

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC-SP

Natália de Sousa da Silva

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DOS ATOS
ADMINISTRATIVOS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**

São Paulo

2019

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC-SP

Natália de Sousa da Silva

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DOS ATOS
ADMINISTRATIVOS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de ESPECIALISTA em Direito Administrativo, sob a orientação do (a) Prof. (a), Dr. (a) Thomas Augusto de Almeida.

São Paulo

2019

BANCA EXAMINADORA

“Um Estado nasce das necessidades dos homens; ninguém basta a si mesmo, mas todos nós precisamos de muitas coisas”.

Platão em “Diálogos” no Livro II de “A República”

A Deus: toda honra e toda glória.

Aos meus pais, aos meus irmãos (Camila e Vinicius), pelo alicerce e compreensão.

Ao Felipe, por amor.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço ao Senhor, meu Deus, pois somente Ele é digno de receber toda honra e toda glória. Suas graça e misericórdia possibilitaram a realização de um sonho, não só meu, como de toda minha família: estudar para ser um ser humano melhor no convívio da sociedade. Além disso, sinto-me privilegiada duas vezes: pela oportunidade de estudar, o que, no Brasil, é privilégio de poucos; e mais ainda por estudar aquilo que efetivamente gosto: o direito administrativo como instrumento para a consecução dos interesses sociais.

Os meus agradecimentos especiais são agora direcionados aos meus pais, Eulógia e Joaquim, que sempre me ensinaram o valor da educação e me incentivaram nessa longa caminhada que resolvi percorrer para, um dia (quem sabe), merecer o título de jurista. Eles que nunca me desampararam e até as últimas horas de execução do presente trabalho deram-me forças madrugadas a dentro. Fizeram-me refletir, em todos os meus momentos de cansaço, sobre meus objetivos acadêmicos e profissionais, mas mais que isso: sobre minha vontade de mudar o mundo com o direito. Obrigada por acreditarem em mim sempre, por investirem suas forças na minha educação até hoje e me auxiliarem a fazer as escolhas certas da vida (e, por vezes, serem meu conforto quando tomo as erradas).

Agradeço aos meus irmãos, Camila e Vinicius, por compreenderem as luzes ligadas durante a madrugada e os livros jogados entre os quartos e a mesa da cozinha. Obrigada pelo respeito, carinho e admiração, que nossa caminhada conjunta pelo Direito seja capaz de gerar frutos que mudem não somente as nossas vidas, mas de muitas pessoas ao nosso redor.

Em especial, gostaria de agradecer ao Felipe que, com seu amor e paciência, esteve ao meu lado durante todo esse período, desde as aulas no COGEAE até a entrega do presente trabalho. Certamente, essa monografia não seria a mesma sem seu suporte e compreensão. Obrigada por me inspirar todos os dias a ser um ser humano e uma profissional melhores. Que nossa vida juntos permaneça assim: simbiótica, sentimentos mútuos de admiração e, principalmente, amor.

Por fim, agradeço ao meu orientador, Thomas Augusto de Almeida, pelo suporte e disposição para tratar comigo sobre o tema do Tribunal de Contas. Registro ainda meus agradecimentos à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo por oferecer aos seus alunos do curso de especialização uma visão crítica do Direito e criar um ambiente de discussão essencial ao mundo acadêmico.

RESUMO

SILVA. Natalia de Sousa da. **Controle Dos Atos Administrativos Pelo Tribunal De Contas Da União**. 2019. 60 f. Monografia de Conclusão de Curso – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019.

O presente trabalho tem por objetivo analisar o controle da administração pública sob a ótica do Tribunal de Contas da União - TCU. Inicialmente, trata-se de conceituar controle, sua natureza e relação com o Estado Democrático de Direito, e em seguida, sua compatibilidade com a realização do controle da função administrativa do Estado pelo TCU. Este estudo também visa identificar o fundamento constitucional do Tribunal de Contas da União, sua natureza e atribuições, bem como a efetiva realização do controle e seus limites. Por fim, faz-se uma breve análise sobre o controle de legalidade dentro da fiscalização contábil-financeira exercida pelo Tribunal de Contas e a possibilidade de realização de controle difuso de constitucionalidade nos casos concretos da referida fiscalização.

Palavras-chave: Tribunal de Contas da União. Controle. Controle de Constitucionalidade. Direito Administrativo. Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

SILVA. Natalia de Sousa da. **Control of the public administration by the Supreme Audit Court**. 2019. 60 f. Final Course Assignment – Pontificia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019.

This study aims to analyze the control of public administration by the Supreme Audit Court - TCU. In the first part, the study aims to conceptualize the public control of the State, its nature and relation with the Democratic Rule of Law, and then its compatibility with the accomplishment of the control of the administrative function of the State by the SAC. This study also aims to identify the constitutional basis of the Supreme Audit Court, its nature and attributions, as well as the effective realization of the control and its limits. Finally, a brief analysis is carried out on the control of legality within the accounting-financial supervision exercised by the Supreme Audit Court and the possibility of carrying out diffuse constitutionality control in the concrete cases of the said inspection.

Key-words: Supreme Audit Court. Control. Constitutionality Control Administrative Law. Democratic Rule of Law.

Sumário

Introdução	11
1. Interesse Público e sua relação com o controle da Administração.....	15
1.1. Interesse Público e Interesse do Estado.....	15
1.2. Interesse Público e Controle.....	19
2. Aspectos democráticos do Controle Parlamentar das Finanças Públicas.....	25
3. Controle dos Atos Administrativos pelo Tribunal de Contas da União	27
3.1. Evolução Histórica do Tribunal de Contas da União	29
3.2. Natureza do Tribunal de Contas da União	31
3.3. Das Atribuições do Tribunal de Contas da União	36
3.3. Limites ao dever controlador do Tribunal de Contas da União: discricionariedade e mérito dos atos administrativos	40
3.5. A atuação do Tribunal de Contas da União.....	42
4. Análise de Constitucionalidade pelo Tribunal de Contas da União	45
5. Conclusão	57
BIBLIOGRAFIA.....	59

Introdução

Diante do atual cenário sóciopolítico, que muitos consideram caótico, a Administração brasileira tem constantemente a legitimidade de seus atos questionada no âmbito do Poder Judiciário. Mais que isso, sob a égide do princípio da moralidade dos atos administrativos, de maneira geral, a sociedade tem expressado pelos mais diversos meios, direta ou indiretamente, alto grau de repulsa pela imagem corroída por acusações de corrupção dos titulares de cargos dos Poderes Executivo e Legislativo.

Nos últimos anos, especialmente após as manifestações de 2013, surgidas a partir da tentativa de governos municipais tentarem elevar a tarifa dos transportes públicos¹, o Brasil vem experimentando uma série de atos de origem popular tendo como fundamento questionar os atos da Administração Pública e dos legisladores. Torna-se evidente o maior escrutínio da sociedade sobre as decisões que o Estado toma ou deixa de tomar.

Em verdade, a maior participação da sociedade nas decisões do Estado, a nosso ver, representa, de forma não institucionalizada², a efetivação do direito constitucional de participação administrativa sob o contexto da chamada “Administração Pública Democrática”³. Ocorre que o interesse pelo controle dos atos estatais pelos cidadãos brasileiros tem legitimado atuação mais ativa dos titulares do controle externo da Administração, em especial, do Poder Judiciário.

¹ G1. *Preço da passagem de ônibus provoca manifestações pelo país*. 07/06/2013. < <http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2013/06/preco-da-passagem-de-onibus-provoca-manifestacoes-pelo-pais.html> >. Acesso em 27.03.2019.

² Gustavo Justino de Oliveira ao tratar do tema conceitua como “participação administrativa” a “(...) intervenção individual ou coletiva dos cidadãos na gestão dos órgãos e entidades que integram a administração pública, com reflexos no conteúdo das decisões deles emanadas” (OLIVEIRA. Gustavo Justino de. *Administração Pública Democrática e a efetivação de direitos fundamentais*. Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial., Brasília, v. 5, n. 1, p. 83-105, jan./jun. 2008). No entanto, de acordo com o contexto do artigo publicado, a intervenção a qual o autor se refere trata-se de uma cessão institucionalizada de espaço para discussão entre particulares e o Poder Público, como é o caso das audiências públicas. Situação, a nosso ver, muito diferente do ocorrido nas manifestações de 2013, quando a população foi às ruas no exercício legítimo do direito constitucional de liberdade de reunião/manifestação/expressão e, de forma não “organizada”, influenciou sobre a decisão do poder público que não operou o aumento da tarifa pelo menos até 2015, quando passagem de ônibus em São Paulo aumentou de R\$3,00 para R\$3,50. Nesse caso, sob um contexto amplo de “Administração Pública Democrática”, entendida como aquela que privilegia a participação popular como uma forma de democratização da administração pública, as manifestações populares, no geral, também seriam espécie do gênero “participação administrativa”.

³ Assim compreendida como aquela que possibilita mais participação popular nas decisões administrativas, ou seja, maior “participação administrativa”, cuja definição encontra-se na nota de rodapé anterior.

Nesse contexto, em que os Juízes se tornaram-se verdadeiros “heróis nacionais”, quando o assunto é o controle dos outros dois poderes do Estado. O Brasil experimenta o que muitos acadêmicos intitulam de protagonismo do Poder Judiciário, desregulando a tripartição dos poderes e, por conseguinte, o sistema de freios e contrapesos pensado pelo filósofo Montesquieu, vez que corrompe a autonomia, independência e igualdade dos três poderes fundamentais.

Soma-se ao fenômeno social (de uma sociedade mais crítica e cada vez mais participativa) o fenômeno jurídico da ampliação do conceito de legalidade pela chamada “constitucionalização do direito administrativo”. Ora, o estreito crivo do Poder Judiciário, o qual, originalmente, competia apenas a análise de legalidade estrita dos atos administrativos, vem ampliando seu feixe de atuação, considerando que a legalidade, tal como interpretada hoje, não se trata da projeção direta, límpida e clara do texto legal, mas sim de uma ideia ampla, que abarca a intenção da norma jurídica emanada pelo constituinte no que diz respeito à atuação do administrador público.

A ampliação do conceito de legalidade, para muitos doutrinadores, trata-se de um movimento de constitucionalização da Administração Pública, havendo diversos fundamentos que questionam a interpretação dos limites dos atos administrativos apenas ao restrito texto formal qualificado com lei, seja porque o legislador não pode prever todas as ações que serão necessárias pelo Poder Público – trazendo ao debate a insuficiência da máxima ensinada por Hely Lopes Meirelles: “Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”⁴, seja porque, insuflada por valores constitucionais, defende-se que a legislação passou a ser insuficiente diante do pluralismo social e econômico crescente dia após dia num País com grupos de interesses tão diversos e, por vezes, conflitantes.

Frente a isso, a constitucionalização do Direito Administrativo⁵ é, por um lado, elogiada por efetivar os valores fundamentais consagrados na Constituição para o Poder Executivo, sendo um excelente exemplo em voga a moralidade pública; e, por outro lado, é criticada pelos mesmos juristas ao alertarem sobre o principal risco que incorremos pela

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001, p.82.

⁵ Gustavo Binbenbom trata o fenômeno da “constitucionalização do direito administrativo” como uma mudança de paradigma no direito brasileiro, segundo ele o surgimento e desafios próprios do Estado moderno demonstrou que os paradigmas clássicos não eram suficientes. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo – direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 9 a 78.

atuação sem controle do Poder Judiciário: a substituição da discricionariedade do Administrador pela do Julgador.

Especialmente quanto à atuação do Poder Judiciário sobre a Administração Pública, esse novo conceito de legalidade fomenta o debate quanto aos limites do controle externo judicial dos atos administrativos, havendo centenas de trabalhos acadêmicos dedicados ao tema, isso porque é, em grande parte, da discricionariedade da Administração que nascem as políticas públicas necessárias ao desenvolvimento social e econômico do País.

Diante desse novo paradigma do Direito Administrativo Brasileiro, Gustavo BINENBOJM fez a seguinte colocação, responsável pelo nosso interesse sobre o tema da ampliação da legalidade e da constitucionalização administrativa frente ao controle da Administração Pública:

Verifica-se o surgimento de uma verdadeira Constitucionalização Administrativa, que, por um processo de autodeterminação constitucional, se emancipou da lei na sua relação com a Administração Pública, passando a consagrar princípios e regras que, sem dependência da *interpositio legislatoris*, vinculam direta e imediatamente as autoridades administrativas. A Constituição, assim, deixa de ser mero programa político genérico à espera de concretização pelo legislador e passa a ser vista como uma norma diretamente habilitadora da competência administrativa e como critério imediato de fundamentação e legitimação da decisão administrativa.

(...)

A ideia de *juridicidade administrativa*, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da *legalidade administrativa*, como um de seus princípios internos, mas não mais altaneiro e soberano como outrora⁶.

É sob esse contexto de crescente expressão do controle da Administração Pública por fenômenos jurídicos e sociais que se localiza esse estudo. Embora muito tenhamos falado sobre o protagonismo do Judiciário no controle dos atos administrativos, pretendemos tratar de outro tipo de controle que, no contexto sócio-político explicitado, também tem se revelado importante: o controle externo pelo Tribunal de Contas da União.

Nos últimos anos, o TCU tem demonstrado forte influência política sobre o controle dos atos administrativos, por vezes, na mesma toada do Judiciário, até mesmo ampliando seu feixe de atuação. Este trabalho dedicar-se-á aos limites do exercício do controle dos atos administrativos pelo TCU especialmente quanto à análise de constitucionalidade a partir de casos concretos. Nesse sentido, analisaremos eventuais

⁶ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo – direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 37.

atuações fora do feixe admitido pela constituição e eventual colisão com as atribuições de outros Poderes, em especial, o Judiciário e Legislativo.

Sobre a relevância do tema, cabe destacar que são recentes e importantes as decisões que consideram a análise de constitucionalidade pelo Tribunal de Contas da União na mídia nacional. O Ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes vem constantemente determinando suspensão das decisões do TCU que afastam a incidência de lei que esta corte de contas entende como inconstitucional⁷.

O Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, recentemente redigiu artigo jurídico para a Revista Consultor Jurídico tratando da complexidade do tema e consignando posição diversa do Ministro Alexandre de Moraes:

Com as devidas vênias aos entendimentos jurisprudenciais destacados, pensamos que, tanto em relação ao controle de constitucionalidade exercido pelo TCU quanto pelo CNJ, cabe fazer um *distinguishing* das situações enfrentadas. Não parece desarrazoado entender pela possibilidade de essas entidades negarem aplicação a determinada lei no caso concreto, quando já houver entendimento pacificado do STF acerca da inconstitucionalidade chapada, notória ou evidente, da solução normativa em questão em questão.

(...)

Como dito, sobretudo nas hipóteses de inconstitucionalidade chapada — reconhecida com uniformidade pela jurisprudência do STF —, o entendimento da impossibilidade de entidades como TCU ou CNJ declararem lei inconstitucional no caso concreto apenas conduzirá a sucessivas reformas judiciais das suas decisões administrativas, em sede de mandado de segurança.

