



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - UNB  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**THIAGO PEREIRA FIGUEIRÊDO**

**O CONTROLE JUDICIAL DAS DECISÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS DA  
UNIÃO**

**BRASÍLIA/DF**

**2017**

THIAGO PEREIRA FIGUEIRÊDO

**O CONTROLE JUDICIAL DAS DECISÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS DA  
UNIÃO**

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, área de concentração “Direito, Estado e Constituição”.

Orientador: Prof. Dr. Argemiro Cardoso Moreira Martins

Em 29 de setembro de 2017, o candidato foi considerado \_\_\_\_\_ pela banca examinadora.

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Argemiro Cardoso Moreira Martins – Presidente  
Universidade de Brasília

---

Prof. Dr. Sergio Urquhart Cademartori – Membro  
Universidade La Salle

---

Prof. Dr. Othon de Azevedo Lopes - Membro  
Universidade de Brasília

---

Prof. Dr. Valcir Gassen – Suplente  
Universidade de Brasília

BRASÍLIA/DF

2017

## AGRADECIMENTOS

Há cinco agradecimentos necessários a atores individuais e coletivos que tornaram real e possível esta trajetória:

À Universidade Federal do Acre-Ufac, agradeço pelo empenho e dedicação para disponibilizar as condições para a realização deste curso de mestrado.

À Universidade de Brasília-UnB, agradeço por aceitar o desafio de proporcionar qualificação a nível de pós-graduação no Estado do Acre.

Aos colegas de curso, obrigado por desenvolverem, cada um a seu modo, um ambiente alegre de conhecimento e discussões, transformando a caminhada mais prazerosa e saudável.

Ao professor Argemiro Cardoso Moreira Martins, meu orientador, obrigado pelo desvelo e sabedoria com que me conduziu nesta orientação, pela constante disposição em compartilhar conhecimentos e por ir além, ao mostrar-se sensível para ajudar a superar os momentos de insegurança.

À minha esposa Laila, ao meu filho Felipe, aos meus pais Elza e Lauro, ao meu irmão Siqueira, aos meus sobrinhos José Bisneto e Maria Augusta, pilares da minha vida, obrigado pelo amor, paciência e carinho. Vocês fazem tudo se tornar mais especial.

## RESUMO

O Tribunal de Contas da União assumiu maior protagonismo no cenário político-jurídico nacional, especialmente após a Constituição Federal de 1988, com extenso rol de competências, prerrogativas e garantias para desempenhar a função de controle externo da atividade administrativa tanto sobre a regularidade formal quanto ao desempenho, mediante o processo de *accountability*, o qual se traduz em elemento de qualidade para uma boa democracia. As decisões administrativas desta Corte, de caráter técnico-jurídico, podem limitar o exercício de direitos fundamentais de alto relevo no contexto do estado democrático de direito. Todavia, elas não prescindem de justificativas válidas, fáticas e juridicamente aceitáveis. Em razão disso, analisa-se, sob a perspectiva da teoria discursiva de Jürgen Habermas no paradigma do estado democrático de direito e da teoria da argumentação de Klaus Günther, a adequabilidade constitucional do controle judicial das decisões do Tribunal de Contas da União, considerando a diferença entre as dimensões de justificação e aplicação da norma jurídica para a produção de uma decisão juridicamente correta e socialmente adequada.

**Palavras-chaves:** Tribunal de Contas da União (TCU). *Accountability*. Democracia. Controle judicial. Interpretação da norma jurídica. Estado democrático de direito.

## ABSTRACT

The Federal Accounting Court assumed a greater role in the political and legal national scenario, especially after the Federal Constitution of 1988, with a wide range of competences, prerogatives and guarantees to perform a function of external control over the administrative activity, both about formal regularity and achievement, through the accountability process which translates into a quality element for good democracy. Administrative decisions of this court, of a technical and legal nature, may limit the exercise of legal rights of high relevance in the context of the democratic rule of law. However, they are demanding valid justifications, factually and legally acceptable. For this reason, it is analyzed, from the perspective of Jurgen Habermas's discourse theory in paradigm of the democratic rule of law and Klaus Günther's theory of argumentation, a constitutional appropriateness of the judicial control of the Federal Accounting Court's decisions, considering the difference between speech of justification and speech of application of the legal standard to produce a legally correct and socially adequate decision.

**Keywords:** Federal Accounting Court. Accountability. Democracy. Judicial review. Interpretation of legal standart. Democratic rule of law.

## SUMÁRIO

<b>1 CONTROLE EXTERNO, QUALIDADE DEMOCRÁTICA E O DESENHO INSTITUCIONAL DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO .....</b>	<b>9</b>
1.1 Controle externo como pressuposto de uma qualidade democrática .....	9
1.2 O desenho institucional do Tribunal de Contas da União .....	13
1.3 Atos administrativos e a revisão judicial .....	24
1.4 Resumo do capítulo .....	31
<b>2 A REVISÃO JUDICIAL DAS DECISÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO.....</b>	<b>32</b>
2.1 Contornos preliminares da questão .....	32
2.2 A norma jurídica de decisão no estado democrático de direito .....	34
2.3 Justificação e aplicação de normas jurídicas em Klaus Günther .....	42
2.4 Premissas para a revisão judicial das decisões do Tribunais de Contas da União.....	45
2.5 Resumo do capítulo .....	52
<b>3 ANÁLISE DE CASOS .....</b>	<b>53</b>
3.1 Acórdão nº 5958/2009 – TCU – 2ª Câmara.....	56
3.2 Acórdão nº 1737/2011 – Plenário .....	65
3.3 Breves considerações sobre os casos analisados .....	72
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>74</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>77</b>

## INTRODUÇÃO

A importância da atividade desenvolvida pelo Tribunal de Contas da União (TCU) no exercício do controle externo da atividade administrativa é realidade que se impõe. O TCU assumiu maior protagonismo no cenário político-jurídico nacional, especialmente após a Constituição Federal de 1988, que lhe conferiu extenso rol de competências, legitimando-o a realizar fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União, bem como das entidades da administração direta e indireta, sob o prisma da regularidade formal e também quanto ao resultado, mediante o processo de *accountability*, na forma horizontal.

Nos termos do artigo 70, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988, toda e qualquer pessoa, pública ou privada, que utilize, guarde, gere ou administre bem público está sujeito ao controle externo do Tribunal de Contas. Para tanto, a Corte foi dotada de poderes públicos no afã de exercer suas competências para avaliar a atuação de instituições públicas e seus agentes, mediante julgamento de contas e atividades de fiscalização, sendo-lhe permitido rever atos administrativos, promover a responsabilização, e, em decorrência disso, até mesmo limitar o exercício de direitos fundamentais de alto revelo no contexto do estado democrático de direito.

A atuação do controle externo protagonizada pelo TCU se traduz, essencialmente, em aplicação de normas jurídicas. E, dessa forma, deve ser realizada por meio de processo que, em tese, observe o direitos e garantias fundamentais previstas na Constituição Federal de 1988, tais como o devido processo legal e seus corolários, em especial o exercício do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos necessários, inclusive no que atine à produção de provas, resultando em decisão devidamente fundamentada. Afinal, é próprio do estado democrático de direito que o exercício de poder estatal encontra limites nos direitos e garantias fundamentais. Significa dizer que, se estes forem desconsiderados na produção do ato estatal, haverá atuação abusiva ou arbitrária da autoridade pública, o que redundará na sua ilegalidade.

Assim, surgem os seguintes questionamentos: o ato decisório do TCU, resultado de julgamento de contas ou de fiscalização, é capaz de produzir injustiças no caso concreto? Haveria remédio jurídico para a sua desconstituição? Os seus julgamentos devem garantir também a equidade e a adequabilidade na aplicação da norma jurídica?

A abrangência nacional do exercício do controle externo exercido impõe reconhecer, nos processos de controle externo, situações que, embora se apresentem aparentemente como iguais, são diametralmente opostas, dada as dimensões continentais do país, além das características peculiares que somente podem ser conhecidas no caso concreto. Nesse contexto,

a partir de análises realizadas em situações de repercussão no Estado do Acre, verificou-se a desconsideração de circunstâncias relevantes na produção das normas concretas de decisão em casos sob averiguação da Corte de Contas.

Em razão disso, surge a questão central desta pesquisa, que consiste em verificar a adequabilidade constitucional do controle judicial sobre as decisões do Tribunal de Contas da União tanto nos aspectos formais quanto nos aspectos substanciais, na perspectiva do estado democrático de direito, considerando a diferença entre as dimensões de justificação e aplicação da norma jurídica para a produção de uma decisão juridicamente correta e socialmente adequada no âmbito do controle externo. O percurso argumentativo será exposto em 3 (três) capítulos.

O primeiro capítulo busca contextualizar a atividade de controle externo sobre a administração como elemento para configuração do grau de qualidade da democracia, de maneira a demonstrar a essencialidade do Tribunal de Contas da União no sistema jurídico. Além disso, apresenta o desenho institucional do Tribunal de Contas da União, com seus múltiplos elementos na ordem constitucional, considerando as características necessárias definidas para a configuração como entidades superiores de controle. Por fim, é revisitado o caráter jurídico da Corte de Contas e de suas decisões, revisitando, ainda, o controle jurisdicional dos atos administrativos sobre aqueles exercido na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

No segundo capítulo, tendo como pano de fundo a teoria discursiva de Jürgen Habermas no paradigma do estado democrático de direito e da teoria da argumentação de Klaus Günther, bem como da teoria e metódica estruturantes de Friedrich Müller, procura-se demonstrar que a aplicação a norma jurídica que pretenda ser imparcial demanda a construção de uma resposta adequada ao caso concreto, considerando todos os sinais característicos nele presentes. Desse modo, as decisões do TCU devem estar em consonância com os parâmetros constitucionais e legais, sejam nos aspectos formais ou materiais, não devendo se constituir atos puramente discricionários ou mesmo políticos.

Por fim, no terceiro capítulo são descritos dois casos concretos ocorridos no Estado do Acre, os quais foram julgados pelo Tribunal de Contas da União, que concluiu pela existência de superfaturamento em procedimentos licitatórios. A descrição dos casos, de maneira analítica, mostra-se necessária e importante para demonstrar as particularidades dos casos concretos, permitindo o conhecimento das situações em perspectiva, cotejando com os elementos de julgamento adotados pelo Tribunal, de modo a avaliar a sua coerência.



Assim, pretende concluir, sem olvidar do componente democrático do controle externo, que não se torna aceitável, sob a alegação do caráter técnico do julgamento das contas, prescindir da equidade e adequabilidade da decisão às circunstâncias do caso concreto, de modo que o Poder Judiciário, como instância de proteção contra lesão ou ameaça a direitos, pode e deve adentrar no mérito das decisões do Tribunal de Contas da União quando efetivamente houver violação a direitos fundamentais.

# 1 CONTROLE EXTERNO, QUALIDADE DEMOCRÁTICA E O DESENHO INSTITUCIONAL DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

## 1.1 Controle externo como pressuposto de uma qualidade democrática

A atividade de controle externo sobre a administração pública avançou em todos os poderes e esferas, no afã de avaliar a legalidade, legitimidade e desempenho da aplicação dos recursos e bens públicos. Isto decorre de uma tendência mundial de fortalecimento de instituições democráticas, visto em países como Uruguai, Chile, Espanha e Portugal<sup>1</sup>, na medida em que, conforme o maior grau de amadurecimento das democracias modernas institucionalizadas, há maior exigência por transparência das atividades público-estatais e responsabilização dos agentes públicos eleitos ou não, o que fortalece os mecanismos de prestação de contas e amplia os poderes das instituições de controle externo<sup>2</sup>.

A construção e o fortalecimento de instituições democráticas são primordiais para a consolidação e o desenvolvimento das democracias, principalmente aquelas recém instaladas que seguiram a governos autoritários<sup>3</sup>. A criação de instituições políticas com poderes de decisão e influência no fluxo do poder político institucionaliza a própria democracia, na medida em que instalação de um governo eleito democraticamente não é suficiente para o funcionamento da democracia nas sociedades contemporâneas, com seus múltiplos interesses e identidades. Uma democracia não institucionalizada, acrescenta O'Donnell, carente de instituições democráticas sólidas e fortalecidas, permite o surgimento de práticas ilegítimas, porém concretas, citando o clientelismo, o patrimonialismo e a corrupção<sup>4</sup>.

Por sua vez, Larry Diamond e Leonardo Morlino asseveram que uma democracia exige, como elementos mínimos, o sufrágio universal, eleições livres, periódicas, competitivas e limpas, mais de um partido político e fontes alternativas de informações<sup>5</sup>. Todavia, sob uma

---

<sup>1</sup> O'DONNELL, Guillermo O. Democracia delegativa. **Journal of Democracy em Español**, EUA, v. 5, n. 1, p. 07-23, 1994. Disponível em: <[http://www.liderazgos-sxxi.com.ar/bibliografia/Democracia-delegativa\\_.pdf](http://www.liderazgos-sxxi.com.ar/bibliografia/Democracia-delegativa_.pdf)> Acesso em 14 abr. 2017, pp. 08-09.

<sup>2</sup> MENEZES, Monique. La expansión del control externo en Brasil: el Tribunal de Cuentas de la Unión. **Desacatos**, México, n. 49, p. 64-81, 2015. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edb&AN=110329373&site=eds-live>>. Acesso em 11 abr. 2017, p. 66.

<sup>3</sup> O'DONNELL, op. cit, pp. 8-10.

<sup>4</sup> *Idem*, p. 11.

<sup>5</sup> DIAMOND, Larry e MORLINO, Leonard. The Quality of Democracy. **Journal of Democracy**, EUA, v. 15, n. 4, p. 20-31, oct. 2004. Disponível em: <[https://www.uni-klu.ac.at/wiho/downloads/QoD-text\\_03.pdf](https://www.uni-klu.ac.at/wiho/downloads/QoD-text_03.pdf)> Acesso em 15 abr. 2017, pp. 21-28.

perspectiva de qualidade, uma boa democracia, ainda que um conceito plural e diversificado, requer mais do que esses elementos, pois demanda amplas liberdade e igualdade políticas, controle sobre as políticas públicas e governantes a respeito da legalidade e legitimidade da atuação das instituições. Assim, apresentam oito dimensões que permitem analisar, em graus variáveis, a qualidade de uma democracia, subdividas em dimensões procedimentais (estado de direito, participação política, competição, prestação de contas vertical e horizontal) dimensões substantivas (liberdade e igualdade) e *responsiveness*, que constitui o elo entre as dimensões procedimentais e substantivas que avalia a capacidade de atendimento das políticas públicas de acordo com as demandas e preferências dos cidadãos a partir de um processo político<sup>6</sup>.

Nesse contexto, o controle externo, mediante o processo de *accountability*, ganha relevo e importância para a consolidação e maior qualidade de uma democracia, especialmente representativa<sup>7</sup>, na medida em que os agentes públicos respondam não apenas perante aos eleitores, mas também a outros agentes públicos e instituições que possuam competência e autoridade legal para avaliar o exercício do poder daqueles que governam a coisa pública<sup>8</sup>.

Através do processo de *accountability* permite-se identificar o exercício ilegal ou ilegítimo do poder, bem como oportuniza-se avaliar se as decisões de quem exerce o poder são incompatíveis com o direito, de maneira a responsabiliza-los, quando for o caso<sup>9</sup>. Desse modo, a responsabilização dos políticos eleitos e da burocracia diante dos cidadãos contribui definitivamente para a consolidação e a legitimidade dos regimes democráticos<sup>10</sup>.

A *accountability* traz consigo a ideia de responsabilidade dos agentes públicos e instituições por sua atuação<sup>11</sup>, franqueando à sociedade civil elementos de transparência e publicidade sobre as escolhas políticas no contexto da gestão pública<sup>12</sup>. Nesse particular, a *accountability* exerce fiscalização sobre a regularidade das ações da administração pública na ótica da legalidade e também do desempenho, este sob o prisma da economia, eficiência, eficácia e efetividade como pressupostos da legitimidade de uma gestão administrativa

---

<sup>6</sup> Idem, pp. 27-28.

<sup>7</sup> MENEZES, Monique. O Controle Externo na América Latina. **Revista Debates**, Porto Alegre, v. 10, n. Controle Externo, p. 141–160, 2016. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/debates/article/view/61638>> . Acesso em 11 abr. 2017, p. 148.

<sup>8</sup> O'DONNELL, op. cit., p. 14.

<sup>9</sup> GRANT, RUTH W. e KEOHANE, ROBERT O. Accountability and Abuses of Power in World Politics. **American Political Science Review**, v. 99, n. 1, p. 29–43, 2005. Disponível em: <[http://www.journals.cambridge.org/abstract\\_S0003055405051476](http://www.journals.cambridge.org/abstract_S0003055405051476)> . Acesso em 23 ju. 2017, pp 29-30.

<sup>10</sup> DIAMOND, op. cit., pp. 24-27.

<sup>11</sup> PESSANHA, Charles. Fiscalização e Controle: O Poder Legislativo na Argentina e no Brasil Contemporâneos. In: AXE VIII, SYMPOSIUM 30, **VI Congreso CEISAL**, 2010, Toulouse, France: 2010. p. 1-30. Disponível em: <<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00498846>>. Acesso em 13 abr. 2017, pp 3-8.

<sup>12</sup> MENEZES, Monique. O Controle... p. 148.

adequada no uso e utilização dos recursos públicos na consecução do interesse público, conforme é possível extrair da exposição de motivos da Declaração de Lima sobre Diretrizes para Preceitos de Auditoria, aprovada no IX Congresso da Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (Intosai<sup>13</sup>, em inglês) no ano de 1977.

Significa dizer, em outras palavras, que a *accountability* não se restringe um mero controle formal sob o viés de ordem estritamente legal e financeiro, subsumindo o caso concreto à hipótese de incidência de acordo com a norma prevista. Abrange ainda aspecto referente ao desempenho, analisando o resultado da atuação administrativa relacionado como a adoção pelo gestor público dos meios mais vantajosos para obtenção dos resultados pretendidos (economicidade dos recursos empregados), obtenção de melhores resultados com os recursos empregados (eficiência) e no alcance dos resultados de acordo com as metas pré-estabelecidas (eficácia), além da avaliação quanto a importância da atuação para a sociedade (efetividade)<sup>14</sup>.

A *accountability* se desenvolve sob duas formas, conforme classificação de O'Donnell<sup>15</sup>: a) a *accountability* vertical, na qual os agentes públicos, eleitos ou não, são avaliados por aqueles que pretendem representar: os eleitores e; b) a *accountability* horizontal, em que os agentes públicos, eleitos ou não, e as instituições são submetidos à fiscalização por instituições autônomas, com poderes para questionar, impor sanções ou determinar responsabilidades.

A ênfase deste trabalho recai sobre a *accountability* horizontal, na medida em que se refere ao desenho constitucional do Tribunal de Contas da União (TCU), cujo controle se desenvolveu da simples verificação de procedimentos para a avaliação de desempenho das pessoas e instituições auditadas<sup>16</sup>. Esta forma de controle, fortalecida após a Constituição Federal de 1988, permitiu ao TCU exercer papel mais atuante no cenário político-jurídico nacional, o que pode ser lembrado pela apreciação das contas do Governo Dilma Rousseff no caso das “pedaladas fiscais”, que resultou no *impeachment* da referida Presidente pelo Parlamento.

---

<sup>13</sup> Em inglês, *International Organisation of Supreme Audit Institutions*. Trata-se – conforme definição extraída do sítio eletrônico <<http://www.intosai.org/about-us.html>> – de organização autônoma, independente, não política e sem vínculo governamental, mas como *status* de consultor especial do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, que congrega a comunidade de instituições de controle externo.

<sup>14</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Estruturas de gestão pública: Aula 5: atuação do TCU e sua relação com os poderes da União - 2.ed, Brasília : TCU, Instituto Serzedello Corrêa, 2012, pp. 8-9.

<sup>15</sup> O'DONNELL, op. cit., pp. 14-15.

<sup>16</sup> PESSANHA, Charles. Controle externo: a função esquecida do Legislativo no Brasil. IN: SHWARTZMAN, Luisa Farah. SHWARTZMAN, Isabel Farah. SHWARTZMAN, Felipe Farah (Org.). **O Sociólogo e as Políticas Públicas: Ensaio em homenagem a Simon Schwartzman**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009, p. 243–258, p 246.

A função de fiscalização e controle das atividades da administração pública, bem como da utilização dos recursos públicos e da atuação dos gestores, tanto sob a ótica da regularidade quanto do desempenho, compreende, historicamente, papel do Poder Legislativo, assim como a produção de lei<sup>17</sup>. Porém, a inoperância e falta de *expertise* desse Poder demandaram a criação de instituições especializadas, com poderes e prerrogativas próprias para auxiliarem o Poder Legislativo no processo de *accountability*<sup>18</sup>, na sua forma horizontal, no afã de se cumprir uma dimensão republicana da democracia, mediante a supervisão da atuação estatal, impedindo a mesclagem entre interesses privados e interesse público, subvertendo este àqueles<sup>19</sup>. São as entidades superiores de controle.

As entidades superiores de controle possuem características comuns sem, contudo, uniformidade quanto ao seu desenho institucional. Na Europa continental – por exemplo, Alemanha, França e Espanha – apresentam-se como órgãos de composição e deliberação colegiada, com poderes decisórios os quais são dotados de força coercitiva, vitaliciedade dos seus membros e controles administrativos judicialiformes<sup>20</sup>. Na Inglaterra, o modelo é de auditoria geral, seguido pelos Estados Unidos, possuindo como características o regime de mandato (função temporária), exercício da função de controle externo de caráter opinativo ou consultivo, sem força coercitiva, e deliberação monocrática<sup>21</sup>.

Quanto à vinculação, também não há uniformidade, pois podem as instituições superiores de controle não estarem vinculadas a qualquer dos três poderes, caso da Alemanha, assistirem ao Parlamento e ao Governo, ou ainda como órgãos dependentes ou auxiliares do Poder Legislativo, casos de Espanha, Brasil e Argentina<sup>22</sup>.

A Intosai, a partir da Declaração de Lima para Preceitos de Auditoria, estabeleceu diretrizes para o desenvolvimento de atribuições das entidades fiscalizadoras superiores no contexto dos estados democráticos, em especial, a independência, que compreende a funcional, organizacional, financeira e orçamentária, necessidade de previsão constitucional e proteção jurídica contra interferências externas, o que inclui também garantias e imunidades legais para

---

<sup>17</sup> Idem, p. 246.

<sup>18</sup> Ibid.

<sup>19</sup> O'DONNELL, op cit, p 14.

<sup>20</sup> DINIZ, Gilberto Pinto Monteiro Diniz. **Estado de direito e controle estratégico das contas**. Belo Horizonte: UFMG, 2015, 208 f. Dissertação (mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, p. 106. Disponível <

[http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUBD-](http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUBD-9WJQM8/estado_de_direito_e_controle_estrategico_de_contas.pdf?sequence=1)

[9WJQM8/estado\\_de\\_direito\\_e\\_controle\\_estrategico\\_de\\_contas.pdf?sequence=1](http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUBD-9WJQM8/estado_de_direito_e_controle_estrategico_de_contas.pdf?sequence=1)> Acesso em 02 out 2017.

<sup>21</sup> Idem, p. 110.

<sup>22</sup> PESSANHA, Charles. Controle... pp. 246-247

seus membros e procedimentos especiais de designação e destituição constitucionalmente previstos para o exercício dos mandatos sem receios de represálias.

De igual forma, a Declaração de Lima para Preceitos de Auditoria também estabeleceu como diretriz o exercício de poderes de investigação e de auditoria das entidades fiscalizadoras superiores constitucionalmente previstos, com acesso irrestrito a documentos e relatórios, e ainda acompanhamento das recomendações prolatadas, sejam elas de caráter vinculado ou não.

Corroborando a Declaração de Lima para Preceitos de Auditoria, a Intosai emitiu a Declaração do México sobre Independência, aprovado no XIX Congresso de Organização internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores, aprovada em 2007, 08 (oito) princípios considerados ideais para uma entidade fiscalizadora superior independente<sup>23</sup>.

Este tópico visou apresentar a função de controle externo como pressuposto essencial para a consolidação e o desenvolvimento de um estado democrático, assim como um dos elementos que permitem avalia-lo sob perspectiva da qualidade de uma boa democracia, especialmente mediante a atuação das entidades fiscalizadoras superiores, com as características que lhe são próprias no contexto de outras ordens jurídicas. O próximo tópico abordará o desenho institucional do Tribunal de Contas da União, a partir da Declaração de Lima para Preceitos de Auditoria e Declaração do México sobre Independência.

## **1.2 O desenho institucional do Tribunal de Contas da União**

O processo de redemocratização do país, com a instauração de uma nova ordem constitucional, permitiu o fortalecimento do papel institucional do Tribunal de Contas da União, no exercício do controle externo das atividades público-estatais.

Na ordem constitucional inaugurada em 1988, o rol de atribuições conferidas ao TCU, no exercício do controle externo pode ser resumido em: a) emitir de parecer prévio sobre as

---

<sup>23</sup> Princípio 1 – A existência de uma estrutura constitucional/legal/jurídica adequada e efetiva e de dispositivos de aplicação *de facto* dessa estrutura.

Princípio 2 – A independência de dirigentes e membros da EFS (de instituições colegiadas), incluindo estabilidade no cargo e imunidade legal no exercício normal das suas funções.

Princípio 3 – Um mandato suficientemente amplo e total discricionariedade no exercício das funções da EFS.

Princípio 4 – Acesso irrestrito a informações.

Princípio 5 – O direito e a obrigação de produzir relatórios sobre o trabalho.

Princípio 6 – A liberdade de decidir o conteúdo e a tempestividade dos relatórios de auditoria e de publicá-los e divulgá-los.

