

O CONTROLE DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Marianna Montebello Willeman*

Sumário: 1- Introdução; 2 - Vetores do controle externo: legalidade, legitimidade e economicidade; 3 - Controle prévio dos editais de licitação: a questão do art. 113, §2º, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993; 4 - Função corretiva: poder geral de cautela e sustação de contratos; 5 - Contratos decorrentes de convênios e subvenções: a diretriz traçada pelo Tribunal de Contas da União por meio do Acórdão nº 1.070, de 2003; 6 - Síntese conclusiva.

1 - Introdução

O Tribunal de Contas situa-se no ordenamento jurídico-constitucional como órgão público especializado e independente que colabora com o Poder Legislativo no exercício do controle da atividade financeira pública, prestando-lhe auxílio técnico¹. Cuida-se do denominado controle externo que, à luz do art. 70 da Constituição da República de 1988, visa a resguardar a probidade da Administração e a regularidade da guarda e do emprego dos bens, valores e dinheiros públicos, assim como a fidelidade na execução do orçamento.

O perfil constitucional dos Tribunais de Contas acha-se delineado, essencialmente, no capítulo destinado à fiscalização contábil, financeira e orçamentária – arts. 70 e seguintes da Constituição da República. Por meio de tais dispositivos, as atribuições e competências do Tribunal de Contas da União foram substancialmente dilatadas, atingindo, por simetria, também os Tribunais de Contas dos Estados, Municípios e Distrito Federal. De fato, nunca haviam as Cortes de Contas concentrado em suas mãos leque tão abrangente de competências, sendo a atual Carta Constitucional responsável por operar uma evolução de cento e oitenta graus na sistemática do controle externo a cargo de tais colegiados.

A perspectiva inaugurada com a Constituição da República de 1988 acerca das atribuições das Cortes de Contas vai ao encontro do caráter democrático e moralizador do novo Texto Constitucional, em franca ruptura com o modelo autoritário. Priorizam-se os deveres do administrador de transparência e retidão no trato da coisa pública.

* Procuradora do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio. Professora do curso de graduação da PUC-Rio. Trabalho produzido em homenagem ao estimado Professor Francisco Mauro Dias, de quem tive a honra de ser aluna e orientanda no curso de graduação em Direito e, posteriormente, no mestrado em Teoria do Estado e Direito Constitucional, ambos na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. O Professor Francisco Mauro Dias, sem sombra de dúvida, influencia intensamente as minhas escolhas profissionais e acadêmicas e a ele dedico este artigo, fruto de algumas reflexões com as quais me deparei a partir da atuação como *custus legis* junto ao Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.

¹ Os Tribunais de Contas não são, absolutamente, órgãos auxiliares do Poder Legislativo. Ao contrário, a partir da interpretação sistemática dos dispositivos que disciplinam tais instituições, percebe-se facilmente que a Constituição de 1988 inaugurou um verdadeiro mecanismo de colaboração e cooperação mútua e integrada no que diz respeito ao controle externo da atividade financeira estatal.

Conjugando-se os arts. 70 e 71 da Carta Política de 1988, resulta que o Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas, exerce a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, mediante controle externo. Seguindo as lições do Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto², o controle financeiro é o gênero, destinando-se à fiscalização da disposição administrativa dos recursos públicos, envolvendo o controle contábil, em seus termos técnicos. O controle orçamentário, por seu turno, importa em assegurar a observância das leis orçamentárias (art. 165 da Constituição Federal) quando da disposição das verbas públicas. Quanto ao controle operacional, destina-se à supervisão das atividades administrativas em cotejo com os resultados por elas alcançados (busca da eficiência administrativa em prol do bem-estar social). Finalmente, o controle patrimonial objetiva a fiel observância das normas reguladoras da disposição jurídica do patrimônio mobiliário e imobiliário do Estado.

É fácil perceber, a partir do exame das competências constitucionalmente outorgadas aos Tribunais de Contas, que é precisamente no campo dos contratos administrativos que o controle externo exercido por tais órgãos apresenta um de seus pontos de destaque. Nessa perspectiva, o objetivo do presente trabalho, sem qualquer pretensão exaustiva, é abordar alguns dos principais aspectos relacionados aos limites e às possibilidades de atuação das Cortes de Contas sobre o procedimento administrativo licitatório e sobre as contratações administrativas, especialmente à luz da jurisprudência já firmada pelos Tribunais Superiores a propósito do tema.

As reflexões a serem apresentadas terão como ponto de partida os três vetores que, nos termos do art. 70 da Constituição da República, devem nortear a atividade de controle externo: (i) o controle de legalidade, oportunidade em que se enfrentará a discussão quanto à subsistência, ou não, da orientação pretoriana firmada no Enunciado nº 347 do Supremo Tribunal Federal; (ii) o controle de legitimidade, ainda pouco exercido pelas Cortes de Contas, embora constitua uma das mais preciosas ferramentas do controle externo; (iii) e, finalmente, o controle de economicidade, tema que suscita a discussão quanto à possibilidade de os Tribunais de Contas responsabilizarem solidariamente o particular em hipótese de contrato superfaturado.

2 - Vetores do controle externo: legalidade, legitimidade e economicidade.

O *caput* do art. 70 da Constituição da República deixa claro que o controle externo a ser exercido com o auxílio técnico dos Tribunais de Contas transcende a apreciação da legalidade formal da gestão dos contratos administrativos, estendendo-se, necessariamente, aos aspectos de legitimidade e economicidade. Resulta, portanto, que as Cortes de Contas, ao examinarem procedimentos licitatórios e contratos administrativos, devem fazê-lo, por imposição constitucional, sob o tríplice aspecto da legalidade, da legitimidade e da economicidade, ou seja, procedendo a uma “análise global de mérito”³.

Passando em revista os três aspectos supramencionados, inicia-se a abordagem pela legalidade, que implica a sujeição do administrador público aos mandamentos legais, só lhe sendo permitido agir balizado pela lei. Especificamente em termos de gestão de recursos públicos, o exame da legalidade requer a apreciação da validade formal e da adequação dos atos da administração pública em face dos preceitos orçamentários, das normas pertinentes à licitação e contratação administrativa e das

² Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 11ª edição, 1997, p. 440.

³ Expressão utilizada por Eduardo Lobo Botelho Gualazzi. In: Regime Jurídico dos Tribunais de Contas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 172.

regras de direito financeiro, em especial aquelas estabelecidas na Lei de Responsabilidade Fiscal.

O controle da legalidade, entretanto, não se exaure no exame infraconstitucional. É claro que os Órgãos de Contas carecem de competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em abstrato; contudo, incidentalmente, no caso concreto, podem reconhecê-la, inclusive conforme orientação sumulada pelo Supremo Tribunal Federal⁴. Assim sendo, os Tribunais de Contas podem/devem deixar de aplicar um ato normativo por considerá-lo inconstitucional. Podem, ademais, sustar atos praticados com base em leis inconstitucionais, por força da faculdade que lhes atribui o inciso X do art. 71 da Constituição Federal.