Diante de todos esses argumentos, reconhece-se porque a questão ainda permanece parcialmente em aberto, sendo inegável a complexidade que envolve a matéria⁸.

Diante da controvérsia doutrinária e jurisprudencial aqui esposada, nos propomos a analisar a possibilidade de controle dos atos da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União, dada a relevância do tema.

⁷ “Atribuição do Supremo: Não compete ao TCU exercer controle difuso de constitucionalidade, diz Moraes”. Revista Consultor Jurídico, 28 de agosto de 2018, 13h35. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-ago-28/tcu-nao-exercer-controle-constitucionalidade-moraes> >. Acesso em: 15 out. 2018.

⁸ MENDES. Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade por órgãos não jurisdicionais: o caso do TCU e do CNJ. Revista Consultor Jurídico, 6 de outubro de 2018, 8h05. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-out-06/observatorio-constitucional-controle-constitucionalidade-orgaos-nao-jurisdicionais> >. Acesso em 15 out. 2018.

1. Interesse Público e sua relação com o controle da Administração

1.1. Interesse Público e Interesse do Estado

A Administração Pública dedica-se à execução de políticas e serviços destinados a cumprir o interesse público.

Certamente, o interesse público é a figura central do Direito Administrativo atual, devendo ser onipresente nos atos administrativos e não representar um único interesse individual (mas a somatória de interesses individuais, que em conjunto são considerados interesses da própria sociedade). Daí porque Celso Antônio Bandeira de Mello ao lecionar sobre o assunto considera que o interesse público não pode (e nem deve) ser compreendido como uma mera contraposição ao interesse privado ou, mais radicalmente, como alguns colocam, como um interesse diverso das vontades privadas. Não se trata de uma oposição, mas sim, por muitas vezes, de um denominador comum entre as vontades de todos consideradas individualmente e o que delas se pode extrair como uma possível vontade comum.

Nesse sentido, observamos que, para BANDEIRA DE MELLO, o interesse público é uma “função qualificada do interesse das partes”:

O indispensável, em suma, é prevenir-se contra o erro de, consciente ou inconscientemente, promover uma separação absoluta entre ambos [interesse público e interesse privado], ao invés de acentuar, como se deveria, que interesse público, ou seja, o interesse do todo, é ‘função’ qualificada do interesse das partes, um aspecto, uma forma específica de sua manifestação⁹.

Seguindo os ensinamentos do Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, é possível afirmar que o interesse público é a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja: “(...) conjunto dos interesses que os indivíduos **pessoalmente** têm quando considerados **em sua qualidade de membro da sociedade e pelo simples fato de o serem**”¹⁰.

Compreendida a gênese do interesse público como concebido hoje, necessário ainda lembrar seu vínculo com a gênese do próprio Estado. Importante teórico da Teoria Geral do Estado, Dalmo de Abreu Dallari, embora inicialmente não fale em “interesse

⁹ BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 32ª edição, 2015, p.60.

¹⁰ BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 32ª edição, 2015, p.62.

público”, esclarece que são elementos característicos do Estado Moderno: a soberania, o território, o povo e a finalidade.

A finalidade, por sua vez, pode ser entendida como o motivo pelo qual as pessoas se agrupam numa ordem e aceitam viver sob um poder em razão de um fim a ser atingido¹¹.

Diante desse contexto, é compreensível acreditar que há uma identificação entre a finalidade, estudada pela Teoria Geral do Estado como elemento de gênese do próprio Estado, e o interesse público, concebido dentro da teoria administrativista. Marcel de La Bigne Villeneuve, constitucionalista francês, chegou a afirmar que a legitimação de todos os atos do Estado dependem de sua adequação às suas finalidades¹². Embora DALLARI considere a posição francesa extremista, afirma que “(...) é facilmente verificável que há, de fato, uma estreita relação entre os fins do Estado e as funções que ele desempenha”¹³.

Assim, nesse contexto, poderíamos afirmar que o interesse público é a finalidade do Estado e, portanto, deve estar contido em todas as atuações deste e não somente do exercício da função administrativa, vez que para que os atos estatais, considerados em sentido amplo (administrativos, legislativos e judiciais – ou seja, atos de qualquer natureza) sejam, além de válidos, legítimos, devem atender à realização do interesse público.

É certo que há relevantes divergências entre juristas e teóricos do Estado acerca da finalidade enquanto elemento formador do Estado, no entanto, filiamo-nos ao posicionamento de DALLARI ao reconhecer a importância dela diante da concepção do Estado como sociedade política com um fim geral e que, segundo leciona, constitui: “(...) meio para que os indivíduos e demais sociedades possam atingir seus respectivos fins particulares”¹⁴. Especialmente quanto a este último posicionamento, nota-se uma aproximação

¹¹ “A maioria dos autores indica três elementos [território, povo e soberania]. Com GROPPALI surge a informação de um quarto elemento, que é a finalidade, parecendo-lhe óbvio, em primeiro lugar, que as pessoas só se integram numa ordem e vivem sob um poder, em função de um fim a atingir; em segundo lugar, o Estado, sendo dotado de ordem própria e poder também próprio, é evidente que deverá ter uma finalidade peculiar, que justifique sua existência”. DALLARI. Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 29ª ed., 2010, pp. 71-72.

¹² “Há mesmo quem entenda, como faz Marcel de La Bigne Villeneuve, que a legitimação de todos os atos do Estado depende de sua adequação às finalidades”. DE LA BIGNE VILLENEUVE. Marcel, *L’Activité Étatique*, p. 6, apud DALLARI. Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 29ª ed., 2010, p.103.

¹³ DALLARI. Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 29ª ed., 2010, p.103.

¹⁴ “Procedendo-se a uma síntese de todas essas ideias, verifica-se que o Estado, como sociedade política, tem um fim geral, constituindo-se em meio para que os indivíduos e demais sociedades possam atingir seus respectivos fins particulares. Assim, pode-se concluir que **o fim do Estado é o bem comum**, entendido este como conceituou o Papa João XXIII, ou seja, o **conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana**”. DALLARI. Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 29ª ed., 2010, p.108.

entre o conceito de finalidade trazido por DALLARI e o de interesse público concebido por BANDEIRA DE MELLO, sobre o qual dissertamos no início desse capítulo, o que valida nosso posicionamento de que há igualdade de conteúdo entre as duas concepções, sendo mais fácil afirmar: que a finalidade do Estado é o próprio interesse público.

Embora, em tese, tenhamos delimitado o que pode ser, em linhas gerais, considerado interesse público, bem como tenhamos identificado sua relação com a finalidade do Estado, é ainda necessário lembrar que ao longo do tempo esse conceito foi materialmente preenchido de maneiras diferentes.

Mais fácil dizer que, doutrinariamente, para fins de formação do conceito do Estado, a identidade entre o interesse público e as finalidades do Estado revelam-se como fundamento/motivação para explicar a razão pela qual os seres humanos se agruparam em estruturas artificiais, as quais se convencionou chamar de Estado. Utilizando essa premissa, as explicações dentro da Teoria Geral do Estado são inúmeras e muitos teóricos já se debruçaram sobre o tema – Rousseau, por exemplo, em sua obra mais aclamada *Do Contrato Social*¹⁵, estando ao lado de Locke e Hobbes na chamada “teoria contratualista”, afirmou que os homens uniram-se por meio do Estado ao cederem a este um pouco das suas liberdades individuais em prol da convivência em sociedade – no entanto, embora não seja o foco deste trabalho é necessário esclarecer que nem sempre houve uma identificação plena entre interesse público e interesse ou finalidade do Estado¹⁶.

O interesse público e o interesse do Estado mudaram com o passar do tempo, por vezes caminharam juntos e em outros momentos se distanciaram, distância essa que, em certos momentos históricos, viabilizou momentos de opressão. Por exemplo, no Feudalismo, a organização estatal descentralizada visava a proteger a propriedade dos senhores feudais, o trabalho dos servos era muito semelhante à escravidão e o “Estado” beneficiava a uns poucos que detinham os meios de produção; já no Estado Moderno, o surgimento da burguesia levou à unificação do poder estatal para fomentar o comércio, unificar as moedas e realizar as grandes expedições marítimas em busca de pedras preciosas e especiarias, o interesse do Estado começa a se aproximar de um interesse coletivo, no entanto, ainda restrito a um grupo, a burguesia, que detém o poder econômico, mantida a sociedade de castas, seria possível falar, em identidade entre o interesse público e o interesse do Estado? É, nesse contexto, que ocorre a formação dos chamados Estados Nacionais, com o poder centrado nos monarcas,

¹⁵ ROUSSEAU. Jean-Jacques. *Do Contrato Social e Discursos sobre a Economia Política*. São Paulo: Hemus, 1981.

¹⁶ Repisa-se, a nosso ver: o Estado nasce sob o fundamento

cujo fundamento era divino, unindo a casta real e a Igreja Católica, culminando no que os historiadores classificam como Estados Absolutistas, cuja a conhecida expressão do Rei francês Luís XIV muito bem resume: “*L’état c’est moi*” (“O Estado sou eu”). Diante disso, não fica difícil identificar que o interesse do Estado não era o da coletividade, mas sim o de um único homem (ou, raras vezes, de uma mulher): o monarca.

É bem verdade que o conceito de interesse público tal como temos hoje, somente surge, estrutura-se e viabiliza-se com o fim do Estado Absolutista e a formação do Estado Liberal, cujos fundamentos estão fincados nas liberdades e direitos individuais limitadores da atuação do Estado e, ao mesmo tempo, seu fim último. É sob esse contexto, inclusive, que se atribui o nascimento do Direito Administrativo como um ramo autônomo do Direito. Maria Sylvia Zanella Di Pietro ao escrever sobre o assunto disserta:

(...) a formação do Direito Administrativo, como um ramo autônomo, teve início juntamente com o direito constitucional e outros ramos do direito público, a partir do momento em que começou a desenvolver-se – já na fase do Estado Moderno – o conceito de Estado de Direito, estruturado sobre o **princípio da legalidade** (em decorrência do qual até mesmo os governantes se submetem à lei, em especial à lei fundamental que é a Constituição) e sobre o **princípio da separação dos poderes**, que tem por objetivo assegurar a proteção dos direitos individuais, não apenas nas relações entre particulares, mas também entre estes e o Estado¹⁷.

Celso Antônio Bandeira de Mello também compartilha desse entendimento e acrescenta que foi com o surgimento do Direito Administrativo que a sociedade passou a ter **controle** sobre os atos dos administradores. Ou seja, é possível estabelecer um vínculo entre o interesse público, o surgimento do Direito Administrativo e o nascimento das instâncias de controle da Administração pela sociedade:

(...) o Direito Administrativo nasce com o Estado de Direito. Nada semelhante àquilo que chamamos de Direito Administrativo existia no período histórico que precede a submissão do Estado à ordem jurídica. Antes disso, nas relações entre o Poder, encarnado na pessoa do soberano, e os membros da sociedade, então súditos – e não cidadãos (...). O advento do Estado de Direito promoveu profunda subversão nestas ideias políticas, que eram juridicamente aceitas. Ao firmar a submissão do Estado, isto é, do Poder, ao Direito e ao regular a ação dos governantes nas relações com os administrados, fundando, assim, o Direito Administrativo, este último veio trazer (...) justamente a disciplina do Poder, sua contenção e inauguração dos direitos dos, já agora, administrados – não mais súditos¹⁸.

¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.2.

¹⁸ BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 32ª edição, 2015, p.47.

Certamente, o surgimento do Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, do próprio Direito Administrativo foram essenciais para vinculação plena do interesse do Estado com o interesse público. Este último, por sua vez, revela-se como um dos pilares do Direito Administrativo, ainda que conceituado como “bem comum” o que, como criticado por muitos, por si, já lhe denota aspecto amplo e genérico, no entanto, impossível desvinculá-lo do exercício função administrativa, tendo em vista ser considerado seu parâmetro e seu fim, informando todo Direito Administrativo como princípio geral do Direito.

Em consonância com os ensinamentos de BANDEIRA DE MELLO, para quem o **princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado** é princípio geral de Direito que está presente em qualquer sociedade, sendo, inclusive, condição de sua existência. Daí porque não há menção expressa na Constituição Federal, ainda que inúmeros dispositivos aludem ou impliquem manifestações concretas desse princípio, tais como: os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente, etc. Defende-se que o referido princípio é, na realidade, pressuposto lógico do convívio social¹⁹.

1.2. Interesse Público e Controle

Nesse sentido, ainda que a Administração, dentro do Estado Democrático de Direito, tenha escopo bem definido, qual seja o interesse público, a busca pela boa administração da coisa pública encontra muitas dificuldades. Entre elas, algumas práticas e evidentes: o conteúdo um tanto quanto genérico do “interesse público” e que, por muitas vezes, somente poderá ser “descoberto” no caso concreto; ou pelo fato de Administração ser formada por seres humanos, falhos por natureza²⁰, e que fazendo uso de certa discricionariedade, que compõe a essência de alguns atos administrativos, podem vir a cometer impropriedades ou mesmo improbidades capazes de, ao invés de resguardar e privilegiar, violar o interesse público.

Seria, no entanto, muito raso se limitássemos a importância do controle à possibilidade de falha dos representantes do povo quando gestores daquilo que é de todos. Em verdade, o controle decorre da própria democracia.

¹⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 32ª edição, 2015, p.96.

²⁰ Alguns diriam que os seres humanos tendem ao mal e, por isso, devem sempre ser vigiados (Hobbes).

Ao lecionar sobre o tema, Odete Medauar ²¹, relembra que já em 1789, por ocasião da Revolução Francesa e por meio da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, havia previsão expressa do poder de controle da sociedade sobre os atos dos agentes públicos, conforme seu art. 15: “A sociedade tem o direito de pedir conta, a todo agente público, quanto à sua administração”.

Vale lembrar que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi o primeiro documento a reconhecer direitos naturais aos homens, como direito à liberdade e o direito à vida, e, como forma de garanti-los, opô-los ao Estado, limitando a atuação deste ao respeito/não violação dos direitos individuais (muito mais tarde na história, o Estado passaria, não apenas a se abster, mas também a ter como obrigação a promoção desses mesmos direitos).

A verdade é que naquele momento histórico, os direitos naturais eram verdadeiro empecilho à cômoda atuação arbitrária dos reis absolutistas. A revolução francesa, e com ela a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, foi o primeiro movimento a introduzir não apenas o respeito ao embrião daquilo que reconhecemos como direitos humanos hoje, mas também a própria noção de controle dos atos da Administração Pública e o conceito de que o aparelho estatal deve servir aos interesses da coletividade, dos governados, e não aos interesses privados dos poucos que governam.

Nesse sentido, a democracia pressupõe que os representados escolheram de forma livre os seus representantes, seja para determinar as “regras do jogo”, motivo pelo qual escolhemos os membros do Poder Legislativo, seja para que sejam cumpridas, o que se espera do Poder Executivo. O Judiciário também se torna parte da estrutura democrática quando atua para resolver os conflitos que resultantes do convívio em sociedade.