Princípio 7 – A existência de mecanismos efetivos de monitoramento das recomendações das EFS.

Princípio 8 – Autonomia financeira, gerencial/administrativa e disponibilidade de recursos humanos, materiais e monetários adequados.

contas apresentadas pelo Presidência da República<sup>24</sup>; b) julgar das contas de gestores públicos e demais responsáveis pela administração de recursos públicos federais<sup>25</sup>; c) fiscalizar a aplicação e utilização do uso de recursos públicos federais pelos três poderes e órgãos de cooperação governamental, prestando informações ao Congresso Nacional sobre suas atividades<sup>26</sup>; d) apreciar a legalidade dos atos de admissão de pessoal a qualquer título da administração direta e indireta, bem como as concessões de aposentadorias e pensões<sup>27</sup>; e) efetuar o cálculo das quotas referentes aos fundos de participação dos Estados, Distrito Federal e dos municípios<sup>28</sup>.

Para tanto, a própria Constituição de 1988 delineou os poderes e garantias da Corte de Contas para o exercício do seu mister de controle externo que, de maneira geral, atendem às diretrizes da Declaração de Lima para Preceitos de Auditoria e Declaração do México sobre Independência, elaboradas pela Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores.

A Constituição de 1988 estendeu, respeitando-se as respectivas peculiaridades, as mesmas atribuições outorgadas aos tribunais judiciais relativos ao poder de organizar sua estrutura e funcionamento interno<sup>29</sup> ao TCU (independência administrativa e organizacional), permitindo-lhe, sem interferência de outros instituições, eleger seus órgãos diretivos e elaborar seu regimento interno com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispendo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos, organização de suas secretarias e serviços auxiliares, provimento dos cargos e gestão de pessoal.

De igual forma, foi conferida independência financeira e orçamentária ao Tribunal de Contas União, de acordo com o artigo 168 da Constituição de 1988, o qual determina o repasse de duodécimos, incluídos os créditos suplementares e especiais, até o dia 20 de cada mês. Muito embora não haja previsão expressa à Corte de Contas no dispositivo constitucional, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu que a instituição possui a mesma independência conferida aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública<sup>30</sup>.

---

<sup>24</sup>Constituição de 1988, artigo 71, inciso I.

<sup>25</sup> Constituição de 1988, artigo 33, § 2º e artigo 71, inciso II.

<sup>26</sup> Constituição de 1988, artigo 71, incisos IV, V, VI e VII e § 4º

<sup>27</sup> Constituição de 1988, artigo 71, inciso III.

<sup>28</sup> Constituição de 1988, artigo 161, parágrafo único.

<sup>29</sup> BRITTO, Carlos Ayres. O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. I, p. 1-11, dez 2001. Disponível em: <[www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br)> Acesso em 2 mar. 2017, pp 2-3.

<sup>30</sup> CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL. ART. 30, INCISO I DA LEI N.º 8.906/94. CAPACIDADE POSTULATÓRIA DE ASSESSOR DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ACRE EXCLUSIVAMENTE NA DEFESA DE PRERROGATIVA INSTITUCIONAL, DEVIDAMENTE INSCRITO NOS QUADROS DA OAB. EXCEPCIONALIDADE. ATO COATOR DE GOVERNADOR DE ESTADO QUE

O processo de seleção da cúpula decisória do Tribunal de Contas cabe essencialmente ao Congresso Nacional, a quem compete a escolha de 6 (seis) dos 9 (nove) membros da corte. Os outros 3 (três) ministros são indicados pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sendo dois oriundos necessariamente dentre os auditores – atualmente ministro-substitutos – e membros do Ministério Público junto ao Tribunal.

Os ministros do Tribunal de Contas gozam ainda das mesmas garantias – incluída a imunidade e a vitaliciedade – prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos ministros do Superior Tribunal de Justiça e os auditores, quando no exercício das suas atribuições, as de juiz de Tribunal Regional Federal<sup>31</sup>, assegurando o desempenho da função sem receio de represálias.

Os poderes de investigação e auditoria encontram-se abrangidos no artigo 70, parágrafo único, da Constituição 1988, uma vez que toda e qualquer pessoa, pública ou privada, que utilize, guarde, gere ou administre bem público está sujeito ao controle externo do Tribunal de Contas da União. Não há distinção a respeito de quem pode estar submetido ao controle do Tribunal de Contas, podendo até mesmo atingir pessoas físicas e jurídicas sem vínculo de subordinação com a União, desde que, de alguma forma, administre recursos e bens públicos.

Ainda, muito embora não seja elemento essencial das entidades fiscalizadoras superiores<sup>32</sup>, a Constituição de 1988 dotou o TCU de poderes decisórios, mediante decisões colegiadas, tais como: a) decidir sobre a regularidade das contas prestadas ou tomadas, bem como dos atos de admissão de pessoal; b) aplicar sanções aos responsáveis em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas; c) determinar a correção de ilegalidades e irregularidades; d) sustar a execução de ato impugnado pela corte de contas, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal; e) decidir, especificamente, quanto à sustação de contrato irregular quando o Congresso Nacional não determinar a sustação do ato

---

GLOSA REPASSE DOS DUODÉCIMOS CONSTITUCIONAIS PARA O TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. ENTE DESPERSONALIZADO, DOTADO DE PERSONALIDADE JUDICIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE DE EXERCÍCIO DO JUS POSTULANDI PELO PROCURADOR DO ESTADO, TENDO EM VISTA A COLIDÊNCIA DE INTERESSES. NÃO CONFIGURAÇÃO DE IMPEDIMENTO, AINDA QUE O PATROCÍNIO DA CAUSA SEJA CONTRA O ESTADO, PORQUE VIOLADO DIREITO-FUNÇÃO DO ÓRGÃO PÚBLICO PELO REPRESENTANTE DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO.

I – *Omissis*;

II - É direito público subjetivo do Tribunal de Contas do Estado do Acre a defesa de seu direito-função ao controle das contas públicas, profanada por ato coator que sustou repasse de setenta por cento dos recursos referentes aos duodécimos da dotação orçamentária, em desobediência à norma da Constituição Estadual que reproduz o art. 168 da CF-88.

(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 178.904/AC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/03/2000, DJ 03/04/2000, p. 135).

<sup>31</sup> Constituição de 1988, artigo 73, §§ 1º, 2º, 3º e 4º.

<sup>32</sup> Cf. Seção 11, item 2 da Declaração de Lima para Preceitos de Auditoria.



ou o Poder Executivo não dotar as medidas cabíveis no prazo de 90 (noventa) dias; f) determinar, cautelarmente, o afastamento temporário do gestor responsável em caso de indícios suficientes que possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao erário ou inviabilizar o seu ressarcimento; g) representar sobre irregularidades ou abusos apurados.

As sanções previstas vão desde a aplicação de multa proporcional ao dano causado ao erário, passando por declaração de inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública por determinado período de tempo, declaração de inidoneidade para participar de licitação na Administração Pública Federal, conforme disciplina a Lei nº 8.443/1992, e inelegibilidade para cargos políticos, nos termos do artigo 1º, inciso I, alínea “g”, da Lei complementar nº 64/1990, com redação dada pela Lei complementar nº 135/2010. Tais sanções alcançam gestores públicos e particulares, pessoas físicas e jurídicas, conforme o caso. Suas decisões, portanto, podem limitar o exercício de direitos fundamentais de alto revelo, no contexto do estado democrático de direito.

A independência e autonomia funcional para o exercício da função de controle externo também se encontram as orientações da Declaração de Lima de Diretrizes para Preceitos de Auditoria e na Declaração do México sobre Independência. Embora haja, nestas declarações, imputação a respeito da exigência de grau elevado de independência e autonomia funcional das entidades fiscalizadoras superiores, não há, por outro lado, definição específica quanto à vinculação a algum dos poderes. Em outras palavras, não há exigência quanto ao caráter jurídico da entidade desde que possuam nível de independência e autonomia no exercício da atividade, sem ingerências daqueles que serão fiscalizados.

Nesse panorama de atribuições, garantias e poderes, é necessário averiguar o caráter jurídico do Tribunal de Contas da União, o que perpassa pela divergência a respeito do caráter jurídico das suas decisões.

Jacoby Fernandes defende ser o Tribunal de Contas órgão constitucional independente em relação aos poderes constituídos que auxilia o Poder Legislativo, sem vínculo de subordinação, no exercício do controle externo, desenvolvendo atividade jurisdicional no julgamento de contas dos fiscalizados<sup>33</sup>.

Para o autor, não haveria exclusividade do exercício da jurisdição, uma vez que a Constituição admitiria exceções ao monopólio do Poder Judiciário, sendo uma delas o

---

<sup>33</sup> JACOBY, Jorge Ulisses. **Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competências**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, pp. 138-147.

juízo das contas dos administradores e demais responsáveis pela gestão dos recursos públicos<sup>34</sup>. Em consequência, os atos decisórios oriundos de julgamento de contas pelo Tribunal de Contas se revestiriam, consoante Fernandes, dos atributos da coisa julgada, o que tornaria a sindicabilidade perante o Poder Judiciário limitado à análise da legalidade, sem, no entanto, ser permitido adentrar no mérito, fazendo paralelo com a insindicabilidade dos atos administrativos em geral<sup>35</sup>. Assim, segundo o autor, as decisões do TCU não se constituiriam como ato administrativo.

A Constituição de 1988 conferiu ao TCU o exercício de parcela da função de controle externo, em auxílio ao Congresso Nacional, sem, entretanto, prever subordinação e vínculo hierárquico entre eles, o que denota característica de órgão independente da Corte de Contas. Tal caráter não foi integral na Constituição de 1967, que estabeleceu sistemática para que a sustação da execução de contrato irregular se transformasse em insubsistente quando o Poder Legislativo não se pronunciasse a respeito no prazo de 30 (trinta) dias<sup>36</sup>. Ou seja, o errado poderia se tornar certo pelo decurso do prazo<sup>37</sup>. Atualmente, o Tribunal de Contas pode determinar a sustação de ato irregular quando o Congresso Nacional não determinar a sustação do ato ou o Poder Executivo não dotar as medidas cabíveis no prazo de 90 (noventa) dias, o que demonstra a existência de atribuições concorrentes, mas não subordinadas.

Os julgamentos do Tribunal de Contas denotam o exercício da jurisdição, isto é, exercício de parcela do poder estatal – o qual emana do povo e em nome dele exercido – como mecanismo de resposta à sociedade sobre condutas normativamente valoradas e qualificadas de ilícitos, tutelando os direitos da sociedade<sup>38</sup>, no âmbito do controle das contas da atividade público estatal. Ellen Gracie se refere a esse plexo de poderes exercidos pelo TCU como jurisdição administrativa privativa<sup>39</sup>.

Não significa que o Tribunal de Contas integre a estrutura do Poder Judiciário – o que seria plausível caso adotado o conceito orgânico de função jurisdicional – pois existem atos jurisdicionais fora do Poder Judiciário, como os processos de *impeachment* levados a cabo pelo Poder Legislativo ou decisões decorrentes da atuação administrativa que interfiram na esfera de entes públicos e particulares.

---

<sup>34</sup> Idem, pp. 125-138.

<sup>35</sup> Idem, pp. 124-126

<sup>36</sup> Constituição de 1967, artigo 73, § 6º.

<sup>37</sup> MENEZES, Monique. La expansión.... pp 72-73.

<sup>38</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2016, p. 44.

<sup>39</sup> GRACIE, Ellen. Notas sobre a revisão judicial das decisões do Tribunal de Contas da União pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista do TCU**, Brasília, nº 110, pp. 07-14. Disponível em: <<http://revista.tcu.gov.br/ojsp/index.php/RTCU/article/view/413>> . Acesso em 26 maio 2017, p. 14.

É necessário ressaltar, de antemão, que, na ordem constitucional vigente, não há dualidade de jurisdição tal como no sistema francês, em que há o contencioso judicial e o contencioso administrativo. No Brasil, prevalece o sistema de jurisdição única, a teor do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição de 1988, onde a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. De igual forma, não há redução da competência do Poder Judiciário para apreciar, quando impugnadas, as decisões do Tribunal de Contas da União no próprio texto constitucional.

As características da função jurisdicional exercida pelo TCU diferem da exercida pelos órgãos do Poder Judiciário<sup>40</sup>, especialmente no que tange à prerrogativa exclusiva de editar atos jurídicos com o atributo da definitividade. Isso porque no exercício da função jurisdicional pelo Poder Judiciário, a vontade das partes é substituída pelo Estado com o poder de atribuir definitividade às decisões, fenômeno do qual a coisa julgada representa o grau máximo de uma nota formal. Ou seja, a característica de os provimentos se tornarem perenes, todos eles, em maior ou menor grau<sup>41</sup>.

Desse modo, considerando que qualquer poder se exerce nos limites da lei, a função jurisdicional, como decorrência do exercício de parcela do poder estatal, deve ser exercida em conformidade com as normas que disciplinam a jurisdição<sup>42</sup> em cada um de seus quadrantes. Significa dizer que os atos oriundos do Tribunal de Contas da União, mesmo sendo decorrentes de parcela do exercício do poder estatal, não têm o condão de se tornarem definitivos e perenes, uma vez que não estão excluídos da apreciação do Poder Judiciário, conforme norma inserida no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição de 1988.

Em realidade, as decisões dos Tribunais de Contas, nessa quadra, embora possuam componentes técnico-jurídicos, revelam-se como atos administrativos, de característica judicialiforme<sup>43</sup>, na medida em que resultantes, em tese, de processos orientados pelo devido processo legal, do direito ao contraditório e à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes em processo público, vedação a provas ilícitas e com duração razoável, além de

---

<sup>40</sup> A exceção do Conselho Nacional de Justiça que, embora integre a estrutura do Poder Judiciário, inserido pela Emenda Constitucional nº 45, possui atribuição de efetivar a supervisão da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário.

<sup>41</sup> FREIRE, André Luiz. Apontamentos sobre as funções estatais no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, n. 248, maio/ago. 2008. pp. 13-53. Também disponível em <<http://atenasconsult.com.br/web/pdf/apontamentos.pdf>>. Acesso em 30 set. 2009, pp. 21-22.

<sup>42</sup> GONÇALVES, op cit, pp 41-42.

<sup>43</sup> GRACIE, op cit, p. 09.

adequada fundamentação<sup>44</sup>. Tanto é que as decisões dos Tribunais de Contas possuem os atributos dos atos administrativos (presunção de validade, imperatividade e exigibilidade).

Carlos Ayres Britto assevera que o TCU é órgão constitucional, de natureza político-administrativa, que tem por finalidade exercer, em regime de compartilhamento com o Congresso Nacional, a função de controle externo<sup>45</sup>. Isto é, não compreende órgão do Poder Legislativo, nem a ele é subalterno ou mesmo seu auxiliar, na medida em que a atuação do TCU no desenvolvimento da função ocorre paralelamente, seja conjuntamente ou individualmente, sob garantia de independência e harmonia recíproca. Muito embora o Poder Legislativo e o Tribunal de Contas desenvolvam a função de controle externo, há diferenças quanto às competências constitucionais de cada órgão<sup>46</sup>.

Ainda, diante dessa configuração, para o autor, o Tribunal de Contas não exerce a função jurisdicional, que é exclusiva do Poder Judiciário, embora existam características da jurisdição nos seus julgamentos. Tais características seriam o julgamento sob o critério objetivo ou da técnica jurídica, entendida como subsunção de fatos e pessoas à objetividade das normas, e a força ou irretratabilidade das decisões do TCU tais quais as decisões judiciais com trânsito em julgado, ressalvando, todavia, que esta última característica se projetaria apenas quanto ao mérito das avaliações, mas não quanto aos direitos propriamente subjetivos dos agentes estatais e das demais pessoas fiscalizadas<sup>47</sup>.

Assim, os processos do TCU não seriam processos administrativos, nem judiciais, mas processos de contas em que julgam as atividades de outros órgãos, agentes públicos e demais fiscalizados, sem impulso externo (*non-ex-officio*), obrigatória participação de advogado e a inexistência de litigantes, ressalvando que o contraditório e a ampla defesa somente se desenvolve quando o fiscalizado passa à condição de sujeito ativo ou acusado<sup>48</sup>. Arremata Britto, nessa perspectiva, que as decisões do Tribunal de Contas estariam imunes ao controle jurisdicional em relação ao mérito das avaliações sobre a gestão financeira, orçamentária, patrimonial, contábil e operacional do Poder Público, mas não quanto aos direitos subjetivos dos fiscalizados envolvidos em processo de contas<sup>49</sup>.

A inserção do Tribunal de Contas da União com função e competências definidas na Constituição não o torna imediatamente órgão político. Até porque os atos decisões da Corte

---

<sup>44</sup> Idem, p. 06.

<sup>45</sup> Op cit, pp. 05-10.

<sup>46</sup> Idem, pp. 06-07.

<sup>47</sup> Ibidem, pp. 07-08.

<sup>48</sup> Id, p. 10.

<sup>49</sup> Id, p. 07.

de Contas não se exerce no domínio da conveniência e oportunidade, características que configurariam o caráter político de sua atuação<sup>50</sup>. Diga-se a propósito que o componente político da função de controle externo permanece a cargo do Congresso Nacional, a quem cabe a competência de julgar as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo, de acordo com o artigo 49, inciso IX, da Constituição Federal.

De igual forma, a função de controle externo deferida constitucionalmente ao Tribunal de Contas da União impõe que o exercício de parcela do poder estatal ocorra nos estritos limites da lei, em qualquer de suas competências, seja quanto ao mérito das auditorias, sejam quanto ao resultado objetivos que atinjam direitos subjetivos dos fiscalizados. Conforme já asseverado, os julgamentos do Tribunal de Contas denotam o exercício de jurisdição no âmbito administrativo, todavia, sob perspectiva e prerrogativas diferentes da função jurisdicional exercida pelos órgãos do Poder Judiciário, que carrega o atributo da definitividade.

Por sua vez, Eduardo Monteiro Lopes Júnior entende que o Tribunal de Contas é um terceiro órgão na estrutura do Estado, de natureza híbrida, com funções jurisdicionais, fiscalizadoras e quase administrativas, desempenhando sua função com perfil eminentemente jurisdicional, onde as decisões se revestem do poder da imutabilidade da coisa julgada em exceção ao modelo de jurisdição única<sup>51</sup>. Critica a sua constitucionalização como órgão auxiliar do Congresso Nacional, e não como órgão judicante independente e autônomo que constituísse corpo da magistratura intermediário entre o Legislativo e o Executivo.

O desenho vislumbrado pelo autor não encontra arrimo no sistema constitucional. Muito embora órgão autônomo e independente, o Tribunal de Contas da União possui competências para o exercício da função de controle externo, que, ainda que de cunho jurisdicional, não possuem as mesmas características daquela exercida por órgãos do Poder Judiciário. Também não é possível afirmar que as decisões da Corte de Contas constituíam exceção ao princípio da jurisdição única, uma vez que no sistema constitucional brasileiro não se afasta da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direitos, cabendo-lhe extirpar ato administrativo maculado tal como ocorre com o controle de constitucionalidade de leis.

Para Denise Friedrich e Rogério Leal, o Tribunal de Contas no ordenamento brasileiro segue natureza peculiar, resultando das combinações de vários modelos adotados por outros

---

<sup>50</sup> LEAL, Victor Nunes. **Problemas de Direito Público**. Rio de Janeiro: Forente, 1960, pp. 234-235.

<sup>51</sup> LOPES JÚNIOR, Eduardo Monteiro. **A Judicialização da política no Brasil e o TCU**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007, pp. 94-95.

países, o que configuraria um aperfeiçoamento em relação aos modelos tradicionais existentes, apontando para a natureza técnica e não jurídica do órgão, que julga contas e verifica a legalidade de atos<sup>52</sup>. Apesar disso, observam ser a Corte de Contas um órgão auxiliar e vinculado ao Poder Legislativo no exercício do controle externo a outros Poderes e ao controle interno do próprio Legislativo, o que, aliado ao sistema de designação de seus membros, retiraria parcela de sua autonomia e independência<sup>53</sup>. Suas decisões, segundo as autoras, poderiam ser revistas pelo Poder Judiciário, pois, além da norma constitucional de que assegura a inafastabilidade da jurisdição, não há, no Brasil, o sistema do contencioso administrativo, o que torna um país de jurisdição única<sup>54</sup>.

De fato, não há uniformidade quanto ao modelo de criação e estrutura das entidades fiscalizadoras superiores. Todavia, há características que são comuns quanto à estrutura e poderes, sendo estes reconhecidos pela Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores, dos quais são detentores do Tribunal de Contas da União, conforme já delineado anteriormente, inclusive no que pertine à autonomia e independência, ao conferir-lhe proteção jurídica contra interferências externas. De igual forma, o sistema de designação dos membros do Tribunais de Contas da União não significa restrição à sua autonomia ou independência, uma vez que a cúpula decisória possui garantias e imunidades legais e procedimentos especiais de designação e destituição constitucionalmente previstos para que exceçam seus mandatos sem receios de represálias, além de independência administrativa, organizacional, financeira e orçamentária.

Apesar de compartilhar o exercício da função de controle externo com o Poder Legislativo, órgão político responsável pela fiscalização e controle das atividades públicas, ao lado da produção de lei, o Tribunal de Contas da União tem competências próprias, não sendo subalterno ao Parlamento ou este institucionalmente vinculado. Tanto é que não existe possibilidade de revisão pelo Poder Legislativo das decisões da Corte de Contas. Por sua vez, a natureza técnica da atuação do TCU não exclui o componente jurídico, mas fundem-se em uma atuação técnico-jurídica, onde há elementos próprios relacionados aos aspectos financeiros, contábeis, econômicos e sociais balizados por um padrão jurídico de normas previamente definidas. Assim, as decisões do Tribunais de Contas da União poderiam ser

---

<sup>52</sup> FRIEDRICH, Denise Bittencourt e LEAL, Rogério Gesta. Nuevos desafíos para la actividad de control en la Constitucion brasileña de 1988. **Estudios constitucionales**. Talca, Año. 13, n. 2, p. 169–202, 2015. Disponível em: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-52002015000200007&lng=en&nrm=iso&tlng=en](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002015000200007&lng=en&nrm=iso&tlng=en) . Acesso em: 2 mar 2017, p. 193.

<sup>53</sup> Idem, p. 196.

<sup>54</sup> Idem.

revistas pelo Poder Judiciário, que detém a prerrogativa de exercer a função jurisdicional em caráter de exclusividade, com o atributo da definitividade, dos quais os atos do TCU não são exceção.

Monique Menezes assevera que o Tribunal de Contas da União é órgão vinculado ao Congresso Nacional, com a função de auxiliá-lo no controle externo da administração pública<sup>55</sup>. Sua atuação permite maior transparência da legalidade e desempenho das atividades da administração pública, incrementando a participação do Poder Legislativo no aperfeiçoamento das políticas públicas do país<sup>56</sup>. Embora dotado de poderes constitucionais para o desenvolvimento do controle externo, suas decisões poderiam ser passíveis de revisão judicial<sup>57</sup>.

O Tribunal de Contas da União não possui vinculação de subordinação hierárquica ou funcional com o Poder Legislativo, não obstante compartilhem o exercício da função de controle externo. A qualidade da atuação do TCU no cenário nacional permite o desenvolvimento do componente político da função de controle externo pelo Poder Legislativo, na medida em que, por determinação constitucional, a Corte de Contas deve encaminhar ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades, incluindo-se, por óbvio, análise das políticas públicas desenvolvidas.

Não há dúvida a respeito do papel fundamental exercido para a democracia pelo Tribunal de Contas da União no julgamento das contas públicas, o que tem permeado novas concepções a respeito de sua posição no ordenamento jurídico nacional. Todavia, não há razão para classificá-lo como órgão do Poder Judiciário ou mesmo com um órgão de natureza híbrida, um corpo da magistratura intermediário entre o Legislativo e o Executivo.

A ordem constitucional, ao afastar o modelo clássico de divisão absoluta de poderes, adotou a concepção contemporânea da separação das funções estatais, bem como criou órgãos com estruturas definidas, autônomos e independentes, com competências próprias e poderes para fiscalizar o exercício do poder e viabilizar a máxima efetividade das normas constitucionais. Assim o fez com o Ministério Público, que é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, no entanto, sem vínculo hierárquico ou de vinculação ao Poder Judiciário. Não poderia ser diferente quanto aos Tribunais de Contas, guardadas as suas devidas peculiaridades.

---

<sup>55</sup> MENEZES, Monique. La expansión.. p. 66.

<sup>56</sup> Idem, p. 80.

<sup>57</sup> Idem, p. 75

Denota-se, então, que o Tribunal de Contas da União é órgão constitucional, de natureza técnico-administrativa, autônomo e independente em relação aos poderes constituídos, que realiza, em regime de compartilhamento com o Congresso Nacional, a função de controle externo, decidindo sobre a regularidade formal e material dos atos daqueles gerem a aplicação dos recursos e bens públicos, mediante a prolação de atos administrativos, com poderes investigatórios e de supervisão para determinar a correção de atos ilegais e ilegítimo, bem como sancionatórios.

Essa configuração do Tribunal de Contas atende aos princípios fundamentais elencados na Declaração de Lima de Diretrizes para Preceitos de Auditoria e na Declaração do México sobre Independência das Entidades Fiscalizadoras Superiores, aprovadas respectivamente no IX e XIX Congresso da Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (Intosai), em especial porque restam asseguradas as garantias de independência e autonomia em relação aos poderes constituídos, garantias e prerrogativas aos membros, amplo poder de auditoria sobre as finanças públicas e liberdade para decidir, acesso a documentos e relatórios e determinar a aplicação de sanções.

