

## AVANÇOS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

### NOS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO

*VII Fórum de Direito Constitucional e Administrativo aplicado aos Tribunais de Contas*

#### I – INTRODUÇÃO:

##### os tribunais de contas e sua relevância constitucional

Os tribunais de contas ostentam a condição de órgão independente da estrutura do Estado brasileiro, cujas principais funções se espraiam pelos diversos incisos do artigo 71 da Constituição da República de 1988. Na condição de órgãos auxiliares do Poder Legislativo, realizam o controle financeiro, missão que, no dizer do professor emérito da Universidade de Osnabruck Jörn Ipsen, "é essencial do parlamento em um Estado de Direito". Seus membros possuem as mesmas prerrogativas que as asseguradas aos magistrados, tendo suas decisões a natureza jurídica de atos administrativos passíveis de controle jurisdicional.

Cuida-se de tribunais de índole técnica e política que devem fiscalizar o correto emprego de recursos públicos. No passado, os tribunais de contas voltavam sua atenção para o controle de estrita legalidade da atuação dos administradores públicos e de terceiros que tenham recebido ou arrecadado recursos públicos. Surgiram na transição do ordenamento monárquico do final do século XIX para o republicano, tendo, inicialmente, um escopo de atuação muito reduzido ao campo da legalidade.

Na presente quadra histórica, as Cortes de Contas implementam um autêntico controle de legitimidade, economicidade e de eficiência, porquanto devem aferir a compatibilidade dos atos praticados por aqueles que são controlados com a plenitude do ordenamento jurídico, em especial com a moralidade, eficiência, proporcionalidade, que figuram tão relevantes no contexto juspolítico brasileiro atual. Deixaram de configurar meros órgãos auxiliares do Poder Legislativo, pois, nas palavras de Kiyoshi Harada, "*além das funções de auxiliar o Congresso Nacional, [a Constituição Federal] conferiu ao TCU atribuições próprias, como se vê no art. 71.*"

Consectariamente, o alcance do controle externo ganhou dimensão amazônica, de modo a compreender o controle não, apenas, da responsabilidade do administrador, mas de sua responsividade. Segundo os ensinamentos de Diogo de Figueiredo, "*a responsividade consiste na obrigação de o agente público responder pela postergação ou pelo desvio da*

*vontade popular democraticamente manifestada, fato que pode ocorrer mesmo que os parâmetros de legalidade estrita se encontrem satisfeitos”.*

a. Doutrina dos Poderes Implícitos:

Ao atribuir competência fiscalizatória aos tribunais de contas, a Constituição implicitamente lhe assegura todos os poderes necessários para tanto, ainda que não expressos no texto constitucional. É esse um importante argumento que reforça o protagonismo dos tribunais de contas nos dias atuais: a *doutrina dos poderes implícitos*.

Essa doutrina tem sido reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal como fundamento a abalizar a interpretação extensiva do rol do artigo 71 da CRFB. Foi o que ocorreu no MS 26547, em que foi reconhecida a possibilidade de o Tribunal de Contas da União expedir provimentos cautelares (MS 26547 MC-AgR, Relator Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2007, DJe 25/09/2009), e no MS 32494 MC, em que se admitiu que se valha da desconsideração da personalidade jurídica (MS 32494 MC, Relator Min. CELSO DE MELLO, DJe 13/11/2013).

É importante notar que a doutrina dos poderes implícitos não exige que o reconhecimento do poder seja condição *sine que non* para o exercício do múnus público, o que reduziria sobremaneira seu alcance. Basta que contribua para a efetividade de seu desempenho.

A respeito da doutrina dos poderes implícitos, convém colacionar trecho do *leading case McCulloch v. Maryland* em que a Suprema Corte desenvolveu a tese, *verbis*:

“Entre os poderes enumerados, não encontramos o de estabelecer um banco ou a criação de uma corporação. Mas **não há nenhuma frase no instrumento que, como os Artigos da Confederação, exclui poderes incidentais ou implícitos e que exige que tudo que se atribui deve ser expressa e minuciosamente descrito.** Mesmo a 10ª Emenda, que foi enquadrado com a finalidade de acalmar os ciúmes excessivos que tinham sido despertados, omite a palavra "expressamente", e declara apenas que os poderes "não delegados aos Estados Unidos, nem proibidos aos Estados, são reservados para os Estados Unidos ou para as pessoas", deixando assim a questão de saber se o poder particular que pode tornar-se objeto de questionamento tenha sido delegado a um Governo ou proibido para o outro, **a depender de uma construção justa de todo o instrumento.** Os homens que arrancavam e adotaram esta alteração tinha experimentado os constrangimentos resultantes da inserção dessa palavra nos artigos [P407] da Confederação, e provavelmente omitido para evitar esses

constrangimentos. A **Constituição, para conter um detalhamento preciso de todas as subdivisões dos quais suas grandes potências admitem, e de todos os meios pelos quais eles podem ser transportados em execução, iria participar da prolixidade de um código legal, e dificilmente poderia ser acolhido pela mente humana.** Ela provavelmente nunca ser entendida pelo público. A sua natureza, por conseguinte, requer que **apenas os seus grandes contornos devem ser marcados, os respectivos objetos importantes designados, e os elementos menores que compõem os objetos sejam deduzidos a partir da natureza dos próprios objetos.** Que esta ideia foi atendida pelos fundadores da Constituição americana não é apenas para ser inferida a partir da natureza do instrumento, mas a partir da linguagem. Por que mais foram introduzidas algumas das limitações encontradas na nona seção do artigo 1º? É também em algum grau garantido por terem omitido a usar qualquer termo restritiva que poderia impedir a sua recepção de uma interpretação justa e equitativa. Ao considerar esta questão, então, nunca devemos esquecer que é uma Constituição que estamos expondo. ”

(Marshall, Chief Justice John. "McCulloch v. Maryland." *United States reports*4 (1819): 400-437, tradução livre).

