

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
Especialização em Controle Externo e Governança Pública

RODRIGO CRUVINEL FREITAS

**OS TRIBUNAIS DE CONTAS E A INCIDÊNCIA DO CONTROLE EXTERNO NOS
ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS: VIGÊNCIA, EFICÁCIA E
PRORROGAÇÃO CONTRATUAL**

GOIÂNIA,
JANEIRO 2017

RODRIGO CRUVINEL FREITAS

**OS TRIBUNAIS DE CONTAS E A INCIDÊNCIA DO CONTROLE EXTERNO NOS
ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS: VIGÊNCIA, EFICÁCIA E
PRORROGAÇÃO CONTRATUAL**

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Pós-Graduação *lato sensu* em Controle Externo e Governança Pública, ministrado pelo Instituto Brasiliense de Direito Público em associação com o Tribunal de Contas do Estado de Goiás para obtenção título de Especialista.

Orientador: Prof. Ms. Bruno Magalhães D'Abadia.

GOIÂNIA,

JANEIRO 2017

RODRIGO CRUVINEL FREITAS

**OS TRIBUNAIS DE CONTAS E A INCIDÊNCIA DO CONTROLE EXTERNO NOS
ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS: VIGÊNCIA, EFICÁCIA E
PRORROGAÇÃO CONTRATUAL**

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Pós-Graduação *lato sensu* em Controle Externo e Governança Pública, ministrado pelo Instituto Brasiliense de Direito Público em associação com o Tribunal de Contas do Estado de Goiás para obtenção título de Especialista.

Goiânia-GO, 25 de janeiro de 2017.

Prof. Ms. Bruno Magalhães D'Abadia.

2º componente da Banca indicado pelo IDP.

Coordenador do Curso (apenas em caso de empate)

Dedico o presente trabalho à Exma. Conselheira do Tribunal de Contas de Goiás, Dra. Carla Cíntia Santillo, pela condução do relevantíssimo trabalho de capacitação e profissionalização do corpo técnico deste órgão de controle externo, o qual presidiu durante o biênio 2015/16, trabalho este que obteve especial destaque, mas não apenas, no curso de pós-graduação ofertado que ora se conclui.

“O Brasil não é um país corrupto. É apenas mal auditado.”

(Stephen Kanitz) - A Origem da Corrupção Brasileira.

RESUMO

O presente estudo analisa a atuação dos Tribunais de Contas, e do controle externo de um modo geral, sobre certos atos praticados por administradores públicos durante a execução dos contratos administrativos, em especial aqueles relativos à vigência e eficácia contratual, incluindo a avaliação dos limites legais para as decisões de prorrogação dos mesmos, consoante as características, organização e competências constitucionais daqueles órgãos de controle, avaliando-se seus poderes explícitos e implícitos na consecução do seu mister republicano.

Palavras-chave: Controle Externo. Tribunais de Contas. Contratos. Discricionariedade.

ABSTRACT

The present study analyzes the performance of the Audit Courts, and external control in general, on certain acts performed by public administrators during the execution of administrative contracts, especially those related to the validity and contractual effectiveness, including the evaluation of legal limits for the decisions to extend them, depending on the characteristics, organization and constitutional competencies of those control bodies, evaluating their explicit and implicit powers in the achievement of their republican duty.

Keywords: External Control. Audit Courts. Contracts. Discricionarity.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	09
2. INTRODUÇÃO À FUNÇÃO CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA.....	13
2.1. Acepção do termo “controle”.....	13
2.2. O controle da administração pública.....	13
2.2.1. Espécies de controle de Administração pública.....	15
2.2.1.1 Controle interno.....	16
2.2.1.2. Espécies de Controle externo: jurisdicional, legislativo e social.....	17
2.2.1.2.1. Controle externo jurisdicional.....	17
2.2.1.2.2. Controle externo legislativo.....	18
2.2.1.2.3. Controle Externo Social.....	21
2.3. Identificação dos Tribunais de Contas na história do controle externo constitucional brasileiro.....	23
2.4. O Tribunal de Contas na Constituição de 1988.....	29
2.4.1 Prerrogativas dos Tribunais de Contas no texto constitucional de 1988: autonomia gerencial e autonomia funcional.....	33
2.4.1.1. Autonomia gerencial ou administrativo-financeira.....	34
2.4.1.2. Autonomia funcional.....	35
2.5. Natureza jurídica das decisões proferidas pelos Tribunais de Contas.....	37
3. O CONTROLE EXTERNO DE ATOS E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	41
3.1. Conceitos Introdutórios.....	41
3.2. Identificação do ato e do contrato administrativo no alcance da ciência jurídico-administrativa.....	42
3.2.1. O Ato Administrativo.....	42

3.2.1.1. O controle externo do ato administrativo pelo Tribunal de Contas.....	44
3.2.2. O Contrato Administrativo.....	48
3.2.2.1. O controle externo sobre o contrato administrativo pelo Tribunal de Contas.....	50
4. A POSSIBILIDADE DE ATUAÇÃO DO CONTROLE EXTERNO NA PRORROGAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	59
4.1. O controle de atos discricionários.....	59
4.2. Incidência do controle na discricionariedade da prorrogação, ou não, da vigência de contratos administrativos.....	63
4.2.1. A vigência dos contratos administrativos.....	63
4.3. Controle externo nas decisões discricionárias relativas à prorrogação da vigência dos contratos administrativos.....	66
CONCLUSÃO.....	79
REFERÊNCIAS.....	82

INTRODUÇÃO

Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. Esta singela frase, assertiva encontrada no parágrafo único do art. 1º da Constituição da República de 1988, condensa em si boa parte da evolução do Estado moderno.

A divisão de poderes foi idealizada pelo Barão de Montesquieu¹, que influenciou a história do constitucionalismo no ocidente², ao ponto de que, na Revolução Francesa, fora inserida proposição no sentido de que “um Estado cuja Constituição não consagrasse a teoria da separação de poderes era um Estado sem Constituição” (*"Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée et la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution."*).

Montesquieu não foi o único a identificar as três funções do Estado – administrativa, executiva e legislativa, mas teve o mérito de sistematizar a relação entre elas. Alexandrino³ explica que o pensador John Locke também sistematizou a tripartição de poderes na obra "Segundo Tratado de Direito Civil", mas foi em Montesquieu que a separação dos poderes consolidou-se como doutrina política.

No quadro de divisão de funções entre os Poderes da República, tocam ao Legislativo as tarefas precípua de legislar e de fiscalizar⁴. Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Branco aduzem que é típico do regime republicano que o povo, titular da soberania, busque saber como os seus mandatários gerem a riqueza do País.

Essa fiscalização se faz também pelos seus representantes eleitos, integrantes do parlamento. Cabe ao Congresso Nacional, à guisa de controle externo, "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

¹ MONTESQUIEU, Barão de. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2007.

² PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional descomplicado*. 15. ed. São Paulo: MÉTODO, 2016. p. 413.

³ *Idem*. p. 412.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 885

receitas" (art. 70 da CF). Para essa finalidade, o Congresso conta com o auxílio do Tribunal de Contas da União, que integra o Poder Legislativo⁵.

A Constituição de 1988, seguindo a tradição de constituições anteriores submeteu à fiscalização financeira, compreendidos aí a arrecadação de receitas e a realização de despesas, qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos (art. 70, parágrafo único da Constituição), através do controle externo exercido pelo Poder Legislativo, com o auxílio dos Tribunais de Contas, a quem competem executar privativamente parcela deste controle.

Os Tribunais de Contas encontram-se, portanto, no contexto das atribuições conferidas ao Poder legislativo, que figura-se como representante do povo ambiente estatal, estabelecendo com este uma relação de colaboração e independência funcional, ora atuando conjuntamente, ora exercendo competências e iniciativas relativas à fiscalização do uso do patrimônio público que lhes são próprias⁶.

Quanto à identificação da alocação, no quadro constitucional, de 1988 dos Tribunais de Contas no Brasil, calha reproduzir, pela singela clareza, excerto da decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello, em 01.07.2009, na ADI nº 4.190/RJ, em sua relatoria:

Cabe enfatizar, neste ponto, uma vez mais, na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que inexistente qualquer vínculo de subordinação institucional dos Tribunais de Contas ao respectivo Poder Legislativo, eis que esses órgãos que auxiliam o Congresso Nacional, as Assembleias Legislativas, a Câmara Legislativa do Distrito Federal e as Câmaras Municipais possuem, por expressa outorga constitucional, autonomia que lhes assegura o autogoverno, dispondo, ainda, os membros que os integram, de prerrogativas próprias, como os predicamentos inerentes- à magistratura, inclusive a vitaliciedade. Revela-se inteiramente falsa e completamente destituída de fundamento constitucional a ideia, de todo equivocada, de que os Tribunais de Contas seriam meros órgãos auxiliares do Poder Legislativo.

Assim identificado, os Tribunais de Contas exercem a parcela do controle externo que lhes fora atribuída pela Constituição de 1988, não só, mas especialmente, pelo seu art. 71,

⁵MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. Cit.* p. 888.

⁶ PASCOAL, Valdecir Fernandes. *Direito Financeiro e Controle externo.* 9. Ed. São Paulo: Método, 2015. p. 143.

com um instrumental que lhe é próprio e específico, dentre os quais encontram-se a execução de auditorias operacionais e de regularidade, além da possibilidade de sustação de atos e contratos administrativos conforme as fórmulas e procedimentos próprios, através de medidas cautelares, inclusive.

O ato administrativo, enquanto construção central da ciência jurídico-administrativista, constitui-se como o principal meio jurídico usado pelos gestores públicos para praticar as ações necessárias a realizar o resultado pretendido no mundo concreto, sendo, de ordinário, gerador de ônus pecuniário para o erário público, a exemplo das nomeações para cargos públicos, empenhos, liquidações, concessões de aposentadorias, etc.

Um ato administrativo negocial específico é o contrato administrativo, pacto bi ou multilateral que busca suprir, por parte da Administração, um interesse ou utilidade legítimos, desde que almejem atender um interesse público. Tais ajustes, por terem em um de seus polos entes privados, foram tratados de maneira muito peculiar pela Constituição, havendo um rito específico no art. 71, IX, §§ 1º e 2º, no caso de verificação de ocorrência de alguma ilegalidade por parte da Corte de Contas, sendo necessário a provocação dos Poderes Legislativo e Executivos neste contexto.

O controle dos contratos, inclusive quanto à economicidade, eficácia e eficiência do pretendido, assume posições divergentes na ciência que o estuda, posto que acaba por tangenciar pontos caros à separação dos poderes, como, por exemplo, o mérito administrativo.

Desta forma, os Tribunais de Contas, reforçando suas competências, evoluíram, desenvolvendo técnicas de controle prospectivas decorrentes da modulação dos efeitos de suas decisões, sempre tendo em vista a primazia do interesse e da continuidade do serviço público.

Neste contexto, busca-se identificar algumas destas técnicas, visando reconhecer a sua adequação dentro do contexto constitucional da separação dos poderes, da natureza da atuação dos Tribunais de Contas no controle externo, e no âmbito da ciência administrativista, especialmente as determinações aos gestores públicos para que, mantendo a validade dos contratos originalmente celebrados, abstenham-se de prorrogar tais atos negociais, fazendo importante juízo de ponderação considerando possíveis conflitos de interesses.

Desta forma, compreendendo-se a natureza e o lugar constitucional dos Tribunais de Contas, sua evolução e competências típicas, se adentrará em certas minúcias de uma de suas tormentosas atribuições: o controle externo de contratos administrativos.

O trabalho avaliará o arcabouço jurídico aplicável às decisões do Tribunais de Contas, órgãos em crescente importância na consolidação da estrutura republicana do país, às quais são tidas como administrativas, num contexto jurídico brasileiro onde a inafastabilidade jurisdicional é um direito fundamental.

Problemas de ordem jurídica originam-se de uma certa dificuldade da doutrina e dos operadores do direito em conformar a teoria administrativa clássica dos atos administrativos com a atuação dos Tribunais de Contas, especialmente quando se confronta o controle externo com os aspectos da discricionariedade administrativa incidente nas contratações.

Já no que toca aos conflitos de ordem política, a atuação dos Tribunais de Contas sofre com uma falta de precisão na delimitação da separação dos poderes, através do sistema de freios e contrapesos, onde tais Cortes, integrando a ordem do Poder Legislativo, devem pautar sua atuação de maneira a harmonizar a sua atividade com a discricionariedade tipicamente administrativa dada ao Poder Executivo (e exercida atipicamente por outros poderes quando do exercício da função administrativa dentro de sua órbita), e com a inafastabilidade da jurisdição, poder estatal conferido ao Judiciário.

Assim, num momento histórico em que, dado o destaque da atuação das Cortes de Contas através da apreciação das contas presidenciais pelo Tribunal de Contas da União, considera-se de importante relevo uma discussão e compreensão de uma das várias atividades executadas por este relevante órgão republicano.

Serão utilizadas abordagens próprias da pesquisa bibliográfica e exploratória onde, além da revisão bibliográfica essencial sobre os temas envolvidos, se adotará a pesquisas de artigos e teses especializados em controle externo, para então confrontá-los com a realidade da jurisprudência nacional que trata do delineamento dos conflitos envolvendo o desenvolvimento das funções típicas dos Tribunais de Contas em relação aos atos e contratos administrativos, em especial a análise e revisão de decisões proferidas no âmbito do Tribunal de Contas da União e do Supremo Tribunal Federal.

2. INTRODUÇÃO À FUNÇÃO CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA.

2.1 Acepção do termo “controle”.

Nas ciências da administração, *controle* é conhecido como sendo uma das funções administrativas encontrada dentro de um processo gerencial administrativo. Tal ideia vem sendo desenvolvida desde a abordagem realizada pelo engenheiro francês *Jules Henri Fayol*, um dos principais personagens da criação da Teoria Clássica da Administração, para quem as funções administrativas podem ser organizadas em cinco categorias, a dizer: planejamento, organização, comando, coordenação e **controle**⁷, comumente designadas pela sigla POCCC.

Para o autor, controlar é verificar que tudo ocorra de acordo com as regras estabelecidas e as ordens dadas⁸. De outro modo, podemos dizer que a ação de controlar é aquela tomada com o objetivo de se certificar que uma estrutura organizacional qualquer está cumprido com o que foi planejado para si. Dentro desta função administrativa, pode-se agir consoante a necessidade de medir e avaliar o desempenho da instituição, viabilizando a adoção da consequente ação corretiva quando certa falha no processo controlado é identificada.

A principal finalidade do controle é assegurar que o planejamento realizado com o fim de alcançar certos resultados estratégicos, táticos e operacionais de uma entidade organizacional seja, de fato, observado.

2.2 O controle da administração pública.

O Brasil é uma República (art. 1º da Constituição de 1988). A forma de governo republicana é marcada, essencialmente mas não só, pelo acesso ao poder via eleições, que é exercido por mandatos temporário, é dizer, não há vitaliciedade de cargos políticos, pela separação dos poderes e pelo dever de prestar contas daqueles que gerem e administram verbas e bens públicos⁹.

⁷ CHIAVENATO, Idalberto. *Introdução à Teoria Geral da Administração*. 9.ed. São Paulo: Manole, 2014. p. 87.

⁸ *Idem*.

⁹ ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. Vicente Paulo. 24. ed. São Paulo: MÉTODO, 2016. p. 20.

De tais características nasce a legitimação e a necessidade do controle da função administrativa do Estado, já que, em uma República, do dever de prestar contas nasce a possibilidade de responsabilização dos agentes por atos de má gestão administrativa por diversas formas, fato este que é usualmente associado à noção de *accountability*.

Como mencionado, controle tem a ver com a verificação do atingimento dos objetivos e finalidades de um processo. Na realidade pátria, os objetivos fundamentais da república brasileira vem descritos no art. 3º da Constituição, os quais são complementados pelos direitos e garantias individuais e coletivos (art. 5º), pelos direitos sociais (art. 6º ao art. 11), os quais podem ser atingidos, dentre diversas medidas, pelas diretrizes traçadas pela lei orçamentária, aquela reputada como a “*lei materialmente mais importante do ordenamento jurídico logo abaixo da Constituição*”, nas incisivas e felizes palavras do Ministro Carlos Ayres Britto no julgamento da ADI-MC 4048-1/DF, julgada em 14.5.2008.

Assim, tendo o Estado brasileiro uma razão de existir descrito expressamente na Constituição, e sendo a administração pública¹⁰ (em sentido estrito) o aparelhamento de que dispõe o Estado para a execução das políticas públicas estabelecidas pelos órgãos de governo, torna-se inevitável que no sistema republicano, esta administração pública, por exercer a função administrativa, se sujeite a alguma espécie de controle que perscrutará se as metas e objetivos traçados estão sendo atingidos, e em que medida. Daqui se extrai a ideia de *controle da administração pública*, assunto típico do ramo público Direito Administrativo.

Na lição valiosa de Maria Zanella Di Pietro¹¹ o tema pode assim ser introduzido:

No exercício de suas funções, a Administração Pública sujeita-se a controle por parte dos Poderes Legislativo e Judiciário, além de exercer, ela mesma, o controle sobre os próprios atos.

Esse controle abrange não só os órgãos do Poder Executivo, incluindo a administração direta e a indireta, mas também os dos demais Poderes,

¹⁰ Em proveitosa lição, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo diferenciam a função política e administrativa do Estado, nos termos: “*Administração pública em sentido amplo abrange os órgãos de governo - e as funções políticas que eles exercem - e também os órgãos e pessoas jurídicas que desempenham funções meramente administrativas. Deve-se entender por função política, neste contexto, a elaboração das diretrizes e programas de ação governamental, dos planos de atuação estatal, a determinação das denominadas políticas públicas. De outra parte, função administrativa resume-se à simples execução - de forma profissional, técnica, neutra - das políticas públicas formuladas no exercício da atividade política*”. ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. Vicente Paulo. 24. ed. São Paulo: MÉTODO, 2016. p. 21.

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 808.

quando exerçam função tipicamente administrativa; em outras palavras, abrange a Administração Pública considerada em sentido amplo.

A finalidade do controle é a de assegurar que a Administração atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade; em determinadas circunstâncias, abrange também o controle chamado de mérito e que diz respeito aos aspectos discricionários da atuação administrativa.

Das palavras da emérita administrativista, destaca-se que a acepção de controle sobre a administração pública não se limita aos atos típicos do poder executivo realizados pela administração direta e indireta, mas igualmente à todo o exercício da função administrativa realizada atipicamente pelos poderes legislativo e judiciário, além do Ministério Público e Tribunais de Contas, órgão que, não constituindo-se de um poder, foram elevados à estatura de destaque pela Constituição. É o entendimento de José dos Santos Carvalho Filho¹²:

Podemos denominar de controle da Administração Pública o conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos por meio dos quais se exerce o poder de fiscalização e de revisão da atividade administrativa em qualquer das esferas de Poder.

Entendido o contexto em que está inserido o controle da administração, mostra-se pertinente destacar qual acepção desta função administrativa está a se referir, já que a palavra possui acepção múltipla e plurisemântica. Deve-se considerar ainda que sua natureza jurídica é a de *princípio fundamental* da Administração Pública¹³.

2.2.1 Espécies de controle da Administração pública.

No âmbito da construção da teoria do Direito Administrativo encontra-se mais de uma forma de exercício do controle da administração. A divisão sistemática mais comumente adotada é a divisão entre controle interno e controle externo, sendo este último exercido pelo Poder Legislativo e pelo Poder Judiciário, incluindo-se aqui também o controle social.

Como se defenderá no bojo deste ensaio, entende-se que o controle externo constitucionalmente delineado é aquele executado pelo Poder Legislativo, legítimo

¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.p. 1149.

¹³ *Idem*.

representante do povo brasileiro, verdadeiro titular da coisa pública, em conjunto com a ação técnica dos Tribunais de Contas.