Nada obstante a referida orientação pretoriana, o tema relativo à possibilidade de os Tribunais de Contas deixarem de aplicar leis ou atos normativos que repute inconstitucionais vem sendo atualmente revisitado no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas adotadas em mandados de segurança envolvendo a submissão da Petrobrás ao Regulamento de Procedimento Licitatório Simplificado (art. 67 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997).

Pois bem. O Tribunal de Contas da União, por entender que a submissão da Petrobrás a um procedimento licitatório simplificado atentaria contra disposições constitucionais, determinou que aquela entidade se abstinisse de aplicá-lo. Foram impetrados, então, diversos mandados de segurança contra tal determinação do Tribunal de Contas da União, oportunidade em que se submeteu ao Supremo Tribunal Federal a questão relativa à possibilidade de as Cortes de Contas, no exercício de suas atribuições, estarem legitimadas a procederem à apreciação da constitucionalidade de leis e atos normativos.

A matéria vem sendo examinada monocraticamente, mas, até o momento, as decisões já proferidas sobre o assunto fazem referência ao precedente do Ministro Gilmar Mendes, nos autos do Mandado de Segurança nº 25.888/DF, em que se salienta a necessidade de reavaliação da subsistência do Enunciado nº 347 à luz da ordem constitucional instaurada em 1988. Confira-se trecho significativo de sua decisão:

“Não me impressiona o teor da Súmula nº 347 desta Corte, segundo a qual ‘o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público’. A referida regra sumular foi aprovada na Sessão Plenária de 13, de dezembro de 1963, num contexto constitucional totalmente diferente do atual. Até o advento da Emenda Constitucional nº 16, de 1965, que introduziu em nosso sistema o controle abstrato de normas, admitia-se como legítima a recusa, por parte de órgãos não-jurisdicionais, à aplicação da lei considerada inconstitucional. No entanto, é preciso levar em conta que o texto constitucional de 1988 introduziu uma mudança radical no nosso sistema de controle de constitucionalidade. Em escritos doutrinários, tenho enfatizado que a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil. Parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de

entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade. A amplitude do direito de propositura faz com que até mesmo pleitos tipicamente individuais sejam submetidos ao Supremo Tribunal Federal mediante ação direta de inconstitucionalidade. Assim, o processo de controle abstrato de normas cumpre entre nós uma dupla função: atua tanto como instrumento de defesa da ordem objetiva, quanto como instrumento de defesa de posições subjetivas. Assim, a própria evolução do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, verificada desde então, está a demonstrar a necessidade de se reavaliar a subsistência da Súmula 347 em face da ordem constitucional instaurada com a Constituição de 1988.”

Como se percebe, o debate é interessantíssimo não só do ponto de vista da atuação dos Tribunais de Contas, mas especialmente à luz dos próprios mecanismos de controle de constitucionalidade adotados no Brasil. Por enquanto, como já mencionado, somente existem decisões monocráticas a respeito do tema, mas em breve a matéria deverá ser submetida à apreciação de uma das Turmas do Supremo Tribunal Federal ou, quem sabe, será afeita ao Plenário por envolver a possível revisão de um enunciado do Tribunal.

Há que se ponderar, porém, que negar a possibilidade de as Cortes de Contas deixarem de executar ou de aplicar leis ou atos normativos que, fundamentadamente, repute inconstitucionais significa negligenciar o princípio da supremacia da Constituição em hipótese em que qualquer outra forma de controle concentrado se revela extremamente dificultada. Isso porque os Tribunais de Contas, como se sabe, são órgãos destituídos de legitimidade para suscitar o controle de constitucionalidade pela via direta e, portanto, a prevalecer o entendimento que vem sendo majoritário no âmbito da Corte Suprema, a única alternativa que restaria às Cortes de Contas, diante de atos ou leis inconstitucionais, seria executá-los e, ao mesmo tempo, provocar um dos legitimados para submeter o tema ao controle pela via direta.

Retornando ao exame dos vetores que, nos termos do *caput* do art. 70 da Constituição Federal, norteiam o controle da administração financeira, merece destaque o exame de legitimidade a ser exercido pelas Cortes de Contas, importando em confrontar-se a gestão da coisa pública *primordialmente* com o atendimento ao denominado *interesse público primário*⁵, ou seja, aquele pertencente à coletividade e independente do interesse eventualmente diverso da entidade pública. Por sua vez, os interesses

⁴Nos termos do Enunciado nº 347 do Supremo Tribunal Federal, o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.

⁵Renato Alessi dedica-se à tarefa de estreimar os conceitos de interesse público primário e secundário: “*Questi interessi pubblici, collettivi, dei quali l'amministrazione deve curare il soddisfacimento, non sono, si noti bene, semplicemente l'interesse dell'amministrazione intesa come apparato organizzativo, sibbene quello che è chiamato l'interesse collettivo primario, formato dal complesso degli interessi individuali prevalenti in una determinata organizzazione negiuridicadella collettività, mentre l'interesse dell'apparato, se può esse concepito un interesse dell'apparato unitariamente considerato, sarebbe semplicemente uno degli interesse secondari che si fanno sentire in seno allà collettività, e che possono essere realizzati soltanto in caso di coincidenza, e nei limiti di siffatta coincidenza, com l'interesse collettivo primario. La peculiarità della posizione giuridica della pubblica amministrazione sta appunto in ciò, che la sua funzione consiste nella realizzazione dell'interesse collettivo, pubblico, primario.*” (Principi di Diritto amministrativo. Milano: A. Giuffrè, 1966, pp. 200 e 201).

secundários do Estado – *interesses privados da pessoa estatal* – somente podem ser buscados desde que coincidam com a realização dos interesses públicos propriamente ditos, isto é, dos interesses primários. Como observa Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

“A legitimidade, como se assentou, refere-se diretamente aos interesses da sociedade, mas os interesses públicos secundários do Estado também devem ser considerados e protegidos como interesses públicos, que realmente o são; não, porém, de modo autônomo, mas na suficiente medida em que sejam instrumentais para a manutenção ou realização dos interesses públicos primários da sociedade.

Tais interesses públicos secundários, denominados interesses estatais, são também, por isso, chamados de interesses públicos derivados ou de interesses públicos adjetivos. Ambos, interesses públicos, substantivos e adjetivos, por certo hão de ser atendidos, mas esse atendimento sempre se fará com rigoroso respeito à hierarquia axiológica da legitimidade, pois os adjetivos devem ceder aos substantivos, que são a própria razão da existência do Estado”⁶.

Vê-se, pois, que o controle de legitimidade guarda íntima relação com o fato de que os contratos administrativos devem ser celebrados e geridos consoante os objetivos politicamente aceitos pela sociedade. Sem dúvida alguma, o controle exercido sob o ângulo da legitimidade reveste-se de extraordinário cunho democrático, invocando a idéia de consensualidade na administração pública.

