

CARLOS ARI SUNDFELD • EDUARDO JORDÃO • EGON BOCKMANN MOREIRA
FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO • GUSTAVO BINENBOJM
JACINTHO ARRUDA CÂMARA • JOSÉ VICENTE SANTOS DE MENDONÇA
MARÇAL JUSTEN FILHO • MARIANA MOTA PRADO • VERA MONTEIRO

CURSO DE **DIREITO**
ADMINISTRATIVO
EM AÇÃO

Casos e leituras para debates

2024

A discussão sobre limitação do controle já movimentou muitos autores, dentro e fora do Brasil. Caso haja tempo ou se queira aprofundar o assunto, eis algumas leituras recomendadas.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 21. ed. São Paulo: Malheiros/Juspodivm, 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

JORDÃO, Eduardo. “Judicial Review in a context of legal indeterminacy”. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, v. 2018, p. 879-890, 2018.

JORDÃO, Eduardo. “As mentiras que os administrativistas contam”. *Jota*, 26 jan. 2021.

JORDÃO, Eduardo. “Cobrança por bagagem: o que diz o Direito?”. *Jota*, 24 mar. 2017.

JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa*. São Paulo: Malheiros, 2016.

NOHARA, Irene. *Limites à razoabilidade nos atos administrativos*. São Paulo: Atlas, 2006.

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

PEREIRA JR., Jessé Torres. *Controle judicial da administração pública: da legalidade estrita à lógica do razoável*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

PIRES, Luis Manuel Fonseca Pires. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

SAAD, Amauri Feres. *Do controle da administração pública*. São Paulo: IASP, 2017.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas Públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. *Discricionariedade administrativa: uma releitura a partir da constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.



AULA

25

QUANTO CONTROLAR?

Deferência e limitações ao controle

por *Eduardo Jordão*

As perguntas-título das duas aulas anteriores são relativamente mais comuns e já são objeto de alguma atenção dos administrativistas, ainda que de forma indireta. Já aquela que nos cabe enfrentar nesta aula é mais original, polêmica... talvez até subversiva!

Vamos admitir que a pergunta “quanto controlar a administração pública?” soa inconveniente, nos deixa desconfortável. Afinal, ela parece pressupor a possibilidade de *limitação do controle*. No Brasil que conhecemos, você dirá, a ideia só pode estar deslocada! Como assim “quanto controlar?”. O controle tem que ser total: se deixarmos os gestores públicos livres, já sabemos bem onde isso dará...

Antes de que você faça julgamentos apressados, precisamos um pouco de sua atenção e paciência.

Para começar, vale dizer que, se você tiver um ímpeto pró-controle, ele é plenamente compreensível, num país em que os abusos cometidos pelo poder público são frequentes - historicamente e atualmente. Aliás, esse ímpeto pró-controle nem é exclusivo de quem está lidando com a matéria pela primeira vez; ele marcou e marca até hoje a nossa doutrina administrativista. Até recentemente, a ampliação do controle da administração pública era vista quase sempre de forma otimista, na medida em que permitiria a proteção dos cidadãos contra ilegalidades cometidas pelo poder público. A coisa não era obviamente dita nestes termos, mas é quase como que se se pensasse que “quanto mais controle, melhor”.

Acontece que a ideia de limitação do controle é mais óbvia do que parece à primeira vista. Considere, para os fins desta aula, pelo menos dois grandes enfoques sobre o tema.

Num primeiro enfoque, a limitação tem a ver com *desenho institucional*, com a específica arquitetura institucional que se previu (ou que se pode prever) para existir num determinado país ou estado. Neste enfoque mais geral, a pergunta sobre “quanto controlar” envolve considerações sobre como poderia ser (ou como é) o *sistema* de controle da administração pública, no sentido de conjunto de instituições responsáveis por esta atividade, suas composições, seus poderes, suas competências específicas e todas as suas demais características. *Controlar mais* poderia significar, por exemplo, a existência de mais controladores ou de controladores com muitos poderes, enquanto *controlar menos* poderia corresponder a uma opção de sistema

com poucos controladores ou com controladores com relativamente poucos poderes.

