instituição por excelência erigida para desempenho da função do controle externo sempre foi o do tipo do tribunal de contas;

- o segundo, que o órgão, independente da forma de enquadramento na estrutura tripartite dos Poderes no Brasil, tem sido motivo de previsão expressa em todas as constituições republicanas, de 1891 a 1988; e

- o terceiro, que a Constituição Federal de 1988, de forma análoga ao redimensionamento que impingiu a outras instituições como o Ministério Público ou, em grande medida, o próprio poder Judiciário, ampliou consideravelmente o alcance e as competências disponíveis ao exercício do controle externo, em particular, pelo TCU.

Ocorre que, institucionalmente, o atual Ministério Público, “*instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*”, conforme o artigo 127 da Constituição Federal, apresenta trajetória de evolução histórica que permite analogia àquela própria do TCU e dos demais tribunais de contas em geral.

De forma sumária, partindo-se da premissa que é visão doutrinária e jurisprudencial predominante que a Constituição Federal de 1988 consagra a autonomia funcional e administrativa em relação ao poder Executivo por meio do art. 127, § 2.^o¹⁸, haja vista, inclusive, que tem sido reafirmada pelo Supremo Tribunal Federal, a exemplo da ADI-MC n.º 514/DF, da relatoria do ministro Celso de Mello.

Jorge Ulysses Jacoby Fernandes, que suscitou a analogia, traçou interessante paralelo entre os tribunais de contas e os ministérios públicos nas diversas constituições nacionais, com o condão de facilitar demonstrar, a um só tempo, a natureza constitucional dessas instituições, assim como a questão da dificuldade do enquadramento dessas instituições na estrutura da tripartição dos Poderes no Estado nacional brasileiro.

¹⁸ § 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

Tabela 2 – Tribunais de contas e ministérios públicos nas diversas constituições.

Constituição	Referência
1824	Não há menção a ministério público (MP). Não há menção a tribunal de contas (TC).
1891	MP no poder Judiciário (art. 58, § 2º) TC nas disposições gerais, art. 59.
1934	MP e TC como órgãos de cooperação nas atividades governamentais (arts. 95 a 98).
1937	MP e TC no poder Judiciário (arts. 99 a 114).
1946	MP no poder Judiciário (arts. 125 a 128). TC no poder Legislativo (arts. 76 e 77).
1967	MP no poder Judiciário (arts. 137 a 139). TC no poder Legislativo (arts. 71 a 73).
1969	MP no poder Executivo (arts. 94 a 96). TC no poder Legislativo (arts. 70 a 72).
1988	MP – Cap. IV do Título IV – Da organização dos poderes. TC – Do poder Legislativo.

Fonte: FERNANDES, Jorge Ulysses Jacoby. *Tribunais de contas: enquadramento na estrutura tripartite dos Poderes*. Belo Horizonte: Fórum, 2001, ano 5, n. 58, p. 6529.

Do paralelo advém também, em estudo mais aprofundado, a possibilidade de se correlacionar uma maior ou menor amplitude das competências e atribuições constitucionalmente previstas a ambas as instituições, como sendo, respectivamente, direta ou inversamente proporcional ao grau de democratização observada, o que ocorria de acordo com o contexto político de cada época, conforme maior fosse o avanço da democracia ou do autoritarismo institucionalizado.

Dessa forma, nos períodos de 1934 a 1937, 1946 a 1967 e principalmente após 1988, tanto o MP quanto o TCU beneficiaram-se de relativa ampliação de suas competências e autonomia, muito embora tal análise seja bastante relativizada pela tradicional permanência, no ordenamento jurídico nacional, da previsão e do aparente funcionamento regular de virtualmente todas as instituições estatais mais representativas da normalidade democrática mesmo nos períodos de mais agudo estado de exceção. Mais confiável é a abordagem do advento e funcionamento das comissões parlamentares de inquérito (CPI), outra forma de controle, e de natureza diversa, também exercitável pelo poder Legislativo, que, em estudo de Ricardo Guanabara e Manoel Messias Peixinho, demonstra mais claramente a tese.¹⁹

¹⁹ Em *Função investigativa do Parlamento no Brasil: eficácia e limites (apud Direito constitucional brasileiro: perspectivas e controvérsias contemporâneas*, Regina Quaresma e Maria Lúcia de Paula (org.), Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2006, p. 361-362), demonstram os autores que, surgidas já no período monárquico, as CPI somente foram constitucionalizadas em 1934, extintas em 1937, e reintroduzidas e ampliadas em 1946. Entre 1891 e 1930, foram instaurados 19 inquéritos parlamentares; entre 1937 e 1945, nenhum; entre 1946 e 1967, 253; entre 1968 e 1981, 60 (sendo que, de 1969 a 1974, apenas uma). A partir de 1982 e, principalmente, de 1988, consideram que se dá crescimento explosivo do número de CPI instauradas. Para estudo mais aprofundado, ver *Comissões Parlamentares de Inquérito: princípios, poderes e limites*. Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2001, dos mesmos autores.

Em complemento a uma visão perfunctória da evolução dos tribunais de contas no Brasil, entende-se útil resumir alguns momentos ilustrativos dessa trajetória histórica.

Um primeiro ponto foi que, embora a idéia de criação de um tribunal de contas no Brasil remonte a várias tentativas de projetos de lei sucessivos, como os apresentados em 1826, por Felisberto Caldeira Brandt, Visconde de Barbacena, e José Inácio Borges; em 1838, pelo Marquês da Abrantes; e em 1845, por Manuel Alves Branco, foi somente por meio do Decreto nº 966-A, de 07/09/1890, do ministro da Fazenda, Rui Barbosa, que foi autorizado um *Tribunal de Contas*, mas esse tribunal só foi instituído em 17/01/1893, após ser incluído na primeira Constituição da República, de 1891, seguindo-se vários tribunais de contas estaduais, lentamente: Piauí (1899); Bahia (1915); S. Paulo (1923) e, numa segunda etapa, já sob a Constituição de 1934, Rio Grande do Sul, Minas Gerais, Santa Catarina, Ceará (estes em 1935) e Rio de Janeiro (1936).

Foram, porém, extintos, durante o Estado Novo, os tribunais de contas gaúcho, mineiro, cearense e baiano, somente recriados após a Constituição de 1946, junto aos dos demais estados (e do Distrito Federal, em 1960).

A criação de novos tribunais, atipicamente, continuou sob a égide da Constituição de 1967 e da Emenda de 1969 (como as dos Tribunais de Contas Municipais de S. Paulo e Rio de Janeiro, em 1968 e 1980), até por fim chegar-se às dos últimos estados federados, instituídos já sob a Constituição de 1988.

Um desses episódios “ilustrativos” deu-se logo depois da instalação do TCU, ainda como órgão do ministério da Fazenda em 1893, quando o tribunal considerou ilegal a nomeação, feita pelo presidente da época, Floriano Peixoto, de um parente do ex-presidente Deodoro da Fonseca. Isso fez com que, inconformado com a decisão, Floriano retirasse por decretos a competência do tribunal para impugnar despesas, o que levou o ministro da Fazenda, Serzédello Correa, a se demitir do cargo, em carta histórica de 27/04/1893, de teor atualíssimo.²⁰

Outro momento representativo se deu quando da reprovação das contas do então presidente Getúlio Vargas quanto ao exercício de 1936, episódio que redundou no

²⁰ Trecho básico da carta: *"Esses decretos anulam o Tribunal, o reduzem a simples ministério da Fazenda, tiram-lhe toda a independência e autonomia, deturpam os fins da instituição, e permitirão ao Governo a prática de todos os abusos e vós o sabeis - é preciso antes de tudo legislar para o futuro. Se a função do tribunal no espírito da Constituição é apenas a de liquidar as contas e verificar a sua legalidade depois de feitas, o que eu contesto, eu vos declaro que esse Tribunal é mais um meio de aumentar o funcionalismo, de avolumar a despesa, sem vantagens para a moralidade da administração. Se, porém, ele é um Tribunal de exação como já o queria Alves Branco e como têm a Itália e a França, precisamos resignarmo-nos a não gastar senão o que for autorizado em lei e gastar sempre bem, pois para os casos urgentes a lei estabelece o recurso. Os governos nobilitam-se, Marechal, obedecendo a essa soberania suprema da lei e só dentro dela mantêm-se e são verdadeiramente independentes. Pelo que venho de expor, não posso, pois Marechal, concordar e menos referendar os decretos a que acima me refiro e por isso rogo vos digneis de conceder-me a exoneração do cargo de Ministro da Fazenda, indicando-me sucessor. – Tenente-Coronel Innocência Serzédello Correa".*

afastamento compulsório do relator do processo no âmbito do TCU, ministro Thompson Flores, conforme o relato de Artur Cotias e Silva ²¹:

“O Tribunal de Contas sentiu o peso do autoritarismo de Vargas antes mesmo da implantação do novo regime. As contas do exercício de 1936 – cujo Relator foi o ministro Francisco Thompson Flores – mereceram parecer contrário à aprovação, acolhido pelo Plenário da Corte em sessão de 26 de abril de 1937. Foi aquela a primeira e única vez em que tal fato ocorreu. A Câmara dos Deputados, entretanto, por força do Decreto Legislativo nº 101, de 25 de agosto seguinte, acolhendo Mensagem do presidente da República a ela encaminhada em 15 de maio pelo ministro da Fazenda, declarou-as aprovadas. A atitude, adotada com amparo em critérios estritamente técnicos, custaria caro ao ministro Thompson Flores. Por ato do governo foi ele posto em disponibilidade, não mais regressando ao Tribunal, vindo a ser aposentado anos depois, em 30 de outubro de 1950.”

3.4 Questões relevantes sobre tribunais de contas.

3.4.1 Posição no âmbito da estrutura tripartite dos Poderes.

A doutrina contemporânea majoritária tem sido no sentido geral de que os tribunais de contas não constituam um “*quarto Poder*”, mas que, no mínimo, revistam-se de uma independência relativa suficiente a transcender a mera subordinação ao órgão legislativo, tendo em vista a previsão, de sede constitucional, voltada à conferência de efetividade ao exercício do controle externo sobre a administração do Estado, a ser realizada *sobre* os três poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, o Ministério Público, e todos aqueles, pessoas físicas e jurídicas, públicas e privadas, que detenham recursos de origem estatal e deles venham a ter que *prestar contas*. O que se verifica assim é que tem predominado o entendimento doutrinário de que os tribunais de contas não se subordinam, ou necessariamente estejam inseridos, na estrutura do poder Legislativo, sendo em relação a este, independente²².

²¹ *A História do Tribunal de Contas da União*. Monografia publicada (TCU, 1999, p. 74).

²² Em exposição de motivos do Decreto n. 966-A, de 07/09/1890, pelo qual se criava o Tribunal de Contas, hoje TCU, encaminhada a Deodoro da Fonseca, chefe do Governo Provisório da República, o então ministro da Fazenda, Rui Barbosa, definiu o novo órgão como um “*corpo de magistratura intermediária entre a Administração e a legislatura que, colocado em posição soberana, com atribuições de revisão e julgamento cercado de garantias contra quaisquer ameaças, possa exercer as suas funções vitais no organismo constitucional, sem risco de converter-se em instituição de ornato aparatoso e inútil (...) Convém levantar entre o poder que autoriza periodicamente a despesas e o poder que quotidianamente a executa um mediador independente, auxiliar de uma e de outro que, comunicando com a legislatura e intervindo na administração, seja não só a mão forte da primeira sobre a segunda, obstando a perpetuação das infrações orçamentárias por um veto oportuno aos atos do Executivo, que direta ou indiretamente, próxima ou remotamente, discrepem da linha rigorosa das leis de finanças*”.

Embora o Decreto nº 966-A tivesse sido aprovado, o *Tribunal de Contas* somente foi institucionalizado com o advento da Constituição de 1891. A partir de então, faz-se presente em todos os textos constitucionais sempre na posição de órgão autônomo e com destacadas funções (FIGUEIREDO, 2003, p. 1).

Ives Gandra Martins, como exemplo de argumentação em sentido contrário, defende que os tribunais de contas só teriam independência efetiva acaso viessem a ser transformados em órgãos do Judiciário, tratando-se tão-somente de “*órgãos auxiliares do Poder Legislativo*” e integrantes desse Poder. Em parecer datado de 2008 acerca de ação direta de inconstitucionalidade interposta no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo²³, discorre ser partidário da conferência de independência efetiva não só aos tribunais de contas, na condição de órgãos de controle externo, como também da criação de uma justiça especializada sobre constitucionalidade.

Discordou, todavia, de posição incidentalmente manifestada pelo procurador-geral de Justiça daquele estado, Rodrigo Pinho, segundo o qual “*a Constituição Federal equiparou, para fins de tratamento institucional, os tribunais de contas às cortes de Justiça*”.

Seus argumentos: os de que, em síntese, pelo sistema de tripartição de poderes, os integrantes do Parlamento são representantes da totalidade da nação, e não da maioria, caso do Executivo, e por isso devem deter a competência de apreciação política das contas do Executivo, relegando o tribunal de contas ao papel meramente auxiliar de apreciação e assessoria técnica; os tribunais de contas são incluídos pela topografia constitucional na capitulação específica do Legislativo; as decisões dos tribunais de contas, embora esses sejam dotados de algumas atribuições do Judiciário, carecem da auto-executoriedade típica das decisões judiciais; a única referência de equiparação de seus membros aos do Judiciário diz respeito à capacitação e subsídios, prevista no art. 73, § 3.º, da Constituição (MARTINS, 2008, p. 70).

Em sentido análogo posicionou-se Roberto Wagner Lima Nogueira, ao se opor à tese de que tribunal de contas se constitua, por si só, numa espécie de *quarto Poder*, defendendo que se trata de mero órgão para auxiliar os Poderes do Estado²⁴. Todavia, há que se relembrar que não chegar a constituir um “poder” à parte é tese, porém, compartilhada pelos que defendem haver, tão-só, a independência relativa do órgão, no exercício de sua função técnica de controle externo.

O articulista Luciano Chaves de Farias, apoiado na manifestação de Lima Nogueira, deriva seu entendimento do pressuposto de que os tribunais de contas não detêm qualquer parcela da função jurisdicional eis que, com base em Ricardo Lobo Torres, suas decisões fazem coisa julgada em matéria administrativa, passível de reapreciação pelo Judiciário, de acordo com o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, para cotejá-la, em especial, com o respeito ao princípio constitucional do devido processo legal (art. 5.º, LV).

²³ ADI 161.468/0-00 – TJ-SP.

²⁴ NOGUEIRA, 2003, apud FARIAS, 2001, p. 7.540.

Fazemos reserva a tal posicionamento. Ocorre que há autores, não obstante comungarem do mesmo entendimento quanto à questão da jurisdição, que relembram que a possibilidade de reapreciação jurisdicional apontada é restrita à verificação da observância dos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, o que não compromete a independência relativa dos tribunais de contas em face dos Poderes, a exemplo de Carlos Ayres Britto, para quem o TCU “*não é órgão do Congresso Nacional, não é órgão do poder Legislativo (...). Além de não ser órgão do Legislativo, (...) não é órgão auxiliar do Parlamento (...). O TCU se posta é como órgão da pessoa jurídica (...) União, diretamente, sem pertencer a nenhum dos três Poderes federais. Exatamente como (...) o Ministério Público*” (BRITTO, 2001, p. 4936-4938).

Por seu turno, Ricardo Lobo Torres assim se manifestou: “*Mesmo sem aderir ao extremismo das doutrinas que o consideram um 4.º Poder, o certo é que desdobra os limites estreitos da separação dos poderes, para se situar simultaneamente como auxiliar do Legislativo, da Administração e do Judiciário*” (TORRES, 1995, p. 279). Ademais, em direção que parece na verdade reforçar essa corrente, mesmo Luciano de Farias cita já constar manifestação do Plenário do Supremo Tribunal Federal, datada de 1984, segundo a qual, a despeito de proferida sob contexto político-jurídico anterior à atual ordem constitucional e restritiva das competências atribuídas ao controle externo: “*o Tribunal [de Contas da União] não é preposto do Legislativo. A função que exerce, recebe-a diretamente da Constituição, que lhe define as atribuições*”²⁵.

3.4.2 Natureza jurídica dos tribunais de contas.

Carlos Ayres Brito, ministro do Supremo Tribunal Federal, posiciona-se, como antes mencionado, no sentido de que o TCU - e os demais tribunais de contas - possuam *natureza constitucional e político-administrativa*, embora não integrantes do Legislativo, e que se aproximam, por suas estruturas e prerrogativas, do Judiciário, embora não possam exercer a função jurisdicional do Estado. Dessa forma, tribunais de contas, no Brasil, não teriam natureza de meros tribunais administrativos.

Isso, porque, em essência:

- o Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que, segundo o art. 44 da Constituição Federal, é composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal;

- a função de controle externo da Administração pública é de relevância central na Constituição e vinculada ao princípio republicano, em função do que o TCU possuiu regime jurídico previsto pelo poder constituinte originário, e ademais feito mediante o emprego de normas constitucionais de eficácia plena ou imediata (arts. 70 a 74), com exceção do atinente à competência de aplicação de sanções, onde há previsão de lei infraconstitucional (inciso VIII do art. 71);

²⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal – Pleno, 29 jun., 1984. RDA, 158-196 (FARIAS, 2001, p. 7.540).

- os tribunais de contas não exercem a chamada função jurisdicional do Estado porque é exclusiva do Poder Judiciário, para o qual *judgar é tudo*, ao passo que os tribunais de contas fazem do julgamento uma das várias competências, ou atividades-meio, para cumprir a função, ou atividade-fim, do controle externo, e porque não integram a relação dos seus órgãos, consoante expresso no art. 92 da Constituição, nem das instituições consideradas essenciais ao desempenho daquela função, à vista do rol expresso no art. 127;

- o art. 93 da Constituição atribui ao TCU, “*no que couber*”, as mesmas atribuições que o art. 96 outorga aos tribunais judiciais, além de conferir aos seus ministros idênticas “*garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens*” de que dispõem os ministros do Superior Tribunal de Justiça (BRITTO, 2001, pp. 2-3), uma vez que os julgamentos dos tribunais de contas “*só podem obedecer a parâmetros de ordem técnico-jurídica, de subsunção de fatos e pessoas à objetividade de normas constitucionais e legais*”, com paradigma organizacional e operacional advindo do Poder Judiciário (*apud* OLIVEIRA, 2004, p. 117).

Assim resume sua posição:

“*Nenhum tribunal de contas é tribunal singelamente administrativo (ao contrário do que se tem afirmado, amiudamente). Não pode ser um tribunal tão-somente administrativo um órgão cujo regime jurídico é centralmente constitucional. É dizer: os tribunais de contas têm quase todo o seu arcabouço normativo montado pelo próprio Poder constituinte. Assim no plano de sua função, como respeitadamente às suas competências e atribuições e ainda quanto ao regime jurídico dos agentes que o formam*” (BRITTO, 2002, p. 5). *Grifos do autor.*

Corroborar tal posição ampla doutrina, a exemplo de:²⁶ Luiz Henrique Lima (“(...) o TCU não possui subordinação hierárquica a nenhum outro órgão ou poder, sendo, portanto, inadequada e imprópria a expressão “*órgão auxiliar do Poder legislativo*”, que não consta em nenhuma parte da Constituição”); Odete Medauar (“a Constituição, em artigo algum, utiliza a expressão *órgão auxiliar* (...); dispõe (...) “*com o auxílio do tribunal de contas*”. A nosso ver, (...) o tribunal de contas configura instituição estatal independente, desvinculada de qualquer poder”); Celso Antônio Bandeira de Mello (“como o texto maior desdenhou designá-lo um Poder (...), basta-nos uma conclusão, a meu ver irrefutável: o tribunal de contas é um conjunto orgânico perfeitamente independente”); Cretella Junior (é “*corporação administrativa autônoma*”); Fernando Jayme (“(...) o tribunal de contas não está subordinado a nenhum dos Poderes do Estado (...), o vínculo existente entre o tribunal de contas e o poder legislativo é apenas operacional, de apoio à fiscalização política”); Jarbas Maranhão (“(...) para deixar claro sua exata posição entre os Poderes, pois, tendo em vista a própria natureza das tarefas que lhe compete cumprir, haveria a Constituição de assegurar-lhe a necessária independência”); Jorge Ulysses Jacoby Fernandes (“(...) decisões [de um tribunal de contas] não poderiam ser subalternas a qualquer dos poderes, sob pena de, diante do caso concreto, permitir a um órgão, cujas contas fossem julgadas irregulares, rever por si próprio a decisão”).

²⁶ LIMA, 2007, p. 107; MEDAUAR, 1993, p.140-141; CRETILLA JR., 1996, p. 126; JAYME e MARANHÃO *apud* LIMA, 2007, p. 105; BANDEIRA DE MELLO, 1984, p. 136; FERNANDES, 1996, p. 34.

3.4.3 Jurisdição de tribunais de contas.

A polêmica em torno de caber, ou não, poder jurisdicional aos tribunais de contas é relevante ao escopo do trabalho na medida em que tenha o condão de demonstrar o alcance do conceito de controle externo segundo a Constituição, uma vez que a atribuição constitucional e legal deferida a esses tribunais, em última análise de natureza político-administrativa, de *julgar* e de *ter jurisdição*²⁷, não foi adotada expressamente quanto aos Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público e, muito menos, quanto às agências reguladoras, controladorias gerais ou, com tal acepção, a qualquer outro órgão ou entidade integrante da Administração pública, com exceção dos órgãos judiciais do Poder Judiciário no exercício de sua atividade-fim - *julgar*²⁸. A abordagem inicial do trabalho, acerca da conceituação de poder e das funções do Estado, torna-se instrumental para a digressão necessária à matéria.

Consoante o processualista civil Antônio Carlos Marcato:

“Na consecução de seus objetivos, o Estado moderno desenvolve as atividades legislativa, administrativa e jurisdicional. Há na doutrina, porém, sérias divergências acerca da exata configuração dessas atividades estatais, mormente no respeitante à administrativa e à jurisdicional”.

Como a doutrina processualista em geral, sintetiza esse autor que a jurisdição, para Giuseppe Chiovenda, é a função estatal que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei, mediante a substituição da atividade de particulares ou de órgãos públicos pela atividade de outros órgãos públicos específicos, “*quer para afirmar a existência da vontade da lei, quer para torná-la efetiva*”, ao passo que outros doutrinadores clássicos, como Francesco Carnelutti e Enrico Tullio Liebman, enfatizam as respectivas idéias, recorrentemente encontradas, de que, a uma, a jurisdição é um meio de que se vale o Estado para a justa composição da lide, ou seja, do conflito de interesses submetido à sua apreciação, e de que, a

²⁷ É sempre interessante observar que a acepção da palavra “*julgar*”, aqui, não inclui aquela comumente observada no âmbito de inquéritos policiais e processos administrativos típicos, como os procedimentos licitatórios, os processos administrativos fiscais ou as sindicâncias e os inquéritos administrativos disciplinares, civis e militares, mas na prerrogativa de juízes e tribunais resolverem contenciosos ao “*dizerem o direito*”, o que é a aplicação do poder jurisdicional. Da mesma forma, cabe então apontar que, em normatização legal e principalmente infralegal, é comum o emprego da palavra “*julgar*” para efeito de apreciação de infrações disciplinares, propostas de licitantes ou ilícitos na área tributária ou de regulação de mercados, que refogem à discussão atinente ao significado do emprego, pela Constituição Federal, da palavra jurisdição quanto aos tribunais de contas.

²⁸ As agências reguladoras e os Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público, assim como órgãos e entes diversos, públicos ou para-públicos, que em geral têm em comum o poder de polícia de atividades específicas, como a Receita Federal, o Banco Central, a CVM e mesmo os chamados conselhos de fiscalização de atividades profissionais (como a OAB, CREA, CRM-CFM etc.), não dispõem de previsão constitucional de poder julgar e ter jurisdição, como o TCU. O CNJ e o CNMP, em particular, têm previsão nos respectivos Regimentos Internos de julgar os processos disciplinares regularmente instaurados contra magistrados ou promotores e procuradores, conforme o caso, ou ainda eventuais impugnações de conselheiros indicados. Análogas, portanto, às competências disciplinares internas dos órgãos e entidades administrativos quanto a seus servidores e agentes, inclusive tribunais.

duas, a administração e a jurisdição são igualmente exercidas por meio de atos concretos e de acordo com a lei, mas se diferenciam na medida em que a administração vise sempre à suposta proteção de determinado interesse público, e a jurisdição pretenda “*fazer a justiça*”, ou seja, dar atuação à lei.

Em tal linha, embora Marcato, não refletindo sobre a questão dos tribunais de contas, mas tratando especificamente da área de direito processual civil, manifeste entender que o poder jurisdicional seja próprio dos órgãos do Judiciário, é com base em Cândido Dinamarco que afirma que qualquer eventual confusão entre as atividades legislativa, administrativa e jurisdicional desaparece quando se coloca a questão sob o ângulo do *poder do Estado*, eis que representam as diversas expressões do *mesmo poder*, diferenciando-se, pois, não ontologicamente, mas apenas em razão das funções exercidas pelo Estado. Dessa forma, conclui que:

Examinada sob tal aspecto puramente funcional, a jurisdição tem por escopo jurídico a *atuação da vontade concreta da lei*, através da atividade do juiz no processo, ou, em outras palavras, o Estado busca fazer valer, em concreto, o direito material, mediante o efetivo exercício de seu poder pelos órgãos judiciais; e essa função estatal (jurisdicional) deve ser desenvolvida, até mesmo por conveniência (melhor e mais ágil distribuição da justiça), por uma pluralidade de órgãos (os integrantes dos diversos escalões do poder Judiciário), cada qual deles apto a exercê-la nos limites impostos pela lei.

Ocorre que a Constituição Federal, por seu art. 73, *caput*²⁹, expressa (grifos nossos):

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

(...) II - *julgar* as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da Administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público; (...).

Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e *jurisdição em todo o território nacional*, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96.

Dispõe a Lei n.º 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU):

Art. 4º O Tribunal de Contas da União tem *jurisdição própria e privativa*, em todo o território nacional, sobre as pessoas e matérias sujeitas à sua competência.

²⁹ O universo de unidades jurisdicionadas ao TCU ultrapassa 8.500 entes, dos quais aproximadamente 3.000 são órgãos e entidades federais, excluídas as respectivas subunidades, e cerca de 5.500 são prefeituras municipais, além dos governos estaduais e do Distrito Federal. Há ainda o chamado “*terceiro setor*” e cidadãos, que se utilizem de recursos de origem federal, mediante convênio ou contrato, para desempenho de atividades de interesse social ou, por exemplo, para financiamento de bolsas de estudo no país e no exterior, submetidos todos à prestação e tomada de contas e/ou à observância mínima de princípios e certas regras da Administração (Fonte: www.tcu.gov.br).

A doutrina fica dividida em relação à questão da existência ou não de jurisdição possível aos tribunais de contas³⁰.

Há corrente que identifica a impossibilidade da conferência de jurisdição aos tribunais de contas, eis que seria, segundo tal entendimento, competência própria e exclusiva à função jurisdicional exercida pelo Estado estritamente por meio dos órgãos judiciais do poder Judiciário. Isso significa que as alusões feitas no texto constitucional à atribuição de julgar e de jurisdição aos tribunais de contas (constantes dos artigos 71, II, e 73, *caput*) devam ser interpretadas como atécnicas, haja vista principalmente o caráter administrativo dos tribunais de contas e de seus processos, a falta de auto-executoriedade de suas decisões, a revisibilidade das decisões pelo poder Judiciário a qualquer tempo (art. 5.º, XXXV e LV, da Constituição Federal) e o caráter potencialmente político dessas decisões. Nessa linha, citam-se, dentre outros, Cretella Jr., Maria Sylvia di Pietro, José Afonso da Silva e Ives Gandra Martins³¹.

Há, no entanto, correntes distintas, que, à parte algumas variações segundo cada doutrinador, têm em comum o entendimento de que cabe reconhecer a existência de uma espécie de jurisdição *especial ou administrativa* própria dos tribunais de contas, que alguns chamam de *jurisdição de contas*, consistente, em síntese, na competência para o exercício, no âmbito administrativo, não de todas, mas de várias das prerrogativas análogas àquelas do poder jurisdicional, embora esse seja próprio do poder Judiciário. Citam-se, nessa corrente, Jacoby Fernandes, Hely Lopes Meirelles, Ricardo Lobo Torres, Seabra Fagundes, Henrique Lima, Pontes de Miranda e Ayres Brito³².

Os argumentos comumente apresentados nessa direção são os de, principalmente, as deliberações dos tribunais de contas têm eficácia e produzem coisa julgada, haja vista o caráter de título executivo conferido por força do art. 73, § 3.º, da Constituição Federal, combinado ao fato de que a própria Constituição confere expressamente ao TCU as competências de julgar (art. 71, II), de ter jurisdição própria (art. 73, *caput*), e de dispor de organização e prerrogativas similares às dos tribunais do Judiciário (art. 73 c/c o art. 96 da Constituição); além de assemelhar seus membros aos dos tribunais superiores (art. 73, § 3.º).

Porém, existem duas premissas advindas do estudo da teoria da tripartição do Poder do Estado que devem ser apontadas quanto ao assunto:

- a separação das funções legislativa, administrativa e judiciária não é absoluta nem limitada aos órgãos do respectivo Poder, o que se pode verificar da própria Constituição Federal: o Legislativo tem competência judiciária para processar e julgar autoridades da República (art. 52, I e II) e exerce funções administrativas, como dispor sobre sua organização

³⁰ FERNANDES, 1991, p. 121; LIMA, 2007, p. 117.

³¹ CRETILLA, 1991, p. 121; DI PIETRO, 2002, p. 170; SILVA, 2004, p. 755; MARTINS, 2008, p. 67.

³² FERNANDES, 2004, p. 29; MEIRELLES, 1998, p. 664; TORRES, 2000, p. 359; FAGUNDES, 1967, p.50-51; LIMA, 2007, p. 121; MIRANDA apud LIMA, 2007, p. 119; BRITO, 2005, p. 4936-4937.

(art. 51, IV); o Judiciário dispõe da competência administrativa de, por exemplo, organizar suas secretarias (art. 96, I, b), e legislativa, para propor leis (art. 96, II) ou declarar a inconstitucionalidade de leis (arts. 97 e 102, I, a) e impor a sentença normativa em dissídio coletivo (art. 114, § 2º); e o Executivo exerce funções legislativas quando por exemplo da iniciativa de leis (art. 84, III) ou de medidas provisórias, que têm força de lei (art. 84, XXVI), ou quando sanciona, promulga e veta leis (art. 84, IV), e exerce funções judiciais, a exemplo de comutar penas e conceder indultos (art. 84, XII); e

- o poder Judiciário não tem competência para a ampla possibilidade de revisão dos atos não judiciais estritos.

Em conseqüência, é interessante adicionar como constatações decorrentes dessas premissas (e que parecem melhor reforçar a segunda posição), as seguintes:

- que o poder jurisdicional no Brasil, sob a ordem da Constituição atual, assim como de anteriores, não se reveste do exercício exclusivo pelo poder Judiciário, haja vista ao menos incisos I (c/c o inc. IX do art. 49) e II do art. 71, sobre julgamento de contas, e principalmente o art. 52, I e II, da Constituição Federal³³, sobre julgamento de autoridades com privilégio de foro. Isso, ainda que se considere serem tais julgamentos de teor político e, além disso, funcionar, como presidente do colegiado, o presidente do STF, conforme o parágrafo único do dispositivo, e se limitar a condenação à perda do cargo, com inabilitação do exercício de função pública por oito anos e sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis. É que, em que pesem as ressalvas, não cabe, nessa hipótese, mera analogia desse julgamento à instituição do júri;

- que o argumento de que não caiba a revisão judicial do mérito dos julgamentos proferidos pelos tribunais de contas leva à conclusão, *a contrario sensu*, que de fato subsista uma jurisdição *própria e privativa* aos tribunais de contas, nos termos da lei, restrita ao mérito do objeto da estrita competência desses tribunais; e que

- como, *no âmbito específico dos tribunais de contas*, está prevista a atuação de um Ministério Público especial, dito muitas vezes “*Ministério Público de Contas*” ou “*Ministério Público junto ao Tribunal de Contas*”, não obstante não integrem as estruturas dos Ministérios Públicos da União ou dos estados (artigos 128 e 130 da Constituição Federal), e embora não tenha Ayres Britto proferido que “*não se pode exercer a jurisdição senão com a participação do Ministério Público*” (BRITTO, 2005) no sentido ora preconizado³⁴, entende-se oportuno aproveitar a premissa e indagar por que a Constituição Federal institui a

³³ Art. 52 da CF88: “*Compete privativamente ao Senado Federal: I - processar e julgar o presidente e o vice-presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os ministros de Estado e os comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; II - processar e julgar os ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o procurador-geral da República e o advogado-geral da União nos crimes de responsabilidade; (...)*” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

³⁴ Mas sim, como argumento pró-independência do TCU em relação ao Congresso Nacional, para exercício do controle externo, analogamente à do Ministério Público em relação ao Poder Judiciário, para exercício da jurisdição.

existência de um Ministério Público junto ao TCU, a não ser para a conferência de uma efetiva jurisdição privativa e própria àquele tribunal de contas, por analogia aos demais³⁵.

A jurisprudência do TCU posiciona-se no sentido de que a existência de processo judicial não obsta a atuação daquele tribunal, mesmo tendo por objeto idênticas responsabilidades, haja vista o princípio processual da independência de instâncias penal, cível e administrativa e a competência exclusiva do TCU para a verificação do emprego de recursos federais (consoante, dentre outras deliberações, o Acórdão n.º 347/2007–1.ª Câmara). Para exemplificar a aplicação de tal posicionamento, em processo instaurado para apurar irregularidades apontadas na cobrança da parcela de recursos federais de procedimentos havidos no âmbito do Sistema Único de Saúde, consta o seguinte pronunciamento:

"As preliminares de litispendência e de competência territorial não têm pertinência. Em primeiro lugar, porque esta Corte possui jurisdição e competência próprias estabelecidas pela Constituição Federal e sua Lei Orgânica (Lei n.º 8.443/92), não obstante a sua atuação o fato de tramitar no âmbito do Poder Judiciário, ação penal ou civil, versando sobre o mesmo assunto, dada a independência das instâncias. Em segundo, o trâmite de processos no âmbito desta Corte encontra-se disciplinado no seu Regimento Interno, e somente na ausência de normas legais e regimentais específicas, aplicam-se analógica e subsidiariamente, no que couber, a juízo do Tribunal de Contas da União, as disposições do Código de Processo Civil, consoante Enunciado n.º 103 da Súmula da Jurisprudência deste Tribunal" (TC-011.868/1993-7).

3.4.4 Conflitos de competência entre tribunais de contas³⁶.

Cabe ainda assinalar, ao se considerar a existência de jurisdição própria aos tribunais de contas, inexistir, por outro lado, dispositivo constitucional que defina um colegiado com competência para resolver eventuais conflitos entre esses órgãos, a exemplo do art. 102, I, "o", da Constituição Federal, que atribui competir originariamente ao STF processar e julgar "*os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre tribunais superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal*".

É importante atentar que não há relação de superposição, de hierarquia ou mesmo de convergência entre os tribunais de contas no Brasil, não sendo possível a interposição de recurso processual de qualquer natureza ao TCU acerca de uma decisão proferida, por

³⁵ Tanto assim que outros foros e colegiados administrativos, como o Banco Central, as agências reguladoras, a Comissão de Valores Mobiliários ou os Conselhos de Contribuintes e órgãos similares das administrações tributárias, por vezes apontados pela corrente que não admite qualquer jurisdição aos tribunais de contas como exemplos de entes administrativos emitem juízos de apreciação em processos administrativos que jamais configurariam exercício de jurisdição, são entes que não dispõem de representação de Ministérios Públicos próprios ou que sejam considerados essenciais aos seus respectivos funcionamentos.

³⁶ Em analogia à distinção entre jurisdição e competência judiciais, entende-se apropriado assinalar que não haveria propriamente conflito de jurisdição entre tribunais de contas, mas de competência. Com base no amplamente assentado, jurisdição é a própria função exercida pelo Estado – no caso, solucionar conflito na área do controle externo, de acordo com rito processual próprio, posto que o Estado constitua parte interessada. Competência é o âmbito de efetivo exercício da jurisdição por cada órgão integrante da organização do Estado, de acordo com divisão formal do trabalho de prestação da atividade jurisdicional. Dessa forma, a competência não seria simples medida da jurisdição, pois a jurisdição só pode ser una e plena.

exemplo, por tribunal de contas estadual. Afinal, cada tribunal de contas é instituído e organizado nos moldes da Constituição ou Lei Orgânica do respectivo ente federado, respeitado o princípio da simetria, expresso no art. 75 da Constituição Federal. Nesse sentido, o TCU o é pela Constituição Federal; os tribunais de contas estaduais e os tribunais ou conselhos de contas dos municípios, pelas respectivas constituições estaduais; e o Tribunal de Contas do Distrito Federal e os tribunais de contas municipais (do Rio de Janeiro e de São Paulo), pelas leis orgânicas correspondentes.

Conforme levanta Henrique Lima, há precedentes de conflitos de competência entre tribunais de contas, solucionados por intervenção do STF, em sede de mandados de segurança.

Um primeiro exemplo, o MS n.º 24423-DF (Relator: min. Gilmar Mendes), que envolveu conflito entre os tribunais de contas da União e do Distrito Federal (TCU e TCDF), acerca de instauração de tomada de contas especial (TCE)³⁷ no âmbito de empresa pública distrital, com indisponibilidade de bens de dirigentes da estatal pelo órgão federal, concluindo o relator pela não jurisdição do TCU sobre o objeto julgado (LIMA, 2007, p. 126).

Outro, o MS n.º 24.312-RJ (Rel.: min. Ellen Gracie), quando foi considerada inconstitucional pelo STF a competência de verificar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União a estados, DF e municípios, prevista no art. 253, inciso IV, c/c o art. 1.º, inciso X, do Regimento Interno do TCU, pois não é aplicável aos recursos originários desses entes, a exemplo dos *royalties* (compensações) pela exploração e transporte de petróleo e gás em seus territórios (LIMA, 2007, p. 138). O TCU determinou o encerramento de todas as ações dessa natureza (Acórdão n.º 349/2003-Plenário).

3.4.5 Eficácia das decisões.

Nos termos do art. 71, § 3.º, da Constituição Federal, “*as decisões do Tribunal [de Contas da União] de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo*”, o que remete ao título executivo extrajudicial, combinado com os arts. 583 e 585, inciso VIII, do Código de Processo Civil (“*são títulos executivos extrajudiciais: (...) todos os demais títulos a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva*”), e os art. 19 e 23 da Lei n.º 8.443/1992, a Lei Orgânica do TCU (“*(...) bastante para cobrança judicial da dívida decorrente do débito ou da multa, se não recolhida no prazo pelo responsável*”). Nos

³⁷ Tomada de contas especial (TCE) é um processo com rito próprio, para apurar responsabilidade por ocorrência de dano à Administração pública federal e obtenção do respectivo ressarcimento. A TCE só deve ser instaurada pela autoridade administrativa federal depois de esgotadas as providências administrativas internas sem obtenção do ressarcimento pretendido. O tribunal de contas pode determinar a instauração de TCE a qualquer tempo, independentemente das medidas administrativas adotadas (art. 3.º, caput e §§ 1.º e 3.º da Instrução Normativa TCU n.º 56/2007). A TCE, portanto, é uma medida de exceção, mas nunca pode afastar o contraditório e a ampla defesa.

termos do art. 75 da Constituição e do princípio constitucional da simetria, a norma aplica-se aos demais tribunais de contas dos estados, dos municípios e do Distrito Federal³⁸.

A reforma do CPC promovida pela Lei n.º 11.382/2006, que, dentre outros objetivos amplos, visou racionalizar o processo de execução, introduziu o § 1º do art. 585: “*A propositura de qualquer ação relativa ao débito constante de título executivo não inibe o credor de promover-lhe a execução*”.

Acerca da efetividade da execução das decisões dos tribunais de contas, dada a impossibilidade legal de previsão de competência para executar as próprias decisões imposta a esses tribunais³⁹, Jacoby Fernandes e Henrique Lima são alguns dos autores que apontam a elevada dependência desses órgãos em relação às procuradorias competentes, que são invariavelmente integrantes do poder Executivo (LIMA, 2007, p. 109).

No âmbito federal, por exemplo, a competência é reservada à Advocacia-Geral da União (AGU), nos termos do art. 131 da Constituição, segundo o qual “*é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.*” Tendo em vista as dificuldades estruturais e conjunturais enfrentadas pelos diversos órgãos administrativos, dos quais nem o TCU, muito menos a AGU, são exceções, ao que se somam as prioridades da Administração pela execução fiscal, quando no pólo ativo, e de defesa dos interesses patrimoniais contestados, quando no pólo passivo, resulta uma relativamente baixa efetividade no recolhimento de créditos devidos por responsáveis por débitos ou multas imputados em sentenças condenatórias das quais não caibam mais recursos aos tribunais de contas⁴⁰.