Diante disso, as decisões do TCU devem estar em consonância com os parâmetros constitucionais e legais, sejam nos aspectos formais ou materiais, não devendo se constituir atos puramente discricionários ou mesmo políticos. Em realidade, as decisões da Corte de Contas são verdadeiros atos administrativos no exercício da função de controle externo.

A atuação constitucional permite à Corte de Contas, em razão da prerrogativa inerente à atividade exercida, limitar o exercício de direitos fundamentais de grande importância no contexto do estado democrático de direito, de modo que cabe perquirir, como ato administrativo que é, a possibilidade de revisão das decisões do TCU pelo Poder Judiciário.

Nesse diapasão, o presente tópico pretendeu delinear o desenho institucional do Tribunal de Contas da União no ordenamento jurídico nacional, analisando as características de sua atuação, os poderes, garantias e prerrogativas a ele deferidas. Também se incluiu na proposta deste item verificar a natureza jurídica da Corte de Contas e de suas decisões, estas definidas como atos administrativos, iniciando o debate sobre a revisão judicial dos atos por ele prolatados. O próximo tópico revisitará controle jurisdicional sobre atos administrativos na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para verificar o alcance da sindicabilidade judicial.



### 1.3 Atos administrativos e a revisão judicial

A teoria clássica do direito administrativo fundada no positivismo ensinava que os atos administrativos poderiam ser classificados em vinculados ou discricionários. O cerne da distinção residiria na existência ou não de liberdade do administrador para a prática do ato. Os atos vinculados seriam aqueles em que todos os elementos já estariam predefinidos em lei, obrigando o administrador a realizá-los, sem margem de liberdade para atuação<sup>58</sup>. A cogência seria implacável.

Por seu turno, os atos discricionários seriam aqueles resultantes da prerrogativa conferida ao administrador, pelo poder discricionário, de avaliar a conveniência e a oportunidade (mérito) para a sua realização, de modo a escolher o caminho para atingir à finalidade legal que o inspirou<sup>59</sup>.

A anatomia dos atos administrativos indicava, com alguma variação, a existência de cinco elementos ou requisitos de validade: competência, objeto ou conteúdo, forma, motivo e finalidade<sup>60</sup>. A ausência de algum deles macularia o ato com a pecha da ilegalidade<sup>61</sup>. Além disso, os elementos competência, forma e finalidade seriam sempre vinculados à lei<sup>62</sup>.

Já quanto aos elementos objeto e motivo, a lei poderia delinear as circunstâncias fáticas e jurídicas para a sua realização, vinculando a atuação do administrador, a quem caberia tão somente a prática do ato, ou transferir para o administrador a análise do que se pretende alterar no mundo jurídico, elegendo as circunstâncias fáticas em concreto para a produção do ato, o que configuraria a discricionariedade administrativa<sup>63</sup>.

O mérito do ato administrativo, nessa perspectiva, incluir-se-ia exatamente nos elementos objeto e motivo<sup>64</sup>, de maneira que, quando a lei descrevesse suficientemente a conduta, não haveria espaço para valoração do administrador, uma vez que a norma já delimitaria as circunstâncias fáticas e jurídicas para a realização do ato<sup>65</sup>.

---

<sup>58</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 09.

<sup>59</sup> Idem.

<sup>60</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 106-121.

<sup>61</sup> Idem, p. 106.

<sup>62</sup> FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 5ª ed. São paulo: Malheiros, 2013, p. 331.

<sup>63</sup> CARVALHO FILHO, op cit, p. 114.

<sup>64</sup> FREITAS, op cit, p. 331.

<sup>65</sup> CARVALHO FILHO, op cit, p., 111.

De outro lado, quando lei conferisse ao agente público valorar os fatores constitutivos do objeto e do motivo do ato, a partir de uma análise das condições do agente (conveniência) e ao momento de realização (oportunidade), podendo escolher livremente pelas possibilidades comportadas pela norma no caso concreto, haveria discricionariedade<sup>66</sup>.

Com base nessa distinção, desenvolveu-se teoria na qual o controle judicial dos atos administrativos somente poderia se desenvolver sobre o aspecto da legalidade, sendo vedada, no caso dos atos discricionários, a análise judicial sobre o mérito (conveniência e oportunidade), sob pena de afronta ao princípio da separação dos poderes, uma vez que seria vedado ao juiz substituir a função do administrador<sup>67</sup>.

O controle judicial dos atos administrativos discricionários somente poderia ocorrer em relação aos seus elementos vinculados (competência, forma e finalidade, este limitado ao aspecto do desvio ou abuso de poder). Vale ressaltar que a teoria desvio ou abuso de poder compreende o reconhecimento da utilização de uma competência para atingir resultado diverso daquele para o qual o poder foi outorgado<sup>68</sup>. Já quanto aos elementos com grau de discricção (motivo e objeto), o ato administrativo seria insindicável<sup>69</sup>, a exceção quanto à análise dos motivos determinantes.

Por décadas, o Supremo Tribunal Federal assentiu com a limitação do controle judicial sobre os atos administrativos discricionários<sup>70</sup>. Enquanto em relação aos atos vinculados não houvesse dúvida quanto ao controle judicial, a jurisprudência da Suprema Corte apresentava parâmetros genéricos para avançar sob o controle dos atos discricionários.

A título de exemplo, no RE nº 17.126<sup>71</sup>, julgado em 1951, em análise de controvérsia sobre o exercício do poder de polícia para a concessão de direito de exploração de serviços de alto-falantes, o STF entendeu que caberia ao Poder Judiciário apreciar a realidade e a legitimidade dos motivos que inspiraram o ato administrativo discricionário. Assim, faltando realidade à razão alegada pela autoridade pública emissor do ato, deveria o Poder Judiciário corrigi-lo.

---

<sup>66</sup> Ibidem.

<sup>67</sup> JACOBY, op cit, pp. 124-127.

<sup>68</sup> MELLO, op. cit., pp. 56-57.

<sup>69</sup> CARVALHO FILHO, op cit, pp 126-127.

<sup>70</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 20999, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 21/03/1990, DJ 25-05-1990 PP-04605 EMENT VOL-01582-02 PP-00286 RTJ VOL-00131-03 PP-01101.

<sup>71</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 17126, Relator(a): Min. HAHNEMANN GUIMARAES, Segunda Turma, julgado em 31/08/1951, DJ 12-04-1952 PP-03376 EMENT VOL-00077-01 PP-00209).

No RE 33472<sup>72</sup>, julgado em 1957, discutia-se rescisão de contrato de trabalho de cidadão alemão de entidade da administração pública federal, gerida sob o regime privado no ano de 1942. O cidadão alemão, autor da ação, alegou ter sido vítima de injustiça pela demissão. A entidade alegou que a demissão foi autorizada pelo Ministério ao qual estava subordinada e ocorreu com o escopo de acautelar a produção contra atos prejudiciais ao bom andamento de serviços, ao interesse coletivo e à segurança pública, pois o cidadão teria sido objeto de investigação policial por atividades suspeitas, chegando a ser preso, de modo que a presença nos quadros de empregados constituiria sério embaraço aos negócios da empresa com os Estados Unidos, de onde importava mercadorias essenciais ao seu comércio.

Em primeira instância, segundo o acórdão, o pedido foi julgado procedente, uma vez que a entidade deveria justificar as razões pelas quais considerou a permanência do empregado perigosa ao bom andamento do serviço, à produção ou à segurança nacional, pois mesmo o ato administrativo discricionário precisaria conformar-se com licitude, sob pena de cancelar o puro arbítrio. Em sede recursal, a sentença teria sido reformada parcialmente. No Supremo Tribunal Federal, a Corte entendeu que o exercício de poderes discricionários seria imune ao controle judicial, salvo em caso de desvio de poder, de modo que o autor poderia ter provado que não havia dado motivo forte para a dispensa, mas a possibilidade de sua presença no quadro de empregados ser “pedra de tropeço” nas relações comerciais da entidade com os americanos de que dela dependia autorizaria, conforme o prudente arbítrio da autoridade, a dispensa do empregado.

Já no RMS nº 16807, julgado em 1968, discutia-se o indeferimento de inscrição de candidato em concurso para Juiz de Direito em razão de o Tribunal de Justiça não reconhecer sua idoneidade moral pela terceira vez, ausente qualquer motivação. O Tribunal *a quo*, segundo o acórdão, denegou a ordem ao argumento de que o ato não poderia ser suscetível de controle jurisdicional, o que foi objeto de recurso, insistindo o autor que o Tribunal deveria justificar seu ato.

O Supremo Tribunal Federal entendeu não ser o ato de indeferimento de inscrição passível controle jurisdicional, pois, não se discutia a legalidade, mas próprio conteúdo de ato administrativo discricionário no qual a lei exigiria apenas a declinação do motivo, mas dispensaria a sua comprovação, de modo que a autoridade bastaria declarar em que texto de lei fundou seu ato.

---

<sup>72</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 33472, Relator(a): Min. ANTONIO VILLAS BOAS, Segunda Turma, julgado em 28/05/1957, DJ 18-07-1957 PP-08616 EMENT VOL-00305-02 PP-00484 RTJ VOL-00002-01 PP-00074 ADJ 30-09-1957 PP-02665.

No RE nº 88.121-2/PA, julgado em 1979, discutia-se a possibilidade de revisão judicial de ato demissional de servidor público. Em primeira instância, o pedido de anulação da penalidade aplicada foi julgado procedente, por não estar evidenciada a inexistência de delito atribuído ao autor, decisão que foi confirmada pelo Tribunal *a quo*. O ente público recorreu ao argumento de que o Poder Judiciário invadiu competência privativa do Executivo.

No julgamento, o STF<sup>73</sup> entendeu que a análise dos pressupostos e dos motivos determinantes do ato administrativo ensejaria controle da legalidade pelo Poder Judiciário, de modo que não importaria invasão de competência discricionária quanto ao mérito reservada do Poder Executivo, porquanto tal prerrogativa estaria relacionada com a escolha ou graduação de penalidade ou oportunidade de sua imposição.

Em 1990, já sob a égide da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal reiterou a jurisprudência da corte em caso em que se discutia a penalidade aplicada a servidor público pelo Presidente da República, no MS nº 20999<sup>74</sup>. Na oportunidade, asseverou a possibilidade de controle jurisdicional sobre a legalidade dos atos punitivos emanados da Administração Pública no concreto exercício do seu poder disciplinar, implicando na análise dos motivos que autorizaram a sanção disciplinar, sem, no entanto, poder adentrar, como decorrência do princípio da separação de poderes, quanto à conveniência, a utilidade, a oportunidade e a necessidade de punição disciplinar.

Especialmente após a Constituição Federal de 1988, a doutrina passou a defender a necessidade de revisão dos critérios de distinção entre atos administrativos. Celso Antônio Bandeira de Mello parte da concepção de que a clássica distinção entre atos vinculados e atos discricionários orbita a ideia de poder e não de dever de alcançar uma finalidade normativa pela atividade público-estatal<sup>75</sup>.

Assim, propõe a inversão do eixo metodológico do direito público para afirmar que a atuação público-estatal se desenvolve para alcançar uma finalidade diretamente extraída do sistema jurídico<sup>76</sup>, conferindo poderes aos agentes públicos – mediante exercício de competências – para o cumprimento de seu dever<sup>77</sup>.

---

<sup>73</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 88121, Relator(a): Min. RAFAEL MAYER, Primeira Turma, julgado em 19/06/1979, DJ 10-08-1979 PP-05841 EMENT VOL-01139-02 PP-00710 RTJ VOL-00090-03 PP-01020.

<sup>74</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 20999, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 21/03/1990, DJ 25-05-1990 PP-04605 EMENT VOL-01582-02 PP-00286 RTJ VOL-00131-03 PP-01101.

<sup>75</sup> MELLO, op cit., pp. 09-16.

<sup>76</sup> Ibid, pp. 14-15.

<sup>77</sup> Ibid.

Nesse diapasão, se, de um lado, a atividade a ser executada pelo agente público no exercício de sua competência poderia estar prévia, completa e objetivamente prevista em lei, não cabendo ao administrador margem de liberdade de atuação<sup>78</sup>, por outro, a lei poderia transferir para que o administrador eleja, dentro da sua competência, em cada caso concreto o comportamento adequado à satisfação da finalidade legal<sup>79</sup>.

No entanto, não bastaria adotar quaisquer das providências que a norma geral e abstrata comportasse. Caberia ao administrador, como uma atividade de interpretação da lei, eleger fundamentadamente a solução ótima naquilo em que a norma transferisse a competência para a realização de um juízo subjetivo quanto à hipótese da norma – determinação ou reconhecimento da situação de fato – ou ao comando da norma (agir ou não agir, momento adequado, forma jurídica, medida idônea)<sup>80</sup>.

Dessa forma, sendo a atuação administrativa regida, em sua integralidade sob o pálio da lei, o controle do ato administrativa, inclusive o judicial, realizar-se-ia pela correlação lógica do ato entre as circunstâncias fáticas existentes e a idoneidade para alcançar a finalidade legal, de modo que nenhum ato seria em si mesmo insindicável, pois haveria poder ilimitado caso qualquer elemento do ato administrativo fosse incontrollável<sup>81</sup>.

Juarez de Freitas, a partir da noção de princípios e direitos fundamentais, defende o abandono da distinção clássica, uma vez que não haveria ato puramente vinculado ou completamente discricionário<sup>82</sup>. Segundo o autor, nos atos ditos vinculados há alguma margem de liberdade ao administrador, não lhe sendo permitido praticá-los sem a devida motivação, uma vez que a realização do ato não está condicionada apenas ao princípio da legalidade, mas também a todos os demais princípios que regem as relações da administração, os quais merecem sopesamento e ponderação<sup>83</sup>.

De outro lado, os atos discricionários não estariam completamente livres a qualquer juridicidade, uma vez que não basta invocar o interesse geral como finalidade, pois caberia ao administrador escolher *in concreto* as consequências mais adequadas, de acordo com justificativas válidas, fáticas e juridicamente aceitáveis, de modo a dar maior efetividade aos direitos fundamentais e à boa administração pública<sup>84</sup>.

---

<sup>78</sup> Ibid, p. 16.

<sup>79</sup> Ibid, p. 48.

<sup>80</sup> Ibid, pp. 09-48

<sup>81</sup> Idem, pp. 27-38.

<sup>82</sup> FREITAS, op cit, pp. 329-330.

<sup>83</sup> Idem, pp. 330-342

<sup>84</sup> Idem, p. 344

Em suma, a análise de Freitas inclui a observância a direitos e garantias fundamentais tanto na fase de produção do ato quanto ao resultado a ser obtido. Desse modo, os atos administrativos seriam todos, em último grau, vinculados ao cumprimento de princípios e direitos fundamentais<sup>85</sup>. A diferença passaria a residir na maior ou menor intensidade da vinculação<sup>86</sup>. Enquanto nos atos administrativo com maior grau de vinculação aos requisitos formais a liberdade do administrador seria escassa, nos atos com menor grau de vinculação (discricionariedade vinculada) a melhor escolha exige justificativas universalizantes e intertemporalmente consistentes. Todavia, em ambos há o dever fundamentação idônea, levando em conta a máxima concretização dos princípios e direitos fundamentais<sup>87</sup>.

Nesse contexto, o ato administrativo seria sempre sindicável, seja aquele com maior grau de vinculação, seja aquele possui a discricionariedade vinculada, para impedir arbitrariedades e, conseqüentemente, a fuga do sistema jurídico positivado<sup>88</sup>. E quanto maior for a liberdade do agente para emitir juízos decisórios, maior será a contrapartida em termos de controle, não apenas para analisar a regularidade formal (a competência, a finalidade e a forma), mas essencialmente à avaliação de qualidade, tomando-se por base a máxima concretização dos direitos fundamentais<sup>89</sup>. É necessário ressaltar que, para o autor, o controle judicial do ato administrativo deve ser realizado sem invadir substitutivamente o seu mérito, atuando o Poder Judiciário como administrador negativo para afastar ou excluir ato ilegal. Contudo, entende que, excepcionadamente, é permitido ao Poder Judiciário proferir sentenças aditivas ou substitutivas garantindo o cumprimento de princípios e normas constitucionais<sup>90</sup>.

Logo, todo ato administrativo que não atenda à lei e ao Direito como sistema, que atue como obstáculo à efetivação dos direitos fundamentais, redundando em arbítrio, seja por ação ou omissão, merecendo, de forma oportuna, tutela judicial específica<sup>91</sup>. Significa dizer que o Poder Judiciário não substitui ao administrador, mas emite juízo sobre a conduta ante os parâmetros constitucionais<sup>92</sup>, que igualmente vincula a realização do ato. Ou seja, qualquer ato administrativo que não apresente justificativas válidas, fáticas e juridicamente aceitáveis desbordaria para o campo da arbitrariedade, tornando-se ilegal e ilegítimo, permitindo o controle jurisdicional sobre o ato de maneira proporcional.

---

<sup>85</sup> Idem, p. 356.

<sup>86</sup> Idem, p. 351.

<sup>87</sup> Idem, p. 347.

<sup>88</sup> Idem, p. 345.

<sup>89</sup> Idem, p. 362.

<sup>90</sup> Idem, pp103-110.

<sup>91</sup> Idem, p. 353.

<sup>92</sup> Idem, p. 353.

Nesse contexto doutrinário, o Supremo Tribunal Federal alterou seu entendimento, admitindo a revisão jurisdicional do ato administrativo, ao incutir-se no mérito para avaliar a adequabilidade não apenas quanto à realidade dos motivos elencados, mas também à relação entre estes e as finalidades perseguidas pela norma. Isto é, não bastaria ao administrador adotar uma das posturas possíveis para atingir a finalidade da norma, mas também averiguar se, dentre as circunstâncias do caso, há adequação lógica entre os pressupostos do fato o conteúdo do ato, de maneira a justificar a conduta administrativa tendo como norte a finalidade na norma.

No RE505.439-0, originário de recurso extraordinário que declarou nulo atos de disponibilidades de servidores de autarquia federal quando comprovada a deficiência da prestação de serviços a ela deferida, o Supremo Tribunal Federal entendeu que, embora não coubesse ao Poder Judiciário apreciar o mérito dos atos administrativos, seria possível o exame da discricionariedade do ato para verificar sua regularidade em relação às causas, aos motivos e à finalidade que os ensejam<sup>93</sup>.

Mais ainda, o STF admitiu a revisão do ato administrativo discricionário quando o pressuposto de fato for manifestamente desproporcional e desarrazoado, sem que isso implique violação aos princípios da separação dos poderes. No RE 80.642, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a cobrança de tarifa diferenciada nas ligações de telefonia fixa entre terminais situados no mesmo município ou em município conturbados consubstanciaria ofensa ao princípio da isonomia, e, por isso, reputou-se ilegal.

Asseverou a Corte que não ofenderia o princípio da separação dos poderes o controle judicial de atos administrativos tidos por ilegais ou abusivo, inclusive quando a análise é feita à luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade<sup>94</sup>. De igual forma, o Supremo Tribunal Federal já entendeu que a prerrogativa concedida às autoridades públicas para o exercício de competências discricionárias não permite a prolação de ato externo ao próprio ordenamento jurídico, uma vez que estaria limitado pelo princípio da juridicidade<sup>95</sup>. Assim, observa-se ultrapassada a teoria segundo a qual o mérito administrativo não pode ser sindicável pelo Poder Judiciário.

---

<sup>93</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 505439 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 12/08/2008, DJe-162 DIVULG 28-08-2008 PUBLIC 29-08-2008 EMENT VOL-02330-05 PP-00879.

<sup>94</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 580642 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 09/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-192 DIVULG 01-10-2014 PUBLIC 02-10-2014.

<sup>95</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 26849 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 10/04/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-096 DIVULG 20-05-2014 PUBLIC 21-05-2014.

#### **1.4 Resumo do capítulo**

Neste capítulo inicial, buscou-se contextualizar a atividade de controle externo sobre a administração como elemento para configuração de uma boa democracia em dimensão qualitativa, a partir de Larry Diamond e Leonard Morlino, de maneira a demonstrar a essencialidade do Tribunal de Contas da União no sistema jurídico como pressuposto para o fortalecimento e consolidação da democracia na ordem constitucional inaugurada em 1988. Além disso, apresentou o desenho institucional do Tribunal de Contas da União, com seus múltiplos elementos, considerando as características necessárias definidas para a configuração como entidades superiores de controle. Em decorrência, analisou-se natureza jurídica da Corte de Contas e de suas decisões, concluindo serem estas, em verdade, atos administrativos, iniciando o debate sobre a sua revisão judicial. Por fim, foram revisitados os elementos dos atos administrativos na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de forma a verificar em que medida a sindicabilidade do controle jurisdicional pode avançar sobre eles, o que permitirá compreender nos próximos capítulos os fundamentos para a revisão judicial das decisões do Tribunal de Contas da União.



## 2 A REVISÃO JUDICIAL DAS DECISÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

### 2.1 Contornos preliminares da questão

No capítulo anterior, realçou-se a configuração e o desenho institucional do Tribunal de Contas da União na ordem constitucional inaugurada em 1988 para exercer, em regime de compartilhamento com o Congresso Nacional, a função de controle externo, representando um elemento qualitativo para a consolidação e a legitimidade do regime democrático. Isso porque a dimensão republicana da democracia exige que as funções públicas devem ser exercidas com responsabilidade, o que reclama, por consequência, prestação de contas aos cidadãos, mediante processo de *accountability*, no que concerne à legalidade e ao desempenho.

Em outras palavras, o controle externo se projeta para além da supervisão que os cidadãos realizam sobre seus governantes, relação na qual os estes podem ser eleitos ou destituídos por aqueles, ainda que por meio de representantes eleitos<sup>96</sup> (*accountability* vertical). Significa dizer que a atuação dos agentes públicos eleitos e não eleitos e instituições públicas é submetida ao crivo de instituição competente e legalmente autorizada, com capacidade para avaliar o exercício do poder (*accountability* horizontal).

O processo de *accountability*, na forma horizontal, desenvolvido pelo TCU não apenas franqueia ao Poder Legislativo e à sociedade civil elementos de transparência e publicidade sobre as escolhas políticas no contexto da gestão pública para o exercício da *accountability* vertical. Também, e precipuamente, avalia a regularidade das ações de gestores públicos e instituições auditadas sob a ótica da legalidade e do desempenho na utilização dos recursos públicos, com poderes para julgar a regularidade das contas públicas, impor sanções ou determinar responsabilidades, mediante decisões colegiadas. É necessário ressaltar, todavia, que o Tribunal de Contas da União não exerce sua competência politicamente, de acordo com a conveniência e a oportunidade, tal qual ocorre na *accountability* vertical, mas sua atuação é primordialmente técnico-jurídica.

Assim, o TCU, exercendo as competências que lhe foram constitucionalmente deferidas, decide sobre a regularidade das contas prestadas ou tomadas e dos atos de admissão de pessoal da administração pública federal. De igual forma, a Corte de Contas aplica sanções aos responsáveis em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas. Ainda possui a prerrogativa para determinar a correção de ilegalidades e irregularidades, bem como sustar a execução de ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado

---

<sup>96</sup> DIAMOND e MORLINDO, op. cit., p. 25.

Federal. Também cabe ao TCU decidir, especificamente, quanto à sustação de contrato irregular em caráter suplementar quando o Congresso Nacional não determinar ou o Poder Executivo não adotar as medidas cabíveis no prazo de 90 (noventa) dias. À Corte de Contas foi deferida ainda competência para determinar, cautelarmente, o afastamento temporário do gestor responsável em caso de indícios suficientes que possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao erário ou inviabilizar o seu ressarcimento e ainda, nestas circunstâncias, decretar a indisponibilidade de bens dos responsáveis pelo período de até um ano.<sup>97</sup> Por fim, cabe ao órgão de controle representar sobre irregularidades ou abusos apurados aos órgãos competentes.

Essas competências decisórias, em verdade, são concretizadas em atos administrativos, uma vez que se constituem manifestações do poder estatal, exercidas sob o influxo do regime jurídico de direito público, observando as balizas constitucionais e legais e sujeitas ao controle judicial. Em decorrência, os atos decisórios são dotados dos atributos da presunção de legitimidade, imperatividade e autoexecutoriedade.

Significa dizer, em linhas gerais, que os atos decisórios são prolatados pressupondo, desde a sua gênese, a observância dos princípios e regras que regem o interesse público, como prerrogativa do exercício de parcela do poder estatal. Ou seja, é conferida robustez aos atos emanados por agentes imbuídos da gestão do interesse público, sob a presunção de conformidade com sistema jurídico, hábil a produzir os efeitos dele decorrentes. Ainda que estejam maculados de vícios, os atos administrativos projetam seus efeitos até que sejam corrigidos pela própria administração pública ou pelo Poder Judiciário. Nessa direção, os atos decisórios do TCU possuem a presunção de que foram prolatados no âmbito de sua competência, observando a forma legalmente definida para atingir a finalidade de averiguar a regularidade das contas prestadas ou tomadas e dos atos de admissão de pessoal, com descrição dos motivos e do objeto.

A segunda característica diz respeito à prerrogativa de estabelecer obrigações ou impor restrições, independentemente da vontade dos atingidos, calcado na realização do interesse do público em concreto. Os atos decisórios do TCU se constituem em atos de realização do interesse público mediante o exercício da atividade de controle externo na análise formal e material da aplicação dos recursos e bens públicos.