Infelizmente, porém, os Tribunais de Contas têm sido extremamente tímidos no que diz respeito ao exercício do controle de legitimidade, especialmente no que diz respeito às contratações administrativas. É compreensível, de um lado, a forma reticente com que se trata do tema, tendo em vista as dificuldades impostas pelo princípio da separação funcional de poderes, bem como a circunstância de que é efetivamente o administrador aquele que ostenta representação democrática para executar as políticas públicas definidas pelo legislador. Assim, a opção administrativa deve, de fato, ser respeitada, não cabendo às Cortes de Contas substituírem-se ao administrador público na definição das prioridades a serem atendidas. Essa é a regra, sem sombra de dúvida.

Mas, ao mesmo tempo, é imposição constitucional que o controle externo seja exercido sob o prisma da legitimidade. Esse vetor não se encontra positivado na Constituição por mero capricho do constituinte; ao contrário, existe uma missão fundamental a ser cumprida, qual seja, a verificação da compatibilidade entre a atuação administrativa e a vontade presente na sociedade. Essa imposição não pode ser negligenciada pelos Tribunais de Contas, que devem investigar se a opção do administrador efetivamente corresponde aos anseios do grupo social a ser atingido pela política pública.

Essa tarefa, por óbvio, não é fácil; é, inversamente, um desafio que se coloca à atuação dos Tribunais de Contas, que devem ser prudentes na apreciação da legitimidade de contratos administrativos – *afinal, seus membros não foram eleitos para definir ou executar políticas públicas* –, mas que não podem, absolutamente, ignorar a missão constitucional que lhes foi conferida.

⁶Obra citada, p. 560.

Finalmente, o terceiro vetor enfatizado pelo Texto Constitucional como orientador da atividade controladora é o da economicidade. Parte-se da premissa de que, para que a atividade de controle seja completa, é necessário, a par de sua realização do ponto de vista quantitativo, também se proceder a uma análise qualitativa, perquirindo-se em que, quando e para que foram as receitas aplicadas, sem olvidar do exame da avaliação de resultado balizado pela concepção do custo / benefício. Percebe-se, pois, que a idéia da economicidade está intimamente relacionada à operacionalização com o menor custo possível; ou seja, é mister investigar se não há para aquele mesmo gasto solução alternativa mais barata e igualmente eficaz.

Verificando o Tribunal de Contas que um determinado contrato administrativo revela-se antieconômico, abrem-se duas possibilidades: (i) em sendo viável, desde logo, no âmbito da própria Corte de Contas, apurar-se o dano causado ao erário e identificar-se o responsável, deve-se converter o procedimento de exame do contrato em procedimento de Tomada de Contas *ex officio*, com imputação do débito ao responsável e aplicação de multa; (ii) por sua vez, não sendo possível a quantificação do dano a partir dos elementos constantes do processo de análise do contrato, caberá ao Tribunal determinar ao órgão de controle interno que instaure Tomada de Contas Especial, visando à quantificação do dano e apuração da responsabilidade.

Questão interessante a ser explorada diz respeito à possibilidade de se imputar o débito decorrente de um contrato antieconômico também ao particular/contratado. Vale dizer, poderiam os Tribunais de Contas imputar a responsabilidade pelo dano causado ao erário solidariamente ao administrador público e ao contratado?

Em se tratando de contratação direta superfaturada, não há espaço para qualquer dúvida, pois a solidariedade encontra-se prevista expressamente na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, podendo – *e devendo* – ser aplicada no momento do exercício do controle externo. Confira-se, a esse respeito, a norma do art. 25, §2º, do referido diploma legal:

“Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

(...).

§2º. Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, *respondem solidariamente* pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.”

– Os grifos não são do original –

Por sua vez, em hipótese de contratação antieconômica devidamente precedida de procedimento licitatório, a possibilidade de imputação de responsabilidade solidária ao administrador público e ao prestador do serviço ou fornecedor encontra fundamento legal no art. 16, §2º, da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União), que prevê expressamente a solidariedade entre o agente público responsável e o terceiro contratante em caso de julgamento de contas irregulares por ato de gestão antieconômico. Confira-se:

“Art. 16. As contas serão julgadas:

(...);

III - irregulares, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências:

(...);

- c) dano ao erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ao antieconômico;
- d) desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos.

(...).

§ 2º Nas hipóteses do inciso III, alíneas c e d deste artigo, o Tribunal, ao julgar irregulares as contas, fixará a *responsabilidade solidária*:

- a) do agente público que praticou o ato irregular, e
 - b) do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado.”
- Os grifos não são do original –

O entendimento que tem prevalecido no âmbito do Tribunal de Contas da União perfilha, de fato, a inequívoca possibilidade de a responsabilidade solidária entre gestor público e contratado ser imposta no momento do exercício do controle externo, valendo citar, a título de ilustração, duas decisões plenárias que enfrentaram o tema, essencialmente sob a perspectiva da restrição prevista no art. 25, §2º, do Estatuto de Licitações e Contratos Administrativos:

“Embora o dispositivo mencionado somente faça alusão às hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação, insustentável se afigura defender tese em que se apregoe a responsabilidade exclusiva da Administração quanto à detecção de preços superfaturados em convites, tomadas de preços e concorrências, e se pretenda partilhar tal responsabilidade também com os fornecedores nas situações em que a licitação não ocorre. Se o dever de zelar pelos preços justos fosse exclusivo da Administração, assim o seria em todas as situações.” (Acórdão Tribunal de Contas da União nº 15, de 2002).

“Em que pese não haver, no Estatuto das Licitações, dispositivo expresso acerca de imputação de responsabilidade solidária do contratado e do agente público, em virtude de superfaturamento nos contratos decorrentes de procedimentos licitatórios, uma interpretação sistemática da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993 permite concluir que a possibilidade de responsabilização é extensiva a todos os contratos administrativos, mesmo não se tratando de contratação direta. Isso, porque a licitação destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração (art. 3º da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993). Se os valores contratados forem superiores aos de mercado, não se terá, por conseguinte, logrado obter o proveito almejado, pelo contrário, a vantagem desejada terá cedido lugar ao prejuízo para a Administração Pública, impondo-se, pois, àquele que lhe deu causa, nos termos do art. 159 do Código Civil, a obrigação de reparar o dano. Nessa linha de raciocínio, a Lei de Licitações, ao tipificar as condutas penalmente relevantes, capitulou como criminosa, em seu art. 96, a ação de fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente: I - elevando arbitrariamente os

preços; (...) V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato”. No caso, a fraude, conforme ensinamento de Marçal Justen Filho (ob. cit., p. 613), refere-se justamente à finalidade da licitação, por frustrar o intento de alcançar a proposta mais vantajosa, lesando o interesse patrimonial da Administração.” (Acórdão Tribunal de Contas da União n.º 189, de 2001).

Analisado, portanto, o delineamento aplicável à atividade de controle externo sobre contratos administrativos a partir dos três vetores constitucionais, nos termos previstos no artigo 70, *caput*, da Constituição da República, passa-se, doravante, ao exame da controvérsia existente em torno da interpretação da norma do art. 113, §2º, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, envolvendo a possibilidade, ou não, de exercício de controle prévio sobre editais de licitação.