Com fulcro no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, além das vias processuais existentes no âmbito interno de cada um desses tribunais de contas, na hipótese de afronta aos

³⁸ Importa mencionar, sobre o tema, decisão do Plenário do STF em sede de recurso extraordinário contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, TJRS, que entendeu que decisão expedida pelo tribunal de contas do mesmo estado, TCERS, pela qual examinou atos administrativos de município, não teria caráter mandamental, concluindo o TJRS que, “*em relação aos municípios, as decisões dos tribunais de contas estaduais, no exercício de suas funções institucionais, possui natureza apenas opinativa, cabendo ao poder Executivo o juízo de valor de seu acolhimento ou não*”. O STF reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada (art. 543-A, § 1.º, do CPC), “*do ponto de vista jurídico-político, que ultrapassa o interesse subjetivo da causa*” (RE 576.920-RG/RS. Rel.: R. Lewandowisk, DJE 10/04/2008).

³⁹ Como exemplo, RE 223.037-ES. Relator: min. Maurício Corrêa, DJ 02/08/02:

⁴⁰ Segundo Élvia Lordello Castelo Branco, “*Ainda que relegado o aspecto constitucional da matéria, a atribuição da defesa dos interesses da Administração e da Fazenda Pública junto aos tribunais de contas aos procuradores da Fazenda ou das procuradorias-gerais do Estado é de todo inapropriada. **Estão eles diretamente subordinados ao Executivo**, cujos atos têm o dever de fiscalizar e não raro impugnar, o que torna extremamente delicada e juridicamente contraditória a posição desses altos agentes administrativos - Um Ministério Público constitucionalizado e independente como fator de fortalecimento dos Tribunais de Contas. Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal, 1981, p. 25 (SOUZA, 2006, p. 26).*”

princípios do contraditório e da ampla defesa no âmbito de qualquer deles, compete ao interessado interpor a ação cabível junto ao Judiciário (desde que sempre lembrada a limitação da revisão judicial à observância do princípio do devido processo legal, e não do mérito) e, desde a inovação instituída pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, a possibilidade de reclamação diretamente ao STF, medida provavelmente mais prática, haja vista voltada à busca da celeridade e economia processuais.

3.4.6 Coisa julgada pelo tribunal de contas.

A Lei de Introdução ao Código Civil, em seu artigo 6.º, § 3.º, define coisa julgada como a “*decisão judicial de que já não caiba recurso*”. Fato é que o instituto da coisa julgada é originária e tipicamente processual, e não um instituto propriamente administrativo. Nesse sentido é Maria Sylvia di Pietro: “*não se pode simplesmente transpor uma noção, como a de coisa julgada, de um ramo onde tem pleno fundamento, para outro, em que não se justifica*” (DI PIETRO apud FILHO, 2008, p. 186)⁴¹.

Consoante a doutrina processualista dominante, como resume Marília de Avelar Monteiro, a coisa julgada é uma característica própria da jurisdição e pode ser formal ou material. Ambas têm em comum a característica legal de conferirem a impossibilidade de interposição de recurso contra sentença, mas diferem quanto ao grau de inalterabilidade das decisões judiciais: a coisa julgada formal produz a imutabilidade da decisão dentro dos limites do processo porque houve extinção dos prazos ou das espécies recursais cabíveis, configurando uma preclusão endoprocessual; a coisa julgada material produz a imutabilidade da decisão somente quando há trânsito em julgado da apreciação do mérito, em que pese ainda assim não ser absoluta senão depois de decorrido o prazo decadencial para interposição da ação rescisória de dois anos, previsto no art. 485 do CPC. Seria, nessa hipótese, a coisa julgada por excelência (MONTEIRO, 2008, p. 12).

Tanto que, de forma simplificada, pode-se aceitar que via de regra as hipóteses de extinção do processo sem julgamento do mérito, previstas no art. 267 do CPC, as quais não necessariamente se dão por sentença ou por acórdão, geram em tese coisa julgada formal, ao passo que as hipóteses de extinção do processo com julgamento do mérito, por definição, procedidas mediante sentença ou acórdão, fazem “*coisa julgada material (art. 467) e, por isso, só mediante ação rescisória pode ser atacada após o trânsito em julgado (art. 485)*” (MACHADO, 2007, p. 261).

Enquanto a doutrina processualista só acata a existência da *coisa julgada judicial*, seja ela material ou formal - aquela produzida por órgão do Judiciário no exercício próprio da função jurisdicional, Maria Sylvia di Pietro, sintetizando a posição da maioria dos doutrinadores administrativistas, argumenta que exista a chamada *coisa julgada administrativa* - a preclusão da via administrativa, por não cabimento de qualquer recurso.

⁴¹ A expressão “*coisa julgada administrativa*” encontra severa crítica de diversos autores, vez que entendem tratar-se de instituto tipicamente processual, que foi importado para o direito administrativo por uma corrente doutrinária que não vislumbra diferenças marcantes entre a atividade de administração ativa e a jurisdição, haja vista considerarem a existência de um fato determinante em comum: aplicação da lei ao caso concreto.

Defende a autora que, se utilizada a expressão *coisa julgada* para designar alguma decisão de tribunal de contas, o que deve ser entendido é que a decisão apenas se tornou "*irretratável pela própria Administração*", não possuindo a real acepção do mecanismo da *coisa julgada judicial*, o que, conforme já apresentado, é aceito por tal corrente como atribuição própria do poder Judiciário (DI PIETRO, 2005, p. 608). Aduz, contudo, que, uma decisão de tribunal de contas faz não só coisa julgada administrativa no sentido apontado de uma espécie de coisa julgada formal no âmbito da Administração, mas também, e principalmente, que o faz no sentido de que deva ser "*necessariamente acatada pelo órgão administrativo controlado, sob pena de responsabilidade, com a única ressalva para a possibilidade de impugnação pela via judicial*" (apud MONTEIRO, 2008, p. 13).

A tese, já abordada, de que os tribunais de contas têm jurisdição própria, de fato somente pode prosperar se for entendido que, para o pleno e efetivo exercício da função constitucional de viabilizar o controle externo da Administração, os julgamentos definitivos proferidos por tais tribunais façam coisa julgada quanto às matérias da função própria desses órgãos, que é de julgar contas e atos praticados por agentes responsáveis pela gestão de recursos de origem pública, sejam pessoas físicas ou no âmbito de pessoas jurídicas públicas ou privadas, não cabendo delegação ou submissão do julgamento a outra instância revisional, revisão judicial do mérito ou qualquer apreciação de viés político por parte dos tribunais de contas, mas tão-somente julgamento técnico, sob rito jurídico, com observância do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, e produtor de decisão definitiva com força de título executivo (art. 71, § 3.º, da Constituição Federal, c/c o art. 23 da Lei n.º 8.443/1992).

Para tanto, fundamental que a possibilidade de revisão judicial a qualquer tempo das decisões adotadas pelos tribunais de contas deva ser, na verdade, restrita, tratando-se de uma hipótese de revisão meramente formal, limitada à verificação da observância dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, sendo vedada a revisão quanto ao juízo de mérito proferido sobre as contas e atos administrativos apreciados.

Seabra Fagundes, citado pela articulista Marília Soares de Avelar Monteiro, é um dos doutrinadores a defender a atribuição constitucional de uma função judicante parcial aos tribunais de contas, quando julgam contas dos responsáveis por dinheiros e outros bens públicos, a qual não vem pelo "*emprego da palavra julgamento, mas sim pelo sentido definitivo da manifestação da Corte, pois se a irregularidade das contas pudesse dar lugar a nova apreciação (pelo Judiciário), o seu pronunciamento resultaria em mero e inútil formalismo*" (MONTEIRO, 2008, p. 11).

Nessa direção apontam vários julgados do STF e STJ, como seleciona Flávio de Moura e Castro (CASTRO, 2005, p. 5652) a partir de pronunciamentos dos ministros Octávio Gallotti, do STF (citado pelo min. Sepúlveda Pertence no MS 22.768-7/RJ: "*pode o Judiciário sobrepor-se ao tribunal de contas quando contra esse impetrado o mandado, mão não, como dito, substituí-lo em sua competência constitucional*", de 10/09/1997) e Francisco Falcão, do STJ ("*o poder Judiciário não detém competência para rever as decisões do tribunal de contas (...) no que diz respeito ao exame das contas, não competindo a esta corte analisar a motivação da imputação do débito*" – 1.ª Turma do STJ, RMS 12487/60, DJ 01/10/2001, p. 162).

Dentre outras deliberações anteriores, cita-se trecho do voto do ministro Henrique D'Ávila, do STJ: “Ao apurar o alcance dos responsáveis pelo dinheiro público, o Tribunal de Contas pratica ato insuscetível de revisão na via judicial, a não ser quanto ao seu aspecto formal ou tísna de ilegalidade manifesta” (Ac. MS 7.280, RSTJ 30/395); e a seguinte ementa: *Tribunal de Contas. Julgamento das contas de responsáveis por haveres públicos. Competência exclusiva, salvo nulidade por irregularidade formal grave, MS 6.960, 1959, ou manifesta ilegalidade aparente, MS 7.280, 1960*” (RTJ 43/151).

Flávio de Moura e Castro, conselheiro do TCEMG, ao citar posicionamento do ministro Ayres Brito, do STF, proferido em palestra que remonta a 1991, permite síntese do ora esposado acerca do tema jurisdição e coisa julgada:

“O tribunal de contas cuida de controlar e fiscalizar – a Constituição usa essa expressão várias vezes – e de verificar a legalidade e a irregularidade (legalidade das despesas e regularidade das contas). Vejam que dimensão normativa. Controlar é julgar, é avaliar, é emitir juízo de valor para decidir. E fiscalizar é apreciar, é investigar. Fiscalizar, investigar, diligenciar, inspecionar, vistoriar, então o tribunal de contas fiscaliza para controlar, e controle já é julgamento. E o tribunal de contas, tal como o poder Judiciário, julga. E naquela matéria de sua competência, o mérito não pode ser revisto pelo poder Judiciário. A Constituição aquinhoa o tribunal de contas com competências que não são do Congresso Nacional e com competências que não são do poder Judiciário. O poder Judiciário tem a força da revisibilidade das decisões do tribunal de contas, porém, num plano meramente formal, para saber se o devido processo legal foi observado, se direitos e garantias individuais foram ou não respeitadas. Porém, o mérito da decisão o controle, que é próprio do tribunal de contas [...] é insindicável pelo Judiciário.”⁴²

3.4.7 Ministério público junto aos tribunais de contas.

A Constituição Federal de 1988 reconheceu a existência de um *parquet* especial junto aos tribunais de contas por meio do art. 130 (“Aos membros do Ministério Público junto aos tribunais de contas aplicam-se as disposições desta seção pertinentes a direitos, vedações e forma de investidura”), dispositivo integrante da mesma seção constitucional destinada a tratar do Ministério Público, muito embora não previsse estruturalmente o órgão na seção IX (“Da fiscalização contábil, financeira e orçamentária”) do capítulo I do título IV (“Da organização dos Poderes – do Poder Legislativo”), tópico no qual foi instituído o TCU (arts. 71 e 73), nem na seção I do capítulo IV (“Das funções essenciais à Justiça – do Ministério Público”), tópico no qual foi por sua vez instituído o MP (arts. 128 e 129). As disposições do

⁴² BRITO, Carlos Ayres de. Palestra proferida no Encontro Nacional de Conselheiros de Tribunais de Contas, Rio de Janeiro, 30/03/01, citado no Relatório da Representação 692915 do TCEMG (CASTRO, 2005).

chamado Ministério Público junto ao TCU (MPTCU) foram tratadas na lei orgânica (Lei n.º 8.443/1992) e no regimento interno do referido tribunal de contas.

É interessante citar que o MPTCU teve origem em 1892, previsto desde então de forma independente, ou seja, sem vínculo orgânico com o Ministério Público comum.⁴³

O MPTCU é composto por um procurador-geral, três subprocuradores-gerais e quatro procuradores, nos termos do *caput* do artigo 80 da Lei n.º 8.443/1992. Dentre as atribuições, destaca-se a referente a “*promover a defesa da ordem jurídica, requerendo, perante o Tribunal de Contas da União as medidas de interesse da justiça, da administração e do erário*” (art. 81, I, da referida lei) e, dentre outras disposições, a previsão constante do art. 58, § 2.º (“*em caso de vacância do cargo de procurador-geral, o presidente do Tribunal [de Contas da União] encaminhará ao presidente da República lista contendo o nome de todos os integrantes da carreira do Ministério Público [junto ao TCU], por ordem de antigüidade e com a indicação dos seus respectivos cargos*”).

A respeito da instituição especializada, já havia se manifestado Carlos Ayres Britto:

“(…) Podemos compreender porque a Magna Lei enuncia que o Ministério Público comum atua junto ao Judiciário (‘Juizes e Tribunais’), como órgão externo a esse Poder, cumprindo uma função que não é materialmente judicante, ao contrário do Ministério Público especial, que não oficia ao lado do Tribunal de Contas, mas dentro dele, compondo-lhe a intimidade estrutural, [é] porque o ofício que lhe incumbe é tão materialmente fiscalizatório, ou de controle, quanto à global atribuição do Colégio de Contas”.

Como relata André Santana de Souza, encontra-se superada a discussão acerca da posição institucional do *Parquet* atuante nos tribunais de contas e de sua diversidade em relação ao *Parquet* comum, à vista de sucessivos julgados de ações diretas de inconstitucionalidade, como: ADI n.º 789-1/DF, ADI n.º 892-7/RS; ADI n.º 1545-1/SE; ADI n.º 1957-1/AP; ADI n.º 2596-1/PA e ADI n.º 2068-4/MG (SOUZA, 2006, p. 32).

No caso do primeiro julgamento⁴⁴, o STF prolatou que o MPTCU qualifica-se como *órgão de extração constitucional* (art. 73, § 2.º, I, e art. 130, da Constituição), que esse órgão

⁴³ Decreto n.º 1.166, de 17 de outubro de 1892, cujo artigo 19 assim dispunha, inclusive atribuindo o direito de voto ao representante do Ministério Público: “Art. 19 – O pessoal do Tribunal de Contas compor-se-á de cinco membros, o Presidente e quatro Diretores, com voto deliberativo, um dos quais representará o Ministério Público.” (apud SOUZA, 2006, p. 13).

⁴⁴ EMENTA - ADI n.º 789-1/DF - LEI n.º 8.443/1992 - MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU - INSTITUIÇÃO QUE NÃO INTEGRA O MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO - TAXATIVIDADE DO ROL INSCRITO NO ART. 128, I, DA CONSTITUIÇÃO - VINCULAÇÃO ADMINISTRATIVA A CORTE DE CONTAS - COMPETÊNCIA DO TCU PARA FAZER INSTAURAR O PROCESSO LEGISLATIVO CONCERNENTE A ESTRUTURAÇÃO ORGÂNICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO QUE PERANTE ELE ATUA (CF, ART. 73, CAPUT, *IN FINE*) - MATÉRIA SUJEITA AO DOMÍNIO NORMATIVO DA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA - ENUMERAÇÃO EXAUSTIVA DAS HIPÓTESES CONSTITUCIONAIS DE

está na *intimidade estrutural* do tribunal de contas (de fato, o MP especial, ao contrário do MP comum em relação ao poder Executivo, não é dotado de autonomia financeira em relação ao tribunal de contas, mas apenas funcional), que é indiferente a circunstância de não constar do rol taxativo inscrito no art. 128, I, da Constituição, e que é inaplicável a exigência de lei complementar para regulamentação daquele MP especial de contas, que só é exigida ao MP comum (art. 128, § 5.º, da Constituição), bastando a eficácia da lei ordinária. E completa:

Deve-se interpretar os artigos em estudo (73, §2º, I, *in fine*, 127 a 130 [da Constituição Federal]) de forma sistemática, e não literal. A exegese correta a ser adotada é aquela que leva à harmonia das disposições constitucionais com os princípios consagrados, com as instituições históricas e a ordem lógica do direito. As práticas dos órgãos são diversas, mas não quebram a unidade teleológica, ambos atuam como *custos legis*, a ação fiscalizadora da legalidade.

Carlos Pinto Coelho Motta e, antes, Élvia Lordello Castelo Branco, realçam o aspecto de que a previsão constitucional de presença de um ministério público especial internamente aos tribunais de contas é uma medida historicamente voltada a fortalecer sobretudo uma efetiva jurisdição própria dos tribunais de contas, como anteriormente comentado (MOTTA, 2008, p. 31, e SOUZA, 2006, p. 26).

José dos Santos Carvalho Filho, administrativista, em conferência proferida em 2008 reproduzida por Carlos Motta, externou o que chamou de reflexões acerca da realidade atual dos tribunais de contas e da presença dos ministérios públicos especializados junto a esses órgãos.

A primeira reflexão apresentada foi no sentido de que a atuação desses *parquets* especiais confere efetividade institucional às assertivas anteriores do constitucionalista José Afonso da Silva, quanto à garantia da autonomia funcional e administrativa do Ministério Público de contas.

A segunda reflexão de Carvalho Filho foi a de que tal autonomia amplia a autonomia dos próprios tribunais de contas; a terceira, no sentido de dever-se dar prioridade ao desenvolvimento de uma lei orgânica nacional dos tribunais de contas, tendo por parâmetro aquela do TCU, a exemplo do fortalecimento institucional garantido ao Ministério Público por sua lei própria e nacional; a quarta, que deveria prosperar a proposta de criação de um conselho nacional dos tribunais de contas, a exemplo da implantação dos conselhos nacionais de Justiça e do Ministério Público (arts. 103-B e 130-A da Constituição Federal, introduzidos pela Emenda Constitucional n.º 45/2004), com presença de representantes dos ministérios públicos de contas, o que poderia sanar a falta de regulamentação e implantação do Conselho de Gestão Fiscal (art. 67 da Lei Complementar n.º 101/200 – a LRF).

3.5 Competências e atribuições do TCU.

3.5.1. Competências decorrentes da Constituição.

Ao TCU, órgão federal de controle externo, cabe o exercício das seguintes competências, consoante os respectivos dispositivos da Constituição que os fundamentam:

- apreciar e emitir parecer prévio conclusivo sobre as contas prestadas anualmente pelo presidente da República⁴⁵ (art. 71, I);
- julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos de origem federal⁴⁶ (art. 33, § 2.º, e art. 71, II);
- proceder, por iniciativa própria ou por solicitação do Congresso Nacional, de quaisquer de suas casas ou de suas comissões, à fiscalização contábil, financeira, patrimonial, operacional e orçamentária dos órgãos e entidades da União, prestando informação ao Congresso das fiscalizações executadas (art. 71, IV e VII);
- fiscalizar as cotas de recursos da União repassados aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios e calcular as relativas aos chamados fundos de participação⁴⁷ (art. 71, VI, e art. 161, parágrafo único, e Leis Complementares n.º 61/89, art. 2.º; n.º 62/89, arts. 5.º e 7.º; n.º 65/91, art. 4.º, e n.º 102/2002, item 4.1 do anexo; e Lei n.º 8.016/90, art. 3.º);
- assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade (art. 71, XI);

⁴⁵ As contas consistem dos “*balanços gerais da União*” e dos “*relatórios sobre a execução orçamentária*”, preparados pelo órgão central do sistema de controle interno do Poder Executivo. Ao TCU cabe, essencialmente, a análise técnico-jurídica das contas e a apresentação do resultado ao Poder Legislativo, com, no caso dessas contas, emissão de *parecer prévio* contendo ressalvas e recomendações. Dessa forma, após a apreciação e emissão do parecer prévio, as contas da Presidência da República são encaminhadas ao Congresso Nacional, *ao qual compete o julgamento*, e, portanto, tecnicamente não ao TCU, conforme disposto no art. 49, inciso IX, da Constituição Federal. Interessante notar que muito menos sejam as “*contas do presidente*”, seja qual for tal cidadão, que estejam sendo julgadas, mas espécie de síntese de centenas de políticas públicas e de contas consolidadas, na verdade, de milhares de órgãos e entidades. Tanto que, até hoje, apenas em uma ocasião (1937), houve apreciação global pela *irregularidade*.

⁴⁶ Consoante o disciplinado pela Lei n.º 4.320/1964, pelo Decreto-lei n.º 200/1967, pela Lei n.º 6.223/1975 e pela Lei n.º 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU). Os processos de tomada e prestação de contas são formalizados pelos órgãos do sistema de controle interno, em consonância com as orientações do TCU, e encaminhados anualmente àquele tribunal para apreciação e julgamento. Os prazos para esse encaminhamento observarão o disposto no art. 194 do Regimento Interno do TCU.

⁴⁷ São os Fundos de Participação de Estados e Municípios (FPE e FPM), previstos no art. 159 da Constituição Federal.

- aplicar aos responsáveis as sanções previstas em lei e determinar as correções de ilegalidades e irregularidades em atos e contratos (art. 71, VIII e IX), sustando, se não atendido, a execução do ato impugnado, mediante comunicação da decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado^{48 49}(art. 71, X), e, se for o caso, responsabilizando solidariamente os agentes do controle interno que, tendo tomado conhecimento da irregularidade ou ilegalidade, dela não derem ciência ao tribunal (art. 74, § 1.º);

- emitir pronunciamento conclusivo acerca de despesas realizadas sem autorização, por solicitação da Comissão Mista Permanente de Planos, Orçamento Público e Fiscalização (art. 72, § 1.º, e 166, § 1.º);

- fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo (art. 71, V);

- apreciar a legalidade dos atos de admissão, aposentadoria e pensão dos servidores dos Poderes da União, para fins de registro (art. 71, III);

- apurar e decidir sobre denúncias e representações regularmente apresentadas sobre assuntos de sua área de sua competência⁵⁰ (art. 74, § 2.º); e

- elaborar seu regimento interno, eleger seu presidente e seu vice-presidente, organizar sua secretaria, administrar seus agentes e propor ao Congresso Nacional a criação e transformação de cargos, empregos e funções do seu quadro próprio de pessoal (incisos X, XI, XIV e XV do art. 1º da Lei n.º 8.443/92, com fulcro nos art. 73, *caput*, c/c o art. 96 da Constituição).

⁴⁸ A competência sancionadora se efetiva pela aplicação de penalidades aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou de omissão ou irregularidade das contas. As sanções estão previstas na Lei n.º 8.443/1992 (arts. 57 a 62) e podem envolver desde a aplicação de multa e a obrigação de devolução do débito apurado, até o afastamento provisório do cargo, o arresto dos bens de responsáveis julgados em débito e a inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da administração pública. Cumpre destacar que essas penalidades não excluem a aplicação de sanções penais e administrativas pelas autoridades competentes, como a declaração de inelegibilidade por parte da Justiça Eleitoral e encaminhamento dos achados ao Ministério Público ou órgãos com poder de investigação, solicitação e condução de quebra de sigilos fiscal, bancário e outros, como o Banco Central, a Receita Federal e a Polícia Federal, ou, se fora da competência federal, a órgãos equivalentes estaduais e a outros tribunais de contas. Periodicamente, o TCU envia ao Ministério Público Eleitoral os nomes dos responsáveis cujas contas foram julgadas irregulares nos cinco anos anteriores, para os fins previstos na Lei Complementar n.º 64/1990, que trata da declaração de inelegibilidade.

⁴⁹ As decisões do TCU de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo, cabendo à AGU a tomada das medidas tendentes à execução.

⁵⁰ A denúncia e a representação tratam, em essência, de informação relevante e comprovável acerca de irregularidade ou ilegalidade. A denúncia pode ser apresentada por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato, vedado o anonimato da fonte, e a representação, por agente público ou político previsto nos arts. 234 a 236 do Regimento Interno do TCU. O exame preliminar para conhecimento ou rejeição de uma denúncia ou representação é feito sob sigilo, que pode ser mantido nos termos dos arts. 53, § 3.º, e 55, § 1.º, da Lei n.º 8.443/1992. As partes são informadas da decisão final.

A fiscalização exercida mediante o controle externo e os controles internos é expressamente prevista na Constituição Federal como tendo por objeto as gestões:

- *contábil*: consistente na verificação da correção, veracidade e adequação dos registros, informações e documentos sobre as variações econômico-financeiras do patrimônio público constantes dos balanços, demonstrativos e resultados, elaborados em conformidade com os princípios e normas da contabilidade pública e, se aplicável, bancária e privada;

- *financeira*: é a relativa às receitas e despesas incorridas em período denominado de exercício financeiro, ou seja, as entradas e saídas de recursos públicos;

- *orçamentária*: aborda o controle da execução do orçamento público, determinado pelos poderes Executivo e Legislativo por meio das leis que instituem o plano plurianual (PPA), as diretrizes orçamentárias (LDO) e o orçamento anual (LOA), consoante os arts. 165 e 166 da Constituição Federal e o art. 75 da Lei n.º 4.320/1964, pela qual essa gestão é voltada a garantir a legalidade dos atos de arrecadação da receita e de execução da despesa, a fidelidade funcional dos agentes responsáveis e o cumprimento dos programas de trabalho de investimentos, obras e serviços;

- *operacional*: é atinente ao desempenho e ao aprimoramento da gestão, por meio do planejamento e cumprimento das metas e resultados planejados; e

- *patrimonial*: relativa à guarda e conservação de bens e direitos públicos.

Nos termos ainda do art. 70 da Constituição, a fiscalização de cada gestão deve ser conduzida quanto ao exame da observância:

- *da legalidade* (que consiste em questão de forma e princípio basilar da Administração pública, segundo a qual o ato praticado deve observar o autorizado na legislação aplicável);

- *da legitimidade* (questão de mérito, pela qual se observa se a substância do ato não apenas se ajusta à lei, mas também à moralidade e ao interesse público, sob risco de imputação de desvio de finalidade);

- *da economicidade* (questão de mérito, voltada à análise da razoabilidade e adequabilidade da relação custo-benefício em relação aos parâmetros previstos ou aceitáveis da despesa, de forma a se obter o melhor resultado possível ao menor custo possível);

- *da aplicação de subvenções* (referente ao exame, nos termos do art. 12 da Lei n.º 4.320/1964, da regularidade das transferências financeiras destinadas a cobrir despesas de entidades beneficiadas, classificáveis como subvenções sociais, que beneficiam entidades públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural, e como subvenções econômicas, as demais); e

- *das renúncias de receitas* (exame da regularidade das políticas de isenções tributárias e outras formas de incentivos fiscais, concedidos em prol do desenvolvimento socioeconômico de uma região).

Outros parâmetros à fiscalização são os chamados princípios constitucionais da Administração pública, expressos no artigo 37 da Constituição Federal: a *legalidade*, a *impeccabilidade*, a *moralidade*, a *publicidade* e a *eficiência*. É que tais princípios, em particular, exprimem paradigmas de relevância real para o planejamento, a avaliação e o controle de áreas ou de aspectos sensíveis ao dia-a-dia da Administração pública brasileira, direta e indireta, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

Tanto que, dentre os diversos incisos do dispositivo, são de destacar os relativos à regra de observância dos institutos do concurso público de provas ou de provas e títulos para o provimento de cargos ou empregos públicos; as regras do chamado “teto salarial” e da vedação ao acúmulo de cargos públicos; e a regra da adoção de licitação para a aquisição de bens e serviços (incisos II, V, X, XI, XVI, XVII e XXI do mencionado art. 37).

Destaca-se, igualmente, o disposto no § 4.º do mesmo dispositivo:

(...) § 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão na suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível (...).

3.5.2 Competências atribuídas pela legislação infraconstitucional⁵¹.

É consenso afirmar que as competências dos tribunais de contas, concentradas nos arts. 71 e 72 da Constituição Federal, nos dizeres de Luciano Ferraz, “*conquanto não possam ser mitigadas pela legislação infraconstitucional, podem ser ampliadas por esta via*”.⁵²

Conforme resume Luiz Henrique Lima, pelo menos até 2005, competências infralegais foram atribuídas ao TCU por meio de cinco leis complementares, 25 leis ordinárias e medidas provisórias e três decretos legislativos, sem considerar dispositivos importantes das leis orçamentárias e resoluções do Senado Federal (LIMA, 2007, p. 131). Ademais, há entendimentos jurisprudenciais muito importantes, que ora fornecem interpretação restritiva, ora ampliativa da atuação desse tribunal. Importa lembrar que a Lei n.º 8.443/1992 é a lei orgânica do TCU (LOTUCU), ao passo que seu regimento interno, ato baixado por meio da Resolução n.º 155/2002 (o RITCU), contém não apenas normas de organização interna do

⁵¹ Ver *Competências legais do TCU*, trabalho extenso, embora atualizado até 2004, no endereço: http://www2.tcu.gov.br/pls/portal/docs/PAGE/TCU/CONHECA_TCU/COMPETENCIAS_TCU/COMPETENCIA_S-TCU-LEGAIS.DOC

⁵² FERRAZ, 1999, p. 142.

tribunal como também, normas do processo a ser observado no seu âmbito, aplicando-se, subsidiariamente, o Código de Processo Civil (CPC).

Algumas das competências de destaque com suas bases legais correspondentes, adicionais àquelas já expressas na própria Constituição Federal, são as de:

- representar aos Poderes competentes sobre as irregularidades encontradas (inciso VIII do art. 1º da Lei n.º 8.443/1992);

- acompanhar a arrecadação das receitas a cargo da União (inciso IV do art. 1º da Lei n.º 8.443/92);

- decidir sobre consultas regularmente apresentadas por autoridades competentes sobre assuntos da área da competência do tribunal (art. 1º, XVII, da Lei n.º 8.443/92),⁵³;

- exercer o poder regulamentar no âmbito de sua competência e jurisdição (art. 3º da Lei n.º 8.443/92);

- receber rol de responsáveis dos órgãos e entidades jurisdicionados e outros documentos ou informações; requisitar aos órgãos e entidades federais, sem quaisquer ônus, a prestação de serviços técnicos especializados executados em prazo previamente estabelecido, sob pena de sanção aos responsáveis, e solicitar ao ministro de Estado supervisor da área, ou à autoridade equivalente, os elementos indispensáveis ao exercício de sua competência (arts. 2º e 101 da Lei n.º 8.443/92);

- fiscalizar o cumprimento, na União, das normas da Lei Complementar n.º 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF), auditando, por solicitação do Congresso Nacional, projetos e programas autorizados em lei orçamentária anual para a avaliação dos resultados alcançados quanto à eficácia, eficiência, efetividade e economicidade; processar e julgar infrações administrativas contra as finanças públicas e a responsabilidade fiscal tipificadas na legislação vigente, inclusive por descumprimento de metas, limites e condições estabelecidas na legislação orçamentária para o exercício financeiro; e alertar os Poderes quanto à superação de 90% do limite autorizado do montante da despesa total em pessoal, dívida consolidada ou mobiliária, operações de crédito ou concessão de garantias (art. 1º, V, XIII e XIV do Regimento Interno, art. 59 da LRF e art. 5º da Lei n.º 10.028/2000 – Lei dos Crimes Fiscais);

- acompanhar, fiscalizar e avaliar os processos de desestatização realizados pela Administração pública federal, compreendendo as privatizações de empresas, inclusive

⁵³ A consulta deve versar sobre questão abstrata da competência do TCU. A resposta tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto, e, portanto, efeito vinculante sobre a Administração federal (§ 2º do art. 1º da Lei n.º 8.443/1992 - Lei Orgânica do TCU). São competentes para apresentar consulta as autoridades constantes do art. 264 do RITCU: presidentes da República, do Senado, da Câmara e do STF; procurador-geral da República; advogado-geral da União; presidente de comissão do Congresso Nacional ou de suas casas; presidentes de tribunais superiores; ministros de Estado ou autoridades federais equivalentes; comandantes das Forças Armadas.

instituições financeiras, e as concessões, permissões e autorizações de serviço público, nos termos do art. 175 da Constituição Federal (art. 1º, V, XIII e XIV do Regimento Interno)⁵⁴;

- fiscalizar a transferência dos recursos provenientes da compensação financeira pela exploração do petróleo, do xisto betuminoso e do gás natural, nos termos da legislação vigente⁵⁵;

- inabilitar responsável e declarar a inidoneidade de licitante, expedir as comunicações processuais de agentes responsáveis (citação, audiência e notificação, inclusive de julgamento de contas, imputação de débito e aplicação de multa) e de órgãos e entidades (diligência, determinação e recomendação) e adotar as medidas cautelares previstas, resguardada, no caso do último artigo, a possibilidade de antecipação da medida pelo relator ou pelo presidente do tribunal (art. 15, alínea “i”, do Regimento Interno);

- apurar representação formalizada por qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica acerca de irregularidades na aplicação da legislação de licitações e contratos administrativos (art. 113, § 1.º, da Lei n.º 8.666/1993 – Lei de Licitações e Contratos c/c o art. 9.º da Lei n.º 10.520/2002 – Lei do Pregão);

- determinar o fornecimento de edital, até o último dia útil anterior ao recebimento de propostas, cópia de contrato ou qualquer informação relevante à fiscalização de ato ou contrato, obrigando-se os órgãos e entidades da Administração pública federal à adoção das medidas corretivas eventualmente determinadas (art. 113, § 2.º, da Lei n.º 8.666/1993 c/c o art. 9.º da Lei n.º 10.520/2002);

- remeter ao Congresso Nacional, em prazos variáveis de 15 a 60 dias após sua constatação, informações referentes aos indícios de irregularidades graves, identificados em procedimentos de fiscalização, relativos a obras e serviços constantes das leis orçamentárias, acompanhadas de subsídios que permitam a análise da conveniência e oportunidade de continuação ou paralisação da obra ou serviço (consoante os sucessivos dispositivos das leis de diretrizes orçamentárias anuais);

⁵⁴ A definição expressa no art. 2.º, § 1.º, da Lei n.º 9.491/1997 estipula que as operações de desestatização no âmbito federal compreendem *a alienação dos direitos de controle direto ou indireto de sociedades pela União; a transferência de serviços públicos de sua responsabilidade ou de suas controladas à iniciativa privada; e a transferência ou outorga de direitos sobre seus bens móveis e imóveis*. Marcos Juruena Souto, de forma próxima à definição legal, conceitua desestatização como *"a retirada da presença do Estado de atividades reservadas constitucionalmente à iniciativa privada (princípio da livre iniciativa) ou de setores em que ela possa atuar com maior eficiência (princípio da economicidade); é o gênero, do qual são espécies a privatização, a concessão, a permissão, a terceirização e a gestão associada de funções públicas"* (SOUTO, 2001, p. 30).

⁵⁵ O TCU, mediante auditorias e inspeções, fiscaliza a transferência dos recursos provenientes da compensação financeira (*royalties*), paga pela Petrobras S. A. aos estados, municípios e aos Ministérios da Defesa (Comando da Marinha) e Ciência e Tecnologia, pela exploração de petróleo, xisto betuminoso e gás natural (Leis n.º 7.525/1986 e 9.478/1997). Tais recursos devem ser aplicados unicamente em abastecimento, energia, irrigação, pavimentação de rodovias, saneamento básico, tratamento de água, proteção ao meio ambiente, defesa e segurança das áreas de produção e pesquisa aplicada a essas atividades. Os cálculos para rateio desses recursos, considerados originários do destinatário e assim não sujeitos a contingenciamento pela União, cabem à ANP. Não cabe ao TCU a fiscalização da *aplicação* desses recursos por outros entes da Federação, mas aos tribunais de contas estaduais e municipais competentes.

- enviar ao Ministério Público Eleitoral, em tempo hábil, nomes dos responsáveis por contas julgadas irregulares nos cinco anos imediatamente anteriores à realização de cada eleição (art. 1º, I, “g”, da Lei Complementar n.º 64/1990 c/c os arts. 14, § 9.º, e 75 da Constituição Federal, e o art. 91 da Lei n.º 8.443/1992);⁵⁶

- manter registro próprio dos bens e rendas do patrimônio privado de autoridades públicas⁵⁷, exercendo o controle da legalidade e legitimidade desses bens e rendas com apoio nos sistemas de controle interno de cada Poder, podendo exigir a comprovação da legitimidade da procedência dos bens e rendas acrescidos ao patrimônio do responsável no período relativo à declaração e, se for o caso, representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados e fornecer certidões e informações requeridas por qualquer cidadão, para proposição de ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou à moralidade administrativa (arts. 1.º e 2.º da n.º Lei 8.730/1993); e

- incluir, no Cadastro Informativo dos Créditos Não-Quitados do Setor Público Federal (Cadin), as pessoas físicas e jurídicas que se encontrarem em débito com o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), verificando tal cadastro e informando à Comissão Mista de que trata o art. 166, § 1.º, da Constituição, as irregularidades e omissões verificadas.

Contam-se ainda diversas outras competências atribuídas pela legislação infraconstitucional, com destaque para aquelas atinentes:

- à fiscalização de repasse do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e Magistério (FUNDEF, referente à Lei n.º 9.424/1996), mais a aplicação da parcela federal correspondente;

- à fiscalização das transferências de tributos de arrecadação federal a estados, municípios e Distrito Federal (relativas às respectivas parcelas sobre o Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI Exportação e a Contribuição de Intervenção sobre o Domínio Econômico – Cide Combustíveis, nos termos das Leis n.º 7.675/1988⁵⁸ e n.º 10.866/2004,

⁵⁶ É importante realçar que não é o TCU o órgão que delibera e declara a inelegibilidade de qualquer responsável, mas a Justiça Eleitoral, ao deliberar pela negação do registro de candidato que constar da relação de responsáveis por contas julgadas irregulares pelo TCU, apresentada por esse órgão ao Ministério Público Eleitoral competente, no prazo definido em lei. Realce-se também que a competência cabe, em suas respectivas esferas, aos tribunais de contas estaduais e municipais, se houver (LIMA, 2007, pp. 144-145).

⁵⁷ Devem apresentar tais declarações ao TCU: o presidente e o vice-presidente da República; ministros de Estado; membros do Congresso Nacional, da Magistratura Federal, do Ministério Público da União; e todos quantos exerçam cargos eletivos e cargos, empregos ou funções de confiança, na administração direta, indireta e fundacional, de qualquer dos Poderes da União, constituindo a não apresentação, conforme o caso, crime de responsabilidade ou infração político-administrativa, crime funcional ou falta grave disciplinar, passível de perda do mandato, do cargo, emprego ou função, além da inabilitação, até cinco anos, para o exercício de novo mandato e de qualquer cargo, emprego ou função pública (art. 3.º da n.º Lei 8.730/1993).

⁵⁸ É entendimento firmado pelo TCU que a Lei n.º 7.675/1988 não foi recepcionada, permanecendo a competência para fiscalizar a entrega dos recursos tributários arrecadados aos estados (Decisão n.º 51/2002-TCU- Plenário).

além das já comentadas parcelas originárias de FPE/FPM, *royalties* e participações especiais⁵⁹);

- à prestação de apoio à Justiça Eleitoral (Leis n.º 9.096/1995 e 9.504/1997); fiscalização de repasse e aplicação de recursos federais transferidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS), Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE, nos termos da Lei n.º 9.533/1997 e Medida Provisória n.º 2.178-36/2001) e Fundo Nacional de Assistência Social (Leis n.º 8.742/1993 e n.º 9.604/1998); e

- à transferência e aplicação de recursos de origem federal, repassados a estados, municípios e outras pessoas físicas e jurídicas, públicas e privadas, por meio de convênios, contratos de repasse, contratos e instrumentos equivalentes (Leis n.º 8.666/1993, n.º 9.452/1997 e n.º 10.520/2002, e a Instrução Normativa - IN n.º 1, de 1997, da Secretaria do Tesouro Nacional, e sucessivas alterações, sob a interpretação constante do Acórdão TCU n.º 1.070/2003-Plenário, item 9.2).

3.5.3 Competências adicionais relevantes reconhecidas pelo STF.

Algumas competências não expressadas em lei que têm sido reconhecidas pela jurisprudência à luz da Constituição conferem efetividade considerável ao poder de controle do TCU em relação a outros órgãos e agências inseridas no controle da Administração.

3.5.3.1 Competência para apreciar a constitucionalidade de leis e atos normativos.

Não obstante os ministros integrantes do TCU não estarem entre as autoridades legitimadas para a proposição de ação direta de inconstitucionalidade ou declaratória de constitucionalidade ao STF, nos termos do art. 103 da Constituição Federal, nos termos do Enunciado n.º 347 da súmula do Supremo Tribunal Federal: “*o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e atos do Poder Público*”.

Há clara controvérsia sobre a natureza do pronunciamento de um tribunal de contas sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo.

Em síntese, os argumentos contrários a tal competência consideram que todo pronunciamento sobre a constitucionalidade é próprio do poder Judiciário, remetendo-se a questão novamente à seara do conceito de jurisdição – a *juris dictio* - e da separação e equilíbrio dos poderes do Estado – o sistema de *checks and balances*, ademais a definitividade da coisa julgada pelos órgãos judiciais.

Por essa linha, no Brasil, como resume a articulista Micaela Dutra, o poder jurisdicional é exercido pelos órgãos elencados no art. 92 da Constituição Federal, dentre os quais não se conta o TCU, por meio das competências previstas nos arts. 102, 105, 108, 109, 114, 121, 124 e 125, cabendo o exercício do controle concentrado de constitucionalidade ao STF, por força do art. 102, caput, e inciso I, “a” e “p”, c/c os §§ 1º e 2º e o art. 103 da

⁵⁹ Veja-se a inconstitucionalidade da redação do art. 253, inciso IV, c/c o art. 1.º, inciso X, do Regimento Interno do TCU, pelo STF (MS n.º 24.312/RJ. Rel.: min. Ellen Gracie).

