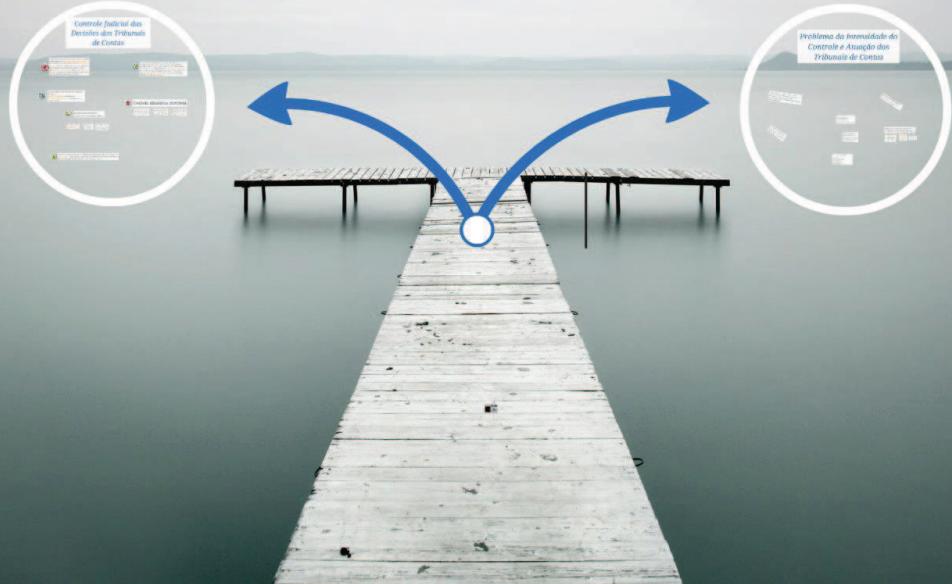


Controle Externo do Controle Externo:

extensão e intensidade do controle jurisdicional sobre os Tribunais de Contas

Paulo Modesto (UFBA)



A densidade do controle judicial sobre as decisões dos Tribunais de Contas relaciona-se diretamente com a complexidade e heterogeneidade da administração pública contemporânea: a atuação da corte de contas repercute essa variedade de situações e exige ora maior ora menor contenção do controle jurisdicional

Concepção Tradicional das Relações Jurídico-Administrativas

Direito administrativo tradicional é bilateral: assenta na relação bipolar Administração-individuo e na dialética autoridade versus liberdade

Notícias pressupõem que a Administração pública é o sujeito de direitos concretos e o cidadão se sujeita ao interesse comum

Atuações administrativas hierárquicas, unilaterais e impersonais - ato administrativo é a expressão síntese do direito administrativo nesta fase e percebido como "decision executoire"

Administração orientada à atuação pontual de questões concretas e individuais

Proprietação administrativa do próprio direito administrativo, gerado e exercido pelo Estado, trazido das prerrogativas administrativas concedidas ao Estado, trazido das sujeções especiais do Estado)

Reprodução de interesses públicos privados; polêmica liberdades públicas

Conflito interpenetrado: domínio do direito privado

Direito administrativo tradicional é bilateral: assenta na relação bipolar Administração-indivíduo e na dialética autoridade versus liberdade

Administração orientada à atuação pontual de questões concretas e individuais

Dupla funcionalidade do próprio direito administrativo: permitir a realização do interesse coletivo (razão das prerrogativas especiais reconhecidas ao Estado) e evitar o esmagamento dos interesses individuais (razão das sujeições especiais do Estado)

Definição estratégica das finalidades públicas é monopólio da lei - Administrador concretiza e cidadão se sujeita ao interesse comum

Atuações administrativas hierárquicas, unilaterais e imperativas - ato administrativo é a expressão síntese do direito administrativo nesta fase e percebido como "decision executoire"

Reprodução de dicotomias temáticas "em bloco": interesse público/privado; discricionariedade/vinculação; poder de polícia/liberdades públicas

Conflito interprivados: domínio do direito privado

Problemas da Concepção Tradicional no Estado Social



Atividade administrativa amplia seu impacto social e diversifica seus modos de atuação regular: além da ação pontual, atuação contínua, constitutiva e conformadora (atuação de massa)

Relevo cada vez maior da omissão, dos atos normativos gerais e da repercussão coletiva dos atos individuais

Reconhecimento do hiato lógico entre a lei a o ato que a concretiza - espaço da processualidade e da função administrativa

Processo percebido como garantia dos direitos do cidadão (dimensão subjetiva) e garantia da legalidade (dimensão objetiva) - instrumento de proteção

Aumenta complexidade das formas de atuação da Administração Pública e Administração passa a concorrer diretamente com a iniciativa privada e a intervir na economia projetando o futuro - planificação da economia - administração para além do imediato e dos interesses dos cidadãos atuais - lei perde prestígio e precisão

Em segundo momento, processo administrativo é percebido como instrumento para demanda por vantagens e prestações da Administração - instrumento de efetivação e constituição de direitos



**Administração
precisa negociar com
terceiros afetados,
compor e ponderar
interesses
contrapostos em jogo
a cada momento**

Criação de vantagens ou encargos para uns pode significar encargo ou aumento de vantagem para outros (terceiros afetados): multilateralidade, multipolaridade, relações poligonais

Relação administrativa passa a envolver interessados e contra-interessados, igualmente particulares, ou outros atores públicos ocultos ou visíveis

Pluralização de interessados e interesses legítimos importa na perda de um referencial único para o interesse público - existência de concorrência de princípios e de interesses deslegitima a definição unilateral e acabada do interesse público e acentua a responsabilidade política da Administração ("administração contextual")

Processo passa a ser percebido como garantia do direito de participação, instrumento democrático, espaço de concertação de interesses antagônicos ou convergentes - instrumento da "democracia administrativa" e de interferência na função administrativa

Reconhecimento de direitos subjetivos de terceiros fundados diretamente em direitos fundamentais: direito à participação como requisito de validade, direito de audiência, direito à informação, direitos dos usuários etc

Mudança da Administração, Mudança do Processo Decisório, Mudança do Controle

A maior administração é a que se omite, a que não decide, a que teme decidir por medo da responsabilidade, por medo da crise, por medo de controlar, por medo de ser julgado, por medo de errar.