#### b. Teoria dos Poderes Neutrais:

Há um argumento adicional que merece destaque: a teoria dos poderes neutrais como resultado da transformação operada no Direito Público. Ao lado da tradicional classificação tripartite de poderes e funções públicas, a teoria dos poderes neutrais identifica a coexistência de outros poderes, também desempenhados pelo Estado, mas em coordenação ou complementação à sociedade.

Os tribunais de contas, assim como outros órgãos de controle como a Controladoria Geral da União e o Ministério Público são exemplos de atores que desempenham essas *funções neutrais*. Corporificam o **controle social** dos atos públicos, embora também componham o Estado, ao mesmo tempo em que auxiliam os demais poderes no exercício de suas funções típicas – ou tradicionais.

Acerca das “funções neutrais independentes”, Diogo de Figueiredo Moreira Neto traz relevantes contribuições:

“Mas não ficam apenas nessa disposição tópica, se não que, com maior evidência, encontram-se estampadas na descrição dessas funções, as inovações mais significativas quanto à **importante distinção apresentada entre as tradicionais funções públicas do Estado e as novas funções públicas no Estado** – estas, com seus exemplos cuidadosamente institucionalizados de

categorias constitucionais de **funções neutrais independentes** – diretamente voltadas ao conceito de **realização da justiça na sociedade**: não mais, como então se a concebia, ou seja, um conceito essencialmente vinculado à legalidade, senão que, nestes tempos de pós-modernidade, ampliado à legitimidade e à licitude, em suma: referidas ao conceito síntese de **juridicidade**.

Desse modo, nestas categorias inovadas, identificam-se **cinco tipos de funções neutrais constitucionalmente independentes**, com suas respectivas **atuações referidas à zeladoria, ao controle e à promoção e à defesa de interesses juridicamente protegidos**, por esta razão, todas apropriadamente inseridas na Carta Política brasileira em seu Título IV– Da Organização dos Poderes – como a seguir descritas e identificadas:

1º - funções neutrais constitucionalmente independentes de fiscalização contábil, financeira e orçamentária, voltadas explicitamente à **tutela da legalidade, da legitimidade e da economicidade da gestão administrativa**, e, implicitamente, também à **tutela da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência da gestão pública**, categorizadas como atividades de zeladoria e de controle, cometidas ao sistema nacional de Tribunais de Contas;

2º - (...)"

(MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. "Funções essenciais à justiça e contra-poderes." *Revista da Revista da AGU*. Ano X – Número 27 - Brasília-DF, jan./mar. 2011).

No atual cenário pós-positivista, que atribui redobrado prestígio às normas principiológicas e a técnicas interpretativas, a atuação de órgãos de controle – interno e externo – assume relevante papel republicano, capaz de identificar e inibir manobras retóricas. Dadas as ponderações que devem ser feitas no caso concreto, que fogem à mera subsunção, mecanismos de controle podem auxiliar no combate a excessos.

Assim, os avanços dos tribunais de contas nos trinta anos da Constituição Federal de 1988 refletem a expressiva ampliação de suas atribuições, na forma reconhecida pela doutrina abalizada, as cortes de contas devem ter competência para aferir se o administrador atua de forma prudente, moralmente aceitável e de acordo com o que a sociedade dele espera. Os tribunais de contas não podem se olvidar de que **deixaram de ser órgão do parlamento, para se tornarem da sociedade**. Com isso, passaram a representar um dos principais instrumentos republicanos destinados à concretização da democracia e dos direitos fundamentais, na medida em que o controle do emprego de recursos públicos propicia, em larga escala, justiça e igualdade.

## II – CASOS EMBLEMÁTICOS:

### o Tribunal de Contas na jurisdição constitucional brasileira

#### A. CASOS JÁ JULGADOS

##### 1. MS 33.340 – inoponibilidade dos sigilos bancário e empresarial aos tribunais de contas

Em 2015, foi julgado o Mandado de Segurança 33.340, de minha relatoria, impetrado por uma instituição financeira federal (BNDES) contra decisão do Tribunal de Contas da União que lhe exigiu a entrega de certos documentos (MS 33340, Relator Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 03/08/2015). As informações requeridas compreendiam o saldo devedor de operações de crédito, dados sobre situação cadastral, dados sobre a situação de adimplência, “rating” de crédito e a estratégia de “hedge”, todos relativos a um grupo empresarial estratégico que contratara com a referida instituição financeira.

Entendeu-se que, também sob essa perspectiva, não havia direito líquido e certo a amparar a instituição financeira, embora tenha havido uma relevante preocupação com a tutela da livre iniciativa e da concorrência. Não restou comprovado nos autos que o fornecimento das informações ao tribunal de contas ensejaria a instabilidade financeira e o impacto desastroso no mercado e na competição entre os que explorassem atividade econômica.