Constituição, ao passo que o controle difuso pode ser exercido por qualquer órgão da estrutura do Judiciário, nos termos dos arts. 92 e 97 da Constituição e das Leis n.º 9.868 e 9.882/1999.

É também comum a argumentação de que a referida Súmula n.º 347 do STF foi pronunciada sob ordem constitucional pré-1988, e, portanto, não teria sido recepcionada pela atual Constituição, eis que proferida com fundamento no dispositivo da Constituição Federal de 1946, então atinente ao TCU, o art. 77 (DUTRA, 2008, p. 192).

Torna-se instrumental citar a manifestação do ministro Gilmar Mendes, atual presidente do STF, em medida cautelar concedida em mandado de segurança que suspendeu, em 22/03/2006, decisão do TCU pela qual havia concluído pela inconstitucionalidade do art. 67 da Lei n.º 9.478/1997 e do Decreto n.º 2.745/1998, normas que instituem regime de licitações e contratos simplificado no âmbito das empresas do grupo Petrobras, e determinando que a referida estatal passasse a cumprir as formalidades da Lei n.º 8.666/1993:

“Não me impressiona o teor da Súmula n.º 347 desta Corte, segundo o qual ‘o Tribunal de Contas [da União], o exercício de suas atribuições, *pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público*’. A referida regra sumular foi aprovada na Sessão Plenária de 13/12/1963, num contexto constitucional totalmente diferente do atual. Até o advento da Emenda Constitucional 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. (...)

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. (...).

O processo de controle abstrato de normas cumpre entre nós uma dupla função: atua tanto como instrumento de defesa da ordem objetiva, quanto como instrumento de defesa de posições subjetivas. Assim, a própria evolução do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, verificada desde então, está a demonstrar a necessidade de se reavaliar a subsistência da Súmula 347 em face da ordem constitucional instaurada com a Constituição de 1988. A urgência da pretensão cautelar também parece clara, diante das conseqüências de ordem econômica e política que serão suportadas pela impetrante caso tenha que cumprir imediatamente a decisão atacada. (...).

Ante o exposto, defiro o pedido de medida liminar, para suspender os efeitos da decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União (Acórdão n.º 39/2006), no processo TC n.º 008.210/2004-7 (...).⁶⁰

Ocorre que é oportuno apontar que justamente nenhuma autoridade do TCU encontra-se legitimada para a interposição de ação declaratória de inconstitucionalidade ou declaratória de constitucionalidade, própria daqueles constantes do rol exaustivo do art. 103 da Constituição Federal, ou, de forma análoga, para a hipótese de interposição de argüição de descumprimento de preceito fundamental, prevista no § 1.º do mesmo art. 103 c/c o art. 2º da Lei 9.868/1999.⁶¹

⁶⁰ MS n.º 25.888-MC/DF. Rel.: min. Gilmar Mendes. DJ: 29/03/2006.

⁶¹ O rol é o mesmo: presidente da República, mesas do Senado, da Câmara dos Deputados, de assembléia legislativa estadual ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, governador de estado ou do Distrito Federal, o

Conforme, todavia, salienta Henrique Lima, que cita a doutrina de Pontes de Miranda e o articulista Luciano Chaves de Farias, o que consta é que o STF tem reconhecido a competência do TCU para exercer controle de constitucionalidade por meio da *apreciação*, e não de *declaração* de inconstitucionalidade, no que permaneceria a conformidade constitucional da Súmula n.º 347 do STF. A distinção entre apreciar e declarar seria a limitação da apreciação ao mero reconhecimento do vício original da norma, do ato ou do dispositivo no caso concreto, com possibilidade de determinação pelo tribunal de contas, ao órgão ou entidade jurisdicionada, de não aplicá-lo ao caso concreto, o que não pode ser confundido com a competência de determinar a retirada da norma ou ato inconstitucional do ordenamento jurídico (LIMA, 2007, p. 142).

Para Jacoby Fernandes, ao se considerar o mesmo postulado de que um tribunal de contas não pode se eximir da competência constitucional de julgar contas e atos administrativos à luz da legislação em vigor, “*deverá dizer do conflito de normas e de suas conseqüências para o caso concreto*”, se, ao julgar determinado ato sobre determinada lei, acabar por verificar que essa lei encontre-se desconforme com a norma constitucional - o que, para o autor, é um flagrante juízo de constitucionalidade (FERNANDES, 2003, p. 293).

É o que também expõe a articulista Mariana Cristina Maculan Sodré, a partir da reinterpretação dessa competência do TCU, de significado pacífico, quanto ao dever de apreciar a legalidade dos atos administrativos, feita à luz do postulado lógico kelseniano da hierarquia das normas, ou seja, de que a legitimidade de um ordenamento jurídico decorre da consonância necessária da validade de cada norma com as sucessivas normas hierarquicamente superiores, de forma que, se a lei que se encontra acima de todas as outras leis é a Constituição do Estado soberano e que, se compete ao TCU a verificação da legalidade de certos atos, então compete ao órgão, sobretudo, a verificação da *superlegalidade*, conforme expressou Ricardo Lobo Torres⁶², “*por meio do controle da constitucionalidade das leis e atos normativos, com o objetivo precípua de se salvaguardar o patrimônio público federal*” (SODRÉ, 2006, p. 4).

Também com base em Pontes de Miranda, que já em 1946 apresentava o entendimento de que o TCU, “*no julgamento de contas de responsáveis por dinheiros ou bens públicos, poderia interpretar a Constituição, definitivamente, e julgar da constitucionalidade das leis, regulamentos ou atos do Executivo*”, e na colocação de Luís Roberto Barroso, segundo o qual “*a questão constitucional é uma questão prejudicial porque precisa ser decidida previamente, como pressuposto lógico e necessário da solução do problema principal* (apud SODRÉ, 2006, p. 6), Mariana Sodré constata, em síntese, a caracterização de que o TCU pode e deve realizar o *controle difuso de constitucionalidade*.

Para tanto, na mesma linha de Jacoby Fernandes, posiciona-se no sentido de que o TCU, ao se deparar com norma ou ato normativo incompatível com a Constituição em questão que lhe caiba decidir, “*deverá resolver a questão prejudicial de inconstitucionalidade preliminarmente ao julgamento de mérito do caso concreto, caracterizando assim o controle*

procurador-geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

⁶² Como descreve a autora, expressão utilizada por Ricardo Lobo Torres para fundamentar a possibilidade de apreciação da constitucionalidade pelo Tribunal de Contas (TORRES, 1994, p. 266, apud SODRÉ, 2006, p. 5).

difuso de constitucionalidade” (SODRÉ, 2006, p. 7). E, nesse sentido, é colhido pronunciamento do ministro Ubiratan Aguiar:⁶³

“(…) 20.2 De fato, o controle de constitucionalidade no âmbito do TCU é aquele de ordem difusa, destarte, não há prejudicialidade em, a cada processo, afastar-se norma por inconstitucional, ainda que a questão esteja em debate no STF. De mais a mais, a Lei n. 9.868/98 não veda a realização controle difuso, ante a tentativa de afastar norma do mundo jurídico por meio do controle concentrado. Ressalva apenas a vinculação à decisão do STF nas Ações Direta e Indireta de Inconstitucionalidade, o que ainda não ocorreu. 20.3 Assim, está plenamente legitimado este Tribunal, no exercício de suas competências constitucionais, em velar pela constitucionalidade dos atos do poder público, especialmente os atos de natureza infralegal, como é o caso da Resolução 388/97 do TST, que receberá mais comentários adiante (...)” (Acórdão n.º 913/2005-TCU-Plenário).

Ressalte-se, ainda assim, o instigante entendimento adicional de Jacoby Fernandes acerca da matéria – o de que, além disso, os tribunais de contas teriam inclusive prerrogativa de realizar o *controle abstrato* de norma, embora de forma restrita, quando em sede de *consulta* (FERNANDES apud LIMA, 2007, p. 144). Para tanto, é fato que a consulta àquele tribunal, prevista nos arts. 264 e 265 do Regimento Interno do TCU, somente é cabível à lista exaustiva de autoridades competentes, contiver indicação precisa do objeto e não versar sobre fato concreto, tendo sua resposta “*caráter normativo e constituindo prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto*”⁶⁴.

Cabe complementar a idéia ao se lembrar a tendência à abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, verificada no âmbito do controle difuso praticado pelo STF (HC 82.959/SP; RE 197.917/SP etc.). Uma notável inovação, coincidente com o conceito de *mudança constitucional* (mudança da interpretação aplicável sem expressa modificação do texto) porque, dentre as várias classificações de controle de constitucionalidade, é geralmente aceita aquela que admite que o controle abstrato de normas seja típico do controle concentrado, aquele da competência originária do STF, no âmbito federal, ou dos tribunais de justiça, no estadual, ao passo que o chamado controle difuso ou incidental é considerado concreto por natureza, já que em tese feito à luz, e circunscrito, ao caso concreto.

Mas é necessário que se observem os limites admitidos pelo teor da Súmula n.º 347 do STF, que afinal expressa que o TCU pode apreciar a constitucionalidade das leis e atos “*no exercício de suas atribuições*”.

Ora, se é possível a chamada abstrativização da norma no caso concreto, isso quer dizer que são dados efeitos típicos do controle concentrado abstrato. Não se pode pretender confundir isso, porém, com o grau de exame abstrato necessário à apreciação da hipótese da consulta, se estiver o objeto consultado dentro das competências do tribunal de contas.

Ou seja, há que se observar que, na hipótese de consulta ao TCU, os efeitos vinculativos da apreciação devem ficar restritos às condições e limites da hipótese consultada, eis que a imposição de efeitos ao exame incidental ou difuso que sejam próprios aos do

⁶³ Atual presidente do TCU (biênio 2009-2010).

⁶⁴ O STF reconhece que “*as decisões do TCU proferidas em consultas têm caráter normativo e constituem prejulgamento da tese, nos termos do § 2º do art. 1º da Lei n.º 8.443/92. São, portanto, atos normativos*” (ADI 1691 MC/DF. Rel.: min. Moreira Alves, DJ 12/12/1997).

chamado controle concentrado de constitucionalidade transcenderia o contido na Súmula 347 do STF.

Entende-se que a solução pertinente, caso proposta consulta diretamente sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo em tese ao TCU, é o não atendimento dos requisitos da consulta, previstos no art. 264 do seu Regimento Interno, que prevê deva ser a matéria da competência daquele tribunal de contas, o que implicaria, consoante o art. 265, no não conhecimento pelo relator ou tribunal, na comunicação da decisão ao consulente e no pronto arquivamento.

Em parecer, o representante do Ministério Público junto ao TCU nos autos do TC-650.120/94-9, procurador Jatir Batista da Cunha, preconizou que a declaração de inconstitucionalidade de lei em tese pelo TCU representaria invasão da competência constitucional do STF e, nessa medida, é vedada ao tribunal de contas. No entanto, compete a esse tribunal de contas declarar inaplicável norma legal em face de conflito com a Constituição, desde que restrito a determinar a não aplicação da norma inconstitucional no caso concreto. Realmente, é possível levantar que, nas diversas deliberações em que o TCU se pronunciou, *“jamais declara a lei ou o ato normativo inconstitucionais; limita-se a considerar a norma aplicável ou inaplicável; a recomendar que a unidade a unidade jurisdicionada deixe de aplicar determinada norma, por entendê-la inconstitucional; ou a dar interpretação constitucional para o caso”* (SODRÉ, 2006, p. 15).

É Luciano de Farias, após expor que o STF julga leis e atos em sua essência em face da Constituição, outorgando-lhes validade ou suprimindo a existência do mundo jurídico, que sintetiza o que vem sendo aparentemente aplicado pelo TCU (FARIAS, 2001, p. 7451):

“O Tribunal de Contas [da União] não pretende, e nem pode pretender, julgar a constitucionalidade de lei com o mesmo objetivo do Excelso Pretório. (...) É inquestionável, portanto, que aos tribunais de contas não compete declaração de inconstitucionalidade de lei, (...) restrita aos órgãos do poder Judiciário. O que lhes assegura a ordem jurídica, no controle dos gastos públicos, é a inaplicabilidade da lei que afronta a Constituição, pois há de se distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e não-aplicação de leis inconstitucionais. (...) Destarte, (...), caso o tribunal entenda por inconstitucional uma determinada lei, não poderá o administrador público eximir-se de culpa por seus atos, porque terá agido em desobediência à decisão do tribunal, enfocando-se aqui a Súmula n.º 347 do STF”.

Seguem-se três exemplos do exercício dessa competência por parte do TCU e de seu reflexo, ainda que indireto, sobre pronunciamentos correlatos do STF.

O primeiro, já citado, porém exemplo já clássico, trata das determinações incidentais realizadas pelo TCU à *holding* Petrobras S.A., para que passe a observar a Lei n.º 8.666/1993 como o estatuto de licitações e contratos aplicável ao grupo estatal, tendo em vista em essência a inconstitucionalidade do regime de compras instituído por meio do Decreto n.º 2.745/1997 (Regulamento Licitatório Simplificado da Petrobras), norma infralegal específica para o grupo Petrobras, assim como do art. 67 da Lei n.º 9.478/1997 (“Lei do Petróleo”), que em tese o fundamenta, em face do art. 173, § 1º, inciso III, da Constituição Federal⁶⁵.

⁶⁵ Como exemplo, dentre outras, é emblemática a Decisão n.º 663/2002 – TCU – Plenário:

“O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, com fulcro no art. 71, IV, da Constituição Federal c/c art. 43, II, da Lei n.º 8.443/92, DECIDE: 8.1. determinar à Petrobrás que se abstenha de aplicar às suas licitações e contratos o Decreto 2.745/98 e o artigo 67 da Lei 9.478/97, em razão de sua inconstitucionalidade,

O dispositivo mencionado confere à lei dispor sobre “licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública”. Segundo o tribunal, seria admissível a instituição de regime de compras e licitações para estatais, diferente do regime geral, desde que mediante lei *stricto sensu*, que observe os princípios constitucionais administrativos e que tenha eficácia sobre a Administração indireta em geral, não sendo constitucional a delegação legislativa concedida pelo art. 67 da Lei n.º 9.478/1997, para a regulamentação do tema por meio de norma infralegal do poder Executivo.

A Petrobrás, porém, tem obtido medidas liminares sucessivas para cada determinação do TCU que lhe é contrária, em geral com base nos argumentos de que os artigos 71 e 72 da Constituição não expressam competência para o TCU declarar ou mesmo apreciar a constitucionalidade de leis e atos normativos; de que a Lei n.º 9.478/1997 visava flexibilizar o monopólio público do mercado do petróleo em busca de uma maior competitividade da estatal; e de que a Súmula n.º 347 do STF teria sido fundamentada em dispositivo da Constituição Federal de 1946. Nesse sentido é a já mencionada liminar deferida pelo ministro Gilmar Mendes, do STF, em sede do mandado de segurança MS n.º 25.888-8, que ordena a suspensão dos efeitos de decisão prolatada pelo tribunal de contas (Acórdão n.º 39/2006-TCU-Plenário), transcrita anteriormente.⁶⁶

Como segundo exemplo, houve várias determinações realizadas pelo TCU aos chamados conselhos federais e regionais de fiscalização do exercício profissional, como os conselhos de Medicina, Engenharia e Arquitetura, Administração etc., para que se abstivessem de aplicar o art. 58 da Lei n.º 9.648/1998, que conferia o caráter de entidades de direito privado a tais conselhos, retirando-os do âmbito da Administração pública.

As determinações decorriam do entendimento do tribunal de que o dispositivo era inconstitucional em face dos arts. 37, 70, parágrafo único, e 71 da Constituição Federal, haja vista que tais conselhos de fiscalização do exercício profissional têm natureza autárquica porque arrecadam e gerenciam recursos públicos de natureza parafiscal, são instituídos por lei, prestam serviços de natureza pública e detêm poder de polícia, devendo estar sujeitos aos princípios gerais que regem a Administração pública, como a observância da obrigatoriedade de licitação, do concurso público para provimento de cargos e da prestação de contas (nessa linha eram seguintes os Acórdãos do TCU: n.º 111/1993, 318/1994, 473/1994, 06/1995,

e observe os ditames da Lei 8.666/93 e o seu anterior regulamento próprio, até a edição da lei de que trata o § 1º do artigo 173 da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional 19/98”.

⁶⁶ Veja-se posicionamento do ministro Benjamim Zymler, revisor de processo afeto no âmbito do TCU:

“As deliberações do tribunal têm imposto à Petrobrás a observância da Lei n.º 8.666/93. Entende-se, também, que o Parecer da Advocacia Geral da União (AGU) que declarou a constitucionalidade do Decreto n.º 2.745/98, não conforma as decisões do TCU. A Petrobrás, porém, obteve medida liminar deferida pelo ministro Gilmar Mendes, do STF, em sede do mandado de segurança MS n.º 25.888-8, ordenando a suspensão dos efeitos de decisão prolatada por esta corte (Acórdão n.º 39/2006-Plenário), que impunha a observância de dispositivos da Lei n.º 8.666/93, no âmbito do TC 008.210/2004-7.

Assinalo, a esse respeito, a ausência de caráter vinculante da mencionada decisão judicial, por estar limitada a solução de conflito específico, tratado naquele processo, e, ainda, em juízo de cognição sumária e precária. O princípio da independência das instâncias autoriza o prosseguimento de feito, neste tribunal, que cuide de questão similar. Não há, por isso, óbices para que esta corte se manifeste em relação às matérias de sua competência, independentemente do trâmite de ações correlatas, que tratem de situações concretas, em outras instâncias” (Acórdão n.º 1.434/2007-2.ª Câmara. Relator: min. B. Zymler).

179/2000, 31/2001, 250/2002 e 103/2004, do Plenário; n.º 176/2002, 2.348/2003, 1.812/2004 e 898/2005 da 1ª Câmara; e n.º 27/2002 e 398/2002, da 2ª Câmara, dentre outros).

No mesmo sentido igualmente se pronunciou o STF em 09/03/2000, ao examinar o mérito do MS n.º 21.797-9, confirmando a interpretação do TCU quanto à natureza autárquica dos referidos conselhos e, no teor da medida cautelar concedida na ADI n.º 1717-6, de 27/09/1999, suspendeu em definitivo a eficácia do art. 58 da Lei n.º 9.649/1998.

Um terceiro exemplo, dessa feita a respeito do qual não houve manifestação do STF ou do Congresso Nacional, é sobre o entendimento firmado pelo TCU de que, com a entrada em vigor da Constituição de 1988, encontram-se revogadas as disposições da Lei n.º 7.675/1988, por não terem sido recepcionadas pelo novo texto, permanecendo, porém, a competência do TCU quanto à fiscalização da entrega dos recursos tributários arrecadados aos estados (Decisão n.º 51/2002- TCU- Plenário). Consta que a lei permanece em vigor.

Os trabalhos acerca da matéria tendem a concluir que, acatada a interpretação da Súmula n.º 347 do STF pela competência do TCU para apreciar a constitucionalidade de normas e atos normativos *incidenter tantum* no estrito exercício de suas atribuições, deveria cumprir ao tribunal de contas a observância do quorum qualificado previsto no art. 97 da Constituição Federal⁶⁷ c/c os arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil, norma subsidiária ao processo observado no TCU nos termos de sua Súmula 103.⁶⁸

Há várias deliberações anteriores do TCU nesse sentido, a exemplo das seguintes:

(...) 38. Se a decisão da consulta afirmar a inconstitucionalidade da norma, seu caráter normativo acarretará a obrigatoriedade de os órgãos sujeitos à jurisdição do tribunal não a aplicarem. O efeito prático será a suspensão da eficácia da norma objeto da consulta, o que não pode ser realizado pelo TCU. Reconheça-se que pode esta corte examinar a constitucionalidade de leis, no exercício de sua missão institucional, porém apenas para decidir o caso concreto. Nunca quando o objeto de processo, cuja decisão possua efeito normativo, for a própria constitucionalidade da norma (Acórdão n.º 831/2006-Plenário. 09/07/2006. Rel.: min. B. Zymler).

(...) Em solicitação da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados (...). Acrescento, porém, que a análise da constitucionalidade das normas, quando discutidas em tese, refoge à competência desta casa, constituindo atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal (trecho de voto, Decisão n.º 640/95-Plenário. Rel.: min. Adhemar P. Ghisi).

8. Ocorre que, após uma análise mais detida dos autos, constatei que a postulação da unidade técnica escapa à competência deste tribunal, porquanto visa, em sede abstrata, a discussão da constitucionalidade de norma jurídica, matéria esta, no entanto, da alçada privativa do Supremo Tribunal Federal - STF, *ex vi* do disposto no art. 102, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal. 9. Ademais, ainda que o encaminhamento da unidade técnica não busque declarar a inconstitucionalidade da Medida Provisória 431/2008, convertida na Lei 10.784, de 2008, a proposição no sentido de que o Poder Executivo não conceda a incorporação de gratificações por ela prevista, negando-se, pois, validade à norma jurídica, assemelha-se a um controle prévio e abstrato de constitucionalidade, o que definitivamente refoge à

⁶⁷ Art. 97 da CF88: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

⁶⁸ Súmula 103 do TCU: “Na falta de normas legais regimentais específicas, aplicam-se, analógica e subsidiariamente, no que couber, a juízo do Tribunal de Contas da União, as disposições do Código de Processo Civil”.

competência do TCU (Acórdão n.º 2195/2008-Plenário. 08/10/98. Rel.: min. G. Palmeira).

Discordam dessa posição prevalecente, dentre outros, Clemerson Mérilin Clever, Roberto Rosas e José Luiz de Anhaia Mello (*apud* SODRÉ, 2006, pp. 9-10). Mas é novamente Mariana Sodré quem sintetiza uma conclusão cabível ao assunto: a de que, considerando a equiparação relativa de prerrogativas de ministros do TCU aos do Superior Tribunal de Justiça, e considerando ainda que há previsão de procedimento específico para a declaração incidental de inconstitucionalidade nos arts. 199 e 200 do Regimento Interno do STJ, que “*seria oportuno que o tribunal de contas implementasse um regime específico para apreciação da matéria constitucional, por meio da regulamentação do processo decisório da argüição de inconstitucionalidade de leis e atos normativos, no âmbito de seu próprio regimento interno*”.

3.5.3.2 Competência para prolatar decisões de natureza cautelar.

Como lembra Henrique Lima, o poder geral de cautela cabível ao TCU não se encontra previsto na sua lei orgânica, mas no art. 276⁶⁹ do seu regimento interno, e nessa condição é reconhecido pelo STF, a exemplo da decisão proferida nos autos do mandado de segurança MS n.º 24.510-7/DF (LIMA, 2007, p. 152, e NORTHFLEET, 2007), da relatoria da ministra Ellen Gracie Northfleet, que se posicionou no sentido de que o TCU é competente para “*fiscalizar procedimentos de licitação, determinar suspensão cautelar (arts. 4º e 113, §§ 1º e 2º, da Lei n.º 8.666/1993), examinar editais de licitação publicados e, nos termos do art. 276 de seu regimento interno, e possui legitimidade para a expedição de medidas cautelares para prevenir a lesão do erário e garantir a efetividade de suas decisões*” (acórdão de 19/11/2003).

Na mesma ação mandamental, Flávio Régis de Moura e Castro colacionou manifestações de ministros do STF, Sepúlveda Pertence: “*nenhum poder decisório constitucional é dado para tornar-se ineficaz e, por isso, tenho como implícito, na norma que outorga o poder de decidir, o poder cautelar necessário a garantir a eficácia de eventual decisão futura*”, e Cezar Peluso: “*os princípios da legalidade e moralidade, além da analogia estabelecida com o poder jurisdicional, implicam o poder que o tribunal de contas tem de prevenir que atue a posteriori, para remediar danos já causados ao erário*” (CASTRO, 2005, p. 5655).

A rigor, cumpre lembrar que o poder geral de cautela do TCU observa os requisitos processuais típicos e indispensáveis de *periculum in mora* (risco de perda do direito pelo decurso do tempo) e *fumo bonis iuris* (verossimilhança do pleito em face do direito alegado), segundo a regra da prévia oitiva do responsável, mas, excepcionalmente, também de início sem tal oitiva (*inaudita altera pars*, quando circunstancialmente se dá diferimento ao contraditório, até a apreciação do mérito).

⁶⁹ Art. 276 do RITCU: “Art. 276. O plenário, o relator, ou, na hipótese do art. 28, inciso XVI, o presidente, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, poderá, de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar, com ou sem a prévia oitiva da parte, determinando, entre outras providências, a suspensão do ato ou do procedimento impugnado, até que o Tribunal decida sobre o mérito da questão suscitada, nos termos do art. 45 da Lei n.º 8.443, de 1992.”

Prevê-se a adoção das seguintes medidas: afastamento cautelar de 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 (art. 44 da Lei n.º 8.443/1992); a indisponibilidade de bens do responsável por prazo não superior a um ano, tantos quantos considerados bastantes para garantir o ressarcimento do dano, com fundamento no art. 44, § 2.º, da Lei n.º 8.443/1992; e a suspensão cautelar da execução do ato administrativo ou contrato, que, neste caso, configurará eventual medida antecipatória da tutela, e não mera cautelar.

Preconiza o tribunal, ainda, a análise da possibilidade de impacto da concessão da cautela sobre o interesse público adquirir repercussão mais prejudicial do que benéfica, numa espécie de *periculum in mora* “ao reverso” – quando, por exemplo, contratação de obra ou serviço em andamento, ainda que eivada de irregularidade ou mesmo indício de desvio de recursos, resultaria em prejuízo maior à sociedade paralisada do que em andamento e, dentro do possível, com realização das correções e apurações mais necessárias.

O que não deixa de indicar notável critério de ponderação de princípios administrativos e constitucionais no caso concreto (em geral, os da supremacia do interesse público, da legalidade, da impessoalidade e da eficiência), segundo o critério da razoabilidade, denotando, não raro, deliberações sob a ótica da chamada *reserva do possível*.

Ressalte-se constar entendimento pacífico do TCU quanto à deliberação pela cautelar, da alçada do Plenário, não ofender a Súmula Vinculante n.º 3 do STF⁷⁰ uma vez que, além de cada cautelar ser apreciada sob as circunstâncias do caso concreto, não haver apreciação definitiva do mérito e haver necessidade de urgente atuação do julgador, passível de confirmação ou revisão após o regular contraditório e a ampla defesa prévios à decisão definitiva, nos termos do § 5.º do art. 278 do seu regimento interno, norma processual aplicável à emissão de cautelar no âmbito do TCU e, subsidiariamente, do CPC, conforme a Súmula 103 daquele tribunal de contas (Acórdãos n.º 1995/2008, n.º 697/2007 e n.º 2046/2006, todos do Plenário do TCU, além de outros)⁷¹.

A prerrogativa se reveste de capital importância para a atuação recente do TCU no âmbito da Administração pública federal e, tais quais outras competências analisadas, igualmente não encontra parâmetro dentre outros órgãos de controle. O impacto efetivo é considerável tanto para a prevenção de irregularidades detectadas ao longo principalmente de licitações e contratos de obras públicas, quanto para o tipicamente lento cumprimento da programação da execução orçamentária do governo federal.

Para se ter uma idéia da afirmação, em 2008 o TCU aplicou 124 concessões de medidas cautelares solicitadas em matérias de objetos e valores de despesa diversos, que significaram a suspensão de 81 licitações (que envolviam R\$ 897,8 milhões), o bloqueio de

⁷⁰ “Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão”.

⁷¹ Henrique Lima cita como exemplo de cautelar, a prolatada no âmbito do Acórdão n.º 1.259/2006-TCU-Plenário: “Agência Espacial Brasileira (AEB) – Centro de Lançamento de Alcântara. Detectados indícios de irregularidades graves em procedimento licitatório, cujo prosseguimento pode acarretar risco de dano ao patrimônio público, impõe-se sua suspensão cautelar até análise definitiva e eventual correção das falhas suscitadas”.

41 operações de repasses de recursos federais a contratos, convênios ou instrumentos congêneres (no montante de R\$ 802,4 milhões) e a interrupção de 48 obras (de um total de 153 auditadas *in loco*, a maioria por sobrepreço, ou seja, com majoração injustificada do orçamento; por superfaturamento, vale dizer, por majoração ilícita de pagamentos efetuados, ou por outras irregularidades em licitação, principalmente indício de direcionamento de resultado e afronta à competição). Segundo estimativa do próprio tribunal, teria sido evitado o prejuízo potencial total de cerca de R\$ 1,7 bilhão aos cofres públicos. O poder Executivo federal recebeu um total de 13 recomendações de paralisação de obras relacionadas ao chamado Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) naquele exercício de 2008, pela gravidade das irregularidades e premência das ações necessárias à apuração e correção.^{72 73}

3.5.3.3 Imprescritibilidade da ação de ressarcimento de débito contra o erário.

A Constituição Federal, por seu art. 37, § 5.º, traz a regra de que *“lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”*. Há apenas a indicação da existência de distinção entre *ações punitivas* e *ações de ressarcimento*, ou, em outras palavras, diferenciação entre a pretensão punitiva e a pretensão reparatória.

Admitido restar claro a aplicabilidade da prescrição para ilícitos contra o erário e suas respectivas hipóteses de sanção, inclusive multa, estabeleceu-se dúvida interpretativa quanto ao significado da expressão *“ressalvadas”*, empregada na parte final, no que pertine à questão da aplicabilidade, ou não, do instituto da prescrição também a débitos de responsáveis em face do erário. Isso porque, se interpretado restritivamente o dispositivo, ou seja, entendendo-se que trata apenas de exceção aplicável à hipótese específica da prática de crime tipificado, que não prescreveria, restaria admitida a prescrição para as demais hipóteses; caso não, estaria determinada a imprescritibilidade dos débitos.

⁷² Conforme amplo noticiário dos veículos *Valor Econômico*, de 05/05/2009 (*“Congresso reage a perda de poder para TCU”*); *Folha de S. Paulo*, de 11/05/2009 (*“Governo Lula quer redefinir atuação do Tribunal de Contas”*); e *Veja Online*, de 11/05/2009 (*“Lula agora quer enquadrar TCU”*), que enfocaram a suposta repercussão nos escalões políticos aos efeitos das ações do TCU sobre o andamento de programas governamentais.

⁷³ Em debate organizado na Câmara dos Deputados em 12/05/2009 pela *“Frente Parlamentar em Defesa da Infraestrutura Nacional”*, o min. Benjamin Zymler, do TCU, rebateu estudo apresentado por associação de empreiteiras, que preconizava flexibilização da atuação daquele tribunal quanto à interferência em licitações e paralisação de obras em rodovias, portos e aeroportos.

O estudo basicamente criticou um suposto excessivo poder do TCU quanto a obras em relação a órgãos de controle dos EUA, Reino Unido, Alemanha e N. Zelândia e os parâmetros de preços empregados pelo TCU. Zymler contra-argumentou com a desconsideração do estudo pela distinta realidade cultural do Brasil, tornando o TCU mais próximo aos órgãos de controle de países emergentes; lembrou as competências constitucionais do tribunal, ampliadas em 1988 para contenção dos abusos e perdas contra o erário; realçou que é o Congresso que decide a paralisação de obras, e não o TCU, que cumpre as estipulações legais e assessora suas casas e comissões técnica e juridicamente; e que os parâmetros de preços são definidos nas LDO e considerados conforme o mercado, a região e as características de cada obra.

No sentido da imprescritibilidade genérica do débito sempre tendeu a maioria da doutrina administrativista tradicional após 1988.⁷⁴

Ademais, sempre apontou o TCU a ausência de legislação específica para a definição da cobrança de dívidas ativas da União, estados, municípios e Distrito Federal de natureza não tributária, haja vista que resta disciplinada destes últimos nos termos dos arts. 173 e 174 do Código Tributário Nacional (Lei n.º 5.172/1966).

Nessa direção, consoante a jurisprudência consolidada do TCU, a prescrição quinquenal, prevista na Lei n.º 9.873/1999 (que regula a ação punitiva movida pela Administração federal), não atinge a atividade judicante do tribunal, cujo fundamento legal tem escopo no exercício do controle externo, constitucionalmente previsto, e não no exercício do poder de polícia⁷⁵, entendendo inaplicável, também, o contido no art. 54 da Lei n.º 9.784/1999, para sustentar a aplicabilidade do prazo decadencial de 5 (cinco) anos no âmbito do TCU, essencialmente, dentre outros fundamentos, porque essa norma regula o processo administrativo no âmbito da Administração federal, diverso do processo próprio ao TCU, administrativo de contas, regulado pela legislação específica aplicável (Regimento Interno do TCU, nos termos de sua lei orgânica, Lei n.º 8.443/1992 e, subsidiariamente, do CPC⁷⁶).

Passou o assunto a ser recorrentemente polêmico no âmbito do TCU, tendo em vista que havia posicionamentos, em síntese muito apertada:

- quanto às ações de ressarcimento de danos causados ao erário terem-se tornado, desde a Constituição Federal de 1988 (art. 37, § 5º), imprescritíveis (Acórdãos n.º 1702/2003-Plenário, n.º 1545/2004-2ª Câmara, e outros), posição originariamente prevalecente no tribunal;

- outra corrente, pela prescrição em 20 anos, com base no Código Civil de 1916, quando vigente à época dos atos praticados pelos agentes responsáveis (Acórdãos n.º 116/1998-Plenário, n.º 160/2002-2ª Câmara, n.º 05/2003-2ª Câmara, Acórdão n.º 82/2003-2ª Câmara, n.º 1361/2003-2ª Câmara), que predominou até o advento do Código Civil de 2002 (Lei n.º 10.406/2002); e

- outra, que se seguiu, segundo a qual a regra geral passaria a ser a da prescrição em 10 anos (art. 205), aplicando-se a regra de transição prevista no art. 2.028 desse código, pela qual se aplica a prescrição decenária, desde que não houvesse transcorrido, em 01/01/2003, mais da metade do prazo de 20 anos estabelecido na lei revogada.

⁷⁴ Nesse sentido opinam, entre outros, Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso de Direito Administrativo, Malheiros, 13a ed. 2001, p. 263), Maria Silvia Zanella Di Pietro (Atlas, 13a ed. 2001, p. 682) e José Afonso da Silva (Curso de Direito Constitucional Positivo, Malheiros, 12a ed, 1996, p. 619).

⁷⁵ Acórdãos n.º 78/2005, n.º 71/2000, n.º 248/2000, e n.º 61/2003 – Plenário; e Acórdãos n.º 917/2003 e n.º 53/2005 - Segunda 2ª Câmara.

⁷⁶ Veja-se o TC n.º 13.829/2000-0 - Decisão n.º 1020/2000-Plenário, com extensa fundamentação a respeito.

Este vinha sendo o entendimento prevalecente do TCU a partir do Acórdão n.º 8/1997-Plenário (relator: min. Adhemar P. Ghisi), que denota uma solução subsidiária e não analógica, determinando que a pretensão do ressarcimento teria caráter da reparação regulada pelo direito civil, a exemplo do Acórdão n.º 1727/2003, da 1ª Câmara, e outros, e, portanto, prescritível, mas ainda silenciando acerca da prescrição cabível à pretensão de sanção, que, em tese, seria imprescritível, embora limitada à pessoa do responsável.⁷⁷

Os autores Alexandre e Henrique Araújo Costa, porém, defendem que haveria dois paradoxos na jurisprudência adotada pelo TCU: um, que, ao reconhecer o caráter civil da pretensão de reparação de débito contra o erário, o tribunal deveria reconhecer, pela interpretação sistemática entre o Código Civil de 2002 e as Leis n.º 9.784 e n.º 9.873/1999, que tal pretensão, de acordo com o mesmo Código Civil, seria na verdade de 3 anos, mas que, entendem os autores, o tribunal, adotando uma interpretação teleológica, e não sistemática, optou por se posicionar pela prescrição decenária, a fim de evitar outro paradoxo, o de que a pretensão ressarcitória, nessa linha, seria menor que a punitiva (COSTA, 2008, pp. 12-14).

Eis que o STF proferiu julgado com a ementa a seguir:

“MS n.º 26.210-DF, RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI, EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. BOLSISTA DO CNPq. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE RETORNAR AO PAÍS APÓS TÉRMINO DA CONCESSÃO DE BOLSA PARA ESTUDO NO EXTERIOR. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA. I - O beneficiário de bolsa de estudos no exterior, patrocinada pelo Poder Público, não pode alegar desconhecimento de obrigação constante no contrato por ele subscrito e nas normas do órgão provedor. II - Precedente: MS 24.519, Rel. Min. Eros Grau. III - Incidência, na espécie, do disposto no art. 37, § 5º, da Constituição Federal, no tocante à alegada prescrição. IV - Segurança denegada.”

Portanto, o STF afastou a prescrição apontada pelo interessado, com fundamento no entendimento da incidência do disposto na parte final do art. 37, § 5.º, da Constituição Federal naquele caso concreto⁷⁸, o que dá nova dimensão ao entendimento do TCU até então, ampliando o alcance da competência do tribunal de contas no tempo, para a devida apuração e reparação de prejuízo causado ao erário quando constituída obrigação legal e válida de ônus

⁷⁷ Alexandre e Henrique Araújo Costa colocam que “uma avaliação cuidadosa da evolução da jurisprudência do TCU e da consolidação da tese da prescritibilidade é feita pelo min. Benjamin Zymler no Acórdão n.º 40/2006 – Plenário, que cita como precedentes: Acórdão n.º 08/97 - 2ª Câmara, Acórdão n.º 11/98 - 2ª Câmara, Acórdão n.º 71/2000 – Plenário, Acórdão n.º 248/2000 - Plenário e Acórdão n.º 05/2003 - 2ª Câmara” (COSTA, 2008, p. 5).

⁷⁸ Foi registrado, naquele feito, a ressalva feita pelo min. Cezar Peluso quanto à interpretação do art. 37, § 5.º, da CF, “por julgar estar-se diante de uma exceção, a ser interpretada restritivamente, à previsão de prescrição para ilícitos, que não se aplicaria ao caso, por não haver ilícito”, tendo reputado, entretanto, que não foi configurado o caso típico de prescrição, podendo a matéria ser rediscutida na ação própria de cobrança, e ainda que restou vencido o min. Marco Aurélio de Mello, que vislumbrou a ocorrência da prescrição (Informativo STF 518, MS 26210/DF, 04/09/2008).

do agente responsável, ao não circunscrever a imprescritibilidade à mera pretensão de ressarcimento na hipótese de prática de ilícito.

Além disso, de forma análoga, a 1ª Seção do STJ, em sede do recurso especial REsp n.º 1.056.256-SP (Rel.: min. Humberto Martins, julgado em 16/12/2008), ajuizado pelo Ministério Público, que visava apurar prejuízos apontados em contrato firmado entre o Departamento de Estradas de Rodagem de São Paulo e o Consórcio Nacional de Engenheiros e Consultores (CNEC), entendeu que a ação civil pública tem suas pretensões submetidas à prescrição em 5 (cinco) anos, à semelhança da ação popular, regida pela Lei n.º 4.717/1965, desde que ressalvada a hipótese de ressarcimento de dano ao erário, quando se torna imprescritível.

Para tanto, ao registrar que a ação civil pública, disciplinada pela Lei n.º 7.347/1987, é omissa em relação ao prazo de prescrição, e que, segundo a jurisprudência daquele tribunal, a prescritibilidade é a regra do direito brasileiro e as exceções devem estar expressas em lei, aquele colegiado decidiu que o disposto no artigo 37, § 5.º, da Constituição Federal, expressa ressalva à essa regra no tocante à ação civil pública, pelo fato de excluir as ações de ressarcimento relativas a prejuízos causados ao erário por qualquer agente, servidor ou não, dos prazos de prescrição que devem ser definidos em lei para ilícitos praticados contra o erário.

4 OS NOVOS ÓRGÃOS DE CONTROLE E SUAS COMPETÊNCIAS

4.1 O controle da Administração atribuído aos Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público.

Criados pela Emenda Constitucional n.º 45, de 08/12/2004, os Conselhos Nacionais de Justiça (CNJ) e do Ministério Público (CNMP) são órgãos colegiados de controle ético-disciplinar, administrativo e financeiro dos órgãos do Judiciário e do Ministério Público, respectivamente, nos termos dos arts. 92, 103-B e 130-A da Constituição Federal.

4.1.1 Competências e atribuições principais.

Cabe ao CNJ, essencialmente, a competência de controlar a "*atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário*" e o "*cumprimento dos deveres funcionais dos juízes*" (§ 4.º do art. 103-B), ao passo que ao CNMP compete, analogamente, controlar a "*atuação administrativa e financeira do Ministério Público*" e o "*cumprimento dos deveres funcionais de seus membros*" (§ 2.º do art. 130-A).

No que tange ao objeto deste estudo, é relevante observar que as disposições dos referidos dispositivos expressam que as competências instituídas aos conselhos *não podem prejudicar aquelas próprias dos tribunais de contas*.