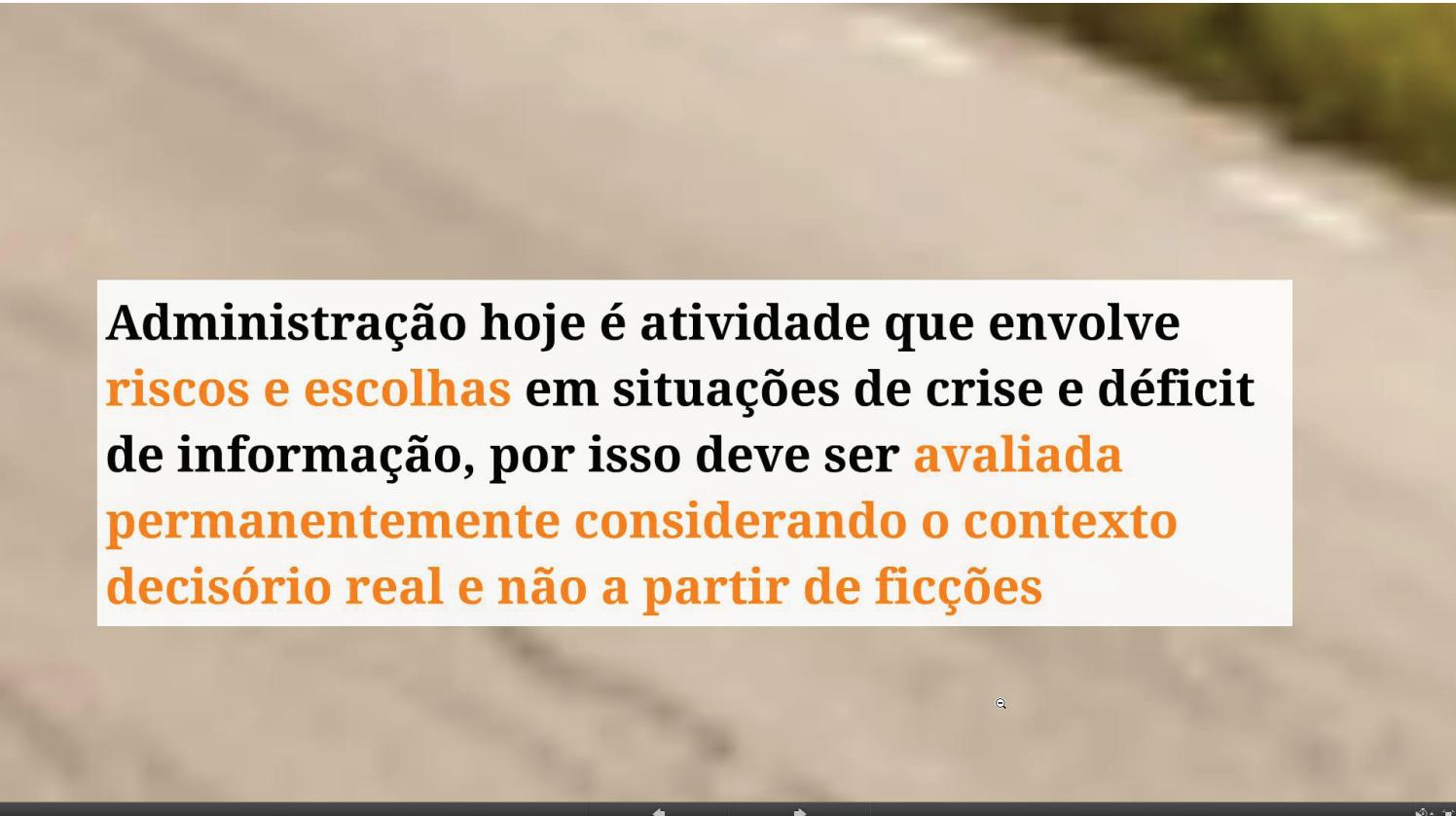
A menor administração é a que se omite, a que não decide, a que teme decidir por medo da responsabilidade, por medo da crise, por medo de controlar, por medo de ser julgado, por medo de errar.

Perito: «**As questões que envolvem competências de controlo a partir de competências discricionárias e competências vinculadas - regras exatas podem sobrepujar a influência de ponderações individuais ou de grupos - tendem a receber menor intensidade de controlo (maior contenção judicial)**