3 – Controle prévio dos editais de licitação: a questão do art. 113, §2º, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Cumpra mencionar, ainda no que tange à fiscalização exercida sobre as contratações administrativas, a norma pertinente ao controle dos editais de licitação, prevista no art. 113, §2º, da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993⁷, segundo a qual os Tribunais de Contas poderão solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia do edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhe forem determinadas.

Pois bem. Antes de desenvolver especificamente o tema ora proposto, é importante registrar que existem basicamente três modelos distintos de controle externo no direito comparado, que se diferenciam pelo momento de seu exercício. No sistema francês, a fiscalização exercida pelas *Cours des Comptes* é repressiva, operando-se *a posteriori*, ou seja, após efetuada a despesa. O modelo italiano, por sua vez, adota a fiscalização preventiva dos atos administrativos, de forma que, sem o registro no Tribunal de Contas, o ato não produz os efeitos pretendidos. Por fim, um modelo intermediário é seguido pela Bélgica, em que a fiscalização é preventiva, porém sem a rigidez italiana. Se o administrador insistir na prática do ato, independentemente da ausência de registro pela Corte de Contas, o faz sob sua total responsabilidade.

O sistema de controle externo adotado pela Constituição da República de 1988 segue essencialmente o modelo francês de contrasteação: a fiscalização opera-se *a posteriori*. Assim, considerando que não há constitucionalmente prevista hipótese de controle prévio a ser exercido pelos Tribunais de Contas, discute-se sobre a possibilidade de tais colegiados exigirem o encaminhamento prévio dos editais de licitação para registro. É dizer, questiona-se a constitucionalidade de determinadas deliberações que exigem, genericamente, a submissão prévia de editais de licitação – *notadamente editais de concorrência* – aos Tribunais de Contas, considerando o registro de tais instrumentos como pressuposto inafastável para o prosseguimento do certame licitatório⁸.

⁷Os Tribunais de Contas e órgãos integrantes do sistema de controle interno poderão solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia do edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas”.

⁸A constitucionalidade da própria norma do art. 113, §2º, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos encontra-se questionada perante o Supremo Tribunal Federal nos autos da ADI n.º 934, ajuizada pela Mesa da Assembleia Legislativa do Estado do Paraná. Sustenta-se, precisamente, que tal dispositivo

Inicialmente, o Supremo Tribunal Federal, apreciando pedido formulado em sede de suspensão de segurança⁹, cassou medida liminar concedida pelo Tribunal de Justiça local que determinava que o Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro se abstivesse de examinar previamente qualquer procedimento licitatório envolvendo a concessão do serviço público de saneamento básico. Na oportunidade, ao deferir a suspensão de segurança, o então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Min. Celso de Mello, salientou que: “torna-se evidente que essa proibição genérica, imposta pela liminar ora questionada, frustra, por completo, com grave prejuízo para o interesse público, a atuação do Tribunal de Contas. Cabe enfatizar que a presunção *juris tantum* de legitimidade dos atos do Poder Público não deve impedir que o Tribunal de Contas exerça, em plenitude, a ação fiscalizadora de que foi incumbido pela Lei Fundamental da República. Essa interdição genérica, fundada na liminar mandamental em causa, parece ofender a competência institucional do Tribunal de Contas, por neutralizar, indevidamente, o desempenho da insuprimível atribuição fiscalizadora que, às Cortes de Contas, assiste no sistema de direito constitucional positivo vigente no Brasil, especialmente se se considerarem os paradigmas ético-jurídicos que devem pautar a atuação do Poder Público.”

Em igual sentido já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.º 17.996/RJ, ao manter multa aplicada pelo Órgão de Contas a agente público que deixara de cumprir determinação no sentido do encaminhamento, para apreciação prévia, de edital de licitação. Vejam-se trechos significativos do julgado:

“É sabido que, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 o controle dos atos praticados pelos agentes públicos passou a ser exercido com maior amplitude pelos Tribunais de Contas, ou seja, estes passaram a ter um maior controle preventivo visando fazer cumprir postulado inscrito na Carta Maior, no sentido de que os atos administrativos a serem praticados passassem a obedecer, rigorosamente, ao princípio da moralidade.

(...).

A evolução do controle exercido pelos Tribunais de Contas, quer federais, estaduais assim como municipais, nos mostra que esse controle, além de preventivo, reveste-se de caráter educativo, impedindo o malferimento aos princípios da legalidade, eficiência e a todos os demais postos na Lei de Licitações. Temos aqui o que denominamos de princípios implícitos do controle da licitação uma vez que esta não é apenas controlada a poste-

estaria a negligenciar a regra do controle repressivo adotado pela Constituição da República, importando em vulneração ao princípio da separação funcional de poderes, na medida em que autorizaria a intervenção ilegítima das Cortes de Contas sobre a atividade administrativa. Com a devida vênia, não se pode concordar com tal linha de argumentação. De fato, a Constituição da República não contemplou, como regra, o controle preventivo da atividade administrativa financeira pelos Tribunais de Contas, mas previu inúmeras hipóteses de controle concomitante, especialmente por meio de auditorias e inspeções. Ora, a solicitação para exame de um edital de licitação para exercício de controle externo concomitante não representa qualquer vulneração aos mecanismos de controle consagrados pela Constituição. Muito ao contrário, trata-se de medida salutar que, exercida com razoabilidade, só vem a resguardar e a fortalecer a própria atividade administrativa.

⁹Supremo Tribunal Federal, SS 1308/RJ.

riori mas, também, a priori, constituindo-se, pois, um fator a prestigiar a moralidade na prática do ato administrativo.”

Tal decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, porém, veio a ser reformada pelo Supremo Tribunal Federal, que modificou seu entendimento sobre a matéria. Eis a ementa do acórdão, proferido pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Min. Menezes Direito:

“Tribunal de Contas estadual. Controle prévio das licitações. Competência privativa da União (art. 22, XXVII, da Constituição Federal). Legislação federal e estadual compatíveis. Exigência indevida feita por ato do Tribunal que impõe controle prévio sem que haja solicitação para a remessa do edital antes de realizada a licitação.

1. O art. 22, XXVII, da Constituição Federal dispõe ser da União, privativamente, a legislação sobre normas gerais de licitação e contratação.

2. A Lei federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993 autoriza o controle prévio quando houver solicitação do Tribunal de Contas para a remessa de cópia do edital de licitação já publicado.

3. A exigência feita por atos normativos do Tribunal sobre a remessa prévia do edital, sem nenhuma solicitação, invade a competência legislativa distribuída pela Constituição Federal, já exercida pela Lei federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que não contém essa exigência.