Também os atos decisórios do Tribunal de Contas da União possuem a prerrogativa da autoexecutoriedade, podendo ser imediata e diretamente promovido o cumprimento,

---

<sup>97</sup> Lei nº 8443/1992, artigo 44, caput e § 2º.

dispensando a manifestação judicial a respeito. Isso ocorre, por exemplo, na decisão que aplica sanção de inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública ou de declaração de inidoneidade para participar de licitação na Administração Pública Federal. Até mesmo as decisões que determinam o afastamento temporário do gestor público ou a indisponibilidade de bens prescindem de manifestação judicial à sua efetividade. A exceção à autoexecutoriedade encontra na cobrança de multa aplicada que demanda um processo de cobrança judicial dos valores<sup>98</sup>.

As competências decisórias no âmbito do controle externo implicam na análise de aplicação de normas jurídicas em diversos vieses: da mera legalidade para a avaliação do desempenho, observando os ideais de economia, eficiência, eficácia e efetividade como pressupostos da legitimidade de uma gestão administrativa coadunada com o interesse público. Implicam, ademais, a utilização de conceitos vagos que não prescinde de uma determinação concreta em cada caso, avaliando as situações em perspectiva.

Nesse cenário, surge um problema de aplicação da lei, consistente na construção da norma de definitiva a ser aplicada no caso concreto sob análise do Tribunal de Contas da União no contexto do estado democrático de direito. Isto é, quais elementos devem ser levados em consideração para manter a sustentabilidade das decisões prolatadas pela Corte de Contas, fundamentando-lhes racionalmente, a permitir o controle por parte dos seus destinatários, assim como dos afetados, além dos órgãos judiciais exercentes da jurisdição constitucional. É esse o objetivo do próximo tópico.

## **2.2 A norma jurídica de decisão no estado democrático de direito**

O trabalho do operador do direito na concretização da norma jurídica enquanto norma de decisão não é um produto pronto e acabado. A interpretação e aplicação da norma jurídica responde à realidade histórica, social e temporal em que se situa uma determinada sociedade, com suas pré-compreensões, ideologias e visões de mundo<sup>99</sup>, o que permite compreender o trabalho dos operadores do direito mediante a noção de paradigma.

Segundo Carvalho Netto, adotando o conceito de Thomas Kuhn, a noção de paradigma permite exatamente analisar o desenvolvimento da ciência, aqui aplicada ao direito, como um

---

<sup>98</sup> Constituição Federal, artigo 71, § 3º, e Lei federal nº 8443/1992, artigo 23, inciso III, alínea “b”.

<sup>99</sup> MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. A noção de paradigma jurídico e o paradigma do estado democrático de direito. Disponível em <<https://www.univali.br/pos/mestrado/mestrado-em-gestao-de-politicas-publicas/cadernos-de-pesquisa/Documents/caderno-pesquisa-13-2.pdf>> . Acesso em 02 out 2017.

processo de rupturas, evidenciando as características centrais e homogêneas presentes e compartilhadas por uma sociedade temporalmente limitada, onde seria possível a reconstrução e a releitura de eventos históricos<sup>100</sup> para verificar como, a partir de decisões tidas por exemplares, realizava-se o trabalho do intérprete. No estudo do constitucionalismo é possível identificar três modelos de paradigmas.

No primeiro paradigma, o do estado liberal de direito, nascido a partir do constitucionalismo moderno como estrutura normativa para contenção e submissão do poder estatal à lei, um conjunto complexo de normas gerais e abstratas, válidas universalmente para todos os membros da sociedade, as quais seriam fruto da vontade geral. Em razão disso, decorreram a instituição de direitos individuais burgueses e o princípio da separação dos poderes<sup>101</sup>. A promessa era o não retorno ao absolutismo, no qual o estado estava acima da ordem jurídica, onde a figura do rei se confundia àquele e imperava a irresponsabilidade estatal (*the king, can do not wrong*), não havendo limites para atuação estatal.

A redução do Estado à legalidade, na perspectiva do paradigma liberal, traduziu na delimitação da lei como resultado da vontade geral do povo, assim constituída por representantes eleitos pelo voto censitário, e estava diretamente relacionada à garantia de manutenção da igualdade, mediante a mera abstração e generalidade da norma – onde todos seriam formalmente detentores dos mesmos direitos –, e o policiamento dos limites para o exercício pleno das liberdades individuais<sup>102-103</sup>.

Neste paradigma, a centralidade se encontrava no Poder Legislativo, preponderando-se em relação aos demais em virtude da redução do Estado à legalidade, na configuração de um Estado mínimo para valorização da liberdade e da igualdade meramente formais<sup>104</sup>. Tal circunstância proporcionou à burguesia o seu livre desenvolvimento e acesso ao poder político, nessa época, já detentora do poder econômico, excluindo, por sua vez, as classes sociais menos favorecidas.

A atividade de interpretação e aplicação do direito, nesse cenário, estava reduzida à tarefa mecânica de aplicação silogística da lei mediante a subsunção das normas aos fatos. Não lhe era permitido ao operador do direito interpretar atribuição que cabia exclusivamente ao legislador em razão de sua qualidade como criador da norma. Caso o texto legal comportasse

---

<sup>100</sup> CARVALHO NETTO, Menelick. A hermenêutica.... pp. 30-32.

<sup>101</sup> MARTINS, op. cit., p. 34.

<sup>102</sup> MARTINS, op. cit., p. 34;

<sup>103</sup> CARVALHO NETTO, op. cit., pp. 33-34

<sup>104</sup> Idem, pp. 32-33

dúvida em sua aplicação, o juiz, reduzido ao papel de boca da lei, deveria consultar ao legislador a respeito<sup>105</sup>. O sentido de norma jurídica estava, pois, limitado ao próprio texto já delineado pelo Poder Legislativo<sup>106</sup>.

Já o segundo paradigma, o do estado social de direito, decorreu de um processo de exclusão das camadas sociais dos benefícios oriundos da promessa do estado liberal, que, por sua vez, desencadeou pressão popular por mudanças especialmente no início do século XX. Exigia-se de uma ação positiva no sentido de assegurar que as conquistas sociais, econômicas e políticas atingissem a todas as camadas da população. Dessa forma, o Estado tomou para si o encargo por atividades antes desempenhadas por particulares, rompendo com o individualismo típico do Estado liberal, amparando os hipossuficientes e valorizando a responsabilidade geral como garantia de liberdade. Nesse modelo, conferiu-se nova dimensão à liberdade e à igualdade, aumentando a esfera de proteção do indivíduo frente ao Estado e aos outros cidadãos. Inaugurou-se, então, a igualdade material, que introduziu nos direitos fundamentais, direitos de natureza social e econômica.

A passagem para o segundo paradigma, do estado social de direito, deslocou a centralidade do poder para o Executivo, pois o exercício da liberdade e igualdade demandava prestações de serviços públicos complexos para substantivá-los, abandonando o formalismo anterior para reconhecer as diferenças materiais entre os indivíduos. Ao Estado coube atuar mediante prestações de serviços, aliada à necessária intervenção estatal na economia, no intuito de promover a justiça social e proteger os direitos e garantias fundamentais, combatendo as desigualdades sociais e econômicas, que o liberalismo acentuou.

Dessa forma, o Estado tomou para si o encargo por atividades antes desempenhadas por particulares, rompendo com o individualismo típico do Estado liberal, amparando os hipossuficientes e valorizando a responsabilidade geral como garantia de liberdade, sem, no entanto, conferir aos cidadãos poderes decisórios<sup>107</sup>.

A atividade aplicação e interpretação do direito, nesse contexto, ganhou uma nova conotação. O reconhecimento de direitos materiais implicou na produção de métodos mais sofisticados de aplicação da lei, mediante processo de interpretação levado a cargo pelo juiz

---

<sup>105</sup> *Ib.*, p. 34

<sup>106</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no estado constitucional**. Disponível em <[https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKEwj3y7KBp\\_zWAhUEDpAKHRIsDjsQFggrMAE&url=http%3A%2F%2Fwww.marinoni.adv.br%2Fwp-content%2Fuploads%2F2016%2F08%2FA-JURISDI%25C3%2587%25C3%2583O-NO-ESTADO-CONSTITUCIONAL1.doc&usg=AOvVaw3XYPLYU2jFzD1tpHWR\\_f4c](https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKEwj3y7KBp_zWAhUEDpAKHRIsDjsQFggrMAE&url=http%3A%2F%2Fwww.marinoni.adv.br%2Fwp-content%2Fuploads%2F2016%2F08%2FA-JURISDI%25C3%2587%25C3%2583O-NO-ESTADO-CONSTITUCIONAL1.doc&usg=AOvVaw3XYPLYU2jFzD1tpHWR_f4c)> Acesso, em 17 out 2017, p. 5.

<sup>107</sup> MARTINS, *op. cit.*, p. 37.

que conduzisse à análise teleológica, sistêmica e histórica, de modo a abstrair a vontade subjetiva legislador para a operar a própria vontade da lei, agora animada pela substantivação de direitos<sup>108</sup>. Todavia, este processo de descobrimento da vontade de lei encerra duas problemáticas no sistema jurídico: a mitigação da vertente clássica da separação dos poderes com o hiperdimensionamento do Executivo para cumprir as tarefas sociais e a ampliação dos poderes jurisdicionais<sup>109</sup>. De igual forma, com a inserção de conceitos jurídicos indeterminados e normas de amplitude aberta, como espaço de atuação do operador do direito, mitigou a força impositiva da lei e da Constituição e, por consequência, da segurança jurídica, dada a impossibilidade de antever os resultados possíveis na dinâmica das novas tarefas a cargo do Estado<sup>110</sup> para equiparar materialmente os cidadãos.

No terceiro paradigma, o do estado democrático de direito, liberdade e igualdade ganham novos significados convergindo, com conteúdo aprofundado e potencializado, para o reconhecimento de uma comunidade de princípios de pessoas livres e iguais, partícipes das leis que regem o bem comum<sup>111</sup>. Não se abandonam os valores destacados pelo Estado liberal ou social, mas assimila-os sem que, todavia, haja a preponderância de algum dos valores determinantes de cada fase, seja liberdade ou igualdade, porque não exaurem as necessidades do ser humano.

Esses direitos de caráter procedimental cobram e exigem a cidadania, o direito de participação, o debate público constitutivo e conformador da soberania democrática<sup>112</sup>. O exercício da vontade popular demanda formas participativas para além daquelas da democracia formal exclusivamente representativa<sup>113</sup>, de maneira a permitir a participação efetiva dos cidadãos envolvidos no processo democrático de formação do direito, em condições de igualdade. A formação do direito, por sua vez, perpassa por um procedimento discursivo que considere a participação democrática dos envolvidos, limitados pelo código jurídico, estabelecido na forma de direitos fundamentais positivados<sup>114</sup>.

A positivação de um sistema de direitos fundamentais, construído a partir da opinião e da vontade públicas para que, aceita por todos, possa reger a vida em comum, com poder de sanção em caso de não observância, segundo Habermas, legitima e autoriza o Estado para agir

---

<sup>108</sup> Idem, pp. 34-36.

<sup>109</sup> Ibid., p. 36

<sup>110</sup> Ibid., p. 36

<sup>111</sup> Ibid, pp. 37-38.

<sup>112</sup> Ibid, pp. 36-39.

<sup>113</sup> Ibid, 38.

<sup>114</sup> Ibid, 40.

em nome de todos, como instituição encarregada pelo exercício burocrático da dominação legal, conferindo-lhe o emprego do poder de coerção para assegurar o respeito às normas jurídicas<sup>115</sup>.

Essas decisões formadas a partir da opinião e da vontade públicas possuem o selo de observância obrigatória coletivamente entre os membros livres e iguais, constituindo o nexo interno do direito com o poder político, em que garante a participação em processos legislativos democráticos. Isso permite a estabilização do poder político – desenvolvido pela institucionalização jurídica dos direitos fundamentais – por meio de processo de juridificação legítimo, na qual o direito atua como *médium*, afastando razões religiosas, morais ou metafísicas pré-ordenadas<sup>116</sup>.

Ou seja, cidadãos associados, gozando de autonomia política e por meio das liberdades comunicativas mobilizadas, convencionam a formação de um poder comunicativo, ao passo em que dão origem a um direito legítimo, reciprocamente assegurando o exercício da autonomia política<sup>117</sup> e, por conseguinte, da soberania popular.

O poder comunicativo, por sua vez, origina o poder político, mas sem com ele se confundir, pois as leis que dele resultam necessitam de implementação, o que o obriga a transfigurar para um poder administrativo as funções de sanção, organização e execução, além de que é componente político o emprego do poder administrativos e a concorrência pelo acesso ao sistema político<sup>118</sup>.

Nesse contexto, reflexivamente, a formação da vontade política, por meio de um legislativo cujo desenvolvimento do poder político seja pressuposto por sistema de direitos fundamentais, requer um Estado com poder de organização, sanção e execução, mediante um executivo capaz de realizar a implementar os programas acordados, bem como uma jurisdição apoiada na pretensão de justiça independente e imparcial nos julgamentos nos casos litigiosos, assegurando o direito a proteção individual ampla<sup>119</sup>.

Assim, conforme Habermas, constitui-se a ideia democrática de Estado de Direito, no qual o direito não se legitima apenas pela sua forma ou pelo conteúdo moral previamente estabelecido, mas de um procedimento que confira legitimidade a partir de uma formação discursiva da opinião e da vontade aceitável racionalmente por todos os membros da

---

<sup>115</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Vol I. 2ª ed. Traduzido por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, pp. 170-171.

<sup>116</sup> Idem, pp.169-170.

<sup>117</sup> Ibid, pp. 183-190.

<sup>118</sup> Ibid, pp. 189-190.

<sup>119</sup> Ibid., p.171

coletividade<sup>120</sup>, como decorrência da soberania popular. E, nessa direção, a produção de normas jurídicas exige o discurso de uma fundamentação racional, aceitável por todos os membros, a partir de situações e casos particulares previsivelmente típicos, na qual, aplicadas imparcialmente, possa-se exigir o cumprimento por qualquer pessoa em situações similares, tornando-lhes universalizáveis<sup>121</sup>.

Nessa ótica discursiva, o estado de direito, animado pelo princípio da soberania popular, requer a garantia de proteção jurídica individual ampla, pois a lei resultante de um processo democrático de formação da vontade política institui as bases de pretensões jurídicas individuais contra o próprio Estado a partir da aplicação da legislação a casos singulares, podendo ser reclamadas judicialmente<sup>122</sup>. Há, portanto, uma diferença lógico-argumentativa entre fundamentação e aplicação de normas, o que justifica a separação entre as competências de produzir leis e a de aplicar o direito em diferentes níveis poderes, na medida em que a institucionalização das formas comunicativas de discursos ocorrem de diferentes formas<sup>123</sup>.

De igual forma, o estado de direito também demanda uma divisão de poderes, baseada no princípio da legalidade, para vincular a aplicação do poder administrativo ao sistema jurídico produzido democraticamente, à vista do poder comunicativo, que impede a interferência do daquele poder no processo de formação da vontade política e da jurisdição<sup>124</sup>. Isso quer dizer que a clássica divisão de poderes, fundada na diferenciação das funções do Estado, não encontra guarida na ótica da teoria do direito, pois nesta a separação funcional da divisão somente se torna realizável quando a legislação democrática adquirisse *status* de primazia no sistema de direitos e o poder administrativo se alimente e se regenere junto a partir do poder comunicativo<sup>125</sup>. Neste cenário, a administração sempre estaria submetida ao controle parlamentar e judicial, sob os aspectos do caráter profissional da execução das leis e a observância dos sistemas de direitos legitimamente estabelecidos<sup>126</sup>.

Até porque, segundo Habermas, na perspectiva da teoria do discurso, as funções de legislação, da justiça e da administração se comunicam argumentativamente de maneiras diversas, na medida em que os discursos de fundamentação de normas e de sua aplicação não

---

<sup>120</sup> Ibid., p. 172.

<sup>121</sup> Ibid., pp. 202-203.

<sup>122</sup> Ibid., p. 215.

<sup>123</sup> Ibid., p. 215.

<sup>124</sup> Ibid., pp. 214-218.

<sup>125</sup> Ibid., pp. 232-233.

<sup>126</sup> Ibid., pp. 233-243.



compreendem os discursos pragmáticos típicos da administração, que se amarram a fins coletivos previstos na lei<sup>127</sup>.

Contudo, Habermas observou que os sistemas jurídicos mais modernos não se limitam às interações reguladas pelas normas, mas abrange interações que, a princípio não orientadas pelo direito, permitem a construção de um direito novo e, na sequência, reproduzi-lo como tal. Porém, essa reconstrução e reprodução do direito somente é viabilizada em sistemas jurídicos que possuam programa de autoaplicação do direito mediante normas que transmitam as competências de normatização, da aplicação e da imposição do direito<sup>128</sup>.

Dessa forma, constatou empiricamente a existência de instituições envolvidas na produção e reprodução do direito que exercem, concomitantemente ou não, diversas funções. Isto é, a função de aplicação de leis é assumida pela administração, enquanto a execução de leis também é realizada pelos tribunais e a legislação política também se encontram a prática de decisões dos tribunais e das administrações<sup>129</sup>.

Nessa perspectiva, a prática das decisões em um sistema jurídico construído discursivamente, respeitando-se a função integradora da ordem jurídica e a pretensão de legitimidade do direito, somente se realiza efetivamente se atender às condições de aceitabilidade racional e decisão consistente<sup>130</sup>. O processo de concretização e densificação da aplicação das normas constitucionais, nesse contexto, desloca a centralidade do ordenamento para o Judiciário, devendo considerar os elementos fáticos na construção da norma de decisão.

Isto é, a norma jurídica, então, já não é somente aquilo que está expresso no texto ou previamente definido pelo Poder Legislativo. A experiência histórica, conforme observa Menelick de Carvalho Netto, já demonstrou a imprestabilidade da ideia positivista de subsunção entre a norma (premissa maior) e o fato (premissa menor) por transformar o trabalho do aplicador em uma simples tarefa mecânica<sup>131</sup>. Não há mais identidade entre texto da norma e norma<sup>132</sup>.

No estado democrático de direito, a aplicação da norma jurídica, no afã atingir a norma de decisão, resulta de um processo em que considere a dimensão dos fatos tanto quanto a lei geral e abstrata. Em outras palavras, a dimensão fática passa a ser considerada como elemento

---

<sup>127</sup> Ibid., pp. 232-239.

<sup>128</sup> Ibid., p. 242.

<sup>129</sup> Ibid., p. 243.

<sup>130</sup> Ibid., pp 245-246.

<sup>131</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. **Racionalização do ordenamento jurídico e democracia**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, p. 81-108, Dez 2003, p. 99. Mimeo.

<sup>132</sup> MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 39.

da própria norma jurídica, de modo que não pode ser vista isoladamente no trabalho do operador do direito. Afinal, na realidade de uma sociedade complexa, porém sob condições de exiguidade de tempo e conhecimento finito, é impossível prever todas as hipóteses de aplicação da norma jurídica.

A consideração do conjunto dos fatos do caso concreto na produção da norma de decisão pode ser encontrada em teorias de interpretação contrárias ao positivismo jurídico, embora de modo distintos, tais como as teorias da norma jurídica de Friedrich Müller e Klaus Günther.

Friedrich Müller, a partir da teoria e metódica estruturantes, reconhece que os fatos são elementos da própria norma jurídica de decisão, cuja estrutura abrange o programa normativo e o âmbito da norma<sup>133</sup>. A construção da norma jurídica de decisão em Müller poderia se apresentada, resumidamente, da seguinte forma:

Em um primeiro passo, filtram-se os dados reais, a partir dos quais o operador do direito, pela sua pré-compreensão, atinge o âmbito do caso e, por conseguinte, após utilizar os elementos de trabalho, elabora o programa da norma. Haveria nesse percurso, após atingir o âmbito do caso, uma seleção de textos de normas válidos (formas preliminares), a partir dos quais interpretados com a ajuda de todos os meios auxiliares disponíveis, constituiriam o comando jurídico de regulamentação<sup>134</sup>.

No segundo passo, após formado o programa da norma, esta forneceria as balizas para escolher os elementos que constituíram o âmbito na norma (fatos relevantes) em uma determinada realidade social, a partir de prescrições com âmbitos normativos gerados e não gerados pelo direito (dados empiricamente identificados), sobre a qual o programa da norma poderia incidir<sup>135</sup>.

Assim, a partir da construção de uma norma de decisão do caso concreto, em que atuam como partícipes órgãos legislativos, de administração e judiciais que elaboram, publicam e fundamentam e ainda garantem a sua implementação, permitindo o convencimento dos atingidos e o controle da decisão por um tribunal de instância superior ou outras opções de tutela jurídicas<sup>136</sup>.

Também Klaus Günther, a partir da teoria do discurso de Habermas, desenvolve teoria cujo cerne aponta que a aplicação a norma jurídica que pretenda ser imparcial demanda a construção de uma resposta adequada ao caso concreto, considerando todos os sinais

---

<sup>133</sup> Idem, pp. 42-47

<sup>134</sup> Ib., pp. 47-54

<sup>135</sup> Ib., pp. 42-43

<sup>136</sup> Ib., pp. 37-39

característicos nele presentes. Por questões metodológicas, essa teoria será explanada em tópico próprio.

### 2.3 Justificação e aplicação de normas jurídicas em Klaus Günther

A validade da norma, em razão de permanecer restrita à generalidade semântica, não garante a sua observância, de modo uniforme em todas as situações de aplicação, onde cada diferença no caso concreto pode se tornar relevante<sup>137</sup>. Isso decorre em razão de princípio universal (U) não ser capaz de regular todas as consequências das normas e seus efeitos colaterais, considerando o conhecimento incompleto e exiguidade de tempo<sup>138</sup>, que exige uma perspectiva distinta quando de sua aplicação<sup>139</sup>.

O princípio de universalização da norma requer a observância geral, de modo que os afetados, em situação de aplicação, possam aceita-la em cada situação individual<sup>140</sup>. Isto é, o princípio da universalização regula cada situação em que é possível aplicar uma norma considerando as circunstâncias previsíveis do caso. Porém, uma mesma norma pode ter aplicação distinta considerando as circunstâncias do caso concreto<sup>141</sup>. Implica dizer que há a possibilidade de casos iguais entre si nos quais uma mesma norma tenha aplicação diversa.

Há, portanto, uma ruptura das dimensões de fundamentação (validade) e aplicação (adequação) da norma na argumentação jurídica, de modo que a validade da norma não implica na sua adequação ao caso concreto. Até porque a validade da norma somente poderia vincular-se direta e inexoravelmente à sua adequação se fosse possível antever todas as situações de aplicação da norma<sup>142</sup>, demandando, pois, um saber infinito, o que não é humanamente possível.

O discurso de justificação se baseia na perspectiva de generalização da norma, na qual haveria a consideração para satisfazer todos os interesses na medida do possível<sup>143</sup>. Significa dizer que a norma seria considerada válida quando as consequências e os efeitos colaterais de

---

<sup>137</sup> GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no Direito e da Moral: justificação e aplicação**. Trad por Cláudio Molz. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 238.

<sup>138</sup> Idem, p. 241.

<sup>139</sup> MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira e OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. **A contribuição de Klaus Günther ao debate acerca da distinção entre regras e princípios**. Revista Direito GV, v. 2, n. Teoria Constitucional, p. 241–254, 2006. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35224>>. Acesso em: 05 Mar. 2017, p. 243.

<sup>140</sup> GÜNTHER, op. cit. p. 29.

<sup>141</sup> Idem, p. 26.

<sup>142</sup> Idem, p.29

<sup>143</sup> MARTINS e OLIVEIRA, op. cit., p. 245.

sua observação puderem ser aceitos por todos os afetados sob as mesmas circunstâncias, conforme os interesses de cada um individualmente<sup>144</sup>, o que corresponde à versão fraca do princípio de universalização.

A validade da norma representa a concordância de todos, portanto, em condições de conhecimento incompleto e exiguidade de tempo, com as consequências e efeitos colaterais de casos previsíveis e típicos. Porém, a fundamentação das normas jurídicas não esgota, *de per se*, o trabalho do direito, mas apenas lhe dá início<sup>145</sup>, pois a norma geral e abstrata não consegue, abranger todas as situações aplicação. Afinal, a dinâmica da vida em sociedade pode gerar outros conjuntos de fatos até então não previstos.

Em realidade, a aplicação da norma genérica e abstrata não prescinde de processo de concretização, o que demanda uma argumentação *sui generis*, obtida através do princípio da adequação<sup>146</sup>, no qual as normas tidas como válidas são aplicadas em meio a um discurso argumentativo em determinada situação, descrevendo-se as suas características relativas à dimensão do fato na forma mais completa possível<sup>147</sup>, a fim de obter a coerência do sistema jurídico.

Nesse contexto, o discurso de aplicação tem por objetivo garantir decisões imparciais, considerando todos os sinais característicos da situação concreta apresentada para formar uma hipótese adequada da norma<sup>148</sup>, o que resulta na construção de uma norma sensível ao contexto, observada a singularidade do caso indeterminado, pois apenas na singularidade do caso concreto é que se poderia prevê os efeitos de uma norma<sup>149</sup>.

Assim, Günther propõe a versão forte do princípio de universalização ao acrescentar que a norma válida somente será adequada na perspectiva de que, em cada situação especial, as consequências e os efeitos colaterais da observância geral desta norma puderem ser aceitos por todos e considerados os interesses de cada um individualmente<sup>150</sup>.

Apesar da ruptura, validade e adequação, no contexto da institucionalização do discurso, desenvolvem relação de dependência, na medida em que discurso de aplicação complementa o discurso de justificação da norma<sup>151</sup>, haja vista que aquele agrega a este uma completa descrição das circunstâncias relevantes de uma situação. Isto é, o discurso de aplicação se desenvolve

---

<sup>144</sup> GÜNTHER, op. cit., p. 30.

<sup>145</sup> CARVALHO NETTO, op. cit., p. 101.