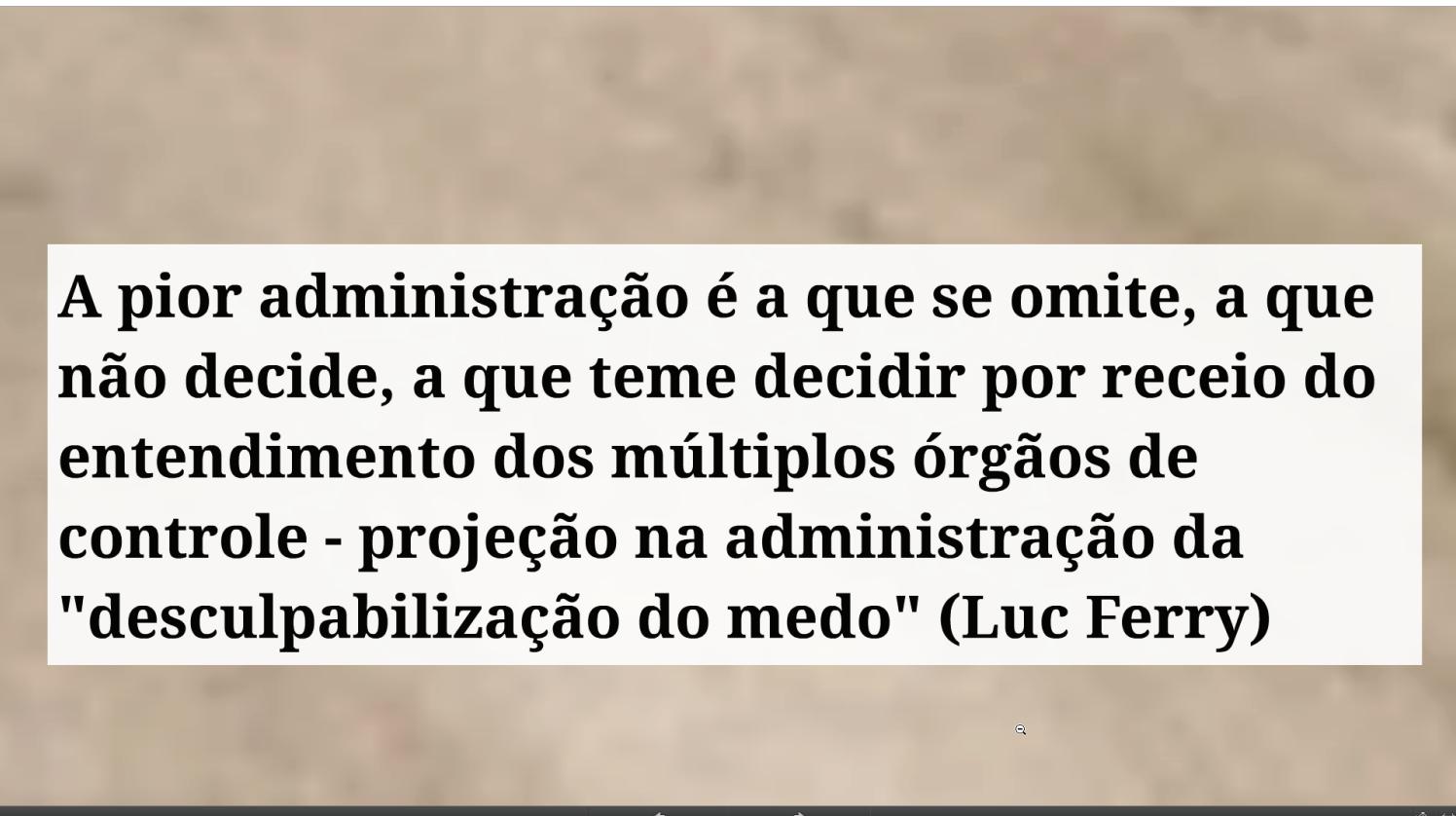
Questões que envolvem competências de controlo a partir de competências discricionárias e competências vinculadas - regras exatas podem sobrepujar a influência de ponderações individuais ou de grupos - tendem a receber menor intensidade de controlo (maior contenção judicial)

Questões que envolvem competências de controlo a partir de competências discricionárias e competências vinculadas - regras exatas podem sobrepujar a influência de ponderações individuais ou de grupos - tendem a receber menor intensidade de controlo (maior contenção judicial)

Questões que envolvem competências de controlo a partir de competências discricionárias e competências vinculadas - regras exatas podem sobrepujar a influência de ponderações individuais ou de grupos - tendem a receber menor intensidade de controlo (maior contenção judicial)



Administração hoje é atividade que envolve riscos e escolhas em situações de crise e déficit de informação, por isso deve ser avaliada permanentemente considerando o contexto decisório real e não a partir de ficções



A pior administração é a que se omite, a que não decide, a que teme decidir por receio do entendimento dos múltiplos órgãos de controle - projeção na administração da "desculpabilização do medo" (Luc Ferry)

Por isso, é ingenuidade distinguir (como é comum) o grau de controle a partir de diferenciações puramente normativas e estáticas: competências discricionárias e competências vinculadas - regras estritas podem sofrer o influxo de ponderações relacionadas à segurança jurídica ou a razoabilidade e competências discricionárias podem ser reduzidas a uma única alternativa válida no contexto fático

Questões que envolvem direitos fundamentais, direitos subjetivos de servidores ou grande número de afetados tendem a receber maior intensidade de controle (menor contenção judicial)



Questões que envolvem **expertise especial** ou menor politicidade tendem a receber menor intensidade de controle (maior contenção judicial)



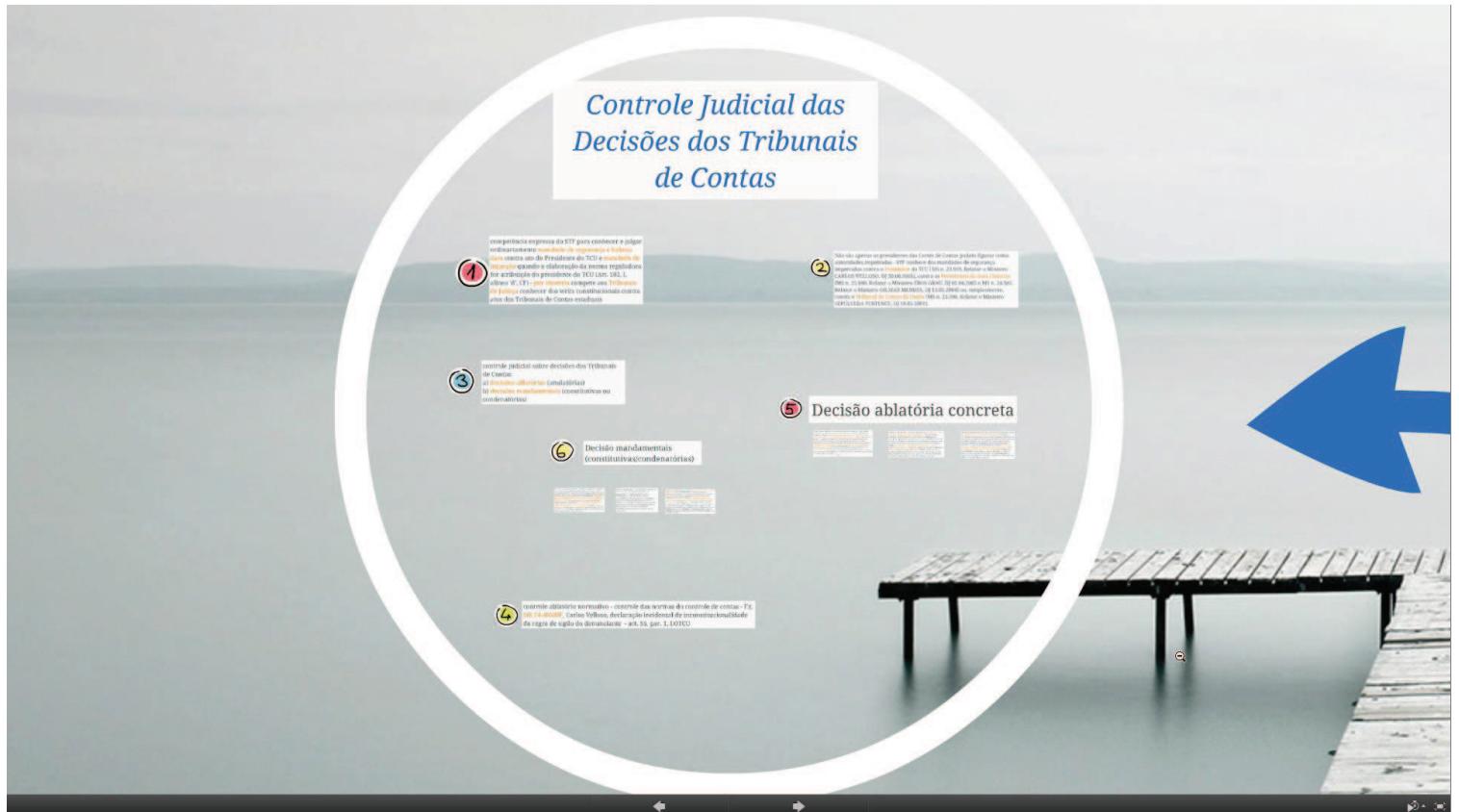
Questões com **tramitação demorada, ou paralisada,** tendem a receber maior intensidade de controle (menor contenção judicial)