As demais atribuições desses conselhos nacionais, de acordo com os incisos dos arts. 103-B e 130-A, são:

- zelar pela autonomia funcional e administrativa dos órgãos do Judiciário ou do Ministério Público, conforme o caso e, no caso do CNJ, pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo quaisquer deles expedir atos regulamentares no âmbito de suas competências, ou recomendar providências;

- zelar pela observância do art. 37 da Constituição Federal e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos da União e dos estados a eles sujeitos, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência dos tribunais de contas;

- receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos da União e dos estados a eles sujeitos, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional do poder Judiciário ou do Ministério Público, conforme o caso, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

- no caso do CNJ, representar ao Ministério Público, se praticado crime contra a Administração pública ou de abuso de autoridade;

- rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares da União ou dos estados julgados há menos de um ano; e

- elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias sobre a situação dos órgãos a eles sujeitos no país e as atividades do conselho correspondente, que deve integrar as mensagens a serem remetidas ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa, no caso do CNJ, pelo presidente do STF, e, no caso do CNMP, pelo presidente da República, prevista no art. 84, XI, da Constituição Federal.

Os conselhos terão corregedores nacionais – o presidente do STJ, no caso do CNJ, e, no caso do CNMP, corregedor eleito para mandato, sendo vedada a recondução, que deverão receber reclamações e denúncias de qualquer interessado, relativas a órgãos, a membros e aos respectivos serviços auxiliares sujeitos aos conselhos nacionais, cabendo obrigatoriamente à União, em todo o território nacional, e subsidiariamente a cada estado, a criação de ouvidorias que poderão representar diretamente a esses conselhos.

Tomando-se por base a legislação própria do CNJ, que, guardando-se as proporções e especificidades devidas, permite emprego da analogia aplicável ao CNMP para dimensionamento de suas competências e atribuições próprias a esse órgão, pode-se listar as demais atribuições desse conselho nacional, de acordo com o que o Regimento Interno do CNJ prevê ao órgão, que são, dentre outras:

- requisitar das autoridades fiscais, monetárias e outras, informações, exames, perícias ou documentos, sigilosos ou não, imprescindíveis ao esclarecimento de processos ou procedimentos de sua competência submetidos à sua apreciação;

- aprovar e alterar o regimento interno, resoluções e notas técnicas, e resolver as dúvidas que forem submetidas pela presidência ou pelos conselheiros sobre a interpretação e a execução do regimento ou das resoluções, podendo editar enunciados interpretativos com força normativa;

- emitir, por decisão do plenário por maioria absoluta, editar atos normativos, mediante resoluções, instruções, enunciados administrativos ou recomendações, com efeitos definidos pelo plenário, tendo as resoluções e os enunciados administrativos força vinculante, após sua publicação;

- apreciar os pedidos de providências para garantir a preservação de suas competências ou a autoridade das suas decisões, o que inclui reclamação para garantia das decisões ou atos normativos;

- propor a criação, transformação ou extinção de cargos e a fixação de vencimentos dos servidores do seu quadro de pessoal, cabendo a iniciativa legislativa ao STF, na forma do disposto no art. 96, II, da Constituição Federal;

- aprovar, em ato próprio e específico, a organização e a competência de seus órgãos internos, bem como as atribuições das suas chefias e servidores, a abertura de concurso público para provimento dos cargos efetivos e homologar o respectivo resultado final;

- estimular o desenvolvimento de programas de aperfeiçoamento da gestão administrativa e financeira dos órgãos do poder Judiciário e de interligação dos respectivos sistemas, estabelecendo metas;

- fixar procedimentos e prazos mínimos e máximos para manifestação do conselheiro sorteado para apreciar processos que tratem sobre prestação de contas anuais, relatórios para o Congresso Nacional, parecer de mérito em propostas orçamentárias, criação de cargos, criação de programas de responsabilidade do CNJ com as respectivas propostas orçamentárias, metas e seus responsáveis, criação de convênios que incluam contrapartida do CNJ, e demais hipóteses analisadas pelo plenário;

- decidir o plenário sobre consulta, em tese, de interesse e repercussão gerais quanto à dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência, que devem conter indicação precisa do seu objeto, ser formulada articuladamente e estar instruída com a documentação pertinente, cuja resposta, quando proferida pela maioria absoluta do plenário, tem caráter normativo geral, mas que poderá ser respondida monocraticamente, quando a matéria já estiver expressamente regulamentada em resolução ou em enunciado administrativo, ou quando já tiver sido objeto de pronunciamento definitivo do plenário ou do STF;

- celebrar termo de compromisso com as administrações dos tribunais para estimular, assegurar e desenvolver o adequado controle da sua atuação financeira e promover a agilidade e a transparência no poder Judiciário; e

- o corregedor nacional de Justiça, ou aquele que for por ele designado, disporá de livre ingresso nos locais onde se processem as atividades inspecionadas, em inspeções poderão ser realizadas rotineiramente ou a qualquer tempo, podendo, se entender conveniente, acessar documentos, livros, registros de computadores ou qualquer outro dado ou elemento de prova que repute relevante para os propósitos da inspeção, cabendo ao plenário do CNJ, tendo em vista o conteúdo das atas de inspeção, regulamentar quaisquer práticas administrativas, uniformizando procedimentos com vista à melhoria da organização, do funcionamento e do controle dos serviços de administração da Justiça.

Cabe reclamação disciplinar proposta contra membros do poder Judiciário e contra titulares de seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro. Configurada a infração disciplinar, o corregedor nacional de Justiça proporá ao plenário a instauração de processo administrativo disciplinar, se as provas forem suficientes, ou instaurará sindicância para investigação dos fatos.

A sindicância é o procedimento investigativo sumário levado a efeito pela corregedoria nacional de Justiça, com prazo de conclusão não excedente de 60 dias, destinado a apurar irregularidades atribuídas a magistrados, servidores ou serventuários, cuja apreciação

não se deva dar por inspeção ou correição, podendo ser designados servidores de outros órgãos do Judiciário ou, mediante cooperação, dos órgãos do Executivo e do Legislativo, para auxílio aos trabalhos de apuração.

O processo administrativo disciplinar é o instrumento destinado a apurar responsabilidades de magistrado e de titulares de serviços notariais e de registro por infração praticada no exercício de suas atribuições, que obedecerá ao procedimento ditado no Estatuto da Magistratura, inclusive no que concerne à aplicação pelo CNJ das penas disciplinares respectivas, aplicando-se subsidiariamente, no que não incompatível com resolução do CNJ, as Leis n.º 8.112/1990 e n.º 9.784/1999.

Há, ainda, a representação contra magistrado por excesso injustificado de prazo para a prática de ato de sua competência jurisdicional ou administrativa, a qual poderá ser formulada por qualquer pessoa com interesse legítimo, pelo Ministério Público, pelos presidentes de tribunais ou, de ofício, por conselheiros, bem como a revisão disciplinar. A instrução dos processos observará os princípios do contraditório e da ampla defesa.

4.1.2 Controle administrativo e efetivação das decisões.

O controle dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário será exercido pelo Plenário do CNJ, de ofício ou mediante provocação, sempre que restarem contrariados os princípios estabelecidos no art. 37 da Constituição, especialmente os de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, sem prejuízo da competência do TCU e dos tribunais de contas estaduais. O relator determinará a notificação da autoridade que praticou o ato impugnado e dos eventuais interessados em seus efeitos. Não ilidido o fundamento do pedido, o Plenário determinará:

- a sustação da execução do ato impugnado;
- a desconstituição ou a revisão do respectivo ato administrativo;
- o afastamento da autoridade competente pela prática do ato impugnado.

Se comprovada a resistência ao cumprimento de decisão proferida pelo CNJ por 30 dias além do prazo para seu cumprimento, o plenário, o presidente ou o corregedor nacional de Justiça, de ofício ou por reclamação de interessado, adotará as providências cabíveis à imediata efetivação, sem prejuízo do procedimento disciplinar aplicável contra a autoridade recalcitrante e, se for o caso, do envio de cópias ao Ministério Público para as providências que entender cabíveis.

Da decisão do presidente, do corregedor nacional de Justiça ou do relator de processo, cabe, no prazo de cinco dias contados da intimação da autoridade ou interessado, a interposição de recurso administrativo ao plenário do CNJ. Dos atos e decisões do plenário não cabe recurso.

4.1.3 Enquadramento no sistema de controle constitucional da Administração.

4.1.3.1 Autonomia.

A autonomia do CNJ e do CNMP deve ser corolário de suas funções, mas, antes, decorrer da independência do poder Judiciário e daquela própria ao Ministério Público no concerto da tripartição dos poderes do Estado entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Conforme expôs Emerson Garcia, de forma análoga ao que transcorre com qualquer poder, como o próprio Judiciário, e, conforme visto, de forma muito similar aos tribunais de contas, sobressai do texto constitucional a defesa da autonomia administrativa do Ministério Público, *“numa reafirmação de que tal instituição não integra a estrutura do poder Executivo, malgrado serem seus membros, como, de resto, os próprios integrantes do CNJ, nomeados pelo Presidente da República”*.

O STF tem reafirmado essa autonomia institucional em relação ao Executivo, a exemplo da ADI-MC n.º 514/DF (relator: ministro Celso de Mello), e sua defesa é uma das competências do CNMP (art. 130-A, § 2º, II, da Constituição Federal, e arts. 97 e 98 do Regimento Interno do CNMP - RICNMP).

Seguindo ainda a linha de Emerson Garcia, o CNJ e o CNMP são necessariamente autônomos em relação aos demais órgãos da Administração para o devido exercício de suas funções, embora os atos praticados por esses conselhos nacionais estejam sujeitos aos controles sob a forma de sua revisão pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, I, “r”, da Constituição, e, devemos completar, do Tribunal de Contas da União, nos termos dos limites dos arts. 70 e 71 dessa norma fundamental.

4.1.3.2 Poder normativo.

O poder regulamentar do CNJ e do CNMP tem fundamento nos arts. 103-B, § 4.º, I, e 130-A, §2.º, I, da Constituição Federal. Ressalte-se que foi reafirmado pelo STF de forma incidental, por meio do controle difuso proferido em precedentes como aquele no qual deliberou, em sede de cautelar, pela constitucionalidade da Resolução CNJ n.º 007/2005, no qual o relator expressou que *“a jurisprudência dessa corte constitucional permite a análise da constitucionalidade das resoluções do Conselho Nacional de Justiça, na medida em que são atos normativos revestidos dos atributos de generalidade, impessoalidade e abstratividade, buscando seu fundamento de validade diretamente do texto constitucional”* (ADC n.º12/DF. Relator: ministro Carlos Ayres de Britto).

4.1.3.3 A natureza de órgão colegiado de controle interno.

Ocorre que o CNJ e o CNMP são *“órgãos que, desde a gênese, foram concebidos como mecanismos de controle externo”* (GARCIA, 2005, p. 5393). A constatação cria, em

tese, aparente conflito com o disposto no art. 71, *caput*, da Constituição Federal, eis que o dispositivo, como visto, erige o controle externo como a cargo do Congresso, e exercido com auxílio do TCU.

De fato, a conjuntura de discussão e aprovação da emenda constitucional que implementou a chamada “*Reforma do Judiciário*” consistia em pano de fundo voltado a uma revisão pretensamente pontual, porém efetiva, da ineficiência e da ineficácia generalizadas verificadas no poder Judiciário da União e dos estados, tanto quanto no exercício da função jurisdicional típica de seus órgãos, quanto na função administrativa e legiferante subsidiárias, eis que freqüentemente vinham sendo identificadas, pela mídia e pela sociedade em geral, como desempenhadas em desrespeito aos princípios constantes do artigo 37 da Constituição Federal, e, nesse sentido, concorrentes para agravamento das restrições estruturais do livre acesso dos cidadãos à Justiça e à duração razoável do processo, direitos fundamentais garantidos no artigo 5º daquela carta constitucional.

Ressaltavam e ainda ressaltam diversos autores, a exemplo de Emerson Garcia, Nagib Slaibi Filho, Willys Santiago Guerra Filho, José Carlos Vasconcellos dos Reis e Luciano de Farias, que o assunto, dos mais propalados no meio jurídico, consolidou a idéia comum da necessidade de instituição de um *controle externo do Judiciário* à medida que progrediam polêmicas e discussões parlamentares acerca da proposta de emenda à Constituição ⁷⁹ por 13 anos, até a aprovação final da EC n.º 45/2004, quando existiam formas de controles internos diversos sobre as várias funções do Judiciário, a exemplo do Conselho Nacional de Magistratura e, no que toca à atividade jurisdicional, a custódia processual *interna corporis* judicial, atinente à revisibilidade processual das decisões (FARIAS, 2004, p. 2; GARCIA, 2005, p. 5.403; NAGIB FILHO, 2002, p. 2; REIS, 2006, p. 204). Conforme assinalou Emerson Garcia:

“A criação dos Conselhos Nacionais do Ministério Público e de Justiça, como todos bem sabem, estaria associada à alegada necessidade de serem acessados e revisados atos praticados com base na autonomia administrativa e financeira do Ministério Público e do Poder Judiciário, muitas vezes inacessíveis aos mecanismos de controle já existentes. No que concerne ao aspecto disciplinar, a atuação desses conselhos decorreria de uma reconhecida condescendência dos mecanismos de controle interno quanto aos ilícitos praticados pelos respectivos membros. Abstraído-nos de concepções corporativas e ideológicas, não se pode negar a existência de uma certa razoabilidade nesses fundamentos”.

Como compilou a articulista Daniela Olímpio de Oliveira, é emblemática a interposição da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) n.º 3.367-1 (relator: min. Cezar Peluso; DJ 17/03/2006), pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), uma vez que a impetrante questionara a instituição do CNJ à vista de alegada violação do disposto no artigo 2.º da Constituição Federal ⁸⁰, o art. 60, §4.º, III, que tornou a tripartição dos poderes uma

⁷⁹ PEC n.º 96/92.

⁸⁰ Art. “2.º, CF88: São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

cláusula pétrea, e todo o Título IV, que versa sobre a organização dos poderes do Estado, realizando múltiplos questionamentos quanto à constitucionalidade do CNJ acerca da composição, escolha e nomeação de seus membros e das competências do órgão de realização de fiscalização e revisão de decisões proferidas no exercício da função jurisdicional típica do Judiciário a título de controle externo desse poder, que seria exercido, na verdade, em caráter definitivo e desproporcional, pelos demais poderes (OLIVEIRA, 2005, p. 5).

“(...) 2. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Emenda Constitucional n.º 45/2004. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. Instituição e disciplina. Natureza meramente administrativa. Órgão interno de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura. Constitucionalidade reconhecida. Separação e independência dos poderes. História, significado e alcance concreto do princípio. Ofensa a cláusula constitucional imutável (cláusula pétrea). Inexistência. Subsistência do núcleo político do princípio, mediante preservação da função jurisdicional, típica do Judiciário, e das condições materiais do seu exercício imparcial e independente. Precedentes e súmula 649. Inaplicabilidade ao caso. Interpretação dos arts. 2º e 60, §4.º, III, da CF. Ação julgada improcedente” (grifou-se).

Na ação, pronunciou-se o STF pela constitucionalidade do CNJ ⁸¹, em essência no sentido de que aquele conselho não é órgão jurisdicional judicial, mas um dos órgãos integrantes da estrutura do poder Judiciário (como expresso no art. 92, I-A, da Constituição, por disposição expressa da Emenda Constitucional n.º 45/2004), não tendo competência para intervir nas atividades jurisdicionais típicas daquele poder, ditando o direito ao caso concreto.

Como a rigor o CNJ é órgão do poder Judiciário, não há então que se falar em *controle externo*. Mais importante: quando da argüição de inconstitucionalidade quanto às competências do CNJ, foi reforçado pelo ministro-relator que o conselho não pode interferir na função típica do Judiciário, mas que, muito ao contrário, tem o dever de zelar por sua autonomia (art. 103-B, §4.º, inciso I, da Constituição) e que, se o *problema* é a fiscalização, existem para tanto as corregedorias e principalmente *os tribunais de contas, estes, sim, responsáveis pelo controle externo*.

Para o STF, com base na alínea “r” do inciso I do art. 102 da Constituição Federal, é aquele STF o órgão competente também para rever os atos praticados pelo CNJ, uma vez que aquele tribunal passou a ser, desde a EC n.º 45/2004 a dever atuar como *“fiador da independência e da imparcialidade dos juízes, em defesa da ordem jurídica e da liberdade dos cidadãos”*. Conclusivamente, não poderia o CNJ fazer o controle externo do Judiciário, e, muito menos, o definitivo.

O questionamento de inconstitucionalidade atinente à composição, escolha e nomeação do colegiado do conselho nacional, também levantada pela impetrante, restou desconstituída pelo relator sob o argumento de que, embora composto por alguns integrantes de origem estranha ao Judiciário e apenas na maioria, por integrantes oriundos desse poder (art. 103-B da Constituição), tornava-se irrelevante na medida em que a característica não é

⁸¹ Ressalte-se voto contrário do ministro Marco Aurélio de Mello, que advertiu sobre o que considerou uma inevitável repercussão da competência do CNJ *“no ofício judicante”*.

própria apenas do CNJ, mas igualmente de outros órgãos colegiados, como do próprio STF, tribunal que, inclusive, tem seus membros nomeados pelo presidente da República, mediante a aprovação do Senado Federal (Constituição, art. 101, parágrafo único). Novamente, não há que se falar em controle externo. Constatação análoga é cabível ao CNMP.

José Carlos Vasconcellos dos Reis observou que realmente a problemática das (logo apontadas) arguições de inconstitucionalidades não deveria prosperar se consideradas sob o prisma de que “*o aprofundamento da atividade fiscalizatória, controladora entre os Poderes do Estado, (...) é também um dado essencial do princípio insculpido no art. 2.º da Constituição*”, eis que “*o controle é um dos muitos aspectos de conteúdo normativo básico da separação de poderes*”. No seu entender, a idéia de controle e limitação recíprocos é um dos elementos essenciais à separação de poderes no Estado contemporâneo, a exemplo e *em resposta* ao aumento do controle exercido pelo Judiciário sobre os atos do Estado que violem normas constitucionais.

Ou seja, seria em boa medida resposta à manifestação do fenômeno da chamada *judicialização da política*, com a atuação provocada cada vez maior do Judiciário e, muitas vezes, do Ministério Público, no controle da legalidade e da legitimidade do próprio Estado, por meio de ações judiciais, via de regra, os remédios constitucionais (REIS, 2006, pp. 203-205).

O autor cita Diogo de Figueiredo Moreira Neto que, de forma muito interessante, havia sugerido, durante a fase de polêmicas pré-aprovação da EC n.º 45/2004, que uma solução para a pretendida idéia de *controle externo do Judiciário* que não agredisse o conceito constitucional de controle externo e da tripartição do Poder, insculpidos nos arts. 60, § 4º, e 71 da Constituição, seria, afinal, a possibilidade de se instituir uma provocação externa (ao Judiciário), para a atuação de um controle que, em si, seria interno àquele poder, no sentido de que a decisão final caberia a um órgão de cúpula formalmente do próprio Judiciário (NETO *apud* REIS, 2006, p. 211).

Na verdade, o que se conclui são dois pontos interessantes:

- um deles é o de que, de um lado, a possibilidade de acesso por um interessado qualquer ao controle dos órgãos do Judiciário (por meio da formalização de uma representação, por exemplo), e, de outro, a composição e as formas de indicação e confirmação dos colegiados do CNJ e do CNMP (em que há ingerência dos outros Poderes), são, possivelmente, o binômio de componentes ontológicos que dá o aparente aval à suposição, ou *sensação comum*, de que as atividades de controle desses conselhos *devem ser um controle externo*, quando, na verdade, contraditoriamente a tal interpretação equivocada (e amplamente disseminada), desenvolvem apenas e, (não fosse por conta da forma de indicação e da composição colegiada) quase tipicamente, um *controle interno*; e

- o advento desse controle interno adicional e quase típico, já que veio imposto externamente, com certeza refletiu forma de resposta dos agentes políticos dos poderes Legislativo e Executivo, *que afinal exercem cargos de natureza eletiva*, à progressiva conscientização da opinião pública acerca da necessidade de controle da Administração, no

caso, judiciária, mas não se pode deixar de constatar que tenha sido uma possível reação oportuna desses Poderes ao fenômeno do chamado ativismo judicial, eis que pronunciamentos judiciais crescentes em questões como efetivação de direitos fundamentais por intermédio de políticas públicas, e outros temas de interesse administrativo e eleitoral, voltam a chamar a atenção sobre a importância das ações de controle na estrutura dos *checks and balances* e para a realização dos preceitos constitucionais em benefício da sociedade.

4.1.3.4 A aparente falta de regulamentação específica para afastamento de conflito com o controle externo.

A constatação de que os conselhos pratiquem controle interno afasta em tese a hipótese de conflito entre as competências constitucionais dos conselhos, constantes dos arts. 103-B e 130-A da Constituição Federal, e as do TCU, constantes dos arts. 70 e 71, e passa a torná-los, *em tese*, complementares.

Não há, todavia, regulamentação específica para a hipótese de eventual conflito de atuação entre os conselhos e o TCU, restando adotar a possível aplicação dos mecanismos processuais não específicos disponíveis a esses órgãos para prevenir e, em caso de ocorrência, sanar algum eventual conflito de competências (não judiciais, é claro), entre o TCU, de um lado, e o CNJ e CNMP, de outro, dando cumprimento à expressão “*sem prejuízo das competências dois tribunais de contas*” (arts. 103-B, § 4º, II; e 130-A, § 2º, II).

De fato, dentre os mecanismos processuais previstos na Lei Orgânica (Lei n.º 8.443/1992) e no Regimento Interno do TCU – RITCU (Resolução n.º 155/2002), em caso de conflito de atuação institucional, vislumbram-se alternativas que podem conduzir ao não-conhecimento e arquivamento ou ao conhecimento e decisão de mérito do processo no tribunal de contas, em face da medida expedida pelo órgão estranho a esse tribunal (arts. 11, 40, 43 e 66 da Lei n.º 8.443/92), que esteja, nessa hipótese, a interferir em sua atuação. Nessa linha, ainda à adoção de medida cautelar, diligência, revisão ou confirmação de decisão interlocutória ou de mérito adotada pelo tribunal (arts. 116, 157, 201 e 273 a 276 do RITCU, e art. 31 da Lei n.º 8.443/92, inclusive mediante aplicação de multa à autoridade administrativa por descumprimento de medida prolatada, salvo justificativa devida, conforme o arts. 58, IV, da Lei n.º 8.443/92 e 267, VII, do RITCU), a despeito da atuação do órgão estranho.

Em outras palavras, a princípio, tão-somente decisões mandamentais⁸² do tribunal quanto ao órgão jurisdicionado sob fiscalização, limitada ao objeto do processo, e não-

⁸² As *sentenças (decisões) mandamentais* podem ser conceituadas como as que possuem ordem no sentido de que o decidido deve ser cumprido em todos os seus termos (aqui e agora), sem outros requisitos (nova ação e novo processo) e sem mais delongas, pois o acerto do direito já ocorreu e o determinado deve ser acatado sob pena de ensejar sanção à parte que causa embaraço ao regular exercício da jurisdição. É decisão de *ameaça*; Decisão que avisa antes de punir, abrindo oportunidade ao seu voluntário (mas não espontâneo) cumprimento.

mandamentais do tribunal acerca de eventual medida expedida por um dos conselhos nacionais, mas passíveis de serem, a esses, dirigidas (art. 179 do RITCU) ⁸³.

Exceção efetiva vislumbrada seria o exercício da competência do tribunal de contas quanto a apreciar incidentalmente a legalidade do ato administrativo objeto da ação do tribunal e, se necessário, a constitucionalidade da norma ou do ato normativo expedido pelo órgão da Administração – no caso, judiciária, o CNJ, ou do Ministério Público, o CNMP – a fim de determinar ao órgão jurisdicionado, que no caso estaria prestando contas ou sujeito ação de fiscalização, que deixe de aplicar a norma ou ato considerado inconstitucional ou ilegal (arts. 15, I, “e”, e 16, III, do RITCU, e Súmula n.º 347 do STF).

Medidas adicionais, em tese também possíveis ao tribunal de contas em tal situação fática, poderiam ser, por exemplo, antes da decisão, a expedição de diligência ao conselho nacional de interesse, a fim de solicitar informações que subsidiem a apreciação de constitucionalidade difusa ou da legalidade no caso concreto, e/ou, após a decisão, a expedição de notificação a esse conselho, a fim de, se assim quiser, considere deliberar sobre a inconstitucionalidade ou ilegalidade da norma ou ato apontada pelo tribunal, anulando a medida de efeito normativo, considerada ilegal ou inconstitucional no caso concreto.

Para tal iniciativa, no caso do TCU, basta a atuação, de ofício ou provocada, do relator ou do plenário do tribunal (arts. 11, 40, 43 e 66 da Lei n.º 8.442/92), sendo a provocação cabível ao próprio órgão ou entidade jurisdicionada, à unidade técnica do tribunal de contas, ao Ministério Público junto ao tribunal, inclusive sob a forma de preliminar (arts. 81, I, e 82 da Lei n.º 8.443/92 e art. 62, I, e § 2.º, do RITCU), ou a qualquer parte ou interessado, inclusive o próprio CNJ ou CNMP, conforme o caso, ou ainda, ao Ministério Público da União ou dos estados, se interessados, sob a forma de representação ao tribunal (art. 237, RITCU), desde que, entende-se, a rigor habilitados, a pedido ou de ofício, por iniciativa do relator, como parte interessada no processo (art. 144, § 2.º, do RITCU).

⁸³ Considerando-se que, no caso do TCU, do CNJ e do CNMP, nos termos do art. 131 da Constituição Federal, e em que pese existir o assessoramento das respectivas consultorias jurídicas, cabe em tese à AGU a representação judicial e extrajudicial desses órgãos em instâncias diversas, inclusive administrativas. Por isso, apenas por questão de mera argumentação e vislumbre de possibilidades, conclui-se ser uma hipótese de pouco provável admissibilidade, eis que carente de interesse processual e questionável possibilidade jurídica do pedido. A possibilidade jurídica parece inviável porque indica transcendência da mera apreciação incidental de constitucionalidade cabível ao TCU, nos termos da Súmula n.º 347 do STF, como visto. O interesse processual ficaria comprometido porque não indica defesa de interesse do órgão a interposição, pelo CNJ ou CNMP, de pedido de habilitação em processo no TCU na condição de interessado, para subsequente interposição de peça recursal apropriada para a defesa da suposição de legalidade de ato seu em caso concreto (ou, se for o caso, da constitucionalidade de ato normativo expedido), que seja objeto de determinação do TCU a um terceiro órgão para a não aplicação do ato ou norma no caso (art. 31 da Lei n.º 8.443/92 c/c os arts. 144, § 2.º, e 277 do RITCU), o que já é atribuição da AGU.

Mais adequado e eficaz, ao menos no caso do CNMP, seria o procurador-geral da República, uma vez que preside e representa o conselho perante outros órgãos (art. 28 do RICNMP), interpor a ação apropriada junto ao STF para a discussão em abstrato da matéria (MS, representação, ADIn ou ADC) e, no que toca ao CNJ, que também essa autoridade ou o Conselho Federal da OAB venham a fazê-lo, desde que devidamente provocados por um dos seus representantes junto ao CNJ.

Outras duas exceções vislumbradas como também cabíveis e mais efetivas, poderiam consistir no emprego da realização da representação junto à Procuradoria-Geral da República, consoante previsão no art. 71, inciso XI, da Constituição Federal, c/c o art. 2.º da Lei n.º 4.337/64, ou, alternativamente, a interposição de mandado de segurança junto ao Supremo Tribunal Federal (art. 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal).

Da parte dos Regimentos Internos do CNJ e do CNMP, vislumbra-se, mediante a representação desses órgãos por seus respectivos presidentes (art. 6º, III, do RICNJ, e art. 29, III, do RICNMP), a possibilidade de aplicação das hipóteses previstas para solução por meios internos da questão:

- no art. 4.º do RICNJ, inciso XXV (“*resolver as dúvidas que forem submetidas pela presidência ou por conselheiros sobre a interpretação e a execução do regimento ou das resoluções, podendo editar enunciados interpretativos com força normativa*”) e inciso XXXII (“*decidir sobre consulta formulada a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência*”) e no art. 89 (“*o plenário decidirá sobre consultas, em tese, de interesse e repercussão gerais quanto à dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência*”);

- no art. 19, XXI, §§1.º e 2.º, do RICNMP (“*resolver dúvidas relativas à aplicação do regimento interno ou de atos do conselho suscitadas em tese pelos procuradores-gerais, pelos corregedores-gerais, pelo presidente do conselho federal da OAB ou por entidade nacional de classe representativa dos membros ou servidores do Ministério Público*” - embora, neste último caso, necessário que a dúvida seja suscitada por um desses agentes competentes para a iniciativa); e

- nos arts. 101 do RICNJ e 101 do RICNMP (“*a reclamação para garantia das decisões ou atos normativos poderá ser instaurada de ofício ou mediante provocação, sendo submetida ao presidente do CNJ*” e “*caberá reclamação para preservar a competência do conselho ou garantir a autoridade de suas decisões plenárias*”).

Entende-se que as medidas externas aplicáveis seriam similares àquelas possíveis ao TCU, com exceção da apreciação difusa de constitucionalidade.

Note-se que a disposição do art. 106 do RICNJ é ineficaz acerca de decisão do TCU ou de outros tribunais de contas, eis que se refere a decisões *judiciais* (“*as decisões judiciais que contrariarem as decisões do CNJ não produzirão efeitos em relação a estas, salvo se proferidas pelo Supremo Tribunal Federal*”).

4.2 O controle da Administração atribuído às agências reguladoras.

Walton Alencar Rodrigues, ministro do TCU, aponta que o tema do controle das agências reguladoras no Brasil, ainda polêmico, concentra-se na independência ou, mais propriamente, na autonomia concedida às agências por lei, e na existência ou não da chamada “discrecionabilidade técnica”, o que conduz à questão, dentre outras, dos limites do controle externo exercido por intermédio dos tribunais de contas sobre tais agências (RODRIGUES, 2006, p. 6787). Questão adicional relevante, ora também proposta à análise, é se as agências reguladoras incidentalmente exercem prerrogativas de controle externo sobre a Administração

ao desempenharem suas funções de regulação de atividades nas quais entidades e órgãos e públicos venham a atuar, eis que sujeitos à função regulatória.

Segundo a grande maioria da doutrina, tal como postulam Maria Sylvia di Pietro e Lúcia Vaz de Figueiredo, é apenas parcial a fonte constitucional para instituição das chamadas agências reguladoras, dado que somente podem ser identificados esses fundamentos a partir das disposições do art. 21, inciso IX (que define a competência da União para outorga de serviços públicos de telecomunicações e sua regulação) e do art. 177, § 2.º, inciso III, da Constituição (atinentes à dita flexibilização do monopólio estatal do petróleo), específicas para as atividades econômicas ligadas aos mercados de telecomunicações e petróleo.⁸⁴

Há menção direta à titularidade do Estado de ser o “*agente normativo e regulador da atividade econômica*” (art. 174) e menções indiretas no texto constitucional à competência do poder público em gerenciar serviços e recursos e outorgar direitos de uso correspondentes, como a referente àquela da União no tocante aos recursos hídricos (art. 21, inciso XIX).

Em conseqüência, são as seguintes as leis aplicáveis:

- Agência Nacional de Cinema (ANCINE): Lei n.º 9.323/1996; Regulamento: Decreto n.º 4.456/2002;

- Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL): Lei n.º 9.472/1997 (com fundamento no art. 21, inciso IX, da Constituição Federal); Regulamento: Decreto n.º 2.338/1997;

- Agência Nacional do Petróleo (ANP): Lei n.º 9.478/1997 (com fundamento no art. 177, § 2.º, inciso III, da Constituição); Regulamento: Decreto n.º 2.455/1998;

- Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA): Lei n.º 9.782/1999; Regulamento: Decreto n.º 3.029/1999;

- Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL): Lei n.º 9.984/2000; Regulamento: Decreto n.º 3.692/2000;

- Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS): Lei n.º 9.961/2000; Regulamento: Decreto n.º 3.327/2000;

- Agência Nacional de Águas (ANA): Lei n.º 9.984/2000; Regulamento: Decreto n.º 3.692/2000;

Art. 21. Compete à União: (...) XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, - os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais (redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95). Art. 177. Constituem monopólio da União: (...) III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União (incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995); (...).

- Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) e Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT): Lei n.º 10.233/2001; Regulamento (ANTAQ): Decreto n.º 4.122/2002; Regulamento (ANTT): Decreto n.º 4.130/2002; e

- Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC): Lei n.º 11.182/2005; Regulamento: Decreto n.º 5.731/2006.

Luiz Roberto Barroso adiciona: “A Comissão de Valores Mobiliários, que para muitos já era uma agência reguladora, recebeu da Lei n.º 10.411 de 26/02/2002 maior grau de autonomia, incluindo mandatos estáveis para seus dirigentes” (BARROSO, 2002, p. 7).

4.2.1 Competências e atribuições principais.

A função das agências reguladoras é a regulação. Diogo de Figueiredo Moreira Neto postula que a função reguladora é um híbrido de atribuições de natureza variada, que incluem competências fiscalizadoras, negociadoras, normativas, gerenciais, arbitradoras e sancionadoras, empregando na verdade um complexo das funções estatais clássicas (administrativas, normativas e judicantes), exercidas por intermédio da simples variação do método decisório empregado (NETO, 2002).

É verdade que não se pode olvidar que a Constituição Federal não só adjudica como norteia os eixos de competências e atribuições ao Estado que dariam aval à necessidade administrativa, nos vários entes federados de acordo com suas esferas próprias, quanto à instituição de um sistema público para a efetivação e o controle da outorga de bens e serviços públicos quanto ao seu regime, quanto à proteção dos usuários, da sociedade e do meio ambiente, se aplicável, quanto à conciliação dos interesses do poder público outorgante e dos particulares outorgados, quanto à regulação dos mercados e quanto à política tarifária aplicável, em especial o art. 37, § 6.º, e o art. 175 da Constituição⁸⁵. Todavia, não há manifestação expressa por qualquer predefinição objetiva da modelagem desse sistema.

Constata-se, em linhas genéricas, que:

- tal modelagem foi formatada inicialmente por intermédio, sobretudo, da Lei n.º 8.987/1995 e da Lei n.º 9.074/1995, que, respectivamente, dispõem sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previsto no art. 175 da Constituição, e sobre a outorga e a prorrogação da concessão e permissão desses serviços;

⁸⁵ Art. 37 § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único - A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado.

- não há lei específica que discipline essas agências reguladoras em âmbito nacional ou mesmo, federal, o que, em consequência, relega o tema à criação e disciplina desses entes por meio de legislação esparsa específica; e

- em que pese não haver lei geral disciplinadora das agências, há quanto à gestão dos recursos humanos e quanto à estrutura de carreiras e cargos efetivos desses entes - respectivamente, as Leis n.º 9.986/2000 e n.º 10.871/2004, que estabelecem a aplicação do regime de emprego público regido pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e pela legislação trabalhista correlata, o que, inicialmente, gerou diversas ações diretas de inconstitucionalidade (a exemplo das ADIn n.º 2310-1/DF e n.º 2315-2/DF, de 2000).⁸⁶

É comum sintetizar as principais atribuições das agências reguladoras como sendo⁸⁷:

- a fiscalização dos termos firmados no instrumento de outorga, a fim de garantir-lhe o cumprimento, com competência de imposição de sanção às pessoas físicas e jurídicas sujeitas à função regulatória por condutas em desconformidade com a regulação;

- o controle de tarifas, de forma a assegurar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato;

- a normatização da área regulada por meio da expedição de atos vinculantes de efeito geral e abstrato e de atos de efeito individual e concreto às pessoas físicas e jurídicas sujeitas à função regulatória;

- a universalização dos serviços prestados voltada à inclusão, de forma isonômica, das parcelas da população não beneficiadas pelos serviços, por desfavorecimento econômico, social ou geográfico;

- a proteção dos direitos dos consumidores;

- o estímulo à competitividade entre as outorgadas dos direitos de exploração de bens e de serviços públicos, de modo a elevar a qualidade e a quantidade dos serviços prestados à sociedade e o melhor funcionamento do mercado;

- a garantia da prestação dos serviços outorgados com qualidade, continuidade, confiabilidade, segurança, eficiência, isonomia e atualização constante;

- o arbitramento dos conflitos entre as diversas partes; e

⁸⁶ Por meio da ADIn n.º 2.310-1/DF, interposto pelo Partido dos Trabalhadores (PT) em 29/08/2000, com questionamento ao art. 1.º da Lei n.º 9.986/2000, que fixou o regime de emprego público para o pessoal das agências reguladoras, houve concessão de liminar pelo min. Marco Aurélio, para suspender a execução do dispositivo, mas, no mérito, o colegiado decidiu pela perda do objeto da ação, pela revogação expressa do dispositivo operada por meio do art. 37 da Lei n.º 10.871/2004 (rel.: min. Carlos Velloso). Observe-se que a ação foi interposta pelo partido interessado quando na oposição, e que a lei de 2004, editada quando o partido interessado passou a compor a base governamental, instituiu carreiras e cargos no âmbito das agências reguladoras, mas manteve o regime de emprego público como aplicável a essas agências.

⁸⁷ OLIVEIRA, 2004, p. 138; BARROSO; 2002, p. 10

- a recomendação ao poder político de medidas ou deliberações a editar na área regulamentada a título de políticas públicas.

4.2.2 Controle administrativo e efetivação das decisões.

A efetivação das decisões das agências se dá por meio da divulgação, da orientação, da fiscalização e da coerção dessas decisões e normas correlatas. Só que, ao se observar a legislação instituidora das agências, há sutil alteração dessas atividades, subordinando-as todas à fiscalização, ou seja, que a divulgação, a coerção e a orientação dos administrados são objetivos da atividade fiscalizatória própria das agências.

As medidas coercitivas de competência das agências são, normalmente, similares entre si e previstas em suas leis de instituição, prevendo-se, em geral, como imposição de penalidades: para a ocorrência de irregularidades no âmbito da outorga, a advertência escrita; a aplicação de multas; a suspensão temporária de participação em licitações de outorgas; a intervenção administrativa em outorgas; a revogação de autorização e a caducidade de autorização e permissão; e o impedimento de participar de licitações e contratos com a agência reguladora, por irregularidades nesse âmbito (a exemplo do art. 15 da Lei n.º 9.427/1996, da ANEEL).

Como regra, há disposições expressas de garantia ao administrado, por meio de processo administrativo devidamente instaurado, de qualquer forma submetido à Lei n.º 9.784/1999 (que regula o processo administrativo típico), prevendo-se o contraditório e a ampla defesa e, como última instância administrativa, o órgão colegiado superior da agência, a exemplo dos arts. 17 e 21 da Lei n.º 9.478/1997, aplicável à ANP⁸⁸.

A legislação das agências prevê ademais, novamente em termos em geral uniformes entre si, que os processos decisórios dos colegiados correspondentes que venham a afetar direitos dos agentes econômicos, diretamente regulados ou não, por deliberações tomadas por esses colegiados e que resultem em atos administrativos das agências ou em anteprojetos de lei, serão procedidos de audiência pública, como o art. 22 da Lei n.º 9.478/1997 (ANP) e o art. 21 da Lei n.º 9.427/1996 (ANEEL).

⁸⁸ Para Luís Roberto Barroso, as leis criadoras das agências reguladoras não prevêm a possibilidade de recurso hierárquico contra suas decisões dirigido à Administração direta, o chamado recursos hierárquico impróprio, funcionando as agências reguladoras como última instância administrativa para julgamento dos recursos contra seus atos, tornando "*em princípio inadmissível que as decisões tomadas pelas agências possam ser revistas ou modificadas por algum agente político (ministro ou secretário de Estado)*" (BARROSO, 2002, p. 302).

4.2.3 Enquadramento no sistema de controle constitucional da Administração.

4.2.3.1 Autonomia.

É comum a assertiva, nos dizeres de Luís Alberto dos Santos, de que a alegada “*independência*” das agências reguladoras tenha como justificativa assegurar que não sofram, por meio do controle político, influências ou pressões dos setores regulados e fiscalizados por tais agências a ponto de contrariar o atendimento do interesse público e dos usuários de serviços públicos em suas áreas de atuação (SANTOS, 2000, e BARROSO, 2002, p. 9).

A autonomia das agências reguladoras já decorre do conceito desses entes. É verdade que as agências reguladoras são entidades da Administração pública indireta, vinculadas ao poder Executivo, e integrantes do chamado *segundo setor* (de serviços exclusivos)⁸⁹ juntamente com as chamadas agências executivas. Porém, é importante enfatizar que as agências reguladoras são pessoas jurídicas de direito público interno, criadas por lei específica sob a forma de *autarquia especial*.

Como conceituou Hely Lopes Meirelles, “*autarquia de regime especial é toda aquela a que a lei instituidora conferir privilégios específicos e aumentar sua autonomia comparativamente com as autarquias comuns, sem infringir os preceitos constitucionais pertinentes a essas entidades de personalidade pública*” (MEIRELLES apud BARROSO, 2002, p. 21).