Todos os Poderes, assim, guardam a obrigação de agir em consonância com os princípios democráticos, destacando-se a busca pela realização do interesse público, o respeito às liberdades públicas e a boa gestão da coisa pública.

Daí, a necessidade de controle de todos os atos da Administração Pública, como decorrência de uma lógica sistemática para privilegiar o “bem geral/comum” da sociedade a qual ela está dedicada.

Repisa-se, pois, o fato de o controle dos atos da Administração Pública ser decorrente da própria democracia. E, como tal, torna obrigação do administrador controlar seus próprios atos, sendo este o primeiro filtro pelo qual deve a atuação administrativa passar:

²¹ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 18ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 426.

a sua própria, o chamado controle interno. Dando início aqui à breve análise da clássica classificação dos tipos de controle: Interno vs. Externo.

O **controle interno** corresponde a função²² inerente à atividade administrativa, trata-se do “(...) controle realizado pela Administração sobre seus próprios órgãos e suas entidades indiretas”. A função de controle vem informada pelo princípio da autotutela administrativa, segundo o qual é dever da Administração Pública zelar pela legalidade de seus atos e condutas e pela adequação dos mesmos ao interesse público.

Assim, é poder-dever daquele que exerce a função administrativa o autocontrole, a revisão dos atos emanados das atividades decorrentes da administração da coisa pública. Nesse sentido, assegurou a Súmula nº 473 do STF o direito de a Administração rever seus próprios atos:

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

São considerados como instrumentos de controle interno: a) os recursos administrativos, que obrigam a Administração a reanalisar seus próprios atos e exercer a autotutela revogando, corrigindo e/ou mantendo-os no todo ou em parte; b) o autocontrole, que também abarca os recursos administrativos, é o exercício de poder da Administração espontaneamente ou por provocação para rever seus próprios atos; c) o controle hierárquico que pode ser definido brevemente como “(...) a verificação que os órgãos de controle realizam sobre os atos e atividades dos órgãos subordinados”²³; d) controle de gestão, cuja notoriedade é recente e pautada no modelo de Administração Pública gerencial imperante desde o final dos anos 90, segundo o qual são utilizados indicadores para verificar os resultados obtidos principalmente sob o aspecto da eficiência; e) supervisão ministerial fundada no art. 87, parágrafo único, I, da Constituição Federal de 1988²⁴, que atribui aos Ministros de Estado em

²² Por oportuno, trazemos um conceito de “função administrativa” rememorando os ensinamentos da Prof. Odete Medauar: “[função é] o exercício do poder preordenado a um fim, Na função, o exercício do poder não é livre, mas pela impossibilidade de separá-lo de um fim, apresenta-se inevitavelmente condicionado a requisitos que justificam a atuação e orientam seu concreto desenvolvimento. Na função, o dever surge como elemento ínsito ao poder, e desse modo a Administração concretiza, na sua atuação, o poder conferido pela norma, para atendimento de um fim. A referência a um fim mostra o caráter instrumental do poder”. MEDAUAR. Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 18ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 125-126.

²³ MEDAUAR. Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 18ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p, 435.

²⁴ Ainda sobre esse tema é o art. 20 do Decreto-Lei nº 200/67: Art. 20. O Ministro de Estado é responsável, perante o Presidente da República, pela supervisão dos órgãos da Administração Federal enquadrados em sua

exercício a atribuição de supervisionar órgãos e entidades da Administração Federal na área de sua competência ; f) pareceres vinculantes emitidos por órgãos jurídicos ou técnicos; entre outros instrumentos.

Note-se que o texto constitucional não deixa de mencionar o poder de revisão dos seus próprios atos pela Administração Pública, no mesmo dispositivo em que designa ao Congresso Nacional (Câmara e Senado Federais) a atribuição expressa para realizar atividades de fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Poder Executivo Federal, momento em que se conceitua expressamente **controle externo**, nos termos de seu art. 70, *caput*, da Constituição Federal de 1988:

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

Mais adiante, o art. 71 insere um novo agente na execução do controle externo ao dizer que este último, embora a cargo do Congresso Nacional, será exercido **“com o auxílio do Tribunal de Contas”** e nos incisos que acompanham o referido dispositivo atribui competências específicas deste “novo” ente corresponsável pela fiscalização dos atos administrativos do Poder Executivo.

Muito além de uma simples estrutura de fiscalização, organizada de maneira simbiótica pela atuação do Congresso Nacional e do Tribunal de Contas da União, é possível ver também no controle externo a expressão máxima da democracia, a participação popular, ainda que indireta, como forma de controle e exigindo de seus representantes a consecução da finalidade/ função de controle. Filiando-nos a seu entendimento, destacamos os ensinamentos do Prof. Alfredo Cecílio Lopes:

(...) somente quando vigem os princípios democráticos em todas as suas consequências – e entre elas a mais importante é a divisão dos poderes – e é o orçamento votado pelo próprio povo através de seus representantes, é que as finanças, de formal, se tornam substancialmente públicas, e a sua fiscalização passa a constituir uma irrecusável prerrogativa de soberania popular²⁵.

área de competência. Parágrafo único. A supervisão ministerial exercer-se-á através da orientação, coordenação e controle das atividades dos órgãos subordinados ou vinculados ao Ministério, nos termos desta lei.

²⁵ ALFREDO CECÍLIO LOPES. *Ensaio sobre o Tribunal de Contas*. São Paulo, 1947.

Hélio Saul Mileski ao tratar sobre o tema da relação entre o Estado Democrático de Direito e o Tribunal de Contas da União ressalta que a atuação do TCU transformou-se em um dos principais instrumentos de defesa dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição de 1988, tendo em vista que se respalda na busca pela legalidade, legitimidade e economicidade dos atos de gestão financeira. Nesse sentido defende:~

A legitimidade do Estado Democrático depende de um efetivo controle sobre a atividade financeira. Sendo o Tribunal de Contas o órgão capacitado e destinado para o exercício dessa função, o resultado de sua ação de controle é a garantia das liberdades individuais e de seus princípios jurídicos, em face da inteira segurança constitucional para assim agir. Conclusivamente, o Tribunal de Contas é organismo de essência democrática, que atua sob fundamentos democráticos e em defesa da democracia. Pelo seu vínculo à lei, produzindo ação em defesa do cidadão, é órgão inerente ao Estado Democrático de Direito²⁶.

A evolução do controle dos atos administrativos é tema recorrente entre os administrativistas, especialmente sob o aspecto do controle externo realizado pelo Poder Judiciário, eis que, por muitas vezes, algumas decisões jurisdicionais tem como cerne questionamentos acerca da legitimidade de alguns atos administrativos e, por outras tantas vezes, substituem a decisão política do administrador pela decisão arbitrária do Juízo. Embora este trabalho dedique-se ao estudo de outra instituição de controle externa, poderão ser realizados paralelos com o controle exercido pelo Judiciário.

²⁶ MILESKI. Helio Saul. *O Controle da Gestão Pública*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 254.

2. Aspectos democráticos do Controle Parlamentar das Finanças Públicas

O controle parlamentar das finanças públicas encontra seu fundamento constitucional no art. 70 da Constituição Federal. Como vimos, num aspecto amplo, o controle é inerente à democracia. No entanto, há aqueles que privilegiam um Poder em detrimento de outro quando tratamos de controle da Administração Pública, nesse sentido, Rosinethe Monteiro Soares: “Na ideia de representatividade deve estar implícita a de responsabilidade”²⁷ – ao iniciar a análise sobre o controle exercido pelo Poder Legislativo sobre o Executivo, tomando como premissa que o primeiro teria a representatividade reconhecidamente mais ampla que a do último. De alguma maneira, esse posicionamento relaciona-se com o defendido por Odete Medauar, quanto à relação do controle com a democracia, no capítulo anterior desse trabalho.

Há também doutrinadores como Ricardo Lopes Torres que vão além e conseguem relacionar o exercício do controle, especialmente quanto às finanças públicas, e os direitos fundamentais. Ora, considera TORRES que os direitos fundamentais – “direitos de liberdade”, como chama – prescritos na Constituição de 1988 têm relação profunda e essencial com as finanças públicas, uma vez que delas dependem para sua persecução:

Os direitos fundamentais têm uma relação profunda e essencial com as finanças públicas. Dependem, para a sua integridade e defesa, da saúde e do equilíbrio da atividade financeira do estado, ao mesmo tempo em que fornecem o fundamento da legalidade e da legitimidade. Os direitos fundamentais se relacionam com os diversos aspectos das finanças públicas²⁸.

Daí a relevância democrática do controle externo exercido pelo Parlamento sobre as finanças públicas.

²⁷ SOARES, Rosinethe Monteiro. Fiscalização e controle do Executivo pelo Legislativo. Revista de informação legislativa : v. 26, n. 101, 1989, Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181911>>. Acesso em: 28.03.19.

²⁸ TORRES, Ricardo Lobo. A Legitimidade Democrática e o Tribunal de Contas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 194, p. 31-45, abr. 1993. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45894/46788>>. Acesso em: 28 Mar. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v194.1993.45894>.

3. Controle dos Atos Administrativos pelo Tribunal de Contas da União

Antes de especificar a atuação do Tribunal de Contas da União dentro da temática **controle externo**, é necessário lembrar que esse controle do Poder Legislativo sobre o Poder Executivo vem lastreada na Constituição e deve, assim, limitar-se. Em verdade, tal interferência atua não somente sobre a Administração direta, mas também sobre a indireta e o Poder o Judiciário²⁹, quando este executa a função administrativa. Qualquer inovação no controle imposto pela Carta Constitucional, seja por legislação complementar, ordinária ou pelas Constituições Estaduais (quando da instauração de suas próprias Cortes de Contas, por exemplo), pode implicar em ofensa ao princípio da separação dos Poderes, visto que, de acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “(...) o controle constitui exceção a esse princípio, não podendo ser ampliado fora do âmbito constitucional”³⁰. Acrescenta-se que o controle exercido pelo Legislativo pode ser classificado como de dois tipos: político e financeiro, em que este último conta a com a ajuda essencial do Tribunal de Contas da União e vê-se disciplinado entre os arts. 70 a 75 da Constituição vigente.

De acordo com José dos Santos Carvalho Filho, o controle financeiro, consubstanciado no caput do referido art. 70 pode ser conceituado como “(...) aquele exercido pelo Legislativo sobre o Executivo, o Judiciário e sobre sua própria administração no que se refere à receita, à despesa e à gestão dos recursos públicos”³¹.

Nesse sentido, fica evidente que quando estudamos o controle exercido pelos Tribunais de Contas, via de regra, falamos de sua natureza vinculada ao Poder Legislativo, isso porque a Constituição Federal de 1988, no já mencionado art. 71 expressamente vincula um ao outro para o exercício do controle externo da Administração Pública. Nesse sentido, muitas são as teorias que compreendem o Tribunal de Contas da União como uma estrutura subalterna ao Congresso Nacional, entretanto, o mesmo dispositivo lhe confere constitucionalmente competências e prerrogativas próprias, que fazem a muitos questionar sobre suas eventuais dependência ou independência:

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

²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, pp.805-806.

³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 806.

³¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.1042.

- I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;
 - II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;
 - III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;
 - IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;
 - V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;
 - VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;
 - VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;
 - VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;
 - IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;
 - X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;
 - XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.
- § 1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.
- § 2º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.
- § 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.
- § 4º O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades.

A importância da atuação controladora do Tribunal de Contas da União também possui um aspecto de impacto social, vez que a atuação do controle externo deve identificar falhas e oportunidades de melhorias dentro da regulação realizada pelo Ente Administrativo sob as vestes de ato discricionário, evitando que as decisões adotadas sejam inconsistentes e questionáveis, além de descasadas com a finalidade legal. Phillip Gil França, ao analisar o tema, com fundamento na atuação das agências reguladoras independentes, citando o ministro do Tribunal de Contas da União Walton Alencar Rodrigues, considera que esse controle

colabora para que as agências reguladoras não sejam cooptadas por interesses das entidades reguladas ³².

3.1. Evolução Histórica do Tribunal de Contas da União

As primeiras noções de controle foram introduzidas ainda no período colonial, inicialmente pelas ordenações Manoelinas (1516) e Filipinas (1591). Em 1516, o Rei de Portugal D. Manoel I baixou o Regimento da Fazenda que operacionalizava toda a arrecadação pública por meio do contrato de arrematação e implantava o sistema de Governadores-Gerais (1549), criando o cargo de Provedor-Mor das Contas.

Foi em 1580 que o reino português, sob domínio espanhol, teve determinada a criação do Conselho da Fazenda, unificando o controle das finanças do Reino, Índia, África e outros. Em 1808, D. João VI, ao mudar-se para o Brasil com a Família Real, instalou o chamado Erário Régio e criou o Conselho da Fazenda no Brasil, que tinha como atribuição: acompanhar a execução da despesa pública.

Com a proclamação da independência do Brasil, transformou-se o Erário Régio no Tesouro, sendo previstos os primeiros orçamentos e balanços gerais.

A criação de um Tribunal de Contas foi inicialmente mencionada em junho de 1826 por iniciativa de Felisberto Caldeira Brandt, Visconde de Barbacena, e de José Inácio Borges, que apresentaram projeto de lei propondo uma Corte de Contas ao Senado do Império. Gecilda Esteves Silva ao fazer o resumo histórico do período coloca:

As discussões em torno da criação de um Tribunal de Contas durariam quase um século, polarizadas entre aqueles que defendiam a sua necessidade - para quem as contas públicas deviam ser examinadas por um órgão independente -, e 51 aqueles que o combatiam, por entenderem que as contas públicas podiam continuar sendo controladas por aqueles mesmos que as realizavam. No Brasil, a idéia da criação do Tribunal de Contas foi lançada por Manuel Alves Brandão, em 1845, como órgão que exerceria o controle das ações públicas no que concerne às políticas adotadas pelo governo vigente à época. Porém somente com a Proclamação da República, em 1889, este tipo de Tribunal foi criado, mediante o Decreto 966-A, de 07/11/1890, com o objetivo de ser um corpo de magistratura intermediária à administração e à legislatura, com atribuições de revisão e julgamento, cercado de garantias contra quaisquer ameaças que pudessem evitar que o exercício de suas funções se tornasse inútil. A Constituição de 1891 institucionalizou o Tribunal e

³² FRANÇA. Phillip Gil França. *Controle da Administração Pública: combate à corrupção, discricionariedade administrativa e regulação econômica*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.123.

conferiu-lhe competências para liquidar as contas da receita e da despesa e verificar a sua legalidade antes de serem prestadas ao Congresso Nacional³³.

A efetiva instalação do Tribunal ocorreu tão somente em 1893, já na Primeira República, por meio do então Ministro da Fazenda do governo de Floriano Peixoto, Serzedello Corrêa.