Como se disse, ao menos neste primeiro enfoque, a questão sobre *quanto controlar* é inevitável: ela terá que ser enfrentada por quem quer que se debruce sobre o desafio de desenhar o sistema de controle de um dado país. Você deve lembrar que lhe pedimos, na Aula 23, para fazer o exercício de colocar-se no lugar de um Constituinte e de responder às seguintes perguntas: quantos diferentes controladores você imaginaria, para evitar abusos da administração pública? Quais poderes lhes daria? Consegue pensar em razões pelas quais *um controlador adicional* pode não ser tão desejável? Ainda nesta primeira perspectiva de desenho institucional, observe que, depois de feitas estas escolhas primárias (pelo Constituinte, por exemplo), a operacionalização e interpretação posterior do sistema poderá voltar a levantar dúvidas semelhantes: o que ele teria desejado? Quais poderes conferiu para cada controlador?

Num segundo enfoque, mais específico, a questão sobre quanto controlar não mais se refere ao desenho do sistema de controle que vigorará em um país, mas sim a um caso concreto submetido a um controlador. Tem a ver, portanto, com a postura que este controlador adotará diante de um caso que lhe foi submetido. Imagine que uma entidade administrativa tomou uma decisão e esta decisão foi contestada perante um órgão de controle. Será ele mais ou menos exigente na verificação que fará a propósito da conformidade de uma ação administrativa com o direito? É em relação a essa segunda perspectiva, mais concreta, que se fala em “deferência” ao administrador. Esse termo da moda do direito administrativo corresponde a uma orientação respeitosa do controlador diante do gestor público, uma espécie de postura autolimitante dos órgãos de controle sobre a questão controvertida.

Um conceito fundamental para essa segunda perspectiva é o da *intensidade* do controle, que poderia variar a depender das características do caso concreto. Por exemplo, o controle da administração pública poderia ser mais ou menos intenso a depender de quão *claro*, quão *determinado* fosse o direito incidente sobre a hipótese. Mas será essa a única variável relevante? Você já conseguiria pensar em outras?

Pois bem. Consideradas essas duas grandes perspectivas e introduzidas as questões mais relevantes para o tema, quais habilidades você deverá dominar, após esta aula sobre limitações ao controle?

Em primeiro lugar, você deverá adquirir uma visão realista dos controles públicos, que considera tanto as potencialidades positivas do controle, como os seus custos e as suas externalidades negativas. Essa circunstância poderá

habilitá-lo tanto a imaginar um sistema de controle partindo do zero, como a cogitar de reformas ou de problemas e virtudes do sistema existente. Para tanto, deverá atentar ao fato de que os membros de órgãos de controle são pessoas de carne e osso, que tanto podem contribuir para evitar abusos dos gestores públicos, como podem cometer seus próprios abusos; que tanto podem corrigir erros cometidos pela administração pública, como podem desfazer os acertos dela.

Em segundo lugar, esta aula deve contribuir para que você interprete adequadamente o sistema de controles públicos, opinando sobre os poderes que os diferentes órgãos de controle detêm, bem como sobre aqueles que lhes faltam. Esta habilidade será certamente ajudada pela habilidade anterior.

Em terceiro lugar, você deve aproveitar esta aula para se familiarizar com as razões pelas quais poderia fazer sentido, num caso concreto, limitar a intensidade do controle e ser deferente à atuação administrativa. Mas deverá, também, conhecer as dificuldades operacionais da limitação do controle *caso a caso* e pensar em como superá-las.

Para permitir esse tipo de preparação, separamos diversas leituras abaixo, bem como algumas perguntas para provocar a sua reflexão. Vamos a elas?

A primeira leitura sugerida para esta aula é de autoria de Adrian Vermeule, um importante professor de direito administrativo da Faculdade de Direito da Universidade Harvard, nos Estados Unidos. Vermeule é conhecido por textos provocativos, desde seus títulos às suas ideias centrais.

No texto abaixo, ele sustenta existir um *nível ótimo* de abuso de poder em uma dada sociedade, que seria *diferente de zero*: ou seja, o direito não deveria buscar, nem mesmo em teoria, a *total eliminação de abusos* por parte da administração pública. Observe os seus argumentos e reflita sobre o assunto, à luz do tema desta aula.