Tanto que as agências executivas, por seu turno, são autarquias e fundações públicas tão-somente *qualificadas* por decreto presidencial específico para o desempenho de suas atribuições mediante maior autonomia financeira e orçamentária, de forma a assumirem termo de compromisso formalizado por intermédio de um contrato de gestão de duração definida, no qual se estipulam objetivos, metas e indicadores de desempenho para a avaliação do

⁸⁹ Segundo a classificação comum de que:

- o primeiro setor corresponda ao núcleo de atividades estratégicas e próprias do Estado, pelas quais exerce seu poder, diferenciando-se as estratégicas como aquelas ocupadas pelos decisores políticos de atividade legislativa, executiva ou judicante de últimas instâncias, em geral de mandatos fixos ou não prolongados, e as próprias, as exercidas por agentes de carreira das atividades-fim judicantes, diplomáticas, de defesa externa e de segurança interna, de tributação, de controle monetário, de procuradoria e advocacia do Estado e de controle das ações estatais, regidas por regime estatutário;

- o segundo setor trata de atividades típicas do Estado que basicamente envolvam serviços públicos prestados pelo Estado por uma questão de determinação constitucional ou legal, mas onde não é essencial, embora recomendável, a estabilidade dos agentes, como as atividades-meio administrativas, os serviços judiciários e aqueles de regulação e normatização;

- o terceiro, serviços públicos de interesse social desempenhados pelo Estado via de regra em colaboração com particulares, como nas áreas de saúde e de educação; o quarto setor, aquele de livre atividade econômica, da produção de bens e serviços, do qual o Estado é titular de atividades tipicamente privadas por previsão constitucional, outorgadas aos particulares e, nesse caso, sujeitas à regulação estatal.

cumprimento do contrato de gestão, sem qualquer alteração em seu estatuto jurídico ou no regime de seus servidores e empregados. A instituição dessa modalidade administrativa, com a qual as agências reguladoras guardam em consequência apenas algumas similaridades, foi feita por meio dos arts. 51 e 52 da Lei n.º 9.649/1998.

Fator essencial para a garantia da autonomia das agências reguladoras é a independência financeira decorrente da capacidade arrecadatória desses entes, pela instituição, administração e arrecadação de taxas de regulação⁹⁰, devidas pelo concessionário diretamente à agência reguladora competente, com base de cálculo sobre o faturamento auferido com a concessão ou permissão. A arrecadação de multas aplicadas por infrações das pessoas físicas e jurídicas sujeitas à regulação, que por definição não são consideradas tributos, e outras receitas, como percentuais sobre tarifas dos concessionários e permissionários, que têm natureza de tributos (taxas), não são considerados recursos próprios.

As receitas próprias auferidas pelas agências reguladoras constituem fundos geridos com autonomia financeira. Não se confundindo com as demais receitas orçamentárias, são realocadas à dotação orçamentária da agência no exercício seguinte, caso não executados no exercício. Todavia, nem sempre o montante de receitas próprias auferidas constitui sequer a maior parte do orçamento⁹¹.

Mas a autonomia das agências reguladoras deve ser vista como profundamente relacionada à independência de seus dirigentes em relação ao setor público e ao privado. É que, embora as Leis n.º 9.986/2000 e n.º 10.871/2004 definam a aplicação do regime celetista a tais entes, o que pode não ser o mais desejável, estabelecem importantes prerrogativas de garantia para sua autonomia em relação principalmente ao poder Executivo, ao qual afinal encontram-se vinculadas na condição de autarquias especiais, inclusive e a despeito da nomeação de conselheiros e diretores pelo presidente da República.

Essas *prerrogativas-garantias*, voltadas exatamente a esses dirigentes, são: o exercício de *mandatos* pelos conselheiros e diretores, com aval do Senado Federal e atendimento de

⁹⁰ Apesar da denominação genérica de *taxa*, há divergência se constituem ou não tributo. Tributo é “*toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada*” (art. 3º do CTN – Lei n.º 5.172/1966). Existem entendimentos que qualificam a “*taxa*” de regulação como tributo, pois tem como base de cálculo a receita auferida pela concessionária, o que é típico de imposto e impróprio para tarifa, e porque adviria do dever de ressarcimento pelos gastos da Administração pública com a fiscalização da prestação dos serviços concedidos. A corrente oposta entende que essa “*taxa*” de regulação tem natureza contratual e, portanto, seria tarifa ou preço público, pois é fixada contratualmente como forma de contrapartida para a contratação da concessão, não existe serviço público prestado, na verdade realizado pelo concessionário, e não há base legal para cobrança de taxa pelo exercício do poder de polícia.

⁹¹ É o caso da ANAC, por exemplo, no exercício de 2007, no qual o montante de receitas realizadas de recursos próprios foi de R\$ 54,491 milhões, comparados ao montante de R\$ 63,163 milhões (embora decorrentes da cobrança de recursos auferidos do próprio setor regulado, como adicionais sobre passagens aéreas, multas e contribuições ao ensino profissional, recolhidos ao Tesouro Nacional e, depois, repassados). Fonte: www.anac.gov.br > transparência pública > execução orçamentária > programa de governo.

requisitos pessoais prévios, inclusive de posse de nacionalidade brasileira, de capacidade técnica na área regulada e de reputação ilibada; a *estabilidade* desses dirigentes no exercício dos mandatos, somente perdidos *por renúncia, por condenação judicial transitada em julgado ou por processo administrativo disciplinar do qual não caiba recurso*; e ainda, a imposição da *quarentena* aos ex-dirigentes, espécie de impedimento legal temporário da possibilidade de prestação de serviços ou do exercício de funções, empregos ou cargos junto ao setor público e ao setor privado regulado pelas agências recém-dirigidas por esses agentes.

É também com relação à estabilidade dos dirigentes pelo mandato que cabe lembrar importantíssima restrição à autonomia das agências: a possibilidade de responsabilidade daqueles agentes pelo cumprimento do contrato de gestão firmado entre a agência e a autoridade ministerial afeta do poder Executivo, e, realça-se, *segundo os critérios de avaliação dessa autoridade ministerial*. Por conta disso, pode-se observar que a Lei n.º 9.961/2000, da ANS, acrescenta à lista de possíveis causas de perda de mandato de dirigente, por seu art. 8º, inciso IV, o “*descumprimento injustificado de objetivos e metas acordados no contrato de gestão*”. Nesse sentido, citam-se o comentado no item anterior ⁹².

José Alberto Bucheb resumiu de forma interessante a questão, em artigo de 2004 (BUCHEB, 2004, p. 6):

A independência das agências reguladoras, sustentada pela estabilidade de seus dirigentes, tem como fundamento a presunção absoluta de que as decisões desses dirigentes, ao contrário daquelas tomadas pelos políticos eleitos pela população, têm motivação estritamente técnica e são isentas de eventuais interesses eleitorais (...). Busca-se, com o instituto da estabilidade, em última análise, “*proteger*” a sociedade dos governantes por ela mesma eleitos .

4.2.3.2 Poder normativo.

Maria Sylvia Zanella di Pietro posicionou-se no sentido de que agência reguladora, em sentido amplo, poderia ser atribuída a qualquer órgão ou entidade da Administração direta ou indireta com função de regular as matérias que lhes estão afetas, o que, para a autora, significa que a única coisa que constituiria novidade seria a expressão em si, pois “*a competência normativa sempre foi exercida por inúmeros órgãos da Administração pública, com maior ou menor alcance, com ou sem fundamento constitucional*” (DI PIETRO, 2003, pp. 392-398).

Fica claro, mesmo assim, como é central a questão da competência normativa para a própria conceituação desses entes. Que têm atuação normatizadora intensa.

O procurador federal Luiz Eduardo Diniz Araújo, em artigo em que buscou analisar “*a repercussão do agigantamento do ambiente normativo do Estado brasileiro, verificado a partir do advento do Estado regulador*”, levantou, dentre outras informações, que, no ano de

⁹² Questionado quanto a dispositivo de lei estadual do Rio Grande do Sul que condicionava a demissão de dirigente da agência reguladora estadual à aval da Assembléia Legislativa do estado, o STF declarou a inconstitucionalidade, porém deixou claro que há limites à demissão que devem ser observados pelo governador, como chefe do Executivo (ADIn-MC n.º 1.949-RS; rel. :min. Sepúlveda Pertence).

2007, o Congresso Nacional aprovou 198 leis, enquanto apenas três das principais agências reguladoras produziram 1.965 resoluções: a ANEEL editou 635, a ANTT, 726, e a ANA, 604. Apurou que, em relação aos estados, “*o cenário se repete*”: enquanto a Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul elaborou 188 leis estaduais, a agência reguladora daquele estado (a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul - AGERGS) emitiu 580 resoluções.

Lembrando que, no que tange à União, “*mesmo sem considerar resoluções das outras sete agências federais (ANVISA, ANS, ANCINE, ANATEL, ANP, ANTAQ e ANAC), são quase dez vezes mais atos normativos*” que a produção de leis do Legislativo federal e que outros 19 estados e mais o Distrito Federal já haviam instituído agências reguladoras, alguns dos quais, mais de uma, a exemplo dos estados de São Paulo e Rio de Janeiro, apontou, em meados de 2008, que já era possível se falar em uma *enxurrada normativa* originária dessas agências. O articulista expressou interessante alerta (ARAÚJO, 2008, p. 5):

“A produção normativa do Congresso se encontra submetida a eficazes mecanismos de controle concentrado e difuso de constitucionalidade, parâmetro bastante amplo em que se inserem análises de proporcionalidade, razoabilidade e legitimidade. (...)”

No entanto, a produção normativa das agências, que, em quantidade numérica, passa a se sobrepor à produção legislativa, não possui um controle eficaz de legalidade, aí se incluindo também análise de proporcionalidade, razoabilidade e legitimidade. O controle realizado pelo poder Judiciário a respeito dessas normas é exclusivamente o difuso, *a posteriori*, o que apresenta algumas deficiências, a saber: o processo judicial apenas se instaura a partir de uma lesão; falta de conhecimento técnico do setor regulado pelo juiz; análise meramente pontual, e não global, da normatização setorial; impossibilidade de ouvir todos os interessados na edição da norma no processo judicial, o que ocorre durante a elaboração da norma no âmbito das agências; efeitos apenas entre as partes do processo, ou quando muito, no âmbito de ações coletivas, com efeitos limitados à competência territorial do órgão prolator”.

Letícia Queiroz de Andrade aponta que “*costuma-se chamar de poder normativo das agências reguladoras a competência a elas atribuída de expedir normas gerais e abstratas pertinentes a sua área de atuação*”, porque, não obstante essas agências também empregarem normas individuais e concretas, é graças àquelas dotadas de generalidade (capacidade de atingir um número indeterminado de sujeitos) e de abstração (possibilidade de aplicação a um número indeterminado de casos concretos) que se compreende o alcance dessa competência. Com as ressalvas de que tal competência deriva das leis de instituição das agências e de que, ao contrário das normas gerais e abstratas de sujeição geral, que alcançam a todos independentemente de manifestação de vontade (como as leis), aquelas são de sujeição especial, pois unem o poder público a terceiros que tenham consensualmente aderido ao vínculo de sujeição (ANDRADE, 2006, p. 13).

O problema é que o ponto polêmico referente à competência normativa das agências reguladoras - e relevante para o dimensionamento do poder de controle desses entes também em relação à Administração - é que não seriam apenas nos casos em que as agências

reguladoras atuam para a disciplina de serviços públicos que há esses vínculos de sujeição especial.

Isso levanta debate acerca da legitimidade do poder normativo das agências, como expressou Letícia Queiroz, debate em que se manifestam três correntes doutrinárias básicas: uma, que entende cabível a delegação de competências legislativas com base na técnica de *deslegalização ou delegificação*⁹³; outra, que o poder normativo das agências tem natureza meramente regulamentar; e outra, que tem por objeto disciplinar as relações de vínculo de *supremacia ou sujeição especial* com o poder público.

A autora não aceita que a competência normativa das agências prevista em suas respectivas leis de criação inclua suposta delegação legislativa, isto é, competência para editar *regulamentos autônomos*, em que se criam direitos e impõem-se obrigações não previstas originariamente em lei, com base na vedação do art. 5º, inciso II, da Constituição⁹⁴; no decurso do termo da revogação expressa contida nos arts. 44 e 48, c/c o art. 22, da Constituição Federal, que atribuem a função legislativa primária ao Congresso Federal, e no decurso do termo temporal previsto no art. 25, inciso I, dos Atos e Disposições Transitórias da Constituição (ADCT)⁹⁵; no fato de que não se tratam de leis delegadas, e na opinião da corrente doutrinária que entende que o disposto no art. 84, inciso VI, “a”, da Constituição Federal⁹⁶, é inaplicável, pois refere-se aos vínculos de supremacia inerentes à administração interna e não abre qualquer possibilidade de estabelecimento de direitos ou obrigações aos cidadãos por decreto.

Restando vedados às agências os *regulamentos autônomos* (como, de resto, à Administração) e os *regulamentos de execução* (cabíveis apenas ao presidente da república e seus ministros), passam a competir-lhes, exatamente como aos demais órgãos e entes administrativos dotados de competência normativa técnica, a expedição de *regulamentos de complementação técnica* - que apenas especificam direitos e obrigações previstos em leis que

⁹³ Fazem referência a essa técnica, no âmbito do direito espanhol e comunitário europeu, os doutrinadores espanhóis Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramon Fernandez: “*Llamamos deslegalización a la operación a una ley que, sin entrar en la regulación material de un tema, hasta entonces regulado por ley anterior, abre dicho tema a la disponibilidad reglamentaria de la Administración (...). La ley de deslegalización no tiene contenido normativo alguno, su único contenido ES La manipulación de los rangos, para abrir la posibilidad a los reglamentos de netrar en una matéria hasta entonces regulada por ley. (...) Con el critério que esta ley ofrece puede concluirse que la deslegalización como técnica abstracta e general no es compatible con el principio de lãs matérias reservadas (...)”.* (apud ANDRADE, 2006, pp. 5-6, grifos da autora).

⁹⁴ Art. 5º (...) II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; (...).

⁹⁵ Art. 25 - ADCT. Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a: I - ação normativa; (...).

⁹⁶ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) VI - dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; (...).

demandem tal complementação. E só nos casos de expressa previsão na legislação instituidora específica de cada agência, cabe-lhes expedirem *regulamentos administrativos* – que permitem ir além da mera complementação técnica ou da simples execução, para disciplinar o desenvolvimento da atividade regulada, desde que de forma adstrita aos limites da lei (ANDRADE, 2006, pp. 8 e 15).

Luiz Roberto Barroso, já anteriormente, concordava que, não obstante a recorrente construção jurídica voltada a atenuar a rigidez da noção original do princípio da legalidade (por meio da tendência, basicamente européia, pela chamada *deslegalização* ou *delegificação*), continua válido que “*é vedada a delegação de funções de um Poder a outro fora das hipóteses constitucionais ou, pelo menos, de que a delegação, ainda que possível, não pode ser feita “em branco”, isto é, desacompanhada de parâmetros ou diretrizes obrigatórias*” (BARROSO, 2002, p. 15). Porém, o mesmo autor reconhece que a mencionada admissão da delegação de um Poder a outro por meio da flexibilização do princípio da legalidade já foi implicitamente aceita pelo Supremo Tribunal Federal, desde que acompanhada da definição de *padrões de delegação*, ou “*standards*” (RE n.º 264289/CE - Relator: min. Sepúlveda Pertence; DJ: 14/12/2001).⁹⁷

Patrícia Ferreira Batista⁹⁸, citada por Barroso, reforça a idéia anterior sobre a questão, ao acrescentar que, mesmo sob a abordagem da constitucionalização do direito, haveria limites à superação do paradigma da legalidade estrita:

"Tradicionalmente, nos países que se inspiraram no modelo francês, o conteúdo deste princípio (o da legalidade) foi associado à idéia da vinculação positiva à lei: à *Administração somente é lícito fazer aquilo que a lei expressamente autoriza*. Entretanto, com a superação do Estado liberal e a crise da lei formal, desapareceram as condições que justificavam a tese da vinculação positiva à lei. A deslegalização, por meio da qual se abre ao poder regulamentar o trato de matérias antes atribuídas ao poder legislativo, é uma das provas da insuficiência daquela tese para a realidade contemporânea. Desenvolveu-se, assim, a *teoria da vinculação da Administração Pública ao Direito, especialmente aos princípios e regras do ordenamento constitucional. Subsiste, de qualquer forma, a regra da vinculação positiva à lei para aquelas matérias submetidas, pelo constituinte, à reserva de lei* e para as atividades administrativas de natureza gravosa, *passíveis de limitar ou extinguir direitos subjetivos dos administrados*" (apud BARROSO, 2002, p. 27 - grifamos).

Letícia Queiroz, por exemplo, divide as áreas de atuação da seguinte forma: *regulação de serviços públicos prestados por terceiros* (ANEEL, ANATEL, ANTT, ANTAQ e ANAC);

⁹⁷ Do RE n.º 264289/CE, o autor transcreveu o seguinte excerto do relatório: "*O legislador local, como se vê, instituiu e nomeou uma vantagem remuneratória, delegando, porém, ao Executivo – livre de quaisquer parâmetros legais – a definição de todos os demais aspectos de sua disciplina – a qual, acrescentando-se, se revelou extremamente complexa –, incluídos aspectos essenciais como o valor de cada ponto, as pontuações mínima e máxima e a quantidade de pontos atribuíveis a cada atividade e função. Essa delegação sem parâmetro, contudo, penso eu, é incompatível com o princípio da reserva de lei formal a que está submetida a concessão de aumentos aos servidores públicos (CF, art. 61, § 1º, II, a).*"

⁹⁸ *Transformações do direito administrativo contemporâneo: constitucionalização e participação na construção de uma dogmática administrativa legitimadora*, mimeografado, 2001.

regulação da utilização de bens públicos por terceiros (ANA, ANP, ANATEL e ANEEL); regulação da atividade de fomento (ANCINE); regulação de atividade econômica monopolizada (ANP); e regulação de atividade econômica ou social aberta à iniciativa privada (ANVISA, ANS, ANP, BACEN, CVM).

O alcance da vinculação do outorgado em face da função regulatória das agências pode ser dimensionada, por exemplo, quanto à questão da eventual responsabilização do concessionário, autorizatário ou permissionário que não descumpra as normas da regulação. No âmbito do STJ, o relator do REsp n.º 806.304-RS (em que o Ministério Público insurgiu-se contra fixação pela ANATEL de prazo de validade de noventa dias para a fruição, pelo usuário, dos créditos da telefonia móvel pré-paga, estabelecida pela Norma n.º 3/1998 e substituída pela Resolução n.º 316/2002), ministro Luiz Fux, sintetizou que:

O ato normativo expedido por agência reguladora criada com a finalidade de ajustar, disciplinar e promover o funcionamento dos serviços públicos, objeto de concessão, permissão e autorização, assegurando um funcionamento em condições de excelência tanto para fornecedor/produzidor como, principalmente, para o consumidor/usuário, posto que urgente, não autoriza que os estabelecimentos regulados sofram danos e punições pelo cumprimento das regras maiores às quais se subsumem, mercê do exercício regular do direito. É certo, ainda, que a ausência de nulidade específica do ato da agência afasta a intervenção do poder Judiciário no segmento sob pena de invasão na seara administrativa e violação da cláusula de harmonia entre os poderes.

Decorrem desse quadro claros *parâmetros de limitação normativa que devem ser aferidos* pelo controle externo da Administração, tendo em vista que as agências poderiam atuar na disciplina normativa das áreas descritas nas quatro primeiras hipóteses, mas estariam limitadas a regular as relações e os sujeitos submetidos ao desempenho das atividades previstas na lei específica. É assim que somente seria admissível o exercício do poder normativo pelas agências reguladoras nas seguintes hipóteses:

- especificação de matéria já especificada em regulamento de execução do chefe do Executivo ou de autoridade do nível hierárquico de ministro, desde que em observância dos limites legais e do próprio regulamento de execução – que são os parâmetros do controle aplicáveis a essa competência;

- especificação de aspectos técnicos previstos em lei por meio de regulamentos de complementação técnica, desde que adstritos aos limites previstos diretamente na lei – os parâmetros do controle cabíveis a essa; e

- especificação das condições referentes aos vínculos especiais de supremacia ou sujeição entre o poder público e terceiros interessados por meio de regulamentos administrativos, desde que de acordo com as leis aplicáveis e as condições próprias ao vínculo estabelecido – e, da mesma forma, os parâmetros do controle aplicáveis a essa última (ANDRADE, 2006, p. 16).

4.2.3.3 O papel subsidiário de entes colegiados de controle interno.

No que interessa ao estudo do controle externo da Administração, com base nas disposições da Constituição Federal (art. 21; e arts. 37, § 6.º; 174 e 175) e das Leis n.º 8.987/1995, n.º 9.074/1995 e n.º 9.649/1998 (arts. 51 e 52), é importante observar que as agências estão sujeitas aos mandamentos do art. 37, inciso XIX, da Constituição; que sua criação e extinção somente poderão dar-se mediante lei específica; e que o regime jurídico especial que as rege visa a preservar as agências reguladoras de ingerências indevidas, inclusive e, sobretudo, do Estado e de seus agentes (BARROSO, 2002, p. 9).

A legislação atinente às agências reguladoras, quanto ao controle, institui meios de fiscalização, pela agência, das atividades outorgadas, exercendo a agência a condição de autoridade técnica da área, mas também meios de fiscalização administrativa dos contratos e instrumentos congêneres firmados para a outorga dos serviços e bens regulados, exercendo a agência, nesse caso, os papéis de gestora administrativa e financeira do contrato, de forma análoga ao previsto nos arts. 66 e 67 da Lei n.º 8.666/1993 para os contratos tipicamente administrativos. Todavia, há uma notável diferença, própria à área da regulação: a de que a sociedade em geral, e os usuários dos serviços outorgados prestados, *constituem parte interessada e qualificada para acompanhamento*, por suposto direito público subjetivo do usuário à prestação - e à boa qualidade dessa prestação.

Nesse sentido, é comum haver situações em que uma agência reguladora fiscalize o cumprimento do contrato e o próprio desempenho apresentado por outro ente da Administração pública, este na condição de concessionário, autorizatário ou permissionário, se previstos parâmetros e indicadores de avaliação, como é a regra no campo da regulação, não só quanto ao cumprimento finalístico, mas também administrativo do contrato e, ademais, com possibilidade de realização de denúncias e representações por usuários. Tal situação aproxima-se dos conceitos intuitivos de controle externo ou de controle social, respectivamente. Um exemplo é a ANP em relação à Petrobras.

Se, a rigor, tais hipóteses não podem se confundidas com o conceito constitucional de controle externo, que é exercido pelo poder Legislativo, quer diretamente, quer mediante apoio do tribunal de contas, não se pode deixar de não apenas entrever possíveis situações, mas na verdade também reconhecer como necessário que uma agência reguladora fiscalize aspectos financeiros e patrimoniais de um contrato de concessão ou permissão, seja a outorgada uma estatal ou não. Não parece polêmico aceitar que atuaria na prática, caso a outorgada seja órgão ou entidade pública, como uma espécie de controle interno, fazendo de suas vezes, até porque não há competência prevista para qualquer órgão de controle interno fazê-lo, a não ser para o próprio órgão ministerial ao qual a agência esteja formalmente vinculada (e não, em tese, subordinada).

Realmente, essa competência não é formalmente prevista para o órgão de controle interno do Executivo (a Controladoria-Geral da União, CGU), que se além à atuação formalista da fiscalização de atos, licitações e contratos administrativos adotados na seara da gestão interna das agências. Por seu turno, aquele controle ministerial direto é apenas

parcialmente finalístico, pois se concentra no cumprimento das políticas traçadas pelo órgão ministerial ou correlato à área de atuação da agência, o que será abordado adiante.

Se o outorgado não integrar a Administração, tratando-se de particular, e tendo em vista que a concessionária, seja pública ou privada, tem os mesmos encargos e responsabilidades legais e contratuais, a conclusão será a mesma: espécie de controle interno. Basta lembrar a equiparação à Administração da concessionária ou permissionária de serviço público, de titularidade última do Estado, equiparação derivada da previsão de responsabilidade objetiva pelos serviços prestados, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

Como exemplos, no art. 31 da Lei n.º 8.987/1995, que dispõe sobre o regime previsto no art. 175 da Constituição para a concessão e a permissão da prestação de serviços públicos, e, que em tese vincula todas as agências reguladoras, determina, no art. 3.º, que as *“concessões e permissões sujeitar-se-ão à fiscalização pelo poder concedente responsável pela delegação, com a cooperação dos usuários”* e, por seu art. 31, *caput* e inciso III, que incumbe à concessionária *“prestar contas da gestão do serviço ao poder concedente [leia-se, à agência reguladora] e aos usuários, nos termos definidos no contrato”*.

Já, por exemplo, no art. 3.º, IV e XIII, da Lei n.º 9.427/1996, que instituiu a ANEEL, há previsão de que é incumbência da concessionária, além do previsto na Lei n.º 8.987/1995, também *“gerir os contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público”* e *“efetuar o controle prévio e a posteriori de atos e negócios jurídicos a serem celebrados (...) impondo-lhes restrições (...) especialmente comerciais e, no limite, a abstenção do próprio ato ou contrato”*.

Por outro lado, não todas, mas várias das agências reguladoras têm previsão expressa de celebração de *contratos de gestão* com o órgão do poder Executivo ao qual estão vinculadas pela área de outorga e regulação, instrumento que eleva a transparência e *accountability* (ou algo como *“controlabilidade”*, em interpretação livre, e feita por meio de neologismo, haja vista termo da língua inglesa sem tradução em língua portuguesa). Isso porque impõe, como comentado, objetivos, metas e parâmetros de aferição de desempenho a atingir, inclusive com a possibilidade de responsabilização da entidade ou seus agentes pelo descumprimento. Não possuem tal previsão, por exemplo, a ANP e a ANATEL.

No caso da ANEEL, a previsão consta do art. 7.º da Lei n.º 9.427/1996, cujo § 1º contém determinação de que *“o contrato de gestão será o instrumento de controle da atuação administrativa da autarquia e da avaliação do seu desempenho e elemento integrante da prestação de contas”* - do ministério e da agência, ao TCU (arts. 9º e 16, II, da Lei n.º 8.443/1992). Pelo § 3.º do dispositivo, *“o contrato de gestão será avaliado periodicamente e, se necessário, revisado por ocasião da renovação parcial da diretoria da autarquia, sem prejuízo da solidariedade entre seus membros”*. Previsão semelhante é encontrada, por exemplo, nos arts. 8.º, IV, e 15, da Lei n.º 9.961/2000, que instituiu a ANS; art. 19 da Lei n.º 9.782/1999, da ANVISA, e respectivos regulamentos. Mas não é encontrada na Lei n.º 9.984/2000 ou no Decreto n.º 3.692/2000, aplicáveis à ANA, por exemplo, embora o contrato de gestão esteja previsto nesse regulamento.

É importante lembrar que as agências que têm contrato de gestão firmado com o Executivo observam forte restrição à propalada autonomia operacional, administrativa e financeira decorrente da cláusula de possibilidade de responsabilização de dirigentes pelo descumprimento do referido contrato. Nessa linha, por exemplo, é particularmente forte o teor interventivo do Executivo junto à ANS e à ANVISA, segundo o art. 15 da Lei n.º 9.961/1999 e o art. 20 da Lei n.º 9.782/1999: *“O descumprimento injustificado do contrato de gestão implicará a dispensa do diretor-presidente, pelo presidente da República, mediante solicitação do ministro da Saúde”*.

Levando em conta, como Luiz Roberto Barroso chama a atenção, que não há possibilidade de recurso administrativo impróprio de decisão de agência reguladora, cabendo tão-só recurso próprio interposto no âmbito administrativo da agência, José Alberto Bucheb coloca a questão de como se dará o controle do poder Executivo sobre a função regulatória das agências reguladoras segundo o aspecto, antes já mencionado, do papel que essas agências têm de executar políticas formuladas pelos órgãos auxiliares da chefia do Executivo e aprovadas pelo presidente da República.

Como exemplo, cita disposições como a contida no art. 8.º, I, da Lei n.º 9.427/1996, pela qual a ANP deve, dentre outras atribuições, implementar a política nacional de petróleo e gás, contida na política energética nacional, proposta à Presidência da República pelo Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), vinculado àquele órgão, e presidido pelo ministro de Estado das Minas e Energia (art. 2.º da Lei n.º 9.427/1996). Lembra o autor que as leis da ANEEL (Lei n.º 9.427/96) e da ANATEL (Lei n.º 9.472/97), dentre outras, contêm dispositivos análogos.

À conclusão do autor de que a possibilidade de controle das ações dos dirigentes das agências reguladoras, pelo Executivo, ficaria na prática reduzido apenas à escolha de seus diretores (escolha submetida à aprovação do Senado Federal, o que constitui uma forma de controle externo parlamentar), podemos somar a constatação anterior - a de que há possibilidade de demissão dos dirigentes que tenham sido responsabilizados pelo descumprimento injustificado de contrato de gestão firmado com o Executivo, na hipótese de existência desse instrumento, o que conduz à sensível restrição à autonomia dessas agências.

Ocorre que o exposto permite observar que:

- as agências são afinal autarquias especiais e que, embora autônomas, tratam-se de entidades integrantes da Administração indireta, vinculadas ao poder Executivo;
- a aferição, pelas agências, do atendimento, pelos terceiros outorgados, das condições necessárias ao cumprimento dos respectivos contratos de outorga, envolve o exame da manutenção das condições técnicas e, se necessário, financeiras desses terceiros outorgados, sejam públicos ou particulares, para o cumprimento do instrumento e para a garantia da continuidade, da qualidade e da universalização possíveis dos serviços;
- isso significa, em última análise, o controle, pelas agências, da execução das políticas públicas setoriais traçadas pelos órgãos correlatos do poder Executivo em cada setor regulado

(o que enseja controle do Legislativo e dos tribunais de contas) e, além disso, o cumprimento, caso existam, dos contratos de gestão firmados (os quais permitem controles interno, pelo Executivo, e externo, pelo tribunal de contas);

- o acompanhamento operacional, técnico e financeiro dos outorgados para garantia do adequado desempenho da outorga torna mais evidente o caráter de controle interno subsidiário quando os outorgados são entidades públicas; e

- sejam pessoas jurídicas de direito público ou privado, todos os prestadores de serviços públicos são sujeitos à previsão da teoria do risco administrativo constante do art. 37, § 6.º, da Constituição Federal.

Conclui-se, e de forma não convencional, que, ao se empregar em sentido amplo os conceitos de Administração pública e, da mesma forma, os conceitos amplos de controles externo e interno da Administração, que seja defensável a tese de que existam hipóteses em que os colegiados das agências reguladoras não só podem, como devem, exercer *espécie de controle interno subsidiário* da Administração, *lato sensu*.

4.2.3.4 A aparente falta de regulamentação específica para afastamento de conflito com o controle externo.

O debate a respeito da fiscalização do TCU sobre a função regulatória das agências reguladoras consiste, em essência, na discussão sobre o cabimento e limites do exercício do controle externo de conceito constitucional sobre o tipo de atividades exercidas pelas agências, em especial suas atividades-fim, sobre o que em geral argumenta-se que a atuação do tribunal de contas seria ilegal ou mesmo inconstitucional; suas determinações e recomendações seriam ingerência na autonomia dessas agências; que a atuação do TCU não pode pretender regular o mercado em substituição ao ente regulador; e que a atuação do tribunal resultaria em insegurança jurídica.

O debate é secundado pela tramitação de vários projetos de lei, antagônicos entre si em várias de suas disposições, sendo ao menos quatro na Câmara dos Deputados (projetos de lei n.º 2.057/2003, n.º 2.633/2003, n.º 2.760/2003 e n.º 3.337/2004), dois dos quais visam suprir a falta de lei geral aplicável às agências reguladoras, ambos segundo o modelo que aumenta o controle do Executivo sobre esses entes por meio de contratos de gestão e de desempenho, um restringindo (PL n.º 2.760/2003), o outro (PL n.º 3.337/2004) ampliando a atuação do TCU, e um quinto projeto no Senado, mais recente (PLS n.º 438/2007), este especificamente voltado a ampliar e garantir a atuação do TCU sobre o mérito das atividades regulatórias.⁹⁹

⁹⁹ O projeto de lei em tramitação no Senado Federal (PLS n.º 438/2007) altera a lei orgânica do TCU (Lei n.º 8.443/1992, art. 41), para garantir ao tribunal a prerrogativa de realizar auditoria operacional anual em todas as agências reguladoras, a fim de avaliar desempenho dessas entidades e de seus dirigentes, “*encaminhando a decisão e o inteiro teor do processo ao Senado Federal até o dia 31 de maio de cada exercício*”. Em 25/05/20098, o projeto de lei encontrava-se junto à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania desde

Walton Rodrigues enfatiza a questão inicial dos limites e possibilidades da ação fiscalizadora do controle externo, exercido por meio dos tribunais de contas sobre as agências reguladoras, a partir dos pressupostos de que, em primeiro lugar, esses entes foram introduzidos como mecanismos de proteção contra interesses político-eleitorais oportunistas e contra o abuso do poder econômico, e de que, em segundo, é incontroverso que o exercício da grande autonomia concedida às agências é indissociável dos controles explícitos e implícitos dos limites legais dentro dos quais devam se pautar seus responsáveis.

Para o ministro do TCU, o órgão de controle não poderia obviamente se restringir à mera análise de conformidade e de legalidade, pois é naquele contexto que deve se inserir a atuação do controle externo: não apenas quanto a atividades-meio, em relação às quais seria indiscutível a competência dos tribunais de contas, mas também acerca das atividades-fim das agências, em que pese estar o assunto ainda em evolução, sob o risco de comprometimento ou mesmo de negação de suas finalidades, haja vista a eventual imposição de atuações arbitrárias, caprichosas ou venais no âmbito da função regulatória.

Veja-se, no mesmo sentido, Diogo de Figueiredo Neto, Maria Sylvia di Pietro e Marçal Justen Filho.¹⁰⁰ O desafio mais difícil para o controle externo talvez seja precisamente esse, conforme conclui Walton Rodrigues: “*distinguir o comportamento arbitrário da autoridade reguladora do uso adequado de suas faculdades discricionárias*” (RODRIGUES, 2006, pp. 6798 e 6804).¹⁰¹

O TCU dispõe de normas internas para auditoria e inspeção de processos de concessão e permissão promovidos pela Administração federal direta e indireta. O tribunal instituiu o

17/03/2009, para emissão de relatório pelo relator, senador Tasso Jereissati, para posterior apreciação em caráter terminativo pela Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle.

Na Câmara, tramita projeto de lei (PL n.º 3.337/2004), apensado a outros projetos, que aumenta o controle do Executivo sobre a autonomia das agências, ao transferir aos ministérios a que estão vinculadas os atos referentes à elaboração de planos de outorga; à extinção do direito de exploração do serviço no regime público e à celebração de contratos de concessão para a prestação do serviço, mas institui a todas as agências a emissão de relatórios de desempenho semestrais e contratos de gestão anuais, enviados ao TCU, ao Executivo e ao Legislativo, “*onde servirão de peça de referência para auditoria operacional*”. Em 25/05/2009, o projeto encontrava-se na Mesa Diretora da Câmara, para análise de requerimento de apensamento ao PL n.º 2.760/2003, que exclui tacitamente o TCU do controle das agências, ao instituir uma “comissão de controle” com membros do Legislativo e sociedade em cada agência, selecionados pelo Executivo e pela maioria no Congresso, além de um ouvidor-geral, também escolhido pelo Executivo.

¹⁰⁰ In (respectivamente): *Mutações do direito administrativo*, 2ª ed., RJ: Renovar, p. 169; *Parcerias na Administração pública*, 4 ed., SP: Atlas, 2002, p. 156; *O direito das agências reguladoras independentes*. SP: Dialética, 2002, p. 516 (apud RODRIGUES, 2004, p. 6804).

¹⁰¹ Luiz Barroso faz advertência similar: “Veja-se, a propósito, Alexandre Santos de Aragão, *A função e a posição das agências no Estado contemporâneo*, cit., p. 238-9: “*Todavia, a adoção de um modelo multiorganizativo ou pluricêntrico de Administração pública traz riscos à legitimidade democrática da sua atuação. Em outras palavras, uma das suas maiores vantagens – a distância dos critérios político-partidários de decisão, assegurada, sobretudo, pela impossibilidade do chefe do poder Executivo (eleito) exonerar livremente os seus dirigentes (nomeados) – é também um dos seus maiores riscos*” (apud BARROSO, 2002, p. 27).

acompanhamento de concessões, permissões e autorizações de serviços públicos em duas fases diferentes: uma, de acompanhamento da licitação e contratação da outorga; a outra, de acompanhamento da execução contratual, pela Instrução Normativa n.º 27/1998 (alterada pela IN n.º 40/2002). Em sua jurisprudência, encontra-se assentado que não cabe ao tribunal exercer controle sobre concessionárias ou permissionárias de serviços públicos, “*mas sim examinar se o poder concedente está fiscalizando de forma adequada a execução dos contratos celebrados*” (LIMA, 2007, p. 306).

De fato, a jurisprudência do TCU tem sido, em resumo:

- quanto ao controle externo de atividades finalísticas das agências reguladoras, que o TCU deve atuar de forma complementar, exercendo uma fiscalização de segunda ordem, preservando-se ao máximo o âmbito de competência dessas entidades públicas (Acórdãos n.º 715/2008, n.º 620/2008, 602/2008, 575/2007, n.º 1.369/2006, n.º 649/2005, n.º 1757/2004 e n.º 1.703/2004, todos do Plenário, dentre outros);

- quanto ao controle externo de atos vinculados e discricionários das agências reguladoras, ao fiscalizar atos de natureza vinculada, que o TCU pode determinar o cumprimento de medidas necessárias à correção das irregularidades constatadas; todavia, sendo os atos fiscalizados de natureza discricionária, praticados de forma motivada e visando satisfazer o interesse público, a atuação do tribunal limita-se à emissão de recomendações consideradas adequadas, salvo em caso de vício de ilegalidade, hipótese em que é possível determinar as providências necessárias ao respectivo saneamento (Acórdãos n.º 715/2008, n.º 2.138/2007, n.º 200/2007, n.º 1.369/2006, todos do Plenário, além de outros);

- quanto ao controle externo das revisões tarifárias efetuadas pelas agências reguladoras, que o TCU pode expedir determinações para que sejam readequadas as revisões que não estejam conforme os parâmetros e finalidades arroladas na legislação aplicável e no instrumento de outorga, de forma que as revisões tarifárias são analisadas do ponto de vista da legislação vigente, dos métodos e dos procedimentos definidos e divulgados pelo próprio regulador e das deliberações do tribunal de contas que forem eficazes no momento em que os atos administrativos de revisão foram praticados, devendo os acórdãos ou itens de acórdão que estiverem com sua eficácia suspensa ser ressaltados como um passivo contingente até a deliberação de mérito (Acórdãos n.º 1.799/2008, n.º 1.478/2008, n.º 1.103/2008, n.º 575/2007, n.º 200/2007, n.º 2.198/2006, n.º 2.109/2006, n.º 2.092/2205 e n.º 1.389/2006, todos do Plenário, dentre outros).

4.3 O controle da Administração atribuído ao Poder Judiciário.

4.3.1 Competências e atribuições principais quanto ao controle externo.

No Estado de direito, não se admite que atos praticados pelo poder Executivo não sejam passíveis de apreciação pelo poder Judiciário, um dos pressupostos do sistema de tripartição do Poder. Nesse sentido são as já clássicas disposições do art. 5º, incisos XXXIV, “a”; XXXV; e LV, da Constituição Federal, que consagram o chamado princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.¹⁰² Afinal, o Estado de direito é aquele submetido ao seu próprio regramento jurídico. Nesse sentido são, dentre outros, Lúcia Vaz de Figueiredo e J. J. Canotilho (FIGUEIREDO, 2007, p. 12; CANOTILHO, 1998, p. 91).

O chamado controle jurisdicional da Administração, que aqui se prefere denominar *controle jurisdicional típico*, é conceituável então como o controle externo, provocado e repressivo, pelo qual o órgão dotado do *poder jurisdicional próprio*, assim entendido como o órgão integrante do Judiciário e competente para solucionar conflitos de direito que lhe forem apresentados, exerce o controle de constitucionalidade de normas e atos normativos administrativos e os controles de legalidade, finalidade, publicidade e não-lesividade dos atos e atividades administrativos dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, na condição de pólo imparcial entre os pólos em litígio, com o objetivo de confirmá-los, se constitucionais, legais e condizentes com os princípios elencados, ou desfazê-los, se inconstitucionais, ilegais ou com eles não condizentes, desde que o exame de atos seja restrito à parte vinculada à norma que os fundamente e condicione¹⁰³.

É mais comum, porém, o conceito mais restrito de controle jurisdicional, segundo o qual é aquele exercido privativamente pelos órgãos do poder Judiciário sobre os atos administrativos dos poderes Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário, com o objetivo

¹⁰² XXXIV - São a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: (...) a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; (...).

XXXV - A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (...).