Em sua origem, o Tribunal tinha entre suas atribuições: exame, revisão e julgamento de todas as operações relacionadas com a receita e a despesa da União. Com o passar do tempo, a atuação do Tribunal de Contas foi sendo alterada, por vezes ampliada ou mesmo diminuída.

Na Constituição de 1934, o Tribunal recebeu novas atribuições, tais como: acompanhar a execução orçamentária, fazer o registro prévio de despesas e contratos, julgar as contas dos responsáveis por bens e dinheiro públicos, apresentar parecer prévio sobre as contas do Presidente da República – antes de seu encaminhamento à Câmara dos Deputados.

De acordo com ESTEVES: “(...)com exceção do parecer prévio sobre as contas presidenciais, todas as demais atribuições do Tribunal foram mantidas pela Carta de 1937”³⁴. Na Constituição de 1946, adicionou-se uma nova e importante atribuição ao Tribunal de Contas: o julgamento da legalidade das concessões de aposentadorias, reformas e pensões.

Já a Constituição de 1967, editada já durante a Ditadura Militar, como expressão de autoritarismo característico e com fim de extirpar o controle legítimo das finanças públicas: retirou do Tribunal o exame e o julgamento prévio dos atos e dos contratos geradores de despesas, muito embora previsse que não haveria prejuízo do exercício dessa competência para apontar irregularidades que, em tese, se não sanadas, seriam representadas ao Congresso Nacional. Ademais, foi excluído do âmbito de atribuições do TCU o julgamento da legalidade de concessões de aposentadorias, reformas e pensões, restringindo-se a atuação deste Tribunal, apenas, a apreciação da legalidade para fins de registro. A fiscalização financeira do Estado pelo Parlamento, na época, sofreu duros golpes e restou, em muitos pontos importantes, esvaziadas.

³³ SILVA. Gecilda Esteves. *Os Tribunais De Contas E O Controle Social: A Proposta De Criação De Uma Ouvidoria Para O Tribunal De Contas Do Estado Do Rio De Janeiro E Sua Importância No Processo Democrático Fluminense*. Dissertação de Mestrado. Fundação Getúlio Vargas, 2009, p.50. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/3574/GECILDA.pdf>> Acesso em: 28.03.2019.

³⁴ SILVA. Gecilda Esteves. *Os Tribunais De Contas E O Controle Social: A Proposta De Criação De Uma Ouvidoria Para O Tribunal De Contas Do Estado Do Rio De Janeiro E Sua Importância No Processo Democrático Fluminense*. Dissertação de Mestrado. Fundação Getúlio Vargas, 2009, p.51. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/3574/GECILDA.pdf>> Acesso em: 28.03.2019.

Foi apenas com a Constituição de 1988 – Constituição Cidadã - que o Tribunal de Contas da União teve a sua jurisdição e competência ampliadas, recebendo poderes para, no auxílio ao Congresso Nacional: exercer a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, à legitimidade e à economicidade e a fiscalização da aplicação das subvenções e da renúncia de receitas. Nesse sentido, lembra-se que:

Qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária, tem o dever de prestar contas ao TCU³⁵.

3.2. Natureza do Tribunal de Contas da União

Para José dos Santos Carvalho Filho, o Tribunal de Contas da União é órgão integrante do Congresso Nacional. No entanto, a natureza da Corte de Contas Federal é motivo de divergência doutrinária, especialmente com relação à sua condição subordinada ao Poder Legislativo ou não.

André Rosilho, ao tratar da evolução histórica do TCU, lembra que a própria Assembleia Nacional Constituinte – ANC teve muitas dúvidas sobre como qualificar a atuação do Tribunal antes de descrevê-lo como “auxiliar do Congresso Nacional”³⁶. Em audiência pública realizada pela Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo – instaurada dentro da ANC – o então Ministro do Supremo Tribunal Federal Sydney Sanches fez provocações que até hoje reverberam na doutrina: a) a qual Poder deverão pertencer os tribunais de contas?; b) se não pertencerem a Poder algum, serão órgãos soltos na tripartição dos Poderes?

O questionador Ministro Sydney Sanches logo se manifestou, sem solver a questão levantada: “todo Poder deve estar sujeito ao controle. Minha colocação é a de que não se deve controlar externamente apenas o Judiciário, mas todos os Poderes (...) um Tribunal de

³⁵ SILVA. Gecilda Esteves. *Os Tribunais De Contas E O Controle Social: A Proposta De Criação De Uma Ouvidoria Para O Tribunal De Contas Do Estado Do Rio De Janeiro E Sua Importância No Processo Democrático Fluminense*. Dissertação de Mestrado. Fundação Getúlio Vargas, 2009, p.53. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/3574/GECILDA.pdf>> Acesso em: 28.03.2019.

³⁶ ROSILHO. André Janjácomo. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União* (Tese de doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 46.

Contas poderia ser um órgão de controle de contas dos três Poderes e não pertencer a nenhum deles. Só que fica sem sustentáculo, sem uma base”³⁷.

Odete Medauar, mesmo diante do texto constitucional de 1988, considera que os Tribunais de Contas não estariam vinculados a nenhum Poder e que a própria Constituição teria lhe reservado essa autonomia quando lhe atribuiu a mesma independência garantida ao Poder Judiciário, de acordo com a Administrativista:

Se a sua função é de atuar em auxílio ao Legislativo, sua natureza, em razão das próprias normas da Constituição, é de instituição independente, desvinculada da estrutura de qualquer dos três poderes. Por conseguinte, o Tribunal de Contas configura instituição *estatal independente*³⁸.

Pois bem, ainda que haja divergência sobre a natureza do controle exercido pelo Tribunal de Contas da União, se subordinado ou não ao Congresso Nacional, de fato, concordamos com o posicionamento de CARVALHO FILHO, eis que o texto constitucional foi claro ao determinar seu caráter auxiliador ao Legislativo Federal.

Cabe ainda aqui um parêntese quanto aquelas posições que estudam não a natureza do órgão, mas sim a natureza de suas funções ou atribuições (será que essas naturezas se confundem?), Hélio Saul Mileski, ao dissertar sobre a natureza das funções do Tribunal de Contas, aponta uma grande divergência doutrinária também sobre esse tema, parte-se, então, de uma premissa: “As funções do Tribunal de Contas são essencialmente de fiscalização sobre a atividade financeira do Estado. No entanto, (...) há que se perquirir qual a natureza dessas funções (...)”³⁹. Nesse sentido, o autor reconhece que o Tribunal de Contas participa – o que entendemos como pertence – do Poder Legislativo, mas não detém atividade legislativa formal, aponta-se, entretanto, que o TCU colabora com a feitura de leis que são de seu interesse, mediante poder de iniciativa, e menciona como exemplo: a criação de cargos do próprio Tribunal.

Entendemos que a análise feita, em verdade, é um reconhecimento da contaminação das funções típicas do Estado como um todo – administrar, legislar e julgar – sobre o TCU, é dizer, deve-se ter em mente que o Tribunal de Contas como órgão do Estado foi criado para realização de uma função preponderante – no caso a fiscalização financeira

³⁷ Assembleia Nacional Constituinte – Ata de Comissões, Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo, 2ª reunião de audiência pública, 6.5.1987, p.36.

³⁸ MEDAUAR. Odete. *Controle da Administração Pública*. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.153.

³⁹ MILESKI. Helio Saul. *O Controle da Gestão Pública*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 246.

dos Poderes – e que, assim como os demais órgãos estatais, é contaminado por funções atípicas. No nosso sentir, se a função típica do TCU é a fiscalização financeira a grande questão é identificar a proximidade dessa atividade com as três funções básicas do Estado já mencionadas, ou mesmo, reconhece-la como uma função autônoma. Sendo este último o caso, em verdade, seria até mesmo sustentável a independência do Tribunal de Contas da União dos demais Poderes, ou seja, como uma controladoria/auditoria independente, o que nos parece o caso para ser considerado no desenvolvimento do controle da Administração Pública futura, eis que a norma prescritiva constitucional que vincula o TCU ao Poder Legislativo parece-nos retirar-lhe muito da independência para fiscalização necessária ao Poder Público.

A verdade é que o grande debate doutrinário trata de eventual função jurisdicional do Tribunal de Contas, especialmente por sua competência para “julgar as contas”. Assim, retornamos à análise de MILESKI, que enumera alguns importantes juristas que defendem a proximidade das atividades de controle financeiro do TCU com a função jurisdicional, entre eles: Pontes de Miranda, que ao analisar as Constituições de 1934 e 1937, defendeu que a função de julgar as contas era claríssima:

Desde 1934, a função de julgar as contas está claríssima no texto constitucional. Não havemos de interpretar que o Tribunal de Contas julgue, e outro juiz re-julgue depois. Tratar-se-ia de ‘bis in idem’. Ou o Tribunal de Contas julga ou não julga⁴⁰.

Outros autores de notada importância para o Direito Administrativo defendem que o Tribunal de Contas possuem função judicante, pelo menos quanto julgamento das contas de responsáveis por bens e valores públicos, citamos Seabra Fagundes, Themístocles Brandão Cavalcanti, entre outros⁴¹. Esta, no entanto, não é a posição majoritária da doutrina administrativista, isso porque a voz imperante posiciona-se no sentido das funções do Tribunal de Contas possuírem natureza administrativa, argumenta-se que, no Brasil, vigora o princípio da jurisdição una e, portanto, o monopólio da atividade de prestação jurisdicional é do Poder Judiciário, tendo em vista sua competência expressa constitucionalmente pelo art. 5º, inc. XXXV, da CF/88.

A unidade de jurisdição e o princípio da inafastabilidade do Judiciário somam-se para enfraquecer a tese de que o Tribunal de Contas da União teria alguma função jurisdicional, quanto a este último princípio devemos observar que, diferente do que colocava

⁴⁰ MIRANDA. Pontes. *Comentários à Constituição de 1946*. Apud MILESKI. Helio Saul. *O Controle da Gestão Pública*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 246.

⁴¹ MILESKI. Helio Saul. *O Controle da Gestão Pública*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 248.

Pontes de Miranda, as decisões do TCU podem ser reanalisadas pelo Poder Judiciário e, até mesmo anuladas. Essa justificativa se torna ainda mais plausível quando entendemos que o julgamento das contas realizado pelo Tribunal de Contas deve ater-se às normas legais, ou seja, ao princípio da legalidade. O que, em tese, seria papel do TCU é a análise financeira dos atos daqueles que fazem as vezes do Poder Público, seja na forma opinativa ou pelo julgamento administrativo, com fundamento único e exclusivo na Lei. Não há, repisa-se: ao menos em tese, qualquer atividade política ou discricionária do Tribunal ao analisar ou julgar contas daqueles que cuidam de dinheiros públicos, o que ocorre é a verificação por este órgão se o ato administrativo adotado pelo Administrador cumpriu ou não os requisitos legais, não tendo cumprido, se gerou ou não prejuízo aos cofres públicos.

A análise de legalidade dos atos administrativos é também uma função do Poder Judiciário, o que se coaduna com a máxima desse Poder: “*da mihi factum, dabo tibi jus*” (“dê-me os fatos que te dou o direito”). Ao menos na sua gênese, ao Judiciário caberia unicamente a aplicação das leis aos casos concretos. Para os atos do Poder Público, cabe ao Judiciário ainda mais adstrição à lei, evitando-se entrar no mérito administrativo, cuja prerrogativa é do titular do Executivo (ou do Poder que esteja realizando a função administrativa, ainda que atípica), legitimamente para tal.

Para Hely Lopes Meirelles há uma diferença natural entre controle jurisdicional e judicial, nesse sentido explicou que a jurisdição consiste na “atividade de dizer o direito”, podendo dizê-lo tanto Poder judiciário como o Executivo e até mesmo o Legislativo, quando interpretam e aplicam a lei. Nesse sentido, reconhece ainda que “Todos os Poderes e órgãos exercem ‘jurisdição’, mas somente o Poder Judiciário tem monopólio da jurisdição ‘judicial’, isto é, de dizer o direito com força de coisa julgada”⁴².

Interessante essa posição, uma vez que ele considera a atividade jurisdicional como passível de ser realizada por todos os órgãos e poderes, no entanto, por outro lado, reconhece também que quando exercida pelo Poder Judiciário é dotada de certa superioridade em relação aos demais. Note-se que esse posicionamento, que reconhece a jurisdição judicial como uma espécie do gênero “jurisdição” é, por vezes, muito criticada na doutrina – não só administrativista como processualista também. No entanto, há quem o acompanhe, MILESKI, por exemplo, defende fundamentadamente e adota posição com a qual concordamos:

⁴² MEIRELLES, Hely Lopes. A administração pública e seus controles. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 114, p. 23-33, nov. 1973, p. 23. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/38799>>. Acesso em: 24 Mar. 2019.

Jurisdição é Poder do Estado, Processo é tão somente o meio pelo qual se busca solucionar o conflito ou estabelecer um direito, fazendo com que o Estado exercite seu poder de jurisdição. Processo é instrumento da jurisdição. Como instrumento, ele pode ser utilizando tanto na órbita administrativa – como na órbita judicial – processo judicial (CPC, CPP, etc.) – para ser obtida a proteção jurisdicional do Estado, ele o exercita ou pode exercitá-lo tanto na função administrativa como na judicial, dizendo dos efeitos de cada circunstância, sem que ocorra qualquer violência aos princípios técnicos- científicos. Tanto que a Constituição, de forma expressa, estabelece que o Tribunal de Contas da União tem *jurisdição* em todo território nacional (art. 73 da CF)⁴³.

Em linhas gerais, quando analisam os atos do administrador tanto o Tribunal de Contas quanto o Judiciário concorrem ao mesmo campo de atuação, mas o que vem se reconhecendo na doutrina é que essa concorrência não existe, pois a este último cabe a última palavra, eis que personaliza o poder jurisdicional, enquanto o primeiro não é assim considerado. É possível dizer que o Judiciário será a instância de revisão das decisões do Tribunal de Contas, instância essa que poderá ser acionada por todos aqueles que entenderem como “ameaçado” ou “violado” seus direitos em razão das referidas decisões, que muitos consideram como meramente administrativas. Nesse sentido, MILESKI:

Efetivamente, não se pode dizer que as funções do Tribunal de Contas sejam de natureza jurisdicional, com o mesmo caráter judicial de definitividade, expressando coisa julgada, na medida em que suas decisões são passíveis de revisão pelo Poder Judiciário. Portanto, mesmo quanto na Corte de Contas procede o julgamento das contas dos responsáveis por bens e valores públicos, exercendo uma competência constitucional própria, exclusiva e indelegável, ainda sim, não há como se negar a natureza administrativa de suas funções.⁴⁴

Há ainda aqueles que classificam as decisões dos Tribunais de Contas como de natureza própria ou *suis generis*, vez que seu reconhecimento como decisões meramente administrativas não seria justo, posto que são reconhecidas as peculiaridades inerentes às suas funções, em especial quanto julgamento das contas das autoridades máximas dos três Poderes de Estado. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao filiar a essa posição coloca:

(...) pode-se afirmar que a decisão do Tribunal de Contas, se não se iguala à decisão jurisdicional, porque está também sujeita ao controle pelo Poder Judiciário, também não se identifica com a função puramente administrativa. Ela se coloca em meio caminho entre uma e outra. Ela tem fundamento constitucional e se sobrepõe à decisão das

⁴³ MILESKI. Helio Saul. *O Controle da Gestão Pública*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 251.