ABUSO DE PODER ÓTIMO

109 *Northwestern University Law Review* 673 (2015)

Por *Adrian Vermeule*

Eu espero reafirmar, de forma um pouco diferente, minhas objeções para uma forma específica de observar o design constitucional e institucional. Para esta forma específica, chamada por mim de constitucionalismo de precaução, o design constitucional tem como objetivo supremo a prevenção da ocorrência do abuso de poder. A teoria do constitucionalismo de precaução é assombrada pela perspectiva de que um funcionário público, em algum lugar, possa cometer um abuso de poder. (...)

No estado administrativo moderno, há três grandes problemas que enfraquecem essa visão de precaução. O primeiro problema, e o mais óbvio, é que é excessivamente custoso levar estritamente ao mínimo o abuso de poder por funcionários públicos. A minimização estrita é excessivamente custosa tanto pelo custo de montar um aparato para prevenir abuso, como inspetores gerais ou sanções criminais, quanto pela existência deste próprio aparato, que será também formado por funcionários que, por sua vez, podem abusar de seu poder. Dados esses custos, o nível ótimo do abuso de poder será maior que zero.

O segundo problema é que o objetivo de prevenir o abuso de poder por funcionários públicos compromete o objetivo de produzir a variedade de políticas públicas que o estado administrativo oferece, como o combate à pobreza, a promoção da saúde e da segurança, a proteção ao meio ambiente e a defesa do consumidor. Na medida que o constitucionalismo adota uma abordagem de precaução no design de suas instituições, ele é exposto aos mesmos problemas – *mutatis mutandis* – que atormentam os princípios de precaução adotados na regulação de primeira ordem dos riscos do meio ambiente, de saúde e de segurança. Em todas as

questões relevantes para as instituições, há riscos que podem ser privilegiados ou preteridos, como também há trocas possíveis entre e através dos riscos.

Em termos gerais e transversais a todas essas áreas de intervenção pública, a maior desvantagem é que os abusos de poder podem ocorrer em ambos os lados da divisão entre ações “públicas” e “privadas”. Os arquitetos do estado administrativo moderno não estavam apenas preocupados com o abuso de poder realizado por funcionários públicos; eles estavam igualmente preocupados com os abusos de poder “privados” – abusos derivados do interesse próprio de atores econômicos que possuem poderes delegados pelo estado, perpetrados a partir das regras de propriedade, da responsabilidade civil e dos contratos, bem como do direito societário. O estado administrativo, assim, permite a troca de abusos governamentais por “privados”; aceita os riscos maiores de abuso e de distorção do processo de decisão política para dar aos funcionários públicos mais poderes para reprimir abusos “privados”, para aumentar o nível de atividade do aparato governamental como um todo, e para dar aos administradores informações suficientes para combater os males que surgem de setores complexos da economia.

O terceiro e último problema é que o grande florescer da teoria constitucional no final do século XVIII abordou apenas instituições clássicas, como os legislativos eleitos e as assembleias constituintes, cujas importâncias diminuiriam ao longo do tempo. Nossos governos são, em uma aproximação forçada, essencialmente burocracias. A elaborada teoria constitucional clássica tem pouco a dizer sobre a burocracia em qualquer forma que nós conseguimos reconhecer hoje em dia.

A principal razão para a transformação do nosso governo em um estado administrativo é que a velocidade da ocorrência de mudanças no ambiente político, especialmente na economia, é muito maior do que nos séculos XVIII e XIX – tão maior que o estado foi forçado, a torto e a direito, a aumentar o ritmo da adequação de suas políticas. E o mecanismo principal de aceleração desse ritmo tem sido a cada vez maior delegação de poder realizada ao Poder Executivo, de forma que se aceita a ocorrência de erro e de abuso de poder como riscos possíveis dessa delegação. Nós habitamos um ambiente político e um mundo diferentes daquele dos teóricos constitucionais clássicos. Uma das maiores diferenças é que, para nós, o tempo é um recurso sempre essencial, de forma que as instituições são forçadas a preferirem a qualidade de suas ações políticas em privilégio a sua pontualidade.