2.2.1.1 Controle interno.

Controle interno, em sentido amplo, é basicamente aquele exercido dentro de um mesmo Poder, seja através do poder hierárquico que comporta a revisão e a anulação dos atos administrativos, seja através de órgãos internos especializados que, a par de integrarem a estrutura organizacional do órgão ou entidade, não se localizam na linha de subordinação interna. Nesse ponto, importante consideração foi feita pelo eminente Ministro-substituto do Tribunal de Contas da União, Benjamin Zymler¹⁴, que caracteriza o controle interno como gênero do qual constituem espécies o controle administrativo e o sistema de controle interno estatuído no art. 74 da Constituição Federal. No ponto:

O controle administrativo, também denominado controle intraorgânico, controle intra-administrativo, é modalidade de controle exercido pela Administração que tem por objeto a oportunidade e o mérito do ato administrativo.

O controle administrativo tem, ainda, por finalidade estimular a ação dos órgãos, verificar a proporção custo-benefício na realização das atividades e verificar a eficácia das medidas na solução de problemas.

O poder-dever de autotutela da Administração sobressai da Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “*A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivos de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.*”

Quanto ao controle financeiro e orçamentário, o qual o art. 74 da Constituição Federal deixou a cargo do Sistema de Controle Interno, cumpre destacar que, além do apoio ao controle externo, a Lei Maior estabelece como suas finalidades a avaliação das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União; a comprovação da legalidade e avaliação dos resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal; o exercício do controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União; o controle do endividamento federal e a elaboração da programação financeira do Tesouro Nacional.

¹⁴ ZYMLER, Benjamin. *O Controle Externo: O Tribunal de Contas da União*. Disponível em www.agu.gov.br/page/download/index/id/889849. Acesso em 04.01.2017.

2.2.1.2 Espécies de Controle externo: jurisdicional, legislativo e social.

A ideia básica do controle externo é aquela que remete ao agente controlador como uma entidade ou poder externo à estrutura organizacional da unidade controlada. Assim, sob tal ideia, o controle finalístico, ou supervisão ministerial, executado pela administração direta sobre a indireta, seria um controle interno, posto que ambos atores da relação de controle situam-se na esfera do mesmo Poder.

Fixada tal premissa, adota-se aqui a ideia de que o controle externo, *lato sensu*, conforma-se através do controle realizado pelos poderes judiciário e legislativo, na sua atuação típica, além do controle social, que não se pode olvidar, posto que consoante o parágrafo único do art. 1º da Constituição “*todo poder emana do povo*”. Fernanda Marinela¹⁵ concorda com tal classificação, ainda que, reconheça-se, não seja esta a única em sede doutrinária:

O controle externo é o que se realiza por órgão estranho à Administração responsável pelo ato controlado, criado por Lei ou pela Constituição Federal e destinado a tal tarefa. Assim, são exemplos de controle externo da administração pública: a apreciação das contas pelos Tribunais de Contas; a anulação de determinado ato administrativo por decisão judicial, a sustação de ato normativo do Executivo pelo Legislativo, entre outros.

Adiante-se que o controle realizado pelos Tribunais de Contas, ainda que com premissas técnica diversas, está incluído no controle legislativo. Já o controle externo policial realizado pelo Ministério Público não está abarcado pelo escopo do presente trabalho.

2.2.1.2.1 Controle externo jurisdicional.

Conceitua-se a espécie de **controle externo jurisdicional** como sendo aquele controle de legalidade exercido pelo Poder Judiciário sobre os demais Poderes da República, Tribunais de Contas e Ministério Público, inclusive. Tal atividade é realizada no exercício da função típica jurisdicional, que ocorre, via de regra, por provocação, dada a sua característica da inércia.

¹⁵ MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1004.

Tal espécie é considerada como externa apenas pelo fato de que o agente controlador está fora do âmbito organizacional do agente controlado, mas não se trata de um controle externo genuíno na acepção constitucional do termo, como se verá a seguir. O que se tem é que, dada a inafastabilidade do poder judiciário da apreciação de lesão ou ameaça de lesão a direito, direito fundamental expresso no art. 5º, XXXV da Constituição, a decisão de legalidade do judiciário sobre o ato questionado sempre prevalecerá, por força da sua aptidão de formar coisa julgada material.

Convém lembrar que o Brasil adotou, juntamente com a inafastabilidade judicial, o sistema administrativo inglês, chamado ainda de sistema de jurisdição única ou sistema de controle judicial¹⁶, em que todos os conflitos jurídicos, sejam eles administrativos ou de interesses eminentemente privados, possuem a aptidão de serem resolvidos, em definitivo, pelo Poder Judiciário.

Importante ter-se em mente que o Judiciário, após provocação pelos legitimados processuais, não tem competência para revogar atos administrativos, é dizer, não pode adentrar na avaliação da oportunidade e conveniência do ato ou da política pública adotada, tendo sua atuação limitada ao exame do apropriado contorno de legalidade e proporcionalidade dado, ou não, àqueles, ambos limitadores da atuação administrativa.

2.2.1.2.2 Controle externo legislativo.

O **controle externo legislativo**, é o genuíno controle externo de acepção constitucional, por força do que dispõe os artigos 31, 70 e 71 da Constituição. Como todos os poderes da República possuem a aptidão de exercerem, ainda que de forma *interna corporis*, a função administrativa na sua auto-gestão, se incluirá no controle legislativo a fiscalização da atuação administrativa de todos eles. Pardini¹⁷, preleciona:

Controle externo sobre as atividades da Administração, em sentido orgânico e técnico, é, em resumo, todo controle exercido por um Poder ou órgão sobre a administração de outros. Nesse sentido, é controle externo o que o Judiciário efetua sobre os atos dos demais Poderes. É controle externo o que a administração direta realiza sobre as entidades da administração indireta. É

¹⁶ ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. Op. cit. p. 8.

¹⁷ PARDINI, Frederico. *Tribunal de Contas da União: órgão de destaque constitucional*. Tese apresentada no Curso de Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1997.

controle externo o que o Legislativo exerce sobre a administração direta e indireta dos demais Poderes. **Na terminologia adotada pela Constituição, apenas este último é que recebe a denominação jurídico-constitucional de controle externo (CF arts. 31 e 70 a 74)**, denominação esta repetida especificamente em outros textos infraconstitucionais, como, por exemplo, a Lei no 8.443/1992.

Tal espécie possui marca eminentemente política, em seu sentido histórico e menos usual. O que se quer dizer é que, a despeito de uma marca pejorativa que atualmente paira sobre as atuações ditas políticas, entende-se que esta é o genuíno exercício do poder político representativo, em nome do seu titular, o povo. Assim, considerando que o Poder legislativo age em nome do titular do poder originário, dizer que sua marca é política é dizer que o controle por si exercido não se limita à verificação de aspectos de legalidade, podendo, por vezes, a tocar no próprio mérito administrativo, desde que dentro das balizas constitucionais.

Para se entender o controle externo legislativo é preciso lembrar que a Constituição conferiu ao Congresso Nacional, diretamente ou por qualquer uma de suas Casas, a competência originária de fiscalizar os atos do Poder Executivo:

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta;

São exemplos desta atuação política parlamentar o julgamento anual as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciação dos relatórios sobre a execução dos planos de governo (art. 49, IX); a apreciação dos atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão (art. 49, XII), sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa (art. 49, V), a convocação obrigatória de Ministro de Estado para prestar esclarecimentos (art. 50), a aprovação da nomeação de importantes autoridades (art. 52, III e IV) dentre inúmeras outras.

O controle político realiza importante ajuste na harmonia dos poderes, impedindo que os demais se sobressaiam de tal modo que a importante representatividade popular reste mitigada, ou mesmo esvaziada. Mas não é apenas o controle político que o Legislativo realiza. Encontra-se na Constituição também a aptidão deste poder para realizar o controle contábil,

financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial, ou de maneira simplificada, nos dizeres de Di Pietro¹⁸, apenas **controle financeiro**.

Como bem preleciona o douto Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, Antonio Roque Citadini¹⁹, a existência de um órgão de controle dos atos de índole financeira da Administração Pública é uma das características do Estado contemporâneo. Para o eminente autor:

Não existe, nos dias atuais, país democrático sem um órgão de controle com a missão de fiscalizar a boa gestão do dinheiro público. Excetuam-se apenas os regimes ditatoriais - nos quais o que os dirigentes menos querem e menos aceitam é o controle de seus atos -, e os Estados de forte atraso na organização política e econômica. Afora estas duas situações, todos os demais possuem instituições de controle.

O controle financeiro do Estado está inserido no contexto da execução da despesa pública, cuja principal regra de observância é a legalidade, é dizer, na república brasileira, toda despesa só poderá ser realizada com sua prévia previsão em lei orçamentária, dentro dos limites creditícios fixados na mesma. A legalidade financeira é regra insculpida na própria Constituição, e decorre da conjugação do art. 167, incisos I, II, V e VI como pode se observar:

Art. 167. São vedados:

I - o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual;

II - a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais;

V - a abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes;

VI - a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa;

Se a realização das despesas ocorre através de previsão orçamentária prévia, e sendo o orçamento público uma lei de origem do parlamento, lei em sentido material e formal, é dizer,

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. p. 825.

¹⁹ CITADINI, Antônio Roque. *O Controle do Tribunal de Contas*. Disponível em <http://www.citadini.com.br/palestras/p980909.htm> Acesso em 04.01.2017.

ato normativo primário, é corolário que o próprio poder emanador do ato, o Poder Legislativo, fiscalize se as unidades administrativas dos demais poderes estão realizando o gasto público dentro dos limites e condições fixadas naquele orçamento, daí a origem da ideia de *controle financeiro legislativo*.

Tal espécie de controle encontra substrato constitucional nos artigos 70 e 71, que devem ser lidos de maneira complementar.

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.

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

Contextualizado o controle legislativo, suas modalidades técnicas dentro do controle financeiro serão melhor abordadas em tópico próprio.

2.2.1.2.3 Controle Externo Social

Como já citado, a titularidade do Poder político emana do povo²⁰, o qual se subdivide em funções independentes e harmônicas entre si: a função executiva, a legislativa/fiscalizatória e a judiciária. Disto, nada mais natural esperar que a sociedade, seja ela organizada seja diretamente por meio dos indivíduos que a compõem, exerçam algum tipo de pressão e controle sobre os administradores da coisa pública.

José dos Santos Carvalho Filho²¹ preleciona que o controle social se trata de um poderoso instrumento democrático, permitindo a efetiva participação dos cidadãos em geral no processo de exercício do poder.

²⁰ Em apertada síntese: “**Povo** é o conjunto de indivíduos, ligados a um determinado território por um vínculo chamado nacionalidade. No conceito de povo estão incluídos os brasileiros natos e naturalizados. Distingue-se do conceito de **população**, pois neste incluem-se, além dos natos e naturalizados, os estrangeiros e os apátridas. O **cidadão**, por sua vez, é a pessoa que goza de direitos políticos. Disponível em <http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/2154774/qual-a-diferenca-entre-povo-populacao-e-cidadao-renata-cristina-moreira-da-silva>. Acesso em 05.01.2017.

²¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit. p. 1137

Para Marcelo Alexandrino, o controle social ou popular decorre de um dos pilares do regime jurídico-administrativo brasileiro, a indisponibilidade do interesse público e, por isso, a Constituição contém diversos dispositivos que dão aos administrados a possibilidade de - diretamente ou por intermédio de órgãos com essa função institucional - verificarem a regularidade da atuação da administração pública e impedirem a prática de atos ilegítimos, lesivos ao indivíduo ou à coletividade, ou provocarem a reparação dos danos deles decorrentes²².

Importante previsão para a concretização das ferramentas do controle social popular está no art. 37, §3º da Carta Brasileira, que dispôs:

Art. 37, § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

Ainda no campo constitucional, indicando ser a vontade do constituinte que, de fato, o cidadão tenha participação ativa nos mais diversos níveis do processo político-administrativo, o art. 5.º, LXXIII, da Carta da República, estabelece que "*qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural*".

Da mesma forma o § 2º do art. 74 da Constituição que permitiu que "*qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União*".

Relativamente às contas municipais, note-se:

²² ALEXANDRINO, Marcelo. Op. cit. p. 889.

Art. 31, § 3º As contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei.

Já no âmbito infralegal, cite-se como exemplo a Lei 8.666/93 que é prodigiosa na consecução do controle popular em termos de licitações e contratos, a rigor dos seus art. 4º, art. 7º, §8º, art. 15, §6º, art. 41, §1º e art. 113, §1º. Vale mencionar, ainda a promulgação da chamada *Lei da Transparência*, Lei federal nº 12.527/11 que trouxe relevantíssimo instrumental para a consolidação do controle ora estudado.

2.3 Identificação dos Tribunais de Contas na história do controle externo constitucional brasileiro.

Como visto, controlar a atividade administrativa estatal é função política e técnica típica de repúblicas democráticas, desempenhada, num sentido amplo, por diversos braços do próprio Estado, e pela sociedade, consoante o controle popular facilitado por instrumental previsto no próprio ordenamento jurídico.

A par do viés político do controle, a Constituição também previu o controle externo com carga acentuadamente técnica, exercido pelo Congresso Nacional no âmbito da União, Assembleias e Câmaras no alcance dos Estados e municípios respectivamente, todos em conjunto e auxiliados pelos Tribunais de Contas.

No contexto histórico-político das democracias latino-americanas, o renomado cientista político argentino Guillermo O'Donnell²³ já detectara ser ponto comum nas atuais democracias latino-americanas a extrema debilidade dos mecanismos de controle, contexto em que, para o autor, se insere o Brasil. Tal percepção das fragilidades do sistema político, seja no aspecto da democracia representativa, seja no que se refere ao controle da atividade financeira estatal, tem se acentuado na sociedade brasileira, em decorrência, entre outros fatores, da maior visibilidade dos fatos alusivos à corrupção e aos desvios de conduta de agentes públicos.

Na tentativa de profissionalização e sedimentação de *know-how* específico, diante da necessária presença de níveis de controle da administração, encontra-se nas obras

²³ O'DONNELL, Guillermo. *Accountability horizontal*. Agora, n. 8, 1998, p. 5-34.

especializadas a indicação de que, nos Estados ocidentais, dois modelos, ou sistemas de controle se sobressaíram no desenvolvimento daquele mister: o sistema colegiado das Cortes de Contas, e o sistema monocrático das Auditorias-Gerais.

Oportuna a lição de Jacoby Fernandes²⁴, que conceitua sistema de controle externo como “*o conjunto de ações de controle desenvolvidas por uma estrutura organizacional, com procedimentos, atividades e recursos próprios, não integrados na estrutura controlada, visando fiscalização, verificação e correção dos atos*”.

O sistema de Auditoria ou Controladoria-Geral, segundo Lima²⁵, caracteriza-se por ser, usualmente, um controle de caráter essencialmente opinativo ou consultivo, sem dispor de poderes jurisdicionais e/ou coercitivos. Suas manifestações adotam a forma de pareceres ou recomendações e são subscritas de forma monocrática ou singular pelo Auditor ou Controlador-geral, nomeado, em regra, pelo Parlamento, para mandato fixo.

As Auditorias, de uma maneira geral, sempre deram mais ênfase na avaliação do desempenho dos auditados que no aspecto de legalidade. No direito comparado, são exemplos do sistema de Auditorias-Gerais: Argentina, África do Sul, Austrália, Bolívia, Canadá, Colômbia, Cuba, Estados Unidos, Índia, Jordânia, México, Paraguai, Reino Unido, Suécia, Venezuela²⁶. As três instituições mais conhecidas são o *National Audit Office*, do Reino Unido, o *Government Accountability Office*, dos Estados Unidos e o *Office of the Auditor General*, do Canadá.

Ainda segundo o estudioso, o sistema de Corte de Contas caracteriza-se por um forte controle de legalidade dos atos e das despesas. Nada obstante a isto, no Brasil, onde é adotado tal sistema, já vem sendo adotada, de ordinário, a rotina de realização de auditorias operacionais ou desempenho. Ainda, é marca das Cortes de Contas adotarem uma estrutura decisória colegiada, a qual realiza efetivo julgamento de atos dos gestores com teor semelhante ao jurisdicional, cujas decisões possuem aspecto coercitivo, e se necessário, punitivo.

²⁴ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil – Jurisdição e Competência*. 2a edição revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005, p. 30.

²⁵ LIMA, Luiz Henrique. *Controle externo: teoria, jurisprudência e mais de 500 questões*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

²⁶ Idem.

Além do Brasil, adotam o sistema de Corte de Contas, entre outros, a Alemanha, Coreia, Espanha, França, Portugal, Uruguai, Grécia, Holanda e Japão.

Interessante informação veio carreada na obra de Barreto²⁷, o qual assevera que das 182 (cento e oitenta e duas) Entidades de Fiscalização Superior – EFS – filiadas à *Intosai*²⁸, 50 (cinquenta) adotam o sistema Tribunal de Contas e 132 (cento e trinta e duas) o de Controladoria ou Auditoria Geral.

Em conhecido estudo sobre o tema, o renomado administrativista Cretella²⁹ identificou três modelos de Tribunais de Contas: o francês, o italiano e o belga, classificando o TCU, e conseqüentemente as Cortes de contas estaduais como um “*tipo eclético*”, por motivos que se verá em breve. Para o administrativista, o **modelo francês** (*Cour des Comptes*) caracteriza-se pelo fato de o controle realizar-se *a posteriori* e as responsabilidades pelos pagamentos indevidos são atribuídas aos funcionários pagadores e não aos ordenadores. Como na França existe a dualidade de jurisdição, a sua Corte de Contas mantém-se, hodiernamente, como a principal fonte de jurisdição administrativa especializada francesa³⁰.

A característica do **modelo italiano** (*Corte dei Conti*) é a fiscalização *a priori* da legalidade dos atos de despesa, sendo possibilitado o veto da mesma. Por sua vez, o **modelo belga** distingue-se pela possibilidade do exame prévio com veto relativo e registro sob protesto. O Tribunal de Contas belga, instituído em 1846, exerce o controle mediante visto preliminar aposto em toda ordem de pagamento, tendo, a exemplo das Cortes italiana e francesa, competências jurisdicionais. A propósito, são casos de Tribunais de Contas sem poderes jurisdicionais o da Alemanha, Áustria, Holanda e o Tribunal de Contas Europeu.

Realizado breve esboço comparado, voltando-se para o contexto histórico e constitucionalista brasileiro, encontra-se aqui um primeiro delineamento de um órgão de atribuições fiscalizatórias com a criação do *Erário Régio*, por ato do Príncipe Regente, Dom João VI, consolidado no alvará de 28 de junho de 1808. O Erário no Brasil estava dividido em

²⁷ BARRETO, Pedro Humberto Teixeira. *O Sistema Tribunais de Contas e instituições equivalentes* – um estudo comparativo entre o modelo brasileiro e o da União Europeia. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2004, p. 76-77.

²⁸ A sigla INTOSAI significa *International Organization of Supreme Audit Institutions*, ou em tradução livre – Organização Internacional de Instituições Superiores de Fiscalização. O Brasil é representado neste organismo internacional pelo TCU.

²⁹ CRETELLA JR. José, *Curso de Direito Administrativo*. 11a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 107-111

³⁰ COSTA, Luiz Bernardo Dias. *Tribunal de Contas: evolução e principais atribuições no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

Tesouraria-Mor, Mesa, três Contadorias-gerais e uma Tesouraria-geral dos Ordenados, Pensões, Juros e Tenças. Antes da Independência, a estrutura do Erário sofreu algumas transformações, como o decreto de 22 de dezembro de 1819, que criou uma Contadoria-geral das Colônias, para a escrituração dos fundos aplicados para o seu estabelecimento e as transações dos negócios tendentes à administração e arrecadação dos ditos fundos³¹.

