

DECISÕES DOS TRIBUNAIS DE CONTAS REACENDEM POLÊMICA SOBRE LIMITES DE SUA ATUAÇÃO

Coluna Fiscal – JOTA – 17.10.2019

<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-fiscal/decisoes-dos-tribunais-de-contas-reacendem-polemica-sobre-limites-de-sua-atuacao-17102019>

Decisões recentes dos tribunais de contas¹ chamaram a atenção para as questões envolvendo a abrangência, os limites e poderes dos tribunais de contas no exercício de sua função de controle externo da administração pública e fiscalização do uso dos recursos públicos.

É inegável a importância dos tribunais de contas, verdadeiramente os guardiões do erário, sendo os órgãos que mais direta e intensamente atuam para evitar o mau uso dos recursos que são de toda a sociedade e financiam o Estado, o que justifica plenamente a atenção que se deve dar ao tema. Especialmente nos dias atuais, em que afloraram casos graves de corrupção e diversas formas de desvios de conduta em matéria financeira, além do já antigo e recorrente desperdício por incompetência e má gestão, para o que os tribunais de contas também tem colaborado para coibir e corrigir.

1 O Tribunal de Contas da União, em decisão do último dia 8 de outubro (decisão cautelar, referendada por maioria pelo Plenário em 9/10, por 6 votos a 2), suspendeu a propaganda governamental de divulgação de projetos de lei do chamado “pacote anticrime”, acolhendo representação do Ministério Público de Contas que atua junto ao órgão; o TCE-SP, no último dia 14 de outubro, suspendeu a licitação do governo estadual para a “terceirização” da gestão penitenciária em algumas unidades prisionais.

Muitos são os instrumentos que têm à disposição, assegurados pela Constituição, da qual deriva seu poder, e que lhe conferem autonomia para exercer com independência as funções que lhe cabem. E complementados pela legislação infraconstitucional, especialmente as respectivas leis orgânicas, como a Lei Orgânica do TCU (Lei 8.443/1992).

O art. 71 da Constituição é pródigo em enumerar atos próprios do Tribunal de Contas da União que são instrumentos importantes para exercer plenamente suas funções e assegurar o fiel cumprimento de sua missão constitucional. Podem, por exemplo, ao verificar ilegalidade, assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei (Constituição, art. 71, IX); sustar a execução de ato impugnado (Constituição, art. 71, X), além de aplicar vários tipos de punições (Constituição, art. 71, VIII).

A defesa dos interesses que envolvem a proteção do erário importa em medidas de diversas naturezas, que, no aspecto temporal, podem ser preventivas, concomitantes ou posteriores ao ato. Em regra, as principais atuações ocorrem no âmbito da fiscalização “a posteriori”, com a análise das prestações de contas dos agentes públicos e constatação da regularidade – ou não – do dinheiro gasto. Evidentemente que esta não é a forma mais eficiente, uma vez que, constatado o mau uso, a recuperação do prejuízo é sempre difícil e pouco efetiva, e muitas vezes resultam em “chorar sobre o leite derramado”. Razão que justifica a intensificação e desenvolvimento da atuação no âmbito preventivo e concomitante, em que várias medidas têm se mostrado muito úteis e eficientes, como os alertas por eles emitidos².

Nesse sentido são importantes as medidas preventivas, como exame de editais de licitação³, e cautelares, como determinar o afastamento temporário de responsáveis, decretar indisponibilidade e arresto de bens dos responsáveis, e suspensão de ato ou procedimento. Tudo para evitar o mau uso dos recursos públicos.

Com esses poderes cautelares, que autorizam a suspensão de atos que possam causar danos ao erário, é que foram tomadas medidas como as que foram mencionadas. É o caso da suspensão temporária, até apreciação do mérito da representação formulada, da execução dos contratos

2 Sobre o qual me referi no texto publicado no último dia 18 de julho: “Fique alerta: o tribunal de contas está de olho” (<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-fiscal/fique-alerta-o-tribunal-de-contas-esta-de-olho-18072019>), p. 183-187.

3 Lei 8.666/1993, art. 113.

firmados para divulgação do “pacote anticrime”, sob o argumento de que estão sendo gastos recursos em campanha publicitária do que ainda é um projeto de lei, ainda em tramitação no Congresso Nacional, que não foi objeto de discussão. Por essa razão não se ajustaria à permissão constitucional de publicidade dos atos, programas, atos, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos, que devem ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, e isto só se aplicaria no caso de lei já em vigor, mas não a projetos que ainda podem ser alterados durante o processo de discussão. Ou ainda a suspensão do processo de transferência de atividades de gestão de presídios paulistas à iniciativa privada, por entender estarem envolvidas atividades exclusivas do poder público⁴.