Questões amplamente debatidas, motivadas ou legitimadas por participação popular tendem a receber menor grau de intervenção judicial (maior deferência e maior contenção judicial)

A "espessura do controle" considera:

- ① a densidade da norma ou da decisão;
- ② os procedimentos adotados (motivação, contraditório, transparéncia, participação)
- ③ a fundamentalidade dos direitos ou interesses afetados;
- ④ tecnicidade e especialização da decisão;
- ⑤ o tempo e os impactos da decisão.





1 competência expressa do STF para conhecer e julgar ordinariamente **mandado de segurança e habeas data** contra ato do Presidente do TCU e **mandado de injunção** quando a elaboração da norma reguladora for atribuição do presidente do TCU (Art. 102, I, alínea 'd', CF) - **por simetria** compete aos **Tribunais de Justiça** conhecer dos writs constitucionais contra atos dos Tribunais de Contas estaduais

2

Não são apenas os presidentes das Cortes de Contas podem figurar como autoridades impetradas - STF conhece dos mandados de segurança impetrados contra o **Presidente do TCU** [MS n. 23.919, Relator o Ministro CARLOS VELLOSO, DJ 20.06.2003], contra os **Presidentes de suas Câmaras** [MS n. 25.090, Relator o Ministro EROS GRAU, DJ 01.04.2005 e MS n. 24.381, Relator o Ministro GILMAR MENDES, DJ 13.05.2004] ou, simplesmente, contra o **Tribunal de Contas da União** [MS n. 23.596, Relator o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ 18.05.2001].

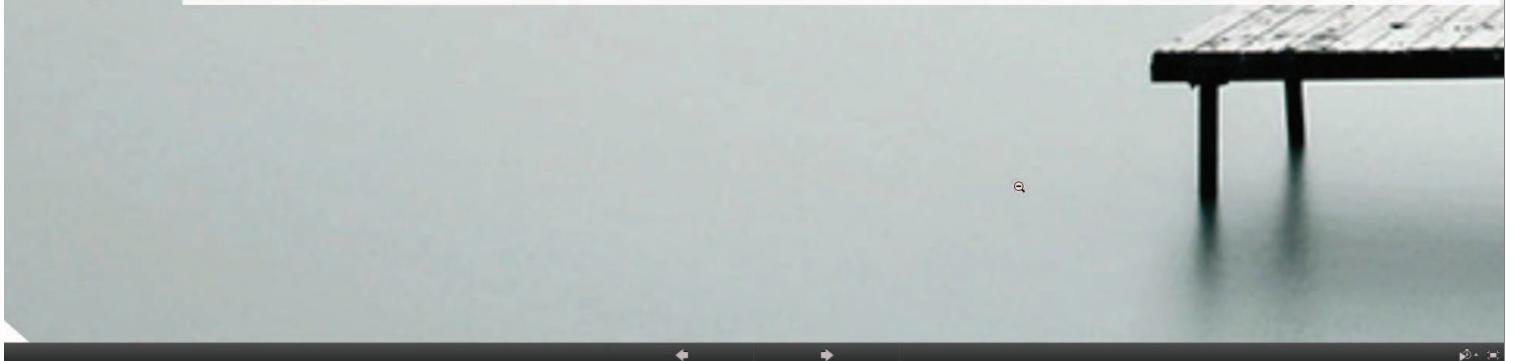
3

controle judicial sobre decisões dos Tribunais de Contas:

- a) **decisões ablatórias** (anulatórias)
- b) **decisões mandamentais** (constitutivas ou condenatórias)



controle ablatório normativo - controle das normas do controle de contas - Ex. **MS 24.405/DF**, Carlos Velloso, declaração incidental de inconstitucionalidade da regra de sigilo do denunciante - art. 55, par. 1, LOTCU



Decisão ablatória concreta

EMENTA: Agravo regimental em mandado de segurança. Tribunal de Contas da União. Anulação de ascensões funcionais concedidas aos servidores do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, inexistência da defesa de direito ao contraditório nos arts. 54 da L. 5 e nº 9.784/99. Direito ao contraditório e à ampla defesa. **Síntese Vinculante nº 1.** Agravo regimental não provido. 1. Decadência do direito do Tribunal de Contas da União de anular atos de ascensão funcional de servidores do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, realizados entre os anos de 1993 e 1995, após o decurso do prazo decadencial previsto no art. 54 da Lei nº 9.784/99, contando a partir de 1º de fevereiro de 1999, **data de início da vigência da Lei nº 9.784/99.** Precedentes. Necessidade de garantir o contraditório e a ampla defesa para a validade das decisões do Tribunal de Contas da União. **Síntese Vinculante nº 3.** Agravo regimental não provido. (MS 27561 Agr. Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 11/09/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO Dje-195 DIVULG 03-10-2012 PUBLIC 04-10-2012)