Longo período de discussões e propostas transcorreu entre a fixação do Erário Régio no contexto do Brasil enquanto sede da Monarquia portuguesa, e a criação do primeiro Tribunal de Contas já em outro momento histórico pós proclamação da República e início do governo provisório do Marechal Manoel Deodoro da Fonseca. Luis Henrique Lima³² preleciona que “*a proposta de criação do Tribunal de Contas constitui, juntamente com o debate acerca da abolição da escravatura, uma das polêmicas de maior duração na história do Parlamento brasileiro, tendo atravessado todo o Império, só logrando êxito após a proclamação da República*”.

Assim, foi na alvorada de um Estado republicano que o Presidente Deodoro da Fonseca assinou o Decreto nº 966-A de 7 de novembro de 1890, o qual, nos seus dizeres originais “*Crêa um Tribunal de Contas para o exame, revisão e julgamento dos actos concernentes á receita e despesa da Republica*”³³.

Desde o princípio, o Tribunal de Contas brasileiro foi constituído de claras acepções jurisdicionais e punitivas, consoante denota-se da leitura dos artigos do aludido decreto, como se vê:

Art. 1º E' instituido um Tribunal de Contas, ao qual incumbirá o exame, a revisão e o **juízo** de todas as operações concernentes á receita e despesa da Republica.

Art. 2º Todos os decretos do Poder Executivo, ordens ou avisos dos diferentes Ministerios, susceptiveis de crear despesa, ou interessar as finanças da Republica, para poderem ter publicidade e execução, serão sujeitos primeiro ao Tribunal de Contas, que os registrará, pondo-lhes o seu «visto», quando reconheça que não violam disposição de lei, nem excedem os creditos votados pelo Poder Legislativo.

³¹ CABRAL, Dilma. Erário Régio – MAPA – *Memória da Administração Pública Brasileira*. Disponível em: <http://linux.an.gov.br/mapa/?p=3259>. Acesso em 07.01.2016.

³² LIMA, Luis Henrique. *Op. cit.* p. 13.

³³ Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-966-a-7-novembro-1890-553450-publicacaooriginal-71409-pe.html>. Acesso em 08.01.2017.

Art. 4º Compete, outrossim, ao Tribunal de Contas:

1º Examinar mensalmente, em presença das contas e documentos que lhe forem apresentados, ou que requisitar, o movimento da receita e despesa, recapitulando e revendo, anualmente, os resultados mensais;

2º Conferir esses resultados com os que lhe forem apresentados pelo Governo, comunicando tudo ao Poder Legislativo;

3º **Julgar** anualmente as contas de todos os responsáveis por contas, seja qual for o Ministério a que pertençam, dando-lhes quitação, **condemnando-os a pagar**, e, quando o não cumpram, mandando proceder na forma de direito;

4º Estipular aos responsáveis por dinheiros públicos o prazo de apresentação de suas contas, sob as **penas** que o regulamento estabelecer. (Nosso destaque).

Foi apenas com a Constituição de 1891 que o Tribunal de Contas foi alçado a órgão constitucional, prevendo seu art. 89, que a Corte deveria liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso. A instalação efetiva deste só foi ocorrer em 1893, na gestão do Ministro Serzedello Corrêa. Seus membros seriam nomeados pelo Presidente da República com aprovação do Senado, e somente perderiam os seus lugares por sentença.

Novamente Lima³⁴ pontua com precisão que:

Examinando o tratamento que as diferentes Constituições conferiram ao Tribunal de Contas, constata-se que o prestígio da instituição está diretamente associado com as liberdades democráticas. De fato, por duas vezes suas atribuições foram reduzidas: nas Cartas ditatoriais de 1937 (Estado Novo) e 1967 (ditadura militar). E por duas vezes, com a redemocratização, recuperou e ampliou suas atribuições nas Constituições democráticas de 1946 e 1988.

Desta maneira, por exemplo, a Constituição de 1934, o Tribunal de Contas “é mantido” no art. 9935, e pela primeira vez é empregada a expressão “julgar as contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos”. Inovação para a época e repetida na atual

³⁴ LIMA, Luis Henrique. *Op. cit.* p. 14.

³⁵ Art. 99 - É mantido o Tribunal de Contas, que, diretamente, ou por delegações organizadas de acordo com a lei, acompanhará a execução orçamentária e julgará as contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos.

Constituição de 1988, houve a Carta de 1934 por prever, no art. 102, a necessidade do parecer prévio do TC, dentro do prazo de trinta dias, sobre as contas que o Presidente da República deve anualmente prestar à Câmara dos Deputados.

Já a Carta de 1937, elaborada no contexto do Estado Novo de Getúlio Vargas, outorgada e não promulgada, como é típico de momentos de maior carga ditatorial, retirou a competência de elaboração do parecer prévio e limitou apenas ao art. 114 as disposições acerca das competências do Tribunal de Contas, incumbido aí, de maneira muito sintética, de acompanhar a execução orçamentária, julgar das contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos e da legalidade dos contratos celebrados pela União, e cujos membros seriam nomeados pelo Presidente da República, com a aprovação do então existente Conselho Federal.

Com a retomada dos fatores políticos de uma democracia, a Constituição de 1946, agora promulgada, foi mais extensa na previsão da Corte de Contas, em seus arts. 76 e 77, havendo deixado brecha permissiva para a criação de Tribunais de Contas estaduais, consoante seu art. 22: *“A administração financeira, especialmente a execução do orçamento, será fiscalizada na União pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas, e nos Estados e Municípios pela forma que for estabelecida nas Constituições estaduais.”*

Pronuncie-se que a excelsa Carta de 1946 manteve as competências para ofertar parecer prévio no julgamento das contas presidenciais agora pelo Congresso Nacional e, ainda, o julgamento as contas dos responsáveis por dinheiros e outros bens públicos (art. 77, II), e o julgamento da legalidade dos contratos e das aposentadorias, reformas e pensões (art. 77, III).

Para o escopo do presente trabalho, calha destacar que a Constituição de 1946 conferiu ao Tribunal de Contas o poder de suspender a execução de contratos, diretamente, como efeito de sua recusa em registrar contratos, *“por falta de saldo no crédito ou por imputação a crédito impróprio”*, até ulterior deliberação por parte do Congresso.

Adiantando-se para Constituição de 1967, pós intervenção militar de 1964, destaque-se que foi utilizada nesta, pela primeira vez em texto constitucional, a expressão *controle externo*. Foi no corpo dos seus arts. 71, *caput* e §1º que a Carta mencionou que:

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

§ 1º - O **controle externo** do Congresso Nacional será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas e compreenderá a apreciação das contas do Presidente da República, o desempenho das funções de auditoria financeira e orçamentária, e o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos.

A Carta de 67 fora sucinta em relação às competências do Tribunal de Contas, prevendo as *auditorias financeiras e orçamentárias* como instrumentos típicos do controle externo. Relativamente às realidades federativas estaduais, exigiu que os Estados adotassem a fiscalização orçamentária e financeira (art. 13, IV, o que possibilitou que as Constituições estaduais previsses Cortes de Contas estaduais conforme a simetria com o modelo federal.

2.4 O Tribunal de Contas na Constituição de 1988.

Na Constituição de 1988, houve um evidente fortalecimento da instituição Tribunal de Contas como um todo. Diversas menções à este órgão encontra-se espalhadas pelo texto tendo-se como dispositivo central o art. 71, que enumera extenso e analítico rol de competências originárias do exercício da função do controle externo.

Frise-se, por oportuno, que o referido artigo 71, a despeito de tratar primariamente do Tribunal de Contas da União, acaba por fixar através da simetria constitucional federativa os parâmetros para a concepção das competências dos Tribunais de Contas estaduais, distritais e municipais (neste último caso, apenas os municípios de São Paulo e Rio de Janeiro, por força do art. 31, §4º do texto constitucional).

Isto significa que as Constituições Estaduais deverão extrair do art. 71 não só o fundamento de validade, mas o espírito das competências ali instituídas, repetindo-as quando possível, adaptando-as ao contexto estadual e, por vezes, acrescentando competências que não desnaturem a natureza originária do órgão, que é a de executor de medidas de controle da função administrativa. Neste sentido é a disposição do art. 75 da Carta maior:

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.

A exigência de simetria federativa constitucional entre a Corte federal e as demais já foi objeto de decisão do Supremo Tribunal Federal, inclusive, que assegurou:

O preceito veiculado pelo art. 73 da CB aplica-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. **Imposição do modelo federal nos termos do art. 75.** A inércia da Assembleia Legislativa cearense relativamente à criação de cargos e carreiras do Ministério Público Especial e de auditores que devam atuar junto ao tribunal de contas estadual consubstancia omissão inconstitucional. STF. ADI 3.276, rel. min. Eros Grau, j. 2-6-2005, P, DJ de 1º-2-2008. No mesmo sentido ADI 374, rel. min. Dias Toffoli, j. 22-3-2012, P, DJE de 21-8-2014.

Assim, conclui-se que as exposições genericamente realizadas indicando as características do órgão no novel modelo constitucional deflagrado em 1988 presumem-se aplicáveis a todos os Tribunais de Contas brasileiros. Pode-se dizer, preliminarmente, que as Cortes de Contas constituem-se, na lição do douto Conselheiro do TCE de Pernambuco, Valdecir Pascoal³⁶, em órgãos constitucionais dotados de autonomia administrativa e financeira, sem qualquer relação de subordinação com os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Continua o autor a destacar que:

O TC é órgão de **permeio**, agindo ora numa posição de colaboração com o Poder Legislativo, ora no exercício de competências próprias e específicas. A Constituição Federal não deixa dúvidas acerca da **autonomia** do Tribunal de Contas ao assinalar, em seu art. 71, que o controle externo, a cargo de Congresso Nacional, será exercido com o **auxílio** do Tribunal de Contas da União. O titular do controle externo é o Parlamento, mas a própria CF/1988 delegou a maior parte das atribuições de controle externo ao Tribunal de Contas³⁷. (nosso destaque).

³⁶ PASCOAL, Valdecir Fernandes. *Direito Financeiro e Controle externo*. 9. Ed. São Paulo: Método, 2015. p. 143.

³⁷ *Idem*.

Dizer que o Tribunal de Contas é um órgão de permeio significa pensar que, na expressão de Speck³⁸, que estes são as organizações que exercem a *accountability* horizontal de maneira contínua, profissionalizada, proativa e com altos níveis de institucionalização dos seus procedimentos.

A noção de “*accountability* horizontal” advém do pensamento de Guillermo O’Donnell, destacado cientista político argentino, o qual desenvolveu a ideia que contempla tal expressão, segundo a qual, existem nos Estado modernos e contemporâneos órgãos oficiais que realizam um controle da atividade administrativa e financeira de maneira técnica, o que o autor chamou de “*accountability* horizontal de balanço”, diferentemente daquele controle político que um Poder exerce sobre o outro na clássica relação de freios e contrapesos (*check’s n balances*) oriunda do Constitucionalismo norte-americano.

O autor contrapõe ainda àquela, a noção de *accountability* vertical, cuja existência assegura que certo país pode ser visto como uma democracia³⁹. Na relevante percepção do renomado cientista político:

Por definição, nesses países a dimensão eleitoral de *accountability* vertical existe. Por meio de eleições razoavelmente livres e justas, os cidadãos podem punir ou premiar um mandatário votando a seu favor ou contra ele ou os candidatos que apoie na eleição seguinte. Também por definição, as liberdades de opinião e de associação, assim como o acesso a variadas fontes de informação, permitem articular reivindicações e mesmo denúncias de atos de autoridades públicas. Isso é possível graças à existência de uma mídia razoavelmente livre, também exigida pela definição de poliarquia. **Eleições, reivindicações sociais que possam ser normalmente proferidas, sem que se corra o risco de coerção, e cobertura regular pela mídia ao menos das mais visíveis dessa reivindicações e de atos supostamente ilícitos de autoridades públicas são dimensões do que chamo de "accountability vertical"**. São ações realizadas, individualmente ou por algum tipo de ação organizada e/ou coletiva, com referência àqueles que ocupam posições em instituições do Estado, eleitos ou não.

Evidentemente, o que pode ser definido como o canal principal de *accountability* vertical, as eleições, ocorre apenas de tempos em tempos.

³⁸ SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo no Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.

³⁹ O DONNELL, Guillermo. *Accountability horizontal e novas poliarquias*. Lua Nova, São Paulo, n. 44, 1998. p. 27-54. Disponível em www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451998000200003#nt07. Acesso em 13.01.2017.

Assim, distintamente do controle típico originário de cada Poder, que o exerce sobre outro, e do escrutínio eleitoral, a “*accountability* horizontal” – na modalidade que aqui se interessa - se manifesta através agências estatais com elevado grau de autonomia, competência legal e instrumentos operacionais adequados para o exercício de controles rotineiros sobre as atividades administrativas e financeiras de outros agentes estatais.

Para O'Donnell, a *accountability* horizontal é a existência de agências estatais que têm o direito e o poder legal, e que estão de fato dispostas e capacitadas para realizar ações, que vão desde a supervisão de rotina à imposição sanções legais contra ações ou emissões de outros agentes ou agências do Estado que possam ser qualificadas como delituosas⁴⁰.

Aqui importa destacar como a definição de tal instituto se assemelha, em fina sintonia, com as características e competências dos Tribunais de Contas. Guillermo O'Donnell⁴¹ insiste que, para que esse tipo de *accountability* seja efetivo, deve haver agências estatais autorizadas e dispostas a supervisionar, controlar, retificar e/ou punir ações ilícitas de autoridades localizadas em outras agências estatais.

As primeiras devem ter não apenas autoridade legal para assim proceder mas também, de facto, **autonomia suficiente** com respeito às últimas. Esse é, evidentemente, o velho tema da divisão dos poderes e dos controles e equilíbrios entre eles. Esses mecanismos incluem as instituições clássicas do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, mas nas poliarquias contemporâneas também **se estende por várias agências de supervisão, como os ombudsmen e as instancias responsáveis pela fiscalização das prestações de contas.** Um ponto importante mas pouco acentuado é o de que, se se espera que essas agências sejam efetivas, salvo exceções, elas não funcionam isoladamente. Elas podem até mobilizar a opinião pública com seus procedimentos, mas normalmente sua efetividade depende das decisões tomadas pelos tribunais (ou, eventualmente, legisladores dispostos a considerar o impeachment), especialmente nos casos que envolvem autoridades de posição elevada. A *accountability* horizontal efetiva não é o produto de agências isoladas mas de redes de agências que têm em seu cume, porque é ali que o sistema constitucional "se fecha" mediante decisões últimas, **tribunais** (incluindo os mais elevados) comprometidos com essa *accountability*. (nossos destaques).

⁴⁰ O'DONNELL, Guillermo. *Accountability horizontal e novas poliarquias*. Lua Nova, São Paulo, n. 44, 1998. p. 27-54. Disponível em www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451998000200003#nt07. Acesso em 13.01.2017.

⁴¹ *Idem*.

Tal qualificação se mostra perfeitamente aplicável no Brasil, posto que a Constituição de 1988, consoante a fórmula adotada no parágrafo único do seu art. 70: “*prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos*”. Com esta fórmula ampla, que não limitou a atuação do controle externo apenas sobre o Poder Executivo, o Tribunal de Contas torna-se, de fato um órgão, de permeio, autônomo e com poderes sancionatórios, cuja linha condutora de ação buscará sempre alguma modalidade de gestão de recurso público, independentemente de se tratar do Poder Judiciário ou mesmo o Legislativo.

2.4.1 Prerrogativas dos Tribunais de Contas no texto constitucional de 1988: autonomia gerencial e autonomia funcional.

A autonomia dos Tribunais é percebida na Constituição de 1988 através de duas vertentes: a capacidade de auto-gestão e auto-organização, e a extração de competências exclusivas diretamente do texto constitucional.

Antes de adentrar-se neste ponto, mister se faz diferenciar duas terminologias muito próximas – autonomia e órgão autônomo - que, se não bem compreendidas, podem prejudicar a perfeita assimilação da real natureza jurídica dos Tribunais de Contas. Na clássica divisão doutrinária administrativista, os órgãos da administração pública, identificados por seu feixe de competências constitucional ou legalmente delimitado, podem ser classificados como órgãos independentes, autônomos, superiores e subalternos.

Focando-se aqui ao que interessa ao tema, os Tribunais de Contas, a despeito de possuírem autonomia administrativo-financeira, são órgãos independentes, posto não encontrarem-se na estrutura hierárquica de nenhuma outra organização da União ou dos Estados, e apesar de não serem um poder constitucional propriamente dito, não se sujeita a nenhum deles, mas ao contrário, colabora. Na clara esquematização de Marcelo Alexandrino:

Quanto à posição estatal, os órgãos podem ser:

a) Órgãos independentes

Os órgãos independentes são aqueles diretamente previstos no texto constitucional. São órgãos sem qualquer subordinação hierárquica ou funcional - sujeitam-se tão somente aos controles, constitucionalmente previstos, que uns exercem sobre os outros - tais controles configuram o assim chamado sistema de freios e contrapesos (checks and balances). Suas atribuições são exercidas por agentes político. São eles os órgãos integrantes dos três Poderes, a exemplo da Presidência da República, dos tribunais do

Poder Judiciário, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e dos seus simétricos, quando houver, nos estados, municípios e Distrito Federal. Também se classificam como órgãos independentes o Ministério Público e os **Tribunais de contas**.

2.4.1.1 Autonomia gerencial ou administrativo-financeira.

Entendidos os TC's como órgão independentes, sua autonomia administrativa e financeira mostra-se evidente quando se realiza a conjugação dos arts. 73 e 96 da Constituição. Reitere-se que o modelo tratado nestes artigos são simetricamente aplicados aos demais Tribunais. O art. 73 começa destacando que o Tribunal tem *quadro próprio de pessoal*. Ademais, discorre sobre a nomeação dos seus agentes políticos, Ministros e, na realidade estadual, Conselheiros, conferindo a estes as mesmas prerrogativas e garantias do Superior Tribunal de Justiça (nos Estados, equiparam-se os Conselheiros aos Desembargadores). Fecha o art. 73, *caput*, remetendo ao exercício das atribuições do art. 96.

Conforme reconhecido pela Constituição de 1988 e por esta Suprema Corte, gozam as Cortes de Contas do país das prerrogativas da autonomia e do autogoverno, o que inclui, essencialmente, a iniciativa reservada para instaurar processo legislativo que pretenda alterar sua organização e seu funcionamento, como resulta da interpretação sistemática dos arts. 73, 75 e 96, II, d, da CF (...). ADI 4.418 MC, rel. min. Dias Toffoli, j. 6-10-2010, P, DJE de 15-6-2011. Vide: ADI 1.994, rel. min. Eros Grau, j. 24-5-2006, P, DJ de 8-9-2006.

O art. 96 da CF/88 encontra-se dentro do capítulo dedicado ao Poder Judiciário, e promove a autonomia e independência deste tanto quanto dos Tribunais de Contas, ao dispor que:

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**.

Art. 96. Compete privativamente:

I - aos tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos e **elaborar seus regimentos internos**, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, **dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos**;

b) **organizar suas secretarias** e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva;

- c) **prover**, na forma prevista nesta Constituição, **os cargos** de juiz de carreira da respectiva jurisdição;
- d) (...)
- e) **prover, por concurso público** de provas, ou de provas e títulos, obedecido o disposto no art. 169, parágrafo único, **os cargos necessários** à administração da Justiça, exceto os de confiança assim definidos em lei;
- f) conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados;

2.4.1.2 Autonomia funcional

Outra vertente da autonomia dos TC's, a dizer, a independência funcional haurida da previsão de suas competências diretamente da Constituição, a teor do art. 31, §1º e 2º, que trata de sua atuação em âmbito municipal, cujo parecer prévio das contas do prefeito tem tal envergadura que só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal.

O principal dispositivo de atribuição de competências a essas Cortes é, de fato, o art. 71, que se tratará com mais detalhe em ponto específico a seguir, não sendo o único. Destaca-se também o art. 72, que normatiza com boa densidade a relação entre o Tribunal de Contas da União e a Comissão Mista permanente de Senadores e Deputados.