⁴⁴ MILESKI. Helio Saul. *O Controle da Gestão Pública*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 249.

autoridades administrativas, qualquer que seja o nível em que se insiram na hierarquia da Administração Pública, mesmo no nível máximo da Chefia do Poder Executivo⁴⁵.

Assim, filiamo-nos ao entendimento de que o Tribunal de Contas da União, sendo estrutura que integra o Estado, exerce função de fiscalização sobre a atividade financeira estatal e, quando julga as contas daqueles que as devem prestar, exerce espécie de jurisdição administrativa, vez que encarregado de dizer qual/quais conduta(s) o direito prescreve para o caso específico. Deve dizer o direito em consonância com o ordenamento jurídico vigente para que a sua atuação financeira seja dirigida ao interesse público, atendendo aos princípios constitucionais administrativos, em especial, a legalidade, legitimidade e economicidade, tudo isso para que os recursos públicos sejam utilizados de maneira regular. Nesse sentido, sintetiza MILESKI a posição que também adotamos:

(...) não sendo de natureza judicial as funções do Tribunal de Contas, também não podem ser consideradas meramente administrativas. São de caráter administrativo, mas com a qualificação do poder jurisdicional administrativo, que derivam de competência constitucional expressamente estabelecida, coma delimitação do poder de conhecer e julgas as contas prestadas pelos administradores públicos⁴⁶.

3.3. Das Atribuições do Tribunal de Contas da União

As atribuições do Tribunal de Contas da União são das mais variadas e se encontram relacionadas no já mencionado – e transcrito – art.71 da Constituição Federal. As funções básicas do TCU encontram-se relacionadas no referido dispositivo constitucional e, pelo princípio da simetria constitucional, podem ser aplicadas às demais Cortes de Contas existentes sejam em nível Estadual ou Municipal (no Brasil, há apenas dois Tribunais de Contas Municipais: em São Paulo e no Rio de Janeiro).

Inicialmente, é responsável pela **(i) apreciação das contas do Presidente da República (art. 71, I)**, o termo “apreciar” restringe-se à emissão de parecer meramente opinativo, visto que a competência para julgar as contas do chefe do Poder Executivo é do Congresso Nacional. Há, inclusive, decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o tema entendendo que a competência para julgamento das contas restringe-se àquelas que pertencem aos demais administradores e não ao Presidente da República:

⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Coisa julgada: aplicabilidade às decisões do Tribunal de Contas da União. *Revista de Contas da União*, Brasília, v.27, n.70, p.23, out/dez.

⁴⁶ MILESKI. Helio Saul. *O Controle da Gestão Pública*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 252.

No âmbito das competências institucionais do Tribunal de Contas, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a clara distinção entre: 1) a competência para apreciar e emitir parecer prévio sobre as contas prestadas anualmente pelo Chefe do Poder Executivo, especificada no art. 71, inciso I, CF/ 88; 2) a competência para julgar as contas dos demais administradores e responsáveis, definida no art. 71, inciso II, CF/88 (ADI nº 1.779-1/PE, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 14.9.2001; ADI nº 1.140-5/RR, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 26.9.2003; ADI nº 849-8/MT, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 23.4.1999).

No primeiro caso, **cabe ao Tribunal de Contas apenas apreciar, mediante parecer prévio, as contas prestadas pelo Chefe do Poder Executivo.** A competência para julgar essas contas fica a cargo do Congresso Nacional, por força do art. 49, inciso IX, da Constituição.

Na segunda hipótese, **a competência conferida constitucionalmente ao Tribunal de Contas é de julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta,** incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio, ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário (art. 71, II, CF/88).⁴⁷

É ainda competência do TCU (ii) **auditar todas as unidades administrativas dos três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e entidades da Administração Indireta,** conforme prevê o inc. IV do art. 71 da CF/88. No entanto, a jurisprudência tem decidido que lhe é vedado exercer controle sobre entidades administrativas vinculadas a ente federativo diverso, sob a alegação de que atuar dessa forma não está em consonância com a competência constitucional que lhe foi atribuída:

EMENTA: 1. TERRACAP. 2. Determinação de Tomada de Contas Especial pelo Tribunal de Contas da União. Suposta “grilagem” de terras. 3. Ato de decretação de indisponibilidade dos bens de dirigentes da TERRACAP. 4. Preliminar de decadência rejeitada. 5. Incompetência do TCU para fiscalização da TERRACAP. Sociedade de economia mista sob controle acionário de ente da federação distinto da União. 6. Ordem deferida⁴⁸.

Ainda sobre o tema da Administração Indireta, é competência do TCU fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais que tenham como acionista a União Federal, nos termos do art. 71, V.

Nesse aspecto, cabe ainda mencionar que o art. 71, II, fala que é competência do TCU **julgar** as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da Administração Direta e Indireta, além das contas daquelas que provarem a perda, o extravio ou outra irregularidade que cause prejuízo ao erário.

Sobre essa competência, permitimo-nos fazer uma análise mais demorada:

⁴⁷ STF. Reclamação nº 10.456 MC/CE. Relator: Ministro Gilmar Mendes, julg. em 20.08.2010.

⁴⁸ STF. Mandado de Segurança nº 24.423-2 – DF. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 10.09.2008.

Note-se que o termo “julgar” trazido pelo dispositivo é utilizado pelo Constituinte em sentido amplo e não confere ao Tribunal de Contas, cuja atuação é eminentemente um misto de função administrativa com jurisdicional, qualquer poder que afaste a atuação do Judiciário. Fica resguardada a possibilidade de este último, caso provocado, analisar as decisões proferidas pelo Tribunal de Contas da União. Como dissemos em páginas anterior, há ainda aqueles que entendem a atuação do TCU como eminentemente administrativa, sendo que toda jurisdição seria unicamente exercida pelo Poder Judiciário. Para esse último grupo de administrativistas, o Tribunal de Contas, então, não teria qualquer atribuição/competência de julgamento, de tal sorte o real significado da expressão seria **apreciar, examinar, analisar**⁴⁹.

CARVALHO FILHO lembra que o exame realizado pelo TCU, bem como por qualquer outra Corte de Contas, também é passível de controle pelo Poder Judiciário, caso contaminado de vício de legalidade⁵⁰.

CRETELLA JUNIOR, em seu Manual de Direito Administrativo, comentava:

As decisões dos Tribunais de Contas não são decisões judiciais, porque ele não julga. Não profere julgamento nem de natureza cível, nem de natureza penal. As decisões proferidas dizem respeito à regularidade intrínseca da conta, e não sobre a responsabilidade do exator ou pagador ou sobre a imputação dessa responsabilidade⁵¹.

Como vimos acima, a discussão sobre o exercício da função jurisdicional pelo Tribunal de Contas é controvertida na doutrina, muito embora se reconheça que não se pode ser afastada a atuação do Poder Judicial e que apenas o Judiciário pode fazer coisa julgada material, de tal maneira que, em eventual discussão jurídica submetida à sua análise – em especial no diz respeito ao controle financeiro como atividade Estatal – a palavra final é do Poder Judiciário e não do Tribunal de Contas. Nosso posicionamento é no sentido de que o Tribunal de Contas pode exercer em certo grau poder jurisdicional, e o fato de haver a possibilidade de um controle *a posteriori* pelo Judiciário, não reduz o grau de importância

⁴⁹ Mesmo aqueles que defendem a autonomia do Tribunal de Contas da União em relação ao Poder Legislativo concordam que este órgão não possui qualquer poder jurisdicional, sendo este o papel do Poder Judiciário. Há, no entanto, algumas vozes dissidentes das quais destacamos: PONTES DE MIRANDA, SEABRA FAGUNDES E JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES, conforme aponta Rodrigo Valgas dos Santos em sua obra *Procedimento Administrativo nos Tribunais de Conta e Câmaras Municipais*. VALGAS DOS SANTOS. Rodrigo. *Procedimento Administrativo nos Tribunais de Conta e Câmaras Municipais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 61.

⁵⁰ CARVALHO FILHO. José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.1042.

⁵¹ CRETELLA JUNIOR. José. *Manual de Direito Administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Forense, 1984, p. 49.

das decisões tomadas pela Corte de Contas, não há tornam, assim menos vinculativas ou meramente administrativas.

A seguir, cabe destacar o papel do TCU em (iii) **fiscalizar a aplicação de recursos repassados pela União emitindo parecer conclusivo sobre aspectos de legalidade, legitimidade economicidade, por força do art. 71, VI;** competência essa sobre a qual nos debruçaremos com maior atenção nos tópicos seguinte.

Faz-se necessário ainda mencionar sua competência para: apreciar a legalidade dos atos de admissão de pessoal e as concessões de aposentadoria (art. 71, III); aplicar sanções aos responsáveis por conduta ilícita quanto ao processo de despesas públicas e fixar prazos para que órgãos e entidades adotem providências para o fiel cumprimento da lei (art. 71, VIII e IX), e, em caso de não haver manifestação, justificativa e/ou atendimento à providência determinada, sustar a execução de ato impugnado, tendo como obrigação posterior comunicar tal fato à Câmara e ao Senado Federal (art. 71, X).

Interessante anotar a interpretação de Maria Sylvia Zanella Di Pietro que, ao estudar o tema e dissertar sobre as atribuições prescritas no art. 71 da Constituição Federal de 1988, tipifica funções, ressaltando que o controle externo em nossa atual Carta Constitucional foi consideravelmente ampliado. Entendendo-se o dispositivo em comento sob os seguintes aspectos:

1. **Fiscalização Financeira:** ocorre quando o Tribunal de Contas da União faz ou recusa registro de atos de admissão de pessoal – com exceção dos cargos em comissão -e ou de concessão inicial de aposentadorias, reforma ou pensão; além dos casos de fiscalização de recursos repassados pela União a Estado, Distrito Federal ou a Município, por convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos;
2. **Consulta:** emissão de parecer prévio sobre as contas que devem ser prestadas anualmente pelo Presidente da República;
3. **Informação:** ocorre pela prestação ao Congresso Nacional de informações relativas à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, além dos resultados de auditorias e inspeções que foram realizadas pelo TCU;
4. **Julgamento:** trata-se do que alguns chamam do exercício da função, em alguma parte, jurisdicional do Tribunal de Contas, quando **julga** as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, além das contas daqueles

que derem causa à perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao Erário Público⁵².

5. **Sancionatórias:** trata-se da aplicação aos responsáveis, nos casos de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções legais. Nesse caso, a Lei é responsável por estabelecer, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado aos cofres públicos.
6. **Corretivas:** o Tribunal de Contas da União pode determinar que órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta adote as providências necessárias para o exato cumprimento da lei, prescrevendo prazo para tanto, em caso de ilegalidade. Ademais, tem a possibilidade de sutar o ato administrativo ilegal, caso não tenha sido atendido. Comunicando obrigatoriamente sua decisão ao Congresso Nacional. De acordo com o art. 71, §1º, da Constituição Federal, no caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso, que deverá solicitar imediatamente ao Poder Executivo a adoção das medidas cabíveis. Nota-se que se o Congresso Nacional ou o Executivo permanecerem inertes com relação à adoção das medidas cabíveis: o Tribunal de Conta decidirá a respeito⁵³.
7. **Ouvidoria:** o Tribunal de Contas da União tem como atribuição receber denúncia de irregularidades ou ilegalidades feitas pelos órgãos do controle interno ou por cidadãos, partidos políticos, associações ou sindicatos, conforme previsto pelo art. 74, §§ 1º e 2º.

3.4. Limites ao dever controlador do Tribunal de Contas da União: discricionariedade e mérito dos atos administrativos

Em que pese todas as prerrogativas constitucionais atribuídas ao Tribunal de Contas da União no exercício do controle externo, ressalta-se que seu dever controlador está

⁵² Aqui, devemos fazer um parênteses, para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, diferentemente do que ocorre com a visão com a qual nos filiamos, não haveria função jurisdicional nos julgamentos do Tribunal de Contas – muito embora a autora, em capítulo específico comentado nessa monografia, tenha como entendimento que as decisões dessas corte não podem ser compreendidas como meramente administrativas. Nesse sentido destacamos seu posicionamento: “(...) embora o dispositivo fale em ‘julgar’ (inciso II do art. 71), não se trata de função jurisdicional, porque o Tribunal apenas examina as **contas**, tecnicamente, e não aprecia a responsabilidade do agente público, que é de competência exclusiva do Poder Judiciário; por isso se diz que o julgamento das contas é uma questão prévia, preliminar, de competência do Tribunal de Contas, que antecede o julgamento do responsável pelo Poder Judiciário”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.809.

⁵³ Sobre o tema, Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “(...) isto constitui inovação da Constituição de 1988, já que, na anterior, a decisão final, de natureza puramente política, ficava com o Congresso Nacional”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.809.

limitado pela análise do mérito dos atos administrativos, visto que, em princípio, este não poderá ser passível de revisão pelo TCU – mesma vedação que já mencionamos ao Poder Judiciário. O que é passível e deve ser realizado pela Corte de Contas é a verificação de conformação legal, alguns defendem que essa análise poderá ser feita mesmo sobre o aspecto discricionário da decisão, a partir da análise de menor impacto econômico possível ao erário. Há quem ainda, diante desse contexto, e sob a discussão do exercício ou não de atividade jurisdicional pelo Tribunal de Contas considere que este não pode adentrar o mérito do ato administrativo, o que somente poderia ser feito pela própria Administração Pública e pelo Poder Judiciário. Nesse sentido PHILLIP GIL FRANÇA:

(...) vale lembrar que o controle da discricionariedade não se equivale à amplitude concedida ao Estado-Juiz, no cumprimento da prestação de adequada tutela jurisdicional. Isto é, a plena análise subjetiva do mérito dos atos das agências reguladoras independentes, por exemplo, cabe apenas ao controle interno da respectiva representante da Administração e do Judiciário, a partir dos critérios próprios de sindicabilidade do mérito administrativo do Executivo.

No entanto, na eventualidade de tal ato trazer reflexos econômicos que extrapolem a legalidade, moralidade, ou sejam desconformes ao interesse público, encontra-se certamente a necessidade de atuação efetiva do Tribunal de Contas, verificando e apurando a suposta ilegalidade encontrada no respectivo ato regulatório rotulado como discricionário⁵⁴.