A consideração mais relevante, entretanto, consiste no reconhecimento da inoponibilidade do **sigilo bancário e do sigilo empresarial à corte de contas**. É sabido que o TCU não figura dentre as instituições autorizadas pela LC 105/2001 à quebra do sigilo bancário, devendo ser obtidas por decisão judicial. No entanto, para o efetivo desempenho de seu **mister estabelecido constitucionalmente**, pode ser preciso ter acesso a tais informações. Além disso, o sigilo de informações necessárias para a preservação da intimidade é relativizado quando se está diante do **interesse da sociedade** de se conhecer o destino dos recursos públicos. Tais hipóteses, no entanto, são excepcionalíssimas, em razão do princípio da publicidade e do dever de transparência da gestão de recursos públicos, devendo o sigilo ser transferido para a Corte de Contas, que estará proibida de publicizar tais dados.

A Turma, então, concluiu que a exigência de TCU satisfaria integralmente os subprincípios da **proporcionalidade**: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Do ponto de vista da *adequação*, os documentos em questão seriam apropriados para viabilizar o **controle financeiro** do BNDES pelo TCU. Sem eles, seria impossível avaliar se os atos praticados pela instituição financeira seriam válidos e aceitáveis para o nosso ordenamento jurídico. Quanto ao subprincípio da *necessidade*, a medida do TCU seria a que menos geraria prejuízos para os destinatários do controle. Não se vislumbraria qualquer outra determinação estatal capaz de, simultaneamente, permitir o controle financeiro das operações efetuadas pelo BNDES e que pudesse originar menos prejuízos à própria instituição ou à sociedade. Sob o prisma da *proporcionalidade em sentido estrito*, os benefícios para a sociedade, advindos do fornecimento das informações necessárias para o controle do BNDES, seriam maiores que as desvantagens para aquele que entrevê o sigilo de sua sociedade empresarial passar às mãos de um órgão estatal controlador responsável e dotado de estatura constitucional.

Ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTROLE LEGISLATIVO FINANCEIRO. CONTROLE EXTERNO. REQUISIÇÃO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO DE INFORMAÇÕES ALUSIVAS A OPERAÇÕES FINANCEIRAS REALIZADAS PELAS IMPETRANTES. RECUSA INJUSTIFICADA. DADOS NÃO ACOBERTADOS PELO SIGILO BANCÁRIO E EMPRESARIAL. 1. **O controle financeiro das verbas públicas é essencial e privativo do Parlamento como consectário do Estado de Direito** (IPSEN, Jörn. Staatsorganisationsrecht. 9. Auflage. Berlin: Luchterhand, 1997, p. 221). 2. O primado do ordenamento constitucional democrático assentado no Estado de Direito pressupõe uma transparente responsabilidade do Estado e, em especial, do Governo. (BADURA, Peter. Verfassung, Staat und Gesellschaft in der Sicht des Bundesverfassungsgerichts. In: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlass des 25jährlinge Bestehens des Bundesverfassungsgerichts. Weiter Band. Tübingen: Mohr, 1976, p. 17.) 3. **O sigilo de informações necessárias para a preservação da intimidade é relativizado quando se está diante do interesse da sociedade de se conhecer o destino dos recursos públicos.** 4. Operações financeiras que envolvam recursos públicos não estão abrangidas pelo sigilo bancário a que alude a Lei Complementar nº 105/2001, visto que **as operações dessa espécie estão submetidas aos princípios da administração pública insculpidos no art. 37 da Constituição Federal.** Em tais situações, é prerrogativa constitucional do Tribunal [TCU] o acesso a informações relacionadas a operações financiadas com recursos públicos. 5. O segredo como “alma do negócio” consubstancia a máxima cotidiana inaplicável em casos análogos ao sub judice, tanto mais que, quem contrata com o poder público não pode ter segredos, especialmente se a revelação for necessária para o **controle**

**da legitimidade do emprego dos recursos públicos.** É que a contratação pública não pode ser feita em esconderijos envernizados por um arcabouço jurídico capaz de impedir o controle social quanto ao emprego das verbas públicas. 6. “O dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos impõe não haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 114). 7. O Tribunal de Contas da União não está autorizado a, manu militari, decretar a quebra de sigilo bancário e empresarial de terceiros, medida cautelar condicionada à prévia anuência do Poder Judiciário, ou, em situações pontuais, do Poder Legislativo. Precedente: MS 22.801, Tribunal Pleno, Rel. Min. Menezes Direito, DJe 14.3.2008. 8. *In casu*, contudo, o TCU deve ter livre acesso às operações financeiras realizadas pelas impetrantes, entidades de direito privado da Administração Indireta submetidas ao seu controle financeiro, mormente porquanto operacionalizadas mediante o emprego de recursos de origem pública. **Inoponibilidade de sigilo bancário e empresarial ao TCU quando se está diante de operações fundadas em recursos de origem pública.** Conclusão decorrente do dever de atuação transparente dos administradores públicos em um Estado Democrático de Direito. 9. A preservação, *in casu*, do sigilo das operações realizadas pelo BNDES e BNDESPAR com terceiros não, apenas, impediria a atuação constitucionalmente prevista para o TCU, como, também, representaria uma acanhada, insuficiente, e, por isso mesmo, desproporcional limitação ao direito fundamental de preservação da intimidade. 10. O princípio da conformidade funcional a que se refere Canotilho, também, reforça a conclusão de que os órgãos criados pela Constituição da República, tal como o TCU, devem se manter no quadro normativo de suas competências, sem que tenham autonomia para abrir mão daquilo que o constituinte lhe entregou em termos de competências. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 5ª edição. Coimbra: Almedina, 2002, p. 541.) 11. A Proteção Deficiente de vedação implícita permite assentar que se **a publicidade não pode ir tão longe, de forma a esvaziar, desproporcionalmente, o direito fundamental à privacidade e ao sigilo bancário e empresarial;** não menos verdadeiro é que a insuficiente limitação ao direito à privacidade revelar-se-ia, por outro ângulo, desproporcional, porquanto lesiva aos interesses da sociedade de exigir do Estado brasileiro uma atuação transparente. 12. No caso sub examine: I) O TCU determinou o fornecimento de dados pela JBS/Friboi, pessoa que celebrou contratos vultosos com o BNDES, a fim de aferir, por exemplo, os critérios utilizados para a escolha da referida sociedade empresária, quais seriam as vantagens sociais advindas das operações analisadas, se houve cumprimento das cláusulas contratuais, se as operações de troca de debêntures