Encontram-se ainda duas relevantes ressalvas que vem a fortalecer a compreensão quanto a relevância dada pela Constituição aos Tribunais de Contas. Tratam-se dos artigos 103-B, §4º II e 130-A, §2º, II da CF/88. que tratam, respectivamente, do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério. Em tais preceptivos, a despeito da previsão para que tais Conselhos possam revisar a legalidade dos atos administrativos dos seus curatelados, em uma espécie de controle interno, a competência dos Tribunais de Contas é expressamente mantida, reforçada a atribuição do controle externo.

Vem a calhar neste contexto de verificação da autonomia funcional do órgão aqui trabalhado, esclarecer que certa expressão contida no *caput* do art. 71 – “*com o auxílio do...*” – que, por vezes, causa certa celeuma nos estudos específico em controle externo, na verdade em nada contrapõe-se ao que fora dito até o presente momento. Trata-se do verbete: “*Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:*”

O titular primário do controle externo é, de fato, o Poder legislativo. É de se compreender que a Constituição tenha conferido tal função ao Poder Legislativo já que, composto de representantes do povo, é quem tem a legitimidade para impor o dever da contribuição tributária e definir a aplicação do seu produto mediante a Lei Orçamentária.

Mas o seu exercício não é exclusivo deste. Os Tribunais de Contas também exercem parcela desse *mínus*, havendo dentro da alçada de sua atuação certas competências indelegáveis e insuscetíveis de apropriação por quem quer que seja, insindicáveis por aquele titular primário, ou mesmo por atuação do Poder Judiciário.

O insigne administrativista Jacoby Fernandes contextualiza que, *prima facie*, não ser raro que menos esclarecidos tentem visualizar vínculo de hierarquia que subordinaria o TCU ao Congresso Nacional⁴², e acrescentamos, os Tribunais estaduais às suas Assembleias Legislativas. Pondera ainda que o poder hierárquico, existe na estrutura organizacional típica do Poder Executivo e, por extensão, presente como elemento de ordenação interna de órgãos administrativos dos demais Poderes.

Mas para relacionar órgãos independentes, o vínculo jurídico que existe é o de colaboração, como já lecionava José Cretella Jr⁴³. Aqui, Ulisses Jacoby⁴⁴ exemplifica:

Se assim fosse, como explicar que o Tribunal de Contas da União faz auditoria nas Casas do Congresso Nacional, julga aposentadoria de servidores da Câmara e do Senado, determina ao Poder Legislativo que se abstenha da prática de ato? Como explicar recente decisão do Tribunal de Contas do Distrito Federal, o qual, acolhendo representação do Ministério Público que atua junto àquele Tribunal, realizou auditoria na Câmara Legislativa?

Assim compreende-se o “*auxílio*” como a colaboração entre o Legislativo e a Corte de Contas correspondente, no exercício do controle externo. Não outra foi a posição adotada pelo Pretório Excelso:

Os Tribunais de Contas ostentam posição eminente na estrutura constitucional brasileira, não se achando subordinados, por qualquer vínculo de ordem hierárquica, ao Poder Legislativo, de que não são órgãos delegatários nem organismos de mero assessoramento técnico. **A competência institucional dos Tribunais de Contas não deriva, por isso**

⁴² FERNANDES, Jorge Ulisse Jacoby. *Os limites do poder fiscalizador do Tribunal de Contas do Estado*. Revista de Informações Legislativas. Brasília a. 36 n. 142 abr./jun. 1999. p. 169.

⁴³ CRETELLA JR, José. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 71.

⁴⁴ FERNANDES, Jorge Ulisse Jacoby. *Op. Cit.*

mesmo, de delegação dos órgãos do Poder Legislativo, mas traduz emanação que resulta, primariamente, da própria Constituição da República. ADI 4.190 MC-REF, rel. min. Celso de Mello, j. 10-3-2010, P, DJE de 11-6-2010. (destaque do autor).

É exemplo típico daquela competência mencionada, indelegável e insindicável no plano material, a realização por iniciativa própria do Tribunal de Contas de auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Outra relevantíssima competência exclusiva, que revela o caráter da judicatura que as Cortes de Contas exercem (art. 73, §3º e 4º da CF/88), e sua autonomia funcional, é o seu poder-dever de **julgar** as contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos da administração como um todo, inclusive as contas daqueles que derem causa a qualquer irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público (art. 71, II da CF/88).

2.5 Natureza jurídica das decisões proferidas pelos Tribunais de Contas.

Como anteriormente mencionado nesta obra, o Brasil adotou o sistema de jurisdição una, de tradição anglo-saxônica, dada a impossibilidade de se afastar do cidadão o direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário, quando este se encontrar diante de situação potencialmente ilegal, segundo a formulação do art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Pessoas físicas ou jurídicas, estas de direito privado ou público, podem ser vítimas ou atores de atos ilegais. Consoante as regras do processo o acesso ao Judiciário deve ser preservado, especialmente pelo fato de suas decisões serem as únicas revestidas de potencial imutabilidade, estabilizando as relações jurídicas, através do instituto da coisa julgada material. Diz o Código de Processo Civil instituído pela lei federal nº 13.105/2015:

Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.

Isto posto, conclui-se que apenas as decisões oriundas do Poder Judiciário torna a questão posta indiscutível. Mas disto não pode decorrer que este poder tenha amplos poderes

de revisão e modificação das decisões proferidas pelos outros poderes da República, sob pena de violação da independência e harmonia entre os mesmos preconizada pelo art.2º da Constituição.

Relativamente às decisões dos Tribunais de Contas, é pacífico o entendimento de que as mesmas estão sujeitas à apreciação do Judiciário, mas apenas em relação aos aspectos de respeito à estrita legalidade, ao devido processo e aos demais direitos fundamentais incidentes ao caso. Corroborando a ideia cite-se novamente Ulisses Jacoby:

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou com respeito à natureza quase jurisdicional dos Tribunais de Contas, inclusive sobre a impossibilidade de o Judiciário anular decisões em processos de contas, salvo se não for observado o princípio do devido processo legal.

(...)O exame feito pelos Tribunais de Contas representa uma poderosa e ampla ação de controle sobre os atos da administração, que já estão jungidos ao controle interno da própria administração. Permitir uma ampla revisibilidade pelo Poder Judiciário, no mínimo, concederia, em termos lógicos, um espaço tão intenso ao controle judicial que inviabilizaria a própria ação administrativa.⁴⁵

Não outro foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal, consoante a ementa da paradigmática decisão proferida no MS nº 23.550/DF que utilizou o termo “quase-jurisdicional” para definir a competência constitucional dada ao Tribunal de Contas:

Tribunal de Contas: competência: contratos administrativos (CF, art. 71, IX e §§ 1º e 2º). O Tribunal de Contas da União - embora não tenha poder para anular ou sustar contratos administrativos - tem competência, conforme o art. 71, IX, para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou. II. Tribunal de Contas: processo de representação fundado em invalidade de contrato administrativo: incidência das garantias do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa, que impõem assegurar aos interessados, a começar do particular contratante, a ciência de sua instauração e as intervenções cabíveis. Decisão pelo TCU de um processo de representação, do que resultou injunção à autarquia para anular licitação e o contrato já celebrado e em começo de execução com a licitante vencedora, sem que a essa sequer se desse ciência de sua instauração: nulidade. Os mais elementares corolários da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa são a ciência dada ao interessado da instauração do processo e a oportunidade de se manifestar e produzir ou requerer a produção de provas; de outro lado, se se impõe a garantia do devido processo legal aos

⁴⁵ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. – 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 164-165.

procedimentos administrativos comuns, a fortiori, é irrecusável que a ela há de submeter-se o desempenho de todas as funções de controle do Tribunal de Contas, **de colorido quase - jurisdicional**. (...) ⁴⁶.

Assim, a conjugação dos elementos constitucionais em destaque neste ponto leva-nos à conclusão de que as decisões dos Tribunais de Contas não são jurisdicionais. É comum na doutrina a referenciação de que decisões não jurisdicionais são decisões administrativas ⁴⁷. Não se encontra objeções lógico-jurídicas para tal definição, mas é importante destacar: dizer que uma decisão possui caráter administrativo não significa que a mesma poderá ser dissolvida ou mesmo amplamente revista sem que esteja caracterizada alguma expressa violação da legalidade ou de direitos fundamentais, especialmente se o órgão prolator de tal decisão esteja em efetivo cumprimento de competências constitucionais exclusivas.

O tema é importante porque aduz o caráter transversal da relação entre os poderes constituídos, especialmente quanto à necessária autocontenção do Poder Judiciário em relação a decisões técnicas que ultrapassam, em muito o caráter exclusivamente jurídico de suas decisões. Neste contexto ganha espaço o **princípio da deferência técnico-administrativa**, oriundo da doutrina da *judicial deference* ou *Chevron Doctrine*.

Tal princípio, por vezes denominado de subprincípio posto ser um desdobramento do princípio da separação dos poderes, em rápida síntese, é mais usualmente aplicado à judicialização das decisões das Agências especializadas componentes do Poder Executivo, e preconiza que o Poder Judiciário deve reconhecer que, em determinadas matérias, é a agência especializada (ANATEL, ANEEL, v.g.) quem detém legitimidade para decidir, sendo o mérito da decisão o reconhecimento pelo próprio Judiciário, que prestar deferência às agências está em maior consonância com os fundamentos da República do que efetivamente julgar a lide, apenas por entender que o juízo está adotando critérios igualmente razoáveis ⁴⁸.

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 23550-1/DF*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 04 de abril de 2001. Diário da Justiça, 31 out. 2001.

⁴⁷ Por todos, mencionando vários autores: PASCOAL, Valdecir Fernandes. *Direito Financeiro e Controle externo*. 9. Ed. São Paulo: Método, 2015. p. 147.

⁴⁸ PINTO, Livia Maria de Almeida. *Subprincípio da Deferência nos Tribunais Superiores*. 2014. 17 f. Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Na doutrina, em que pese não ser o foco do presente trabalho, Alexandre Santos Aragão⁴⁹ constata e alerta que:

Sobretudo em matérias técnicas e nas quais houve um eficiente debate em consultas e audiências públicas, o Judiciário tem buscado preservar a decisão da agência, desde que razoável. O judiciário não pode substituir a interpretação razoável da agência reguladora pela sua, por que também seja plausível. Trata-se do **Princípio da Deferência do Poder Judiciário para com as decisões administrativas** (grifo nosso)

Defende-se aqui que tal princípio, ou subprincípio, deve ser aplicado às decisões dos Tribunais de Contas quando estas porventura forem submetidas ao crivo do judiciário. Salvo casos de decisões teratológicas, sem fundamentação ou violadoras diretamente de qualquer direito fundamental, deve o Poder Judiciário, em conduta republicana e de autocontenção, reconhecer a especificidade e o alto grau de tecnicidade das decisões em controle externo, reforçando a concretude dos mandamentos constitucionais quanto ao tema, evitando, assim, substituir por decisões judiciais toda a técnica adotada pelas entidades superiores de fiscalização em conformidade com as diretrizes da INTOSAI.

⁴⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.

3. O CONTROLE EXTERNO DE ATOS E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

3.1 Conceitos Introdutórios

Compreendido o lugar constitucional dos Tribunais de Contas, e da própria função republicana do controle externo, destaca-se agora que a Constituição de 1988, repetida pelas Constituições estaduais, fizeram expressa menção à incidência da espécie de controle sob dois institutos fundamentais e fundantes da atividade administrativa, e da própria ciência do direito administrativo – atos e contratos administrativos, *ex vi* da leitura sistemática do artigo 71, incisos VIII, IX, X e parágrafos 1º e 2º.

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

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

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

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

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

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

Não é todo e qualquer ato administrativo que se sujeitará ao controle dos Tribunais de Contas. Observando a fórmula central de sua atuação contida no parágrafo único do art. 70 da CF/88, e a competência em destaque de sua função de judicatura prevista no art. 71, II, observa-se de ambas previsões um ponto em comum – a presença de “dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta”.

Assim, grosso modo, é a presença de atos relativos à receita e à despesa pública, que gerem ônus ou obrigações para o erário é que ativar a legitimidade do controle externo especialmente realizado pelas Cortes de Contas. Não por outro motivo é que a Constituição de 88 manteve das cartas políticas anteriores a competência para apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, bem como a das concessões de aposentadorias,

reformas e pensões (art. 71, III da CF/88), posto que estes são atos que geram aumento de despesa corrente, e constituem-se em ônus financeiro de tal monta para as entidades federativas, e conseqüentemente ao erário público, que a Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar nº 101 regulamentou expressamente no seu art. 19, em termos de percentuais sobre a receita corrente líquida, a despesa com pessoal.

Contratos administrativos, por constituírem-se como fonte de obrigações para ambas as partes aderentes, possuem em si, via de regra, a assunção de ônus para a Administração, sendo o principal instrumento obrigacional previsto pela Lei 8.666/93, apesar de não ser o único (vide art. 62, *caput* e §4º todo Capítulo III – Dos Contratos). Portanto, também não se furtam da profícua atuação dos Tribunais, não apenas quanto a legalidade, mas também em termos de legitimidade, economicidade e compatibilidade com as leis orçamentárias.

Estabelecidas tais premissas, a compreensão de tal ponto exige a fixação das principais características daqueles institutos.

3.2 Identificação do ato e do contrato administrativo no alcance da ciência jurídico-administrativa.

3.2.1 O Ato Administrativo.

Na teoria do direito privado, de onde se extrai diversos elementos de compreensão da atividade administrativa, compreende-se que o estudo do fato jurídico é ponto de partida de todo raciocínio jurídico⁵⁰. Todo acontecimento, natural ou humano, que determine a ocorrência de efeitos constitutivos, modificativos ou extintivos de direitos e obrigações, na órbita do direito, denomina-se fato jurídico.

Caio Mário da Silva Pereira, eminente civilista, esclarece, à luz dos ensinamentos de *Savigny*, que o fato jurídico seria todo acontecimento em virtude do qual começam ou terminam as relações jurídicas⁵¹.

⁵⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Volume 1: parte geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁵¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de Direito Civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2001. v.1. p. 291.

Fato jurídico é uma ocorrência que interessa ao Direito. O fato jurídico *lato sensu* pode ser natural, denominado fato jurídico *stricto sensu*. Esse pode ser um fato ordinário ou extraordinário. Pode o fato ser ainda humano, surgindo o conceito de fato jurígeno⁵².

Do fato jurídico pode decorrer um *ato jurídico*, que é aquele primeiro qualificado pelo elemento volitivo humano e pela licitude da vontade, unilateralmente prolatada. O ato jurídico que vise compor interesses e tenha uma finalidade específica chama-se negócio jurídico⁵³.

Isto posto, decorre de tal teoria geral que o ato administrativo seria o ato jurídico qualificado pelo agente prolator da vontade, a Administração pública, através de seus prepostos, agentes e autoridades políticas de forma unilateral.

O que peculiariza os atos administrativos no âmbito do gênero "atos jurídicos", entretanto, é o fato de serem manifestações ou declarações da administração pública, agindo nesta qualidade, ou de particulares que estejam exercendo prerrogativas públicas, por terem sido investidos em funções públicas (a exemplo dos que recebem delegação do poder público, como uma concessionária ou uma permissionária de serviços públicos)⁵⁴.

Por serem praticados no exercício de atribuições públicas, os atos administrativos estão sujeitos ao regime de direito público. São eles manifestações ou declarações exaradas sempre no âmbito de relações jurídicas de direito público.

Segundo o conceito elaborado por Hely Lopes Meirelles, "ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria"⁵⁵.

Suscintamente, pode-se dizer que é através do ato administrativo que a Administração pública exerce a sua função administrativa nos três poderes da República, tomando decisões, distribuindo deveres, criando obrigações, concretizando políticas públicas, publicizando-as. Por serem unilaterais, permanecem seus efeitos em âmbito *interna corporis*, ainda que

⁵² TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*: volume único. 6. ed. São Paulo: MÉTODO, 2016. p. 221.

⁵³ *Idem*.

⁵⁴ ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. Vicente Paulo. 24. ed. São Paulo: MÉTODO, 2016. p. 486.

⁵⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32.ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

possam ser levados a conhecimento de um público específico, como um edital de licitação, ou a revogação da concessão de uma gratificação a um servidor público, por exemplo.

3.2.1.1 O controle externo do ato administrativo pelo Tribunal de Contas.

A partir da lei de ação popular (Lei nº 4.717/1965), art. 2º, é possível apontar cinco dos chamados requisitos ou elementos dos atos administrativos, que são: competência, finalidade, forma, motivo e objeto.

Tratam-se de requisitos de validade, pois o ato que desatenda a um deles é um ato praticado em desacordo com o que a lei e será, em regra, um ato nulo (nos casos de vício nos elementos competência ou forma, a depender de sua maior ou menor desconformidade, o ato poderá ser apenas anulável, vale dizer, potencialmente apto a ser convalidado).

Dos cinco elementos, são discricionários o motivo e o objeto, compondo o que se denomina em direito administrativo de *mérito* administrativo⁵⁶. Os elementos do mérito administrativo são, em regra, insuscetíveis de controle externo, seja pelos Poderes Legislativo e Judiciário, seja pelo Tribunal de Contas, salvo vícios muito específicos que atentem contra a sua validade e direitos de terceiros, como a desproporcionalidade e um evidente desrespeito aos motivos determinantes do ato.

Note-se que o ato em si mesmo não é discricionário. Discricionariedade é uma característica de parte da função administrativa, tipicamente exercida pelo Poder executivo, e também presente nos demais poderes, configurando-se na prerrogativa que tem a Administração de praticá-lo pela maneira e nas condições que repute mais conveniente ao interesse público⁵⁷.

Atos administrativos praticados em desconformidade com o ordenamento jurídico como um todo, considerando desde a Constituição, passando pelas leis orçamentárias, ordinárias, complementares, decretos reguladores e outros atos infralegais estão sujeitos ao controle pelo Tribunal de Contas, por força do já mencionado art. 71, IX e X da Constituição.

Com fulcro na harmonia e separação dos Poderes, a Constituição dispôs que a atuação dos TC's sobre atos administrativos é escalonada em etapas. Inicialmente, verificada alguma

⁵⁶ MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 326.

⁵⁷ *Ibidem*. p. 307.

irregularidade na prática de um ato que esteja atrelado, de alguma forma, à receita ou despesa pública, verificação esta através de algum instrumento típico de controle externo, como auditorias e inspeções de iniciativa própria ou provocada pelos legitimados específicos (*e.g.* Congresso Nacional, suas casas e mesas), denúncias e representações (nos termos das Leis Orgânicas e Regimentos Internos) cabível primeiramente a determinação para a correção do ato, se passível de saneamento.

Nesse mote o art. 45 da Lei Orgânica do TCU, que indica que, verificada a ilegalidade de ato ou contrato em execução, o Tribunal assinará prazo para que o responsável adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, fazendo indicação expressa dos dispositivos a serem observados. Todavia, não atendido, caberá ao TCU sustar, diretamente, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal, e aplicando multa ao responsável, no próprio processo de fiscalização. Tal decisão punitiva terá efeitos de título executivo extrajudicial, por força do art. 71, §4º da CF/88.

Perceba-se que o Constituinte usou o termo "sustação" do ato (art. 71, X e §1º da CF/88). O Tribunal, quando emite tal, juízo não se imiscui na questão da validade do ato, posto que a competência para a invalidação do mesmo, ou é a própria Administração, através de seus controles internos, ou é o Poder Judiciário. O que faz o Tribunal de Contas é simplesmente emitir um outro ato, em forma de uma decisão colegiada ou cautelar monocrática, que susta os efeitos daquele primeiro, por força constitucional.

Qual seria, então, o significado da expressão '*sustar o ato*'? Aqui, calha socorrer-nos, novamente, da teoria geral do direito civil, no qual encontra-se contribuição de destaque do renomado jurista alagoano Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda.