Com a devida vênia, não concordamos com a posição adotada por FRANÇA e explicamos: o que entendemos de sua exposição é simplificada que o controle judicial teria maior abrangência sobre o mérito do ato administrativo discricionário que o controle exercido pelo Tribunal de Contas da União. Em verdade, o que ocorre não é a amplitude do controle, mas sim da matéria. O controle (e seus limites) é o mesmo: nem o Judiciário, nem o TCU podem, no exercício regular de suas competências, decidir sobre o mérito do ato administrativo discricionário, visto que este é resultado do exercício do poder político pelo Poder Executivo, e atuar no sentido de controlar esse ato é, na verdade, violar o princípio da separação dos poderes e, no seu aspecto prejudicial máximo, substituir a legalidade da escolha discricionária do Executivo por uma arbitrariedade do Poder Judiciário ou da Corte de Contas Federal. Ou seja, **em linhas gerais tanto o TCU como o Judiciário devem analisar os atos administrativos discricionários restritivamente sob o aspecto da legalidade.**

No entanto, é bem verdade que as matérias que podem ser analisadas pelo TCU são restritas às questões financeiras do Estado, ao balizamento legal dos atos que de alguma

⁵⁴ FRANÇA. Phillip Gil França. *Controle da Administração Pública: combate à corrupção, discricionariedade administrativa e regulação econômica*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.123.

maneira relacionam-se com o dinheiro público, nesse sentido, a extensão de sua atuação material está descrita pelo art. 71 da Constituição Federal de 1988. O mesmo, entretanto, não é verdadeiro naquilo que diz respeito à atuação do Poder Judiciário, a este Poder não cabe julgar prioritariamente as contas públicas, não se trata de uma competência que lhe é característica - e nem poderia ser, pois a análise dessas contas é atividade que ocorre sem provocação, é poder-dever do TCU, o que não é compatível com as atividades judiciais, as quais são regidas pelo princípio da inércia, vez que o Judiciário não pode agir de ofício, mas somente mediante prévia provocação (ao judiciário não cabe a análise corriqueira, *compliance, accountability*, das contas públicas). Ao Judiciário cabe analisar e julgar qualquer matéria que – por pretensa lesão ou ameaça a direito – for levada ao seu conhecimento, sendo de impacto direto, indireto ou havendo nenhum impacto sobre os cofres públicos (um exemplo seria o julgamento de atos atentatórios aos princípios administrativos, conforme art. 11, *caput*, da Lei Federal nº 8.429/1992).

Assim, concluímos que a amplitude das matérias julgadas pelos Tribunais Judiciais é maior que a dos Tribunais de Contas, visto que sob a atuação dos primeiros está toda e qualquer lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, CF/88), enquanto aos segundos cabe estritamente a análise e julgamento dos atos administrativos que dizem respeito à atuação financeira do Estado. Em contrapartida, o agir de ambos – Poder Judiciário e Tribunal de Contas da União – esbarra na análise do mérito administrativo e da discricionariedade, que lhes é vedada, visto que poderá configurar violação ao princípio da separação dos Poderes. Atuam, pois, no restrito julgamento da legalidade (e da Constitucionalidade, conforme o caso concreto – como se verá nos capítulos seguintes).

3.5. A atuação do Tribunal de Contas da União

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o art. 70 da Constituição Federal de 1988 nos permite inferir algumas normas básicas com relação à atuação do Tribunal de Contas da União: (i) quanto à **atividade controlada** e (ii) quanto aos **aspectos controlados** (legalidades dos atos, legitimidade, economicidade, fidelidade funcional, controle de resultados de cumprimento de programas de trabalhos e metas⁵⁵).

A **atividade** controlada diz respeito à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, permitindo verificar a contabilidade das receitas e

⁵⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.808-810.

despesas, da execução do orçamento, dos resultados e dos acréscimos e reduções patrimoniais.

Em relação aos aspectos controlados, temos que o controle externo, exercido pelo Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas da União, deve **controlar a legalidade** dos atos que tenham por finco a arrecadação de receita ou a realização da despesa, bem como nascimento ou a extinção de direitos e obrigações.

Quanto ao **controle de legitimidade**, entende-se que a Constituição o concebeu como diverso do controle de legalidade no seguinte sentido de seria possível a análise de mérito a fim de verificar se determinada despesa, embora não ilegal, teria sido ilegítima, como se, por exemplo, a decisão do Executivo não tivesse atendido a ordem de prioridade estabelecida no controle plurianual.

No que diz respeito ao **controle de economicidade**, DI PIETRO também considera que esta análise residiria dentro do mérito do ato administrativo, tendo em vista que teria como escopo verificar se o órgão teria procedido na aplicação da despesa pública de modo mais econômico, o que em tese significaria atender uma relação de custo-benefício.

Maria Sylvia também menciona o aspecto do controle relacionado com a **fidelidade funcional** dos agentes da administração por bens e valores públicos, além do **controle de resultados de cumprimento de programas de trabalho e de metas**, que seria expresso em termos monetários e de realização de obras de prestação de serviços.

Ainda sob o tema da atuação do Tribunal de Contas, faz-se um corte com relação às pessoas controladas, o que abrangeria: União, Estados, Municípios, Distrito Federal e entidades da Administração Pública Direta e Indireta, bem como quaisquer pessoas físicas ou entidade pública que “(...) utilize, arrecade, guarde ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária”⁵⁶.

⁵⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.808.

4. Análise de Constitucionalidade pelo Tribunal de Contas da União

4.1. O Controle de Constitucionalidade dos Atos Normativos

Tratamos nos capítulos anteriores acerca da natureza, atribuições e limites gerais de atuação dos Tribunais de Contas. Passamos agora a narrar acerca da possibilidade de os Tribunais de Contas efetuarem controle de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público e o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

Os ordenamentos jurídicos modernos, sobretudo aqueles organizados sob a idealização dos preceitos de nomodinâmica de Kelsen, pressupõem uma organização em modalidade “piramidal”, na qual, ao topo, assenta-se a Constituição. Essa modalidade piramidal, popularizada pela Teoria Pura do Direito, pressupõe que o fundamento de validade de uma norma somente pode ser encontrado em uma norma jurídica de hierarquia imediatamente superior.

Contudo, uma vez superado o positivismo jurídico de Kelsen, sobretudo ao fim da segunda guerra mundial, experimenta-se hoje um novo cenário jurídico, onde somente se admite a validade das normas se, além de produzidas respeitando a hierarquia das normas, seu conteúdo encontra-se materialmente em consonância com os princípios veiculados na Constituição.

Em outras palavras, não basta às normas observar meramente as formalidades para sua produção para que pertençam ao ordenamento jurídico, devendo se observar, também, se seu conteúdo se encontra adequado aos princípios que fundam um determinado ordenamento jurídico.

Assim, é na Constituição Federal, pedra angular do sistema normativo que se devem buscar os fundamentos sob os quais devem ser construídas todas as demais normas, das leis complementares às mais corriqueiras portarias.

Tipicamente, as Constituições tratam, entre outros temas, dos princípios gerais da administração pública, organização do sistema político, forma de produção de normas, bem como acerca dos direitos e garantias fundamentais.

A Constituição Federal Brasileira de 1.988 não é exceção. Ao contrário, trata-se de documento extenso, que encarta uma série de garantias individuais e princípios que devem ser observados pela Administração Pública em todas as suas esferas.

Assim, e como todo direito, ao mesmo tempo em que os direitos e garantias fundamentais instituídos no art. 5º veiculam uma norma positiva (uma possibilidade de o cidadão se resguardar e ser reparado em caso de violação), ao mesmo tempo comandam uma abstenção de toda a sociedade e da própria Administração Pública contra quaisquer condutas que injustificadamente violem aqueles direitos.

Sob a perspectiva formal, a Constituição Federal tampouco se furta quanto ao modo de produção normativa, trazendo minuciosa forma de produção legislativa, seja em relação às Emendas Constitucionais, Leis Complementares, Leis Ordinárias⁵⁷, entre outras.

Portanto, assumindo a hierarquia de normas descrita acima, todas as normas jurídicas produzidas desde uma Emenda Constitucional até a mais singela Portaria, devem gerar efeitos somente se respeitarem aos critérios de nomodinâmica (i.e. a norma foi produzida conforme a previsão constitucional, a chamada constitucionalidade formal) como também à chamada nomoestática (i.e. a norma atende aos preceitos materiais contidos em outras normas constitucionais).

Para exemplificar, estaríamos diante de uma inconstitucionalidade nomodinâmica, por exemplo, ao nos depararmos com uma Lei Complementar publicada e sancionada, que, contudo, foi somente aprovada por maioria relativa de qualquer uma das casas⁵⁸. De outro lado, por exemplo, estaríamos diante de inconstitucionalidade nomoestática, caso a mencionada Lei Complementar, embora aprovada inteiramente de acordo com o processo formal previsto na Constituição, visasse admitir no país a prática da tortura⁵⁹.

Contudo, sob pena de transformar as normas constitucionais em meras “normas programáticas”, de nada adiantaria que a Constituição Federal veiculasse um minucioso procedimento para a edição de atos legislativos se, constatada uma violação ao procedimento, não houvessem os mecanismos jurídicos adequados para extirpar essas normas eivadas de inconstitucionalidade formal do ordenamento.

De modo idêntico, tampouco adiantaria que a Constituição Federal, ao mesmo tempo em que prescreve ser proibida a realização de tortura no país se, diante da edição de

⁵⁷ O art. 59 da Constituição Federal dispõe que a produção legislativa compreende: (i) Emendas à Constituição; (ii) Leis Complementares; (iii) Leis Ordinárias; (iv) Leis Delegadas; (v) Medidas Provisórias; (vi) Decretos Legislativos; (vii) Resoluções.

⁵⁸ O art. 69 da Constituição Federal estabelece que as Leis Complementares deverão ser aprovadas por maioria absoluta dos membros do Senado Federal e da Câmara dos Deputados.

⁵⁹ Entre outros direitos feridos por tal prática manifestamente inconstitucional, citamos o art. 5º, III, que dispõe que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

uma lei emanada pelo Congresso Nacional, não prescreva no ordenamento jurídico os mecanismos aptos a extirpar tal norma.

Assim, e como prescreve Luiz Alberto David Araújo “uma vez flagrada a inconstitucionalidade de um ato normativo, deve ele ser reconhecido como inválido, impedindo-se a existência de contradição no sistema⁶⁰”.

E prosseguindo, o professor ensina que:

[...] a Constituição da República criou o controle de constitucionalidade dos atos normativos, cujo objetivo consiste num primeiro momento, em instituir barreiras à introdução de normas inconstitucionais no cenário jurídico. Caso, no entretanto, essas barreiras revelem-se ineficazes, estará armada uma segunda etapa do controle, onde a meta passará a ser o reconhecimento da inexistência da norma inconstitucional no sistema⁶¹.

A primeira etapa do Controle de Constitucionalidade, chamado Controle Preventivo, é o método pelo qual se previne a introdução de uma norma inconstitucional no ordenamento jurídico. Brevemente, trata-se um controle anterior à introdução de uma determinada norma jurídica no sistema. Se realiza, entre outros, pelas Comissões Legislativas, notadamente, à Comissão de Constituição e Justiça bem como pela possibilidade de veto de uma norma pelo Presidente da República, fundamentado na inconstitucionalidade do projeto⁶².

O controle de constitucionalidade preventivo, por estar localizado em um momento anterior à introdução de uma norma jurídica no sistema, por motivos evidentes, não poderia jamais ser adotada como parâmetro pelo Tribunal de Contas da União em julgamentos de atos administrativos, razão pela qual não nos alongaremos sobre o tema. Restaria então, ao TCU, socorrer-se do Controle Repressivo de Constitucionalidade, como passamos a tratar.

4.1.1. Controle Repressivo de Constitucionalidade

⁶⁰ ARAUJO. Luiz Alberto David. NUNES JR. Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 25.

⁶¹ ARAUJO. Luiz Alberto David. NUNES JR. Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 25.

⁶² Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

Como expusemos acima, os ordenamentos jurídicos modernos são normalmente dotados de mecanismos para prevenir que normas inconstitucionais sejam inseridas no ordenamento jurídico. Faz sentido que assim o seja, uma vez que normas inconstitucionais, por vezes, podem gerar prejuízos irreparáveis se introduzidas no ordenamento jurídico, ainda que extirpadas rapidamente.

Contudo, a experiência jurídica nos tem demonstrado que não raramente, normas inconstitucionais têm sido introduzidas no ordenamento jurídico. No mais das vezes, entretanto, não se tratam de inconstitucionalidades tão flagrantes quanto a que adotamos de exemplo (i.e. norma autorizadora da tortura).

O que se tem por mais comum, em verdade, é que a identificação da inconstitucionalidade depende de uma análise sistemática do ordenamento jurídico, seja porque uma determinada norma somente é inconstitucional em determinado caso concreto, não significando que ela é absolutamente inconstitucional. Nesse contexto, o ordenamento jurídico pátrio prevê a possibilidade do controle de constitucionalidade, tanto de forma concentrada como de forma difusa.

A primeira alternativa mencionada acima, qual seja, a forma concentrada, processa-se por meio de uma ação direta de inconstitucionalidade, de ação declaratória de constitucionalidade e pela arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Por meio do controle concentrado de constitucionalidade, o que se pretende, é extirpar uma norma em absoluto do sistema jurídico, ou seja, é reconhecer que uma determinada norma é inconstitucional não somente em um caso concreto, mas sim, em todas as hipóteses veiculadas ou, ainda, que não observou o procedimento formal previsto para sua produção (a chamada inconstitucionalidade nomodinâmica que já citamos brevemente acima).

Não pretendemos esgotar o tema dos mecanismos de controle de constitucionalidade ou entrar em minúcias de seu procedimento. Por ora, basta-nos dizer que atualmente, compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar as ações diretas de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, bem como a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

O controle difuso de constitucionalidade, de outro lado, requer um caso concreto, ou seja, deve haver uma situação concreta onde o interessado busque a tutela jurisdicional buscando excepcionar a aplicação de uma norma geral. Diferentemente do controle concentrado, os instrumentos jurídicos disponíveis ao cidadão que pretenda valer-se do controle difuso de constitucionalidade são amplos e não taxativos, podendo este valer-se de

qualquer instrumento processual que julgue adequado (ação ordinária, embargos à execução, mandado de segurança, etc.).

O controle concentrado difere substancialmente do controle abstrato, ressaltando-se duas diferenças essenciais. A primeira é no tocante à competência, uma vez que para julgamento do controle concentrado, esta é absoluta e privativa do Supremo Tribunal Federal, ao passo que no controle concentrado cabe a todos os tribunais. Em seguida, quanto aos efeitos, a declaração de inconstitucionalidade tomada em sede de controle concentrado gera efeitos *erga omnes*, ao passo que no controle difuso gera efeitos somente entre as partes.

Portanto, por incompetência, uma vez que esta encontra-se outorgada na Constituição Federal restritivamente ao STF, não caberia ao TCU processar e julgar o controle concentrado de constitucionalidade, cabendo a ele, em última instância, aplicar o controle difuso de constitucionalidade.