TRIBUNAL DE CONTAS – ATUAÇÃO – NATUREZA, A atividade do Tribunal de Contas é exercida no campo administrativo. CONTRADI TÓRIO – PRÍNCIPIO CONSTITUCIONAL – ADEQUAÇÃO. A exigibilidade do contraditório pressupõe o envolvimento, no processo administrativo, de acusado ou de litigio. Descabe observá-lo em julgamento implementado pelo Tribunal de Contas da União ante auditoria realizada em órgão público. **DECADÊNCIA – ARTIGO 54 DA LEI Nº 9.784/99 – ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS – ADEQUAÇÃO.** Aplica-se à atuação do Tribunal de Contas o disposto no artigo 54 da Lei nº 9.784/99, presente situação jurídica constituída há mais de cinco anos. (MS 31344, Relator(a): Min. MARCO AURELIO, Primeira Turma, julgado em 23/04/2013, PROCESSO ELETRÔNICO Dje-089 DIVULG 13-05-2013 PUBLIC 14-05-2013)

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA, TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. QUERELA DE SIGILO BANCÁRIO, IMPOSSIBILIDADE, SEGURANÇA CONCEDIDA. O Tribunal de Contas da União, a despeito da relevância das suas funções, não está autorizado a requisitar informações que importem a quebra de sigilo bancário, por não figurar dentre aqueles a quem o legislador conferiu essa possibilidade, nos termos do art. 38 da Lei 4.592/1964, revogado pela Lei Complementar 105/2001. Não há como admitir-se interpretação extensiva, por tal implicar restrição a direito fundamental positivado no art. 5º, X, da Constituição. Precedente do Pleno (MS 22801, rel. min. Menezes Direito, Dje-047 de 14.03.2008.) Ordem concedida. (MS 22934, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 17/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO Dje-090 DIVULG 08-05-2012 PUBLIC 09-05-2012)

EMENTA Agravo regimental em mandado de segurança. Tribunal de Contas da União. Anulação de ascensões funcionais concedidas aos servidores do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Incidência da decadência prevista no art. 54 da Lei nº 9.784/99.** **Direito ao contraditório e à ampla defesa.** Súmula Vinculante nº 3. Agravo regimental não provido. 1. Decadência do direito do Tribunal de Contas da União de anular atos de ascensão funcional de servidores do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, realizados entre os anos de 1993 e 1995, após o decurso do prazo decadencial previsto no art. 54 da Lei nº 9.784/99, contado a partir de 1º de fevereiro de 1999, data de início da vigência da Lei nº 9.784/99. Precedentes. Necessidade de se garantir o contraditório e a ampla defesa para a validade das decisões do Tribunal de Contas da União. **Súmula Vinculante nº 3.** 2. Agravo regimental não provido. (MS 27561 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 11/09/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-195 DIVULG 03-10-2012 PUBLIC 04-10-2012)

EMENTA
Súmula Vinculante 3
Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão. (Aprovada na Sessão Plenária de 30/05/2007, Publicada DJe nº 31 de 6/6/2007, p. 1, DJ de 6/6/2007, p. 1.DOU de 6/6/2007, p. 1.)

Súmula Vinculante 3

Nos processos perante o Tribunal de Contas da União **asseguram-se o contraditório e a ampla defesa** quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, **excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.** (Aprovada na Sessão Plenária de 30/05/2007, Publicada DJe nº 31 de 6/6/2007, p. 1, DJ de 6/6/2007, p. 1.DOU de 6/6/2007, p. 1.)

TRIBUNAL DE CONTAS – ATUAÇÃO – NATUREZA. A atividade do Tribunal de Contas é exercida no campo administrativo. CONTRADITÓRIO – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL – ADEQUAÇÃO. A exigibilidade do contraditório pressupõe o envolvimento, no processo administrativo, de acusado ou de litígio. Descabe observá-lo em julgamento implementado pelo Tribunal de Contas da União ante auditoria realizada em órgão público. DECADÊNCIA – ARTIGO 54 DA LEI Nº 9.784/99 – ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS – ADEQUAÇÃO. Aplica-se à atuação do Tribunal de Contas o disposto no artigo 54 da Lei nº 9.784/99, presente situação jurídica constituída há mais de cinco anos. (MS 31344, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 23/04/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-089 DIVULG 13-05-2013 PUBLIC 14-05-2013)

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. SEGURANÇA CONCEDIDA. O Tribunal de Contas da União, a despeito da relevância das suas funções, não está autorizado a requisitar informações que importem a quebra de sigilo bancário, por não figurar dentre aqueles a quem o legislador conferiu essa possibilidade, nos termos do art. 38 da Lei 4.595/1964, revogado pela Lei Complementar 105/2001. Não há como admitir-se interpretação extensiva, por tal implicar restrição a direito fundamental positivado no art. 5º, X, da Constituição. Precedente do Pleno (MS 22801, rel. min. Menezes Direito, DJe-047 de 14.03.2008.) Ordem concedida. (MS 22934, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 17/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-090 DIVULG 08-05-2012 PUBLIC 09-05-2012)

Decisão ablatória concreta

EMENTA: Agravo regimental em mandado de segurança. Tribunal de Contas da União. Anulação de ascensões funcionais concedidas aos servidores do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Incidência da **decadência prevista no art. 54 da Lei nº 9.784/99**. **Direito ao contraditório e à ampla defesa.** **Súmula Vinculante nº 1.** Agravo regimental não provido. 1. Decadência do direito do Tribunal de Contas da União de anular atos de ascensão funcional de servidores do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, realizados entre os anos de 1995 e 1999, apesar de existir dispositivo legal que previsto no art. 54 da Lei nº 9.784/99, comecando a partir de 1º de fevereiro de 1999, dia de início da vigência da Lei nº 9.784/99. Precedentes. Necessidade de se garantir o contraditório e a ampla defesa para a validade das decisões do Tribunal de Contas da União. **Súmula Vinculante nº 3.** 2. Agravo regimental não provido. (MS 27561 AGR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 11/09/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO Dje-195 DIVULG 03-10-2012 PUBLIC 04-10-2012)