4. Recurso extraordinário provido para conceder a ordem de segurança¹⁰.

No referido julgamento, foram assentadas algumas premissas importantes, quais sejam: (i) em primeiro lugar, enfatizou-se a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação (Constituição Federal, art. 22, XXVII) e o fato de a Lei de Licitações não impor o mencionado controle prévio sem que exista solicitação para a remessa do edital antes de realizada a licitação; (ii) considerou-se incabível, tanto do ponto de vista lógico, quanto do ponto de vista formal, que os Poderes Executivo e Judiciário, em cada procedimento de licitação, sejam obrigados a encaminhar, previamente, ao Tribunal de Contas estadual os editais de licitação, bem como ficar aguardando a aprovação, ou não, da legalidade do certame, concluindo-se que a exigência feita por atos normativos estaduais sobre a remessa prévia do edital, *sem qualquer solicitação específica*, invadiria a competência legislativa distribuída pela Constituição, já exercida pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que não contém essa determinação; (iii) fixou-se, em linha de princípio, ser perfeitamente legítimo aos Tribunais de Contas solicitarem, *casuisticamente*, a remessa de editais de licitação, havendo, em verdade, interdição a que a determinação seja feita de forma genérica.

Ora, a partir das premissas assentadas, é fácil concluir que a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal foi, pura e simplesmente, de reverência à norma do art. 113, §2º, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993: considerou ilegítimo o ato normativo que exigia, genericamente, o encaminhamento prévio de editais de licitação ao Tribunal de

¹⁰RE 547.063, julgado em 08 de outubro de 2008, sem trânsito em julgado até a data de finalização do presente trabalho.

Contas estadual, mas admitiu que, em casos concretos, mediante solicitação específica, esse controle –concomitante– seja realizado.

4 – A função corretiva: poder geral de cautela e sustentação de contratos

Como já se examinou, com base nas competências atribuídas constitucionalmente aos Tribunais de Contas, e visando a possibilitar o exercício do controle externo, as Leis Orgânicas de tais órgãos estabelecem, como regra, a obrigatoriedade de serem encaminhados, para análise e registro, os atos, contratos e demais instrumentos que importem em dispêndio de recursos públicos por parte das unidades sujeitas à sua fiscalização. Normalmente, também se exige o encaminhamento aos órgãos de contas de todos os atos de dispensa e inexigibilidade de licitação, exatamente para que se viabilize o controle da contratação direta.

No exercício de tal atribuição, as Cortes de Contas examinam os atos e contratos sob a tríplice ótica da legalidade, legitimidade e economicidade e, caso não encontrem qualquer irregularidade, procedem ao seu registro.

Por sua vez, caso constatem a existência de alguma irregularidade, os Tribunais passam a exercer a denominada atividade “corretiva” ou “ordenatória”, que se verifica (i) quando a Corte assina prazo para que o órgão ou entidade sob sua fiscalização adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei; e (ii) quando o Tribunal susta a execução do ato impugnado, comunicando-se a decisão ao Poder Legislativo, na hipótese de a sua determinação anterior não ter sido atendida¹¹.

Nas hipóteses em que o ato impugnado pelo Tribunal envolva situações jurídicas subjetivas em favor de terceiros, é imprescindível que se observe o devido processo legal, assegurando-se aos interessados oportunidade para defenderem suas posições, em atenção aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Nesse sentido, inclusive, foi editado o Enunciado n.º 3 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, *verbis*: “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”¹².

¹¹Art. 71, incisos IX e X, da Constituição Federal.

¹²Confira-se o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal que enfrenta, com detalhes, o tema pertinente à necessidade de se assegurar o princípio da ampla defesa nos processos de controle que possam afetar interesses de terceiros, estabelecendo, inclusive, a aplicação subsidiária da lei geral de processo administrativo federal – Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999 – aos procedimentos do Tribunal de Contas: “EMENTA: I. Tribunal de Contas: competência: contratos administrativos (Constituição Federal, art. 71, IX e §§ 1º e 2º). O Tribunal de Contas da União – embora não tenha poder para anular ou sustar contratos administrativos – tem competência, conforme o art. 71, IX, para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou. II. Tribunal de Contas: processo de representação fundado em invalidade de contrato administrativo: incidência das garantias do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa, que impõem assegurar aos interessados, a começar do particular contratante, a ciência de sua instauração e as intervenções cabíveis. Decisão pelo Tribunal de Contas da União de um processo de representação, do que resultou injunção à autarquia para anular licitação e o contrato já celebrado e em começo de execução com a licitante vencedora, sem que a essa sequer se desse ciência de sua instauração: nulidade. Os mais elementares corolários da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa são a ciência dada ao interessado da instauração do processo e a oportunidade de se manifestar e produzir ou requerer a produção de provas; de outro lado, se se impõe a garantia do devido processo legal aos procedimentos administrativos comuns, *a fortiori*, é irrecusável que a ela há de submeter-se o desempenho de todas as funções de controle do Tribunal de Contas, de colorido quase – jurisdicional. A incidência imediata das garantias constitucionais referidas dispensariam previsão legal expressa de audiência dos interessados; de qualquer modo, nada exclui os procedimentos

É interessante observar, a propósito do tema, que o Supremo Tribunal Federal tem admitido, com base na *teoria dos poderes implícitos*, o exercício do poder geral de cautela por parte dos Tribunais de Contas, permitindo a expedição de medidas cautelares visando a garantir a eficácia de suas decisões finais e prevenir lesão ao patrimônio público. Confira-se a ementa do *leading case* versando a matéria:

“Procedimento Licitatório. Impugnação. Competência do Tribunal de Contas da União. Cautelares. Contraditório. Ausência de Instrução.

1 - Os participantes de licitação têm direito à fiel observância do procedimento estabelecido na lei e podem impugná-lo administrativa ou judicialmente. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada.

2 - Inexistência de direito líquido e certo. O Tribunal de Contas da União tem competência para fiscalizar procedimentos de licitação, determinar suspensão cautelar (arts. 4º e 113, § 1º e 2º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993), examinar editais de licitação publicados e, nos termos do art. 276 do seu Regimento Interno, possui legitimidade para a expedição de medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões.

3 - A decisão encontra-se fundamentada nos documentos acostados aos autos da Representação e na legislação aplicável.

4 - Violação ao contraditório e falta de instrução não caracterizadas. Denegada a ordem.” (Supremo Tribunal Federal, MS 24.510/DF)

A função corretiva das Cortes de Contas, no entanto, fica mitigada quando o ato impugnado seja bilateral e negocial. Em se tratando de contrato administrativo, o ato de sustação deverá ser adotado diretamente pelo Poder Legislativo, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis, conforme se infere do §1º do art. 71 da Constituição Federal.

Complementando a fiscalização dos contratos pelo Colegiado de Contas, dispõe o §2º do mesmo art. 71: “Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito”.

O dispositivo em questão apresenta o mérito de ter corrigido a incongruência do Texto Constitucional de 1967/1969, pelo qual da omissão dos Poderes Legislativo e Executivo decorria a insubsistência da impugnação feita pelo Tribunal. Apesar disso, é fato que sua redação não reveste a necessária clareza, eis que não evidencia o conteúdo e a extensão da *decisão* que, então, caberá ao Colegiado.