por posição acionária na empresa ora indicada originou prejuízo para o BNDES. II) O TCU não agiu de forma imotivada e arbitrária, e nem mesmo criou exigência irrestrita e genérica de informações sigilosas. Sobre o tema, o ato coator aponta a existência de uma operação da Polícia Federal denominada Operação Santa Tereza que apontou a existência de quadrilha intermediando empréstimos junto ao BNDES, inclusive envolvendo o financiamento obtido pelo Frigorífico Friboi. Ademais, a necessidade do controle financeiro mais detido resultou, segundo o decisum atacado, de um “protesto da Associação Brasileira da Indústria Frigorífica (Abrafigo) contra a política do BNDES que estava levando à concentração econômica do setor”. III) A requisição feita pelo TCU na hipótese destes autos revela **plena compatibilidade com as atribuições constitucionais** que lhes são dispensadas e permite, de forma idônea, que **a sociedade brasileira tenha conhecimento se os recursos públicos repassados pela União ao seu banco de fomento estão sendo devidamente empregados**. 13. Consequentemente a recusa do fornecimento das informações restou inadmissível, porquanto imprescindíveis para o controle da sociedade quanto à destinação de vultosos recursos públicos. O que revela que o determinado pelo TCU não extrapola a medida do razoável. 14. Merece destacar que in casu: a) **Os Impetrantes são bancos de fomento econômico e social, e não instituições financeiras privadas comuns, o que impõe, aos que com eles contratam, a exigência de disclosure e de transparência**, valores a serem prestigiados em nossa República contemporânea, de modo a viabilizar o pleno controle de legitimidade e responsividade dos que exercem o poder. b) A utilização de recursos públicos por quem está submetido ao controle financeiro externo inibe a alegação de sigilo de dados e autoriza a divulgação das informações necessárias para o controle dos administradores, sob pena de restar inviabilizada a missão constitucional da Corte de Contas. c) À semelhança do que já ocorre com a CVM e com o BACEN, que recebem regularmente dados dos Impetrantes sobre suas operações financeiras, os Demandantes, também, não podem se negar a fornecer as informações que forem requisitadas pelo TCU. 15. A limitação ao direito fundamental à privacidade que, por se revelar proporcional, é compatível com a teoria das restrições das restrições (Schranken-Schranken). **O direito ao sigilo bancário e empresarial, mercê de seu caráter fundamental, comporta uma proporcional limitação destinada a permitir o controle financeiro da Administração Pública por órgão constitucionalmente previsto e dotado de capacidade institucional para tanto**. 16. É cediço na jurisprudência do E. STF que: “ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – PUBLICIDADE. A transparência decorre do princípio da publicidade. TRIBUNAL DE CONTAS – FISCALIZAÇÃO – DOCUMENTOS. Descabe negar ao Tribunal de Contas o acesso a documentos relativos à Administração Pública e ações implementadas, não prevalecendo a óptica de tratar-se de matérias relevantes cuja divulgação possa importar em danos para o Estado. Inconstitucionalidade de preceito da Lei Orgânica do

Tribunal de Contas do Estado do Ceará que implica óbice ao acesso.” (ADI 2.361, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 23/10/2014). 17. Jusfilosoficamente as premissas metodológicas aplicáveis ao caso sub judice revelam que: I - “nuclearmente feito nas pranchetas da Constituição. Foi o legislador de primeiríssimo escalão quem estruturou e funcionalizou todos eles (os Tribunais de Contas), prescindindo das achegas da lei menor. (...) Tão elevado prestígio conferido ao controle externo e a quem dele mais se ocupa, funcionalmente, é reflexo direto do princípio republicano. Pois, numa República, impõe-se responsabilidade jurídica pessoal a todo aquele que tenha por competência (e conseqüente dever) cuidar de tudo que é de todos”. (BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. In: Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Volume 8. 2º semestre de 2014. Rio de Janeiro: TCE-RJ, p. 18 e 20) II - “A legitimidade do Estado Democrático de Direito depende do controle da legitimidade da sua ordem financeira. Só o controle rápido, eficiente, seguro, transparente e valorativo dos gastos públicos legitima o tributo, que é o preço da liberdade. O aperfeiçoamento d controle é que pode derrotar a moral tributária cínica, que prega a sonegação e a desobediência civil a pretexto da ilegitimidade da despesa pública. (TORRES, Ricardo Lobo. Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo. Obra em homenagem a Eduardo García de Enterría. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 645) 18. Denegação da segurança por ausência de direito material de recusa da remessa dos documentos.

(MS 33.340, Relator Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 26/05/2015, PUBLIC 03/08/2015)

## **2) ARE 1002283 – interpretação da Súmula Vinculante 3 para esclarecer a desnecessidade de contraditório e ampla defesa no Tribunal de Contas quanto ao controle de natureza genérica**

Em um recente recurso extraordinário de minha relatoria, questionou-se a nulidade de um processo administrativo levado a efeito por um tribunal de contas estadual, sob alegação de ausência de intimação dos servidores interessados quanto à decisão que negou registro aos atos de admissão relativos a um concurso público.