TRIBUNAL DE CONTAS – ATUAÇÃO – NATUREZA. A atividade do Tribunal de Contas é exercida no campo administrativo. **CONTRADITÓRIO – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL – ADEQUAÇÃO.** A exigibilidade do contraditório pressupõe o envolvimento, no processo administrativo, de acusado ou de litigio. Descabe observá-lo em julgamento implementado pelo Tribunal de Contas da União ante auditoria realizada em órgão público. **DECADÊNCIA – ARTIGO 54 DA LEI Nº 9.784/99 –ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS – ADEQUAÇÃO.** Aplica-se à atuação do Tribunal de Contas o disposto no artigo 54 da Lei nº 9.784/99, presente situação jurídica constituída há mais de cinco anos. (MS 31344, Relator(a): Min. MARCO AURELIO, Primeira Turma, julgado em 23/04/2013, PROCESSO ELETRÔNICO Dje-089 DIVULG 13-05-2013 PUBLIC 14-05-2013)

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **QUEBRA DE SÍGILo BANCÁRIO. IMPOSSIBILIDADE.** SEGURANÇA CONCEDIDA. O Tribunal de Contas da União, a despeito da relevância das suas funções, não está autorizado a requisitar informações que importem a quebra de sígilo bancário, por não figurar entre aqueles a quem o legislador conferiu essa possibilidade, nos termos do art. 38 da Lei 4.595/1964, revogada pela Lei Complementar 105/2001. Não há como admitir-se interpretação extensiva, por tal implicar restrição a direito fundamental positivado no art. 5º, X, da Constituição. Precedente do Pleno (MS 22801, rel. min. Menezes Direito, Dje-047 de 14.03.2008.) Ordem concedida. (MS 22934, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 17/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO Dje-090 DIVULG 08-05-2012 PUBLIC 09-05-2012)



Decisão mandamentais (constitutivas/condenatórias)

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA – MINISTRO APOSENTADO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – FÉRIAS NÃO GOZADAS POR NECESSIDADE DE SERVIÇO MOTIVADA POR EXCLUSIVO INTERESSE DO PODER PÚBLICO – EXERCÍCIO, NO CASO, POR MINISTRO DO TCU, DE FUNÇÕES INERENTES À ADMINISTRAÇÃO SUPERIOR DA CORTE DE CONTAS – SUPERVENIÊNCIA DE SUA APOSENTADORIA – **INELIGIBILIDADE DO TCU QUANTO À LIMITAÇÃO DO PAGAMENTO DE FÉRIAS NÃO USUFRUITAS POR IMPERIOSA NECESSIDADE DO SERVIÇO AO PÉRIO^{DO} MÁXIMO DE 02 (DOIS) MESES (LOMAN, ART. 67, § 3º) – INAPLICABILIDADE AO CASO DESSA RESTRIÇÃO DE ORDEM TEMPORAL, SOB PENA DE NEGAR A REPARAÇÃO INDENIZATÓRIA DO DANO INFLIGIDO AO AGENTE ESTATAL, CONFIGURANDO-SE INADMISSEVEL ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DO PODER PÚBLICO – PRECEDENTES – SEGURANÇA CONCEDIDA – AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. (MS 31371 AGR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/05/2012, PROCESSO ELETRÔNICO Dje-213 DIVULG 25-10-2013 PUBLIC 28-10-2013)**

Direito Administrativo. 2. Aposentadoria. 3. Tribunal de Contas da União. Negativa de registro de aposentadoria. 4. Segurança jurídica como subprincípio do estado de direito. Situação consolidada, prevalecendo a boa-fé e a confiança. 5. Aptidão da justificação judicial para produzir os efeitos a que se destina. 6. Segurança concedida. (MS 22315, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 17/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO Dje-095 DIVULG 15-05-2012 PUBLIC 16-05-2012)

EMENTA: Tribunal de Contas da União: **direito de acesso a documentos da processo administrativo.** Cf. art. 5º, XXXIII, XXXIV, IV, e LXXII, e 37. Processo de representação instaurado para apurar eventual dílio dos recursos arrecadados com a exploração provisória do Complexo Pousada Esmeralda, situado no arquipélago de Fernando de Noronha/PE; dílio da empresa imponente, permitindo-a de uso ter vista dos autos da representação mencionada, a fim de obter elementos que sirvam para a sua defesa em processos judiciais nas quais figura como parte. Não incidência, no caso, de qualquer limitação às garantias constitucionais (incisos X e XXXIII, respectivamente, do art. 5º da CF). Ressalva da conveniência de se determinar que a vista pretendida se restrinja ao local da repartição, ou quando permitida a retirada dos autos, seja fixado prazo para tanto. (MS 25382, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 15/02/2006, DJ 31-03-2006 PP-00007 EMENT VOL-02227-02 PP-00223 LEXSTF v. 28, n. 328, 2006, p. 184-194)

E M E N T A: MANDADO DE SEGURANÇA – MINISTRO APOSENTADO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – FÉRIAS NÃO GOZADAS POR NECESSIDADE DE SERVIÇO MOTIVADA POR EXCLUSIVO INTERESSE DO PODER PÚBLICO – EXERCÍCIO, NO CASO, POR MINISTRO DO TCU, DE FUNÇÕES INERENTES À ADMINISTRAÇÃO SUPERIOR DA CORTE DE CONTAS – SUPERVENIÊNCIA DE SUA APOSENTADORIA – DELIBERAÇÃO DO TCU QUE IMPÕE LIMITAÇÃO DO PAGAMENTO DE FÉRIAS NÃO USUFRUÍDAS POR IMPERIOSA NECESSIDADE DO SERVIÇO AO PERÍODO MÁXIMO DE 02 (DOIS) MESES (LOMAN, ART. 67, § 1º) – INAPLICABILIDADE AO CASO DESSA RESTRIÇÃO DE ORDEM TEMPORAL, SOB PENA DE, NEGADA A REPARAÇÃO INDENIZATÓRIA DO DANO INFILGIDO AO AGENTE ESTATAL, CONFIGURAR-SE INADMISSÍVEL ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DO PODER PÚBLICO – PRECEDENTES – SEGURANÇA CONCEDIDA – AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. (MS 31371 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/05/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 25-10-2013 PUBLIC 28-10-2013)