Sobre o tema, encontram-se na doutrina posicionamentos diametralmente opostos.

do Tribunal de Contas da aplicação subsidiária da lei geral de processo administrativo federal (Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999), que assegura aos administrados, entre outros, o direito a ‘ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos (art. 3º, II), formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente’. A oportunidade de defesa assegurada ao interessado há de ser prévia à decisão, não lhe suprimindo a falta a admissibilidade de recurso, mormente quando o único admissível é o de reexame pelo mesmo plenário do Tribunal de Contas da União, de que emanou a decisão”. (Supremo Tribunal Federal, MS 23.550/DF).

Luís Roberto Barroso¹³ expõe seu entendimento nos seguintes termos:

“Decidirá, por certo, sobre a legalidade ou não do contrato, e da respectiva despesa, para o fim de julgamento das contas do administrador. Não é razoável supor, à vista da partilha constitucional de competências vigentes no direito brasileiro, que o Tribunal de Contas possa, sobrepondo seu próprio juízo ao do administrador e ao do órgão ao qual presta auxílio, sustar aquilo que o Executivo e o Legislativo entendem ser válido. É preciso não esquecer: a fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial é exercida, mediante controle externo, pelo Congresso Nacional, com o ‘auxílio dos Tribunais de Contas’. Por evidente, a última palavra é do órgão Legislativo, e não do Tribunal de Contas”.

Por sua vez, a lição de Carlos Roberto Siqueira Castro¹⁴, invocando o entendimento de Celso Bandeira de Mello, segue a direção contrária¹⁵:

“Neste ponto, meu entendimento afina-se com o do ilustre e estimado colega de São Paulo, Celso Bandeira de Mello, para quem a decisão e as providências da Corte de Contas assumirão, em tal conjectura, caráter autônomo e definitivo. A não ser assim, estar-se-ia fazendo letra morta daquele comando constitucional e esvaziando-se por completo o permissivo da intervenção subsidiária do órgão constitucional de controle externo para suprimimento da inércia dos Poderes em causa.”

Com efeito, caso se consagre o primeiro entendimento exposto, conclui-se pela continuidade da sistemática anterior a 1988. Ou seja, transcorrendo *in albis* o prazo para manifestação do Congresso Nacional e do Executivo, a objeção levantada pelo Tribunal de Contas continuaria como insubsistente. Ora, considerando que o Constituinte de 1988, ao disciplinar o controle externo da atividade administrativa do Estado, optou por ampliar substancialmente as competências dos Tribunais de Contas, o entendimento que, ao contrário, negligencia a decisão da Corte não merece prosperar.

Essa matéria, infelizmente, ainda não foi objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal. O Min. Marco Aurélio, no entanto, já sinalizou pela competência do Tribunal de Contas para sustar a execução de contrato na hipótese de omissão do Poder Legislativo quando relatou o Mandado de Segurança n.º 23.550/DF, oportunidade em que, pronunciando-se a respeito da norma do art. 71, §2º, da Constituição Federal, expôs: “A previsão de o Tribunal vir a fazê-lo somente se verifica na hipótese de

¹³In: “Tribunais de Contas: algumas incompetências”. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n.º 203, jan./mar. 1996, p. 139.

¹⁴In: “A atuação do Tribunal de Contas em face da separação de poderes do Estado”. Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, n.º 38, out./dez. 1997, p. 49.

¹⁵No mesmo sentido, assevera o Mestre e Doutor em Direito do Estado pela USP TOSHIO MUKAI: “No caso de contrato, a sustação somente poderá ser adotada diretamente pelo Legislativo (art. 71, p. 1º), mas, se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de 90 (noventa) dias, não efetivarem as medidas previstas no parágrafo 1º, o Tribunal decidirá a respeito (ou seja, sustará a execução do contrato).” (In: “Os Tribunais de Contas no Brasil e a Coisa Julgada”. Revista do Tribunal de Contas da União. Brasília, n.º 70, out./nov. 1996, pp. 83 a 86).

omissão do Congresso Nacional ou do Poder Executivo competente, no prazo de noventa dias (§2º do citado art.)”. De fato, esse parece ser o entendimento que, sem ignorar que o titular do controle externo é o Poder Legislativo, reconhece efetividade à decisão do Tribunal de Contas, órgão que lhe oferece o necessário suporte técnico.

5 – Contratos decorrentes de convênios e subvenções: a diretriz traçada pelo Acórdão n.º 1.070, de 2003 do Tribunal de Contas da União.

Por fim, em um trabalho cujo escopo é abordar os limites e as possibilidades de atuação dos Tribunais de Contas no controle das licitações e contratos administrativos, não se pode deixar de fazer menção à fiscalização exercida sobre convênios celebrados entre entes públicos e entidades particulares, especialmente aqueles que traduzem verdadeira concessão de subvenção à iniciativa privada.

Como de conhecimento convencional, a concessão de subvenção enquadra-se na atividade administrativa de fomento, sendo uma atuação do Estado de estímulo, incremento ou incentivo a uma atividade particular de interesse público. Vale dizer, por intermédio da concessão de subvenções, o Estado pretende satisfazer indiretamente determinadas necessidades consideradas de interesse público, valendo-se, para tanto, do auxílio da iniciativa privada.

No que tange especificamente às subvenções sociais, o art. 16 da Lei n.º 4.320, de 17 de março de 1964 evidencia que tais transferências de recursos públicos para o setor privado devem constituir, fundamentalmente, suplementação de recursos aplicados na prestação de serviços essenciais de assistência social, médica e educacional.

Como bem observam Teixeira Machado e Heraldo da Costa Reis, “as subvenções não devem representar a regra, mas ser supletivas da ação da iniciativa privada em assuntos sociais. Isso significa que, se o ente governamental desejar ou puder entrar nesse campo de atividades, deverá fazê-lo diretamente por sua ação, reservando as subvenções, apenas, para suplementar e interessar a iniciativa dos particulares”¹⁶.

De fato, o artigo 16 e seu parágrafo único da Lei n.º 4.320, de 17 de março de 1964 estabelecem, claramente, duas condicionantes objetivas para a concessão de subvenção social pelo Poder Público. Eis a sua redação:

“Art. 16. Fundamentalmente e nos limites das possibilidades financeiras, a concessão de subvenções sociais visará à prestação de serviços essenciais de assistência social, médica e educacional, sempre que a suplementação de recursos de origem privada, aplicados a esses objetivos, revelar-se mais econômica.

Parágrafo único. O valor das subvenções, sempre que possível, será calculado com base em unidades de serviços efetivamente prestados ou postos à disposição dos interessados, obedecidos os padrões mínimos de eficiência previamente fixados.”