O civilista Flávio Tartuce⁵⁸ explica que o estudo dos elementos essenciais, naturais e acidentais do negócio jurídico é um dos pontos mais importantes e controvertidos da Parte Geral do Código Civil. Sendo assim, para o culto autor, é fundamental estudar a concepção desses elementos a partir da teoria criada por Pontes de Miranda, que concebeu uma estrutura teórica única para explicar tais elementos. Trata-se do esquema clássico denominado Escada Pontiana ou "Escada Pontiana".

⁵⁸ TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 6. ed. Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 227.

Em tal teoria, o ato jurídico (gênero que contém o negócio jurídico e o próprio ato administrativo) deve ser concebido através de três planos, autônomos e inconfundíveis entre si: *a existência, a validade e a eficácia*⁵⁹.

Em rápida resenha, no plano da existência, por truísmo conceitual, estão os pressupostos fáticos para que um ato jurídico exista na realidade, que são: parte (ou partes, no caso de negócios jurídicos, e.g.); vontade; objeto e forma. Como se sabe, não existem regras a respeito da inexistência do negócio jurídico. O art. 104 do Código Civil trata diretamente a partir do plano da validade.

No plano da validade, novamente Tartuce⁶⁰ aduz que é o plano onde os substantivos existenciais recebem os adjetivos que os qualificam para que possam valer na órbita jurídica. Consoante o art. 104 do CC/02, são eles: partes capazes; vontade livre; objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

A validade do ato é, além de sua subsunção à norma jurídica de regência, a sua aptidão para produzir efeitos na ordem jurídico-material. Outro clássico civilista, Francisco Clementino de San Tiago Dantas, citado por Pablo Stolze⁶¹, aduz:

Os atos jurídicos determinam a aquisição, modificação ou extinção de direitos. Para que, porém, produzam efeito, é indispensável que reúnam certo número de requisitos que costumamos apresentar como os de sua validade. Se o ato possui tais requisitos, é válido e dele decorre a aquisição, modificação e extinção de direitos prevista pelo agente. Se, porém, falta-lhe um desses requisitos, o ato é inválido, não produz o efeito jurídico em questão e é nulo.

O ato jurídico que não se enquadra nesses elementos de validade é, por regra, nulo de pleno direito. Por ventura, conforme expressa determinação legal (especialmente o contido do Código Civil – Livro III da Parte Geral), o negócio poderá vir a ser igualmente anulável (chamada nulidade relativa ou anulabilidade, vício por vezes passível de saneamento, convalidação e conversão).

⁵⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: RT, 1 974. 3v, p. 1 5. *apud* TARTUCE, Flávio. *Op. Cit.* p. 228.

⁶⁰ TARTUCE, Flávio. *Op. Cit.* p. 229.

⁶¹ DANTAS Francisco Clementino de San Tiago, *Programa de Direito Civil*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 225. *Apud* GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. Cit.* p. 322.

Por fim verifica-se o plano da eficácia. Um ato existente e válido pode ser eficaz, ou seja, pode desde logo repercutir juridicamente no plano individual – criando, modificando ou extinguindo direitos, e no plano social se se tratar daqueles atos que possuem como objeto o largo alcance na sociedade, como os atos administrativos praticados na execução de políticas públicas. Na linha de pensamento de Junqueira de Azevedo⁶²:

O terceiro e último plano em que a mente humana deve projetar o negócio jurídico para examiná-lo é o plano de eficácia. Nesse plano, não se trata, naturalmente, de toda e qualquer possível eficácia prática do negócio, mas sim, tão só, de sua eficácia jurídica e, especialmente, da sua eficácia própria ou típica, isto é, da eficácia referente aos efeitos manifestados como queridos.

Dados os três planos de concepção do ato jurídico, pode-se conceber um ato existente, mas que seja inválido e eficaz. Será eficaz até o momento em que, ou a administração pública, através da autotutela administrativa, ou o Poder judiciário, consoante o típico e inafastável controle de legalidade que faz se provocado, anularem o ato⁶³.

A Constituição não confere ao Poder Legislativo, no exercício de sua função típica de controle externo, a competência para anular atos ou contratos administrativos eivados de alguma legalidade. Outrossim, traz o texto magno a prerrogativa de sustá-los. Neste breve esboço teórico pode-se extrair o significado das expressões “sustar” e “ato de sustação” – consistem no ato de retirar a eficácia daqueles atos ou contratos administrativos, mantendo-os existentes e válidos na órbita jurídica. Sustado, o ato não mais produzirá efeito algum por força constitucional.

Perceba-se que a expressão “*sustar*” encontra-se no texto constitucional com o mesmo sentido do que aqui fora exposto. O *art. 49, V* menciona ser da competência exclusiva do Congresso Nacional “*sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa*”. Já no *art. 53*, tratando das excepcionais hipóteses em que os mandatários políticos podem sofrer a persecução penal, é mencionado

⁶² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico. Existência, Validade e Eficácia*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 48.

⁶³ A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. (STF, Súmula nº 473, Sessão Plenária de 03.12.1969)

que, recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, *sustar* o andamento da ação (art. 53, §3º da CF/88).

Importante mencionar ainda que a *sustação* do processo suspende a prescrição enquanto durar o mandato do acusado (art. 53, §4º). A suspensão da prescrição indica que o entendimento esposado encontra forte adesão constitucional, isto porque, note-se, o processo criminal contra o congressista permanece existindo validamente, mas seus efeitos jurídicos (marcha processual, produção de provas, interrogatórios, oitivas, decisões, etc), a sua eficácia sobre a ordem social, permanece sustada, é dizer, suspensa.

Exemplo ordinário na rotina das Cortes de Contas é o caso de sustação do ato de concessão de aposentadoria. Tal benefício, após a sustação pela Corte, ainda valerá no mundo jurídico. Porém, o aposentando não poderá receber qualquer quantia relativa a essa aposentadoria, sob pena de ter que devolvê-la no futuro, pois a sua eficácia, seus efeitos no âmbito dos direitos individuais do cidadão, estão sustados. Mas tal ato só sairá do mundo jurídico quando for anulado.

3.2.2 O Contrato Administrativo

Assim como pode-se correlacionar o ato administrativo como espécie de um ato jurídico, no mesmo sentido é a equivalência lógica entre o negócio jurídico bilateral e o contrato administrativo.

O negócio jurídico bilateral é uma espécie do ato jurídico lícito, qualificado pela convergência de vontades livremente manifestadas por duas ou mais partes, que se vinculam através do exercício da autonomia privada que o ordenamento lhes confere, com a finalidade por elas estipulada, desde que admitida pelo Direito.

Na seara privada, lembra-nos Stolze⁶⁴ que “o contrato se tornou o filho diletto da autonomia privada, como o mais importante instrumento de circulação de riquezas, verdadeira mola propulsora do incipiente capitalismo do século XIX”. A lei não o define, cabendo a

⁶⁴ STOLZE, Pablo. *Algumas considerações sobre a Teoria da Imprevisão*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2206>. Acesso em: 21 jan. 2017.

doutrina fazê-lo. Tartuce⁶⁵ demonstra que diversos autores, como Álvaro Villaça Azevedo e Maria Helena Diniz, adotam o construto segundo o qual contratos são negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais que visam à criação, modificação ou extinção de direitos e deveres com conteúdo patrimonial. São marcados pela alteridade, o que significa dizer, contém em si vontades e interesses contrapostos que são harmonizáveis na medida em que cada um dos contratantes cumpra com sua obrigação.

O contrato administrativo não foge de tal construção lógica dentro da teoria dos atos jurídicos e atos administrativos mas, por evidente, possui qualificadores que o distingue no ordenamento pátrio. Antes de defini-lo, convém destacar que, no esteio da doutrina de Carvalho Filho⁶⁶, a ciência administrativista identifica da realidade prática a existência de um gênero contratual denominado *contratos da administração*, este com os mesmos caracteres gerais do contrato civilista, que se subdivide nas espécies *contratos privados da Administração* (ou contratos administrativos atípicos) e *contratos administrativos* no sentido estrito do termo, que é o interesse do estudo realizado.

No gênero *contrato da administração* identifica-se um negócio jurídico no mínimo bilateral onde, num dos polos, encontra-se a Administração pública, personificada pelas pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, DF e Municípios) a qual manifesta sua vontade através de seus órgão e entidades da administração direta e indireta, segundo a teoria do órgão.

Na espécie *contratos privados da Administração*, o ente público, enquanto parte, realiza atividades administrativas normalmente mais simples, utilizando-se do instrumento contratual sob o regime jurídico predominantemente privado. Exemplos típicos são os contratos de locação de imóveis pela Administração, ou a execução de serviços de natureza econômica em regime concorrencial pelas entidades da administração indireta, tal qual a sociedade de economia mista (v.g. um contrato de abertura de conta corrente bancária).

Os contratos administrativos, por sua vez, repetem aquelas mesmas características, acrescidos, porém, do fato de que nesses, o regime jurídico é predominantemente, quando não exclusivamente, público. Isto significa que, desde que pretendendo satisfazer uma demanda

⁶⁵ TARTUCE, Flávio. *Op. Cit.* p. 594.

⁶⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

pública legítima, a supremacia do interesse público sobre o privado permeará os deveres e direitos das partes através das chamadas *cláusulas exorbitantes* do direito comum, vale dizer, cláusulas que extrapolam a relação jurídica firmada pelo direito privado.

Tais "cláusulas", em verdade, decorrem diretamente da lei e configuram prerrogativas de direito público, poderes especiais por assim dizer conferidos pela lei exclusivamente à administração pública, tendo em vista a sua atuação na qualidade de poder público⁶⁷.

De ordinário, cite-se como cláusulas exorbitantes o fato dos contratos administrativos são contratos de adesão cujas cláusulas e termos são impostos unilateralmente pela Administração, salvo naquilo que for objeto de competição no procedimento licitatório, como o preço. Ainda exorbitam do direito comum as prerrogativas contidas no art. 58 da Lei nº 8.666/93, como a modificação unilateral de algumas cláusulas, a rescisão unilateral em determinadas circunstâncias, a fiscalização da execução, a aplicação de sanções administrativas pelo descumprimento da prestação e ocupação provisória de bens móveis, imóveis, da administração do pessoal da contratada e do seu serviço, desde que atrelados à execução do objeto.

Rememore-se aqui que, diferentemente do ato administrativo, que é uma expressão unilateral da vontade no exercício da função administrativa, o contrato administrativo será sempre um negócio bilateral, com expectativas e direitos fixados em benefício também do particular, que usualmente fornece um bem ou presta um serviço de utilidade pública. A presença de um particular, com expectativas de direito legítimas, ou mesmo direitos adquiridos, torna diferente a atuação do controle externo pelos Tribunais de Contas comparativamente àquele primeiro.

3.2.2.1 O controle externo sobre o contrato administrativo pelo Tribunal de Contas.

Em se tratando de contratos administrativos, o âmbito de atuação do controle externo, seja pelo Legislativo, seja pelo Tribunal de Contas, se dará também no plano da eficácia, podendo estes atores sustar os efeitos daqueles.

⁶⁷ ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. Vicente Paulo. 24. ed. São Paulo: MÉTODO, 2016. p. 576.

Se se está a falar em sustação da eficácia de contratos, é consequência desta afirmação a percepção de que se encontram válidos e, a despeito de possuírem em si alguma mácula de legalidade, legitimidade ou economicidade, podem já ter gerado direitos patrimoniais para a parte contratada. Eis então a principal diferença entre o campo da validade e o campo da eficácia. Tratando-se de atos nulos (âmbito da validade), destes não decorreriam efeitos a serem sustados, salvo exceções plenamente justificadas consoante outros princípios constitucionais aplicáveis ao caso. Explica Meirelles⁶⁸ este ponto:

Como regra geral, os efeitos da anulação dos atos administrativos retroagem às suas origens, invalidando as consequências passadas, presentes e futuras do ato, tendo em vista que o ato nulo não gera direitos ou obrigações para as partes; não cria situações jurídicas definitivas; não admite convalidação. No entanto, por força do princípio da segurança jurídica e da boa-fé do administrado, ou do servidor público, em casos excepcionais a anulação pode ter efeitos *ex nunc*, ou seja, a partir dela.

Sendo os contratos administrativos negócios bilaterais, há na relação jurídica interesse de outras partes interessadas os quais podem vir a serem titulares de legítimos direitos decorrentes daquela relação jurídica constituída pelo pacto. Não sendo responsáveis diretos por bens ou valores públicos, mas os recebe em forma de contraprestação, não estão sujeitos à jurisdição dos Tribunais de Contas. Por tal motivo o processo de controle externo difere do ato administrativo, havendo aqui a participação do Poder Legislativo, legítimo representante do povo, único Poder constituído capaz de criar deveres e obrigações de maneira geral e abstrata, submetendo a todos ao império de normas constituídas em lei.

Antes de se avaliar o comando constitucional quanto aos contratos administrativos importa destacar a norma contida no art. 72 da CF/88. Tal preceptivo trata da atuação profilática da Comissão mista de deputados e senadores a que se refere o art. 166, §1º, à qual compete verificar a regularidade de despesas sobre as quais recaia a suspeita de não terem autorização prévia para a sua execução.

As despesas públicas, como já mencionadas no presente trabalho, só podem ser executadas com prévia autorização legislativa, seja via lei orçamentária, seja via créditos

⁶⁸ MEIRELLES, Hely Lopes: *Direito Administrativo Brasileiro*. 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012 p. 204.

adicionais, forte no art. 167, I, II, III e V da Constituição. Uma das formas mais comuns de realização de despesas públicas é o contrato administrativo (art. 62, *caput* da Lei 8666/93). Assim, detectando o Tribunal alguma irregularidade, com potencial de causar dano irreparável ou grave lesão à economia pública, proporá ao Congresso Nacional sua sustação.

A despeito da previsão genérica do art. 72, retro, o constituinte de 88 houve por estabelecer um rito específico para o controle externo em contratos administrativos. O rito se inicia da mesma forma que o processo de controle de atos administrativos: verificada a ilegalidade, prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei (art. 71, IX da CF/88).

A verificação da ilegalidade se dá dentro de uma das ferramentas típicas do controle externo, que possuem mecanismos próprios de validação de seus achados⁶⁹, sendo algumas citadas pela própria Constituição, em seu art. 71, IV (*realizar, por iniciativa própria (...) inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial*).

Deve-se compreender, também, que a decisão que determina que a Administração tome as providências ao exato cumprimento da lei não é arbitrária, sendo proferida em um processo aberto para uma finalidade específica de controle externo, onde o contraditório deve ser sempre assegurado, e a decisão calcada em evidências lógicas fundamentadas em fatos analisados através de técnicas específicas de auditorias e inspeções. Ainda, a decisão deve indicar qual dispositivo legal fora violado⁷⁰.

As medidas necessárias ao exato cumprimento da lei são de variada ordem, e vão desde a opção mais drástica de anular o contrato a opções intermediárias, como o reajuste econômico das cláusulas, acréscimos ou supressões em até 25% do valor contratado, alteração

⁶⁹ *Achado* é a discrepância entre a situação existente e o critério. Achados são situações verificadas pelo auditor durante o trabalho de campo que serão usadas para responder às questões de auditoria. O achado contém os seguintes atributos: critério (o que deveria ser), condição (o que é), causa (razão do desvio com relação ao critério) e efeito (consequência da situação encontrada). Quando o critério é comparado com a situação existente, surge o achado de auditoria. (ISSAI 3000/4.3, 2004). BRASIL. Tribunal de Contas da União. Manual de Auditoria Operacional. 3.ed. Brasília, 2010.

⁷⁰ Cite-se, como exemplo, a **Resolução Administrativa nº 007/2016 do Tribunal de Contas do Estado de Goiás**, que em seu art. 6º regulamenta que: **Art.6º** A determinação para adoção de providências corretivas deverá observar, também, os modelos do Anexo II, e os seguintes requisitos: **IV** - estar fundamentada nos fatos apontados em uma das análises efetuadas no relatório, ou na instrução técnica, no parecer do Ministério Público de Contas, na manifestação da Auditoria ou no voto do Relator, ou voto vencedor; **V** - explicitar o dispositivo normativo, a legislação ou a jurisprudência que foi infringida e o fundamento legal que legitima o Tribunal de Contas a expedir a deliberação;

e republicação de editais e glosas de faturas e notas fiscais, entre outras. Ulisses Jacoby⁷¹ pondera que determinação à sustação não é rescisão, mas apenas ato cautelar impeditivo da consumação da despesa ou do fato gerador de pagamento (execução). A autoridade que recebe a comunicação é que avalia os efeitos da sustação na vida do contrato. Reconhecendo tal competência, diz o STF:

O Tribunal de Contas da União – embora não tenha poder para anular ou sustar contratos administrativos – tem competência, conforme o art. 71, IX, para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou (STF, MS 23550)

O TCU, embora não tenha poder para anular ou sustar contratos administrativos, possui competência, consoante o art. 71, IX, da CF, para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação de contrato e, se for o caso, da licitação de que se originara (STF, MS 26000)

Assinalado prazo pelo Tribunal, e descumprida a ordem, caberá a ativação do art. 71, §1º da CF/88 - § 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.* Vale mencionar que a necessidade de sustação contratual pode indicar irregularidade na despesa tal que influenciará no julgamento das despesas do gestor envolvido (art. 71, II) e poderá culminar na aplicação de multas.

Note-se que da leitura dos arts. 48 a 52 da Constituição, o Poder Legislativo não possui atribuições para sustar contratos, por sua própria e autônoma iniciativa. Até mesmo a já mencionada atuação da Comissão mista prevista no art. 72 não prescinde da prévia manifestação técnica do Tribunal. Tal lógica se repete no §1º do art. 71. O Legislativo atuará no sentido de sustar o contrato administrativo após a provocação pela Corte de Contas.

Ensina Carlos Ari Sundfeld⁷², com a argumentação lógica que aqui se destaca:

(...) a fiscalização da regularidade dos contratos administrativos é tarefa do Tribunal de Contas, a quem compete - de modo exclusivo - determinar, ao órgão ou entidade, a adoção de providências para a regularização da despesa. Somente após o esgotamento da ação da Corte de Contas, com a

⁷¹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 471.

⁷² SUNDFELD, Carlos Ari. *Pode o Legislativo sustar contrato administrativo (CF, art. 71, §1º) sem a prévia decretação da ilegalidade pelo Tribunal de Contas?* Informativo de licitações e contratos, n. 29, p. 488-490, jul. 1996.

caracterização da ilegalidade não corrigida, é que o legislativo poderá agir, sustando o contrato irregular.

Cabe avaliar se a comunicação de irregularidade em contrato administrativo feita pelo Tribunal de Contas dirigida ao legislativo possui algum caráter vinculativo para este Poder. De antemão, responde-se logo que não. De fato, a omissão do Legislativo em manifestar-se deflagra a competência contida no art. 71, §2º da CF/88 que se verá a seguir. Mas o Legislativo poderá manifestar-se expressamente no sentido de discordar da deliberação do Tribunal e não vislumbrar irregularidade tal que justifique a sustação contratual, ato grave que importa em diversas consequências jurídicas de difícil equalização. Na compreensão do mestre constitucionalista José Afonso da Silva, *verbis*:

Na verdade, ao Congresso cabe apreciar e decidir a solicitação de suspensão do contrato. Antes disso, solicita ao Executivo as providências cabíveis, no prazo assinado. Depois disso, com ou sem as providências do Executivo, decidirá sobre a suspensão. Suspendendo ou não, porque sua decisão não é jurídica, mas política, à vista da oportunidade e da conveniência. Se não suspender, a execução do contrato prossegue. Se suspender, comunicará ao Tribunal de Contas para a responsabilização pertinente.

Outrossim, concordando o Legislativo com a proposição do Tribunal quanto a determinado contrato, a par de espedir a decisão consubstanciada em um Decreto legislativo, aquele Poder deverá solicitar, de imediato, ao Poder Executivo as *medidas cabíveis* (art. 71, §1º, *in fine*).