Contudo, ainda que não reste dúvidas acerca da impossibilidade do controle repressivo concentrado pelo TCU, também se discute a própria possibilidade de aplicação do controle concentrado, sendo tema frequentemente levado ao Supremo Tribunal Federal. É o que passamos a tratar.

4.2. Controle Difuso de Constitucionalidade pelo TCU

Como vimos acima, o Controle Difuso de Constitucionalidade é o meio pelo qual os órgãos julgadores avaliam, em um caso concreto, se a aplicação de uma norma em determinado caso é eivada de inconstitucionalidade, de forma que se justifique sua inconstitucionalidade na aplicação naquele caso concreto.

Caberia agora analisar se o TCU, órgão controlador do Poder Executivo, teria competência para excepcionar a aplicação de determinadas regras com base em parâmetros constitucionais e, especialmente, a posição do Supremo Tribunal Federal quanto à matéria.

Em uma primeira análise, a Súmula 347 indicaria que o Supremo Tribunal Federal acatou a possibilidade de o Tribunal de Contas apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público. Isso pois a redação da mencionada Súmula estabelece, de forma peremptória, que “*o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público*”.

Contudo, em uma análise mais detalhada, verifica-se que a Súmula 347 foi editada em 1963 e, portanto, ainda sob a égide da Constituição Federal de 1946. Mais notadamente,

verifica-se que, somente com a edição da Emenda Constitucional 16 de 1965 foi incluído no ordenamento jurídico pátrio a possibilidade do controle abstrato de normas, controle este limitado especificamente ao Poder Judiciário.

Assim, com a Emenda Constitucional no. 16, foi atribuído um processo específico para o Controle de Constitucionalidade de normas, que, em síntese, deveria observar os seguintes preceitos, no caso de inconstitucionalidade de lei estadual ou federal: (i) caberia exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal (art. 101, k, CF/46); (ii) a representação deveria ser apresentada pelo Procurador Geral da República (art. 101, k, CF/46); (iii) somente poderia ser declarada a inconstitucionalidade por voto da maioria absoluta dos membros do Poder Público (art. 200, CF/46). De outro lado, em relação às normas municipais, a competência para análise e decretação de inconstitucionalidade caberia aos Tribunais de Justiça (art. 124, XIII, CF/46).

Pois bem. A Constituição Federal de 1988, de certa forma, parece encampar os preceitos trazidos pela Emenda Constitucional no. 16, reservando ao Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar *a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal* (art. 102, a, CF/88).

Assim, a dúvida que persistiria e, de fundamental resolução para analisar a atual aplicabilidade da Súmula 347 é determinar se, ao estabelecer um controle abstrato de normas restrito em uma primeira análise ao Poder Judiciário, estaria o ordenamento jurídico limitando essa análise por parte dos demais órgãos.

Esse foi o entendimento do Ilmo. Min. Gilmar Mendes, quando do julgamento do Mandado de Segurança no. 25.888. Trata-se o caso de Mandado de Segurança impetrado pela Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobrás, contra ato do TCU, em que este se baseou em inconstitucionalidade decretado pelo próprio órgão para questionar atos da Impetrante. Na ocasião, o Ilmo. Ministro afastou a Súmula 347, nos termos abaixo:

Não me impressiona o teor da Súmula nº 347 desta Corte, segundo o qual "o Tribunal de Contas, o exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público". A referida regra sumular foi aprovada na Sessão Plenária de 13.12.1963, num contexto constitucional totalmente diferente do atual. Até o advento da Emenda Constitucional nº 16, de 1965, que introduziu em nosso sistema o controle abstrato de normas, admitia-se como legítima a recusa, por parte de órgãos não-jurisdicionais, à aplicação da lei considerada inconstitucional. No entanto, é preciso levar em conta que o texto constitucional de 1988 introduziu uma mudança radical no nosso sistema de controle de constitucionalidade. Em escritos doutrinários, tenho enfatizado que a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma

mudança substancial no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil. Parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade.

Ministro Marco Aurélio, de outro lado, decidiu no MS 31.439 pela aplicação da Súmula 347: “Descabe a atuação precária e efêmera afastando do cenário jurídico o que assentado pelo Tribunal de Contas da União. A questão alusiva à possibilidade de este último deixar de observar, ante a óptica da inconstitucionalidade, certo ato normativo há de ser apreciada em definitivo pelo Colegiado, prevalecendo, até aqui, porque não revogado, o Verbete 347 da Súmula do Supremo. De início, a atuação do Tribunal de Contas se fez considerado o arcabouço normativo constitucional.”

Em dezembro de 2016 um marco importante sobre o tema ocorreu. Isso pois, na Petição 4.656, ao analisar a Lei Estadual nº. 8223/2007 da Paraíba, o STF, em julgamento relatado pela Ministra Cármen Lúcia, assentou que caberia ao Conselho Nacional de Justiça a possibilidade de afastar, por inconstitucionalidade, a aplicação da lei. Embora o julgado não trate especificamente acerca do Tribunal de Contas da União, os argumentos decisórios podem ser aplicados de maneira análoga, sem qualquer prejuízo.

Na ocasião em julgamento o CNJ havia declarado a inconstitucionalidade da Lei com base no art. 37, II e V⁶³ da Constituição Federal, notadamente na parte em que se estabelecem os requisitos necessários para afastamento da exigência de concurso público para a investidura em cargo ou emprego público. Então, o Sindicato dos Servidores do Poder Judiciário do Estado da Paraíba – SINJEP, com base na alínea “r”, do inc. I do art. 102 da Constituição Federal, ajuizou neste Supremo Tribunal Ação Cautelar Preparatória visando desconstituir decisão do Conselho Nacional de Justiça.

Apenas para esclarecimento do julgado, a decisão do CNJ determinou a exoneração de todos os ocupantes de cargos em comissão referido no art. 5º da Lei Estadual nº 8.223/2007, cujo trecho segue abaixo:

⁶³ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (...) V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;

Art. 5º Ficam criados, no Quadro de Pessoal do Tribunal de Justiça, 100 (cem) cargos de provimento em comissão, de Assistente de Administração, símbolo PJ-CTJ-155, com vencimento de R\$ 112,50 (cento e doze reais e cinquenta centavos), cabendo aos seus ocupantes as seguintes atribuições:

I – exercer atividades administrativas de assistência direta aos Gabinetes da Presidência, Vice-Presidência, da Corregedoria Geral, da Secretaria-Geral, dos Juízes Auxiliares da Presidência, das Secretarias Administrativa, Judiciária, de Planejamento e Finanças, de Recursos Humanos e de Tecnologia e Informação, das Consultorias Jurídica e Administrativa e das Coordenadorias;

II – exercer outras atividades administrativas de confiança não incluídas nas atividades privativas dos servidores do quadro efetivo do Poder Judiciário e que lhes forem cometidas pela autoridade competente.

A Ministra Relatora Carmén Lúcia ressaltou em seu voto que a decisão do CNJ não era capaz de excluir do ordenamento jurídico o dispositivo em comento e que, na verdade, o Conselho agiu nos limites de sua competência constitucional, segundo o qual cabe ao CNJ zelar pela observância do art. 37 e apreciar a validade dos atos administrativos praticados por órgãos do Poder Judiciário. Certamente, a maior contribuição do voto do Ministra do Supremo Tribunal Federal trata da diferenciação entre os efeitos de uma norma declarada inconstitucional por órgão jurisdicional competente e outra por órgão estatal no exercício de suas competências administrativas, sendo este último o caso do Conselho Nacional de Justiça. Sob esse contexto destacamos o seguinte trecho do voto:

Quanto à natureza da decisão impugnada, há de se ter em conta a distinção entre a conclusão sobre o vício a macular lei ou ato normativo por inconstitucionalidade, adotada por órgão jurisdicional competente, e a restrição de sua aplicação levada a efeito por órgão estatal sem a consequência de excluí-lo do ordenamento jurídico com eficácia erga omnes e vinculante.

Para solidificar ainda mais seu posicionamento, a Carmén Lúcia ainda considera o posicionamento de Hely Lopes Meirelles, para quem as leis inconstitucionais não poderiam ser consideradas como normas jurídicas plenas ou atendíveis: “(...) pela evidente razão de que colidem com o mandamento de uma lei superior, que é a Constituição. Entre o mandamento da lei ordinária e o da Constituição deve ser atendido o deste e não o daquela”⁶⁴.

Ora, diante desse posicionamento, seria possível admitir que o administrador público, tendo ciência da inconstitucionalidade de certa norma, poderia, em tese deixar de aplicá-la no caso concreto. Se aplicada, caberia às instâncias de controle, quando do exercício de sua competência, anular o ato administrativo com base na inconstitucionalidade da lei ordinária que o fundamenta. Ainda que a norma jurídica não seja expurgada do ordenamento,

⁶⁴ MEIRELLES. Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 538-539.

deixará de produzir efeitos, ou seja, as instâncias de controle, como o Tribunal de Contas da União, impediriam o prosseguimento de violação ao interesse público. Daí destacarmos outro posicionamento da Ministra Carmén Lúcia no mesmo voto:

Cuida-se de poder implicitamente atribuído aos órgãos autônomos de controle administrativo para fazer valer as competências a eles conferidas pela ordem constitucional. Afinal, como muito repetido, quem dá os fins, dá os meios.

Note-se que a inconstitucionalidade, em verdade, não é declarada pelo órgão de controle. O que, em verdade, é declarada: a nulidade dos atos questionados para o que se afirmou inaplicável, administrativamente, a lei estadual com vício de inconstitucionalidade. Assim, não haveria que se cogitar a usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

Há ainda um acréscimo a se fazer quanto à tese da apreciação da constitucionalidade das normas pelo CNJ ou outros órgãos de natureza “administrativa”, tais como os Tribunais de Contas, isso porque para o Ministro Luiz Fux, no julgado em comento, posicionou-se pela liberdade de decisão do Conselho, mesmo que não haja manifestação do STF prévia quanto à constitucionalidade ou não da norma que está sendo analisada pela via administrativa:

Ademais, entendo que o fato de haver manifestação prévia desta Suprema Corte a respeito da inconstitucionalidade da matéria posta a exame pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ não deve ser visto como necessidade exclusiva para possibilitar o afastamento da norma, mas, sim, servirá de ônus argumentativo sólido para potencializar a fundamentação analítica do necessário afastamento da incidência da norma no caso concreto. Verdadeiramente, restringir a interpretação constitucional difusa à execução da jurisprudência dominante infantiliza os demais atores constitucionais, opondo-se à tão propagada ideia de sociedade aberta de intérpretes da Constituição .
(...)

De fato, a possibilidade de a Administração Pública afastar o cumprimento de normas consideradas inconstitucionais desvincula o crivo de constitucionalidade da função jurisdicional, representando mera interpretação da Constituição. Nesse sentido, não há que se cogitar de usurpação de competência, que ocorreria apenas na hipótese em que o Conselho Nacional de Justiça declarasse inconstitucional a Lei 8.223/2007, realizando controle de constitucionalidade. Cabe, aqui, a seguinte indagação: respeitaria a Constituição da República a aplicação, pela Administração Pública, de norma que o órgão verifica ser absolutamente contrária à Lei Fundamental? E, ainda, para o afastamento da norma, seria necessária a manifestação do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria? A resposta, para ambas as questões, revela-se desenganadamente negativa.

Em essência, os principais argumentos do voto vencedor:

- 1) Leis inconstitucionais não são normas jurídicas atendíveis, pela razão de colidirem com mandamentos de uma lei superior (Constituição). O exame de validade de um ato administrativo perpassa, necessariamente, pela adequação constitucional do fundamento legal no qual se fundamenta.
- 2) O poder de analisar em controle difuso a constitucionalidade é inerente a própria noção de controle atribuído aos órgãos autônomos de controle administrativo, sendo meio necessário para atingir aos fins desses órgãos.
- 3) A atuação dos órgãos de controle caberia à declaração incidental de inconstitucionalidade, sem que isso produza efeitos *erga omnes*. Para que isso ocorra, mister ser oficiado o Procurador Geral da República para que, sendo o caso, propor ele ação de controle abstrato de constitucionalidade.

O voto vencedor foi da Ministra Camén Lúcia e foi acompanhado de forma unânime, o que, em uma leitura apressada pode dar a impressão de que o controle de constitucionalidade por órgão julgador administrativo tenha sido reconhecido de forma irrestrita. Uma leitura dos votos dos ministros denota, contudo, que não é esse o cenário, sobretudo se considerarmos que a inconstitucionalidade declarada pelo CNJ era acintosa. Destacamos alguns trechos dos votos que são indicativos dos posicionamentos dos ministros:

O ministro Luiz Fux , já mencionado acima, destaca, expressamente em seu voto, que o afastamento de leis ou atos normativos “somente deve ocorrer nas hipóteses de cabal e incontestado ultraje à Constituição, de ordem que, nas situações de dúvida ou dissenso razoável acerca da incompatibilidade do conteúdo da norma adversada com a Lei Fundamental, a aplicabilidade da norma é medida que se impõe”.

No mesmo sentido, o Ministro Gilmar Mendes parece se posicionar no mesmo sentido do ministro Luiz Fux, neste sentido: “pelo menos, fez-se esse *distinguishing* sem adentrar a possibilidade genérica desses órgãos fazerem controle de constitucionalidade, ou negar a aplicação da lei, mas, pelo menos, naqueles casos em que o entendimento é pacífico, já chancelado ou validado pelo Supremo Tribunal Federal e é o que ocorreu, nesse caso, no CNJ. De modo que me parece que essa explicitação é necessária”.

De certa forma, os votos dos ministros, embora precedentes às alterações promovidas pelas Leis 13.655/2018, parecem ir de encontro ao que ali se prescreve. Isso pois,

ao limitar a atuação julgadora dos órgãos administrativos, nos parece que, de uma maneira ou de outra, a administração pública em um primeiro momento estará dotada de maior segurança jurídica (art. 30 da Lei 13.655/2018) e, ao mesmo tempo, evita que nas esferas administrativas não se decida “com base em valores jurídicos abstratos” (art. 20 do mesmo diploma legal⁶⁵).

Contudo, a despeito do julgamento analisado acima, a questão ainda resta longe de estar pacificada no âmbito do STF. Veja-se, a exemplo disso, que o Ministro Alexandre de Moraes, em julgamento do MS 35.410, já em 2018 (e, portanto, após a publicação do acórdão analisado acima) julgou em sentido diametralmente oposto ao que analisado à época. Neste sentido:

É inconcebível, portanto, a hipótese do Tribunal de Contas da União, órgão sem qualquer função jurisdicional, permanecer a exercer controle difuso de constitucionalidade nos julgamentos de seus processos, sob o pretenso argumento de que lhe seja permitido em virtude do conteúdo da Súmula 347 do STF, editada em 1963, cuja subsistência, obviamente, ficou comprometida pela promulgação da Constituição Federal de 1988 [...].