Ora, como se extrai da análise do referido dispositivo legal, a transferência de recursos públicos para o setor privado por meio de subvenção social deve ser precedida (i) da justificativa do valor da subvenção concedida à entidade privada, calculado com base em unidades de serviço efetivamente prestados ou postos à disposição, que implicará, se for o caso, na verificação da conformidade do orçamento da entidade com

¹⁶In: A Lei 4.320 comentada e a Lei de Responsabilidade Fiscal. Rio de Janeiro: IBAM, 31ª edição, 2002.

os preços correntes no mercado; e (ii) da demonstração de que o fomento ao setor privado revela-se mais econômico e eficiente do que a prestação de serviços diretamente pelo município, consignando-se, se for o caso, a impossibilidade de fazê-lo mediante atuação direta.

Além disso, a Lei de Responsabilidade Fiscal, ao definir, em complementação ao art. 165, §2º, da Constituição da República, o conteúdo mínimo das leis de diretrizes orçamentárias, dispõe claramente que tal diploma legal deve estabelecer as condições e exigências para transferências de recursos a entidades privadas (art. 4º, inciso I, alínea "F" da Lei Complementar n.º 101, de 2000).

E, finalmente, a aplicação direta dos princípios constitucionais que regem a atividade administrativa, especialmente os princípios da impessoalidade e da moralidade, impõe a observância de *critérios objetivos* para a escolha das entidades privadas a serem subvencionadas.

Com efeito, a superação do positivismo jurídico a partir da segunda metade do século XX abriu caminho para o desenvolvimento de uma linha de pensamento que se convencionou designar pós-positivismo, em que se promove a valorização do papel desempenhado pelos princípios e o reconhecimento de sua normatividade¹⁷. Nesse contexto, há razoável consenso no discurso jurídico contemporâneo quanto ao caráter normativo dos princípios, rejeitando qualquer compreensão que os atribua apenas uma dimensão axiológica, destituída de eficácia e densidade jurídicas. Assim, a atual dogmática constitucional não hesita em reconhecer que o ordenamento jurídico encontra-se estruturado normativamente em princípios e regras que, embora tenham traços distintivos próprios, apresentam um denominador comum fundamental: ostentam eficácia normativa¹⁸.

Orá, a partir da eficácia normativa dos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa decorre, lógica e inexoravelmente, a exigência de que sejam fixados critérios objetivos para guiar e justificar a transferência de recursos públicos para o setor privado. A esse respeito, é precisa da lição de Sílvio Luis Ferreira da Rocha, que versou especificamente sobre a atividade administrativa de fomento:

"A atividade de fomento deve ser impessoal e respeitar o princípio da igualdade. Deve evitar favorecer ou perseguir o beneficiário e assegurar a todos o direito de concorrer aos seus benefícios. Com efeito, a concessão de subvenção pode enfraquecer o direito de terceiro, tendo em vista o princípio da isonomia. Aquele que foi indevidamente excluído do benefício decorrente da atividade de fomento terá sua esfera jurídica irremediavelmente atingida.

(...).

A atividade de fomento juridicamente controlável pressupõe uma disciplina precisa dos critérios de escolha dos possíveis

¹⁷Como expõem Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos: "O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética". (In: "O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro". A Nova Interpretação Constitucional. Organizado por Luís Roberto Barroso, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 336).

¹⁸Ou seja, ambos dizem o que deve ser; são razões para juízos de dever ser.

*beneficiários, que deve ter como base apenas o específico interesse público perseguido com a ajuda econômica*¹⁹.

Foi exatamente visando à concretização dos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa que o Tribunal de Contas da União adotou uma posição que, em princípio, poderia parecer um pouco radical, mas que, em essência, busca assegurar que os recursos públicos geridos por meio de convênios ou em decorrência de subvenções sejam igualmente despendidos da forma mais vantajosa possível, assegurando igualdade de condições e competitividade a todos aqueles que demonstrem interesse em participar de tal processo.

Pois bem. Por meio do Acórdão n.º 1.070, de 2003, o Tribunal de Contas da União determinou a observância dos ditames da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993 por todas as entidades privadas conveniadas com o Poder Público ou que dele recebam subvenções. Como consequência, a Secretaria do Tesouro Nacional promoveu a alteração da redação do parágrafo único do art. 27 da Instrução Normativa n.º 01, de 1997, que disciplina a execução de convênios celebrados em âmbito federal, passando a dispor que:

"O conveniente, ainda que entidade privada, sujeita-se, quando da execução de despesas com os recursos transferidos, às disposições da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, especialmente em relação à licitação e contrato, admitida a modalidade de licitação prevista na Lei n.º 10.520, de 17 de julho de 2002, nos casos em que especifica".

Resulta, portanto, que na execução de convênios celebrados entre entidades públicas e entidades privadas, estas últimas deverão observar os procedimentos licitatórios, bem como a normatização pertinente à contratação administrativa, prevista na Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, sempre que estiverem gerindo recursos de origem pública. É claro que isso não significa sujeitar entidades particulares aos ditames da Lei de Licitações e Contratos Administrativos; ao contrário, significa apenas que, diante da natureza dos recursos geridos, a obrigatoriedade de licitar, como regra, se fará presente, impondo a submissão da administração e do particular a procedimentos formais de seleção de fornecedores e prestadores de serviços que assegurem a aplicação dos recursos públicos com atendimento aos princípios da competitividade e da vantajosidade, atenuando eventuais favorecimentos e fazendo prevalecer a isonomia entre potenciais interessados.

Não se pode ignorar, ademais, que o entendimento fixado pelo Tribunal de Contas da União promove uma interpretação bastante razoável da norma do art. 116 da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, segundo a qual as disposições daquela lei seriam aplicáveis, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades públicas. Duas seriam as interpretações possíveis: (i) ou se exige o prévio procedimento licitatório para a celebração de convênios; (ii) ou se exige a observância das regras previstas na mencionada legislação quando da gestão dos recursos públicos transferidos à iniciativa privada por meio de convênios ou ajustes congêneres.

O Min. Walton Rodrigues apreciou a matéria ao relatar o Acórdão 353/2005, adotado pelo Plenário do Tribunal de Contas da União, oportunidade em que salientou:

¹⁹In: Terceiro Setor. São Paulo, Editora Malheiros, 2003.

"Ora, sendo a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 uma norma que, fundamentalmente, define procedimentos que devem ser observados em licitações e contratos, parece-nos que a interpretação do caput do art. 116 no sentido de que a celebração de convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos se sujeitaria, no que couber, às disposições da Lei de Licitações não seria de boa técnica. Com efeito, ante a inviabilidade de competição para a escolha de parceiros com vistas à celebração de convênios - o que torna a licitação inaplicável - e dado que convênios e contratos são instrumentos que possuem natureza e características absolutamente distintas, essa interpretação praticamente faria do dispositivo letra morta.

Por outro lado, a interpretação segundo a qual as despesas decorrentes da aplicação de recursos repassados mediante convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos estariam sujeitas, no que couber às disposições da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 parece se integrar ao ordenamento jurídico de forma mais harmônica. Primeiro, porque inteiramente de acordo com o comando constitucional, que impõe a licitação como regra a ser adotada, sempre que houver o envolvimento de recursos públicos, conforme já comentado; depois, porque a par de fixar regras a serem seguidas - no que couber - pelos convenientes na gestão de recursos públicos, os procedimentos são, em essência, os mesmos impostos aos entes públicos, o que determina, guardadas as diferenças, uma saudável padronização."