Tal expressão, *medidas cabíveis*, não é de fácil compreensão, posto se tratar de um normativo aberto e impreciso, cabendo à doutrina e à jurisprudência a colmatação de seu conteúdo. Valendo-nos, novamente, dos estudos do insigne Ulisses Jacoby⁷³, as medidas cabíveis solicitadas pelo Legislativo ao Poder responsável pela despesa são medidas complementares aptas assegurar o interesse público relativamente ao objeto contratado, como por exemplo a decretação de caducidade da concessão, a ocupação de instalações, a reversão de bens, direitos e privilégios transferidos, e às responsabilizações necessárias, penal (através

⁷³ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 476.

de provocação do Ministério Público), civil e administrativa, improbidade inclusive, seja de agentes públicos, seja dos particulares envolvidos no contrato. Portanto:

Por isso, é indispensável que, por meio do órgão jurídico encarregado da representação judicial da unidade, a entidade jurídica esteja apta a adotar as medidas complementares, como a prestação de contas do contrato, as ações de indenização, o arresto de bens, a assunção da obra no estado em que se encontra. Acresce ainda que embora os três poderes e órgãos autônomos tenham competência para gerir recursos, as medidas cabíveis para defesa da Fazenda são titularizadas *stricto sensu* no Poder Executivo.

Última hipótese deste complexo quadro constitucional é a situação em que o Poder Legislativo, ou Poder Executivo (aqui incluindo-se todo e qualquer gestor de numerário público, como o Judiciário e o Ministério Público no exercício da função administrativa), ou ambos, mantenha-se inerte, num verdadeiro “silêncio eloquente”, perante a fundada provocação por parte do Tribunal de Contas.

Havendo sustação da execução contratual pelo Legislativo no prazo constitucional de noventa dias, é possível que o responsável quede-se inerte em tomar as medidas cabíveis. Neste caso, ativa-se a disposição do §2º do art. 71, onde caberá ao Tribunal de Contas *decidir a respeito* das *medidas cabíveis* que deveriam ter sido tomadas pelo Poder público, mas não o foram.

Assim ocorrendo, além da provocação do Ministério Público para as medidas penais e de improbidade administrativa cabíveis, caberá ao Tribunal a aplicação de multas, a aplicação da penalidade de inabilitação, por um período que variará de cinco a oito anos, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública, além de ponderar a conduta no julgamento das contas do gestor responsável, que poderá vir a ter reflexos políticos, inclusive, consoante as leis e normativos eleitorais.

Circunstância ainda mais grave para o sensível sistema de harmonia constitucional dos poderes da República é o caso em que o próprio Poder Legislativo omite-se de seu dever de manifestar-se quanto à sustação do contrato requerida pela Corte. A CF/88 deu um prazo de 90 (noventa) dias para o seu pronunciamento. Mas o constituinte originário não pretendeu que a decisão ficasse sob o puro arbítrio de um Poder Legislativo, o qual a depender do perfil de sua composição em dado momento, não tenha o interesse em exercer o mister de controle

externo. Não se manifestando naqueles noventa dias, reacende-se a competência do Tribunal de Contas para decidir a respeito (art. 71, §2º *in fine*) do contrato (art. 45, §3º da Lei federal nº 8.443/92 – LOTCU, e demais leis orgânicas das Cortes de Contas estaduais).

Averba-se contribuição do jurista Pedro Roberto Decomain⁷⁴:

Se nesse prazo, não houver qualquer decisão por parte do Legislativo, a regra permite então que o próprio Tribunal ou Conselho de Contas suste os efeitos também de contrato celebrado pela Administração Pública. Esta sustação dos efeitos do contrato resultará exatamente da regra segundo a qual, na omissão do Legislativo, o Tribunal decidirá a respeito. Se a irregularidade contratual é comunicada pelo Tribunal de Contas ao Legislativo, mas este não toma qualquer providência, dentro do âmbito de decisão, agora devolvido ao Tribunal de Contas, inclui-se a possibilidade de sustar os efeitos do contrato.

Tal interpretação da parte final do §2º, art. 71 da CF/88 é sólida, e encontra coerência interna exatamente na sequencia procedimental normatizada, que a par de respeitar a teoria dos atos e a separação dos poderes, também confere uma solução final, evitando-se embates desnecessários entre os poderes que acabariam resultando em longos processos judiciais conforme abordado logo acima. Além de Pedro Roberto Decomain, acima citado, somam-se neste sentido as vozes balizadas de Ives Gandra Martins⁷⁵, Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁷⁶, e Jorge Ulisses Jacoby Fernandes⁷⁷.

Entretanto, cumpre-nos alertar que tal compreensão do dispositivo estudado não é uníssona, encontrando dissonância na obra de Luis Roberto Barroso, atual Ministro do STF, que assim se posiciona:

O Tribunal de Contas não tem competência constitucional para exercer o poder regulamentar, que é privativo do Executivo. A lei que se refere ao exercício de tal competência deve ser interpretada conforme a Constituição, com o sentido de que o órgão de contas desfruta de competências normativas inferiores, e não do poder de editar regras gerais e abstratas. Não tem o Tribunal competência para editar regulamentos de execução, regulamentos autônomos, nem muito menos para invadir a esfera de reserva legal, com o

⁷⁴ DECOMAIN, Pedro Roberto. *Tribunais de Contas no Brasil*. São Paulo. Dialética, 2006, p. 131,132.

⁷⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 4 v. T II.

⁷⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2000. 2 v.

⁷⁷ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Competência dos Tribunais de Contas para Sustação de Contratos*. Fórum Administrativo – Direito Público nº. 16, Ed. Fórum, junho de 2002, p. 732.

fim de impor obrigações, estabelecer requisitos ou ditar vedações que não tenham apoio na lei.(...)

Em nenhuma hipótese tem o tribunal competência para invalidar atos negociais, contratuais ou não, nem tampouco tem competência para sustar contrato celebrado pela Administração.

Em tempo, expressa a divergência da posição minoritária, observa-se em importante decisão do TCU, este em atitude de autocontenção, o limite do alcance do exercício da competência constitucional ora estudada.

Embora o art. 71, inciso IX, da Constituição Federal permita ao TCU assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, tal comando não se aplica a toda e qualquer hipótese de ilegalidade, mas apenas àquelas relativas à 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. Acórdão 111/2010-Plenário | Relator: AROLDO CEDRAZ.

Em busca da experiência prática desta fina construção constitucional que se mostra como um claro exemplo da relação de freios e contrapesos adotada pelo texto de 1988, realizou-se buscas no sistema eletrônico de depósito e publicação da jurisprudência do Tribunal de Contas da União⁷⁸ onde foi realizado a revisão de uma grande quantidade de acórdãos deste Tribunal. O que se pode perceber é que a Corte, a despeito de fazer uso corrente da competência que lhe foi conferida pelo art. 71, IX da CF/88, o mesmo não se pode dizer do procedimento sustatório contido nos parágrafos do mesmo art. 71. Destaque-se como demonstrativos os seguintes excertos:

O TCU tem competência, conforme o **art. 71, inciso IX** e §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, para **determinar** à autoridade administrativa que **promova a anulação** do contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou. Acórdão 2343/2009-Plenário | Relator: VALMIR CAMPELO.

A prerrogativa de sustar a execução de contrato é conferida exclusivamente ao Congresso Nacional, nos termos do art. 71, § 1º, da Constituição Federal, cabendo ao TCU, caso comprovadas irregularidades, determinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, conforme previsto no art. 71, inciso IX, dessa Carta

⁷⁸ <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/pesquisa/jurisprudencia>. Acesso entre 18.01.2017 e 21.01.2017.

Política. Acórdão 138/1997-Plenário | Relator: JOSÉ ANTÔNIO BARRETO DE MACEDO

9.1. com fundamento no **art. 71, inciso IX**, da Constituição Federal e no art. 45, caput, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 251 do Regimento Interno do TCU, assinar prazo de até 15 (quinze) dias para **que a Prefeitura Municipal de Dom Macedo Costa/BA adote as providências necessárias à anulação do processo de Tomada de Preços 002/2016, bem como dos atos e contratos dele decorrentes**, como o Contrato 211/2015, firmado com a Orion Construtora e Instaladora e Comércio Ltda. – ME (CNPJ 04.138.547/0001-09), informando ao Tribunal de Contas da União as medidas adotadas; ACÓRDÃO 7588/2016 - PRIMEIRA CÂMARA. Relator AUGUSTO SHERMAN;

9.1. no mérito, considerar procedente a presente representação; 9.2. com fulcro **no art. 71, inciso IX, da CF/1988**, c/c art. 45 da Lei 8.443/1992, assinar prazo de 15 (quinze) dias para que a Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro adote as providências cabíveis com vistas **a anular a Concorrência Pública 5/2011, bem como todos os atos posteriores dela decorrentes, inclusive o contrato 1/2012**, nos termos do art. 49, § 2º, da Lei 8.666/1993, uma vez que a licitação baseou-se em projeto básico com graves deficiências, em afronta aos arts. 6º, inciso IX, e 47 da Lei 8.666/1993, informando a este Tribunal, no mesmo prazo, as medidas adotadas; Acórdão 1.239/2016 – Plenário.

4. A POSSIBILIDADE DE ATUAÇÃO DO CONTROLE EXTERNO NA PRORROGAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

4.1 O controle de atos discricionários.

O exercício da função administrativa é tipicamente conferido ao Poder Executivo, a quem compete, a partir da atuação do seu dirigente máximo democraticamente eleito (Presidente, Governadores e Prefeitos), exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado (ou Secretários estaduais e municipais), a direção superior da administração federal, sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução, dispor, mediante decreto, sobre organização e funcionamento da administração e enviar ao Congresso Nacional o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento previstos na Constituição da República (art. 84 da CF/88) e nas estaduais.

Na linha do pensamento de Maria Sylvia Zanella di Pietro⁷⁹, a *função administrativa* coincide com a ideia de administração pública em sentido objetivo, que abrange as atividades exercidas pelas pessoas jurídicas, órgãos e agentes incumbidos de atender concretamente às necessidades coletivas, atribuída preferencialmente aos órgãos do Poder Executivo. Nesse sentido, aduz a estudiosa autora que a Administração Pública abrange o fomento, a polícia administrativa e o serviço público. Ainda:

São as seguintes as características da Administração Pública, em sentido objetivo :

- 1 . é uma atividade concreta, no sentido de que põe em execução a vontade do Estado contida na lei;
- 2 . a sua finalidade é a satisfação direta e imediata dos fins do Estado;
- 3 . o seu regime jurídico é predominantemente de direito público, embora possa também submeter-se a regime de direito privado, parcialmente derogado por normas de direito público⁸⁰.

Os fins que um Estado possui, é dizer, a sua finalidade, são estatuídos em grosso modo pelo Poder Constituinte originário. Na experiência política brasileira, a Constituição brasileira de 1988 norteou as finalidades da República nos objetos fundamentais expressos em seu art.

⁷⁹ DI PIETRO, Maria Zanella. *Op. Cit.* p. 55.

⁸⁰ *Ibidem.* p. 57

3º, tais como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Outras finalidades também são encontradas espalhadas pelo Texto Magno, como em alguns direitos e garantias fundamentais (art. 5º), em alguns direitos sociais (art. 6º), nas disposições alusivas à seguridade social (art. 194 e seguintes), à educação, cultura e desporto (art. 205 e seguintes) e segurança pública (art. 144 e seguintes).

Para tanto, o ordenamento jurídico confere ao administrador alguns poderes próprios, típicos do regime jurídico-administrativo público. Preleciona Alexandrino⁸¹ que:

Esse regime de direito público confere poderes especiais à administração pública, os quais são, por sua vez, contrabalançados pela imposição de restrições especiais à atuação dela. O rol de prerrogativas e o conjunto de limitações - não existentes nas relações típicas entre particulares - que caracterizam o regime jurídico administrativo derivam, respectivamente, do princípio da supremacia do interesse público e do postulado da indisponibilidade do interesse público.

Um desses poderes decorrente da supremacia do interesse público constitui-se em um princípio informativo da ciência administrativista denominado *poder discricionário*. Valendo da definição de Rita Tourinho⁸², aduzimos que este poder é a “prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público”. Seu objetivo maior é o atendimento aos interesses da coletividade.

A discricionariedade existe quando a lei expressamente a confere à Administração, quando a lei é omissa obrigando a autoridade a decidir, ou quando a lei, a despeito de prever determinada competência, não estabelece a conduta a ser adotada para tanto⁸³.

Conforme estudado no tópico alusivo aos atos administrativos, a discricionariedade encontra-se tanto no motivo quanto no objeto (conteúdo) do ato, sendo os demais elementos

⁸¹ ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO. *Op. Cit.* p. 11.

⁸² TOURINHO, Rita. *Discricionariedade administrativa*. 2 ed.. Curitiba: Ed. Juruá, 2009, p. 127.

⁸³ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Op. Cit.* p. 222.

vinculados, o que leva à assertiva de que não existe ato integralmente discricionário (a competência, a forma e a finalidade serão vinculadas à prescrição legal).

A discricionariedade já foi sinônimo de insindicabilidade judicial. Mas como adverte Di Pietro, inúmeras teorias foram sendo elaboradas para justificar a extensão do controle judicial sobre aspectos antes considerados como abrangidos pelo conceito de mérito.

A teoria do desvio de poder permitiu o exame da finalidade do ato, inclusive sob o aspecto do atendimento do interesse público; a teoria dos motivos determinantes permitiu o exame dos fatos ou motivos que levaram à prática do ato; a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados e a sua aceitação como conceitos jurídicos permitiu que o Judiciário passasse a examiná-los e a entrar em aspectos que também eram considerados de mérito; a chamada constitucionalização dos princípios¹ da Administração também veio limitar a discricionariedade administrativa e possibilitar a ampliação do controle judicial sobre os atos discricionários⁸⁴.

Evidentemente que não se está a inferir que a discricionariedade está sob repressão dos demais poderes. Mas a ampliação do conceito de legalidade, incluindo-se aí os princípios administrativos do art. 37 da Constituição, entre os quais se acha a moralidade, de alta matiz de indeterminação, de fato reduziu o âmbito do mérito administrativo.

As decisões judiciais que invalidam atos discricionários por vício de desvio de poder, por irrazoabilidade ou desproporcionalidade da decisão administrativa, por inexistência de motivos ou de motivação, por infringência a princípios como os da moralidade, segurança jurídica, boa-fé, não estão controlando o mérito, mas a legalidade do ato⁸⁵.

Do que fora exposto, evidencia-se que a legalidade, no seu sentido mais amplo, abrangendo princípios expressos e implícitos reguladores da conduta administrativo, é a grande baliza dos atos administrativos que se submetem a algum nível de controle, mesmo em se tratando de atos discricionários.

Entende-se aqui que o mesmo se pode dizer em relação ao controle externo. À par da legalidade contida no art. 37, a Constituição também balizou o controle externo através das

⁸⁴ Idem. P. 226.

⁸⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. Cit.* p. 228.

legalidade do art. 70 *caput*, acrescido da legitimidade e da economicidade de atos administrativos, através da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial.

O douto Conselheiro substituto do TCE/MT, Luiz Henrique Lima, em obra aqui já referenciada, explica que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial—e correspondem às atividades tradicionais dos trabalhos de auditoria, e compõem há muito, o conjunto das principais atividades das Cortes de Contas do país, sendo o aspecto operacional uma importante inovação da Carta de 1988 e corresponde à introdução das modernas técnicas de auditorias de programas, buscando avaliar a efetividade da gestão pública⁸⁶.

Assim, a prática de atos administrativos que tendam a provocar ônus patrimonial ao ente público pode ser avaliada pelo controle externo, esquematicamente, da seguinte forma⁸⁷:

- **Controle contábil:** aspecto de registro do uso e movimentação dos recursos públicos consoante as técnicas das ciências contábeis;
- **Controle financeiro:** relaciona-se ao fluxo dos recursos públicos, consoante as regras de arrecadação e regras de realização do gasto (despesas). A movimentação financeira encontra forte regulamentação na Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/00).
- **Controle orçamentário:** refere-se tanto ao cumprimento das leis orçamentárias, quanto à adequação da despesa em relação à sua previsão nestas e ainda a abertura de créditos adicionais.
- **Controle operacional:** como mencionado, verifica o cumprimento de metas, resultados, eficácia, e eficiência na execução de programas, projetos e atividades, avaliando o desempenho das ações e a qualidade dos resultados.
- **Controle patrimonial:** verifica o controle da catalogação, inventário, conservação e destinação dos bens públicos.

⁸⁶ LIMA, Luiz Henrique. *Controle externo: teoria, jurisprudência e mais de 500 questões*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.p. 30.

⁸⁷ Conforme ensinamento de PASCOAL, Valdecir Fernandes. *Direito Financeiro e Controle externo*. 9. Ed. São Paulo: Método, 2015. p. 151.

Vistos tais aspectos, a Constituição deixa claro que o mérito administrativo é um poder destinado à consecução das finalidades do Estado brasileiro e, dada a sua potencialidade de geração de ônus e despesas ao erário, permitiu que o mesmo se submeta, de ordinário, a níveis de controle jurisdicional e externo.

4.2 Incidência do controle na discricionariedade da prorrogação, ou não, da vigência de contratos administrativos.

4.2.1 A vigência dos contratos administrativos.

Conforme o Código Civil, as obrigações são tipicamente diferenciadas em obrigações de dar (art. 233), fazer (art. 247) e não fazer (art. 250).

Consoante o art. 6º, II da Lei geral de Licitações e Contratos, consideram-se contratos de serviço aqueles que visam a atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração. São ajustes negociais cuja obrigação central se traduz em uma ação. Algumas dessas atividades são relacionadas no mencionado artigo, tais como as de conservação, reparação, conserto, transporte, operação, manutenção, demolição, seguro, locação de bens, e outras, todas típicas obrigações de “fazer”.

Contratada uma obrigação positiva, a duração do pacto negocial celebrado fica adstrito, regra geral, à vigência dos seus respectivos créditos orçamentários. A vigência de tais créditos tende a coincidir com a vigência da lei orçamentária anual sobre a qual a despesa foi empenhada. Mas a lei consigna exceções, como aquelas despesas previstas no plano plurianual:

CF/88 – art. 165 (...);

§ 8º A lei orçamentária anual não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei.

§ 9º Cabe à lei complementar:

I - dispor sobre o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária anual;

Lei 4.320/64

Art. 34. O exercício financeiro coincidirá com o ano civil.

Art. 35. Pertencem ao exercício financeiro:

II - as despesas nê legalmente empenhadas.

Art. 45. Os créditos adicionais terão vigência adstrita ao exercício financeiro em que forem abertos, salvo expressa disposição legal em contrário, quanto aos especiais e extraordinários.

O art. 57 da lei 8.666/93 enquadra-se como o substrato legal autorizativo da prorrogação da vigência dos contratos celebrados pela Administração, nas taxativas hipóteses ali tratadas, dentre as quais destaca-se:

Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

I - aos projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual, os quais poderão ser prorrogados se houver interesse da Administração e desde que isso tenha sido previsto no ato convocatório;

II - **à prestação de serviços a serem executados de forma contínua**, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses;

III - (...)

IV - ao aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática, podendo a duração estender-se pelo prazo de até 48 (quarenta e oito) meses após o início da vigência do contrato.

V - às hipóteses previstas nos incisos IX, XIX, XXVIII e XXXI do art. 24, cujos contratos poderão ter vigência por até 120 (cento e vinte) meses, caso haja interesse da administração. (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

§ 2º Toda prorrogação de prazo deverá ser justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente para celebrar o contrato.

§ 3º É vedado o contrato com prazo de vigência indeterminado.

§ 4º Em caráter excepcional, devidamente justificado e mediante autorização da autoridade superior, o prazo de que trata o inciso II do caput deste artigo poderá ser prorrogado por até doze meses.