¹⁰³ Considerando-se a doutrina de Hely Lopes Meirelles acerca do ato administrativo e de seus requisitos, elementos ou pressupostos de validade, são cinco os requisitos vinculados (competência, finalidade e forma), e dois os discricionários (motivo e objeto). Competência é a delimitação das atribuições cometidas ao agente que praticou o ato; finalidade é o resultado mediato pretendido pela Administração pela prática do ato, e objeto, o resultado imediato; forma é o elemento exteriorizador do ato; motivo ou causa é a situação fática ou jurídica cuja ocorrência autoriza ou determina a prática do ato. De acordo com a teoria dos motivos determinantes, há vinculação do administrador ao motivo empregado para justificativa do ato sempre que a declaração do motivo for obrigatória pela legislação ou, se não for, o próprio administrador o declarar, quando então poderá haver apreciação judicial do mérito quanto ao motivo e objeto declarados à luz da lei. Porém, se o motivo não for de declaração obrigatória e não for declarado, resta vedada a apreciação do motivo e do objeto pelo Judiciário, ou seja, não pode haver apreciação judicial dos elementos discricionários do ato (GRANJEIRO, 2005, p. 33).

de proceder ao exame da legalidade de atos e atividades administrativas, a fim de confirmá-los, se legais, ou desfazê-los, se contrários a essa legalidade.

De qualquer forma, aqui se prefere chamar o controle jurisdicional de *típico*, ou *propriamente jurisdicional*, tendo em vista a posição ora adotada de que a Constituição Federal deferiu uma espécie de jurisdição própria aos tribunais de contas, conforme abordado no item 3.4.3.

Ocorre de toda forma que, em consequência do controle jurisdicional típico e dos instrumentos à disposição dos interessados para sua provocação, conforme constata Guilherme de La Rocque Almeida, pode-se afirmar que o poder Judiciário limita e regula atividades tipicamente administrativas e legislativas - estas, pelo controle de constitucionalidade concentrado ou difuso, conforme o caso ¹⁰⁴; aquelas, embora basicamente pelo controle da legalidade, também são limitáveis incidentalmente pelo controle de constitucionalidade e por critérios mais amplos, inclusive adentrando a arena de discussão e de decisão (positiva ou negativa) no âmbito de implementação de políticas públicas, parte do fenômeno hoje genericamente intitulado de *judicialização da política*.

Essa atuação do Judiciário rompe com qualquer visão excessivamente dogmática da separação dos Poderes, o que é, de toda forma, outra maneira de apenas perceber que a visão é obsoleta, haja vista que o estabelecimento de direitos individuais e sociais na própria Constituição trata-se de um fenômeno atual e que fornece um novo paradigma para a atuação do Estado. E, dentro desse novo paradigma, a atuação do poder-função jurisdicional é cada vez mais voltada a verificar se os atos administrativos e mesmo se as políticas do Poder Público estão em conformidade com o traçado pela Constituição (ALMEIDA, 2006, p. 283-285).

Mas tamanho reordenamento decisório, com redefinição do escopo e modo de atuação do Judiciário, não poderia se operar de forma unilateral, mas de forma consentânea, ao menos em parte, ao paradigma maior dos *checks and balances*. Conforme já abordado, ao menos uma das possíveis *conseqüências* foi, em certa medida, a *reforma do Judiciário*, que instituiu controle interno atípico, exercido por colegiado com composição mista - o CNJ.

¹⁰⁴ Quaisquer das propostas de projetos de emendas, leis ou outras normas contidas no art. 59 da Constituição Federal, integrantes do processo legislativo, são sujeitas à incidência do controle difuso de constitucionalidade, mediante ajuizamento de mandados de segurança contra atos de autoridades coatoras, i.e, presidentes ou mesas das casas legislativas, cabendo ao STF analisar a compatibilidade de determinada seqüência de atos do processo legislativo perante a Constituição Federal, a fim de garantir aos deputados federais e senadores o direito líquido e certo de não participarem do processo legislativo inconstitucional. Ressalte-se que não se deve confundir controle de constitucionalidade de atos *interna corporis* do Legislativo, que são de livre interpretação do Parlamento, não admitindo controle de constitucionalidade. Em caso de preceitos regimentais inconstitucionais, compete ao STF o exercício do controle difuso da constitucionalidade, com fulcro no art. 5º, XXXV, da Constituição.

4.3.2 Instrumentos

Instrumentos do controle jurisdicional são os meios processuais que permitem aos órgãos jurisdicionais, quando provocados e na medida dessa provocação, exercerem o controle da constitucionalidade, da legalidade, da finalidade, da publicidade ou da não-lesividade dos atos e atividades administrativas do Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário, entendidos em sentido amplo, o que inclui os entes da Administração indireta e todas as pessoas físicas e jurídicas que sejam passíveis de equiparação à Administração e seus agentes, transitória ou permanentemente.

São, dentre outros, os chamados *remédios constitucionais*, todos, exceto a ação civil pública, de procedimento especial, a saber (PEÑA DE MORAES, 2008, pp. 149 e 519-520):

- o mandado de segurança (art. 5.º, incs. LXIX e LXX da Constituição Federal, e Leis n.º 1.533/1951, 2.770/1956, 4.348/1964, 5.021/1966, 8.076/1990 e 8.437/1992), para tutela de direito individual ou metaindividual líquido e certo, não amparável por *habeas corpus* ou *habeas data*, ameaçado ou lesado por ilegalidade ou abuso de poder;

- o *habeas corpus* (arts. 5.º, inciso LXVIII, e 142, § 2.º da Constituição Federal, e arts. 647 e 667 do Decreto-lei n.º 3.689/1941), para tutela da liberdade de locomoção ameaçada ou lesada por ilegalidade ou abuso de poder;

- o *habeas data* (art. 5.º, inciso LXXII, da Constituição, e Lei n.º 9.597/1997), para tutela do direito de conhecimento, alteração, registro, explicação e contestação de informação pessoal constante de órgão ou entidade estatal ou de caráter público negada ao titular do direito;

- o mandado de injunção (arts. 5.º, LXXI, 102, incs. I, “q” e II, “a”, 105, inc. I, “h” e 121, § 4.º, inc. V, da Constituição), para tutela de direitos subjetivos de exercício inviabilizado pela ausência da norma regulamentadora;

- a ação popular (art. 5.º, inciso LXXIII, da Constituição, e Lei n.º 4.717/1965), para tutela do direito subjetivo de qualquer cidadão à invalidação de contrato, ato ou acordo administrativo ilegal, ilegítimo ou lesivo ao domínio público, ao meio ambiente ou ao patrimônio histórico e cultural (que tem três pressupostos específicos de demanda: a condição de cidadão brasileiro e eleitor; a ilegalidade ou ilegitimidade do ato, contrato ou equivalente, impugnado, inclusive o desvio de finalidade; e o caráter lesivo ao patrimônio público);

- a ação civil pública (art. 129, inc. III, da Constituição e Lei n.º 7.347/1985), de procedimento ordinário, para tutela de direitos difusos e coletivos, sem prejuízo dos direitos individuais homogêneos; além da

- ação declaratória incidental (arts. 5º e 325 do Código de Processo Civil), para controle de constitucionalidade difuso de questão incidental prejudicial, que faz coisa julgada

apenas formal ¹⁰⁵, a teor do procedimento para arguição de inconstitucionalidade constante dos arts. 480 a 482 do CPC.

Se considerado o conceito mais restrito do controle judicial da Administração, seria cabível admitir tão-só os instrumentos processuais para questionamento da legalidade de atos e atividades administrativas, excluindo-se os meios de arguição de inconstitucionalidade antes mencionados e limitando os residuais apenas a esse alcance mais limitado.

Ocorre que, sem adentrar em excesso o tema do controle de constitucionalidade, essenciais tornam-se também as prerrogativas dispostas ao Supremo Tribunal Federal expressas nas Leis n.º 9.869 e 9.882, de 1999, acerca de procedimentos e efeitos, inclusive de modulação temporal, das ações direta de inconstitucionalidade (arts. 102, inc. I, “a” e “p”, 103, caput, § 1º e § 3º, e 129, inc. IV, da Constituição), direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, da Constituição) e declaratória de constitucionalidade (art. 102, inc. I, “a”, parte final, e § 2º), além da arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º). Por isso, entende-se mais atual a atribuição de um alcance mais amplo à conceituação desta forma de controle externo, até diante da crescente ascendência da abordagem constitucionalista sobre as diversas áreas do Direito, inclusive a administrativa, a financeira, a eleitoral, a tributária e outras tipicamente públicas.

A partir da doutrina de Guilherme Peñã de Moraes, pode-se observar que alguns dos princípios constitucionais do poder jurisdicional formulados pelo autor são particularmente relevantes à instrumentalização do controle jurisdicional decorrente.

São esses princípios o da transcendência, do qual emana a repercussão geral da questão constitucional (art. 102, § 3º, da Constituição e art. 1º, parágrafo único, da Lei n.º 9.882/1999); o do precedente judicial e da súmula da jurisprudência predominante obrigatória, de eficácia vinculante sobre os órgãos do próprio Judiciário e sobre a Administração pública direta ou indireta, nas esferas federal, estadual, distrital e municipal, sob pena de reclamação, com responsabilização cível, penal e político-administrativa do agente público que negar sua aplicação, aplicá-la incorretamente ou negar sua vigência (arts. 103-A, *caput* e § 1º da Constituição; arts. 156 a 162 do RISTF; e art. 186 do Código Civil, art. 319 do Código Penal e art. 64-B da lei n.º 9.784/1999), e o da federalização das violações graves aos direitos humanos, que enseja o incidente de deslocamento de competência (art. 109, inc. V-A, e § 5º da Constituição, e art. 555, § 1º do CPC).

Os demais princípios elencados são o da publicidade dos atos processuais (art. 5º, inc. LX, e art. 93, inc. IX, da Constituição; art. 155 do CPC; art. 143 da Lei n.º 8.069/1990; art. 2º, § 20, da Lei n.º 8.560/1992; e art. 9º da Lei n.º 9.278/1996); o da celeridade processual (art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição; arts. 133, II, e 198 do CPC e arts. 35, II, III e VI, 39, 44 e 49, II, da Lei Complementar n.º 35/1979); e o da pluralidade dos meios de acesso à Justiça

¹⁰⁵ O STF exerce controle difuso em sede: de recurso extraordinário (art. 102, III, a, b e c), de recurso ordinário ou quando aprecia a inconstitucionalidade de normas fundadas em decisões recorridas (art. 102, II). O STJ exercita o controle difuso por intermédio do recurso especial (art. 105, III, a, b, c).

(arts. 107, § 2.º, 115, § 1º, e 125, § 7º, da Constituição, e art. 442 do CPC), que afinal permeiam toda jurisdição (PEÑA de MORAES, 2008, p. 454).

4.3.3 Enquadramento no sistema de controle constitucional da Administração.

É forma de controle externo por natureza, ainda que o objeto julgado trate de interesse, ato ou atividade do próprio poder Judiciário, eis que a imparcialidade e a distinção dos pólos são intrínsecas à função jurisdicional, e, dada essa premissa lógica, que o controlador – no caso, o órgão judicial competente – exerce o controle em função da jurisdição.

Porém, é forma de controle externo que não corresponde ao conceito constitucional de controle externo, uma vez que:

- esse conceito constitucional de controle externo é a rigor o controle exercido pelo Legislativo expresso na Constituição Federal por meio dos arts. 70 a 75, como titular, coadjuvado pelo tribunal de contas, que dele, autonomamente a quaisquer dos poderes políticos, detém não obstante dever de iniciativa própria;

- o controle externo cabível ao Judiciário, ao contrário, é provocado, já que não pode a jurisdição provocar a instauração da lide de ofício, e, no caso, exercer de ofício o controle da Administração *lato sensu*, mesmo não se olvidando que deva o juiz adotar todas as medidas necessárias para que não deixe de decidir o litígio instaurado e ainda que, em diversas hipóteses no âmbito do processo instaurado, deva o juiz proceder de ofício; e

- também porque, em conseqüência da inércia da jurisdição, o controle jurisdicional é controle tipicamente repressivo, pois a lesão ou a ameaça de lesão necessariamente já se materializaram no todo ou em parte em pretensão prejuízo ao bem jurídico invocado, enfoque que não se confunde com o poder geral de cautela próprio da jurisdição, que inclui a possibilidade de emprego da medida cautelar e da antecipatória da tutela, mas sempre atos decorrentes da iniciativa original de partes ou interessados estranhos ao órgão controlador judicial.

4.3.4 A falta de regulamentação específica para afastamento de conflito com o controle externo.

Há duas dimensões de potencial conflito entre as formas de controle externo da Administração que podem resultar de decisões díspares dos tribunais de contas e dos órgãos do Judiciário incidentes sobre o mesmo objeto: uma delas é a referente à possibilidade de desconstituição de uma deliberação de tribunal de contas, mesmo na hipótese de órgão judicial entender que tal deliberação tenha sido adotada no exercício da regular jurisdição própria daquele tribunal ou, como é preferível à doutrina processualista em geral, de suas competências; outra dimensão potencialmente conflituosa seria a da desconstituição de

deliberação do tribunal de contas por parte do órgão judicial, com fulcro no juízo deste de que foram proferidas fora de suas competências.

A discussão foi abordada nos itens 3.4.3 e 3.4.6, atinentes aos temas do cabimento da jurisdição dos tribunais de contas e da coisa julgada no seu âmbito.

Quanto ao ponto específico ora abordado, cabe sintetizar que, independente da conclusão atinente a esses conflitos, é pacífico que:

- não há regras ou critérios legais específicos para se solucionar ou mesmo evitar adequadamente o litígio entre o controle jurisdicional típico e o do tribunal de contas, sendo parâmetros necessários as disposições, no caso do TCU, constantes da Constituição Federal, de sua lei orgânica (Lei n.º 8.443/1992), de seu regimento interno (Resolução n.º 155/2002), do Código de Processo Civil, da Súmula da Jurisprudência do STF¹⁰⁶ ¹⁰⁷ e da legislação federal aplicável a cada matéria;

- é possível a revisão de decisão dos tribunais de contas pelos órgãos do poder Judiciário, com fundamento no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal, todavia restrita à verificação da observância do devido processo legal e da não violação de direito individual, não tendo o órgão judicial competência para reapreciar o mérito da deliberação do tribunal de contas, entendido como o julgamento proferido quanto à regularidade da despesa que for objeto dos autos¹⁰⁸;

¹⁰⁶ Destacam-se a Súmula Vinculante n.º 3 (“*Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão*”, referente aos arts. 5º, LIV e LV; 71, III, da Constituição Federal de 1988; e Lei n.º 9.784/1999, art. 2º); as Súmulas n.º 6 (“*a revogação ou anulação, pelo poder executivo, de aposentadoria, ou qualquer outro ato aprovado pelo tribunal de contas, não produz efeitos antes de aprovada por aquele tribunal, ressalvada a competência revisora do judiciário*”, referente ao art. 77, III, da Const. Federal de 1946); n.º 7 (“*sem prejuízo de recurso para o Congresso, não é exequível contrato administrativo a que o tribunal de contas houver negado registro*”, ref. ao art. 77, III, da Const. Federal de 1946); n.º 42 (“*é legítima a equiparação de juízes do tribunal de contas, em direitos e garantias, aos membros do poder judiciário*”, ref. aos arts. 22; 76, § 1º; 187, da Const. de 1946); n.º 248 (“*é competente, originariamente, o STF, para mandado de segurança contra ato do TCU*”, ref. aos arts. 101, I, “c”, “i”; 104, I, “b”; 124, § 24, p. final, da Const. de 1946); n.º 347 (“*o tribunal de contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público*”, ref. ao art. 77 da Const. Federal de 1946); e n.º 653 (“*no tribunal de contas estadual, composto por sete conselheiros, quatro devem ser escolhidos pela assembléia legislativa e três pelo chefe do poder executivo estadual, cabendo a este indicar um dentre auditores e outro dentre membros do ministério público, e um terceiro a sua livre escolha*”, ref. aos arts. 73, § 2º; e 75, da Const. Federal de 1988).

¹⁰⁷ Há que se considerar, ainda, as súmulas dos demais tribunais superiores competentes em cada caso, com destaque para as Súmulas do STJ de n.º 208 (“*competem à Justiça federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal*”) e n.º 209 (“*competem à Justiça estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio*”), que definem a competência penal para o processo e julgamento de prefeitos municipais pelos ilícitos mencionados.

¹⁰⁸ Veja-se, a título de exemplo, a concessão da segurança, pelo Plenário do STF, nos mandados MS n.º 25.036, 25.095, 24.958, 25.090, 25.015, 24.997 e 25.037, determinado aquele tribunal a cassação dos Acórdãos n.º

- compete ao STF o processo e julgamento de *habeas corpus*, de mandado de segurança e de *habeas data* contra atos do TCU, e aos tribunais de justiça estaduais e distrital, o processo e julgamento dessas ações mandamentais contra atos dos tribunais de contas estaduais, municipais e distrital, conforme a jurisprudência do STF ¹⁰⁹ (LIMA, 2007, p. 109);

- o princípio da independência das jurisdições cível, penal e administrativa, invocado como paradigma para autonomia do processo no âmbito dos tribunais de contas em consonância com os fundamentos constitucionais de jurisdição própria desses tribunais, submete-se à exceção decorrente do impedimento da propositura de ação civil para discussão de fato ilícito e de sua autoria e responsabilidade quando reconhecida por sentença penal transitada em julgado a inexistência material do fato, consoante o art. 66 do Código de Processo Civil c/c o art. 935 do Código Civil, aplicada, por extensão, ao âmbito administrativo (LIMA, 2007, p. 121) ¹¹⁰.

- o tribunal de contas não tem competência para rever decisão de mérito de órgão judicial ¹¹¹;

Colocando-se de lado a questão dos conflitos potenciais entre o controle jurisdicional típico e o controle exercido pelos tribunais de contas, é interessante comentar que o maior impacto do controle jurisdicional sobre a Administração é o resultante sobre a formulação e os resultados das políticas públicas.

1.443/2004, 1.530/2003, 1.852/2003, 3.093/2003, 1.877/2004, 2.853/2003 e 1.210/2004, da 1ª Câmara do TCU, pelos quais havia o colegiado do tribunal de contas considerado ilegais as acumulações de proventos de militares inativos com proventos de cargos civis posteriormente ocupados na Agência Brasileira de Inteligência (ABIN), tendo o STF deliberado que a acumulação de proventos militares e civis não está sujeita à vedação de acumulação de proventos prevista na Emenda Constitucional n.º 20/1998, que alcançaria apenas a acumulação de proventos oriundos de cargos civis, consoante a Ata n.º 42005-Plenário, do STF (LIMA, 2007, p. 110).

¹⁰⁹ Cita o autor: no julgamento das contas de responsáveis por haveres públicos, a competência é exclusiva dos tribunais de contas, “*salvo nulidade por irregularidade formal grave ou manifesta ilegalidade*” (RTJ, 43: 151). Há ainda diversos outros precedentes, como no MS n.º 24.001 (Rel.: min. Maurício Correa, DJ: 20/09/2002): o TCU é “*parte legítima para figurar no pólo passivo do mandado de segurança, quando a decisão impugnada revestir-se de caráter impositivo*”.

¹¹⁰ Cita Henrique Lima o Acórdão n.º 1.391/2003 - TCU- Plenário (TC-575.082/1997-6. Rel.: min. substituto Augusto Sherman Cavalcanti).

¹¹¹ Considerando que apenas a ação rescisória tem o condão de poder desconstituir sentença judicial transitada em julgado no prazo legal e que, no caso concreto, o impetrante de mandado de segurança com pedido de medida cautelar junto ao STF vinha recebendo parcela remuneratória há 16 anos, embora considerada ilegal pelo TCU, o relator do MS n.º 27.962-1/DF, min. Celso de Mello, considerou que o TCU “*não dispõe, constitucionalmente, de poder para rever decisão judicial transitada em julgado (RTJ 193/556-557) nem para determinar a suspensão de benefícios garantidos por sentença revestida da autoridade da coisa julgada (RTJ 194/594), ainda que o direito reconhecido pelo Poder Judiciário não tenha o beneplácito da jurisprudência prevalecente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, pois a “res judicata” em matéria civil só pode ser legitimamente desconstituída mediante ação rescisória*” (24/04/2009).

Sobre o assunto, Alceu Maurício Junior expôs, em trabalho sobre o neoconstitucionalismo, que:

O estudo do princípio da divisão dos poderes nos mostra que a Constituição não atribui ao Judiciário [alguma] competência originária para resolver questões relativas à alocação de recursos, salvo a administração dos próprios tribunais; tais poderes foram endereçados primariamente aos órgãos políticos – Legislativo e Executivo – e mesmo a existência de uma regra geral de competência judicial deve ser vista com cautelas, pois está endereçada a casos extraordinários, e não à elaboração ordinária de políticas públicas. (...)

Os processos judiciais são orientados para a extinção, com ou sem julgamento do mérito (CPC, arts. 267 e 269), e não para o desenvolvimento de um programa ou projeto. (...) A intervenção judicial nas políticas públicas enfrenta, além dos problemas inerentes ao princípio da divisão dos poderes, tensões com o princípio democrático (...). Como o princípio democrático está ligado à ideia de decisão tomada pela maioria dos cidadãos ou por seus representantes [eleitos], afirma-se que a jurisdição constitucional apresenta uma dificuldade contra-majoritária, pois os juízes não são eleitos e, portanto, não possuem legitimidade democrática (MAURÍCIO JR., 2007, p. 2).

Estabelecidas as competências dos órgãos do Judiciário e seus instrumentos principais para o exercício do controle jurisdicional típico da Administração, Guilherme de La Rocque enfatiza adicionalmente que, dentro da dita *judicialização da política*, que o tempo político-legislativo é diferente do tempo real das demandas sociais.

Nesse sentido, identifica duas correntes principais acerca da possibilidade de que o poder Judiciário, por meio do controle jurisdicional amplo, seja fórum adequado para a concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal por meio do controle inclusive das políticas públicas: o *substancialismo*, denominação de Werneck Viana à posição sobre o tema defendida por teóricos como Ronald Dworkin e Mauro Capelletti, pela qual podem e devem os órgãos judicantes do Judiciário fazê-lo sempre que provocados, e o dito procedimentalismo, defendido, dentre outros, por Jürgen Habermas, que formulam crítica importante aos substancialistas – a de que o Judiciário deve, precipuamente, “*garantir a participação pular no processo de tomada de decisões, retomando o sentido original da soberania popular*”.

O autor, de toda forma, aponta que ambas as correntes não se furtam a enxergar o Judiciário como uma *instituição estratégica* nas democracias contemporâneas e que deve impor-se aos demais Poderes como avalista do sistema de *checks and balances* e como garantidora da cidadania (LA ROCQUE ALMEIDA, 2006, p. 286-287).¹¹²

¹¹² Guilherme La Rocque invoca pesquisas estatísticas realizadas pelo Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos do Estado de São Paulo (IDESP), em 1993 e em 2000, nas quais foi levantado que a maioria dos magistrados paulistas entendia, em 1993, que o juiz não pode ser um mero aplicador de leis, sendo sensível à problemática social (73,7%), mas minoria entendia que tal preocupação deva preponderar sobre a aplicação da lei (37,7%), permanecendo o resultado em 2000, haja vista que a maioria opinou que o juiz tem papael social a cumprir a ponto de a busca da justiça social justificar decisões que violem contratos (73,1%), embora mais de

4.4 O controle da Administração atribuído ao Ministério Público.

A rigor, como já abordado nos itens 3.4.7 e 4.4, qualquer alusão genérica ao Ministério Público deveria ser entendida como em tese referente também ao chamado Ministério Público especial previsto para atuação junto aos tribunais de contas, tendo em vista o disposto no art. 130 da Constituição Federal, embora não integrante da estrutura do Ministério Público comum nos termos do art. 128, uma vez que, segundo a jurisprudência do STF, é a ele equiparado (ADI n.º 789, de 26/05/1994). Além disso, como também analisado anteriormente, o Conselho Nacional do Ministério Público integra sua estrutura.

Neste tópico, contudo, abordar-se-á, no que interessa ao presente estudo, o controle exercido pelo Ministério Público comum ou ordinário, ante a conclusão lógica de que o Ministério Público especial, entendido como aquele instituído junto aos tribunais de contas, é integrante indissociável e essencial ao exercício do controle externo previsto nos arts. 70 a 75 da Constituição Federal e, por simetria, dos dispositivos correlatos das constituições e leis orgânicas estaduais, distrital e municipais que instituíram os respectivos tribunais e conselhos de contas, enquanto o CNMP configura órgão colegiado de controle interno ao Ministério Público.

4.4.1 Competências e atribuições principais.

O Ministério Público (MP) é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, cujo conceito é trazido pelo artigo 127 da Constituição Federal, sendo regido por sua lei orgânica nacional, Lei n.º 8.625/1993, sem prejuízo das leis orgânicas dos braços federais e estaduais, a Lei Complementar n.º 75/1993 e as leis complementares estaduais, próprias a cada ente federado. Sua finalidade é a “*defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*”, tendo por princípios informadores a *unidade*, a *indivisibilidade* e a *independência funcional*.

Da forma como sucintamente apresentada no item 3.3, é possível identificar que, como instituições do Estado de direito no Brasil, o Ministério Público e o Tribunal de Contas revelam-se acima de tudo instituições historicamente dependentes do Estado *democrático* de direito - ou, dada a evolução político-cultural nacional, se não propriamente se possa falar dependentes das fases de maior grau de democratização, eis que efêmeras até 1988, pelo menos dependentes, para seus melhores funcionamento e efetividade, daquelas fases históricas de maior retração do grau de autoritarismo estatal e social vigentes.

Tanto que, conforme expõem Ailton Carvalho e Catherine Neves¹¹³, é geralmente aceito que a Constituição Federal de 1988 transmutou o Ministério Público da alçada do poder Executivo ao atribuir-lhe autonomia administrativa e independência funcional e deslocá-lo da

74% tenham afirmado que nunca ou apenas ocasionalmente basearam decisões judiciais mais em visões políticas do que na lei (LA ROCQUE ALMEIDA, 2006, p. 288).

¹¹³ X Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Santiago, Chile, 18 - 21 Oct. 2005.

função constitucional anterior, de defesa do Estado, para a função de *fiscal dos direitos da sociedade*.

O que, dada a possibilidade relativamente recente de judicialização dos conflitos políticos, demandam a atuação do Ministério Público como fiscalizador da Administração quanto ao cumprimento das políticas públicas, as quais, em última análise, com base em colocação de Rogério Bastos Aranha¹¹⁴, devem formalizar a ação governamental necessária a materializar ou, ao menos, necessária para catalisar a materialização de grande parte dos direitos difusos e coletivos (CARVALHO e NEVES, 2005, pp. 2 e 12).

Ou, podemos acrescentar, de forma muito similar ao que ocorre quanto ao controle jurisdicional, de possível materialização dos direitos fundamentais.

É assim que, muito embora não se possa deixar de reconhecer a notável heterogeneidade verificada no âmbito do MP (já que, desde a previsão do art. 129 da Constituição, é composto pelo Ministério Público da União (inciso I), por sua vez subdividido em Ministério Público Federal, do Trabalho, Militar e do Distrito Federal e territórios, e pelo Ministério Público dos estados (inciso II), sem falar do Ministério Público Eleitoral¹¹⁵, e ainda por cima sem desconsiderar que, principalmente no MP dos estados, há grande variação regional, organizacional e funcional), a Constituição Federal define ao Ministério Público, por seu art. 129, sempre sob o espectro do mencionado princípio institucional da unidade, as seguintes atribuições principais:

- a defesa da ordem jurídica, por meio do dever próprio do MP de zelar pela fiel observância das normas constitucionais e legais, no papel tradicional de fiscal da lei;
- a defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos, sociais e individuais indisponíveis, em especial os garantidos pela Constituição e os assegurados à família, à criança, ao adolescente, ao idoso e às populações indígenas;
- a apreciação de reclamações sobre autoridades e serviços públicos;
- a defesa do patrimônio público, social, cultural e ambiental;
- o controle externo da atividade policial; e
- a promoção da ação de inconstitucionalidade, inclusive a interventiva, do inquérito policial, e, privativamente, da ação penal pública, do inquérito civil público e da ação civil pública.

¹¹⁴ ARANTES, Rogério Bastos. “*Ministério Público e Corrupção em São Paulo*”. In: SADEK, Maria Tereza (org.). *Justiça e Cidadania no Brasil*. São Paulo: Sumaré/Idesp, 2000 (apud CARVALHO e NEVES, 2005).

¹¹⁵ O art. 37 da LC n.º 75/93 trata genericamente das funções eleitorais, pois dispõe que o Ministério Público Federal exercerá suas funções nas causas de competência dos tribunais e juízes eleitorais. A Constituição Federal de 1988 não incluiu o Ministério Público Eleitoral dentre as modalidades distintas da instituição, conforme se depreende do art. 128. Na estrutura atual, portanto, não há um Ministério Público Eleitoral de carreira e quadro institucional próprio (Fonte: www.tse.gov.br).

Guilherme Peña chama a atenção de que, na prática, o MP passou a dispor, na atual ordem constitucional, de *funções típicas*, aquelas consentâneas com a destinação institucional, basicamente enumeradas no art. 129, incisos I a VIII, da Constituição Federal, e de *funções atípicas*, aquelas desconformes ao estabelecido constitucionalmente em 1988, a exemplo das enunciadas no art. 477, § 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho, art. 9º, II, do CPC e art. 68 do CPP, e, citando Paulo Cezar Pinheiro Carneiro¹¹⁶, que defende a revogação das funções atípicas em face do art. 129, IX, da Constituição, aponta que o STF tem indicado reconhecer a inconstitucionalidade progressiva das funções atípicas, como a atribuída pelo art. 68 do CPP, quanto à assistência judiciária do hipossuficiente, transferida para a defensoria Pública, desde que devidamente instituída e aparelhada para exercê-la (PEÑA DE MORAES, 2008, p. 480)

¹¹⁷

4.4.2 Instrumentos.

O inquérito civil público é um procedimento administrativo investigatório instaurado pelo Ministério Público de ofício ou a pedido de qualquer pessoa, física ou jurídica, que visa colher elementos de convicção acerca da necessidade de interposição de ação civil pública. É medida de caráter pré-processual, instaurável extra-judicialmente. Segundo, aliás, Hugo Mazzilli, o inquérito civil “*é o sistema de investigação ministerial mais disciplinado, metódico e sujeito a um saudável sistema de controle por parte da sociedade e da própria instituição*”.¹¹⁸ O STJ decidiu que sua instauração não causa qualquer constrangimento à capacidade de locomoção, sendo impróprio o uso de *habeas corpus*¹¹⁹.

A instauração de inquérito policial e de outros procedimentos administrativos, a expedição de notificações, a diligência investigatória e a requisição de informações, exames, perícias e documentos, são instrumentos disponíveis ao MP a partir do disposto no art. 129, VI e VIII, da Constituição Federal, cujo desatendimento implica responsabilização civil e penal (por, respectivamente, caracterizar o ato de improbidade administrativa do art. 11, inciso II, da Lei n.º 8.429/1992 e o crime de prevaricação do art. 319 do Código Penal), além da incidência possível da responsabilização político-administrativa prevista no art. 9º, III, da Lei n.º 1.079/1950 c/c o art. 129, VI e VII, da Constituição Federal (PEÑA DE MORAES, 2008, p. 484).

¹¹⁶ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Tutela preventiva dos direitos difusos pelo Ministério Público*, in *Justitia*, n.º 131, 1985, p. 279 (apud PEÑA DE MORAES, 2008, p. 480).

¹¹⁷ RE n.º 147.776 (Rel.: min. Sepúlveda Pertence. DJU: 19/06/1998).

¹¹⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. O inquérito civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 51 (apud CARVALHO E NEVES, 2005, p. 8).

¹¹⁹ RHC n.º 5873, de 19/12/1997.

O MP, porém, não tem legitimidade advinda do art. 129, VI e VIII, da Constituição, para quebrar o sigilo fiscal, o bancário e o telefônico sem a prévia autorização judicial competente, consoante se pronunciou o STF¹²⁰.

A ação civil pública, de estrito caráter processual, requer fulcro em norma subjetiva, de direito material, federal, estadual ou municipal, que tipifique a infração a ser reprimida pelo Judiciário, já que permite a responsabilização do agente público que descumpriu seus deveres e lesou direito alheio, coletivamente considerado, e a imposição de obrigação de fazer.

É regulamentada pela Lei n.º 7.347/1985 e pode ser conceituada como o instrumento processual adequado à repressão ou ao impedimento de danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, cultural, histórico, turístico e paisagístico e por infrações à ordem urbanística ou econômica, com o objetivo de proteger os interesses difusos da sociedade.

Não se presta a amparar direitos individuais (mas, sim, o mandado de segurança, próprio à invalidação de ato de autoridade ofensivo a direito individual ou coletivo líquido e certo), nem se presta a pretender a reparação de dano causado por meio de conduta ilícita, comissiva ou omissa, do réu, contra particulares (própria à ação popular, já mencionada como meio constitucional posto à disposição de qualquer cidadão para obter a invalidação de atos e contratos administrativos, ou equivalentes, ilegais ou lesivos ao patrimônio público da União, estados, D. Federal e municípios, ou de suas autarquias, ou ainda de entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas por recursos públicos).

Não impede a propositura de ações individuais sobre o mesmo objeto, não gera litispendência (arts. 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor), e não é excluída por qualquer outra ação (nem pela ação popular, que lhe pode ser concomitante - art. 1º). A legitimação ativa não é exclusiva do MP, pois pode ser interposta por pessoas jurídicas estatais, autárquicas e paraestatais, assim como associações destinadas à proteção do meio ambiente ou à defesa do consumidor.

O chamado termo de ajustamento de conduta, ou TAC, por sua vez, é um instrumento alternativo introduzido na seara da ação civil pública pelo § 6º do art.5º da Lei n.º 7.347/1985 (mediante a nova redação dada pelo art. 113 do Código de Defesa do Consumidor - Lei n.º 8.078/1990), segundo o qual:

“§6º. Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

Em regra, o TAC promovido pelo Ministério Público deve ser submetido previamente à celebração ao Conselho Superior do órgão porque implica no arquivamento dos

¹²⁰ RE n.º 215.301 (Rel.: min. Carlos Velloso, de 13/04/1999).

procedimentos de investigação em curso, conforme o art. 9.º, § 3.º, da Lei n.º 7.347/1985. Se imposta obrigação de fazer, tornam-se aplicáveis as normas dos arts. 632 a 641 do Código de Processo Civil e, se de não-fazer, as dos arts. 642 e 643 do CPC. São admissíveis o aditamento, a modificação e mesmo a rescisão litigiosa do compromisso, via ação anulatória. Além disso, a teor do art. 5.º, § 6.º, da Lei n.º 7.347/1985, é de enfatizar que há a possibilidade de imposição de multa, acerca da qual consta o seguinte enunciado do Conselho Superior do MP do Estado de S. Paulo:

“A multa fixada em compromisso de ajustamento não deve ter caráter compensatório, e sim cominatório, pois nas obrigações de fazer ou não fazer normalmente mais interessa o cumprimento da obrigação pelo próprio devedor que o correspondente econômico” (Súmula n.º 23 – CSMP).

Tendo em vista o progressivo emprego do instrumento, que se coaduna à tendência de solução de conflitos pela via da composição possível de interesses, é oportuno mencionar que ainda se registra clara divisão doutrinária acerca da natureza jurídica dos termos de ajustamento, identificando-se como principais correntes:

- a de que constitua espécie de transação especial, ante a variedade de interessados e a indisponibilidade dos chamados direitos transindividuais, embora admissível a flexibilização das circunstâncias de tempo, modo e lugar para seu cumprimento (Nelson Nery Jr, Hugo Mazzilli e outros);

- a de que se trate de ato jurídico unilateral quanto à manifestação de vontade e bilateral quanto à formalização (José dos Santos Carvalho Filho e Paulo César Pinheiro Carneiro).

No que toca ao mandado de segurança, instrumento relevante especialmente ao controle jurisdicional, o MP é o oficiante necessário, não como representante da autoridade coatora ou da entidade estatal que integra, mas como parte pública autônoma incumbida da função de *custus legis*, com dever funcional de se manifestar sobre a regularidade do processo, mas também opinar pelo seu cabimento ou não, por sua carência e, no mérito, pela concessão ou denegação da segurança, não sendo suficiente a mera intimação do *Parquet*, exceto se indeferido de plano o mandado, quando a intervenção do MP não será obrigatória¹²¹.

Com relação à ação penal pública, cabe menção à decisão do STF de que o exercício do direito de ação, em sede processual penal, constitui inderrogável função institucional do MP, sofrendo a cláusula de reserva apenas uma exceção admitida constitucionalmente pelo art. 5º, LIX, na hipótese singular de inércia do *Parquet* (RHC 68314, de 20/09/1990). Isso é relevante para os procedimentos de investigação policial inclusive quanto a crimes contra a Administração pública.

Cabe também menção à decisão segundo a qual os crimes contra a ordem tributária (art. 1º da Lei n.º 8.137/1990) são crimes materiais ou de resultado, tornando a decisão final

¹²¹ MS n.º 23.514-AgR (Rel.: min. Maurício Corrêa, RTJ 173/511).

do processo administrativo fiscal condição objetiva de punibilidade quanto à tipificação e liquidação do dano imputado, pelo que não pode haver denúncia enquanto pendente a apreciação da impugnação do lançamento apresentado ¹²². Esses ilícitos são freqüentes na seara das licitações e contratos administrativos firmados pela Administração direta e indireta, como também em convênios firmados pela Administração, principalmente a federal, como concedente de recursos para entidades públicas e privadas, no âmbito federal, estadual e municipal.

A ação direta de inconstitucionalidade e suas variantes, omissiva e interventiva, a ação declaratória de constitucionalidade e a argüição de descumprimento de preceito fundamental são instrumentos de controle jurisdicional constitucional com participação ou iniciativa, conforme o caso, garantidos ao MP da União, por intermédio de seu chefe, o procurador-geral da República, e, por simetria, nos demais entes federados, ao MP dos estados, sendo facultado a qualquer pessoa a provocação da atuação do MP, por meio de representação ao procurador-geral, nos termos da Constituição Federal, arts. 36, III, 103, VI e 129, IV; e das Lei n.º 9.868, art. 2º, VI; e n.º 9.882, art. 2º, I, ambas de 1999 (PEÑA DE MORAES, 2008, p. 483).

Mais importante, como expressam ainda Ailton Carvalho e Catherine Neves, a função do Ministério Público não pode se limitar à atuação corretiva de condutas comissivas de agentes da Administração (ou a ele equiparados) que sejam lesivos aos direitos constitucionais do cidadão e da coletividade, mas também à repressão das condutas omissivas. Isso volta a incidir sobre a questão última da *implantação efetiva de políticas públicas* que visem dar efetividade à ordem política, econômica e social prevista pela Constituição Federal de 1988 e aos direitos fundamentais.

O ponto é que, com base em Maria Teresa Sadek e Laércio Vieira ¹²³, os autores enfatizam que, muito embora o MP seja hoje, reconhecidamente, uma das instituições “*que detém maior credibilidade junto aos cidadãos e exerce papel primordial na rede de controle dos gastos públicos*” no Brasil, uma séria limitação real ao controle externo exercido pelo MP é a dependência institucional do *Parquet* ao que denominam de *grau de independência real em relação aos poderes políticos, públicos ou privados* (CARVALHO e NEVES, 2005, p. 11).¹²⁴

¹²² HC n.º 83255, de 05/11/2003.

¹²³ SADEK, Maria Teresa. *Cidadania e Ministério Público*. In *Justiça e cidadania no Brasil*. São Paulo: Ed. Sumaré, 2000, p. 17; VIEIRA, Laércio Mendes. *Estado, instituições políticas e econômicas e controle*. In BUGARIN, Maurício Soares, e GARCIA, Leice Maria. *Controle dos gastos públicos no Brasil*. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer Stiftung, 2003, p. 33 (*apud* CARVALHO e NEVES, 2005, pp. 9-10)

¹²⁴ Como exemplo ilustrativo dessa vulnerabilidade, não tão recente, mas recorrente, cabe de fato lembrar o incidente da aprovação, na Câmara dos Deputados, em 14/12/1999, da chamada *Lei da Mordaza* (projeto de lei de iniciativa do Executivo federal que previa a imposição de multa, perda de cargo e mesmo de prisão a procuradores que divulgassem conteúdo de inquéritos ou de processos judiciais em tramitação), “*engavetado*” no Senado, mas “ressuscitado” já no início de 2000, com a edição da Medida Provisória n.º 2.088-36, o que, após nova onda de protestos, culminou com o recuo do governo.

4.4.3 Enquadramento no sistema de controle constitucional da Administração.

Para uma melhor caracterização do tipo de controle exercido pelo Ministério Público sobre a Administração, torna-se necessário abordar também quanto a essa instituição a questão da independência, autonomia ou subordinação do MP a algum dos Poderes do Estado.