No caso, ARE 1.002.283, o Tribunal de Contas Estadual apontou diversas irregularidades no concurso promovido por um determinado município: falha no processo de

identificação dos candidatos; falta de critérios para avaliação da prova; falta de previsão no edital para o cargo de recreacionista; limite arbitrário de idade para professores da educação básica; não apresentação de cadernos de provas; dentre outras (ARE 1.002.283, Relator Min. LUIZ FUX, DJe 15/08/2017).

O ponto central da questão se refere à aplicação da Súmula Vinculante 3 a casos como esse, em que o controle possui de natureza genérica, afetando uma coletividade de indivíduos e apenas indiretamente um eventual interessado. O enunciado sumulado possui a seguinte redação:

“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.”

Os apontamentos feitos pelo Tribunal de Contas do Estado, no caso, como sói ocorrer no controle de atos de admissão de pessoal, são genéricos porque dizem respeito à legalidade do concurso público. Tal controle prima por tutelar o livre acesso aos cargos e empregos públicos, a contenção de despesas com pessoal e os demais valores republicanos prestigiados pela obrigatoriedade de concurso público ou pela excepcionalidade das contratações por prazo determinado.

A relação jurídica direta entre a Administração e o órgão de controle foi a *ratio* que orientou as ressalvas expressas na parte final do enunciado. Foi, então, excepcionada a obrigatoriedade de o próprio Tribunal de Contas da União promover o contraditório e a ampla defesa nos atos de apreciação da legalidade de ato de concessão de aposentadoria, reforma e pensão. Nas três hipóteses ressalvadas, a relação jurídica travada, no primeiro momento, é entre o Tribunal de Contas e a Administração Pública.

Não se desconhece o fato de que os atos da Administração Pública passíveis de repercutir na esfera de interesses do servidor deverão ser precedidos de processo administrativo, no qual seja assegurado ao interessado o exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa.

Sob esse aspecto, em outras oportunidades, a Suprema Corte já consignou a necessidade de observância do contraditório e da ampla defesa nos procedimentos por

intermédio dos quais os Tribunais de Contas reconhecem a ilegalidade de provimento de servidor público, mercê da interferência na esfera de seus direitos individuais.

Ocorre que, em especial, o controle exercido quanto aos atos de admissão constitui ato genérico, em que a atuação do Tribunal de Contas incide sobre determinado ato da Administração Pública. Nesses casos, em que promove o ajuste da conduta de entes ou órgãos fiscalizados aos ditames legais, a oitiva dos potenciais interessados não teria o condão de efetivamente reverter a análise, resultando em elevado óbice procedimental sem efeito prático. Essa reflexão pragmática se faz deveras necessária nos atos de controle, como forma de preservar sua viabilidade operacional. Isso porque **a morosidade perpetua a ilegalidade, cria expectativas de direito e inviabiliza a restituição do *status quo ante*.**

Assim, fica claro que a Súmula Vinculante 3 não abrange atos de controle de natureza genérica. Foi como também entendeu a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em dois casos análogos: Rcl 7411 AgR, Relator Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 26/05/2017; e MS 31344, Relator Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 23/04/2013.

Ressalte-se, entretanto, a necessidade de se verificar se a decisão do Tribunal de Contas do Estado, no caso concreto, poderia ser revista por influência do interessado no processo administrativo municipal. Embora caiba ao Tribunal de Contas apreciar, para fins de registro, a legalidade do ato e baixar o processo com suas ponderações, não deve impor ao administrador sua modificação sob pena de multa (BARROSO, Luís Roberto. Tribunais de Contas: algumas incompetências. *Revista de Direito Administrativo* 203, 131-140 1996, p. 140).

Na relação jurídica diretamente havida entre Administração contratante e servidores, deve ser oportunizada a manifestação influente do interessado, por meio de contraditório e ampla defesa. Assim, na análise, genérica e impessoal, feita pelo Tribunal de Contas para concessão do registro de atos de admissão de pessoal por irregularidades no concurso público, a garantia constitucional resta observada quando o contraditório e a ampla defesa são diferidos para um segundo momento, em que o controle externo afeta a esfera jurídica individual.

### **3) ADI 374 - a composição de tribunais de contas estaduais vis-à-vis o modelo federal do artigo 73 da CRFB**

Nesses 30 anos de avanços, o Supremo também se manifestou sobre a composição dos tribunais de contas. Em 2012, por maioria de votos, o Plenário determinou que um Tribunal de Contas do Estado deveria adequar a representatividade dos seus membros à Constituição Federal. A decisão foi tomada no julgamento da ADI 374, proposta em face de dispositivos da Constituição Estadual de São Paulo, logo que abriram as vagas de dois conselheiros (ADI 347, Relator Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, DJ 20/10/2006).

Discutia-se se o modelo federal de composição do tribunal de contas seria de observância obrigatória pelos Estados-Membros, pela análise combinada dos artigos 73, § 2º, e 75 da Constituição Federal:

**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.

§ 2º Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão escolhidos:

I - um terço pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice pelo Tribunal, segundo os critérios de antigüidade e merecimento;

II - dois terços pelo Congresso Nacional.

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

Parágrafo único. As Constituições estaduais disporão sobre os Tribunais de Contas respectivos, que serão integrados por sete Conselheiros.