A despeito da regra geral acima estipulada, de que as despesas correm à conta de créditos orçamentários com vigência anual, concorda-se com importante ressalva feita pelo douto administrativista Carvalho Filho⁸⁸:

⁸⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.p. 287

A despeito dessa conveniência, é importante assinalar a plena admissibilidade em que o contrato tenha início no ano corrente e termo final no ano seguinte. O art. 57 do Estatuto, por falta de clareza, deixou dúvida sobre tal possibilidade, e isso porque o contrato, estando atrelado a determinado crédito orçamentário, só poderia iniciar-se e findar num mesmo período anual. Alguns intérpretes adotaram esse entendimento. No entanto, com a vênua devida, a lei não pretendeu dificultar nem inviabilizar a variadíssima e complexa atividade administrativa. Por esse motivo, parecem melhor o pensamento segundo o qual nada impede que um contrato tenha início, por exemplo, em setembro de um ano e término em março do ano subsequente, desde que no contrato conste a rubrica orçamentária de onde serão oriundos os recursos e a referência de que parte do pagamento será feita com um crédito orçamentário e a outra com o crédito relativo ao exercício financeiro seguinte. Nesse caso, exigir-se-á apenas que a Administração fixe o devido cronograma da obra, serviço ou compra, com a indicação dos pagamentos correspondentes ao ano corrente e ao ano subsequente.

Exsurge da prática as hipóteses mais comuns de prorrogação da vigência dos contratos administrativos relativos à obras de grande vulto, incluídas no art. 57, I, e a prestação de serviços contínuos (art. 57, II). A teor de tais previsões, não se admite a interpretação do art. 57 retro, no sentido de que este preceptivo trouxera legítima expectativa do direito aos contratados à prorrogação do prazo de regência dos ajuste por si firmados com a Administração, pretensão esta que fora por diversas vezes rechaçada pelo Judiciário, ao argumento de que tal prorrogação estaria sob o manto do juízo de oportunidade e conveniência do Administrador. Neste sentido, veja-se:

É que **não há direito líquido e certo à prorrogação de contrato celebrado com o Poder Público**. Conforme o inciso II do art. 57 da Lei 8.666/93 e a própria cláusula nona do contrato, à impetrante se conferiu apenas uma expectativa de direito, **ficando à discricionariedade da Administração Pública a decisão sobre a prorrogação do ajuste**. Assim, o acórdão do Tribunal de Contas da União, ao determinar ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA que se abstinhasse de renovar o contrato com a autora, não lesou qualquer direito subjetivo da impetrante (MS n 27.2008/AM, Pleno, rel Min. Ayres Britto, j. em 17.02.2010, DJ de 11.03.2010).

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE TRABALHO POR PRAZO DETERMINADO. PRORROGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. **Não há direito líquido e certo à prorrogação de contrato celebrado com o Poder Público**, mas simples expectativa de direito, dado que a decisão sobre a prorrogação do ajuste se insere no âmbito da discricionariedade da Administração Pública, quando embasada na lei. 2. Agravo regimental desprovido. (STF - RE: 573556/RS , Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 14/02/2012, Segunda Turma).

MANDADO DE SEGURANÇA. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL NO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. DETERMINAÇÃO DE RENOVAÇÃO DO PROCEDIMENTO DE LICITAÇÃO. PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE VIGÊNCIA DO CONTRATO. DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SEGURANÇA DENEGADA.

Ato do Tribunal de Contas da União que determinou à Administração Pública a realização de nova licitação. Prorrogação do vigente contrato por prazo suficiente para que fosse realizada nova licitação. A escolha do período a ser prorrogado, realizada de acordo com o disposto no contrato celebrado, insere-se no âmbito de discricionariedade da Administração. Segurança denegada. **STF, MS 24785 DF**. Relator Min. Marco Aurélio. Julgamento em 8 de Setembro de 2004. (*Nossos destaques*).

Desta feita, os contratos administrativos possuem vigência correspondente à validade de seus créditos orçamentários e a sua prorrogação, nos casos do art. 57, I a V da Lei 8.666/93, está sujeita à discricionariedade administrativa, e desde que tal decisão importe na obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração.

4.3 Controle externo nas decisões discricionárias relativas à prorrogação da vigência dos contratos administrativos.

Rememore-se que a atividade administrativa é permeada por decisões discricionárias, sob os aspectos da oportunidade e da conveniência. Tais decisões não estão imunes aos controles externo judicial e técnico-financeiro dos tribunais de contas, considerando-se as balizas legais e constitucionais de verificação da legitimidade e legalidade dos atos administrativos que importem em despesas públicas.

Tendo em vista tais noções, que bem exemplificam a construção constitucionalista da harmonia e interdependência dos poderes, repise-se que às Cortes de Contas foram conferidas as atribuições de fiscalizar os aspectos legais e operacionais tanto dos atos quanto dos contratos administrativos, podendo determinar aos órgãos e entidades da administração que tomem medidas corretivas, tendo em vistas o adequado cumprimento do ordenamento jurídico, e mesmo ordená-los a atuar de forma a anular licitações e contratos eivados de nulidade e, quanto a estes últimos, suscitar a atuação direta do Poder Legislativo para que suste quaisquer efeitos do negócio defeituoso na órbita jurídica, respeitados os direitos já adquiridos.

Nada obstante tais prerrogativas, poderoso instrumental de fortalecimento do controle externo republicano, é comum verificar-se em acórdãos e decisões monocráticas cautelares dos tribunais, aqui representados pelo TCU, porque representante do Brasil na organização internacional das entidades superiores de fiscalização – INTOSAI, normas cujo conteúdo consubstancia-se numa conduta negativa, um “não fazer”, ou seja, uma abstenção por parte do destinatário da norma.

Tais decisão encontram-se em alcance intermediário, é dizer, entre a competência menos drástica do art. 71, IX e aquelas decisões mais gravosas que podem suscitar a atuação de outros atores, art. 71, §1º e 2º da CF/88. São decisões do tipo:

ACÓRDÃO 3098/2016 – TCU – PLENÁRIO.

9.5.1. **abstenha-se de prorrogar ou aditivar a Ata de Registro de Preços** 2016.7421.0332, decorrente do Pregão Eletrônico 2015/08240 (7421);

9.5.2. **restrinja a utilização da Ata de Registro de Preços** 2016.7421.0332, decorrente do Pregão Eletrônico 2015/08240 (7421), somente ao próprio órgão, e ao limite originalmente previsto no edital;

ACÓRDÃO Nº 898/2006 - TCU - 2ª CÂMARA.

11.1. determinar ao Instituto Nacional de Tecnologia que:

11.1.1. abstenha-se de prorrogar o contrato celebrado no âmbito do processo INT n.º 01240.0028007/05, relativo ao pregão eletrônico n.º 038/2005;

Os acórdãos acima determinaram aos gestores um **não fazer**, consubstanciado na abstenção, por parte daquele, em efetuar a prorrogação do Contrato Administrativo decorrente do Pregão Eletrônico nº 038/2005.

Considerando-se os limites da discricionariedade e do mérito administrativo indaga-se se as Cortes de Contas nacionais teriam a aptidão para determinar às autoridades gestoras da coisa pública que se abstenham de dilatar o prazo de vigência original destes ajustes, respeitando, obviamente, o termo natural deste último – já que não está a se falar da sustação dos efeitos do contrato

Tal questionamento mostra-se pertinente diante de um profícuo ativismo dos Tribunais de Contas pátrios, aqui adequadamente representados pelo Tribunal de Contas da União que,

na execução de seu mister constitucional, reiteradamente, e em múltiplas oportunidades (vide acórdãos já colacionados, e outros⁸⁹), vem determinando à toda sorte de autoridades administrativas que não promovam a aludida prorrogação contratual.

Neste contexto, indaga-se: Estaria os Tribunais de Contas imiscuindo-se no mérito da conveniência e oportunidade próprios da Administração?

Respondemos antecipadamente que **não**. Tal celeuma, de fato existente, decorre de um desconhecimento por parte dos administradores e administrados, e por vasto número de operadores jurídicos, das atividades e das competências atribuídas diretamente pela Constituição da República, aos Tribunais de Contas, já revisadas no presente estudo.

De fato, ordinariamente a prorrogação encontra-se no âmbito de incidência do chamado “*mérito administrativo*”, mas disto não resulta que ao administrador seja lícito tomar suas decisões imotivada e injustificadamente, ao arrepio da lei.

A par da legalidade estrita, princípio constitucional que permeia a regência de toda a Administração Pública, é também dos elementos essenciais dos atos administrativos – competência, finalidade, motivo, objeto e forma - que se retira a possibilidade de controle dos mesmos, ainda que sejam, a princípio, discricionários.

Neste contexto, destaca-se que a Lei Geral de Licitações é profícua ao prever requisitos mínimos a serem observados pelo Gestor, quando de sua análise da pertinência da prorrogação do prazo de vigência contratual, dentre os quais destaca-se:

- Estar o projeto previsto em meta contida no Plano Plurianual ou;
- Conformar-se o objeto contratado em prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses;

Os termos são auto evidentes: sendo caso de contratação de serviços continuados, a análise da prorrogação contratual deverá necessariamente passar pela conclusão de que este ato *trará preços e condições mais vantajosas para a administração*. Este é um ponto.

⁸⁹ Acórdãos TCU nº 3067/2016-Plenário; 11.516/2016 – 2ª Câmara; 10.467/2016 – 2ª Câmara; 1238/2016-Plenário, etc.

Outro ponto a ser avaliado são as inúmeras falhas procedimentais perpetradas por parte da Administração, que insistem em desrespeitar diversos limites impostos pela legislação quando das aquisições públicas, a exemplo das modalidades licitatórias, tipos de licitação, critérios de julgamento e casos excepcionais de contratação direta, a dizer, a dispensa e a inexigibilidade de licitação.

Neste sentido, observe-se as razões que embasam o Acórdão TCU nº 3067/2016 – Plenário, onde a avaliação da unidade técnica competente detectou irregularidade em uma desclassificação de proposta, por inobservância ao poder regulamentar das unidades administrativas da União.

9.1. conhecer do pedido de reexame para, no mérito, dar-lhe provimento parcial, a fim de alterar a redação do subitem 9.3.1 do Acórdão nº 720/2016-Plenário para os seguintes termos:

9.3.1. abstenha-se de promover nova prorrogação do Contrato nº 29/2014, decorrente do Grupo I do Pregão Eletrônico 9/2014, firmado com a sociedade empresarial Ágil Serviços Especiais Ltda., para além do prazo estipulado no seu Terceiro Termo Aditivo, observadas as condições nele estabelecidas para o encerramento antecipado do ajuste, por ser irregular o procedimento que recusou a proposta da empresa Planalto para o Grupo I do referido pregão, sob a alegação de que os percentuais de encargos sociais previstos no grupo 4.5 da planilha de custos, referente à provisão para custo de reposição de pessoal ausente, descritos na proposta da licitante, estavam divergentes dos indicados na Convenção Coletiva de Trabalho, em desacordo com os arts. 13 e 29-A da IN 2/2008, alterada pela IN 3/2009, ambas da SLTI/MPOG, e com a jurisprudência predominante no TCU, a exemplo dos Acórdãos 1.407/2014-TCU-Plenário e 732/2011 e 5.151/2014, ambos do TCU/2ª Câmara.

Ainda neste contexto, percebe-se em outros acórdãos também outros níveis de descumprimento de deveres legais que acabam por retirar não só a legalidade, como a economicidade e a competitividade da licitação, a exemplo de inserção de cláusulas excessivamente restritivas da participação, a falta de justificativa adequada para os valores e quantitativos adotados, a inexistência de estudos para a melhor solução a ser buscada via licitação, a carência de planejamento adequado que venha a justificar os custos e as quantidades da contratação.

Outro exemplo emblemático é o relatado no Acórdão nº 11516/2016 - 2ª Câmara, onde a auditoria designada detectou que uma entidade jurisdicionada ao TCU celebrara contrato

com empresa que detinha em seus quadros, parentes e familiares de dirigentes daquela, ferindo a impessoalidade e a moralidade administrativa:

9.3.2.2. abstenha-se de prorrogar para além de 1º/1/2017 o Contrato RO-2013-CS-001, decorrente do Pregão Presencial 12/0031-PG, firmado com a empresa Lima & Paiva Ltda. - ME (02.971.735/0001-98), e promova o competente procedimento licitatório para os serviços objeto do aludido ajuste, escoimado dos vícios que, apontados neste processo, macularam o referido certame;

9.3.2.3 abstenha-se de firmar contratos com empresas que detenham em seus quadros societários cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, do Presidente, ou dos membros, efetivos e suplentes, do Conselho Nacional e do Conselho Fiscal ou dos Conselhos Regionais do Sesc ou do Senac, bem como de dirigentes de entidades sindicais ou civis, do comércio, patronais ou de empregados, em razão de tal prática possibilitar o surgimento de conflito de interesses e representar infração aos princípios consubstanciados no art. 37 da Constituição Federal, especialmente os da moralidade, da impessoalidade e da isonomia;

Dada a presença daquelas citadas irregularidades, e tantas outras, deve-se procurar entender os motivos pelos quais os Tribunais não se utilizam das prerrogativas típicas do art.71 da CF/88 mas, ao invés, adotam este novo constructo decisório.

Muitas contratações, de fato, são realizadas ao arrepio das formalidades essenciais. Nada obstante, quando da detecção destes erros pelos órgãos de controle, em muitos casos a execução do objeto contratado já fora concluída, seja com a entrega do bem, seja com a prestação do serviço, muitas vezes (senão sempre) de forma irreversível, de onde se extrai que eventual anulação (ou mesmo revogação pela Administração) do contrato levaria a um indevido locupletamento ilícito pelos órgãos públicos, o que não pode ser cancelado pelos diversos atores estatais, e normalmente redundam em múltiplas ações judiciais.

Ainda deve-se ser destacado os princípios da supremacia do interesse público e da continuidade dos serviços públicos, que devem servir, sempre, de balizamento para as decisões, conferindo norte para a busca de um aperfeiçoamento das contratações sem que haja graves prejuízos para a população, público alvo do serviço, para o próprio serviço em si, enquanto utilidade, e para a execução das competências legais e constitucionais do órgão objeto de controle.

O culto Rafael Carvalho Rezende Oliveira⁹⁰ destaca que, na França, a continuidade é um dos princípios essenciais do serviço público, completados pela igualdade, mutabilidade, universalidade e modicidade de sua prestação. Mencionando a Lei de Concessão de Serviços Públicos, relembra que para este normativo - art. 6º, §1º da Lei nº 8.987/95, lido em conjunto com o art. 175, parágrafo único, IV da CRFB, considera-se serviço adequado aquele que satisfaz “as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”.

É neste contexto que se destaca a atuação dos Tribunais de Contas. Sendo estes tribunais órgãos superiores de ordem eminentemente técnica, criados para a promoção da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, *não sob o exclusivo aspecto legal*, mas também no da legitimidade e no da economicidade do ato, a sua atuação é ampla e pode colocar sobre a lupa de sua atuação até mesmo atos discricionários, mas que se encontram maculados por vícios de toda ordem.

É que por diversas ocasiões, diversos atos alusivos às contratações públicas, sob a justificativa de estarem sendo praticados nos limites da discricionariedade administrativa, refogem ao alcance de diversos outros objetivos constitucionais também impostos a eles (vide art. 37 da CF/88), violando por vezes não apenas a formalidade e a procedimentalidade, mas igualmente a moralidade, a legitimidade e a economicidade da atuação.

Quanto ao vocábulo *economicidade* aproveita-se os estudos do Procurador Federal de Contas *Bugarin*⁹¹, que explica que este conceito se vincula ao domínio das ciências econômicas e de gestão, e à ideia fundamental de desempenho qualitativo. Para o autor, trata-se da obtenção do melhor resultado estratégico possível de uma determinada alocação de recursos financeiros, econômicos e/ou patrimoniais em um dado cenário socioeconômico.

Régis Fernandes de Oliveira⁹² explica que “economicidade diz respeito a se saber se foi obtida a melhor proposta para a efetuação da despesa pública, isto é, se o caminho

⁹⁰ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *O princípio da continuidade do serviço público no Direito Administrativo Contemporâneo*. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2014/09/26/o-principio-da-continuidade-do-servico-publico-no-direito-administrativo-contemporaneo/> Acesso em 23.01.2017.

⁹¹ BUGARIN, Paulo Soares. *O Princípio Constitucional da Economicidade na Jurisprudência do Tribunal de Contas da União*. 2. Ed. São Paulo: Fórum, 2011.

⁹² OLIVEIRA, Régis Fernandes de HORVATH, Estevão; e TAMBASCO, Teresa Cristina Castrucci. *Manual de Direito Financeiro*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 94.

perseguido foi o melhor e mais amplo, para chegar-se à despesa e se ela fez-se com modicidade, dentro da equação custo-benefício.’’

Já Ricardo L. Torres⁹³, por sua vez, afirma que o “conceito de economicidade, originário da linguagem dos economistas, corresponde, no discurso jurídico, ao de justiça.” Implica “na eficiência na gestão financeira e na execução orçamentária, consubstanciada na minimização de custos e gastos públicos e na maximização da receita e da arrecadação”. Por fim, conclui que é, “sobretudo, a justa adequação e equilíbrio entre as duas vertentes das finanças públicas”.

Verifica-se, assim uma significativa convergência quanto ao alcance conceitual do princípio constitucional sob análise.

Quanto a *legitimidade*, também Ricardo Lobo Torres⁹⁴ ensina:

O controle de legitimidade é o que se exerce sobre a legalidade e a economicidade da execução financeira e orçamentária (...). O aspecto da legitimidade, por conseguinte, engloba todos os princípios constitucionais orçamentários e financeiros, derivados da ideia de segurança jurídica e justiça, que simultaneamente são princípios informativos do controle.

Compreendida, ainda que superficialmente, os principais aspectos de atuação das Cortes de Contas, de uma análise fática de acórdãos exarados no sentido da determinação ora estudada (abstenção de prorrogação), restará demonstrado que a atuação dos Tribunais de Contas sobre a renovação da vigência dos contratos administrativos apenas resulta da aplicação dos vetores constitucionais que lhe são próprios, acima mencionados:

Observe-se o acórdão a seguir:

Acórdão n° 235/2010 - TCU - 2ª Câmara.

1.5.1.4. abstenha-se de prorrogar contratos de serviços de natureza continuada com base no inciso II do art. 57 da Lei n.º 8.666/93, quando o valor limite da modalidade de licitação que deu origem ao contrato tenha sido extrapolado (item 6.7.2.1 da instrução de fls. 222/245 do Volume 1);

⁹³ TORRES, Ricardo Lobo. *O Tribunal de Contas e o controle da legalidade, economicidade e legitimidade*. Rio de Janeiro: Revista do TCE/RJ, n° 22, jul/1991, pp. 37/44.

⁹⁴ TORRES, Ricardo Lobo. *Op. Cit.*

No acórdão acima, a determinação do TCU objetivou o respeito ao art. 23 da lei 8.666/93, posto que, no caso, ainda que não haja no procedimento licitatório indício de mácula apta a ensejar a sua anulação, eventual prorrogação resultaria na extrapolação dos valores limites determinados no artigo retromencionado. Em tal análise, o Tribunal em nada violou a discricionariedade no gestor, **mas apenas deu voz à legalidade que lhe vincula.**

Acórdão nº 409/2009 - TCU - 1ª Câmara

9.5.3. realize, quando for o caso, licitação para a contratação de serviços profissionais, fazendo constar dos termos dos contratos todos os elementos imprescindíveis para evitar a caracterização de vínculo empregatício, de modo a evitar futuras reclamações judiciais;

9.5.4. **abstenha-se de prorrogar contratos que não se enquadrem no art. 57 da Lei n. 8.666/1993**, ou cujo valor ultrapasse o limite estabelecido para a modalidade de licitação realizada;

Como dito acima, o art. 57 trata de prorrogação de contratos cujo objeto esteja previsto no PPA ou se trate de serviços cuja extensão da vigência *traga vantajosidade* em preços e condições para a Administração. Tem-se aqui controle de legalidade e, possivelmente, de economicidade conforme definições acima expostas, posto que tal determinação, por certo houve de ter encontrado elementos que demonstrem a violação desses requisitos.