Eu juntarei esses três pontos e sugerirei que o estado administrativo moderno, centralizado em um sistema burocrático cujo escopo era inimaginável no século XVIII, priorizou de forma eficaz o próprio objetivo de minimizar os abusos de poder. No estado administrativo, o abuso de poder não é algo a ser minimizado, mas sim algo a ser otimizado. Um regime administrativo tolerará um nível previsível de abuso de poder como parte de uma solução ótima – como um subproduto inevitável da obtenção de outros fins que são desejáveis de forma geral. O design institucional deve considerar margens além ou em adição da qualidade das convicções que os funcionários públicos possuem e da qualidade das ações que estes funcionários escolhem. Os arquitetos do estado administrativo acreditam que um governo que toma sempre juízos corretos e que sempre age com base em motivos de maximização do bem-estar social, e que assim, nunca promove abusos de poder, faz tudo de forma amadora e lenta, além de atingir muito pouco.

O design institucional no estado administrativo deve então considerar o *trade-off* generalizado entre imparcialidade e expertise, visto que burocratas mais informados sistematicamente tendem a possuir agendas ou riscos que ameaçam sua imparcialidade; deve considerar o nível de atividade ou então o nível de produção das instituições governamentais; e deve considerar a velocidade da adequação de políticas. Assim, o direito administrativo constantemente promove a troca entre o ideal de uma tomada de decisão imparcial e o nível de atividade, especialização e rapidez de sua burocracia. Além disso, os próprios custos da aplicação da constituição garantem que alguma possibilidade de abuso de poder seja inevitável, pelo menos no sentido prático de que seria inimaginável gastar recursos ou criar estruturas institucionais necessárias para reduzir abusos governamentais para o zero. Dadas essas razões, o estado administrativo constantemente tateia para arranjos que incorporam um abuso de poder ótimo.

Com essas ideias na cabeça, vamos agora conhecer um importante caso em que o Supremo Tribunal Federal (STF) examinava as competências do Tribunal de Contas da União (TCU), um dos mais importantes controladores da administração pública. O TCU havia suspenso cautelarmente um edital de licitação que supostamente conteria ilegalidades. O STF é então levado a discutir se, e em que medida, o TCU detém poderes cautelares, os quais lhe permitiriam realizar essa suspensão.



MANDADO DE SEGURANÇA 24.510-7 DISTRITO FEDERAL

PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. IMPUGNAÇÃO. COMPETÊNCIA DO TCU. CAUTELARES. CONTRADITÓRIO. AUSÊNCIA DE INSTRUÇÃO.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, preliminarmente,

afastar a ilegitimidade ativa da impetrante. No mérito, por maioria, indeferir a segurança.

Brasília, 19 de novembro de 2003.

RELATÓRIO

A Senhora Ministra Ellen Gracie: O impetrante alega que foi habilitado em licitação, na modalidade tomada de preços, aberta pela CODESP – Cia Docas do Estado de São Paulo com objetivo de contratar escritório de advocacia em Brasília, para o acompanhamento de processos nos Tribunais Superiores e órgãos administrativos da Capital Federal. Diz que, na fase inicial da licitação, foram apresentados vários pedidos de esclarecimentos e impugnações e fixada a data de abertura dos envelopes e caução para 27 e 30.01.03. Entretanto, um dos participantes da concorrência, o escritório Emerenciano e Baggio Advogados Associados, sob a alegação de não ter obtido resposta a seus reclamos, representou ao Tribunal de Contas da União que, por sua vez, determinou a imediata suspensão do certame até que fosse julgado o mérito. Contra o acórdão do TCU concessivo da medida cautelar, o ora impetrante interpôs agravo. Porém, a autoridade coatora ignorou o requerido efeito suspensivo e, sem despachar a petição correspondente, determinou fosse o pedido incluído no sistema informatizado como “*novos elementos/informações adicionais*”, encaminhando-o ao gabinete do relator o qual alega aguardar a instrução pela SECEX antes de leva-lo novamente a Plenário.

O impetrante sustenta ter direito líquido e certo à imediata retomada do procedimento de concorrência, alega a falta de fundamentação legal da decisão atacada, a ausência de interesse pré-existente e superveniente da representação, má fé, omissão e movimentação indevida da máquina pública, por parte do Escritório Emerenciano e Baggio bem como, falta de competência do Tribunal de Contas da União, no que se refere a concessão de medida cautelar, não fundamentação de sua decisão, além de, inexistência do contraditório e instrução do feito administrativo. A lesão consiste na demorada senda administrativa trilhada por autoridades incompetentes e que desconhecem situações de fato urgentes, efeitos esses que atingem o impetrante e os demais interessados, caso o ato coator venha a ser mantido. O impetrante também enfatiza os prejuízos à própria CODESP e aos concorrentes que ofereceram valores para caucionar a habilitação e têm direito de retomar o certame. Conclui que se encontraram presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* e requer a suspensão dos efeitos da medida cautelar adotada pelo Tribunal de Contas da União, a anulação do processo administrativo, com ciência dos interessados aos quais deve também ser concedido o direito de defesa.