Assim, resta evidente, seja pelas ressalvas feitas nos votos feitas especialmente pelos ministros Gilmar Mendes e Luiz Fux, seja pela existência de decisão monocrática em sentido distinto, que o tema parece estar longe de ser solucionado. Mais ainda, nos parece que a decisão tomada quando da análise da Petição 4.656, amplamente propagada como uma decisão que consolidaria o entendimento do STF sobre o tema deve ser olhada com cautela, por se tratar de caso de flagrante inconstitucionalidade.

Imaginamos que a nova composição da casa (com o ingresso do Min. Alexandre de Moraes), somada à introdução das alterações promovidas pela Lei 13.655/2018 possam reabrir discussões sobre o tema, notadamente se diante de caso concreto em que o órgão administrativo julgou inconstitucional determinada norma com base em parâmetro subjetivo (exemplificativamente, a moralidade pública ou a eficiência).

De nossa lavra, entendemos que o Constitucionalismo moderno nos obriga a reconhecer que a todos os operadores de direito, notadamente aqueles incumbidos de julgar e aplicar a lei, devem ter como norte balizador os princípios e as regras Constitucionais.

Não nos parece haver nexos jurídico e lógico em reconhecer a competência do TCU para afastar a aplicação de uma determinada norma baseada em regra infraconstitucional

⁶⁵ Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.

ao mesmo tempo em que se veda o mesmo em relação a uma norma de hierarquia superior (i.e. regras constitucionais).

No mesmo sentido, tampouco nos parece fazer sentido, especialmente em vista do Princípio da Eficiência, veiculado no art. 37 da Constituição Federal, que o TCU deixe de afastar uma determinada norma infraconstitucional cuja constitucionalidade já foi analisada e decretada pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que em controle difuso.

De outro lado, é necessário cotejar nossas ponderações acima, com uma necessidade cada vez maior de Segurança Jurídica e Eficiência por parte do Poder Público. Dito isso, forçoso reconhecer que, se de um lado, reconhecer a competência dos órgãos julgadores administrativos para afastar as normas com base em parâmetros constitucionais parecem, em uma primeira leitura, homenagear a melhor aplicação da Constituição, é necessário se acautelar também que possivelmente isso é feito às custas de Segurança Jurídica.

Isso, pois, notadamente quando estamos diante de situações em que a inconstitucionalidade da norma deriva de uma interpretação sistemática da Constituição e/ou de valores jurídicos cujo conteúdo necessariamente deva ser preenchido pelo intérprete (a exemplo da já dita eficiência e/ou da própria moralidade), a concessão de autorização para que essa interpretação sistemática seja feita pelo TCU fatalmente implica em aumento de judicialização que, em última instância pode gerar uma politização do TCU e até mesmo perda de eficiência da própria Administração Pública (na medida em que esta pode se ver constantemente paralisada ou dispendendo recursos para reverter decisões do TCU baseados em critérios subjetivos).

Assim, nos filiamos à posição esposada pelo Ministro Luiz Fux, que reconhece a possibilidade de controle constitucional das normas em sede de controle difuso pelo CNJ (e, em raciocínio análogo, do TCU), contudo, somente nas ocasiões em que a inconstitucionalidade for flagrante. Tal mitigação parece de um lado, homenagear a Constituição e o respeito aos princípios e regras ali balizados ao mesmo tempo em que, de outro lado, salvaguarda a Segurança Jurídica e a própria eficiência da administração pública.

5. Conclusão

Ora, parece-nos claro que há uma vinculação clara entre a necessidade de controle e o Estado Democrático de Direito. Vez que o controle é natural da democracia e essencial para a realização do interesse público legítimo, em que o interesse do Estado está em consonâncias com os interesses comuns da sociedade.

Nesse sentido, defende-se que o próprio surgimento do Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, do próprio Direito Administrativo foram essenciais para vinculação plena do interesse do Estado com o interesse público. Ademais, sendo o controle dos atos da Administração Pública decorrente da própria democracia, torna-se obrigação do administrador controlar seus próprios atos, o que é característico do chamado controle interno. Sem prejuízo de sua realização ainda foram criados mecanismos de controle externo, a fim de dar à atividade administrativa maior clareza aos administrados, aí estando localizados os Tribunais de Contas, e o mais importante deles, objeto do presente estudo, o Tribunal de Contas da União - TCU.

Quanto à natureza do TCU, filiamo-nos ao entendimento de que sendo ele estrutura integrante do Estado, e exercendo função de fiscalização sobre a atividade financeira estatal, quando julga as contas daqueles que as devem prestar, exerce espécie de jurisdição administrativa, vez que encarregado de dizer qual/quais conduta(s) o direito prescreve para o caso específico. Ocorre que o Tribunal de Contas deve dizer o direito em consonância com o ordenamento jurídico vigente para que a sua atuação financeira seja dirigida ao interesse público, atendendo aos princípios constitucionais administrativos, em especial, a legalidade, legitimidade e economicidade, tudo isso para que os recursos públicos sejam utilizados de maneira regular.

No que diz respeito, à relação da natureza do TCU comparada com a do Judiciária, concluímos que a amplitude das matérias julgadas pelos Tribunais Judiciais é maior que a dos Tribunais de Contas, visto que sob a atuação dos primeiros está toda e qualquer lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, CF/88), enquanto aos segundos cabe estritamente a análise e julgamento dos atos administrativos que dizem respeito à atuação financeira do Estado. Em contrapartida, o agir de ambos – Poder Judiciário e Tribunal de Contas da União – esbarra na análise do mérito administrativo e da discricionariedade, que lhes é vedada, visto que poderá configurar violação ao princípio da separação dos Poderes. Atuam, pois, no restrito julgamento da legalidade (e da Constitucionalidade, conforme o caso concreto – como se verá nos capítulos seguintes).

Quanto à análise de constitucionalidade dos atos administrativos pelo Tribunal de Contas da União, adotamos o posicionamento da possibilidade, apenas nos casos em que a decisão é incidental a um caso concreto, e a inconstitucionalidade for flagrante, sendo vedado qualquer exercício de controle de constitucionalidade em caráter concentrado e abstrato, tendo em vista que esta competência é constitucionalmente atribuída ao Supremo Tribunal Federal.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Considerações sobre a “regulação” no direito positivo brasileiro. *Revista de Direito Pública da Economia*, Belo Horizonte, v. 12, p.69-94, 2005.

ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords.) *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ARANTES, Rogério Bastos; ABRÚCIO, Fernando Luiz; TEIXEIRA, Marco Antonio Carvalho. A imagem dos tribunais de contas subnacionais. *Revista do Serviço Público*. Brasília: ENAP, v.56, nº 1, 2005, p. 57-83.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e controle do ato administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

ARAÚJO, Carlos Maurício Lociks. Ativismo na jurisprudência do Tribunal de Contas da União. In: BRANCO, Paulo Gustavo Goget (org.). *Jurisprudência Constitucional*. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), 2013, pp. 152-171. Texto disponível para consulta em:

<https://www.academia.edu/11645245/Ativismo_na_Jurisprudencia_do_Tribunal_de_Contas_da_Uni%C3%A3o>, acesso em 15 out. 18.

ARAÚJO. Luiz Alberto David. NUNES JR. Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 25.

AZEVEDO, Paulo Furquim de; FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. *As inter-relações entre o processo administrativo e o judicial sob a perspectiva da segurança jurídica do plano da concorrência econômica e da eficácia da regulação pública*. São Paulo: USP, 2011. Relatório da pesquisa. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_usp_edital1_2009.pdf>, acesso em 15 out. 18.

BARROSO, Luís Roberto. Tribunal de contas: algumas incompetências, *Revista de Direito Administrativo*, v. 203, jan./mar. 1996.

_____. *Temas de Direito Constitucional*. 2ª ed. Tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo – direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública democrática à gerencial. In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter (org.). *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998, p. 237-270.
- BÚRIGO, Vandrê Augusto. O controle de constitucionalidade dos atos normativos pelos Tribunais de Contas. *Revista do TCU*, Brasília, v. 33, n. 94, p.48-54, out/dez. 2002.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. O Tribunal de Contas, órgão constitucional: funções próprias e funções delegadas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 109, p. 1-10, jul./set. 1972.
- CARVALHO FILHO. José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015
- DAL POZZO, Gabriela Tomaselli Bresser Pereira. *As funções do Tribunal de Contas e o Estado de Direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- DALLARI. Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. São Paulo: Saraiva, 29ª ed., 2010.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Coisa julgada: aplicabilidade às decisões do Tribunal de Contas da União. *Revista de Contas da União*, Brasília, v.27, n.70, p.23, out/dez.
- FARIAS, Márcia Ferreira Cunha. Controle de constitucionalidade no tribunal de contas. *Revista do TCDF*, Brasília, v. 28. p.35-76, 2002.
- FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Os Tribunais de Contas e o exame de constitucionalidade de lei. *Revista do TCDF*, Brasília, v. 26, p.26-44, 2000.
- _____. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
- _____. *Tomada de contas especial: processo e procedimento na Administração Pública e nos Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- FERRAZ, Sérgio Valladão. *Curso de direito constitucional: teorias e questões*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.
- FIDALGO, Carolina Barros. O controle do Tribunal de Contas da União sobre as Agências Reguladoras Independentes: análise de casos concretos e definição de possíveis limites. In: LANDAU, Elena (coord.). *Regulação Jurídica no Setor Elétrico*. Tomo II, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- FRANÇA. Phillip Gil França. *Controle da Administração Pública: combate à corrupção, discricionariedade administrativa e regulação econômica*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016

GRAU, Eros Roberto. Tribunal de Contas – Decisão – Eficácia. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 210, out/dez. 1997.

GUERRA, Evandro Martins. *Os controles externo e interno da administração pública e os Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. *A regulação como função de direito administrativo* (dissertação de mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

IOCKEN, Sabrina Nunes. Em busca da legitimidade da judicatura de contas: o modelo constitucional. In: Lima, Luiz Henrique (coord.). *Tribunais de Contas: Temas Polêmicos – na visão de Ministros e Conselheiros Substitutos*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – controlador ou administrador? *Revista Brasileira de Direito Público*, ano 12, n.47, out/dez. 2014.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. In: MODESTO, Paulo (coord.). *Nova Organização Administrativa Brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, pp. 195-226.

_____. *Estudo da arte do controle da Administração Pública no Brasil e na União Europeia*. Disponível em: <http://www.gespublica.gov.br/content/estado-da-arte-do-controle-da-administra%C3%A7%C3%A3o-p%C3%BAblica-no-brasil-e-na-uni%C3%A3o-europ%C3%A9ia>, acesso em 15 out. 2018.

MARTINS, Paulo Roberto Wiechers et al. Iniciativas do TCU para aperfeiçoamento do controle externo da regulação, *Revista do Tribunal de Contas da União*, n.104, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. A administração pública e seus controles. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 114, p. 23-33, nov. 1973. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/38799>>. Acesso em: 28 mar. 2019.

MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Direito Administrativo Moderno*. 18 ed. São Paulo: RT, 2014.

_____. *Direito Administrativo em evolução*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969, v.1.
- MELO, Renato Sérgio Santiago. Tribunais de Contas: uma teoria geral. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 11, p. 1267-1281, nov. 2005.
- MILESKI, Helio Saul. *O Controle da Gestão Pública*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- NETTO, Jair Lins. Tribunal de Contas: sempre combatido, nunca conhecido. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 200, abr/jun., 1995.
- OSÓRIO, Fábio Medida. *Direito Administrativo Sancionador*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atividade normativa da Administração Pública: estudo do processo administrativo normativo* (Tese de Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.
- PELLEGRINI, Marcia. *A competência sancionatória do Tribunal de Contas: contornos constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. O controle de constitucionalidade e as cortes de contas. *Revista do TCDF*. Brasília. v.18. p. 46-49, 1992.
- PEREZ, Marcos Augusto. Controle da Administração Pública no Brasil: um breve resumo do tema. *Revista Brasileira de Direito Público*, v.1, p; 69-74, 2016.
- PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Paganini de. *Controle da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- POLETTI, Ronaldo. *Controle da constitucionalidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *O Tribunal de Contas através do tempo*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 1990.
- RIGOLIN, Ivan Barbosa. Os Tribunais de Contas podem desconsiderar suas próprias e anteriores aprovações de contas públicas? *Boletim de Direito Municipal*, São Paulo, v. 7, p.531-534, 2006.
- ROSA, Christian Fernandes Gomes. O Tribunal de Contas da União e o sistema regulatório: a relevância da trajetória institucional na construção de arranjos regulatório. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, ano 8, n.29, jan./mar. 2010.
- ROSAS, Roberto. *Direito sumular: comentários às súmulas do Supremo Tribunal Federal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

ROSILHO, André Janjácomo. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União* (Tese de doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08022017-165131/publico/Andre_Rosilho_Controle_da_Administracao_Publica_pelo_TCU_INTEGRA_L.pdf, acesso em 15 out. 18.

ROUSSEAU. Jean-Jacques. *Do Contrato Social e Discursos sobre a Economia Política*. São Paulo: Hemus, 1981.

SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Crise e desafios da constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SCHIRATO, Vitor Rhein. A experiência e as perspectivas da regulação do setor portuário no Brasil. *Revista de Direito Público e Economia – RDPE*, Belo Horizonte, n.23, p. 171-190, jul./set. 2008.

SEABRA FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

SILVA. Gecilda Esteves. *Os Tribunais De Contas E O Controle Social: A Proposta De Criação De Uma Ouvidoria Para O Tribunal De Contas Do Estado Do Rio De Janeiro E Sua Importância No Processo Democrático Fluminense*. Dissertação de Mestrado. Fundação Getúlio Vargas, 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/3574/GECILDA.pdf> Acesso em: 28.03.2019.

SILVA. José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 41ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

_____. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, 2002, p. 23-50. Texto disponível para consulta em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>, acesso em 15 out. 2018.

SOARES, Rosinethe Monteiro. Fiscalização e controle do Executivo pelo Legislativo. *Revista de informação legislativa* : v. 26, n. 101, 1989, Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181911>>. Acesso em: 28.03.19.

SODRÉ, Mariana Priscila Maculan. Controle de constitucionalidade pelo Tribunal de Contas da União. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de. (Org.). *Sociedade democrática, direito público e controle externo*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2006. p. 129-142.

SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e Rotina no Tribunal de Contas da União: O Papel da Instituição Superior de Controle Financeiro no Sistema Político-Administrativo do Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Contratações Públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (org). *Direito da Regulação e Políticas Públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari; ARRUDA CÂMARA, Jacintho. Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Contratações Públicas e seu Controle*. São Paulo: Malheiros, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani. Limites ao controle externo da administração pública pelo TCU. *Revista dos Tribunais*, ano 102, vol. 928, fev. 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. A Legitimidade Democrática e o Tribunal de Contas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 194, p. 31-45, abr. 1993. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45894/46788>>. Acesso em: 28 Mar. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v194.1993.45894>.

ZYMLER, Benjamin. *Direito Administrativo e controle*. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.