Ou a contratação não encontrou eco nas leis orçamentárias, ou não havia qualquer vantagem econômica na prorrogação, fatos estes bastantes para atraírem o controle externo da despesa pública

Acórdão nº 2324/2008 - TCU – Plenário. 9.2.2. **abstenha-se de prorrogar contratos firmados com base em dispensa de licitação, nos termos do artigo 24, inciso XIII, da Lei 8.666/1993**, os quais contenham cláusulas que permitam a subcontratação ou a execução indireta, conforme observado nos Contratos 5378/2005, 5127/2004, 5385/2005 e 5382/2005;

Aqui outro exemplo demonstrativo de que a atuação preventiva do Tribunal de Contas evitou que determinado ato, sob o aparente manto da discricionariedade, caso exarado, se verteria em patente ilegalidade perante uma contratação direta via dispensa de licitação.

Em suma, desde que bem compreendido os ditames da atuação das Cortes de contas, seus objetivos, finalidades e principiologia própria, resta demonstrado que estas estão habilitadas juridicamente a atuar sobre a prorrogação de contratos, sem usurpar a competência de outros poderes quando da sua anulação, ou sem imiscuir-se indevidamente no mérito administrativo dos gestores da coisa pública.

Por fim, destacamos que as decisões em controle externo de proibição à prorrogação de contratos pode ser entendida como ação derivada da proporcionalidade, evitando-se os danos de eventual anulação, e dos poderes implícitos que devem ser reconhecidos aos Tribunais de Contas na defesa da legalidade, legitimidade e economicidade da atuação pública:

(...) a atribuição de poderes explícitos, ao Tribunal de Contas, tais como enunciados no art. 71 da Lei Fundamental da República, supõe que se lhe reconheça, ainda que por implicitude, a titularidade de meios destinados a viabilizar a adoção de medidas cautelares vocacionadas a conferir real efetividade às suas deliberações finais, permitindo, assim, que se neutralizem situações de lesividade, atual ou iminente, ao erário público. Impende considerar, no ponto, em ordem a legitimar esse entendimento, a formulação que se fez em torno dos **poderes implícitos**, cuja doutrina, construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no célebre caso *McCulloch v. Maryland* (1819), **ênfatisa que a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos.** (...) É por isso que entendendo revestir-se de integral legitimidade constitucional a atribuição de índole cautelar, que, reconhecida com apoio na teoria dos poderes implícitos, permite, ao TCU, adotar as medidas necessárias ao fiel cumprimento de suas funções institucionais e ao pleno exercício das competências que lhe foram outorgadas, diretamente, pela própria CR." (STF - MS 24.510, rel. min. Ellen Gracie, voto do min. Celso de Mello, julgamento em 19.11.2003).

Não se pode deixar de citar neste contexto a antiga máxima jurídica de que "*in eo quod plus est semper inest et minus*" ou, quem pode o mais, pode o menos. Se válido aquele entendimento majoritário, chancelado pelo STF, segundo o qual os TC's possuem competência para determinar à Administração pública que anulem licitações e contratos, medida de maior gravidade, é de inferir, com razoável lógica, que a estes também é dado adotar medidas intermediárias, focando-se na proporcionalidade e em outros princípios administrativos, determinando-se assim a não prorrogação contratual, mantendo-se válido e

eficaz o ajuste originário, conferindo-se oportunidade para a administração planejar o procedimento substituto sem as máculas ali apontadas.

O intérprete pode, de fato, encontrar dificuldades em enquadrar a determinação de não prorrogação de contrato administrativo, por parte dos Tribunais de Contas, dentro das categorias clássicas de controle dos atos administrativos, quais sejam, a anulação, a revogação e a convalidação destes.

Em síntese, a Lei federal nº 9.784/99 dispõe que "a Administração deve **anular** seus próprios atos, quando eivados de vícios de legalidade, e pode **revogá**-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos" (art. 53).

Em termos de efeitos práticos, tem-se que a revogação gera efeitos *ex nunc*, ou seja, a partir da sua declaração, não retroagindo para alcançar a origem do ato, mantendo válidos os efeitos daquilo que já fora executado. Por outro lado, a anulação gera efeitos *ex tunc*, retroagindo à data de início dos efeitos do ato, mantendo-se apenas os efeitos previstos em lei, salvo eventual modulação.

Já a convalidação, na doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello⁹⁵, é o refazimento de modo válido e com efeitos retroativos do que fora produzido de modo inválido.

A Lei nº 9.784, de 29.01.1999, dispõe que "os atos que apresentem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros " (art. 55). Os efeitos da convalidação são *ex tunc* (retroativos)⁹⁶.

Neste prisma, sabendo-se que a revogação é ato privativo da Administração que o praticou, em juízo típico de discricionariedade, e que ao Tribunal de Contas não foi dada a prerrogativa de anular, diretamente e em primeira mão, os contratos administrativos, poder-se-ia pensar que o ato aqui estudado aproximar-se-ia mais da convalidação.

Entretanto, ainda dentro da teoria clássica, a convalidação seria também conduta privativa da Administração, e dotada de certa discricionariedade em sua realização.

⁹⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

⁹⁶ Idem.

Ao nosso juízo, nenhuma das três categorias amoldariam por completo boa parte dos atos praticados pelos Tribunais de Contas em sede de controle externo, dada as características *sui generis* da natureza das atividades desempenhadas por este órgão.

Pensamos que a determinação para a não prorrogação de contrato administrativo poderia encontrar solução, dentro da doutrina clássica e da previsão constitucional do art. 71, desde que se considerasse a atuação do Tribunal de Contas incidente sobre o ato administrativo que decide pela prorrogação contratual, ou ainda, desde que se admitisse a possibilidade da modulação de efeitos das decisões destas Cortes, a despeito do seu caráter administrativo, porém técnico e quase jurisdicional, no mesmo sentido que vem sendo atribuídas às decisões do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica⁹⁷.

A primeira solução atrairia a competência insculpida no inciso IX do art. 71 da CR/88. Ao se considerar a decisão de prorrogar um contrato, um **ato** administrativo, poderia o controle externo do Tribunal de Contas incidir sobre ele, sem que, com isto, interfira na vigência e na validade do contrato já firmado (e executado, estando respeitados seus efeitos na ordem jurídica), e sem com que o Tribunal usurpe a competência do Poder Legislativo e Executivo nos termos dos §§1º e 2º do art. 71 da CR/88.

O TCU já teve oportunidade de mostrar que o contrato administrativo difere, em alguns pontos, do ato de prorrogação da validade contratual. Tratando-se de instrumento contratual originariamente considerado, sua rescisão unilateral, ou mesmo a inércia do particular vencedor da licitação em assiná-lo, justificaria, respectivamente, a contratação direta pelo art. 24, XI, ou a convocação do segundo colocado, nos termos do art. 64, §2º, ambos da Lei 8666/93. Mas exaurido aquele, tais dispositivos não são válidos para a prorrogação contratual, como se vê:

Acórdão TCU nº 819/2014 – Plenário

A ausência de interesse da contratada em **prorrogar** avença de prestação de serviços de natureza continuada não autoriza a realização de dispensa de licitação para contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, de que trata o art. 24, inciso XI, da Lei 8.666/1993, nem a convocação prevista no art. 64, § 2º, do mesmo diploma legal.

⁹⁷ STF, ADI 1949 / RS. É certo também que, ao menos na hipótese de destituição discricionária da primeira alínea, subordinou-a à decisão do Senado Federal, mas ficou reservada a iniciativa - isso é importante - ao Presidente da República. Donde se conclui, que - além de obviamente não estar em causa e de se tratar, pelas próprias funções do CADE, de um caso extremo de exigência essencial de independência da agência, dotada do que nos Estados Unidos se chamaria, *mutatis mutandis*, de **poderes quase-judiciais ou quase-jurisdicionais** -

(...)Ao examinar o caso, a relatora deixou clara a improcedência dos argumentos apresentados pelo órgão, asseverando que o “remanescente de que trata o art. 24, XI, da Lei 8.666/1993 refere-se a um contrato anterior, que teve sua execução iniciada e interrompida por algum motivo, sem que seu objeto tivesse sido integralmente prestado. Já a convocação prevista no art. 64, §2º, da mesma lei cuida da situação em que a vencedora da licitação se recusou a firmar o contrato ou apesar de firmado este, houve desistência antes de início da execução, sem que a obra, o serviço ou o fornecimento tivessem ocorrido”, circunstâncias não observadas no caso concreto, uma vez que o instrumento preconizava vigência de doze meses e havia sido regularmente executado durante esse período. Segundo a relatora, embora os serviços contratados fossem de natureza continuada e houvesse possibilidade de prorrogação por até sessenta meses, o primeiro ajuste fora celebrado com vigência anual, assim “**nem a Administração, nem o contratado, teriam direito subjetivo à prorrogação**”, até porque o instrumento pactuado continha cláusula explícita nesse sentido. Portanto, “não havia como interpretar que se tratava de serviço remanescente, nos termos propugnados pelo órgão”. A relatora - considerando a presença de atenuantes na situação, em especial a inexistência de benefício pessoal e a boa intenção dos gestores ao evitar a interrupção da prestação dos serviços, zelando pela economicidade e impessoalidade da nova contratação - ponderou que a aplicação de multa aos responsáveis seria medida de excessivo rigor. O colegiado, na linha defendida pela condutora do processo, decidiu que dar ciência ao órgão sobre as falhas apontadas seria medida suficiente no caso.

Numa segunda possível solução, após esgotado o prazo de 90 (noventa) dias para o Congresso Nacional ou o Poder Executivo efetivarem as medidas previstas (art. 71, §1º da CF/88), o Tribunal, decidindo a respeito, determinaria ao órgão que procedesse à anulação do contrato, já inserindo em sua determinação a modulação dos efeitos prospectivamente, de forma a resguardar os efeitos já exauridos e outros interesses públicos por ventura coligados diretamente com o objeto da contratação.

A primeira solução nos parece mais elegante, posto que a análise do Tribunal de Contas restringir-se-ia aos efeitos deletérios de uma eventual prorrogação pro futuro, agindo, como dito, de maneira similar ao poder geral de cautela a si conferido pela exegese do STF, e sem adentrar na vigência e na validade do contrato já em curso de execução (caso assim o queira fazer deverá respeitar o procedimento e a competência previstos nos já citados §§1º e 2º do art. 71 da Constituição).

Entretanto, a medida é juridicamente possível e justificada, além de salutar. Entende-se, por fim, que nenhuma das saídas acima ventiladas confere inteireza na percepção da natureza das atividades republicanas exercidas pelas Cortes de Contas, o que, em última

análise, exigiria uma reformulação da teoria geral do direito administrativo levando-se em conta as peculiaridades da atuação deste órgão superior.

CONCLUSÃO.

É necessário compreender a exata medida das atribuições do controle externo, sua importância, eficácia e mesmo necessidade para o desenvolvimento de uma República. A adoção, pela Constituição de 1988, pela inafastabilidade da jurisdição, entendida como a função executada pelo Poder Judiciário, não pode levar à leviana conclusão que as então chamadas “decisões administrativas” proferidas pelos Tribunais de Contas, não possuem relevância para o texto constitucional, que intencionalmente atribuiu a estes órgãos autônomos relevantes competências.

Quando em atuação, legitimada pelo instrumental que lhe é próprio, das quais se destacam as auditorias e inspeções, os Tribunais de Contas julgam os atos de gestão dos administradores públicos (art. 71, II, primeira parte), e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público (art. 71, II, segunda parte).

Julgam porque são constituídos em auxílio ao Poder Legislativo, esta parcela do poder estatal responsável por representar a soberania popular através de seus atos típicos, dentre os quais se encontram a própria fiscalização dos atos daqueles administradores. O fato de que tais decisões podem vir a se submeter à sindicância judicial em nada as esvazia, mas ao contrário, as reforça, posto que levam ao aprimoramento das próprias Cortes de Contas e, quando as confirma, demonstram a juridicidade sobre as quais foram prolatadas.

No que julgam os atos de qualquer um que administre patrimônio público (material e imaterial), avaliam os atos jurídico-administrativos prolatados no exercício da função pública, especialmente aqueles que, concreta ou potencialmente, oneram o erário. Daí é que conclui pela logicidade da prerrogativa contida no art. 71, IX e X, posto que de nada adiantaria um julgamento das contas prejudicial ao administrador sem que a Corte não pudesse, desde logo, estancar os efeitos de atos patentemente ilegais emanados da gestão.

Mas no exercício da função pública, mesmo atos de gestão ilegais, ilegítimos ou antieconômicos devem ser considerados no contexto em que foram criados, quais interesses veiculam e como se relacionam com os direitos da comunidade que dele se beneficia. É sobre essa ótica que as decisões dos Tribunais de Contas foram avançando, no sentido de

harmonizarem as prescrições do ordenamento com as diretrizes de ação elegidas pelos Administradores, considerando sempre a boa-fé, a proporcionalidade, as dificuldades inerentes à administração pública e a continuidade dos serviços públicos.

Por isto é que a Constituição, como cláusula geral, deu à Cortes não só a já mencionada competência para sustar atos diretamente, como àquela para sustar contratos supletivamente, se verificada a omissão dos Poderes no saneamento de vícios encontrados.

Mas a sustação é competência, e igualmente diretriz. Os Tribunais de Contas atuam no campo da eficácia, e de outra forma não poderia ser, já que são guardiões do patrimônio e do erário público. Para a realização do seu mister, outras ferramentas devem ser-lhe reconhecidas, sob pena de tornar-se ineficazes as prescrições constitucionais realizadas para o controle externo. É aqui que se entra na teoria dos poderes explícitos e se extrai das razões de decidir do Supremo Tribunal Federal o reconhecimento do poder geral de cautela que as Cortes possuem.

Utilizando de tal instrumental, explícito ou implícito, outros devem ser reconhecidos como válidos, se guardado a proporcionalidade da medida e a correlação com aqueles. As decisões proferidas no sentido de determinar que os órgãos e entidades da Administração se abstenham de prorrogar contratos administrativos, é dizer, que não estendam no tempo sua cláusula de vigência, é exemplo primoroso deste instrumental aqui citado e corresponde a um amadurecimento e empoderamento das Cortes no contexto Republicano.

De fato, as decisões de cunho administrativo, de gestão, possuem elevada carga de discricionariedade, que deve ser respeitada, considerando a harmonia e a separação dos Poderes. Mas a legalidade é condição inafastável, e o administrador não pode se apropriar do poder discricionário como escudo a proteger seus atos de toda sorte de escrutínio, seja ele público ou pelas agências oficiais, em verdadeiro *accountability horizontal*.

A atuação dos Tribunais de Contas sobre certos aspectos do ato discricionário não configuram malversação de suas competências, mas ao contrário, as reforçam porque legitimadas pelo mandamento constitucional de que todos se submetem à prestação de contas, num claro somatório dos vieses de transparência e responsabilização.

O juízo de ponderação também faz parte do processo decisório no âmbito do controle externo. Quando se determina que o gestor não prorrogue certo pacto negocial, está a

preservar a contratação original, e desta forma, parcela da discricionariedade administrativa. Mas ao mesmo tempo protege a legalidade pública e o próprio erário, pois tais decisões não são desamarradas de constatações de graves irregularidades, e ainda reforçam a legitimidade do próprio ordenamento das normas públicas, que é majoritariamente elaborado da conjunção das competências do Poder Legislativo e Executivo. Assim a ponderação, ao passo que reduz a discricionariedade administrativa, retroalimenta outras funções constitucionais. Daí a sua validade.

Neste contexto, conclui-se que as Cortes de Contas tem o poder-dever de, não apenas efetuar determinações aos gestores para que tomem medidas aptas a endireitarem seus atos conforme o Direito, mas também o de sustar atos, provocar o Legislativo para que este suste contratos, fazendo-o em caso de omissão, e no curso de seus processos, tome as medidas, típicas e atípicas, necessárias a preservar o patrimônio público que venham a colaborar com tais diretrizes operacionais, dentre as quais se encontram o poder geral de cautela e determinações que limitem pontualmente a discricionariedade administrativa.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 24. ed. São Paulo: MÉTODO, 2016.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico. Existência, Validade e Eficácia*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. BARRETO, Pedro Humberto Teixeira. *O Sistema Tribunais de Contas e instituições equivalentes – um estudo comparativo entre o modelo brasileiro e o da União Europeia*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2004.
- BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 4 v. T II.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Manual de Auditoria Operacional*. 3.ed. Brasília, 2010.
- BUGARIN, Paulo Soares. *O Princípio Constitucional da Economicidade na Jurisprudência do Tribunal de Contas da União*. 2. Ed. São Paulo: Fórum, 2011.
- CABRAL, Dilma. Erário Régio – MAPA – *Memória da Administração Pública Brasileira*. Disponível em: <http://linux.an.gov.br/mapa/?p=3259>.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- CITADINI, Antônio Roque. *O Controle do Tribunal de Contas*. Disponível em <http://www.citadini.com.br/palestras/p980909.htm>.
- CHIAVENATO, Idalberto. *Introdução à Teoria Geral da Administração*. 9.ed. São Paulo: Manole, 2014.
- CRETELLA JR. José. *Curso de Direito Administrativo*. 11a edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- COSTA, Luiz Bernardo Dias. *Tribunal de Contas: evolução e principais atribuições no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- DANTAS Francisco Clementino de San Tiago, *Programa de Direito Civil*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000,
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- DECOMAIN, Pedro Roberto. *Tribunais de Contas no Brasil*. São Paulo. Dialética, 2006,
- FERNANDES, Jorge Ulisse Jacoby. *Os limites do poder fiscalizador do Tribunal de Contas do Estado*. Revista de Informações Legislativas. Brasília a. 36 n. 142 abr./jun. 1999.
- FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil – Jurisdição e Competência*. 2a edição revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.

- FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Competência dos Tribunais de Contas para Sustação de Contratos*. Fórum Administrativo – Direito Público nº. 16, Ed. Fórum, junho de 2002.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2000. 2 v.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Volume 1: parte geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. *Algumas considerações sobre a Teoria da Imprevisão*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2206>.
- LIMA, Luiz Henrique. *Controle externo: teoria, jurisprudência e mais de 500 questões*. Rio de Janeiro: Elsevier.
- MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1004.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32.ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MONTESQUIEU, Barão de. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2007.
- O'DONNELL, Guillermo. *Accountability horizontal*. Agora, n. 8, 1998.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *O princípio da continuidade do serviço público no Direito Administrativo Contemporâneo*. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2014/09/26/o-principio-da-continuidade-do-servico-publico-no-direito-administrativo-contemporaneo/>.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de HORVATH, Estevão; e TAMBASCO, Teresa Cristina Castrucci. *Manual de Direito Financeiro*., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.
- PASCOAL, Valdecir Fernandes. *Direito Financeiro e Controle externo*. 9. Ed. São Paulo: Método, 2015.
- PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional descomplicado*. 15. ed. São Paulo: MÉTODO, 2016.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de Direito Civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2001. v.1.
- PINTO, Livia Maria de Almeida. *Subprincípio da Deferência nos Tribunais Superiores*. 2014. 17 f. Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: RT, 1974. 3v,

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

SUNDFELD, Carlos Ari. *Pode o Legislativo sustar contrato administrativo (CF, art. 71, §1º) sem a prévia decretação da ilegalidade pelo Tribunal de Contas?* Informativo de licitações e contratos, n. 29, p. 488-490, jul. 1996.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 6. ed. São Paulo: MÉTODO, 2016.

TOURINHO, Rita. *Discricionabilidade administrativa*. 2 ed.. Curitiba: Ed. Juruá, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. *O Tribunal de Contas e o controle da legalidade, economicidade e legitimidade*. Rio de Janeiro: Revista do TCE/RJ, nº 22, jul/1991.

ZYMLER, Benjamin. *O Controle Externo: O Tribunal de Contas da União*. Disponível em www.agu.gov.br/page/download/index/id/889849.