Há opiniões doutrinárias divergentes acerca da posição institucional do MP em relação aos três poderes políticos tradicionais, mas há relativo consenso de que o *Parquet*¹²⁵ possui autonomia bem caracterizada, soando secundária à doutrina a questão da posição institucional (DEZEN JUNIOR, 2005, p. 297). De fato, se há posições mais extremadas, que variam do reconhecimento do perfil institucional do MP como quarto poder, até outras, conservadoras, que o colocam como vinculado ao poder Executivo, o STF o coloca como ligado (e não vinculado) ao Executivo, uma vez que aquele tribunal firmou o entendimento no sentido de sua “*integração na estrutura*” daquele poder (ADIn n.º 132, Rel.: min. Sepúlveda Pertence, DJU 30/05/2003).

É assim razoável deduzir que a jurisprudência do STF pareça privilegiar a tese da autonomia do MP dentro da estrutura da tripartição do Poder do Estado, pois dá ensejo ao afastamento de qualquer tese de subordinação direta ou indireta ao afastar alguma vinculação ao Executivo, e ainda, obviamente, leva em conta o princípio institucional da independência funcional expressa do MP (art. 127, § 1.º, da Constituição).

Fato é que o MP, na Constituição Federal, encontra-se previsto na seção I do capítulo IV (“*Das funções essenciais à Justiça – do Ministério Público*”) do título IV (“*Da organização dos Poderes*”), e fora, portanto, dos capítulos diretamente referentes ao Legislativo, ao Judiciário e ao Executivo, no que difere do Tribunal de Contas da União, previsto, como visto, na seção IX (“*Da fiscalização contábil, financeira e orçamentária*”) do capítulo I, portanto integrante do mesmo capítulo atinente ao poder Legislativo.

De forma até certo ponto análoga ao que transcorre quanto ao TCU, cuja posição institucional também é motivo de polêmica e igualmente tem sido acatada como de autonomia, e mesmo lembrando que houve reposicionamento da previsão do MP em relação à Constituição anterior, de 1967/1969, segundo a qual o MP integrava o poder Executivo, a tópica constitucional atual, por si só, não esclarece a questão, eis que prevê a Advocacia e a Defensoria Públicas, claramente órgãos daquele Poder, na mesma seção I do capítulo IV do título IV da Constituição, que prevê o MP.

¹²⁵ É oportuno lembrar que a expressão latina identifica a pequena plataforma ou banqueta móvel empregada no antigo direito medieval franco-sálico, e persistente em parte do período do regime monárquico absolutista francês, que servia para que o promotor, nela subindo, se colocasse à mesma altura do juiz, que, sentado em cadeira elevada em relação a todos os demais, e sempre indicado pessoalmente pelo governante local, era o símbolo do poder e da superioridade inquestionável do Estado, além do que, à época, limitava-se a ser mera “boca da Lei”. Embora não pudesse se sentar, permanecendo de pé, o promotor falava de igual para igual com o magistrado, não retirando sequer o chapéu, numa demonstração simbólica da autonomia do MP e de sua relativa equiparação aos poderes do Estado para a suposta defesa dos interesses da sociedade.

Guilherme Peña de Moraes, representando a posição da doutrina mais atual, opina que “o *Parquet* é revestido da natureza jurídica de órgão independente, que se coloca ao lado dos Poderes do Estado, com elevado status constitucional, a exemplo do Tribunal de Contas”, no que difere da doutrina e jurisprudência ainda majoritária, que é pela ampla autonomia, mas não equiparação a Poder (PEÑA DE MORAES, 2008, p. 473).

Para tanto, o autor identifica no MP características inerentes a Poder do Estado devido às diversas disposições expressas da Constituição Federal nessa direção, como as contidas no art. 52, II (competência do Senado Federal para processar e julgar o procurador-geral da República nos crimes de responsabilidade), art. 68, § 1.º, inc. I (organização do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros), art. 85, inc. II (tipificação, como crime de responsabilidade, de ato do presidente da República que atente contra o livre exercício das atividades do Ministério Público), art. 127, § 2.º (garantia de autonomia funcional e administrativa, inclusive quanto à proposição ao Legislativo sobre a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, a política remuneratória e os planos de carreira); art. 128, § 5.º, incisos I e II (vedações e garantias próprias aos membros do MP, inclusive a inamovibilidade, vitaliciedade e irredutibilidade de subsídios).

Adotando-se a posição prevalecente de que o MP é instituição revestida de autonomia funcional e que não é decididamente subordinado a qualquer Poder, conclui-se que o *Parquet* exerça forma de controle externo da Administração que é diversa do controle externo previsto nos arts. 70 a 75 da Constituição, e *indissociável do controle jurisdicional*.

Mas que com essa não se confunda totalmente, em virtude, essencialmente, de três características relevantes:

- a primeira, a própria premissa, de *ampla autonomia* dentro da estrutura de tripartição do Poder político;
- a segunda, a de que é *órgão promotor* por excelência, ou seja, definido, exatamente *ao contrário* do poder Judiciário, pelo caráter de provocar, iniciar ou motivar ações – no caso, judiciais, administrativas e investigatórias, o que é uma característica necessária às atividades de controle, inclusive a partir da função de *ombudsman* da regularidade dos serviços públicos em geral em face da população;
- uma terceira, a prerrogativa de formulação dos chamados *termos de ajuste de conduta*, os quais, ainda que em medida proporcionalmente limitada em comparação aos demais instrumentos de atuação disponíveis ao MP (e também a rigor dependentes do eventual recurso final à instância dos órgãos judiciários, como poder sancionador desse instrumento), os TAC constituem meios de garantia de efetividade a uma atuação própria ao MP.

É que os TAC denotam outro pressuposto necessário ao exercício de atividades de controle externo sobre a Administração – o de que, inegavelmente, conferem notável grau de autonomia à avaliação, deliberação e efetivação da ação de controle pelo próprio MP,

independentemente da co-atuação prévia, concomitante ou, comumente, posterior de qualquer outro órgão ou Poder.

É assim que até se possa entender como admissível dizer que o controle da Administração pública desempenhado pelo MP seja mero integrante do controle externo jurisdicional, não fazendo sentido sem este, mas entende-se preferível dizer que, progressivamente, o papel do MP no controle externo venha a ser cada vez mais transcendente ao de mero meio à realização do controle jurisdicional típico, eis que dotado de instrumentos e competências próprias que transcendem as cabíveis aos poderes Judiciário e Executivo, com efetividade sobre as atividades do Estado e seus agentes que é crescente e, ademais, passível de verificação.

5 CONFLITOS E COMPLEMENTARIDADES: POSSÍVEIS PERSPECTIVAS PARA O CONTROLE EXTERNO SEGUNDO A CONSTITUIÇÃO.

5.1 Reflexos polêmicos da atuação do TCU na jurisprudência recente do STF.

Na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal acerca das questões mais polêmicas envolvendo o Tribunal de Contas da União, tem sido debatido e assentado muitos dos pontos de atrito entre as competências dos tribunais de contas e de outros agentes, públicos e privados, assim como várias das possíveis fragilidades do controle externo.

A ministra Ellen Gracie, do Supremo Tribunal Federal, ao tratar do tema da revisão de deliberações do TCU pelo STF, expôs que a grande maioria das demandas judiciais contra deliberações do Tribunal de Contas da União e, por extensão, ocasionalmente, de tribunais e cortes de contas estaduais, é concentrada no âmbito do STF, principalmente, nas questões relacionadas ao julgamento de contas dos administradores responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da Administração direta e indireta, e nas questões com respeito à legalidade dos atos de admissão de pessoal ou de concessão de aposentadorias, reformas e pensões, no âmbito das quais, em especial no da primeira, há o freqüente surgimento de questionamentos diversos sobre a iniciativa do tribunal de contas, e, no desta última, quanto à observância do devido processo legal e da ampla defesa (GRACIE, 2007, p. 9-11).

Sobre a clara tendência, posterior à Constituição de 1988, de o TCU intensificar “*uma ampla e inédita vertente de atuação institucional*”, progressivamente concentrada no acompanhamento de políticas públicas e numa crescente edição de determinações para adoção providências necessárias ao exato cumprimento da lei e para sustação da execução dos atos impugnados por sua fiscalização, a ministra Ellen Gracie observa que a avaliação de desempenhos institucionais vem propiciando campo de contestação judicial, até mesmo por outro órgão ente público, acerca dos limites de competência do controle externo exercido pelo TCU. A esse respeito:

- as competências do TCU enumeradas nos diversos incisos do art. 71 da Constituição são tidas pelo STF por enumerativas (MS 24.510-7/DF, DJ 19.03.2004);

- o STF reconhece, principalmente com base na teoria dos poderes implícitos¹²⁶, que o TCU dispõe de poderes cautelares inerentes a sua atividade de controle da legalidade, eventualmente até sem audiência prévia do administrador ou sem aguardar as suas

¹²⁶ A teoria dos poderes implícitos, tida como adotada no Brasil desde a primeira constituição republicana (datada de 1891), trata-se de construção jurisprudencial oriunda do constitucionalismo norte-americano. Sua aplicação ao modelo de República federalista do Brasil significa reconhecer que, além dos poderes expressos, a União (e os municípios, no Brasil) terá *poderes implícitos*, isto é, aqueles que, embora não constando expressamente da Constituição, decorrem naturalmente dos poderes expressos, eis que são instrumentais, necessários, à sua efetivação.

providências, reconhecendo o STF que o tribunal de contas “*tem competência para fiscalizar procedimentos de licitação, determinar a suspensão cautelar, examinar editais de licitação e legitimidade para expedição de medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões*” (MS 24.510-7, MS 26.547, MS 23.550 e MS 27.882) ¹²⁷;

- assentou o STF que “*as empresas públicas e as sociedades de economia mista, integrantes da Administração indireta, estão sujeitas à fiscalização do tribunal de contas, não obstante os seus servidores estarem sujeitos ao regime celetista*” (MS 25.092-5/DF) ¹²⁸;

- a expressão “*(...) julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros públicos da administração direta e indireta (...)*”, contida no art. 71, inciso II, da Constituição Federal, necessariamente implica em que os tais dinheiros sejam os de titularidade pública, de forma que a atividade privada não se submeta à fiscalização do TCU (como, por exemplo, quando do MS 23.627-2/DF, DJ 16/06/2006, no qual foi discutida a competência do TCU para tomada de contas com relação ao Banco do Brasil¹²⁹, entendeu o STF que a competência do TCU pode alcançar a propriedade da União, restrita às ações do Banco do Brasil, e não os dinheiros e valores nele circulantes, que continuam particulares – no mesmo sentido, MS 23.875, MS 24.354, MS 24.439, MS 24.471, MS 24.891, MS 25.181 e MS 25.092);

- pode o TCU, todavia, alcançar dinheiros e valores de natureza pública circulantes em entidades assemelhadas à Administração, como, por exemplo, quanto aos conselhos de fiscalização de atividades profissionais, cujos servidores, embora não se sujeitem a regime funcional próprio, podem ter contas tomadas (MS 21.797, MS 26.149, MS 26.803, mas, com tendência oposta, diversamente, os MS 26.134 e MS 26.150);

- o STF afastou a tese da incidência de prescrição quinquenal em relação ao dever de prestação de contas de recursos públicos repassados por instrumento de natureza contratual ou convenial com expressa determinação do dever de prestação, com fundamento no entendimento da incidência do disposto na parte final do art. 37, § 5.º, da Constituição Federal (MS 26.510/DF), sentido também já indicado pelo STJ (REsp n.º 1.056.256-SP);

¹²⁷ A ministra Ellen Gracie realça que “*feriu-se interessante discussão no STF quando do julgamento do MS 24.510-7/DF (...), em que prevaleceu a idéia de que, pelo princípio dos poderes implícitos, cabe ao TCU o de editar medidas antecipatórias ou cautelares conforme a natureza ou gravidade do caso*”.

¹²⁸ Naquele processo, o STF apreciou caso concreto em que o TCU fiscalizara sociedade de economia mista, a Companhia Hidroelétrica do Vale do São Francisco (CHESF), subsidiária da Eletrobrás SA, quando o impetrante do MS, consultor jurídico que deixara de apelar de sentença desfavorável à empresa, com suposto prejuízo para seu patrimônio, suscitou a incompetência do TCU com base no argumento de que os empregados são regidos pela Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT).

¹²⁹ Naqueles autos, o caso concreto girava em torno da questão suscitada de que gerente de agência do Banco do Brasil no exterior fez aquele banco estatal federal assumir dívida pessoal e particular sua em outro banco, com alegado dano ao patrimônio do Banco do Brasil.

- determinações ou deliberações do TCU ou de qualquer pessoa física ou jurídica submetida à jurisdição e que em tese podem produzir lesão ou ameaça a direito de pessoa ou entidade submetem-se ao controle do poder Judiciário, pois vige o princípio da inafastabilidade do reexame judicial, de acordo com o artigo 5º, XXXV da Constituição;

- cabe o reexame das deliberações do Congresso Nacional e em particular do órgão auxiliar, o TCU, quando for o caso, quanto à observância do devido processo legal (inciso LIV); o contraditório e a ampla defesa (inciso LV); em processo público (inciso LX); mediante provas lícitas (inciso LVI); duração razoável (inciso LXXVIII), e adequada fundamentação (art.93, IX c/c art. 73, caput c/c art. 96, I, 'a', da Constituição);

- a sujeição aos padrões constitucionais de garantia e proteção de direitos individuais e coletivos precisa ser entendida nos devidos termos da atribuição constitucional de controle;

- compete ao STF processar e julgar originariamente o mandado de segurança contra atos TCU, ante o disposto no art. 102, I, 'd' da Constituição, resguardada a competência do juízo natural de primeiro grau, conforme a regra do art. 109, I, §§ 1º ou 2.º da Constituição, uma vez que a revisão judicial dos atos e decisões do TCU, por via ordinária ou mandamental, submete-se à jurisdição da Justiça Federal no caso da jurisdição ordinária comum (por recurso ordinário de apelação ao Tribunal Regional Federal e, conforme o caso, em recurso especial ao STJ) ou do STF na segunda hipótese, em única instância;

- o significado de que TCU dispõe de jurisdição própria e privativa (art.4º da Lei nº 8443/1992, Lei Orgânica do TCU) é que é somente sua a competência para apreciar os atos e condutas administrativas ali referidas, embora sem prejuízo do reexame judicial;

- o STF tem competência para apreciar mandado de segurança contra ato de Câmara do TCU (MS 23.665-5/DF, MS 22.009, MS 23.500, MS 21.418, MS 23.394), inclusive quanto a decisões em caráter terminativo (MS 21.322);

- é reconhecido pelo STF o direito à prova no processo administrativo perante o TCU, de caráter judicialiforme, que observa subsidiariamente os princípios do processo civil (MS 26.358);

- é reconhecida pelo STF a irrecusabilidade da coisa julgada quando se cuida de pretensão ao desfazimento de incorporação ou vantagens concedidas por via judicial, ainda quando a concessão de vantagem ou direito por sentença judicial se tenha operado sem a participação do TCU (MS 25.460-2/DF, DJ 10/02/2006), embora seja também reconhecido pelo STF que a observância da coisa julgada não seja absoluta, eis que, em certas situações – por exemplo, quando as gratificações ou vantagens forem incompatíveis com o regime jurídico – há impossibilidade de convivência das vantagens (MS 22.455, MS 22.160, MS 26.282, MS 25.925, 24. 381, entre outros);

- não está sujeito a contraditório nem submetido ao princípio de ampla defesa, e nem mesmo à prescrição quinquenal do art. 54 da Lei 9.784/1999, o ato do TCU que trata de registro de aposentadoria ou pensão, pois é de atribuição privativa desse tribunal (MS 25.440-8/DF, DJ 28/04/2006; MS 25.072-1/DF, DJ 27/04/2007; MS 25.880-2/DF, DJ 16/03/2007),

mas o STF tende a abrandar a ressalva, considerando que uma vez escoados 5 (cinco) anos para a homologação da aposentadoria, surge para o interessado o direito subjetivo à notificação dos atos decisórios e o direito de manifestar no processo argumentação útil, o que excepciona a parte final da Súmula Vinculante n.º 3 (MS 25.116 e MS 24.448);

- não compete ao TCU apenas o controle da ilegalidade, mas também cogitar da imoralidade administrativa ou do desvio de finalidade, sendo irrelevante que a matéria esteja em discussão em ação civil pública, porque o art. 71, II, da Constituição dá poderes de controle também nas hipóteses de irregularidade de que resulte prejuízo ao erário e porque a pendência de demanda judicial civil ou penal não exclui a autonomia da instância administrativa de controle pelo TCU (MS 25.880), tanto que o STF sentenciou que “*decisão judicial em sede penal [é] incapaz de gerar direito líquido e certo de impedir o TCU de proceder à tomada de contas*” (MS 23.625-6/DF, DJ 27.06.2003); e

- acerca da responsabilização de autor de parecer necessário ou empregado como fundamento na motivação de ato administrativo reputado de irregular ou ilegal pelo TCU, o STF mudou seu entendimento anterior e deu aval ao sempre esposado pelo TCU, concluindo que a manifestação do parecerista, seja consultor ou procurador que atua de ofício, seja consultor ou advogado contratado, incide em responsabilidade solidária entre o parecerista e o gestor público responsável pelo ato julgado irregular pelo TCU, quando adotado o parecer de sua lavra pelo administrador para a autorização desse ato, haja vista que a Lei n.º 8.666/93, art. 38, parágrafo único (Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos), exige a manifestação do advogado (MS 24.584). O antes assentado era de que o parecerista não poderia ser responsabilizado senão em hipótese de comportamento aberrante ou com manifesta má-fé, já que a autoridade não se vincularia ao parecer (MS 24.073).

Ainda na seara da legalidade do processo e da observância dos direitos constitucionais fundamentais à ampla defesa e ao contraditório, pode-se enumerar que o STF impôs restrição importante a um instrumento de obtenção de informações muito relevante aos tribunais de contas em geral: a denúncia e sua variante, a representação.

É que o STF definiu o entendimento de que a não identificação do denunciante perante o administrado implicava em anonimato proibido (MS 24.405-4/DF, DJ 23/04/2004, o que contrariou precedente do MS 24.369, no qual o STF havia privilegiado o interesse público, argumento ainda defendido pelo TCU).¹³⁰

¹³⁰ Conforme salienta a ministra Ellen Gracie, o caso, assaz interessante, consistiu na apreciação pelo STF da questão da inconstitucionalidade da manutenção, pelo TCU, do anonimato de denunciante de irregularidade, que o sujeito passivo da denúncia (na verdade, representação), impetrante do MS, afirmava inconstitucional, e o TCU recusava atender, porque o denunciante identificara-se perante o TCU. O STF entendeu que o disposto no § 1º do art. 55 da Lei n.º 8.443/1992, a LOTCU, ao autorizar “*manter ou não o sigilo quanto ao objeto e à autoria da denúncia*” contrariava o art. 5.º, incisos V, X, XXXIII e XXXV da Constituição, e concedeu a segurança para que fosse franqueada a identificação.

Porém, é talvez mais interessante observar que, embora desconhecidas as conseqüências pelo STF, cuja intervenção centrou-se no aspecto processual, o fato é que o processo em andamento no âmbito do TCU, objeto do MS, resultou no arquivamento, eis que a viabilidade de apuração dos indícios de irregularidades levantadas,

Conforme anteriormente abordado, no âmbito das discussões em juízo a respeito das decisões do TCU sobre registro da concessão, pela Administração, de aposentadorias e pensões de responsabilidade do Tesouro Nacional, o STF editou súmula vinculante (a de n.º 3), pela qual expressa que: *“Nos processos perante o TCU asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão”*. Nesse sentido foram os precedentes, dentre outros, proferidos no MS 24.268-0/MG (DJ 17/09/2004 ¹³¹, no qual ademais o STF consolidou jurisprudência no sentido de que não se instaura relação entre o TCU e o beneficiário durante o exame inicial de registro de aposentadoria e pensão, mas sim com a Administração); e no MS 4.742-8/DF (DJ 11/03/2005). Todavia:

- é assegurado pelo STF que a glosa (correção) procedida pelo TCU do tempo de serviço declarado para registro da aposentadoria não constitui revisão de benefício ou ato decisório, de forma que os atos administrativos do TCU relacionados como registro e controle de ato de concessão de aposentadoria, pensão e reforma – como ato administrativo complexo – não se sujeitam ao contraditório com o interessado, tendo em vista que o TCU, *“ao julgar a legalidade da concessão de aposentadoria, exercita o controle externo a que respeita o art. 71 da Constituição, a ele não sendo imprescindível o contraditório”* (MS 24.728-2/RJ, DJ 09/09/2005; MS 24.754-1/DF, DJ 18/02/2005, e outros); e

- a jurisprudência do STF tem admitido que, nesses casos de registro de aposentadorias e pensões, não se aplica a decadência quinquenal das ações da Administração contra o administrado prevista no art. 54 da Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo federal (MS 25.440, DJ 25/04/2006, e MS 25.072-1/DF, DJ 27/04/2007).

que indicavam verossimilhança da acusação, não puderam progredir, em grande medida, pela impossibilidade de requisição de autorização judicial da medida necessária de quebra de sigilos bancário e fiscal do réu pelo MP, ante a decretação de inconstitucionalidade original da denúncia – o que lança nova luz sobre a limitação dos instrumentos de efetiva investigação dos tribunais de contas e do próprio MP em face da eventual ponderação dos direitos fundamentais relacionados à defesa do devido processo legal, de um lado, e da defesa do interesse público (aqui não confundido com os do Estado) e de direitos difusos e coletivos, conforme o caso, de outro.

¹³¹ Atinente a benefício concedido há mais de 18 anos, em que o TCU considerara ilegal a dependência e o benefício devido à adoção da interessada pelo bisavô uma semana antes de sua morte.

5.2 Hipóteses de conflitos entre competências e atuações e possíveis soluções.

5.2.1 Entre o controle externo, o controle jurisdicional e o Ministério Público.

- Manifestação de mérito do STF acerca do exercício da apreciação da constitucionalidade de lei ou ato normativo pelo tribunal de contas, em especial em sede de algum dos vários mandados de segurança concedidos acerca da questão da legislação de licitações e contratos de estatais, a exemplo do MS n.º 25.888-8 (v. item 3.5.3.1).

A esse respeito, a favor do TCU milita o entendimento de que é vedada ao tribunal de contas a declaração de inconstitucionalidade em tese, em face do disposto no art. 102, I, “a”, III, e § 2º, da Constituição Federal; admitida a apreciação de leis e atos normativos, no sentido de decidir, em questão prejudicial de inconstitucionalidade, preliminarmente ao julgamento de mérito do caso concreto, e observado o quórum qualificado do art. 97 da Constituição, caracterizando assim forma limitada de controle difuso de constitucionalidade, eis que motivado pela inafastabilidade do exercício de suas competências e restrito a considerar a norma aplicável ou inaplicável ao caso concreto; a recomendar, no caso, que a unidade jurisdicionada deixe de aplicar determinada norma, por entendê-la inconstitucional; ou a dar interpretação constitucional para o caso, sempre sujeito a vinculação à decisão do STF nas ações direta e indireta de inconstitucionalidade e ADPF, nos termos da Súmula 347 do STF e das Leis n.º 9.868 e 9.882/1999 (a exemplo do MS n.º 21.797-9 e ADI n.º 1717-6 – v. item 3.5.3.1).

- Manifestação judicial acerca do exercício do poder geral de cautela cabível ao TCU, previsto no art. 276 do RITCU c/c o art. 44 da Lei n.º 8.443/1992, § 5.º do art. 278 do RITCU e dispositivos subsidiários do CPC, nos termos da Súmula 103 do TCU, o que inclui, com ou sem oitiva prévia do responsável ou ente público, conforme o caso, hipóteses de determinação de suspensão de ato ou recomendação para suspensão, rescisão ou resilição de contrato; afastamento cautelar de responsável e de indisponibilidade de bens, não obstante reconhecido pelo STF, em reiteradas decisões, a competência referida (a exemplo do MS n.º 24.510-7/DF – v. item 3.5.3.2).

- Manifestação judicial sobre possibilidade de prescrição de ressarcimento de débito contra o erário, quando não presentes os elementos de decidir que fundamentaram a decisão quanto ao MS 26.210-DF, que privilegiou entendimento fulcrado no artigo 37, § 5.º, da Constituição, haja vista argumentação recorrente referente a dispositivos diversos invocados entre o Código Civil de 2002 e as Leis n.º 9.784 e n.º 9.873/1999, a recente predominância jurisprudencial do próprio TCU, quanto à aplicabilidade da regras da prescrição de dívida previstas no Código Civil em vigor, e, no caso de julgamento de contas, as disposições do art.

206 do próprio RITCU¹³², conflitantes com a interpretação dada pelo STF quanto à imprescritibilidade do débito nas condições apreciadas no referido mandado (v. item 3.5.3.3).

- Manifestação judicial sobre o exame do mérito do julgamento de contas ou de qualquer ato sujeito à apreciação de mérito por tribunal de contas em matéria da competência constitucional-legal do órgão, com base no entendimento de que seja absoluta a revisibilidade judicial de decisões a qualquer tempo (art. 5.º, XXXV e LV, da Constituição Federal), ao mesmo tempo em que é indisponível ao tribunal de contas a coisa julgada judicial, mesmo que contrária ao mérito julgado por esse tribunal de contas (como no caso do MS 22.455, dentre outros), em desconsideração das competências constitucionais do TCU de julgar (art. 71, II) e de ter jurisdição própria (art. 73, *caput* – v. item 3.4.3).

Quanto ao ponto, um problema é o característico entendimento judicial cambiante acerca do alcance das pessoas e objetos sujeitos à jurisdição do TCU e dos tribunais e cortes de contas em geral, como também sobre as competências desses tribunais. Dá ensejo a essa relativa incerteza o fato de que não é possível descortinar uma linha jurisprudencial clara e ampla do STF sobre a questão, uma vez que os precedentes daquele tribunal, provocados quase sempre no controle difuso e, por definição, sobre aspectos pontuais da questão advindos em casos concretos, necessariamente se fixa em entendimentos assaz limitados ao âmbito desses aspectos pontuais da questão (a exemplo do MS 25.460-2/DF, MS 25.116 e MS 24.448, em certa medida contraditórios, dentre vários outros – v. item 5.1).

- Possibilidade de conflito funcional entre o Ministério Público comum e o Ministério Público especial junto a tribunal de contas no âmbito do controle jurisdicional, quando do exercício, por este, de atribuições próprias ao *Parquet* em geral que, todavia, não tenham sido originariamente motivadas ou já não se insiram na atuação institucional de *custus legis* no âmbito de processos instaurados no tribunal de contas.

Trata-se de uma tendência perceptível quanto ao MP junto ao TCU e que pode levantar questionamentos acerca da extrapolação de competências funcionais do órgão especializado, a exemplo da iniciativa de apuração de indícios de irregularidades em órgãos e entidades jurisdicionados pelo tribunal de contas que não tenham sido objeto, ainda, de processo formalmente instaurado em seu âmbito¹³³. Considerando-se que o Ministério

¹³² Art. 206 do RITCU - A decisão definitiva em processo de tomada ou prestação de contas ordinária constituirá fato impeditivo da imposição de multa ou débito em outros processos nos quais constem como responsáveis os mesmos gestores.

§ 1.º No caso do *caput*, a apreciação de irregularidades apuradas nos outros processos dependerá do conhecimento do eventual recursos de revisão interposto pelo Ministério Público, na forma do art. 288.

¹³³ Dois exemplos recentes: o primeiro, a requisição de informações por procurador do MP junto ao TCU às comissões internas de sindicância do Senado Federal, instauradas para apuração de irregularidades acerca de esquema de licitações fraudulentas por servidores e respectiva chefia da área de Recursos Humanos do órgão, em 27/04/2009, para avaliação do cabimento de interposição de representação ao TCU, quando somente em 05/05/2009, noticiou-se que procuradores do MPF empreendiam investigação preliminar. Outro exemplo é a representação interposta em 15/05/2009 pelo representante do MPTCU junto àquele tribunal de contas, acerca do procedimento contábil praticado pela Petrobras com alegada base no art. 30 da MP 2.158/2001, que permitiria a

Público de Contas, nos termos das já comentadas ações diretas de inconstitucionalidade ADI n.º 789-1/DF, ADI n.º 892-7/RS; ADI n.º 1545-1/SE; ADI n.º 1957-1/AP; ADI n.º 2596-1/PA e ADI n.º 2068-4/MG, não integra a estrutura do Ministério Público ordinário, mas a do tribunal de contas, por não possuir autonomia administrativa, não se pode olvidar, todavia, que o MP especial possua autonomia funcional e tenha função própria afeta à dos tribunais de contas, no que toca não apenas aos aspectos processuais, mas também finalísticos do controle externo. Nessa linha, entende-se minimizada a possibilidade de questionamento se demonstrada a fundamentada correlação da atuação externa ao exercício da prerrogativa de obtenção de informações para exercício da função primária de controle externo no âmbito do tribunal de contas.

- Interposição de ação civil pública ou instrumento de controle jurisdicional pelo Ministério Público contra indicação de ministro ou conselheiro para integrar tribunal ou conselho de contas. No caso, não se pode falar que se trate de conflito de atuação entre o tribunal e o *Parquet*, haja vista desempenhar este, na hipótese, função que lhe é própria; aquele não ser sujeito passivo da ação, mas o órgão ou autoridade indicadora; e, por fim, não haver ainda transcorrido a posse. Cabe aqui observar que os requisitos para nomeação e as hipóteses de indicação de ministros para o TCU, previstas no art. 73, §§ 1.º e 2.º da Constituição Federal, pressupõem critérios objetivos e subjetivos para 6 (seis) dos 9 (nove) cargos de ministro da corte, constituindo aquele constante da alínea II do § 1º do art. 73 (“*idoneidade moral e reputação ilibada*”) a motivação de atuação do MP em ocasiões anteriores.¹³⁴

5.2.2 Entre o controle externo e as agências reguladoras.

- Ressurgimento recorrente da questão em torno da competência do TCU de, no exercício do controle externo, atuar sobre o que detectar e avaliar como ineficiência, ilegitimidade e antieconomicidade do ato administrativo discricionário praticado por agência reguladora, não apenas nas respectivas atividades-meio, mas também em atividades-fim, inclusive quanto ao exercício do poder normativo e dos critérios de definição e controle de tarifas. Para progressivo afastamento da polêmica, deve o tribunal de contas sempre procurar enfatizar a adoção, como parâmetros, da legislação instituidora da agência, dos objetivos, prazos e indicadores contidos no contrato de gestão ou equivalente, firmado pela agência com o poder Executivo, se houver (e, se não houver, recomendar sua previsão e implementação), e a legislação orçamentária instituidora dos meios para implemento das políticas públicas aplicáveis ao setor (a teor, dentre outros, do REsp n.º 806.304-RS).

realização de ajuste no regime de contabilização do resultado durante o exercício fiscal, mas identificado, pela Receita Federal, como manobra de típica evasão fiscal, e não de elisão, em montante de cerca de R\$ 4, 1 bilhões de reais.

¹³⁴ A hipótese já ocorreu, quando o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e o Ministério Público Federal interpuseram ação civil pública na 21ª Vara da Justiça Federal contra a indicação do nome do então senador Luiz Otávio (PMDB-PA) para o cargo de ministro do Tribunal de Contas da União, em 22/06/2004. Foi a primeira vez na história que as duas entidades ajuizaram ação civil pública em conjunto na Justiça Federal. A indicação, embora aprovada pelo Senado, foi rejeitada pela Câmara dos Deputados.

No sentido apontado, as hipóteses de maior probabilidade de conflito entre tribunais de contas e agências reguladoras parecem ser, potencialmente:

- a primeira delas, na verdade não com as agências de regulação, mas com os órgãos ministeriais do poder Executivo de suas respectivas áreas de atuação, quando o TCU, no exercício do controle externo, identificar ingerência excessiva do órgão ministerial que, objetivamente, comprometa a autonomia do ente regulador ou a efetividade da política pública supervisionada pelo regulador em sua área de regulação. Para tanto, necessário que o tribunal de contas enfatize os parâmetros da legalidade da intervenção ou ingerência do órgão do Executivo, lançando mão, se necessário, da determinação, se flagrante a ilegalidade, ou da recomendação, se imprecisa a margem da prática irregular identificada, mas provável ou mesmo comprovável o comprometimento da política pública afetada, tendo por parâmetros a ineficiência, ilegitimidade e antieconomicidade do ato administrativo discricionário praticado pelo órgão ministerial;

- o controle das atividades-fim das agências especificamente quanto à definição e controle de tarifas públicas;

- o controle das atividades-fim das agências especificamente quanto à competência normativa das agências, em relação ao controle da legalidade das normas emitidas;

- o controle das atividades-fim das agências especificamente quanto ao acompanhamento e avaliação, pelas agências, das condições contábeis e financeiras dos outorgados públicos e particulares do setor regulatório de sua competência atenderem as condições da outorga sem comprometimento da qualidade, da busca da universalidade e da política pública aplicável ao setor.

Quanto a esse aspecto específico, com base em Leonardo dos Santos Macieira, é necessário que cada agência reguladora não deixe de realizar a distinção necessária entre empresas que exploram atividade econômica e aquelas que prestam serviço público na sua área de regulação. A importância dessa distinção, salientada, conforme pesquisa de Leonardo Macieira, por doutrinadores como Hely Lopes Meirelles, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Celso Antônio Bandeira de Mello ¹³⁵, é que, “*enquanto o art. 173 da Constituição Federal cuida daquelas, o art. 175 trata destas*”, o que significa dizer que (MACIEIRA, 2007, p. 88):

- o artigo 173 da Constituição Federal cuida especificamente da atividade de natureza privada, exercida excepcionalmente pelo Estado por razões de segurança nacional ou interesse coletivo relevante, havendo de se concluir que as normas dos §§ 1º e 2º do artigo 173 só incidem nessa hipótese. Quando o Estado, por intermédio dessas empresas, exerce atividade econômica, reservada preferencialmente ao particular pelo *caput* do dispositivo, obedece a normas de direito privado como regra, e às normas do direito público como exceção, que, como tal, devem ser interpretados restritiva, mas rigorosamente, como é o caso da definição, por lei, do regime de licitações e contratos aplicáveis a essas empresas, com observância dos princípios da Administração pública;

- a empresa estatal que desempenha serviço público é concessionária de serviço público, submetendo-se à norma do artigo 175 e ao regime jurídico dos contratos administrativos, com todas as cláusulas exorbitantes, deveres perante os usuários e direito ao equilíbrio econômico-financeiro, sem olvidar que, sejam públicos ou privados, os

¹³⁵ DI PIETRO, 2003, p. 382; MEIRELLES, 2004, p. 350; MELLO, 2002, p. 175 (apud MACIEIRA).

concessionários e permissionários devem ser submetidos às condições do parágrafo único do art. 175 da Constituição, com regulação do regime da outorga quanto às condições, fiscalização, caducidade e prorrogação, direitos de usuários, política tarifária e continuidade da prestação do serviço adequado, estabelecidas por lei e, segundo ela, monitorados.

5.2.3 Entre os tribunais de contas, o CNJ e o CNMP.

Haja vista a existência da previsão constitucional genérica para sanear algum eventual conflito de competências (não judiciais, é claro), entre o TCU, de um lado, e o CNJ e CNMP, de outro, por meio do exercício do controle interno administrativo do Judiciário e do Ministério Público, respectivamente, “*sem prejuízo das competências dois tribunais de contas*” (arts. 103-B, § 4º, II; e 130-A, § 2º, II)¹³⁶, a hipótese de conflito principal entre esses órgãos resume-se à atuação dos conselhos que for considerada inadequada ou inaplicável pelo tribunal de contas. Hipótese secundária, mas possível, é a da ocorrência do contrário. Não se considera que a atuação do TCU quanto ao controle externo das atividades-meio do CNJ e CNMP constituam hipótese de conflito, eis que restam aplicáveis as normas próprias ao devido processo de contas ou fiscalização, conforme o caso, no âmbito do TCU.

Sendo assim, na primeira hipótese, cabe precedência clara à decisão do tribunal de contas (inclusive, conforme a competência de cada caso, aos tribunais e conselhos de contas estaduais e distrital, no tocante às administrações judiciárias e aos ministérios públicos estaduais e distrital), que deverá ser cumprida pelo Judiciário, MP e respectivos conselhos nacionais, garantidos os direitos ao devido processo, contraditório e ampla defesa a seus membros, agentes e responsáveis.

Outra opção, nessa situação ainda, seria a atuação institucional do tribunal de contas por via de algum dos instrumentos previstos no âmbito do processo administrativo observado nos conselhos federais, para apreciação de assunto considerado relevante pelo tribunal segundo o crivo discricionário do conselho. Na segunda hipótese, tratar-se-ia de situação

¹³⁶ Excerto do voto - Acórdão 512/2006-Plenário (DOU de 18/04/06. Rel.: min. subst. Lincoln da Rocha):

(...) “19. Por fim, considero interessante tecer algumas considerações acerca da modificação trazida pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, em especial quanto ao Conselho Nacional de Justiça.

20. O art. 103-B, § 4º, da Carta de Outubro disciplina as competências do Conselho. Desse dispositivo pode se extrair que àquele órgão compete o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário. O inciso II do mesmo dispositivo ainda incumbe ao CNJ “zelar pela observância do art. 37 da Constituição e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União.”

21. Questão de difícil elucidação é saber como separar as competências do Conselho Nacional de Justiça e desta Corte de Contas. O aparente conflito pode ser resolvido por meio de pertinência material. Cabe ao Conselho, de acordo com o inciso I do mencionado parágrafo 4º do art. 103-B da Constituição, zelar pela autonomia do Poder Judiciário. Considero que em matérias que possam envolver o bom desempenho das atividades jurisdicionais, nada obstante a competência desta Corte para aplicar sanções e efetuar determinações, seria de bom alvitre remeter o assunto ao conhecimento do Conselho, para que este possa deliberar sobre o tema, a fim de cumprir sua missão constitucional.

22. No caso concreto, considero que o egrégio Conselho Nacional de Justiça poderá tratar a matéria com maior propriedade, pois somente um órgão ligado à estrutura do Poder Judiciário vai poder avaliar se é conveniente e oportuno modificar a estrutura das referidas funções comissionadas, antes de vir a ser aprovado o Projeto de Lei que trata do assunto” (...)

solucionável por via do devido processo no âmbito do tribunal de contas, seja por instrumento recursal, se pré-existente processo e o órgão for destinatário de medida decorrente de deliberação do tribunal de contas, ou por meio de consulta, ou ainda, litigiosamente, por via do controle jurisdicional.

No mesmo sentido, há precedentes, identificados quanto às Resoluções CNJ n.º 14/2006 e n.º 34/2007, que foram objeto de apreciações restritivas do TCU quanto às suas aplicabilidades, à luz da Constituição Federal. As decisões do TCU expressam mais um exemplo de exercício, pelo tribunal de contas, da competência de apreciar a constitucionalidade de leis e atos normativos administrativos, mas também demonstra claro conflito entre o exercício da função de órgãos de controle externo e interno, respectivamente, próprios do TCU e do CNJ sobre o mesmo objeto.

A Resolução CNJ n.º 14, de 21/03/2006, que trata da aplicação do teto remuneratório constitucional para os servidores do poder Judiciário e para a magistratura dos estados que não adotam o subsídio (estabelecido no art. 37, inc. XI, da Constituição Federal, correspondente, no máximo, ao subsídio mensal, em espécie, dos ministros do STF, para quaisquer espécies de verbas remuneratórias, percebidas cumulativamente ou não¹³⁷). É que a norma do CNJ, pelo art. 4.º, inc. II, “a”, exclui diversas verbas salariais do teto remuneratório constitucional (verbas de caráter indenizatório, permanente, eventual ou temporário, e abono por tempo de permanência em serviço), incluindo-se, dentre as permanentes que poderiam ser mantidas acima daquele teto constitucional, “a remuneração ou provento de magistrado decorrente do exercício do magistério, nos termos do art. 95, parágrafo único, inciso I, da Constituição Federal”.

Ocorre que essa alínea “a” do inciso II do art. 4.º da Resolução CNJ n.º 14/2006 foi apreciada pelo TCU, nos autos de processo de auditoria na área de pessoal da Justiça federal dos Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo, como sendo norma não aplicável, por conflito com o art. 37, inc. XI, da Constituição Federal, do que resultou em determinações daquele tribunal de contas a vários órgãos do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF-2) para a adoção de providências efetivas, no prazo de 60 dias, para regularização das acumulações de cargos por magistrados e servidores em desacordo com as leis aplicáveis, exclusão dos valores excedentes do teto constitucional e sua devolução aos cofres públicos, retroativamente a 01/01/2005 (Acórdãos n.º 851/2007-Plenário e n.º 1.751/2006-Plenário).