<sup>146</sup> HABERMAS, op. cit., p. 203.

<sup>147</sup> Idem, p. 215.

<sup>148</sup> GÜNTHER, op. cit., p. 246

<sup>149</sup> MARTINS e OLIVEIRA, op. cit., p. 245.

<sup>150</sup> GÜNTHER, op. cit., p. 29.

<sup>151</sup> Idem.

levando em consideração existência de normas válidas e aplicáveis *prima facie*, considerando as circunstâncias antecipadas do discurso de justificação<sup>152</sup>.

Contudo, o exame de aplicação da norma, ao ter acrescentada a descrição completa da situação com os fatos relevantes, em um primeiro nível, subordina-se ao processo de adequação. A argumentação avança para além da identidade semântica entre os fatos hipoteticamente descritos pela norma e aqueles utilizados na descrição do caso concreto e singular. Isto é, considera não apenas o atendimento das circunstâncias concretas aos sinais característicos da norma, mas também os fatos não previstos<sup>153</sup>, segundo o princípio da imparcialidade.

A argumentação considera, na descrição completa da situação de aplicação, a seleção de dados relevantes, contemplando tanto os sinais característicos idênticos aos previstos na norma quanto às variantes existentes, de maneira a observar a consistência semântica da norma, assim considerada a premissa pela qual impõe-se a aplicação de uma norma válida em todos os casos em que as circunstâncias previstas hipoteticamente se encontrarem presentes<sup>154</sup>. A escolha dos fatos tidos por relevantes, por sua vez, condiciona-se ao seu significado normativo, de tal forma que possa justificar uma ação<sup>155</sup>.

Já no segundo nível, em virtude da possibilidade colisão de normas válidas e aplicáveis *prima facie* sob circunstâncias inalteradas ao examinar todas as circunstâncias de uma determinada situação, exige-se, de igual forma, o senso de adequabilidade, “evitando resíduos de injustiça”<sup>156</sup>. A ideia de adequabilidade pressupõe, pois, a aplicação imparcial da norma, considerando o conjunto de dados aplicáveis, observando a comunidade de princípios e regras, de modo que a decisão seja racionalmente fundamentada, considerado a coerência com sistema de direito vigente<sup>157</sup>.

Assim, no paradigma do estado democrático de direito, com Günther, a aplicação a lei demanda a construção de uma resposta adequada ao caso concreto, observando uma comunidade de princípios, dentre eles o da lealdade, da justiça e do devido processo, o que somente pode ser alcançado mediante um processo discursivo de aplicação imparcial da lei, coerente com contexto de uma ordem jurídica e comunidade política como um todo.

---

<sup>152</sup> Ibid.

<sup>153</sup> Ibid.

<sup>154</sup> Ibid, 218.

<sup>155</sup> Ibid, 225.

<sup>156</sup> CARVALHO NETTO, op. cit., p. 102.

<sup>157</sup> Cf. GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. Trad. Por Leonel Cesarino Pessoa. **Cadernos de Filosofia Alemã: Crítica e Modernidade**, São Paulo, n. 6, p. 85-102, dec. 2000. ISSN 2318-9800. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/filosofiaalema/article/view/69481>>. Acesso em: 26 out. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.11606/issn.2318-9800.v0i6p85-102>.

Os dois últimos tópicos trataram da necessidade da consideração no conjunto dos fatos na produção da norma jurídica de decisão, seja administrativa ou judicial, no paradigma do estado democrático de direito, de modo a afastar a ideia de subsunção entre a norma e fato como tarefa de interpretação e aplicação jurídicas. O próximo tópico estabelecerá premissas para o controle dos atos decisórios do Tribunal de Contas com a finalidade de garantir a equidade e a adequabilidade.

#### **2.4 Premissas para a revisão judicial das decisões do Tribunais de Contas da União**

Ainda que sob o alegado caráter técnico do julgamento de contas, não é possível prescindir do ônus argumentativo por parte do Tribunal de Contas da União na aplicação da norma jurídica. Sendo resultado de um ato administrativo, ao qual, conforme já explanado, encontra-se sob o pálio da lei, requerendo justificativas válidas, fáticas e juridicamente aceitáveis, coerentes com a ordem jurídica.

Não se admite, assim, julgamentos do TCU que circunscrevem apenas à ideia positivista de subsunção entre a norma (premissa maior) e o fato (premissa menor). A propósito, o caráter técnico-jurídico impõe ainda o dever de o órgão de contas declinar de maneira clara e objetiva as razões de julgamento adotadas<sup>158</sup>, enfrentando substantivamente os argumentos apresentados pelos fiscalizados capazes, em tese, de afastar a suposta irregularidade.

De se ressaltar que a perspectiva democrática da fiscalização das contas públicas levada a cabo pelo Tribunal de Contas da União não o exime de observar, em seus processos e decisões, os direitos e garantias fundamentais salvaguardados na Constituição. Pelo contrário, impõe a sua observância, na medida em que há uma inter-relação de dependência entre democracia e direitos fundamentais<sup>159</sup> que, não obstante a aparente contradição, complementam-se na construção de um verdadeiro estado democrático de direito.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, há indicação a respeito da possibilidade de revisão judicial do mérito das decisões do TCU, sem contudo haver jurisprudência sedimentada.

---

<sup>158</sup> Nos autos Autos nº 0006821-51.2015.4.01.3000/3ª Vara da Seção Judiciária do Estado Acre assim manifestou sobre as características de um acórdão do Tribunal de Contas da União:

O acórdão TCU 1284/2015, integral, se encontra no anexo IV. Mais de 100 páginas. Repetitivo, enfadonho, confuso, vacilante, com redação tortuosa. Um julgamento, qualquer que seja ele, deve permitir aos integrantes de uma comunidade saber, com clareza, o que é permitido ou proibido na vida em sociedade e na pública, em particular. Aquele estilo e formato de deliberação – que parecer um padrão daquela Corte – é um desserviço à clareza, à informação e brevidade enquanto virtudes de qualquer texto e um exemplo magno não só de solilóquio a ser evitado, mas de demonstração de desinteresse por aqueles a quem a decisão (texto) se destina: a comunidade.

<sup>159</sup> CARVALHO NETTO, op. cit., p. 97.

Julgados do passado indicam que antiga jurisprudência do STF entendia que os atos praticados pelo Tribunal de Contas da União seriam insuscetíveis de revisão na via judicial, excetuando quanto ao aspecto formal ou ilegalidade manifesta, como é possível verificar no MS 7280, julgado em 1960<sup>160</sup>, e no RE 55821<sup>161</sup>, julgado em 1967.

Em casos mais recentes, todavia, o STF há julgados em que houve reexame judicial das decisões do Tribunal de Contas, independentemente da natureza da discussão, não se limitando ao aspecto formal ou de ilegalidade manifesta. No MS 24631<sup>162</sup>, por exemplo, o STF afastou responsabilidade atribuída a procurador de autarquia pelo TCU em razão da lavra de parecer de natureza opinativa, que, segundo a Corte de Contas, motivou a formação de ato administrativo apontado como irregular.

Em matéria de registro de admissão ou aposentadoria de pessoal, a Suprema Corte também tem exercido o controle judicial sobre as decisões do TCU. A título de exemplo, no MS 33008, impugnou-se acórdão do órgão de contas que negou registro a pensão por morte concedida a companheira, em concorrência à viúva, de ex-servidor, haja vista a inexistência de decisão judicial reconhecendo a união estável e a separação de fato<sup>163</sup>. A Corte Constitucional entendeu ser indevida a exigência de decisão judicial que reconhecesse a união estável e a separação de fato imposta pelo TCU como requisito para concessão da pensão por morte, pois, se lei não impôs tal requisito, não poderia o TCU fazê-lo.

No âmbito da Corte Constitucional, o certo é que há limitação quanto à incursão no mérito do ato prolatado pelo TCU no que diz respeito ao uso do mandado de segurança para discussão quando implicar no reexame do conteúdo fático–probatório avaliado, uma vez que a via eleita pressuporia fatos incontroversos ou provas pré-constituídas<sup>164</sup>.

Na jurisdição ordinária, especialmente nos Tribunais Regionais Federais, onde o conteúdo fático–probatório pode ser melhor desenvolvido, encontra-se maior resistência em

---

<sup>160</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 7280, Relator(a): Min. HENRIQUE D'AVILLA - CONVOCADO, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/1960, DJ 17-08-1960 PP-05538 EMENT VOL-00430-01 PP-00099 ADJ 17-09-1962 PP-00460 ADJ 15-05-1961 PP-00067 RTJ VOL-00014-01 PP-00096.

<sup>161</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 55821, Relator(a): Min. VICTOR NUNES, Primeira Turma, julgado em 18/09/1967, DJ 24-11-1967 PP-03949 EMENT VOL-00711-02 PP-00356 RTJ VOL-00043-01 PP-00151)

<sup>162</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 24631, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 09/08/2007, DJe-018 DIVULG 31-01-2008 PUBLIC 01-02-2008 EMENT VOL-02305-02 PP-00276 RTJ VOL-00204-01 PP-00250).

<sup>163</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 33008, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 03/05/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-196 DIVULG 13-09-2016 PUBLIC 14-09-2016

<sup>164</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 28943 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 16/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-193 DIVULG 02-10-2014 PUBLIC 03-10-2014; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 24379, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 07/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-108 DIVULG 05-06-2015 PUBLIC 08-06-2015

adentrar no mérito das decisões do TCU, sob o argumento de que a natureza jurídica técnico-administrativa tornaria a decisão insuscetível de modificação irrestrita pelo Poder Judiciário, cuja competência se limita aos aspectos formais ou às ilegalidades manifestas ou ainda inobservância das garantias relacionadas ao devido processo legal dessas decisões.

Em julgamento conduzido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região<sup>165</sup>, pessoa fiscalizada pleiteou a desconstituição de acordo do TCU que lhe aplicou multa em razão de morosidade da condução de certamente licitatórios para contratação de serviços, de modo que esses serviços fossem prestados sem cobertura contratual ou contratados mediante dispensa licença. O pedido de desconstituição do ato decisório fundamentava-se nos argumentos de inviabilidade de abertura de certame licitatório, dadas as circunstâncias fáticas que se revelavam legal e materialmente impossíveis.

O órgão judicial rejeitou o pedido sob o fundamento de que as decisões Tribunal de Contas da União têm natureza jurídica de decisão técnico-administrativa, em razão da competência privativa para o julgamento das contas de administradores e demais responsáveis por dinheiro, bens e valores públicos, de forma que a revisão judicial das decisões do Tribunal de Contas da União não poderia implicar mera substituição dos critérios adotados, somente sendo possível a interferência do Poder Judiciário na presença de nulidade por irregularidade formal ou de manifesta ilegalidade, sob o risco de inocuidade das decisões das Cortes de Contas<sup>166</sup>.

Também o Tribunal Regional Federal da 2ª Região possui julgados recentes nos quais aduzem que não caberia ao Poder Judiciário efetuar o controle de mérito sobre as decisões do TCU, sendo a revisão judicial limitada às hipóteses de ilegalidade ou inobservância das garantias constitucionais relacionadas<sup>167</sup>. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região<sup>168</sup>, de igual

---

<sup>165</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). AC 00026214320074013400, DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 DATA:01/08/2013 PAGINA:109;

<sup>166</sup> No âmbito do Tribunal Regional Federal (1ª Região), apenas no de 2017 há pelo menos outros 2 (dois) julgados em que afirmam ser os atos decisórios do TCU passíveis de controle jurisdicional apenas nos casos de irregularidade formal grave ou manifesta ilegalidade. Ver: BRASIL, Tribunal Regional Federal (1ª Região). AC 0007304-25.2013.4.01.3300 / BA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL KASSIO NUNES MARQUES, Rel.Conv. JUIZ FEDERAL LEÃO APARECIDO ALVES (CONV.), SEXTA TURMA, e-DJF1 de 04/08/2017; AC 0000030-78.2012.4.01.3903 / PA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL HERCULES FAJOSSES, SÉTIMA TURMA, e-DJF1 de 02/06/2017;

<sup>167</sup> BRASIL, Tribunal Regional Federal (2ª Região). AC 0024066-31.2007.4.02.5101, Desembargador Federal ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO, Desembargador Federal ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO, , data da decisão: 06/09/2017; AC 00253615920144025101, RICARDO PERLINGEIRO, TRF2 - 5ª TURMA ESPECIALIZADA, DJU: 16/05/2017

<sup>168</sup> BRASIL, Tribunal Regional Federal (4ª Região), AC 5068407-82.2014.404.7000, TERCEIRA TURMA, Relator FERNANDO QUADROS DA SILVA, juntado aos autos em 10/12/2015; AC 5038288-12.2012.404.7000, QUARTA TURMA, Relator SÉRGIO RENATO TEJADA GARCIA, juntado aos autos em



forma, possui julgados afirmando que o controle judicial se faz apenas a título excepcional, quando demonstrada manifesta ilegalidade ou irregularidade formal grave, sendo-lhe defeso adentrar no mérito da decisão. Todavia, os julgados não escrutinam o alcance dos significados de “aspectos formais”, “ilegalidades manifestas”, o que inviabiliza a análise mais depurada sobre o controle judicial exercidos sobre os atos do TCU.

Por outro lado, os Tribunais Regionais Federais da 3ª e 4ª Regiões admitem maior sindicabilidade das decisões do TCU. O Tribunal Regional da 3ª Região, tomando-se por base julgamentos recentes, admite o controle judicial sobre os atos decisórios do Tribunal de Contas da União<sup>169</sup>, ao fundamento de que vigora o princípio da inafastabilidade jurisdição. Julgado de 2015 do referido Tribunal asseverou que o caráter técnico-administrativos do controle exercido pelo TCU não o torna jurisdicional, de forma que sua atuação é vinculada, razão pela qual, ao analisar o conteúdo de uma decisão do órgão, o Judiciário não estaria se imiscuindo no mérito administrativo, o que seria suscetível de revisão pelo Poder Judiciário, tendo em vista o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional<sup>170</sup>.

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região, de sua vez, indica possibilidade de revisão judicial mais abrangente sobre os atos do TCU do que aqueles realizados pelos demais tribunais regionais, admitindo analisar os aspectos de legitimidade<sup>171</sup> ou vícios de desvio de poder ou de atos exorbitantes ou teratológicos<sup>172</sup>.

É possível verificar, a partir dos limites impostos nos posicionamentos das cortes judiciais de jurisdição ordinária, certo constrangimento em apreciar o mérito das decisões do Tribunal de Contas da União, de maneira a controlar a aplicação e interpretação do direito.

No entanto, no paradigma do estado democrático de direito é necessário construir uma resposta adequada ao caso concreto, observando a comunidade de princípios vigentes, dentre eles os da não-contradição, da consistência semântica, da veracidade, da simetria na

---

18/09/2017; TRF4, AC 5002801-60.2012.404.7200, QUARTA TURMA, Relator CANDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR, juntado aos autos em 28/04/2017

<sup>169</sup> BRASIL, Tribunal Regional Federal (3ª Região). APELREEX - 0019699-76.2014.4.03.6301, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/07/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:19/07/2017;

<sup>170</sup> BRASIL, Tribunal Regional Federal (3ª Região). AC 0010991-96.2007.4.03.6102, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHNSOM DI SALVO, SEXTA TURMA, julgado em 30/07/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/08/2015

<sup>171</sup> BRASIL, Tribunal Regional Federal (5ª Região). Autos nº 00013028520124058401, AC553999/RN, DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (CONVOCADO), Segunda Turma, JULGAMENTO: 21/03/2017, PUBLICAÇÃO: DJE 24/03/2017 - Página 94

<sup>172</sup> BRASIL, Tribunal Regional Federal (5ª Região). Autos nº 08005977920154058100, AC/CE, DESEMBARGADOR FEDERAL MANUEL MAIA (CONVOCADO), 4ª Turma, JULGAMENTO: 09/03/2017

participação dos sujeitos do discurso entre outros<sup>173</sup>, como forma de produzir ato decisório que atenda aos critérios de certeza jurídica e de aceitabilidade racional.

Significa que há de ter sensibilidade na hora de aplicar a norma, observando as particularidades do caso concreto como forma de produzir justiça na situação específica, até porque a atuação do Tribunal de Contas funda-se exatamente em competências constitucionais definidas no sistema jurídico, não podendo se furtar ao cumprimento dos princípios e regras, especialmente aquelas que assegurem proteção aos direitos e garantias fundamentais, sob pena de o próprio órgão legitimado para julgar contas públicas pela Constituição devorá-la<sup>174</sup>.

Nesse diapasão, a jurisdição constitucional exercida pelos órgãos do Poder Judiciário, no paradigma do estado democrático de direito assume papel relevante para a garantia de direitos, instrumentalizado a partir de um processo em que efetivamente se assegure o direito à participação e condições procedimentais que permitam a prolação do provimento jurisdicional, apreciando legitimamente se houve ou não ameaça ou lesão a direito<sup>175</sup>.

Nesse contexto, a atividade hermenêutica do juiz exige uma releitura do conceito de jurisdição que perpassa a ideia de dizer o direito não apenas a uma subsunção entre a regra e o fato, mas requer a construção de uma norma concreta e individual fundada no conjunto de todas as razões pertinentes, com vistas a uma interpretação completa da situação, produzindo uma resposta sensível ao caso concreto, observando a comunidade princípios e regras<sup>176</sup>, pois é imperativo de justiça pós-convencional considerar as diferenças, buscando enfrentar, das perspectiva de um Direito que ser legítimo e efetivo, as contingências da vida<sup>177</sup>.

No paradigma do estado democrático de direito, ao Poder Judiciário cabe prolar decisões observando construtivamente, mediante processo jurisdicional, as normas constitutivas do sistema jurídico vigente, que também satisfaçam os critérios de certeza jurídica e aceitabilidade racional<sup>178</sup>. Em realidade, o processo se constitui em válvula de garantia do

---

<sup>173</sup> MARTINS e OLIVEIRA, op. cit., p. 244.

<sup>174</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. A Hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, pp. 25-26.

<sup>175</sup> OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Processo e Jurisdição Constitucional. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 455.

<sup>176</sup> OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito: Um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 65.

<sup>177</sup> OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Tutela Jurisdicional e Estado Democrático de Direito**: por uma compreensão constitucionalmente adequada do Mandado de Injunção. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 133.

<sup>178</sup> CARVALHO NETTO, op. it., p. 38.

cidadão para viabilizar a observância e obtenção de direitos fundamentais, submetendo ao Poder Judiciário casos potenciais de lesão a direitos fundamentais, quando os ofendidos não conseguem ser ouvidos em arenas institucionais públicas<sup>179</sup>. Por isso, o processo visa garantir a implementação de direitos, especialmente fundamentais<sup>180</sup>.

Além do mais, o processo atua em dupla função, haja vista que permite a manifestação do poder jurisdicional para resolver conflitos quando impulsionado, mas também constitui instrumento de submissão do Estado ao próprio direito<sup>181</sup>. A ser assim, o processo jurisdicional impede a projeção de normas para fora a abrangência do sistema normativo, os quais são balizados por normas jurídicas que limitam e direcionam o Estado ao próprio direito positivo<sup>182</sup>, construído a partir de uma formação discursiva da opinião e da vontade, aceitável racionalmente por todos os membros da coletividade.

Assim, o Poder Judiciário como instância de proteção contra lesão ou ameaça a direitos pode e deve adentrar no mérito das decisões do Tribunal de Contas da União quando efetivamente houver violação a direitos fundamentais. A posição ocupada pela Corte de Contas dentro do ordenamento jurídico não permite retirar a apreciação de suas decisões pelo Poder Judiciário, ainda que possua caráter eminentemente técnico, na medida em que é necessário assegurar a garantia do exercício dos direitos fundamentais mediante um processo de aplicação imparcial da norma.

Assim, não se torna aceitável, sob a alegação do caráter técnico do julgamento das contas, prescindir da equidade e adequabilidade da decisão às circunstâncias do caso concreto, implicando na restrição indevida ao exercício de direitos fundamentais.

A revisão pelo Poder Judiciário não se constitui em uma solução meramente decisionista ou discricionária<sup>183</sup>, mas imperativo decorrente do aprofundamento da sindicabilidade do ato inerente ao direito fundamental ao devido processo, da equidade e a adequabilidade da decisão às circunstâncias do caso concreto. Na verdade, a atuação do Poder Judiciário reside, na perspectiva do estado democrático de direito, na concretização dos direitos fundamentais<sup>184</sup>, de

---

<sup>179</sup> NUNES, Dieles. Alguns pontos cegos das reformas processuais – a falta de uma olha panorâmico no sistema processual (processualismo constitucional democrático), as tendências “ não compreendidas” de padronização decisória e a não resolução dos problemas da execução por quantia certa. In. MACHADO, Felipe et all. (coord.). **Constituição e Processo: uma análise hermenêutica da (re)construção dos códigos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 84.

<sup>180</sup> Idem, p. 88.

<sup>181</sup> GONÇALVES, op. cit., p. 05

<sup>182</sup> Idem, p. 45.

<sup>183</sup> OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Tutela jurisdicional ..., p. 133.

<sup>184</sup> Idem, p. 99.

maneira a verificar o atendimento da fundamentação a razões objetivas e congruentes com a ordem constitucional, o que implica em vedar decisões imotivadas<sup>185</sup> e desprovidas de coerência, seja pelo administrador, seja pelo controle externo, seja pelo próprio Judiciário.

É necessário ressaltar, todavia, que o Poder Judiciário, mesmo atuando como instância de proteção ao indivíduo contra lesão a direitos, dado o princípio da inafastabilidade da jurisdição, também não está imune à produção de ato decisório inconsistente, imotivado e incoerente, capaz de produzir injustiças no caso concreto, uma vez que também não são infalíveis. Contudo, as características do processo submetido ao crivo judicial demonstram, em tese, uma melhor tendência de imparcialidade na aplicação da norma jurídica, considerando a separação das funções de acusar e julgar, bem como maior índice de participação dos envolvidos na medida em que possuem mais e melhores instrumentos para influenciar o provimento final, de maneira a conferir maior coeficiente de legitimidade das decisões.

Diante disso, o controle judicial das decisões do TCU pode e deve avançar no mérito ou conteúdo do ato, não se restringindo ao exame da legalidade formal do ato ou apenas para assegurar o direito à ampla defesa e ao contraditório dos fiscalizados no âmbito do processo respectivo, para a defesa de direitos constitucionais e para a construção da cidadania, premissa do estado democrático de direito instaurado pela Constituição de 1988.

Ademais, sendo a jurisdição construída para a proteção de direitos e liberdades asseguradas no sistema jurídico, não se afigura impossível a atuação do Poder Judiciário contra ato que inobserve conduta normativamente protegida, pois há uma cobrança por uma decisão juridicamente consistente e adequada ao caso *sub iudice*, de maneira a considerar os elementos relevantes do caso concreto, não sendo permitido, “em nome da conveniência ou do que que seja, deixar de levar direitos a sério”<sup>186</sup>.

Conforme reconhece Ellen Gracie<sup>187</sup>, o reexame do mérito das decisões do Tribunal de Contas da União poderá gerar margem para atritos institucionais. Todavia, também é espaço para reflexão interna quanto às formas e ao modo de atuação, de maneira a aperfeiçoar os métodos de trabalho.

---

<sup>185</sup> FREITAS, op. cit., p. 90.

<sup>186</sup> OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Tutela jurisdicional ..., p. 96.

<sup>187</sup> GRACIE, Ellen, p. cit, p. 14.

## 2.5 Resumo do capítulo

No presente capítulo, buscou-se demonstrar que o exercício das competências decisórias no âmbito do controle externo realizado pelo Tribunal de Contas da União desnuda em um processo de aplicação imparcial de normas jurídicas, que perpassa da mera legalidade para a avaliação de desempenho, com a utilização de conceitos vagos e abrangentes.

Assim, a partir da teoria da argumentação de Klaus Günther e da teoria e metódica estruturantes de Friedrich Müller, vislumbrou-se que a produção da norma de decisão exige a consideração do conjunto dos fatos do caso concreto. Ainda com Günther, observou-se um procedimento discursivo de aplicação imparcial da norma jurídica em que seja observada a comunidade de princípios vigentes, dentre eles os da não-contradição, da consistência semântica, da veracidade, da simetria na participação dos sujeitos do discurso entre outros, de forma a construir um ato decisório juridicamente consistente e adequado ao caso sub *iudice*.

A aplicação imparcial da norma jurídica visa garantir a sustentabilidade das decisões prolatadas, com fundamentação racional, permitindo o controle por parte dos seus destinatários, assim como dos afetados, além dos órgãos judiciais exercentes da jurisdição constitucional. Isto se mostra consentâneo com o paradigma do estado democrático de direito ao superar a teoria positivista de aplicação silogística da lei, mediando a subsunção entre a norma (premissa maior) e o fato (premissa menor).

Nesse contexto, o TCU não se desobriga ao dever de garantir a aplicação imparcial da norma jurídica, de modo que as suas decisões prolatadas devem atender aos critérios de certeza jurídica e de aceitabilidade racional, admitindo, no paradigma do estado democrático de direito, controle judicial de mérito, como imperativo decorrente do aprofundamento da sindicabilidade do ato inerente ao direito fundamental ao devido processo, da equidade e a adequabilidade da decisão às circunstâncias do caso concreto.

No próximo capítulo, serão descritos dois casos concretos ocorridos no Estado do Acre, os quais foram julgados pelo Tribunal de Contas da União, que concluiu pela existência de superfaturamento em procedimentos licitatórios em um procedimento de aplicação de lei em que as particularidades do caso concreto não foram observadas para atingir o provimento final.