A autoridade impetrada, nas suas informações, em resumo, afirma que: a) o processo de licitação não está na fase final; b) ocorreram irregularidades no procedimento de tomada de preços; c) a decisão do TCU foi motivada; d) a posição processual do impetrante, na representação que tramita no TCU, com base na interpretação extensiva, é apenas de terceiro interessado, assemelhada à figura da assistência simples; e) o impetrante não é parte

legítima para propor a presente ação, uma vez que temo direito de licitar, não o direito a uma licitação específica maculada por vícios cuja extensão e efeitos estão pendentes de julgamento no Tribunal de Contas; f) o TCU tem poder geral de cautela e é competente para fiscalizar e julgar temas inerentes a licitações e contratos; g) não há direito material do impetrante a ser tutelado e eventuais prejuízos à CODESP não podem justificar danos maiores das irregularidades indiciárias que motivaram a decisão da Corte de Contas; h) o TCU não determinou a retenção de qualquer caução, mas apenas a suspensão do certame. Até o juízo de mérito (fl. 231).

Indeferi a medida liminar por não considerar satisfeitos os requisitos para seu deferimento (fls. 318/319).

Aberta vista à Procuradoria-Geral da República, veio aos autos parecer (fls. 322/329) pelo não conhecimento, ou se julgado o mérito, pela denegação da ordem.

É o relatório.

(...)

VOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO – Senhor Presidente, entendendo, realmente, falecer ao Tribunal de Contas da União competência para sustar a realização de licitações promovidas por órgão ou entidade da Administração Pública, *data vênia* da eminente Relatora, Ministra Ellen Gracie.

Baseio-me na Constituição Federal, que, ao inventariar as competências do Tribunal de Contas da União, parece-me, o fez em números fechados, *numerus clausus*. No tocante à questão *sub judice*, diz o inciso IX do artigo 71, quanto ao TCU:

“Art. 71.

IX – assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;”

Segundo ouvi do relatório e do voto, o Tribunal de Contas não assinou esse prazo para o órgão ou a entidade adotar as providências necessárias ao exato cumprimento da lei. A Constituição Federal fala da competência do Tribunal para sustar o ato impugnado, mas na seguinte condição:

“Art. 71.

X – sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;”

Ou seja, o Tribunal de Contas não assinou o prazo para a suposta ilegalidade ser corrigida e, assim sendo, não poderia sustar a licitação, porque o ato de sustação – diz o inciso IX do artigo 71 – está condicionado ao não-atendimento deferido que fora determinado pelo Tribunal.

Parece-me que, no caso, cabia ao Tribunal de Contas exercer a sua competência, especificamente prevista no inciso XI do artigo 71:

“Art. 71.

XI – representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.”

O TCU deveria, a meu sentir, efetivar uma representação ao poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados. No caso de contrato, o § 1º desse mesmo artigo diz:

“Art. 71.

§ 1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis”.

(...)

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO – Farei a leitura para ver se há uma coincidência com o voto de Vossa Excelência.

Diz o artigo 113 da Lei nº 8.666:

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

“§ 1º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei,” – aí vem o arremate – “para os fins do disposto neste artigo” – ou seja, para os fins do disposto no artigo 113.

O mandado de segurança procede, e *data vênia* dos pontos de vista em contrário, eu o acolho.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE (RELATORA) – Gostaria que Vossa Excelência nos explicitasse em que medida defere esse mandado de segurança. A parte pediu suspensão dos efeitos da medida cautelar e anulação do processo administrativo.

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO – Muito bem, Vossa Excelência tem razão. Delimito o meu voto: só para a suspensão da decisão cautelar do Tribunal de Contas; exclusivamente para esse fim.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Quer dizer, ele tem o poder de julgar a representação, mas não tem o poder cautelar eventualmente necessário?

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO – Ele não tem poder cautelar.

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO – Ele tem o poder de remediar, mas não o de prevenir? Vamos esperar seja consumada a ilegalidade para, só depois, atuar o Tribunal de Contas?