Direito Administrativo. 2. Aposentadoria. 3. Tribunal de Contas da União. Negativa de registro de aposentadoria. 4. Segurança jurídica como subprincípio do estado de direito. Situação consolidada, prevalecendo a boa-fé e a confiança. 5. Aptidão da justificação judicial para produzir os efeitos a que se destina. 6. Segurança concedida. (MS 22315, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 17/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-095 DIVULG 15-05-2012 PUBLIC 16-05-2012)

EMENT
admini
represe
com a e
arquip
permis
obter e
figura c
constit
conven
reparti
(MS 25
15/02/2
328, 20

EMENTA: Tribunal de Contas da União: direito de acesso a documentos de processo administrativo. CF, art. 5º, XXXIII, XXXIV, 'b', e LXXII, e 37. Processo de representação instaurado para apurar eventual desvio dos recursos arrecadados com a exploração provisória do Complexo Pousada Esmeralda, situado no arquipélago de Fernando de Noronha/PE: direito da empresa-impetrante, permissionária de uso, ter vista dos autos da representação mencionada, a fim de obter elementos que sirvam para a sua defesa em processos judiciais nos quais figura como parte. Não incidência, no caso, de qualquer limitação às garantias constitucionais (incisos X e XXXIII, respectivamente, do art. 5º da CF). Ressalva da conveniência de se determinar que a vista pretendida se restrinja ao local da repartição, ou, quando permitida a retirada dos autos, seja fixado prazo para tanto. (MS 25382, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 15/02/2006, DJ 31-03-2006 PP-00007 EMENT VOL-02227-02 PP-00223 LEXSTF v. 28, n. 328, 2006, p. 184-194)



Decisão mandamentais (constitutivas/condenatórias)

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA – MINISTRO APOSENTADO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – FÉRIAS NÃO GOZADAS POR NECESSIDADE DE SERVIÇO MOTIVADA POR EXCLUSIVO INTERESSE DO PODER PÚBLICO – EXERCÍCIO, NO CASO, POR MINISTRO DO TCU, DE FUNÇÕES INERENTES À ADMINISTRAÇÃO SUPERIOR DA CORTE DE CONTAS – SUPERVENIÊNCIA DE SUA APOSENTADORIA – **INELIGIBILIDADE** DO TCU QUISIMOS LIMITEAÇÃO DO PAGAMENTO DE FÉRIAS NÃO USUFRUITAS POR IMPERIOSA NECESSIDADE DO SERVIÇO AO PÉRIOU MAXIMO DE 02 (DOIS) MESES (LOMAN, ART. 67, § 3º) – INAPLICABILIDADE AO CASO DESSA RESTRIÇÃO DE ORDEM TEMPORAL, SOB PENA DE, NEGADA A REPARAÇÃO INDENIZATÓRIA DO DANO INFLIGIDO AO AGENTE ESTATAL, CONFIGURAR-SE INADMISÍVEL ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DO PODER PÚBLICO – PRECEDENTES – SEGURANÇA CONCEDIDA – AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. (MS 31371 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/05/2012, PROCESSO ELETRÔNICO Dje-213 DIVULG 25-10-2013 PUBLIC 28-10-2013)

Direito Administrativo. 2. Aposentadoria. 3. Tribunal de Contas da União. Negativa de registro de aposentadoria. 4. Segurança jurídica como subprincípio do estado de direito. Situação consolidada, prevalecendo a boa-fé e a confiança. 5. Aptidão da justificação judicial para produzir os efeitos a que se destina. 6. Segurança concedida. (MS 22315, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 17/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO Dje-095 DIVULG 15-05-2012 PUBLIC 16-05-2012)

EMENTA: Tribunal de Contas da União: direito de acesso a documentos de processo administrativo. CF, art. 5º, XXXIII, XXXIV, 'b', e LXXII, e 37. Processo de representação instaurado para apurar eventual desvio dos recursos arrecadados com a exploração provisória do Complexo Pousada Esmeralda, situado no arquipélago de Fernando de Noronha/PE: direito da empresa-impetrante, permissionária de uso, ter vista dos autos da representação mencionada, a fim de obter elementos que sirvam para a sua defesa em processos judiciais nos quais figura como parte. Não incidência, no caso, de qualquer limitação às garantias constitucionais (incisos X e XXXIII, respectivamente, do art. 5º da CF). Ressalva da conveniência de se determinar que a vista pretendida se restrinja ao local da repartição, ou, quando permitida a retirada dos autos, seja fixado prazo para tanto. (MS 25382, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 15/02/2006, DJ 31-03-2006 PP-00007 EMENT VOL-02227-02 PP-00223 LEXSTF v. 28, n. 328, 2006, p. 184-194)



Problema da Intensidade do Controle e Atuação dos Tribunais de Contas

O Poder Judiciário não pode julgar contas regulares, quando o tribunal de contas tenha dado pela irregularidade, nem decidir pela irregularidade, quando o Tribunal tenha decidido pela regularidade.

Problema da Intensidade do Controle: Decisão da "Brevicéssima"

Problema da Intensidade do Controle: Decisão da "Brevicéssima"

O Poder Judiciário não pode julgar contas regulares, quando o tribunal de contas tenha dado pela irregularidade, nem decidir pela irregularidade, quando o Tribunal tenha decidido pela regularidade.

O **caráter técnico** dos pronunciamentos do Tribunal de Contas conduz a que controle do Poder judiciário seja, predominantemente, **anulatório ou ablatório**, isto é, desconstitutivo. O judiciário intervém mais intensamente quando em causa direitos fundamentais ou direitos subjetivos de cognição direta pelo judiciário.