### 3 ANÁLISE DE CASOS

A exigência de justificativas válidas, fáticas e juridicamente aceitáveis, de modo a dar maior efetividade aos direitos fundamentais e à boa administração pública, exigidas para os atos administrativos, também alcançam as decisões dos Tribunais de Contas da União, considerando a natureza de seus atos. Significa dizer que não há liberdade pura e técnica, mas sua atuação deve ser voltada para a máxima concretização dos direitos fundamentais, incluindo a real participação daqueles que serão atingidos pelos efeitos da decisão, de maneira a produzir um ato juridicamente consistente e adequado ao caso concreto.

Até porque a atuação constitucional permite à Corte de Contas, em razão da prerrogativa inerente à atividade exercida, limitar o exercício de direitos fundamentais de alto revelo no contexto do estado democrático de direito. Porém, como ato jurídico que decorre de suas atribuições, as decisões do TCU devem estar em consonância com os parâmetros constitucionais e legais, sejam nos aspectos formais ou materiais, não se constituindo atos puramente discricionários.

Nesse contexto, as características dos processos e instrumentos de fiscalização de contas limitam o alcance do direito ao contraditório e à ampla defesa, mitigando-o, na medida em transferem aos fiscalizados o ônus pela comprovação da boa, regular e legítima aplicação dos bens públicos<sup>188</sup> e, de outra sorte, reduzem a participação de seus fiscalizados na produção do provimento final. O artigo 162 do Regimento Interno do TCU estabelece que a apresentação de provas produzidas pelas partes fiscalizadas deve ser realizada na forma documental, ainda que sejam as declarações pessoais de terceiros.

Os meios de provas, diante disso, não favorecem aos fiscalizados afastar, de modo efetivo e eficaz, as conclusões efetuadas pelo corpo técnico do Tribunal previamente produzidas e que, apesar de possuírem conhecimentos técnicos especializados contábeis, econômicos e financeiros, de administração pública e de engenharia<sup>189</sup>, são construídas sem a participação efetiva em contraditório dos fiscalizados. Até mesmo eventual utilização de prova pericial no âmbito dos processos de contas é, de antemão, refutada.

---

<sup>188</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1.599/2007 – Plenário**. TC-012.600/2000-6. Relator Ministro Ubiratan Aguiar. Brasília, Julgamento em 15/08/2007. Disponível em <[www.tcu.gov.br](http://www.tcu.gov.br)>. Acesso em 28 fev. 2017.

<sup>189</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 473/2015 – Plenário**. Processo nº TC 010.308/2009-2., Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues. Brasília, Julgamento em 11/03/2015. Disponível em <[www.tcu.gov.br](http://www.tcu.gov.br)>. Acesso em 28 fev. 2017.

O Tribunal de Contas da União já decidiu sobre a não admissão de prova pericial no âmbito do processo de controle externo, uma vez que não haveria previsão na Lei nº 8.443/1992 ou no seu Regimento Interno, não sendo cabível a aplicação analógica das disposições pertencentes à prova no processo civil<sup>190</sup>. Argumentou-se, em complemento, à luz do artigo 427 do Código de Processo Civil de 1973, que as partes poderiam apresentar pareceres técnicos ou documentos sobre as questões de fato, para fazer as vezes de prova pericial, de modo que o julgador considere suficientes para elucidá-las.

Ainda, acrescentou que o desempenho de órgão técnico pela Corte de Corte, em contraposição aos órgãos judiciários que exerceria apenas decisões de natureza jurídica, demonstraria que o meio de prova produzido é a própria auditoria, à qual o fiscalizado poderia contraditar em suas razões de justificativa, oportunidade em que lhe seria permitido apresentar laudo técnico emitido por especialista por ele contratado.

O entendimento esposado pelo TCU possui respaldo na jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal<sup>191</sup>, uma vez que, segundo esta Corte, o exercício das garantias do devido processo legal e da ampla defesa somente se efetivam na forma das normas procedimentais aplicáveis, de modo que meios de prova estabelecidos pela Lei nº 8.443/92 e pelo Regimento Interno seriam idôneos para cumprir tal desiderato.

Por outro lado, a restrição de produção de provas testemunhais, periciais e requisição de documentos, permitindo apenas a constituição de prova documental, representa indevida limitação ao direito fundamental ao devido processo legal, do contraditório e ampla defesa, processos do Tribunal de Contas da União, ao não franquear oportunidade de os fiscalizados participarem efetivamente, por um meio imparcial, do provimento resultado da fiscalização, considerando as consequências possíveis a serem suportadas.

Curioso notar que o próprio Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática, já reconheceu que os princípios de processo civil são aplicáveis subsidiariamente aos processos do TCU. O argumento utilizado foi de que a cláusula do devido processo legal se aplicaria em

---

<sup>190</sup> *Idem.*

<sup>191</sup> EMENTA AGRADO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. RECURSOS INTEMPESTIVOS. NÃO OCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO DE PETIÇÃO. O entendimento deste Supremo Tribunal Federal é no sentido de que o direito de petição e as garantias do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal não são absolutos e seu exercício se perfaz nos termos das normas processuais que regem a matéria, em conformidade com o que dispõem as normas instrumentais, in casu, a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Lei 8.443/92) e o Regimento Interno do TCU (RITCU). Agravo regimental conhecido e não provido. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 28156 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 02/09/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 16-09-2014 PUBLIC 17-09-2014).

quaisquer processos, seja de índole judicial ou administrativa, como seriam os processos submetidos ao TCU, independentemente de haver previsão normativa nos estatutos que regem a autuação dos órgãos de Estado, pois estes não poderiam exercer suas autoridades de maneira abusiva ou arbitrária, inobservando a plenitude de defesa<sup>192</sup>. No caso concreto, a controvérsia, segundo a decisão, cingia-se sobre elemento de cunho estritamente financeiro relacionado ao aumento ou não de custos em equipamentos adquiridos com recursos públicos da União que justificassem o pagamento do reequilíbrio-financeiro concedido à empresa contratada. O relator entendeu que a Corte de Contas, como ator estatal, não poderia exercer sua autoridade desprovida de legitimidade jurídica, ainda mais quando suas decisões pudessem resultar consequências gravosas no plano de direitos e garantias fundamentais.

Exatamente o fator técnico presente nas atribuições dos Tribunais de Contas da União exige o ônus argumentativo nas decisões de demonstrar, sem dúvidas, a irregularidade praticada, omissa ou comissivamente, pelos agentes públicos e pessoas privadas envolvidas na fiscalização e no que ela (a irregularidade) consiste. A prova pericial, nesse patamar, ganha relevância ao reduzir o campo de especulação sobre os fatos fiscalizados.

É de se dizer, inclusive, que o contraditório, nesse particular, compreende mais do que a garantia de dizer e contradizer, mas a garantia de participação em simétrica paridade, o que significa a participação nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão efeitos<sup>193</sup>, incluindo a possibilidade de produção de todos os meios de provas.

Em decorrência disso, existem atos que não guardam coerência entre os fatos descritos no caso e a conclusão adotada, pois não se observa aplicação da norma situacionalmente adequada, o que expõe um *déficit* de fundamentação das decisões. Nesse contexto, relatam-se 2 (dois) casos oriundos do Tribunal de Contas da União em que não houve uma abordagem sensível às peculiaridades existentes.

A opção pela descrição analítica de apenas dois casos como recorte metodológico se deu pela relevância das situações nas particularidades do cenário acreano, onde, pela posição geográfica em relação aos demais centros econômicos, políticos e sociais, é possível perceber características *sui generis*, de pouco conhecimento dos órgãos decisórios de cúpula, tais como baixo índice de acesso a transporte, distância e isolamento com o restante do país e ausência de

---

<sup>192</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 26358 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 27/02/2007, publicado em DJ 02/03/2007 PP-00050 RDDP n. 51, 2007, p. 171-174.

<sup>193</sup> OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Processo e Jurisdição Constitucional. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 449.



iniciativa privada forte, o que demanda forte presença estatal. Desse modo, a descrição dos casos é importante para demonstrar as particularidades dos casos concretos, permitindo o conhecimento das situações em perspectiva, cotejando com os elementos de julgamento adotados pelo Tribunal, de modo a avaliar a sua coerência no processo de aplicação da norma jurídica.

### **3.1 Acórdão nº 5958/2009 – TCU – 2ª Câmara**

No ano de 2003, o Tribunal de Contas da União, por meio da Secretaria de Controle Externo no Estado do Acre, instaurou auditoria para verificar a aplicação de recursos federais oriundos de convênios celebrados com o Município de Rio Branco no período entre 1999 a 2003, analisando os aspectos legais das licitações e dos contratos em quatro áreas: meio ambiente, saneamento básico, saúde e infraestrutura urbana, sob o nº TC 005.726/2003-2.

Na área de saúde, enfoque da análise desse trabalho, a auditoria apontou, em seu relatório, a existência de diversas irregularidades, dentre as quais se destaca o superfaturamento na área medicamentos, uma vez que não haveria conformidade de cada proposta com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente ou ainda constantes em sistema de registro de preços.

O superfaturamento na aquisição de medicamentos teria sido verificado em diversas licitações realizadas pela Secretaria Municipal de Saúde nos anos de 2002 e 2003, apontando o valor aproximado de R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) em relação aos valores de mercado, utilizando como referência o Registro Nacional de Preços de Medicamentos e Correlatos – RNP, instituído pela Lei nº 10.191/1991 e o Banco de Preços da Saúde – BPS, além de outros referenciais como a revista de preços de comerciantes para vendas no varejo e procedimentos licitatórios anteriores realizados pelo mesmo órgão licitante.

Segundo o relatório de auditoria, os percentuais de superfaturamento encontrados pelo órgão de contas variaram de 14,75% (quatorze inteiros e setenta e cinco centésimos por cento) a 1132% (mil cento e trinta e dois por cento). Citaram os casos em que o superfaturamento atingiu o percentual igual ou superior a 1000% (mil por cento), quais sejam: Digoxina, 0,25mg, comprimido, Complexo B, comprimido, Diclofenaco Potássico, 50mg, comprimido.

Ao todo, o controle externo analisou 32 (trinta e dois) itens, sendo que dois destes – Amoxicilina, 500 mg, comprimido, e Metronidazol, 250 mg, comprimido – se repetem três vezes e outros 04 (quatro) itens – Amoxicilina, suspensão oral, 250mg/5ml, Diclofenaco

Potássico, 50, mg, comprimido, Nistatina, bisnaga, 25 UI, e Sulfametoxazol + Trimetoprima, suspensão oral, 200 mg + 40mg – se repetem duas vezes.

Assim, o relatório de auditoria propôs a conversão dos autos em tomada de contas especial, com a citação dos responsáveis, gestores públicos e empresas privadas, para que apresentassem alegações de defesa em relação aos fatos ou recolhessem aos cofres do Tesouro Nacional os valores apontados como resultado de superfaturamento, além de diversas recomendações.

As propostas do relatório de auditoria foram acolhidas pela 1ª Câmara do Tribunal de Contas da União pelo Acórdão nº 1049/2004 – TCU – 1ª Câmara, oportunidade em que determinou a instauração de tomadas de contas especial, o que gerou o processo TC nº 007.352/2004-8.

Os responsáveis apontados pela Corte de Contas foram citados e apresentaram alegações de defesa. Em linhas gerais, as alegações de defesa dos responsáveis afirmaram que:

- a) os parâmetros de referência não consideraram as peculiaridades do mercado acreano;
- b) nos parâmetros de referência não se levou em consideração a origem dos laboratórios dos medicamentos comparados e a distância em relação ao local de entrega dos produtos;
- c) o Tribunal de Contas da União não observou a especificação dos medicamentos em todos os itens, como concentração e volume;
- d) o Tribunal de Contas da União não considerou, na sua comparação de preços com a revista ABCFARMA, parâmetro utilizado à época em virtude da ausência de legislação específica para o comércio atacadista de medicamentos;

Ao analisar as defesas e documentos apresentados, a Secretaria de Controle Externo no Estado do Acre afastou as alegações apresentadas. Em relação a medicamentos, houve apenas uma alteração quanto ao relatório de auditoria produzido anteriormente e que fundamentou a instauração de Tomada de Contas Especial, ao reconhecer erro material em concentração de medicamento, recalculando-se o valor do superfaturamento.

Entre os motivos elencados pelo órgão de contas, aduziu-se que o relatório de auditoria comparou os preços das propostas vencedoras principalmente com os preços contidos no RNP, BPS e subsidiariamente, os preços contidos na revista ABCFARMA – esta apenas em circunstâncias excepcionais e na falta de outros elementos de comparação, conforme decisão anterior do próprio TCU –, informações prestadas diretamente pelo Ministério da Saúde, Guia de Comparação de Preços de Medicamentos, procedimentos licitatórios do próprio Município

de Rio Branco e ainda aquisições da Secretaria Municipal junto à Fundação para o Remédio Popular.

Acrescentou que, em relação aos itens adjudicados e superfaturados, seria nula, estatisticamente, a possibilidade de variações aleatórias, não viesadas, na magnitude em que ocorreram. E, no caso concreto, deveria ter sido explorada a possibilidade de aquisição de medicamentos junto a distribuidores, inclusive de outros estados ou ainda junto a laboratórios oficiais, não havendo motivos que a licitação se limitasse ao comércio local.

Assim, propôs a rejeição das razões de justificativas apresentadas para julgar irregulares as contas dos agentes públicos envolvidos, determinando o ressarcimento dos valores apontados como superfaturados, acrescido de multa, em responsabilidade solidária dos gestores públicos e empresas privadas.

Utilizando os argumentos apresentados pela unidade técnica, o órgão deliberativo do TCU, por meio do Acórdão nº 5958/2009 – TCU – 2ª Câmara, julgou irregulares as contas dos gestores municipais em relação aos recursos federais utilizados na aquisição de medicamentos pelo Município de Rio Branco, condenando os agentes públicos e empresas privados solidariamente na restituição dos valores apontados como superfaturados, além de aplicar multa individual a cada um deles.

Houve a interposição de recursos de reconsideração pelos fiscalizados, os quais reiteraram os argumentos de defesa, indicando fragilidade dos parâmetros e indícios de superfaturamento. Os recursos foram improvidos pelo Acórdão nº 387/2012 – 2ª Câmara, mantendo-se, na íntegra o Acórdão nº 5958/2009 – 2ª Câmara. Ainda foram opostos embargos de declaração condenados, os quais, embora conhecidos, não foram acolhidos, pelo Acórdão nº 2957/2014 – 2ª Câmara.

O julgamento do Tribunal de Contas da União, todavia, não atentou para análise congruente da situação em perspectiva, de maneira a considerar todos os elementos relevantes para a construção da decisão juridicamente consistente e adequada ao caso concreto, especialmente quanto aos parâmetros utilizados para apontar o superfaturamento, tais como volumes, locais de realização, qualidades dos produtos, diferenças de laboratórios, princípio ativo, patentes, alíquotas de imposto dentre outros.

Nesse contexto, a análise dos itens apontados como superfaturados permite compreender a dimensão da falta da ausência de congruência dos parâmetros adotados pelo TCU. Para efeito de análise, dividiu-se a análise em dois grupos: a) ausência de correlação entre os preços obtidos na situação comparada e na situação paradigma ante a diferença de quantidades adquiridas e; b) ausência de descrição de dados técnicos relevantes que influenciam

no custo final dos medicamentos. Importa mencionar que, por questões metodológicas, serão apenas retratados alguns itens de cada grupo.

Em relação à ausência de correlação entre os preços obtidos na situação comparada e na situação paradigma ante a diferença de quantidades adquiridas, pode-se verificar a incongruência da comparação nos itens Amoxicilina 500 mg e Cimetidina 200 mg, ambos apresentados na forma de comprimido.

No caso da Amoxicilina 500 mg, a Corte de Contas apontou superfaturamento de 688,62% (seiscentos e oitenta e oito inteiros e sessenta e dois por cento), pois o Município de Rio Branco adquiriu o comprimido por R\$ 0,97 (noventa e sete centavos) enquanto o preço de referência encontrado no mercado foi de R\$ 0,123 (cento e vinte três milésimos de real), no registro nacional de preços do Ministério da Saúde, por ocasião da Concorrência nº 03/2002, redundando em prejuízo de R\$ 11.011,00 (onze mil reais e onze centavos de real).

Porém, enquanto o Município de Rio Branco adquiriu 13.000 (treze mil) unidades, o preço de referência encontrado no registro nacional de preços do Ministério da Saúde, tendo como referência de localização o Distrito Federal, decorreu da aquisição de 75.000.000 (setenta e cinco milhões) de unidades, sendo 5.769 (cinco setecentos e sessenta e nove) vezes maior do que aquela realizada em Rio Branco.

Já no caso da Cimetidina 200 mg, o TCU asseverou superfaturamento de 966,96% (novecentos e sessenta e seis inteiros e noventa e seis centésimos por cento), na medida em que o Município de Rio Branco adquiriu o comprimido por R\$ 0,25 (vinte e cinco centavos), enquanto o preço de referência no mercado encontrado foi de R\$ 0,025 (vinte e cinco milésimos de real) no banco de preços da saúde, que redundou em prejuízo de R\$ 4.540,00 (quatro mil e quinhentos e quarenta reais).

Todavia, enquanto o Município de Rio Branco adquiriu 20.000 (vinte mil) unidades, o preço de referência encontrado no banco de preços de saúde decorreu de licitação no Estado do Paraná na qual foram adquiridas 11.000.000 (onze milhões) de unidades, portanto uma aquisição 550 vezes maior do que aquela realizada em Rio Branco.

Igual situação pode ser verificada nos medicamentos Digoxina 0,25 mg (comprimido), Metronidazol 250 mg (comprimido), Sulfametoxazol + Trimetoprima 400 mg + 80mg (comprimido), Nistatina 25.000 UI (bisnaga), Sulfametoxazol + Trimetoprima 200 mg + 40mg

(frasco), Amoxicilina 250ml/5ml (frasco), Hipoclorito de Sódio 2,5% (frasco), Metronidazol 50g (bisnaga) e Prednisona 5mg (comprimido)<sup>194</sup>.

---

<sup>194</sup> As diferenças continuam;

a) O TCU apontou superfaturamento de 1132,88% (mil cento e trinta e dois inteiros e oitenta e oito centésimos por cento) na aquisição de 4.000 (quatro mil) comprimidos de Digoxina, 0,25 mg, comprimido, ao preço de R\$ 0,18 (dezoito centavos) cada. O preço de referência encontrado no registro nacional de preços do Ministério da Saúde, tendo como referência de localização o Distrito Federal, decorreu da aquisição de 75.000.000 (setenta e cinco milhões) de unidades, uma quantidade 18.750 (dezoito mil setecentos e cinquenta) vezes maior do que aquela realizada em Rio Branco.

b) De igual forma, indicou superfaturamento de 749,42% (setecentos e quarenta e nove inteiros e quarenta e dois por cento) na aquisição de 20.000 (vinte mil) unidades de Metronidazol, 250 mg, comprimido ao preço de R\$ 0,22 (vinte e dois centavos) cada. O preço de referência encontrado no registro nacional de preços do Ministério da Saúde, por ocasião da Concorrência nº 03/2002, foi de R\$ 0,0259 (duzentos e cinquenta e nove milésimos de real), tendo como referência o Distrito Federal, onde foram adquiridas 30.000.000 (trinta milhões) de unidades, uma quantidade 1500 (mil e quinhentas) vezes maior do que aquela realizada em Rio Branco.

c) Também no item Sulfametoxazol + Trimetoprima, 400 mg + 80mg, comprimido, o TCU apontou superfaturamento de 427,54% (quatrocentos e vinte e sete inteiros e cinquenta e quatro centésimos por cento), na aquisição 20.000 (vinte mil) comprimidos ao preço de R\$ 0,21 (vinte e um centavos) cada. O preço de referência encontrado no registro nacional de preços do Ministério da Saúde, por ocasião da Concorrência nº 03/2002, foi de R\$ 0,0396 (trezentos e noventa e seis milésimos de real) para a aquisição de 22.500.000 (vinte e dois milhões e quinhentas mil) unidades, uma quantidade 1.125 (mil cento e vinte e cinco) vezes maior do que aquela realizada em Rio Branco.

d) Ainda, no item Nistatina, creme vaginal, 25.000 UI, bisnaga, o TCU apontou superfaturamento de 700% (setecentos por cento) na aquisição de 3.500 (três mil e quinhentas) unidades ao preço de R\$ 7,12 (sete reais e doze centavos) cada. O preço de referência encontrado no registro nacional de preços do Ministério da Saúde, por ocasião da Concorrência nº 03/2002, foi de R\$ 0,89 (oitenta e nove centavos) para aquisição de 1.850.000 (um milhão oitocentas e cinquenta mil) de unidades, uma aquisição 528 (quinhentas e vinte e oito) vezes maior do que aquela realizada em Rio Branco.

e) O TCU apontou superfaturamento de 866,89 % (oitocentos e sessenta e seis inteiros e oitenta e nove centésimos por cento) na aquisição de 3.000 (três mil) unidades de Sulfametoxazol + Trimetoprima, suspensão oral, 200 mg + 40mg, frasco, por R\$ 6,95 (seis reais e noventa e cinco centavos) cada. O preço de referência encontrado no registro nacional de preços do Ministério da Saúde, por ocasião da Concorrência nº 03/2002, foi de R\$ 0,718 (setecentos e dezoito milésimo de real), para aquisição 2.250.000 (dois milhões duzentos e cinquenta mil) unidades, uma aquisição 750 (setecentos e cinquenta) vezes maior do que aquela realizada em Rio Branco.

f) No item Amoxicilina, suspensão oral, 250ml/5ml, frasco, indicou superfaturamento de 576,52% (quinhentos e setenta e seis inteiros e cinquenta e dois centésimos por cento) na aquisição de 2.200 (duas mil e duzentas) unidades por R\$ 9,20 (nove reais e vinte centavos) cada. O preço de referência encontrado no registro nacional de preços do Ministério da Saúde, por ocasião da Concorrência nº 03/2002, foi de R\$ 1,35 (um real e trinta e cinco centavos) para a aquisição de 2.500.000 (dois milhões e quinhentas mil) unidades, uma quantidade 1.136 (mil cento e trinta e seis) vezes maior do que aquela realizada em Rio Branco.

g) Já no item Hipoclorito de Sódio, 2,5%, frasco, o TCU apontou superfaturamento de 88,20% (oitenta e oito inteiros e vinte por cento) na aquisição de 100.000 (cem mil) unidades por R\$ 0,74 (setenta e quatro centavos) cada. O preço de referência encontrado no banco de preços da saúde foi de R\$ 0,39 (trinta e nove centavos) e decorreu de licitação no Distrito Federal para a aquisição de 21.182.300 (vinte e um milhões cento e oitenta e dois mil e trezentas) unidades, uma quantidade 210 (duzentas e dez) vezes maior.

h) No item Metronidazol, creme vaginal 5%, 50g, bisnaga, o TCU apontou superfaturamento de 14,75% (quatorze inteiros e setenta e cinco por cento) na aquisição de 15.000 (quinze mil) unidades ao preço de R\$ 1,40 (um real e quarenta centavos) cada. O preço de referência encontrado registro nacional de preços do Ministério da Saúde, por ocasião da Concorrência nº 03/2002 foi de R\$ 1,22 (um real e vinte e dois centavos) para aquisição de 1.875.000 (um milhão oitocentas e setenta e cinco mil) unidades, uma quantidade 125 (cento e vinte e cinco) vezes maior do que aquela realizada em Rio Branco.

i) Por fim, no item Prednisona, 5mg, comprimido, o TCU apontou superfaturamento de 130,41% (cento e trinta inteiros e quarenta e um centésimos por cento) na aquisição de 3.500 (três mil e quinhentas) unidades por R\$ 0,05 (cinco centavos) cada. O preço de referência encontrado no registro nacional de preços do Ministério da Saúde, por ocasião da Concorrência nº 03/2002 foi de R\$ 0,0217 (duzentos e dezessete milésimos de real) onde foram adquiridas 3.750.000 (três milhões setecentos e cinquenta mil) unidades, uma quantidade 1071 (mil e setenta e uma) vezes maior do que a realizada em Rio Branco.

Já em relação à ausência de descrição de dados técnicos relevantes que influenciam no custo final dos medicamentos, pode-se verificar a incongruência da comparação nos itens Diclofenaco Potássico 50mg (comprimido) e Eritromicina 250 mg (frasco).

No caso do Diclofenaco Potássico, 50 mg, comprimido, o TCU apontou superfaturamento de 1100% (mil e cem por cento), pois o Município de Rio Branco adquiriu 34.500 (trinta e quatro mil e quinhentas) comprimidos por R\$ 0,24 (vinte e quatro centavos) enquanto o preço de referência foi de R\$ 0,02 (dois centavos) na Tomada de Preço nº 021/2002, realizada pela Secretaria Municipal de Rio Branco para aquisição de 90.000 (noventa mil) unidades.

Apesar de os procedimentos licitatórios na situação paradigma e a situação de comparação terem sido realizados no mesmo município, baseou-se a Corte de Corte de Contas apenas na indicação do princípio ativo, sem demonstrar outros fatores que influenciam no custo final do produto, além das diferenças de quantidades adquiridas em cada procedimento licitatório, que pudessem estabelecer a similitude entre a situação paradigma e a situação de comparação, tais como diferenças de laboratórios, qualidade dos produtos, estrutura de mercado global e patentes.

No item Eritromicina, suspensão oral, 250 mg, frasco, o TCU apontou superfaturamento de 299,68% (duzentos e noventa e nove inteiros e sessenta e oito centésimos por cento) na aquisição de 1250 (mil duzentas e cinquenta) unidade ao preço de R\$ 9,95 (nove reais e noventa e cinco) cada. O preço de referência encontrado foi de R\$ 3,22 (três reais e vinte e dois centavos) na Tomada de Preços nº 03/2003, realizada pela Secretaria Municipal de Rio Branco, para aquisição de 3000 (três mil) frascos do medicamento, mas em concentração de 125 mg.