Ao declarar a constitucionalidade do dispositivo, o Supremo entendeu que o TCE deve adequar a regra da proporcionalidade das indicações dos conselheiros pelo governador e pela Assembleia Legislativa do Estado. O dispositivo estaria de acordo com a Constituição Federal, ao prever que as quatro primeiras vagas de Conselheiros do Tribunal de Contas do

Estado, ocorridas a partir da data da publicação da Constituição estadual, devem ser preenchidas por indicações da Assembleia. O Plenário considerou também que, após a formação completa do tribunal, com o preenchimento das quatro vagas da assembleia, as outras três, da cota do governador do estado, devem ser preenchidas inicialmente por dois auditores ou membro do Ministério Público junto ao TCE, e a terceira, por cidadão de livre escolha do governador.

## **B. CASOS PENDENTES DE JULGAMENTO**

### **1) MS 35.410 MC – a súmula 347 e a possibilidade de o Tribunal de Contas declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, por exorbitar as competências que lhe foram outorgadas pelo constituinte no rol taxativo do artigo 71.**

Questão tormentosa no Supremo Tribunal Federal diz respeito à possibilidade de o Tribunal de Contas da União deixar de aplicar leis que entenda inconstitucionais. Um dos fundamentos suscitados para legitimar a competência do Tribunal de Contas para declarar a inconstitucionalidade de normas é a Súmula 347 do STF, segundo a qual “*O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público*”.

Há quem sustente a obsolescência da súmula, que não teria sido “recepcionada” pela Constituição Federal de 1988. Por sua vez, a Procuradoria da República distingue a declaração de inconstitucionalidade do afastamento da norma considerada inconstitucional. Não se trata de declaração de inconstitucionalidade, prerrogativa do Poder Judiciário, mas do **afastamento da norma tida por inconstitucional**, tal qual facultado a toda a administração pública.

O argumento não é novo. A distinção constitui o ponto central para se reconhecer os poderes dos tribunais de contas contra normas que considera inconstitucionais, tendo sido reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal há décadas, como ilustra o acórdão de Pleno do RMS 8372, julgado em 1961, cujo voto abaixo se transcreve:

“VOTO Nego provimento ao recurso. Considerada sem efeito a lei que servira de fundamento ao ato de aposentação do recorrente, não poderia ser feito o registro por falta de supedâneo jurídico. A meu ver o acórdão recorrido bem decidiu a

espécie, mas não posso deixar de lhe opor um reparo de ordem doutrinária, pois não quero ficar vinculado a uma tese que tenho constantemente repellido.

Entendeu o julgado que **o Tribunal de Contas não poderia declarar a inconstitucionalidade da lei**. Na realidade **essa declaração escapa à competência específica dos Tribunais de Contas**.

Mas **há que distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais, pois esta é obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos poderes do Estado**.

Feita essa ressalva, nego provimento ao recurso.”

(RMS 8372, Relator Min. PEDRO CHAVES, Tribunal Pleno, julgado em 11/12/1961, DJ 26-04-1962 PP-00793)

Ainda que as normas sejam cobertas por presunção de constitucionalidade, a impor sua observância apriorística como regra, essa presunção não é absoluta e não pode se sobrepor à própria Constituição. Assim, sempre de forma fundamentada, cabe a todos a interpretação da Carta Maior.

Importante observar, ainda, que alguns ministros têm se manifestado contrários à tese. Tanto no **MS 25.888** quanto no **MS 35.410**, os ministros relatores consideraram que a possibilidade de a administração pública negar aplicação a atos considerados inconstitucionais não subsiste na Constituição Federal de 1988, em razão da ampliação do rol de legitimados à propositura de ações diretas (MS 25888 MC, Relator Min. GILMAR MENDES, DJ 29/03/2006; e MS 35410, Relator Min. ALEXANDRE DE MORAES, DJe 03/04/2018). Somente poderiam deixar de aplicar normas vigentes quando essa determinação decorresse da interpretação do próprio Judiciário.

Ambas as ações se encontram pendentes de julgamento e não posso antecipar qualquer entendimento a respeito delas. No entanto, parece bastante razoável considerar que a ampliação do rol de legitimados à propositura de ações diretas não tem o condão de impedir a interpretação da Constituição por outros agentes, sobretudo porque se refere tão somente ao controle por via de ação direta. A inconstitucionalidade de atos normativos secundários, por exemplo, que não violam preceito fundamental, não poderia ser suscitada no controle abstrato.

Mais importante: restringir a interpretação constitucional difusa à execução da jurisprudência dominante infantiliza os demais atores constitucionais, opondo-se à tão

propagada ideia de *sociedade aberta de intérpretes da Constituição* de Peter Häberle e da irradiação constitucional que marca o neoconstitucionalismo. Diz-se, então, que **ao Judiciário cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição – o que não significa que lhe caiba a única.**

De fato, a possibilidade de a Administração Pública afastar o cumprimento de normas consideradas inconstitucionais desvincula o crivo de constitucionalidade da função jurisdicional, representando *mera interpretação* da Constituição. Nesse sentido, não há que se cogitar de usurpação de competência, que ocorreria apenas na hipótese em que os tribunais de contas declarassem inconstitucionais atos normativos, realizando efetivo controle de constitucionalidade.

A declaração de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário possui eficácia geral muito mais ampla que o mero afastamento da norma. O controle de constitucionalidade (i) **extirpa** a norma do ordenamento em definitivo, (ii) **repristina** os atos anteriores, (iii) **modula** os efeitos da inconstitucionalidade, disciplinando as relações jurídicas pendentes, e (iv) **vincula** todos os demais poderes públicos.