Poder Judiciário em regra se limita a exigir a observância do devido processo perante os Tribunais de Contas, ou normas de preclusão administrativa, sem alterar o conteúdo da decisão ou substituí-la por outra de forma mandamental

Problema da Intensidade do Controle

Princípio da "Reserva de administração"

controle não pode substituir gestor - abuso da atividade de controle

- inconstitucionalidade de previsão de reexame, pelo Tribunal de Contas Estadual, de decisões fazendárias de última instância contrárias ao erário (ADI 523, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 3-4-2008, Plenário, DJE de 17-10-2008.) - Princípio da Segregação das Funções

"O princípio constitucional da reserva de administração a impede aingerência normativa do Poder Legislativo em matérias sujeitas à exclusiva competência administrativa do Poder Executivo. É que, em tais matérias, o Legislativo não se qualifica como instância de revisão dos atos administrativos emanados do Poder Executivo. (...) Não cabe, desse modo, ao Poder Legislativo, sob pena de grave desrespeito ao postulado da separação de poderes, desmentir, por lei, atos de caráter administrativo que tenham sido editados pelo Poder Executivo, no exírito desempenho de suas privativas atribuições institucionais. Essa prática legislativa, quando efetivada, subverte a função primária da lei, transgredindo o princípio da divisão funcional do poder, representa comportamento heterodoxo da instituição parlamentar e importa em situação ultra vires do Poder Legislativo, que não pode, em sua atuação política jurídica, exorbitar os limites que definem o exercício de suas prerrogativas institucionais." (RE 42754-ED, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 13-12-2011, Segunda Turma, DJC de 13-2-2012.)

"Esta Corte em oportunidades anteriores definiu que a aprovação, pelo Legislativo, da indicação dos presidentes das entidades da administração pública indireta restringe-se às autarquias e fundações públicas, dela excluídas as sociedades de economia mista e as empresas públicas. Precedentes. (...) A intromissão do Poder Legislativo no processo de provimento das diretorias das empresas estatais colide com o princípio da harmonia e interdependência entre os Poderes. A escolha dos dirigentes dessas empresas é matéria inserida no âmbito do regime estrutural de cada uma delas." (ADI 142, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 3-4-2008, Plenário, DJE 19-2-2008).

- constitucionalidade de previsão de reexame, pelo Tribunal de Contas Estadual, de decisões fazendárias de última instância contrárias ao erário (ADI 523, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 3-4-2008, Plenário, DJE de 17-10-2008.) - Princípio da Segregação das Funções

“O p
a in
à ex
em t
revi
(...) l
desi
por
pelo
atril
efeti
da d
hete
vire
juríe
pre
Mell
12.2

"Art. 78, § 3º, da Constituição do Estado do Paraná. Possibilidade de reexame, pelo Tribunal de Contas estadual, das decisões fazendárias de última instância contrárias ao erário. Violação do disposto no art. 2º e no art. 70 da CB. A Constituição do Brasil – art. 70 – estabelece que compete ao Tribunal de Contas auxiliar o Legislativo na função de fiscalização a ele designada. Precedentes. Não cabe ao Poder Legislativo apreciar recursos interpostos contra decisões tomadas em processos administrativos nos quais se discuta questão tributária. Ação direta julgada procedente para declarar a constitucionalidade do § 3º do art. 78 da Constituição do Estado do Paraná." (ADI 523, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 3-4-2008, Plenário, DJE de 17-10-2008.)

“O princípio constitucional da reserva de administração a impede a ingerência normativa do Poder Legislativo em matérias sujeitas à exclusiva competência administrativa do Poder Executivo. É que, em tais matérias, o Legislativo não se qualifica como instância de revisão dos atos administrativos emanados do Poder Executivo. (...) Não cabe, desse modo, ao Poder Legislativo, sob pena de grave desrespeito ao postulado da separação de poderes, desconstituir, por lei, atos de caráter administrativo que tenham sido editados pelo Poder Executivo, no estrito desempenho de suas privativas atribuições institucionais. Essa prática legislativa, quando efetivada, subverte a função primária da lei, transgride o princípio da divisão funcional do poder, representa comportamento heterodoxo da instituição parlamentar e importa em atuação ultra vires do Poder Legislativo, que não pode, em sua atuação político-jurídica, exorbitar dos limites que definem o exercício de suas prerrogativas institucionais.” (RE 427.574-ED, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 13-12-2011, Segunda Turma, DJE de 13-2-2012.)

“Esta Corte em oportunidades anteriores definiu que a aprovação, pelo Legislativo, da indicação dos presidentes das entidades da administração pública indireta restringe-se às autarquias e fundações públicas, dela excluídas as sociedades de economia mista e as empresas públicas. Precedentes. (...). A intromissão do Poder Legislativo no processo de provimento das diretorias das empresas estatais colide com o princípio da harmonia e interdependência entre os Poderes. A escolha dos dirigentes dessas empresas é matéria inserida no âmbito do regime estrutural de cada uma delas.” (ADI 1.642, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 3-4-2008, Plenário, DJE de 19-9-2008.)

Extensão e a Intensidade do controle relacionam-se assim a múltiplos **fatores dinâmicos**:

- a) respeito à segregação de funções;
- c) coerência das decisões de controle;
- d) motivação técnica das decisões;
- e) respeito ao devido processo;
- f) fundamentalidade dos direitos afetados;
- g) a densidade e o caráter técnico da decisão de controle .

O Controle de Contas não pode ser como a serpente de Valery, que morde a própria cauda, sem avançar por fatores institucionais e procurar legitimidade técnica, processual e política.

Na Administração, como no controle, o medo paralisa e deslegitima. Romper como o medo e a insegurança jurídica é outra forma de proteger os direitos fundamentais.

Muito obrigado pela atenção!

Prof. Paulo Modesto
direitodoestado.com.br
twitter @direito
tel. (71) 2101-5249
pegmnet@gmail.com

Controle Externo do Controle Externo:

extensão e intensidade do controle jurisdicional sobre os Tribunais de Contas

Paulo Modesto (UFBA)