Nesse particular, o TCU, para encontrar o preço de referência do medicamento, simplesmente dobrou o preço registrado para Eritromicina 125 ml - R\$ 1,61 (um real e sessenta e um centavos) – da Tomada de Preços nº 03/2003, desconsiderando outros fatores que poderiam influenciar no custo final, tais como o custo para aumentar a concentração dentro do mesmo volume oferecido, de modo a manter a mesma eficiência, além das diferenças de laboratórios, qualidade dos produtos, peculiaridades do mercado local, estrutura de mercado global, patentes, alíquota de impostos, entre outros fatores que influenciam na apresentação do preço final.

A ausência de referências mais precisas, coerentes e similares também foram verificadas em outros medicamentos fiscalizados pelo Tribunal de Contas da União no mesmo processo de contas<sup>195</sup>.

Da análise de 20 (vinte) itens, é possível verificar que, em 11 (onze) deles, os parâmetros utilizados pelo Tribunal de Contas da União não guardam pertinência em seus aspectos formais e materiais, especialmente no que pertine ao preço obtido por entidades localizadas mais próximas dos fabricantes e em quantidades extremamente superiores e compará-los analiticamente.

Não se poderia exigir, com todas as peculiaridades enfrentadas pelo Município de Rio Branco, a obtenção de preços mais ou tão vantajosos quanto aqueles utilizados como parâmetros nesses casos, uma vez que não há, entre a situação paradigma e a situação comparada, qualquer similitude material, equivalência e condições de realização das licitações.

---

<sup>195</sup> Os itens são:

- a) No item Paracetamol, 500mg, comprimido, apontou-se de 600% (seiscentos por cento), considerando a aquisição de 20.000 (vinte mil) unidades por R\$ 0,21 (vinte e um centavos) enquanto o preço de referência encontrado foi de R\$ 0,03 (três centavos) na Tomada de Preços nº 03/2003, realizada pela Secretaria Municipal de Rio Branco, para a compra de 60.000 (sessenta mil) comprimidos.
- b) No item Sulfato Ferroso, 40 mg, comprimido, apontou-se superfaturamento de 300% (trezentos por cento) na aquisição de 20.000 (vinte mil) unidades por R\$ 0,12 (doze centavos). O preço de referência encontrado foi de R\$ 0,03 (três centavos) na Tomada de Preços nº 03/2003, realizada pela Secretaria Municipal de Rio Branco, para compra de 40.000 (quarenta mil) comprimidos.
- c) No item Hidróxido de Alumínio, comprimido, apontou-se superfaturamento de 800% (oitocentos por cento) na aquisição de 7.500 (sete mil e quinhentos) comprimidos ao preço R\$ 0,27 (vinte e sete centavos) cada. O preço de referência encontrado foi de R\$ 0,03 (três centavos) na Tomada de Preços nº 03/2003, realizada pela Secretaria Municipal de Rio Branco, para aquisição de 63000 (sessenta e três mil) comprimidos
- d) No item Complexo "B", xarope com 100ml, frasco, apontou-se superfaturamento de 54,73% (cinquenta e quatro e setenta e três por cento) na aquisição de 2000 (dois mil) frascos ao preço de R\$ 6,70 (seis reais e setenta e seis centavos). O preço de referência encontrado foi o constante na Revista ABCFARMA, jan/fev de 2002, p. 49. O preço escolhido pelo Tribunal de Contas da União refere-se a apenas um dos produtos de mesmo princípio ativo, havendo outros, de outros laboratórios com preços superiores.
- e) No item Complexo B, comprimido, apontou-se superfaturamento de 1000% (mil por cento) na aquisição de 30.000 (trinta mil) comprimidos ao preço de R\$ 0,33 (trinta e três centavos) enquanto o preço de referência de mercado encontrado foi de R\$ 0,03 (três centavos) constante no banco de preços da saúde decorrente de licitação no Estado do Rio de Janeiro para a aquisição de 25.000 (vinte e cinco mil) unidades. Nesse item, não houve demonstração da similitude entre a situação paradigma e a situação comparada, uma vez que não foi observada a distância do Acre para os grandes centros comerciais e, por consequência, dos fabricantes, tornando fator determinante para a diferença de preços existentes.
- f) No item Paracetamol, 200mg/ml, frasco, apontou-se de 460,78% (quatrocentos e sessenta inteiros e setenta e oito centésimos por cento) na aquisição de 5.000 (cinco mil) unidade ao preço de R\$ 2,86 (dois reais e oitenta e seis centavos). O preço de referência encontrado foi de R\$ 0,51 (três centavos) na Tomada de Preços nº 03/2003, realizada pela Secretaria Municipal de Rio Branco para a aquisição de 15.000 (quinze mil) unidades.
- g) No item Bromidato de Fenoterol, 5mg/ml, frasco, apontou-se superfaturamento de 114,79% (cento e quatorze inteiros e setenta e nove centésimos por cento) na aquisição de 500 (quinhentas) unidades ao preço de R\$ 3,05 (três reais e cinco centavos) cada. O Tribunal de Contas apontou como valor de referência a quantia de R\$ 1,42 (um real e quarente e dois centavos), conforme relação encaminhada em lista pelo Ministério da Saúde. Porém não foram apresentadas outras informações que permitam aferir, de fato, na definição do valor, tais como as quantidades adquiridas, os locais de aquisição, quais os laboratórios e a localidade de quem as adquiriu. É de ressaltar que o a própria informação fornecida pelo Ministério da Saúde indica tratar-se apenas de princípio ativo.

De igual forma, a análise efetuada pelo Tribunal de Contas da União observou apenas o princípio ativo dos medicamentos, sem, no entanto, aferir as diferenças de laboratórios, a qualidade dos produtos, a estrutura de mercado global, patentes e alíquotas de impostos, assim como sequer considerou a distância entre o mercado local e os fabricantes, bem como as quantidades adquiridas nas situações paradigmas para efeito de análise da economia. Ressalte-se que não havia legislação específica que fixasse os preços por órgão oficial competente.

É possível verificar que os parâmetros de preços utilizados pela Secretaria Municipal de Saúde eram da revista de preços de comerciantes para vendas no varejo no que toca ao preço máximo de venda ao consumidor, cujo o bojo trazia várias apresentações de um mesmo medicamento, com variação de preços em relação à origem do laboratório, o que poderia justificar a alteração de preços entre duas licitações realizadas pelo mesmo órgão. Situação que não foi levada em consideração na decisão sancionatória do Tribunal de Contas da União.

Os preços constantes em tal revista, se não constituíam o melhor parâmetro para aquisições de medicamentos, eram, por outro lado, o parâmetro recomendado pelo Ministério da Saúde, além de que inexistiam, à época dos procedimentos licitatórios, procedimentos e orientações alternativos. Anote-se ainda que não havia previsão normativa para determinar a compra de medicamentos dentro dos parâmetros estabelecidos pelo banco de preços da saúde gerido pelo Ministério da Saúde quando das licitações dos itens comparados com estes preços, pois a obrigatoriedade da utilização do BPS somente passou a ser exigido com a publicação do Acórdão nº 35/2002 – TCU – 1ª Câmara, em 4.3.2002. Ou seja, não se poderia exigir a utilização do BPS a atos realizados antes do entendimento manifestado pelo próprio TCU.

Por fim, para utilizar o Registro Nacional de Preços de Medicamentos e Correlatos, haveria a necessidade de decreto executivo que, logicamente, caberia ao Chefe do Poder do Executivo Municipal, e não aos gestores da Secretaria Municipal de Saúde, membros das comissões de licitações e empresas licitantes. De igual maneira, utilizar os preços registrados nas atas de registros de preços do Ministério da Saúde para fixação de preços máximos unitários admitidos nas licitações realizadas pelo Município de Rio Branco não guardaria, mais uma vez, equivalência entre a situação paradigma e a situação comparada.

Dessa forma, a análise do TCU se baseou em parâmetros inadequados para a correta identificação dos supostos superfaturamentos, na medida em deveria adotar outros parâmetros mais coerentes para atingir sua conclusão, de maneira a proceder a uma correta aplicação da norma vinculada ao contexto fático.

Digno de nota que, a partir do Relatório de Auditoria que originou a Tomadas de Contas Especial, foram ajuizadas ações civis públicas por improbidade administrativa e oferecidas



denúncias pelo Ministério Público Federal, – a exemplo da ação civil pública que tramitou na 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Acre sob o nº 2002.30.00.01052-5 e do processo criminal nº 2007.30.00.002650-8, da 3ª Vara Federal da mesma seção judiciária – em que requeriam a condenação dos gestores e empresas licitantes pelo superfaturamento apontado pelo TCU.

As ações civis públicas foram julgadas improcedentes e os réus foram absolvidos nos processos criminais, inclusive em um destes o próprio Ministério Público Federal pugnou em alegações finais pela absolvição dos acusados, não havendo qualquer condenação, seja na esfera civil, seja na criminal. As razões de decidir, em síntese, aduziram que os parâmetros utilizados pelo Tribunal de Contas da União para apontar o superfaturamento eram imprestáveis para comparação com a realidade do Município de Rio Branco.

Ademais, a própria condenação imposta no âmbito administrativo pelo Tribunal de Contas da União foi impugnada judicialmente pelos gestores e empresas licitantes tanto no âmbito do Supremo Tribunal Federal quanto na Justiça Federal de 1ª instância. Em ambos os casos, houve a concessão de antecipação dos efeitos da tutela para suspender os efeitos da condenação enquanto fosse apreciado o mérito das ações.

Enquanto o Supremo Tribunal Federal suspendeu os efeitos da condenação em virtude de suposto caso de exceção à independência das instâncias penal e administrativa, em razão de possível inexistência material do fato reconhecido em processos criminais, a Justiça Federal de 1ª instância assumiu a prerrogativa para apreciar não apenas a legalidade formal do ato ou para assegurar o direito à ampla defesa e ao contraditório (dizer e contradizer) dos fiscalizados no âmbito do processo de controle de contas, mas também o próprio conteúdo da decisão do Tribunal de Contas, o que foi confirmado em sentença prolatada.

Na sentença, o julgador ressaltou que não estava a afirmar categoricamente que não houve superfaturamento, mas que as referências utilizadas pela Corte de Contas não se mostraram compatíveis com a segurança jurídica que se espera de atos estatais, ainda mais porque não se comparam preços de mercadorias em situações diversas.

A revisão do ato exigiu uma avaliação adequada dos contextos de cada situação licitatória em perspectiva, quanto aos volumes e aos locais de realização apresentados pelos atingidos no processo de controle externo, traduzindo-se em uma verdadeira proteção ao devido processo legal e da segurança jurídica, incluindo a equidade e adequabilidade da decisão às circunstâncias do caso concreto.

Deve-se ressaltar que a decisão judicial foi além dos casos previstos do artigo 935 do Código Civil, interpretado pela Corte de Contas como limitador da interferência do Poder

Judiciário nas suas atribuições de controle externo, uma vez que, sob essa ótica, a responsabilidade do gestor somente seria afastada se houvesse decisão penal absolutória na qual se afirmasse categoricamente a inexistência do fato ou a sua autoria.

### **3.2 Acórdão nº 1737/2011 – Plenário**

No ano de 2007, a partir de denúncias públicas em jornais de circulação local<sup>196</sup>, o Tribunal de Contas da União, por meio de sua Secretaria de Controle Externo no Estado do Acre, instaurou representação para apurar as supostas irregularidades na aplicação do SUS, do Fundef e do Programa Salário Educação do Governo Federal pela Prefeitura Municipal de Tarauacá/AC, sob o nº TC 023.519/2007.

Iniciando a instrução, a unidade técnica da Corte de Contas solicitou informações à Câmara Municipal de Vereadores de Tarauacá sobre apuração de fatos irregulares ou impróprios de responsabilidade do Prefeito Municipal por Comissão Especial de Inquérito. Em resposta, a Câmara Municipal de Vereadores de Tarauacá encaminhou o Relatório Final da Comissão Especial de Inquérito que apontou a existência de indícios de aplicação irregular de recurso federais e direcionamento de licitação, em especial, os provenientes do SUS.

Segundo a representação inicial, houve indícios de direcionamento em licitação para a aquisição de equipamentos e material permanente para instalação de 05 (cinco) unidades de saúde no município e superfaturamento, além de outras irregularidades. E as evidências para constatação da ocorrência de conluio entre os participantes para o favorecimento das empresas vencedoras estariam demonstradas em razão de, em suma:

a) os preços apresentados pelas empresas licitantes serem muito superiores aos preços praticados no mercado, atingido tal conclusão pela diferença de preços propostos na licitação por uma das licitantes e de cotação realizada posteriormente pela Comissão Especial de Inquéritos da Câmara de Vereadores de Tarauacá, cujos valores apontaram diferença na ordem 420%, 148,78%, 126,47% e 322,58%.

b) duas empresas licitantes serem representadas na licitação pela mesma pessoa física;

c) ausência de comprovação de pesquisa prévia que demonstrasse a compatibilidade dos preços propostos pelos licitantes, quer na fase de planejamentos da licitação, quer na análise das propostas dos licitantes;

---

<sup>196</sup> A informação é do Relatório de Auditoria.

d) rasuras nas datas dos contratos decorrentes da licitação e emissão de notas fiscais anteriormente ao período de realização da licitação;

e) irregularidades na execução do contrato, pois foram não foram entregues os produtos licitados ou foram entregues em condições diversas da descrição do edital.

Após, realizou-se a colheita de documentos e diligências em órgãos e entidades públicas, audiências de gestores públicos e empresas privadas.

Os agentes públicos e empresas licitantes apresentaram justificativas refutando a prática de conluio e superfaturamento, alegando, essencialmente:

a) a ausência de acesso regular no período de realização da licitação, pois o acesso ao Município de Tarauacá/AC a partir de Rio Branco, onde as empresas estavam sediadas, somente poderia ser feito, na maior parte do ano, por via aérea e fluvial;

b) os preços tomados como referência pela Comissão Especial de Inquérito eram para venda realizadas no balcão da empresa em Rio Branco/AC, não podendo ser utilizados para efeito de comparação, uma vez que não embutiam os custos administrativos e tributários, pois:

b.1) o frete por via área de Rio Branco para Tarauacá custava R\$ 8,00 (oito) reais o quilo, acrescido de 0,03% (três centésimos por cento) da nota fiscal pelo seguro;

b.2) o preço de referência adotado pela Comissão Especial de Inquérito não considerou o custo agregado, desde a saída da fábrica até a chegada na sua sede e posteriormente ao município de destino, considerando a distância, condições meteorológicas, dificuldades na prestação de assistência técnica e dificuldade de locomoção de pessoas;

b.3) a cotação realizada pela Comissão Especial de Inquérito, além de não levar em conta os custos de transporte, os produtos cotados pela Comissão Especial de Inquérito não eram iguais aos que foram ofertados na licitação fiscalizada e nem da mesma qualidade.

As justificativas foram rechaçadas pela unidade técnica do TCU, sob o argumento de seria desarrazoado tentar justificar, utilizando os custos de transporte aéreo e operacionais, a diferença de preços da ordem de 420%, 148,78%, 126,47% e 322,58% entre os valores adquiridos na licitação fiscalizada e nos valores encontrados posteriormente pela Comissão Especial de Inquérito, pois todas as licitantes teriam sede em Rio Branco/AC.

De igual forma, o argumento de que os preços de referência tomados pela Comissão Especial de Inquérito eram para vendas em Rio Branco foi refutado em razão da possibilidade da economia de escala embutida na aquisição de um maior quantitativo de itens. Também foi repellido o argumento da dificuldade de acesso por via terrestre, uma vez que a abertura de tráfego da rodovia ocorreu pouco tempo depois após a homologação da licitação. Acrescentaram que em uma outra licitação realizada 07 (sete) meses antes, em apenas 17

(dezessete) itens haveria uma diferença de R\$ 63.742,00 (sessenta e três mil, setecentos quarenta e dois reais).

Sob esse pano de fundo, entendeu a unidade técnica instrutora haver conluio entre os licitantes para direcionar a licitação e superfaturamento na aquisição de produtos na ordem de R\$ 104.555,43 (cento e quatro mil, quinhentos e cinquenta e cinco reais e quarenta e três centavos), acrescentando que conspirava contra uma das empresas o fato de ter sido signatária da pesquisa de preços realizada pela Comissão Especial de Inquérito da Câmara Municipal de Tarauacá e apresentado preços de mercado inferiores ao homologado pela Comissão Permanente de Licitação de Tarauacá, da qual participou como concorrente, além do fato de os valores adjudicados e homologados já estarem empenhados às empresas vencedoras antes da homologação do certame. Além disso, foram apontadas outras irregularidades formais no certame.

Diante disso, propôs unidade técnica pela rejeição das razões apresentadas pelos fiscalizados, com aplicação de multa aos gestores e empresas participantes, e da pena de declaração de inidoneidade das licitantes para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal, nos termos do art. 46 da Lei 8.443/1992, além da conversão em tomadas de contas especial para citação dos responsáveis no afã de que apresentem alegações de defesa ou recolhessem aos cofres públicos os débitos que lhe são imputados.

O órgão deliberativo do Tribunal de Contas da União reconheceu a existência de vícios de diversas ordens na licitação questionada, tais como notas de empenhos pagamentos antecipados, ausência de parecer da assessoria jurídica sobre os termos do edital, não publicação do aviso com resumo do instrumento convocatório no Diário Oficial da União, ausência de prévia pesquisa de preços, cópias divergentes do contrato decorrente da licitação, irregularidades na liquidação da despesa e dano ano erário em decorrência de superfaturamento.

Contudo, o órgão decisório entendeu que a aplicação de penalidade aos fiscalizados no direcionamento da licitação fossem avaliados após a realização de tomadas de contas especial, de maneira que seria possível a realização de audiências dos gestores públicos para aprofundamento da cognição sobre os fatos, conforme Acórdão nº 2299/2010 – 2ª Câmara.

O processo de Tomada de Contas Especial foi instaurado sob o nº TC 026.969/2010-6, no qual agentes públicos e as empresas foram notificados para apresentar defesa sobre os fatos a ele imputados. Não houve a apresentação de defesa por parte dos agentes públicos envolvidos. As defesas das empresas licitantes repetiram os argumentos utilizados por ocasião da representação, acrescentando que os produtos cotados estavam dentro da margem dos valores

de mercado, aumentando o preço conforme o fabricante, apresentando-se preço para alguns dos itens formulados.

A partir da breve instrução, a unidade técnica do TCU entendeu inexistirem elementos para afastar as conclusões anteriormente expostas, sustentando a existência de fraude à licitação a partir de indícios de conluio para direcionamento e superfaturamento. Rechaçou a alegação de uma das empresas licitantes – que não se sagrou vencedora – de que os itens propostos não possuíam a mesma especificação dos itens cotados posteriormente pela Comissão Especial de Inquérito, com base em declaração de servidor a respeito dos itens entregues à municipalidade.

Nesse ponto, justificou a possibilidade de apenar os licitantes fundamentado nos indícios que apontassem a mitigação à competitividade do certame, conforme seria o entendimento do Tribunal, de modo que seria possível concluir pela intenção deliberada da licitação de fraudar o processo licitatório. Em razão da suposta irregularidade, propôs a rejeição das alegações de defesa, julgando irregulares as contas dos agentes públicos responsáveis, bem como condená-los em conjunto com as empresas licitantes a ressarcirem o erário, com aplicação de multa e declaração de inidoneidade das empresas licitantes para participarem de licitação na Administração Pública Federal.

O órgão deliberativo do Tribunal de Contas da União, ao julgar a tomadas de contas especial pelo Acórdão nº 1737/2011 – Plenário, acolheu a proposta da unidade técnica e, afastando os argumentos de defesa apresentados, entendeu pela existência de fraude à licitação, mediante conluio das empresas participantes para direcionamento do certame e superfaturamento, tomando por base a cotação de preços realizada pela Comissão Especial de Inquérito da Câmara Municipal de Vereadores de Tarauacá/AC.

Em consequência, rejeitou das alegações de defesa, julgando irregulares as contas dos agentes públicos responsáveis, bem como condenar os agentes públicos e empresa licitantes a ressarcirem o erário, com aplicação de multa aos agentes públicos e pena de declaração de inidoneidade das empresas licitantes para participarem de licitação na Administração Pública Federal.

Contra o referido acórdão, foram interpostos embargos declaratórios e pedidos de reconsideração, os quais, embora conhecidos, foram improvidos, respectivamente, pelos Acórdãos nº 162/2012 – Plenário e 2229/2013 – Plenário.

A análise dos elementos permite concluir um déficit de fundamentação na decisão do órgão de controle externo. Todo o processo apuratório promovido pelo Tribunal de Contas da União teve como supedâneo o Relatório Final da Comissão Especial de Inquérito da Câmara

Municipal de Vereadores de Tarauacá, que visava apurar irregularidades na gestão do então Prefeito Municipal.

A Câmara Municipal de Vereadores de Tarauacá, por sua vez, reconheceu a existência de irregularidades na licitação, bem como na execução dos contratos dela decorrentes, apontando, inclusive, o direcionamento da licitação, com participação da empresa autora. Segundo o Relatório Final, a Comissão Especial de Inquérito afirmou que uma das licitantes apresentou sua proposta de preços em valor muito superior ao praticado por ela posteriormente.

A conclusão em relação ao suposto ato de participação em conluio para direcionar o resultado da licitação se baseou apenas em uma cotação de preços realizada posteriormente no balcão de uma das licitantes, cujos valores eram menores que os ofertados na licitação. É de se ressaltar que a Corte de Contas não considerou a prévia cotação de preços apresentada pela mesma licitante anteriormente, de maneira a apontar que os preços propostos se encontravam abaixo do valor cotado pela Administração Municipal para aquela licitação.

Os preços cotados posteriormente pela Comissão Especial de Inquérito na sede de uma das empresas licitantes evidentemente não incluíram as despesas com transporte, o que é sensivelmente relevante no contexto do abastecimento dos municípios acreanos. Não se pode, pois, tomar como parâmetro, no longínquo ano de 2006, os valores de produtos praticados em Rio Branco e Tarauacá.

Nesse sentido, é preciso realizar uma contextualização regional para demonstrar as peculiaridades encontradas. Tarauacá é município localizado na porção oeste do Estado do Acre, distante cerca de 440 km (quatrocentos e quarenta quilômetros) da capital Rio Branco. Apesar da aparente curta distância, é fato público e notório que não havia rodovia que permitisse o transporte rodoviário de produtos durante todo os meses do ano, especialmente até o ano de 2011. Somente nos meses de verão amazônico (julho a setembro), a Rodovia BR-364, que interliga os municípios citados, oferecia trafegabilidade para transporte terrestre.

Nos demais meses do ano, o acesso ao Município de Tarauacá somente era feito por via aérea, em pequenos aviões, ou por meio fluvial. É de ressaltar que, por meio fluvial, era muito mais viável o abastecimento de mercadorias e alimentos oriundos de Manaus/AM do que Rio Branco/AC.

Nesse particular, os preços dos produtos no interior do Estado, onde a ligação terrestre era, na época dos fatos, parcial durante o ano, encontravam-se muito mais elevados do que na capital. No gráfico a seguir, apresenta-se o Custo da Cesta Básica Alimentar, formulado pela Secretaria de Estado de Planejamento e Desenvolvimento Econômico Sustentável –

SEPLANDS/Gerência de Estudos e Pesquisas Aplicadas à Gestão<sup>197</sup> para o ano de 2007 a respeito dos valores praticados para itens industrializados ou não em Municípios do Estado do Acre, o que permitirá compreender a sensível diferença de preços quanto aos produtos comercializados, de modo a explicitar que tal situação também ocorre analogamente com outros produtos, a exemplo dos remédios e equipamentos industrializados:

### Custo da Cesta Básica Alimentar

Produtos	Quantidade	Preço da Cesta Básica				
		Rio Branco	Cruzeiro do Sul	Sena Madureira	Manoel Urbano	Feijó
Arroz	3,6 Kg	6,00	10,80	6,12	8,10	9,00
Feijão	4,5 Kg	8,05	15,75	6,73	10,58	15,75
Carne	2,25 Kg	6,99	13,50	6,64	10,13	15,13
Frango	2,25 Kg	7,55	10,13	7,74	9,00	14,63
Leite	6 L	6,90	27,00	7,20	11,40	12,00
Pão	6 Kg	21,78	24,00	30,00	30,00	60,00
Café	0,6 Kg	6,40	6,00	6,60	7,20	7,20
Açúcar	3 Kg	3,77	5,40	3,69	4,50	5,70
Farinha de Mandioca	3 Kg	5,19	6,00	3,60	2,70	6,00
Mandioca	6 Kg	6,72	6,00	6,00	6,00	10,80
Tomate	9 Kg	27,57	71,10	28,71	25,20	72,00
Banana	7,5 Dz	9,97	11,25	3,75	7,50	21,00
Óleo	0,75 Kg	1,92	2,50	1,92	2,17	2,50
Manteiga	0,75 Kg	8,94	11,25	9,09	10,50	13,20
<b>Total</b>	--	<b>127,74</b>	<b>220,68</b>	<b>127,79</b>	<b>144,97</b>	<b>264,91</b>

Fonte: SEPLANDS/ Gerência de Estudos e Pesquisas Aplicadas à Gestão

A análise da tabela revela que a diferença de preços é maior conforme a inexistência de produção nos Municípios. Para efeito de comparação, verifica-se que os mesmos produtos ofertados em Rio Branco têm seus preços elevados nos municípios do interior, os quais não possuem ligação terrestre, à medida em que cresce a distância entre eles. O custo da cesta básica alimentar em Feijó, distante 45 km (quarenta e cinco) quilômetros de Tarauacá, é 107% (cento

<sup>197</sup> *apud* MAIA, Maria José do Carmo. **Estudo da logística de transporte de mercadorias nas microrregiões de Rio Branco e Cruzeiro do Sul**. Rio Branco, 2009, p. 96. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Regional) – Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Regional – PPG-MDR, Universidade Federal do Acre, 2009. Disponível em <[https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CBwQFjAAahUKEwIU3abcmJ3IAhWBCpAKHUUjDv8&url=http%3A%2F%2Fwww.ufac.br%2Fportal%2Fidades-academicas%2Fpos-graduacao%2Fmdr%2Fdocumentos%2Fdissertacoes%2Fdissertacoes-de-2009%2FMARIAJOSEDOCARMOMAIA.pdf&usg=AFQjCNFwxU\\_963xtC1zQJ6Qg0E5G7\\_ITgg&cad=rja](https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CBwQFjAAahUKEwIU3abcmJ3IAhWBCpAKHUUjDv8&url=http%3A%2F%2Fwww.ufac.br%2Fportal%2Fidades-academicas%2Fpos-graduacao%2Fmdr%2Fdocumentos%2Fdissertacoes%2Fdissertacoes-de-2009%2FMARIAJOSEDOCARMOMAIA.pdf&usg=AFQjCNFwxU_963xtC1zQJ6Qg0E5G7_ITgg&cad=rja)>. Acesso em 02 ago. 2017.

e sete) maior que a mesma cesta básica em Rio Branco. E tal índice não atinge patamar superior em virtude de que alguns produtos não industrializados serem produzidos localmente. Porém, há produtos em Feijó, como o pão e o tomate, que chegam a custar, respectivamente, 275% (duzentos e setenta e cinco por cento) e 261% (duzentos e sessenta e um por cento) a mais do que o preço de Rio Branco.