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO – Não, ele assina prazo.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Em matéria de jurisdição, temos entendido sempre ser o poder cautelar inerente à competência para decidir. Ele pode, verificando uma ilegalidade, assinar prazo para ela ser

corrigida, sob pena das medidas ulteriores. Mas não pode prevenir que se torne inútil a decisão futura, enquanto se verifica se há ilegalidade ou não?

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO – Excelência, entendo que, como diz a Constituição, cabe a ele representar ao Poder competente...

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO – Mas é textual.

O SENHOR MINISTRO SEPULVEDA PERTENCE – Recusou-se a incidência no caso, do inciso IX do artigo 71, sob o fundamento de que não se assinara o prazo. Ora, assinar prazo pressupõe, segundo o mesmo inciso, uma decisão em que se verifique a ilegalidade. A indagação posta no caso é a seguinte: denunciada a ilegalidade, não tem o Tribunal o poder implícito de sustar o procedimento administrativo até verificar a ilegalidade e, conseqüentemente, determinar a correção?

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (RELATORA) – Foi exatamente o teor da decisão.

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO – Quando a Constituição dá ao Tribunal de Contas o poder de assinar prazo, ela o faz no inciso IX.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Quando verificada a ilegalidade.

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO – Exato. Mas ele está vinculado, funcionalmente, ao inciso VIII:

“Art.71.

VIII – Aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, ...”

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO – Vossa Excelência está propondo aguardar até que seja aplicada a sanção? Quer esperar a consumação do ilícito, a apuração da irregularidade, para, só então, intervir o Tribunal, aplicando as sanções, quando pode prevenir o dano ao erário?

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO – Assumo: é assim mesmo como penso.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – *Data venia*, é uma temeridade discutir isso com Vossa Excelência zeloso especialista em questão de Tribunal de Contas. Mas, parece-me, o inciso VIII é sancionatório, ao passo que o inciso IX visa à correção da ilegalidade.

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO – Sim, mas uma coisa está vinculada à outra.

Defiro em parte o pedido, *data vênia*, para sustar os efeitos da liminar concedida pelo Tribunal de Contas.

Esse é o importante caso em que o STF estabeleceu o seu entendimento de que o TCU detém “poder geral de cautela”. O caso é bastante citado pelo TCU e pelo próprio STF. Como você viu, no entanto, a decisão não foi unânime e colocou os Ministros em debate. Quem você acha que tem razão? Para formar a sua opinião sobre este assunto, que tal examinar os dispositivos constitucionais que estabelecem as competências do TCU?



CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

SEÇÃO IX

DA FISCALIZAÇÃO CONTÁBIL, FINANCEIRA E ORÇAMENTÁRIA

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

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumira obrigações de natureza pecuniária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

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

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

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

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

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

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

§ 1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

§ 2º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.

§ 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

§ 4º O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades.

Agora veja também este pequeno texto de Eduardo Jordão, professor de direito, um dos coautores deste curso. Jordão havia escrito um texto em que criticava a decisão do STF. O texto recebeu resposta de membros de Tribunais de Contas (ambos os textos se encontram na seção “Aprofundando” abaixo). A seguir você pode ler a tréplica de Jordão. Observem como a argumentação dele pode ter relação com o tema desta aula e o que ele parece estar sugerindo.



O VIÉS PRÓ-CONTROLE E SUAS DISTORÇÕES INTERPRETATIVAS

É equivocado supor uma orientação geral do Direito para favorecer o controlador, em detrimento do gestor público

Por Eduardo Jordão

Minha coluna sobre a extensão do poder de cautela do TCU gerou respostas de membros de Cortes de Contas, que manifestaram de forma cordial a sua discordância, em saudável diálogo que me honra e que desejo manter.

Em vez de voltar diretamente ao tema, interessa-me aqui explorar um certo “viés pró-controle” que me parece marcar os textos dos colegas que me responderam e que orienta a interpretação (a meu ver distorcida) que fazem do direito.

Num dos textos de resposta, o viés se manifesta na preferência que os autores dão a dispositivos mais abstratos e genéricos, que podem ser usados para embasar teses pró-controle, em detrimento de dispositivos mais específicos e concretos na direção contrária. O que me chamou mais a atenção foi o argumento de que a