Muito se discute, e não é de hoje, sobre os limites e possibilidades da atuação dos órgãos de controle em atos da gestão pública. Se, de um lado, devem atuar firmemente no sentido de evitar que se faça mau uso dos recursos públicos, o que pode autorizar a adoção das medidas cautelares já referidas, de outro não podem se substituir ao administrador público para decidir qual seja a melhor solução em cada caso, sob pena de atuarem como se gestores fossem extrapolando as funções que lhe são próprias de órgãos de fiscalização. Como bem ponderou o Ministro do TCU Bruno Dantas, “é preciso resistir à tentação de substituir o gestor público nas escolhas que cabem ao Poder Executivo” para o que se faz necessária uma autocontenção, e evitar que a hipertrofia do controle gere infantilização da gestão pública⁵.

É evidente que não haverá limites claros e rígidos que permitirão estabelecer regras específicas e detalhadas o bastante para não deixar dúvidas em cada situação, exigindo interpretação casuística; no entanto, o que se constata é uma significativa lacuna no ordenamento jurídico, que não estabelece parâmetros mínimos com os princípios e regras a serem observados, e nem mesmo procedimentos a serem adotados⁶, nas hipóteses que envolvem a aplicação de medidas cautelares.

A adoção de regras precisas e bem delineadas torna-se cada vez mais urgente como medida de segurança jurídica e delimitação dos

4 “TCE também barra licitação de Doria para ceder presídios à iniciativa privada”, *in Folha de S.Paulo*, em 14.10.2019.

5 O risco de infantilizar a gestão pública, *O Globo*, 6.1.2018.

6 A Associação da Auditoria de Controle Externo do TCU – AudTCU expediu nota na qual externa preocupação, nesse caso, pela concessão da medida cautelar sem prévia instrução da Unidade Técnica do Órgão de Instrução do TCU (Nota Pública da AudTCU de 8.10.2019).

poderes dos órgãos de controle, permitindo que os gestores possam ter os parâmetros com os quais possam balizar sua atuação, evitando contratempos como os ora verificados. E desperdício de recursos públicos com a realização de atos que venham a ser coibidos posteriormente, quando boa parte dos recursos já foram empregados e não terão mais utilidade nem poderão ser recuperados. Além de evitar também a falta de padronização na aplicação de medidas em casos semelhantes, que pode gerar tratamento desigual e discriminatório, causando indesejável insegurança jurídica. Principalmente porque os tribunais de contas não mais se limitam à fiscalização da legalidade, mas devem exercê-la também e principalmente quanto à legitimidade (Constituição, art. 70, *caput*) e exigir a observância do princípio da eficiência (Constituição, art. 37, *caput*), casos em que a margem de discricionariedade das decisões é sempre mais alargada.

Boa parte desse debate permeou as discussões que resultaram na recente Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em que a preocupação com as decisões dos órgãos de controle e suas consequências estiveram no centro das atenções, bem como a necessidade de se levar em consideração os obstáculos e dificuldades enfrentadas pelo gestor quando toma as decisões⁷.

A alegada hipertrofia do controle pode, como se tem debatido, levar ao “apagão da caneta” dos gestores, receosos de tomar decisões que possam vir a ser sancionadas pelos órgãos de fiscalização, o que prejudica sobremaneira a ação governamental, implementação de políticas públicas e execução orçamentária, e mesmo afasta bons quadros da administração pública.

Vê-se que o tema é importante, e urgente adequar e aperfeiçoar o ordenamento jurídico para as novas situações que estão surgindo e vão continuar a aparecer. Não há como se estender com profundidade em tema com tal grau de complexidade, que exige reflexões que esse espaço não comporta, mas é importante chamar a atenção para essas questões, pois os tribunais de contas tem relevância crescente para o aperfeiçoamento da gestão pública, sua atuação tem sido fundamental para coibir o gasto indevido do dinheiro público, e o alinhamento de posições entre os gestores e os controladores é extremamente relevante para o avanço e maior eficiência da administração pública.

7 A redação do art. 22, por exemplo, expõe com clareza esse aspecto: “Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados”.