Nesse panorama de regionalidade, o custo do frete é baseado em razão de seu peso, não havendo descontos progressivos pelo quantitativo total da carga, haja vista que não há elevada oferta de transportadores e capacidade de transporte é reduzida. É necessário atentar ainda que, conforme alegações das empresas licitantes, havia ainda custo operacional para a instalação dos diversos produtos a serem adquiridos pelo Município de Tarauacá. Diante disso, as peculiaridades não permitiam adotar o argumento de economia de escala embutida em um quantitativo maior de itens adquiridos devido à distância conjugada com os fatores de limitação de tráfego, a ausência de variedade de transportadoras e as pequenas quantidades dos produtos, inexistindo a possibilidade da economia de escala alegada. Logo, o preço praticado em Rio Branco não poderia servir como parâmetro para compras no Município de Tarauacá, embora estejam situados no mesmo Estado.

De igual forma, os produtos cotados pela Comissão Especial de Inquérito não foram devidamente especificados e descritos. Nesse contexto, havia menção expressa no Relatório Final da referida comissão de que os preços obtidos posteriormente se referiam aos equipamentos mais baratos fornecidos por cada empresa nos meses de maio a julho de 2007, juntando-se apenas a cotação em uma empresa. Significa dizer que não houve verificação quanto à identidade de especificações dos itens propostos e dos cotados posteriormente para aferir a existência de superfaturamento.

A ausência de averiguação da identidade de especificações dos itens propostos também pode ser verificada quanto a unidade técnica do TCU comparou os preços obtidos na licitação fiscalizada com outros decorrente de licitação realizada anteriormente no mesmo município em que, segundo informado, houve uma diferença média de 25,73% (vinte e cinco inteiros e setenta e três centésimos por cento). Todavia, apesar de fazer referência aos parâmetros, não houve a juntada nos autos de documentos que permitissem a avaliação da situação em perspectiva. Apesar disso, é possível verificar que os preços cotados posteriormente pela Comissão Especial de Inquérito são inservíveis para fins de comparação.



### 3.3 Breves considerações sobre os casos analisados

No capítulo anterior, afirmou-se que os atos decisórios do Tribunais de Contas da União, resultados de julgamento de contas ou de fiscalização, resultam de um processo de aplicação da norma jurídica. Isto é, o TCU atua concretamente na aplicação de normas jurídicas em diversos vieses, produzindo no caso concreto a regra de decisão, passando da mera legalidade para a avaliação do desempenho, observando os ideais de economia, eficiência, eficácia e efetividade.

E, no contexto do estado democrático de direito, a aplicação da norma jurídica genérica e abstrata não prescinde de processo de concretização (aplicação imparcial), onde o conjunto dos fatos são considerados na produção da norma de decisão. Isso demanda uma argumentação *sui generis*, obtida através do princípio da adequação, no qual as normas tidas como válidas são aplicadas em meio a um discurso argumentativo em determinada situação, descrevendo-se as suas características relativas à dimensão do fato na forma mais completa possível, observando a comunidade de princípios e regras, o que resulta na construção de uma norma sensível ao contexto, a fim de obter a coerência do sistema jurídico. Constrói-se, pois, uma resposta adequada ao caso concreto, como forma de produzir ato decisório que atenda aos critérios de certeza jurídica e de aceitabilidade racional.

A aplicação imparcial da norma jurídica visa garantir a sustentabilidade das decisões prolatadas, com fundamentação racional, permitindo o controle por parte dos seus destinatários, assim como dos afetados, além dos órgãos judiciais exercentes da jurisdição constitucional. Isto se mostra consentâneo com o paradigma do estado democrático de direito ao superar a teoria positivista de aplicação silogística da lei, mediando a subsunção entre a norma (premissa maior) e o fato (premissa menor).

Assim, os atos decisórios do TCU devem estar em consonância com os parâmetros constitucionais e legais, sejam nos aspectos formais ou materiais, não devendo se constituir atos puramente discricionários ou mesmo políticos. A moderna concepção de atos administrativos impõe que devam ser produzidos pelo estado mediante razões fáticas, válidas e aceitáveis, sem eximir-se do dever de fundamentação.

Contudo, ao não considerar o conjunto de fatos na produção da norma decisão, verifica-se que o ato decisório do TCU, resultado de julgamento de contas ou de fiscalização, é capaz de produzir injustiças no caso concreto, o que se confirmou nos casos relatados anteriormente. A descrição dos casos permitiu observar que as análises técnicas realizadas não produziram razões suficientemente idôneas para afirmar categoricamente a existência de irregularidades

cometidas pelos agentes públicos e empresas privadas com o grau de certeza de que se espera dos atos estatais, especialmente daqueles que podem limitar o exercício de direitos.

A avaliação da regularidade formal e o desempenho de administradores públicos desconsiderou as particularidades existentes na situação de aplicação de normas, desbordando indevidamente dos limites constitucionais estabelecidos na regra de competência. Além disso, as instruções realizadas pelo TCU para atingir o provimento final se revelaram precárias até mesmo pelas limitações impostas na norma de regência dos processos a ele submetidos e, de modo mais grave, não consideraram os argumentos expostos pelos envolvidos, inviabilizando o desenvolvimento do processo em simétrica paridade.

Não se afasta a possibilidade de que o superfaturamento tenha existido nos casos citados, mas, sim, que a fundamentação utilizada não foi idônea o suficiente para concluir pela irregularidade.

Nesse contexto, a perspectiva democrática da fiscalização das contas públicas levada a cabo pelo Tribunal de Contas da União não o exime de observar, em seus processos e decisões, os direitos e garantias fundamentais salvaguardados na Constituição. Pelo contrário, impõe a sua observância na construção da norma de decisão. Se de um lado a Constituição conferiu o poder ao órgão de controle externo para cumprir seu dever de fiscalização, de outro, assegurou que o resultado dessa atuação deve advir de um processo de aplicação imparcial da lei construído com a participação dos afetados, em que se considere a dimensão dos fatos, pressupondo ideal de justiça. Não é possível prescindir da equidade e adequabilidade da decisão do TCU às circunstâncias do caso concreto.

Desse modo o Poder Judiciário, como instância de proteção contra lesão ou ameaça a direitos, pode e deve avançar no mérito ou conteúdo do ato, não se restringindo ao exame da legalidade formal do ato ou apenas para assegurar o direito à ampla defesa e ao contraditório dos fiscalizados no âmbito do processo respectivo, para a defesa de direitos constitucionais e para a construção da cidadania, premissa do estado democrático de direito instaurado pela Constituição de 1988.

A jurisdição constitucional exercida pelos órgãos do Poder Judiciário, no paradigma do estado democrático de direito assume papel relevante para a garantia de direitos, instrumentalizado a partir de um processo em que efetivamente se assegure o direito à participação e condições procedimentais que permitam a prolação do provimento jurisdicional, apreciando legitimamente se houve ou não ameaça ou lesão a direito. Afinal, uma decisão de autoridade estatal somente pode ser legítima se os efeitos da norma se aplicarem aos afetados imparcialmente.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma dimensão republicana da democracia exige que as funções públicas sejam desenvolvidas com responsabilidade, demandando a prestação de contas aos membros da comunidade, mediante o processo de *accountability*. Esse controle fiscaliza e avalia a regularidade das ações da administração pública na ótica da legalidade e do desempenho, este sob o prisma da economia, eficiência, eficácia e efetividade como pressupostos da legitimidade de uma gestão administrativa adequada no uso e utilização dos recursos públicos na consecução do interesse público.

A concretização do princípio democrático mediante o controle dos governantes encontra na Constituição sua razão fundante e seus limites, e tais limites são os direitos fundamentais. A aparente contradição entre democracia e direitos fundamentais, ao invés de criar uma tensão de afastamento entre os polos, promove, na verdade, a construção de um estado democrático de direito. O controle externo, mediante o processo de *accountability*, ganha relevo e importância para a consolidação e maior qualidade de uma democracia, especialmente representativa, o que somente pode ser efetiva se, de outro lado, houver conjunto de direitos e garantias fundamentais assegurados.

A função de fiscalização e controle das atividades da administração pública, bem como da utilização dos recursos públicos e da atuação dos gestores, constitui, historicamente, papel do Poder Legislativo, tanto quanto a produção de lei, como espaço de representação dos interesses dos membros da comunidade para o gozo das autonomias públicas e privadas. De outro lado, a inoperância e falta de *expertise* do Poder Legislativo, demandaram a criação de instituições especializadas, com poderes e prerrogativas próprias para auxiliarem o Poder Legislativo no processo de *accountability*, na sua forma horizontal: são as entidades superiores de controle.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 atribuiu, em regime de compartilhamento com o Congresso Nacional, a função de controle externo ao Tribunal de Contas na União, o qual pode decidir sobre a regularidade formal e material dos atos daqueles que gerem a aplicação dos recursos e bens públicos, mediante a prolação de atos administrativos, com poderes investigatórios e de supervisão para determinar a correção de atos ilegais e ilegítimos, bem como atribuir sanção. O TCU é, portanto, órgão constitucional, de natureza técnico-administrativa, autônomo e independente em relação aos poderes constituídos, sem, no entanto, que tais características o tornem imediatamente órgão político.

Logo, suas decisões não são proferidas no âmbito da conveniência e oportunidade, mas de um processo administrativo, de característica judicialiforme, orientados, em tese, pelo devido processo legal, do direito ao contraditório e à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes em processo público, vedação a provas ilícitas e com duração razoável, além de adequada fundamentação. E, como atos administrativos, não prescindem de justificativas válidas, fáticas e juridicamente aceitáveis, de modo a dar maior efetividade aos direitos fundamentais e à boa administração pública. De se ressaltar ainda que a perspectiva democrática da fiscalização das contas públicas levada a cabo pelo Tribunal de Contas da União não o exime de observar, em seus processos e decisões, os direitos e garantias fundamentais dos fiscalizados salvaguardados na Constituição.

Nesse contexto, o TCU atua concretamente na aplicação de normas jurídicas em diversos vieses, produzindo no caso concreto a norma definitiva, passando da mera legalidade para a avaliação do desempenho, observando os ideais de economia, eficiência, eficácia e efetividade. Aqui a aplicação silogística da lei mediante a subsunção das normas (premissa maior) aos fatos (premissa menor) já não mais é suficiente para promover uma decisão juridicamente correta e socialmente adequada no paradigma do estado democrático de direito.

Significa dizer que não há liberdade pura e técnica, mas sua atuação deve ser voltada para a máxima concretização dos direitos fundamentais, incluindo a real participação daqueles que serão atingidos pelos efeitos da decisão, de maneira a produzir um ato juridicamente consistente e socialmente adequado ao caso concreto. Assim, se de um lado a Constituição conferiu o poder ao órgão de controle externo para cumprir seu dever de fiscalização, de outro, assegurou que o resultado dessa atuação deve advir de um processo construído com a participação dos afetados, pressupondo os ideais de justiça e equidade.

A aplicação a lei, nessa perspectiva, demanda a construção de uma resposta adequada ao caso concreto, observando uma comunidade de princípios, dentre eles o da lealdade, da justiça e do devido processo, e a dimensão dos fatos. A consideração do conjunto dos fatos do caso concreto na produção da norma de decisão, seja administrativa ou judicial, pode ser encontrada em teorias de interpretação contrárias ao positivismo jurídico, embora de modo distintos, tais como as teorias da norma jurídica de Friedrich Müller e Klaus Günther.

Com Günther, verificou-se que, no paradigma do estado democrático de direito, o processo de aplicação imparcial da lei, mediante o discurso de aplicação, em complementação ao discurso de justificação, considera todos os sinais característicos da situação concreta apresentada para formar uma hipótese adequada da norma, o que resulta na construção de uma

norma sensível ao contexto, observada a singularidade do caso indeterminado, coerente com a ordem jurídica e comunidade política como um todo.

Significa que há de ter sensibilidade na hora de aplicar a norma, observando as particularidades do caso concreto como forma de produzir justiça na situação específica, até porque a atuação do Tribunal de Contas funda-se exatamente em competências constitucionais definidas no sistema jurídico, não podendo se furtar ao cumprimento dos princípios e regras, especialmente aquelas que assegurem proteção aos direitos e garantias fundamentais.

Nessa perspectiva, não é possível prescindir da equidade e adequabilidade da decisão do TCU às circunstâncias do caso concreto. Desse modo, o Poder Judiciário, como instância de proteção contra lesão ou ameaça a direitos, não havendo a o controle judicial das decisões do TCU pode e deve avançar no mérito ou conteúdo do ato, não se restringindo ao exame da legalidade formal do ato ou apenas para assegurar o direito à ampla defesa e ao contraditório dos fiscalizados no âmbito do processo respectivo, mas para a defesa de direitos constitucionais e para a construção da cidadania, premissa do estado democrático de direito instaurado pela Constituição de 1988.

No paradigma do estado democrático de direito, a jurisdição constitucional exercida pelos órgãos do Poder Judiciário assume papel relevante para a garantia de direitos, instrumentalizado a partir de um processo em que efetivamente se assegure o direito à participação e condições procedimentais que permitam a prolação do provimento jurisdicional, apreciando legitimamente se houve ou não ameaça ou lesão a direito

É necessário não olvidar que o Poder Judiciário, mesmo atuando como instância de proteção ao indivíduo contra lesão a direitos, dado o princípio da inafastabilidade da jurisdição, também não está imune à produção de ato decisório inconsistente, imotivado e incoerente, capaz de produzir injustiças no caso concreto, uma vez que também não são infalíveis, sobretudo porque sofrem pressões externas oriundas dos sistemas político, econômico e do clamor social. Porém, devem promover os melhores meios para que os processos submetidos ao crivo judicial cumpram seu papel com imparcialidade na aplicação da norma jurídica, considerando a separação das funções de acusar e julgar, bem como franquear maior participação dos envolvidos para influenciar o provimento final, de maneira a conferir melhor coeficiente de legitimidade das decisões.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1.737/2011 – Plenário**. Processo nº 026.969/2010-6, Relator Ministro Valmir Campelo. Brasília, julgamento em 20 de junho de 2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 5.958/2009 – 2ª Câmara**. Processo TC 007.252/20104-8, Relator Ministro Augusto Sherman Cavalcanti. Brasília, julgamento em 10/11/2009.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 473/2015 – Plenário**. Processo nº TC 010.308/2009-2., Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues. Brasília, Julgamento em 11/03/2015. Disponível em <[www.tcu.gov.br](http://www.tcu.gov.br)>. Acesso em 28fev2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Estruturas de gestão pública: Aula 5: atuação do TCU e sua relação com os poderes da União - 2.ed, Brasília : TCU, Instituto Serzedello Corrêa, 2012. BRITTO, Carlos Ayres. O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. I, p. 1–11 , dez 2001. Disponível em: <[www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br)> Acesso em 2 mar. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A Hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 25-26.

\_\_\_\_\_. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, p. 81–108, Dez 2003, p. 99. Mimeo.

DIAMOND, Larry e MORLINO, Leonard. The Quality of Democracy. **Journal of Democracy**, EUA, v. 15, n. 4, p. 20–31, oct. 2004. Disponível em: <[https://www.uni-klu.ac.at/wiho/downloads/QoD-text\\_03.pdf](https://www.uni-klu.ac.at/wiho/downloads/QoD-text_03.pdf)> Acesso em 15 abr. 2017.

DINIZ, Gilberto Pinto Monteiro Diniz. **Estado de direito e controle estratégico das contas**. Belo Horizonte: UFMG, 2015, 208 f. Dissertação (mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais. Disponível <[http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUBD-9WJQM8/estado\\_de\\_direito\\_e\\_controle\\_estrat\\_gico\\_de\\_contas.pdf?sequence=1](http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUBD-9WJQM8/estado_de_direito_e_controle_estrat_gico_de_contas.pdf?sequence=1)> Acesso em 02 out 2017.

FREIRE, André Luiz. Apontamentos sobre as funções estatais no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, n. 248, maio/ago. 2008. pp. 13-53. Também disponível em <<http://atenasconsult.com.br/web/pdf/apontamentos.pdf>>. Acesso em 30 set. 2009.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

FRIEDRICH, Denise Bittencourt e LEAL, Rogério Gesta. Nuevos desafíos para la actividad de control en la Constitución brasileña de 1988. **Estudios constitucionales**. Talca, Año. 13, n. 2, p. 169–202, 2015. Disponível em: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-52002015000200007&lng=en&nrm=iso&tlng=en](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002015000200007&lng=en&nrm=iso&tlng=en)>. Acesso em: 2 mar. 2017.

GOMES, Nestor Castilho. **A teoria da norma de Friedrich Müller: reflexos na metódica jurídica**. Florianópolis, UFSC, 2009, 130 f. Dissertação (mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/93157?show=full>> Acesso em 02 out 2017.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2016.

GRACIE, Ellen. Notas sobre a revisão judicial das decisões do Tribunal de Contas da União pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista do TCU**, Brasília, nº 110, set/dez2007, pp. 07-14. Disponível em: <<http://revista.tcu.gov.br/ojsp/index.php/RTC/TCU/article/view/413>>. Acesso em 26 maio 2017.

GRANT, RUTH W. e KEOHANE, ROBERT O. Accountability and Abuses of Power in World Politics. **American Political Science Review**, v. 99, n. 1, p. 29–43, 2005. Disponível em: <[http://www.journals.cambridge.org/abstract\\_S0003055405051476](http://www.journals.cambridge.org/abstract_S0003055405051476)> . Acesso em 23 ju. 2017..

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no Direito e da Moral: justificação e aplicação**. Trad por Cláudio Molz. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 238.

\_\_\_\_\_. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. Trad por **Cadernos de Filosofia Alemã: Crítica e Modernidade**, São Paulo, n. 6, p. 85-102, dec. 2000. ISSN 2318-9800. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/filosofiaalema/article/view/69481>>. Acesso em: 26 out. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.11606/issn.2318-9800.v0i6p85-102>.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Vol I. 2ª ed. Trad por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, pp. 170-171.

JACOBY, Jorge Ulisses. **Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competências**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

KUSKOSKI, Matheus S. O discurso de fundamentação e aplicação em Klaus Günther: consequências para a distinção entre casos fáceis e difíceis em Dworkin. **Rev. Seara Filosófica**. UFPel: Pelotas, Verão, n.4, 2011, pp.65-77. Disponível em <<https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/searafilosofica/article/view/544>>. Acesso em 02 out 2017.

LEAL, Victor Nunes. **Problemas de Direito Público**. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

LOPES JÚNIOR, Eduardo Monteiro. **A Judicialização da política no Brasil e o TCU**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

MAIA, Maria José do Carmo. **Estudo da logística de transporte de mercadorias nas microrregiões de Rio Branco e Cruzeiro do Sul**. Rio Branco, 2009, p. 96. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Regional) – Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Regional – PPG-MDR, Universidade Federal do Acre, 2009. Disponível em <[https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CBwQFjAAahUKEwIU3abcmJ3IAhWBCpAKHUUjDv8&url=http%3A%2F%2Fwww.ufac.br%2Fportal%2Fidades-academicas%2Fpos-graduacao%2Fmdr%2Fdocumentos%2Fdissertacoes%2Fdissertacoes-de-2009%2FMARIAJOSEDOCARMOMAIA.pdf&usg=AFQjCNFwxU\\_963xtC1zQJ6Qg0E5G7\\_ITgg&cad=rja](https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CBwQFjAAahUKEwIU3abcmJ3IAhWBCpAKHUUjDv8&url=http%3A%2F%2Fwww.ufac.br%2Fportal%2Fidades-academicas%2Fpos-graduacao%2Fmdr%2Fdocumentos%2Fdissertacoes%2Fdissertacoes-de-2009%2FMARIAJOSEDOCARMOMAIA.pdf&usg=AFQjCNFwxU_963xtC1zQJ6Qg0E5G7_ITgg&cad=rja)>. Acesso em 02 ago. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no estado constitucional**. Disponível em <[https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKEwj3y7KBp\\_zWAhUEDpAKHRIsDjsQFggrMAE&url=http%3A%2F%2Fwww.marinoni.adv.br%2Fwp-content%2Fuploads%2F2016%2F08%2FA-JURISDI%25C3%2587%25C3%2583O-NO-ESTADO-CONSTITUCIONAL1.doc&usg=AOvVaw3XYPLyU2jFzD1tpHWR\\_f4c](https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKEwj3y7KBp_zWAhUEDpAKHRIsDjsQFggrMAE&url=http%3A%2F%2Fwww.marinoni.adv.br%2Fwp-content%2Fuploads%2F2016%2F08%2FA-JURISDI%25C3%2587%25C3%2583O-NO-ESTADO-CONSTITUCIONAL1.doc&usg=AOvVaw3XYPLyU2jFzD1tpHWR_f4c)> Acesso em 17 out 2017,

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira e OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. **A contribuição de Klaus Günther ao debate acerca da distinção entre regras e princípios**. Revista Direito GV, v. 2, p. 241–254, 2006. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35224>>. Acesso em: 05 Mar. 2017, p. 243.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. **A noção de paradigma jurídico e o paradigma do estado democrático de direito**. Disponível em <<https://www.univali.br/pos/mestrado/mestrado-em-gestao-de-politicas-publicas/cadernos-de-pesquisa/Documents/caderno-pesquisa-13-2.pdf>> . Acesso em 02 out. 2017.

MELLO, Celso Antonio Bandeira De. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENEZES, Monique. La expansión del control externo en Brasil: el Tribunal de Cuentas de la Unión. **Desacatos**, México, n. 49, p. 64–81, 2015. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edb&AN=110329373&site=eds-live>>. Acesso em 11 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. O Controle Externo na América Latina. **Revista Debates**, Porto Alegre, v. 10, n. Controle Externo, p. 141–160, 2016. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/debates/article/view/61638>> . Acesso em 11 abr. 2017.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 39.

NUNES, Dieles. Alguns pontos cegos das reformas processuais – a falta de uma olha panorâmico no sistema processual (processualismo constitucional democrático), as tendências “não compreendidas” de padronização decisória e a não resolução dos problemas da execução por quantia certa. In. MACHADO, Felipe et all. (coord.). **Constituição e Processo: uma análise hermenêutica da (re)construção dos códigos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 84.



O'DONNELL, Guillermo O. Democracia delegativa. **Journal of Democracy em Español**, EUA, v. 5, n. 1, p. 07–23, 1994. Disponível em: <[http://www.liderazgos-sxxi.com.ar/bibliografia/Democracia-delegativa\\_.pdf](http://www.liderazgos-sxxi.com.ar/bibliografia/Democracia-delegativa_.pdf)> Acesso em 14 abr. 2017.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito: Um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

\_\_\_\_\_. Processo e Jurisdição Constitucional. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

\_\_\_\_\_. **Tutela Jurisdicional e Estado Democrático de Direito: por uma compreensão constitucionalmente adequada do Mandado de Injunção**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

PEDRON, Flávio Quinaud. A contribuição e os limites da teoria de Klaus Günther: a distinção entre discursos de justificação e discursos de aplicação como fundamento para uma reconstrução da função jurisdicional. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. ISSN: 0104-3315 (impresso) 2236-7284 (eletrônico). n.48, p.187-201, 2008. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/15748>>. Acesso em 02 out. 2017

PESSANHA, Charles. Controle externo: a função esquecida do Legislativo no Brasil. IN: SHWARTZMAN, Luisa Farah. SHWARTZMAN, Isabel Farah. SHWARTZMAN, Felipe Farah (Org.). **O Sociólogo e as Políticas Públicas: Ensaio em homenagem a Simon Schwartzman**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

\_\_\_\_\_. Fiscalização e Controle: O Poder Legislativo na Argentina e no Brasil Contemporâneos. In: AXE VIII, SYMPOSIUM 30, **VI Congreso CEISAL**, 2010, Toulouse, France: 2010. p. 1-30. Disponível em: <<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00498846>>. Acesso em 13 abr. 2017.