A necessidade de revisão da tese central fora mencionada pelo Min. Marco Aurélio, que concluiu, que enquanto não cancelada, a súmula permaneceria plenamente aplicável. Com base na validade da súmula, o ministro indeferiu o pedido de liminar feito pela Petrobras no **MS 31439 MC**, que tem por objeto a impugnação a acórdão do TCU que identificou irregularidades na contratação de uma refinaria.

## **2) RE 852475 – imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao Erário decorrentes de atos de improbidade administrativa e a súmula 282 do Tribunal de Contas da União**

Outra questão pujante que tem recentemente voltado a ensejar calorosos debates na jurisprudência e na doutrina é a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário decorrentes de atos de improbidade administrativa, a partir da ressalva na parte final do artigo 37, §5º, da CRFB. O dispositivo remete ao legislador a prerrogativa de estabelecer os prazos de prescrição para ilícitos que causem prejuízos ao erário, com a ressalva expressa das ações de ressarcimento. Confira-se:

§ 5º A 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.

A imprescritibilidade das ações ressarcitória por improbidade também tem sido reconhecida na **jurisprudência do Tribunal de Contas da União (Súmula 282: “as ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis”)**.

No recente Recurso Extraordinário 669.069, iniciou-se a apreciação da matéria. Após amplo debate em Plenário, a Corte optou por uma tese bastante comedida, sob o fundamento de que o caso concreto tratava de acidente de trânsito (RE 669.069, Rel. Min. Teori Zavascki, Pleno, DJe 28.04.2016). A questão voltou a ser submetida ao Plenário, no âmbito do RE 852.475, então para apreciação da repercussão geral mais específica: “prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos por ato de improbidade administrativa” (Tema 897). É este o caso que se encontra ainda em aberto.

É sabido que a prescritibilidade é a regra no ordenamento jurídico brasileiro. Qualquer conduta, por mais grave que seja, redime-se pelo decurso do tempo. Ao extinguir a pretensão, a prescrição concretiza o valor que a inspira – a **segurança jurídica** – porque, assim, busca a pacificação social, a estabilização das relações jurídicas, a absorção das incertezas. No entanto, há particularidades das condutas ímprobadas que dificultam a identificação dos envolvidos, a quantificação do dano ou a comprovação da responsabilização. Pela seriedade das sanções comináveis e da repercussão social de responder a uma ação de improbidade, é desejável grande dose de cautela.

Não fosse o bastante, não há como ser insensível à afirmação de que, **se fosse aplicável o prazo legal de 5 anos, quase 95% das pretensões ressarcitórias estariam inviabilizadas**. A par do desperdício de recursos com investigações e tomadas de contas, **trilhões de reais deixariam de retornar aos cofres públicos**.

A literalidade do dispositivo constitucional, no presente caso, serve a entendimentos opostos. De um lado, seria possível extrair a imprescritibilidade de qualquer ação ressarcitória movida pelo Estado, hipótese já afastada no RE 669.069. De outro, há quem defenda a prescritibilidade de todas as ações, mesmo de ressarcimento, com base na não utilização do termo “imprescritível”. Entre os extremos, prevalece o entendimento de que o

constituinte optou pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento decorrentes de atos de improbidade ou ilícitos penais.

Sem qualquer *spoiler*, descartemos os extremos. Entre a absoluta prescritibilidade e a absoluta imprescritibilidade, a virtude parece estar no entendimento de que as **ações de ressarcimento ao erário nas ações de improbidade são imprescritíveis**. O prazo prescricional estabelecido na Lei de Improbidade Administrativa seria aplicável apenas às penas de suspensão de direitos políticos, perda da função pública e proibição de contratar com o poder público, mas não ao ressarcimento de danos ao erário, por ser imprescritível.

Essa exegese do art. 37, §5º, da CRFB se mostra mais consentânea com a vontade manifestada do constituinte. Ao estabelecer a ressalva de que trata o artigo 37, §5º, da CRFB, o constituinte sopesou diversos interesses de cunho constitucional. De um lado, figuram a **moralidade e a eficiência administrativas**, concretizada na necessidade de efetivo ressarcimento do erário público. De outro, estão a **segurança jurídica**, representada no princípio da estabilidade das relações constituídas no tempo, **a isonomia e o direito de defesa**.

O argumento principal de quem defende que a pretensão ressarcitória do Estado também prescreve é que o constituinte não teria sido suficientemente explícito na parte final do artigo 37, §5º, CRFB, ao contrário de outros dispositivos, como nos incisos XLII e XLIV do artigo 5º. Por força da segurança jurídica, a regra da prescritibilidade somente poderia ser excepcionalizada por regra expressa.

Em que pese a razoabilidade da tese, talvez que o constituinte não tenha explicitado ainda mais a imprescritibilidade porque não era preciso. Assim como não há palavras inúteis, não se exige tautologias do constituinte. A clareza da regra do artigo 37, §5º, prescinde da expressa referência à “imprescritíveis”, porquanto já decorreria logicamente de seus próprios termos.

### **3. ADI 346 – a equiparação de subsídios pagos aos Conselheiros Municipais e aos Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado**

Em 2017, o STF iniciou o julgamento conjunto das ADI 346 e ADI 4776, que questionam a aplicação que um Tribunal de Contas do Município tem empreendido a um artigo da Constituição estadual, ao equiparar o subsídio de Conselheiros Municipais ao de Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado. No caso, a Constituição estadual estabelece que o Tribunal de Contas Municipal será composto por cinco conselheiros, aos quais se aplicam as normas pertinentes aos conselheiros do Tribunal de Contas do Estado.