A deliberação do TCU não inquitou expressamente de inconstitucional a norma apreciada, mas, por sua redação original, indicou que não poderia dar aval à percepção de remuneração por cargos inacumuláveis acima do teto constitucional. Embora tenham ocorrido

¹³⁷ Inciso XI do artigo 37 da Constituição com a redação introduzida pela Emenda Constitucional 41/03: “A remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da Administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos”.

uma alteração (por meio da Resolução n.º 42/2008) e manifestações posteriores do CNJ acerca da interpretação de suas Resoluções n.º 13 e 14/2006, esclarecendo o conselho federal a exclusão da sujeição ao teto constitucional das verbas remuneratórias percebidas pelo exercício de cargos acumuláveis por servidores e magistrados (consoante o pedido de providências PP n.º 200810000017418, movido pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário e Ministério Público da União do Distrito Federal - Sindjus-DF), não foi identificada a derrogação do dispositivo inquinado de inaplicável pelo TCU, nem houve recomendação expressa daquele tribunal para sua suspensão ou derrogação. Da mesma forma, é possível constatar que o referido processo continua em aberto, em fase recursal. Segue-se extrato do acórdão do TCU:

ACÓRDÃO 851/2007 - TCU - PLENÁRIO
 PROCESSO TC 025.320/2006-9 - RELATÓRIO DE AUDITORIA
 Órgão: TRF da 2ª Região - PODER JUDICIÁRIO

Os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário de 16/5/2007, quanto ao processo a seguir relacionado, ACORDAM, por unanimidade, com fundamento nos arts. 43, inciso I, e 250 da Lei n.º 8.443, de 16 de julho de 1992, c/c os arts. 143, inciso III, e 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, aprovado pela Resolução n.º 155, de 4 de dezembro de 2002, em determinar:

1.1. aos Órgãos a seguir relacionados que:

1.1.1. adotem, em cumprimento às prescrições do art. 133 da Lei n.º 8.112/1990, providências efetivas com vistas à regularização das acumulações de cargos por parte de magistrados e servidores, verificadas no bojo da auditoria realizada em decorrência do Acórdão 1751/2006 - Plenário - TCU, fixando-lhes prazo de 60 (sessenta) dias, contados a partir da ciência da presente deliberação, para que informem a este Tribunal acerca das medidas e resultados obtidos:

(...)

1.1.2. excluam da remuneração dos magistrados e/ou servidores o quantum monetário excedente ao teto constitucional, instituído pelo inciso XI do art. 37 da Constituição Federal de 1988, cobrando deles as quantias pagas indevidamente, a partir de 1º/1/2005, nos termos do art. 46 da Lei n.º 8.112/1990, considerando os valores estabelecidos na Lei n.º 11.143/2005, fixando-lhes prazo de 60 (sessenta) dias, contados a partir da ciência desta deliberação, para que informem a este Tribunal acerca das medidas adotadas e dos resultados obtidos:

(...).

Com relação à Resolução CNJ n.º 34/2007, a norma dispõe sobre o controle do trabalho concomitante de magistrados como professores em instituições de ensino mediante simples comunicação, limitada à informação das disciplinas, horários de aulas e instituição de ensino (art. 3º). A medida é considerada insuficiente pelo TCU para a efetiva aferição da licitude da acumulação da judicatura com o exercício do magistério, o que resultou na recomendação encaminhada pelo tribunal de contas ao CNJ acerca da necessidade de modificação dos critérios constantes da resolução, de forma que os magistrados passassem a ser obrigados a informar os regimes de trabalho e jornadas semanais aos respectivos tribunais federais.

Recebida como *pedido de aprimoramento* da referida resolução (comissão n.º 2008100000021689), o procedimento foi submetido ao Plenário do CNJ pela Comissão de Prerrogativas na Carreira da Magistratura em decisão de 22/11/2008, que, no entanto, deliberou pela *improcedência do requerido*¹³⁸.

¹³⁸ Segue-se trecho da ementa: “*Conquanto se reputem relevantes informações relativas ao regime de trabalho do professor magistrado, não se divisa amparo legal, todavia, para se ampliar, de momento, o alcance do critério de compatibilidade para o exercício concomitante de magistério e magistratura, de modo a vincular-se ao “regime de trabalho” e, em última análise, à jornada semanal*”.

Para tanto, com base no entendimento de que a jornada de professores do magistério superior possa ser livremente negociada com a instituição de ensino, já que, nas instituições federais de ensino superior (IFES), apenas parte da jornada semanal é cumprida em horas-aula em si (Decreto n.º 94.664/1987, art. 14); que o estabelecido no Estatuto da Magistratura seja a vedação de prejuízo ao exercício da atividade jurisdicional (LC n.º 35/1979, art. 26, § 1.º); e que há disposição constitucional (Constituição, art. 95, parágrafo único, I) que teria por escopo, segundo interpretação em precedente do STF (ADI 3126/DF – rel.: min. Gilmar Mendes), impedir o exercício de magistério que fosse incompatível com a magistratura, cabendo a análise caso a caso, considerou o CNJ que haveria a possibilidade de desempenho da atividade de professor em tese com jornadas e regimes nominais incompatíveis com os cargos de juízes, desembargadores e ministros de tribunais superiores desde que os horários de efetivo magistério em salas de aulas fossem compatíveis com a magistratura.

É importante acrescentar que, em sede de consulta formulada pelo presidente do Tribunal Superior do Trabalho, pronunciou-se o TCU por meio do Acórdão n.º 463/2009-Plenário, Sessão de 18/03/2009, no sentido de que

É auto-aplicável o teto remuneratório estabelecido pelo art. 37, inciso XI, da Carta Magna, com redação dada pela Emenda Constitucional n.º 41/2003, não carecendo de regulamentação em face da previsão de instituição de sistema integrado de dados a que alude o art. 3.º da Lei n.º 10.887/2004.

Em seu voto, o Relator, min. subst. Marcos Bemquerer, expressou que:

(...) 10. O Conselho Nacional de Justiça tem atuado para a aplicação do teto remuneratório, seja por meio da edição de regulamentos, seja pela realização de controle administrativo sobre a efetiva observância do limite imposto pelo art. 37, XI, da Constituição. (...)

11. Ao examinar as justificativas dos Tribunais que ainda não haviam se enquadrado ao teor das Resoluções ns. 13 e 14/2006, o CNJ decidiu determinar a observância do teto em diversas situações, dentre as quais aponto os Procedimentos de Controle Administrativos ns. 486, 487, 489 e 490. Naturalmente, essas decisões têm como pressuposto jurídico a aplicabilidade do dispositivo constitucional em questão. No voto que orientou a decisão do PCA n. 487, colhe-se manifestação expressa de que a regra contida no inciso XI do art. 37, com redação dada pela Emenda Constitucional n.º 41/2003, encontra-se plenamente eficaz e vigente a partir da edição da Lei n. 11.143/2005. Este é, portanto, o entendimento do Conselho Nacional de Justiça, órgão ao qual a Constituição atribuiu competência para o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário.

12. Apenas na hipótese de o agente receber remuneração por mais de uma fonte pagadora é que a aplicação do teto ofereceria dificuldades operacionais para os órgãos a que ele está vinculado. Essa matéria está sendo tratada no TC 023.986/2006-4, que versou sobre Consulta formulada pela Advogado Geral da União acerca dos procedimentos a serem adotados pela Administração Pública nos casos de servidores com mais de uma fonte de rendimentos cuja soma exceda o limite do teto constitucional (CF, artigo 37, inciso XI).

Não obstante os exemplos narrados, o trabalho do CNJ e do CNMP tem permitido ao TCU visível alívio de obrigações e a concatenação oportuna de esforços, em especial na área de administração de pessoal e, secundariamente, licitações, exceto obras, do Judiciário.

Nessa linha, é recorrente o recurso dos julgadores do TCU a deliberações e resoluções anteriores do CNJ, como, por exemplo, notadamente quanto à Resolução n.º 07, de 18/10/2005 (atualizada com a redação da Resolução CNJ n.º 09/2005), que disciplinou o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, de modo a vedar a prática de nepotismo no âmbito de todos os órgãos do poder Judiciário, sendo nulos os atos assim caracterizados (art. 1.º e art. 2.º, incisos I e II). Tem o TCU fundamentado decisões de repressão à prática do nepotismo direto e indireto, em especial, nos seguintes dispositivos: art. 37 da Constituição Federal; art. 10 da Lei n.º 9.421/1996; arts. 1.º e 2.º da Resolução CNJ n.º 007/2005; Súmula Vinculante n.º 13, do Supremo Tribunal Federal.¹³⁹

Como exemplos de acórdãos do TCU nesse sentido, citam-se, dentre outros, os Acórdãos n.º 2563/2008 e n.º 2563/2008, do Plenário, e o Acórdão n.º 818/2006-2.ª Câmara. Outros assuntos também têm decisões do TCU referenciadas a atos anteriores do CNJ, como, também a título de exemplo, as referidas Resoluções CNJ n.º 13/2006 e n.º 14/2006 (Acórdão n.º 2712/2008 – 1ª Câmara, além de outros). Tem o TCU igualmente adotado a prática de cientificar o CNJ e o CNMP, conforme o caso, de deliberações adotadas pertinentes ao controle administrativo do Judiciário e do Ministério Público, a exemplo do Acórdão n.º 5478/2008 – 2ª Câmara.

5.3 A busca da efetividade do conceito constitucional de controle externo: o fortalecimento da independência dos tribunais de contas e do *accountability* do Estado em um sistema cambiante de equilíbrio entre os Poderes e de conscientização da sociedade.

5.3.1 Uma lei orgânica nacional e um conselho nacional para os tribunais de contas e a construção de uma rede de controle efetiva.

Em que pese o princípio da simetria expresso no art. 75 da Constituição Federal em relação à reprodução simétrica das disposições previstas na seção IX sobre o controle externo da União e o Tribunal de Contas da União nas respectivas constituições e leis orgânicas, quando for o caso, dos estados, Distrito Federal e municípios, o que impõe, em tese, organização, composição e capacidade fiscalizadora similares entre os tribunais e os conselhos de contas estaduais, o distrital e os municipais, quando existentes, e o TCU, é fato que as diversas cortes de contas não-federais foram instituídas em interregno de tempo e condições assaz diversas da trajetória própria ao TCU e, ainda que guardada a devida proporcionalidade, há indícios de que não disponham dos mesmos instrumentos que aqueles dispostos ou obtidos pela corte de contas federal, ora de natureza jurídica, ora orçamentária e financeira.

¹³⁹ Em decisão de 20/08/2008, o STF julgou, por unanimidade, procedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 12/DF), ajuizada em prol da Resolução CNJ n.º 07/2005, assegurando o caráter normativo da referida resolução. Na sessão de 21/08/2008, o STF aprovou o Enunciado da Súmula Vinculante n.º 13, que trata da vedação ao nepotismo, aplicável aos três Poderes - Judiciário, Legislativo e Executivo.

Como exemplo, nem todos os tribunais de contas dispunham de Ministério Público próprio.¹⁴⁰ Além disso, há o eventual surgimento de denúncias e mesmo de ações policiais, que se originam da indicação ou da suposta conduta de conselheiros e candidatos a ministros das cortes de contas, assim como a respeito de fraudes e irregularidades administrativas transcorridas nesses órgãos¹⁴¹. Há que se lembrar que, no caso dos controles administrativos, limitam-se na prática àqueles dos próprios órgãos.¹⁴²

¹⁴⁰ O articulista Bruno Alves de Brito sintetizou que, devido à divergência doutrinária referente ao entendimento de que o Ministério Público junto aos tribunais de contas deva ou não integrar a estrutura do Ministério Público comum, elencada no art. 128 da Constituição, tornou-se comum encontrar em constituições estaduais – a exemplo daquelas dos Estados de Minas Gerais e da Bahia (ambas de 1989), nos seus arts. 124 e 66, respectivamente – “*a determinação de que a função do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas seria exercida pelo Ministério Público comum (...) mesmo após a orientação dada pela Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 789 (STF, 1994), relatada pelo ministro Celso de Mello, que pacificou o entendimento da Suprema Corte no tocante à questão em epígrafe*”.

Cada estado solucionou a questão de forma diversa – Minas Gerais criou expressamente o MP junto ao TCE-MG, por meio de lei complementar determinada pela EC n.º 69/2004, que acrescentou os §§ 4.º e 5.º ao art. 77 da constituição estadual. A Bahia havia adotado solução temporária, por meio da sub-rogação do MP ordinário nas funções do MP especial mediante a alteração da lei orgânica do TCE-BA procedida pela Assembléia Legislativa estadual, o que legitimou o contexto vigente (BRITO, 2006, p. 12).

¹⁴¹ Como exemplo de irregularidades administrativas internas de difícil detecção, em 30/11/2004, a Polícia Federal, durante a chamada operação “*Sentinela*”, anunciou a prisão de empresários de Brasília e de servidores da área de administração do TCU, por acusação de envolvimento na prática de crimes contra a Administração como peculato e fraude a licitações e contratos, que não eram aparentemente objeto de acompanhamento interno pelo controle interno do órgão; como exemplo de problemas quanto à sistemática de indicação de seus membros, que de toda forma são da seara do poder Legislativo, e não dos tribunais de contas, relembra-se o caso da interposição de ação civil pública pelo Conselho Federal da OAB e pelo Ministério Público Federal contra a indicação de senador para o cargo de ministro do TCU, em 22/06/2004; por fim, como exemplo de questionamento da conduta ilibada de ministros e conselheiros em exercício, cita-se o indiciamento de conselheiros do TCE-RJ pela Polícia Federal em 11/02/2009, durante a chamada operação “*Pasárgada*”, por suposto envolvimento em fraudes de desvio de recursos públicos federais, estaduais e municipais movimentados no âmbito de convênios e contratos firmados em municípios do Estado do Rio de Janeiro.

¹⁴² Muito embora não se tenha aqui, por escopo, a questão da apreciação das contas dos próprios tribunais e conselhos de contas, é interessante observar quem as julga. Conforme salienta Henrique Lima, antes da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC n.º 101/2000), o TCU julgava suas próprias contas. Com seu advento, o TCU passou a encaminhá-las para a Comissão Mista de Planos, Orçamento e Fiscalização do Congresso Nacional para parecer, conforme o art. 56, § 2º da LRF, que deveria ser submetido à deliberação do Plenário do Congresso, segundo uma interpretação, ou a julgamento do próprio TCU, segundo outra.

O STF, provocado por meio da ADIn n.º 2.324/2000, não manifestou julgamento de mérito, mas se pronunciou (não unanimemente) favorável à primeira interpretação em julgado acerca das contas do TCDF, entendendo que os tribunais de contas, “*embora detenham autonomia (...) possuem o dever de prestar contas a outro órgão*”, sendo constitucional a previsão de competência privativa da Câmara Distrital para julgá-las (ADIn n.º 1.175. rel.: min. Marco Aurélio).

No âmbito federal, o Congresso tem se manifestado pela emissão de decretos legislativos para aprovação das contas não só do Governo Federal, mas também dos órgãos do Legislativo, Judiciário e do MP da União, com fulcro no art. 49, IX, da CF, e no art. 56 da LRF, embora não expressamente do TCU, tão-só com parecer favorável da CMFOP. Lima enfatiza ainda que há tendência à uniformização pelo julgamento feito pelo

É assim que três iniciativas têm sido propugnadas com vistas à atualização, integração e redução de fragilidades no âmbito dos tribunais de contas:

- a defesa, em geral por profissionais ligados à área processual da tomada e prestação de contas, de uma lei orgânica nacional para os tribunais de contas, à semelhança da Lei Complementar n.º 35/1976, que instituiu a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN) e da Lei Federal n.º 8.625/1993, que dispôs sobre as normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e Distrito Federal, com as supostas possíveis vantagens de conferência de maior uniformização de procedimentos e sedimentação de instrumentos, competências e institutos, como o Ministério Público de Contas;

- a iniciativa de criação de um Conselho Nacional dos Tribunais de Contas (CNTC), nos moldes do CNJ e do CNMP, com projeto de lei tramitado no Congresso Nacional (PL n.º 6.151/2005) e proposta de Emenda à Constituição em tramitação (PEC n.º 146/2007, que se encontra com parecer favorável do relator junto à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, pela qual se propõe acrescentar o art. 75-A à seção IX (*Da Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária*) do capítulo I (*Do Poder Legislativo*) do título IV (*Da Organização dos Poderes*) da Constituição Federal;¹⁴³ e

Legislativo, como no caso da Assembléia Legislativa e da Câmara Municipal do Rio de Janeiro, que têm julgado as contas do TCE-RJ e do TCM-RJ, respectivamente, e que, além disso, não há que se confundir as contas de governo, o que inclui seus órgãos e entidades, e as de ordenadores de despesa e demais responsáveis no âmbito desses entes, inclusive dos tribunais de contas, agentes que, mesmo sendo servidores desses tribunais, continuam tendo suas contas normalmente julgadas pelos próprios tribunais de contas competentes (LIMA, 2007, pp. 41-43).

¹⁴³ Extrato do parecer do relator na CCJC da CCD: “*De acordo com o texto da PEC, o Conselho Nacional dos Tribunais de Contas seria composto de treze membros, com idade superior a trinta e cinco anos e inferior a sessenta e cinco anos, para mandato de dois anos, admitida uma recondução. Os conselheiros seriam nomeados pelo Presidente da República, após aprovação pelo Senado Federal.*”

A composição do Conselho teria: a) dois ministros do Tribunal de Contas da União, indicados pelo próprio tribunal; b) dois conselheiros de tribunais de contas dos estados e do Distrito Federal, de tribunais ou conselhos de contas dos municípios, também indicados pelo TCU; c) dois membros do Ministério Público junto ao TCU, indicados pelo procurador-geral do próprio MPTCU; d) um membro do Ministério Público junto a tribunais de contas dos estados e do Distrito Federal, de tribunais ou conselhos de contas dos municípios, indicado pelo procurador-geral do MPTCU; e) dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; f) dois contadores, indicados pelo Conselho Federal de Contabilidade; g) dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

A PEC estabelece como competência do conselho o controle da atuação administrativa e financeira do TCU, e das cortes de contas dos estados, Distrito Federal e municípios. Para o exercício dessa competência a PEC confere algumas atribuições, além de outras a serem definidas em lei complementar. Dentre as atribuições conferidas ao conselho na PEC, destacamos: a) Apreciar a legalidade dos atos administrativos praticados por membros das cortes de contas, podendo desconstituir tais atos, revê-los ou fixar prazo para a adoção de providências ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do poder Judiciário; b) Receber reclamações e denúncias contra membros e órgãos das cortes de contas, sem prejuízo das competências dos órgãos correccionais e do poder Judiciário”. (Fonte: < <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/646745.pdf>>). Audiência pública conduzida na Câmara dos Deputados em junho de 2009 teve participação e aprovação do presidente do TCU, min. Ubiratan Aguiar.

- a iniciativa, em andamento, de criação de uma “*Rede de Controle da Gestão Pública*”, nome genérico dado aos termos de cooperação, inicialmente regionalizados, firmados entre diversos órgãos e entidades públicos federais, estaduais e municipais, para implementar convênios operacionais multilaterais voltados à articulação de esforços, formação de parcerias estratégicas e definição de diretrizes em comum por meio do estabelecimento de compromissos e ações conjuntas, com o objetivo de viabilizar o apoio a ações de fiscalização, controle e repressão à fraude, desvio de dinheiro e corrupção, em cumprimento à Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA).^{144 145}

5.3.2 O poder do controle externo em face da constitucionalização, do controle social e da busca da efetivação de direitos pelas políticas públicas.

Ana Paula de Barcellos, que tem o chamado neoconstitucionalismo como não sendo um direito constitucional novo, mas essencialmente um período ou momento novo vivenciado pelo direito constitucional contemporâneo, sintetizou, com base em Luís Roberto Barroso,

¹⁴⁴ A ENCCLA, sob coordenação do Executivo, estabelece metas e prazos para órgãos e entidades cumprirem ações específicas, como, por exemplo, elaboração de anteprojetos de lei, recomendações de inserção de temas ligados a crimes financeiros, lavagem de dinheiro e corrupção em programas de concursos públicos, cursos de pós-graduação, programas de formação e treinamento de servidores e empregados públicos, estabelecimento e facilitação do intercâmbio de bases de dados, cadastros e sistemas de informação entre os agentes públicos competentes, inclusive Receita e Polícia Federais, Banco Central, Ministério Público, polícias civis, Agência Brasileira de Inteligência, Conselho de Controle de Atividades Financeiras, TCU, Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, CGU, Comissão de Valores Mobiliários e vários outros órgãos e agências.

¹⁴⁵ O procurador da República Vladimir Aras expôs que: “Considerando a dificuldade da vinculação do produto ou do proveito do crime de lavagem ao dinheiro ilícito derivado dos crimes antecedentes, é necessário centrar os esforços do Estado no sistema de prevenção à lavagem de ativos, deixando o sistema de repressão para aqueles casos em que tiver sido impossível evitar a consumação da reciclagem. Esta visão veio embutida na Lei de Lavagem de Dinheiro, aprovada em 1998.

Realmente, além de listar os delitos antecedentes e tipificar o crime de lavagem de dinheiro, em modalidades dolosas previstas no art. 1º, *caput*, §§1º e 2º da Lei n.º 9.613/98, regular temas processuais (arts. 2º a 6º) e estabelecer uma regra supletiva de cooperação internacional (art. 8º), a Lei de Lavagem de Dinheiro instituiu o sistema brasileiro de prevenção e combate ao crime de lavagem de dinheiro, na medida em que: a) criou o COAF (arts. 14 a 17), como unidade de inteligência financeira do sistema nacional de prevenção; b) estabeleceu regras de *compliance* (adequação) para certos sujeitos obrigados, integrantes de setores econômicos relevantes (arts. 9º a 11); c) instituiu a responsabilidade administrativa dos sujeitos obrigados (art. 12); d) criou o cadastro nacional de clientes do sistema financeiro nacional (art. 10-A).

A lei brasileira segue o modelo sugerido pelo Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI), criado em 1989 sob os auspícios da OCDE e do G-8. No ano seguinte, o GAFI, também conhecido como *Financial Action Task Force* (FATF), expediu suas 40 Recomendações, que servem de *standard* para a prevenção e o combate ao crime de lavagem de dinheiro. O GAFI reúne as unidades de inteligência financeira dos vários países chamados cooperantes, inclusive o COAF, e tem representações regionais, a exemplo do GAFI-SUD, onde congregam os países sul-americanos” (ARAS, 2007, p. 2).

Eduardo Garcia de Enterría, Gustavo Tepedino e Manoel Messias Peixinho, dentre outros, que esse neoconstitucionalismo congrega elementos teóricos metodológico-formais e materiais.

Para a autora, os elementos metodológico-formais seriam três premissas, consideradas fundamentais aos atuais sistemas jurídicos ocidentais: a normatividade da Constituição (isto é, a aceitação de que as disposições constitucionais são dotadas da imperatividade própria de normas típicas); a superioridade hierárquica das normas da Constituição rígida sobre as demais normas; e a centralidade da Constituição no ordenamento jurídico, que deve ser interpretado em conformidade com essa Constituição. Os elementos materiais seriam, por sua vez, a via de concretização dos pressupostos teóricos anteriores, e expressam a grande diferença da proposta neoconstitucionalista em relação à visão anterior essencialmente programática do conteúdo constitucional, tratando-se, basicamente, de dois elementos.

O primeiro, a incorporação explícita de valores e de escolhas políticas na Constituição, para a formação de um consenso mínimo pela maioria que seria a única forma entrevista de realização, na maior escala possível, do princípio maior da dignidade humana e dos direitos fundamentais positivados na Constituição.

O segundo elemento seria o que chama de a expansão de conflitos inerentes à Constituição. Um grupo desses conflitos, o dos conflitos específicos, seria fruto das próprias opções previstas na Constituição, que, longe de serem perfeitamente complementares, em geral podem conflitar entre si no caso concreto.

O outro tipo de conflito é o que denomina de conflito de caráter geral - aquele que diz respeito ao próprio papel da Constituição, opondo, de um lado, os que dizem ter a Constituição o papel de impor um conjunto de valores e decisões fundamentais que em tese transcenderia, em qualquer época, o cenário político conjuntural (os *substancialistas*); e, de outro, aqueles que entendem caber à Constituição limitar-se a estabelecer um conjunto de regras democráticas, ditas *materiais ou verdadeiramente substanciais*, que permitiriam a cada geração estabelecer seu próprio conjunto de valores e decisões fundamentais (os *processualistas*).

Essas regras ou condições materiais aproximar-se-iam do substancialismo no sentido de envolverem o princípio da dignidade humana e os demais direitos humanos positivados na Constituição -os direitos fundamentais (BARCELLOS, 2007, p. 8).

Conseqüências do exposto para o tema do controle externo e de suas várias tendências de execução atuais, inclusive por meio dos tribunais de contas, são, em síntese, que, partindo-se do ponto comum entre substancialismo e procedimentalismo, o que torna irrelevante a divergência descrita, torna-se lógico que a aceitação do paradigma da centralidade dos princípios e regras constitucionais implica que, como corolário, a Constituição vincula todas as pessoas físicas e jurídicas, públicas e privadas.

Isso por sua vez implica que as ações do poder público devem ser prioritariamente voltadas para a concretização dos direitos fundamentais e, como não é possível atender a todos, sempre e completamente; como não é possível valorar direitos fundamentais

abstratamente, eis que igualmente constitucionalizados, mas somente no caso concreto; como a realização de ações públicas e privadas consome recursos que são limitados por definição; e como, finalmente, os recursos do poder público não devem privilegiar interesses limitados, mas aqueles de maior alcance efetivo possível, é possível deduzir que as chamadas políticas públicas tornam-se as vias mais adequadas para concretização dos princípios e regras contidos na Constituição e, por extensão, no ordenamento político-jurídico do próprio Estado.

Nesse prisma, as ações de controle das ações do poder público ganham potencialmente importância desproporcional aos recursos nelas investidos, ademais em um País em que o Estado, em sentido amplo, ainda, e por muito tempo, concentre a maior parte da riqueza da sociedade - caso do Brasil.

Crítica importante a se realizar à lógica sintetizada, todavia, é a de que deva existir limite à ponderação que, potencialmente, tenha tendência a desprestigiar direitos individuais sob o argumento da chamada *reserva do possível*.

De toda forma, é consensual que a escolha das políticas públicas, principal meio de alcançar os fins constitucionalmente almejados, transcenda as escolhas individuais ou mesmo as de grupos identificáveis, pois se tornam próprias à arena majoritária, mas, por outro lado, é instigante constatar que, exatamente por isso, são *juridicamente exigíveis do Estado*, o que também dá *nova dimensão ao controle*.

Consoante completa Ana Paula de Barcellos, é essencial então que pelo menos três aspectos sejam desenvolvidos para a implantação de uma teoria aplicada e eficaz de controle das políticas públicas: a *identificação de parâmetros de controle*; a *garantia de acesso à informação*; e a *elaboração de instrumentos de controle* (BARCELLOS, 2007, p. 12).

Ainda por tal linha, os parâmetros de controle viáveis começam pela estipulação de padrões objetivos, quantificáveis e aferíveis, frutos diretos das opções políticas adotadas para empenho dos recursos dos contribuintes em prol da promoção considerada possível dos direitos fundamentais e da dignidade humana.

Outro parâmetro de controle é o resultado que se espera da ação estatal.

Um terceiro, a própria definição da política pública, já que é juridicamente exigível.

A garantia de acesso à informação pressupõe não apenas a existência de normas cogentes nesse sentido, como a legislação orçamentária (Plano Plurianual, Leis de Diretrizes Orçamentárias e leis orçamentárias anuais), como a Lei de Responsabilização Fiscal e o emprego de instrumentos adequados e atuais, como, no âmbito da União, sistemas informatizados como o SIAFI (Sistema Integrado de Administração Financeira) e, no âmbito dos estados, DF e municípios, o SIAFEM (idem, para esses entes federados), ainda em lenta implantação, assim como muitos outros meios, como o *Portal da Transparência Pública*¹⁴⁶,

¹⁴⁶ <http://www.portaldatransparencia.gov.br/>

mantido pela CGU na Internet, ou de entidades privadas devotadas ao acompanhamento dos dispêndios da Administração, a exemplo do sítio *Contas Abertas*¹⁴⁷ e muitos outros.

Só que começa, irônica e fundamentalmente, não por outro ponto senão por onde praticamente se começou este estudo - pelo *princípio constitucional da prestação de contas* (art. 34, VII, “d”, c/c o art. 70 da Constituição Federal).

¹⁴⁷ <http://contasabertas.uol.com.br/asp/>. Neste sítio, por exemplo, em notícia veiculada acerca da apreciação das contas anuais do Governo (art. 71, I, da CF), consta notícia que demonstra dois aspectos aqui abordados: acesso à informação e questionamento da controlabilidade (*accountability*) das políticas públicas:

“O acompanhamento da execução orçamentária do Orçamento Geral da União (OGU) evoluiu significativamente nos últimos anos, no que diz respeito aos valores autorizados, empenhados (reservados), pagos, etc. Por meio do Siafi (Sistema Integrado de Administração Financeira) - que registra receitas e despesas da União - ou de sistemas online que o reproduzem, é possível obter minucioso detalhamento das despesas realizadas. No entanto, o acompanhamento dos dados físicos ainda é precário. O Tribunal de Contas da União (TCU) analisou a questão e constatou que 72% dos programas do governo federal em 2008 não puderam ser acompanhados sistematicamente ao longo do ano, pois careceram de informações de indicadores e metas físicas (objetivos previstos inicialmente no OGU e listados no Diário Oficial da União no começo de cada ano) (...) Sem informações sobre o cumprimento das metas estabelecidas para um programa, é impossível fazer uma análise da eficiência do gasto público no Brasil” (09/06/2009).

6 CONCLUSÃO

Em vista do exposto, as várias conclusões alcançadas a que se pôde chegar são passíveis do seguinte resumo:

- que existam algumas hipóteses de conflitos potenciais e vários casos de conflitos efetivos entre as competências atribuídas ao TCU, às agências reguladoras, ao CNJ e CNMP e ao controle exercido pelo Judiciário e pelo Ministério Público;

- que o conceito constitucional de controle externo sempre transcendeu o previsto nos artigos 70 a 75 da Constituição Federal, haja vista os motivos históricos de sua instituição, a evolução do conceito e sua efetivação progressiva e sempre inatamente correlacionada e dependente da persistência do Estado democrático de direito e do relativo equilíbrio entre os Poderes;

- que há progressiva compreensão e crescente demanda quanto à urgência do efetivo exercício do chamado controle social do Estado por parte de uma sociedade cada vez mais democrática, crítica e apta à avaliação de informações e da atuação dos agentes políticos;

- que os conflitos potenciais entrevistados refletem a reação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário ao risco de redefinição de suas prerrogativas por força desse controle social; e

- que esses controles concorrenciais tendam a um relativo acomodamento, em um complexo sistema colaborativo entre os Poderes, que deverá, inclusive, refletir uma nova forma de condomínio do controle da ética e das políticas públicas, como formas de efetivação dos chamados direitos fundamentais e das normas e princípios constitucionais correlatos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. O controle das políticas públicas pelo poder Judiciário. In JUNIOR, José Geraldo de Souza Junior (Org.). *Sociedade democrática, direito público e controle externo*, 2006, pp. 295-308.

ANDRADE, Leticia Queiroz de. Poder normativo das agências reguladoras (legitimação, extensão e controle). *Revista brasileira de direito público (RBDP)*. Ano 4, n. 15, out/dez. 2006. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

ARAGÓN REYES, Manuel. *El juez ordinario entre legalidade y constitucionalidad*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales, 1997.

ARAS, Vladimir. Sistema nacional de combate à lavagem de dinheiro e de recuperação de ativos. *Jus Navigandi*, a. 11, n. 1411, 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9862>>. Acesso em: 02 jun. 2009

BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro-março, 2007. Disponível na Internet: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 25 de abril de 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 10 maio 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática*. R. Dir. Adm., 229: 285-311, Jul./Set. 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Funções dos Tribunais de Contas. *Revista de Direito Público*, nº 72, São Paulo, 1984.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 1992.

BOGONI, Flávia. Os tribunais de contas e o controle da constitucionalidade: ponderações acerca da Súmula n.º 347 do STF. R. Fórum Administrativo – Dir. público – FA, B. Horizonte, ano 8, n. 91, pp. 61-72, set. 2008.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRITO, Carlos Ayres. *O regime constitucional dos tribunais de contas*. R. Fórum Administrativo – Dir. público – FA, B. Horizonte, ano 5, n. 47, pp. 4933-4939, jan. 2005.

CASTRO, Flávio Régis Xavier de Moura. *Os tribunais de contas e sua jurisdição*. Fórum Administrativo – Direito Público – FA. Ano, n.º 52, jun. 2005. Belo Horizonte: Fórum. 2005.

CARVALHO, André Luís. *Súmula Vinculante nº 3 do STF: considerações e alcance*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1443, 14 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10014>>. Acesso em: 20 abr. 2009.

COSTA, Luiz Bernardo Dias. *O tribunal de contas no Estado contemporâneo*. Curitiba: PUC, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, 2005.

COUTINHO, Doris Pinto Cordeiro de Miranda. Vinte anos de Constituição Cidadã: o que falta para a efetividade do controle externo brasileiro? *Revista Direito Público*, ano 10, n. 51, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 15ªed., São Paulo: Saraiva, 1991.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15ª ed., São Paulo: Atlas, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 Anos de direito administrativo brasileiro. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 25 de abril de 2009.

DUTRA, Micaela Domingues. *O tribunal de contas e o verbete n.º 347 da Súmula de Jurisprudência do STF*. *Revista Direito Público*. Ano 5, n. 20. Mar. -abr. 2008.

FARIAS, Luciano Chaves de. O poder dos tribunais de contas de examinar a constitucionalidade de leis e normas. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*. Ano 6, n.º 65, jul. 2006. Belo Horizonte: Fórum. 2006.

FAGUNDES, Miguel Seabra. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário: quarta parte. *Revista do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba*, v.2, n.4, p.45-55, jul./nov. 2003.

FILHO, Alceu José Cicco. *Revista Jurídica*, Brasília, v. 9, n. 84, p.171-194, abril./maio, 2007.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. A Ação do Controle. *Revista Informativo Licitações e Contratos*. Junho 1997, p. 442-447.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Tribunais de contas: enquadramento na estrutura tripartite dos poderes. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*. Ano 5, n.º 58, dez. 2005. Belo Horizonte: Fórum. 2005.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Julgamento pelos Tribunais de Contas. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco*, Recife, nº 6, 1996.

FERNANDES, Jorge Ulysses Jacoby. *Tribunais de contas do Brasil: jurisdição e competência*. 1.ª ed. Belo Horizonte: Fórum. 2003.

FIGUEIRÊDO, Carlos Maurício Cabral. *A experiência do Tribunal de Contas de Pernambuco no estímulo à participação cidadã. Painel: Tribunal de contas como ferramenta para participação cidadã: o caso brasileiro*. VIII Congresso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Panamá, 28-31 Out. 2003.

FERRAZ, Luciano. *Controle da administração pública*, Belo Horizonte: Melhoramentos, 1999, p. 142.

GABRIEL, Ivana Mussi. *O controle externo na Justiça Constitucional. Jus Navigandi*, ano 9, n. 519, 8 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6032>>. Acesso em: 20 abr. 2009.

GUANABARA, Ricardo, e PEIXINHO, Manoel Messias. *Comissões Parlamentares de Inquérito: princípios, poderes e limites*. Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2001.

GARCIA, Emerson. Conselho Nacional do Ministério Público: primeiras impressões. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*. Ano 5, n.º 50, abr. 2005: Fórum.

GARCIA, Emerson. Poder normativo primário dos Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público: a gênese de um equívoco. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*. Ano 6, n.º 63, maio 2006. Belo Horizonte: Fórum. 2006.

JUNIOR, José Geraldo de Souza (Org.). *Sociedade democrática, direito público e controle externo*, 2006.

LENZ, Carlos Eduardo Thompson. *O tribunal de contas e o poder Judiciário*. R. Fórum Administrativo – Dir. público – FA, B. Horizonte, ano 5, n. 53, pp. 5804-5811, jul. 2005.

LIMA, Luiz Henrique. *Controle externo: teoria, legislação, jurisprudência*. Rio de Janeiro: Elsevier, 1ª ed., 2007.

LOPES JUNIOR, Eduardo Monteiro. *A judicialização da política no Brasil e o TCU*. Rio de Janeiro, Ed. FGV, 2007.

LOWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona: Ariel, 1964 (apud FERRAZ, 2002).

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil Interpretado – artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. São Paulo: Manole, 6.ª ed., 2007.

MARCATO, Antônio Carlos (Org.). *Código de Processo Civil interpretado*. 3ª Ed. Atlas: São Paulo, 2008.

MARCATO, Antônio Carlos. *Breves considerações sobre jurisdição e competência. Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n.º 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2923>>. Acesso em: 6 de maio de 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Tribunal de contas é órgão auxiliar do controle do poder Legislativo e não, institucionalmente, órgão equiparado ao regime dos tribunais – reflexões*

sobre sua disciplina jurídica. Opinião legal. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*. Ano 8, n.º 87, maio 2008. Belo Horizonte: Fórum. 2006.

MEDAUAR, Odete. Controle da administração pública. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1993. p. 17.

MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 20.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 23.^a ed., 1998.

MONTEIRO, Marília Soares de Avelar. *A natureza jurídica dos julgamentos proferidos pelos tribunais de contas no Brasil. Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1699, 25 fev. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10981>>. Acesso: 20 abr. 2009.

MORAES, Alexandre de. Legitimidade da justiça constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 40 n. 159 jul./set. 2003.

MORAES, Guilherme Peña. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira, *Direito regulatório*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. Notas sobre a revisão judicial das decisões do Tribunal de Contas da União pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista do Tribunal de Contas da União*. Ano 38. N.110. set/dez 2007. Brasília: TCU. 2007.

OLIVEIRA, Alden Mangueira de. *As agências de regulação, suas características e "poder normativo", e o alcance do controle externo*. Brasília: Instituto Serzedêllo Correa, TCU, 2004.

OLIVEIRA, Daniela Olímpio de. *Conselho Nacional de Justiça e controle externo do Judiciário. Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 718, 23 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6920>>. Acesso em: 20 abr. 2009.

OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula, e QUARESMA, Regina (org.). *Direito constitucional brasileiro: perspectivas e controvérsias contemporâneas*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2006.

PINTO JUNIOR, Helder Queiroz e BORGES, Heloísa Lopes. *O controle externo das agências reguladoras: o caso da Agência Nacional de Petróleo. Rio Oil & Gas Expo and Conference 2004*. Rio de Janeiro, 4 a 7 de outubro de 2004. Disponível em: <www.gee.ie.ufrj.br/publicacoes/pdf/2004_controle_externo.pdf>. Acesso em: 20 maio 2009.

REIS, José Carlos Vasconcellos dos. Controle Externo do Poder Judiciário e Separação dos Poderes. In DE PAULA, Maria Lúcia, e QUARESMA, Regina (Org.). *Direito constitucional brasileiro: perspectivas e controvérsias contemporâneas*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2006.

RIBEIRO, Renato Jorge Brown. *Controle externo da Administração pública federal no Brasil. O Tribunal de Contas da União - uma análise jurídico-administrativa*. Rio de Janeiro: América Jurídica. 2002, p. 17.

RODRIGUES, Walton Alencar. *O controle da regulação no Brasil*. Revista do Tribunal de Contas da União. Brasília: n. 104, abr/jun, 2005.

SALUSTIANO, Sérgio Ricardo de Mendonça. A coisa julgada em tomadas e prestações de contas ordinárias. In JUNIOR, José Geraldo de Souza Junior (Org.). *Sociedade democrática, direito público e controle externo*, 2006, pp. 495-521.

SANTOS, Luiz Alberto. *Agencificação, publicização, contratualização e controle social – possibilidades no âmbito da reforma do aparelho do Estado*. Brasília: DIAP, 2000.

SILVA, Cleber Demétrio Oliveira. Lei orgânica nacional dos tribunais de contas: instrumento de aprimoramento das instituições brasileiras de controle externo. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*. Ano 1, n.º 1, mar. 2001. Belo Horizonte: Fórum. 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24ª Ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

SILVA, Cleber Demetrio Oliveira da. Lei orgânica nacional dos tribunais de contas: instrumento de aprimoramento das instituições brasileiras de controle externo. *R. Fórum Administrativo – Dir. público – FA, B. Horizonte*, ano 5, n. 47, pp. 493362-4970, jan. 2005.

SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. *Coisa julgada: direito imperativo ou facultativo?* Disponível em: <<http://www.jfrn.gov.br/doutrin1.htm>>. Acesso em: 5 out. 2006.

SILVEIRA, Luiz Guilherme da Boamorte. A integração do tribunal de Contas da União com os órgãos de controle interno da Administração pública federal no exame e julgamento dos processos de tomada e prestação de contas e de tomadas de contas especiais. In JUNIOR, José Geraldo de Souza Junior (Org.). *Sociedade democrática, direito público e controle externo*, 2006, pp. 309-321.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização, Privatização, Concessões, Terceirizações e Regulação*, 4ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SOUZA, André Santana de. *O Ministério Público no Tribunal de Contas*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 954, 12 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7955>>. Acesso em: 29 abr. 2009.

VERAS, Henrique Cesar de Assunção. O sigilo fiscal como obstáculo à efetividade do controle externo – uma proposta de flexibilização. In JUNIOR, José Geraldo de Souza Junior (Org.). *Sociedade democrática, direito público e controle externo*, 2006, pp. 295-308.

WURMAN, Samy. *Controle externo da Administração pública.*, e GRANJEIRO, J. Wilson. *Direito administrativo TCU: Analista de controle externo*. Brasília: VESTCON Editora, 2005.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Poder Judiciário – Crise, Acertos e Desacertos*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995.