As ações foram ajuizadas pela PGR e pela Associação Nacional dos Auditores dos Tribunais de Contas do Brasil. O argumento é de que teria havido violação ao artigo 37, incisos XI, XII e XIII, e o artigo 39, § 1º, da Constituição Federal, na medida em que **(i)** a determinação de que o teto remuneratório, na esfera municipal, consista no subsídio percebido pelo Prefeito, e **(ii)** a proibição de vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias.

A Constituição Federal de 88 reforçou a autonomia municipal, ao colocar os municípios como integrantes do sistema federativo, fixar expressamente sua autonomia e conferir o poder de auto-organização por meio de lei orgânica. A autonomia municipal, no entanto, é princípio sensível e, desta forma, é limitada pelo poder constituinte em inúmeros pontos. O constituinte, ao permitir a permanência dos Tribunais de Contas municipais de São Paulo e do Rio de Janeiro, viabilizou que a Constituição estadual disciplinasse a matéria.

No caso, a Constituição de São Paulo se limitou a repetir o modelo federal ao reconhecer aos conselheiros do Tribunal de Contas Municipal as mesmas prerrogativas dos conselheiros do Tribunal de Contas do Estado. Acompanhei o relator, que ressaltou que, assim como a Constituição Federal equipara os Ministros do Tribunal de Contas da União aos Ministros do Superior Tribunal de Justiça - relativamente às garantias, às prerrogativas, aos impedimentos, aos vencimentos e às vantagens -, a Constituição do Estado pode equiparar os Conselheiros Estaduais aos Desembargadores do Tribunal de Justiça, bem como equipara o regime jurídico dos conselheiros municipais ao dos conselheiros estaduais.

Não há qualquer inconstitucionalidade nisso. A Constituição Federal equipara os Tribunais de Contas aos órgãos do Poder Judiciário, justamente considerando a natureza ontológica de suas funções. Embora sejam braço do Poder Legislativo, os Tribunais de Contas exercem funções que mais se aproximam às atividades judicantes, motivo pelo qual o constituinte originário se preocupou em deferir aos seus membros as mesmas garantias e prerrogativas de que gozam os membros do Poder Judiciário.

Como as municipalidades não dispõem de Poder Judiciário, o parâmetro normativo do regime jurídico dos Conselheiros Municipais pode ser o mesmo aplicável aos Conselheiros Estaduais. Afinal, não há causa jurídica para tratamento diferenciado entre as duas categorias, considerando que tanto os Tribunais de Contas estaduais como os Tribunais de Contas municipais exercem funções semelhantes.

Portanto, o simples fato de cada uma das referidas categorias exercer atividades perante esferas federativas distintas não constitui justificativa idônea para que estejam submetidas a tetos remuneratórios distintos, sob pena de se estabelecer uma inadmissível hierarquia entre os dois tipos de Tribunais, o que jamais seria plausível no âmbito do modelo de federalismo de cooperação traçado pela Constituição Federal.

Nessa perspectiva, pode-se invocar argumento semelhante àquele que delineei nos autos do RE 663.396, de minha relatoria, que trata dos subsídios dos procuradores municipais, *verbis*:

“Diante disso, atrelar a remuneração dos advogados públicos municipais ao subsídio do Prefeito relega a carreira a um indesejável e iníquo desprestígio quando em cotejo com a advocacia pública dos Estados e da União. E não foi essa a intenção do constituinte ao redigir o art. 37, XI, da CRFB/88.

Outrossim, é certo não podermos, de maneira alguma, defender pretensa hierarquia ou relevância entre a função dos procuradores municipais e a dos estaduais que pudesse justificar algum *discrímen* por parte do constituinte.[...]

**É cediço que o subsídio do chefe do Poder Executivo local está, com raras exceções, sujeito a dimensionamento decorrente das mais diversas contingências políticas.** O jargão em vigor no mundo político é o de que prefeito que aumenta o seu próprio subsídio perde votos! É esta a realidade. Não por acaso, recentemente, assistimos nos noticiários a Prefeitos de pequenas cidades que foram pressionados pela população local para reduzir ou congelar os próprios subsídios. É evidente que, por força do princípio da irredutibilidade (CRFB/88, art. 37, XV), eventual opção política não afetaria aqueles que já tivessem ingressado no serviço público, mas, inegavelmente, abalaria e tornaria eternamente instáveis as perspectivas de evolução na carreira”.

Pelas mesmas razões, a exclusão dos conselheiros municipais do teto remuneratório geral municipal também consiste em medida teleológica que **incentiva a despolarização da relação institucional entre o Tribunal de Contas e o Poder Executivo**, na medida em que a questão remuneratória dos conselheiros se desvincula das conveniências políticas

naturalmente ínsitas ao Chefe do Poder Executivo. Essa circunstância reforça a necessária independência funcional dos Tribunais de Contas, preconizada pela Constituição Federal, inclusive considerando que as Cortes de Contas julgam as finanças municipais.

Nesse sentido, considerando que os membros dos Tribunais de Contas encontram-se equiparados aos membros de Tribunais do Poder Judiciário, não há que se admitir tratamento diferenciado entre os conselheiros municipais e estaduais com base unicamente no ente da federação a que prestam serviços. Impõe-se a leitura harmônica dos artigos 75 e 37, XI, da Constituição Federal de 1988.