Infelizmente, essa salutar diretriz firmada no âmbito do Tribunal de Contas da União não tem sido, como regra, seguida por Estados e Municípios, que ainda encontram dificuldades em aceitar a idéia de que os recursos geridos pela iniciativa privada em decorrência de convênios ou subvenções devem se sujeitar aos mesmos limites estabelecidos para sua gestão por órgãos e entidades pertencentes à Administração Pública. É essencial, porém, não perder de vista que os recursos públicos repassados por meio de tais ajustes - *convênios, subvenções e outros instrumentos congêneres* - não são contraprestacionais e, portanto, mantêm a natureza e a essência públicas.

6 - Síntese conclusiva

Ao longo do presente trabalho foram abordados, sem qualquer pretensão exaustiva, alguns dos principais aspectos relacionados ao exercício do controle externo pelos Tribunais de Contas no que tange à atividade contratual administrativa. Como restou demonstrado, existem inúmeros instrumentos eficazes à disposição das Cortes de Contas para que possam exercer seu *munus* constitucional com efetividade, resguardando a legalidade, a legitimidade e a economicidade da aplicação de recursos públicos.

Em desfecho, apresentam-se, a seguir, tópicos que buscam sintetizar as principais idéias debatidas neste artigo:

1. Os Tribunais de Contas são órgãos públicos especializados e independentes que colaboram com o Poder Legislativo no exercício do controle da atividade financeira pública, prestando-lhe auxílio técnico. O titular do controle externo é o Legislativo, e não poderia ser diferente, visto ser precisamente este o órgão de Poder que, composto

por representantes eleitos, traça as políticas públicas a serem seguidas e concretizadas pela Administração. Mas esse controle político é exercido com o auxílio de um órgão técnico, que é exatamente a Corte de Contas.

2. Ser um órgão que auxilia o Poder Legislativo no exercício do controle externo não significa, em absoluto, que exista entre os Tribunais de Contas e o Legislativo subordinação ou hierarquia. Ao contrário, tais Cortes podem ser caracterizadas como órgãos constitucionalmente autônomos e independentes, cujas competências encontram-se definidas na Constituição visando ao exercício do controle financeiro público em um contexto de colaboração e cooperação integrada entre os Poderes da República.

3. Dentre as competências outorgadas aos Tribunais de Contas, destaca-se aquela relacionada ao controle de licitações e contratos administrativos, que deve ser realizada, por imposição constitucional, sob a tríplice ótica da legalidade, da legitimidade e da economicidade. Com efeito, a atividade de controle exercida pelos Tribunais de Contas não se exaure na mera análise de legalidade da atividade administrativa. Vai muito além: trata-se de promover uma análise global de mérito, que compreende, além da legalidade, a aferição da legitimidade e da economicidade das opções administrativas. Ora, nessa análise global de mérito é indissociável o exame da eficiência administrativa: controle de resultados, que devem ser os melhores possíveis, no mais curto espaço de tempo e com os menores custos.

4. Apesar de a Constituição da República expressamente conferir às Cortes de Contas autorização/imposição para o exercício do controle de legitimidade, tais órgãos ainda têm se revelado tímidos nessa tarefa. É compreensível, de um lado, a forma reticente com que se enfrenta o tema, tendo em vista as dificuldades impostas pelo princípio da separação funcional de poderes, bem como a circunstância de que é efetivamente o administrador público aquele que detém representação democrática para executar as políticas públicas definidas pelo legislador. Mas, ao mesmo tempo, é imposição constitucional que o controle externo seja exercido sob o prisma da legitimidade. Esse vetor não se encontra positivado na Constituição por mero capricho do constituinte; ao contrário, existe uma missão fundamental a ser cumprida, qual seja, a verificação da compatibilidade entre a atuação administrativa e a vontade presente na sociedade. Essa imposição não pode ser negligenciada pelos Tribunais de Contas, que devem investigar se a opção do administrador efetivamente corresponde aos anseios do grupo social a ser atingido pela política pública.

5. No que tange ao controle de economicidade, não apenas o art. 25, §2º, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, mas igualmente o art. 16, §2º, da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, autorizam que, no momento do exercício do controle externo, se reconheça responsabilidade solidária entre administrador público e particular contratado (prestador de serviço ou fornecedor de bens) por danos causados ao erário em decorrência de contratação superfaturada ou antieconômica. Tal responsabilidade solidária não deve ser limitada às hipóteses de contratação direta, devendo ser aplicada também nas hipóteses em que o contrato, embora antieconômico, tenha sido precedido de procedimento licitatório.

6. Embora a Constituição da República de 1988, seguindo o modelo francês de fiscalização financeira a posteriori, tenha contemplado, como regra, o controle repressivo dos atos e contratos administrativos pelos Tribunais de Contas, o Supremo Tribunal Federal tem reverenciado a norma do art. 113, §2º, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, admitindo que, em casos concretos, mediante solicitação específica, seja exercido o controle concomitante com encaminhamento prévio de editais de licitação ao Tribunal de Contas.

7. Buscando assegurar que os recursos públicos geridos por entidades privadas

em decorrência de convênios ou ajustes congêneres sejam despendidos da forma mais vantajosa possível, assegurando igualdade de condições e competitividade a todos aqueles que demonstrem interesse em com elas contratar, o Tribunal de Contas da União determinou a observância dos ditames da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, no que couber, por todas as entidades privadas conveniadas com o Poder Público ou que dele recebam subvenções. Trata-se de diretriz salutar que considera que, diante da natureza dos recursos geridos – os quais, por não serem contraprestacionais, não perdem a essência pública –, a obrigatoriedade de licitar, como regra, se fará presente, impondo a submissão da administração e do particular a procedimentos formais de seleção de fornecedores e prestadores de serviços que assegurem a aplicação dos recursos com atendimento aos princípios da competitividade e da vantajosidade, atenuando eventuais favorecimentos e fazendo prevalecer a isonomia entre potenciais interessados.

ATIVIDADE ECONÔMICA ESTATAL, SUBSIDIARIEDADE E INTERESSE PÚBLICO

Maurício Carlos Ribeiro

Sumário: Introdução. 1 – A atividade econômica do Estado Gerencial e o princípio da subsidiariedade. 2 – O interesse público como fundamento da atividade econômica estatal. Conclusão. Referências.

Introdução

A dimensão da atividade econômica estatal, em toda a trajetória histórica do ente político, é reflexo da opção pelo maior ou menor grau de intervencionismo, adotada ainda entre os fundamentos do próprio Estado.

De acordo com Eros Roberto Grau, o Estado moderno surge com a vocação de atuar no campo econômico; o que é modificado no tempo seria apenas a forma dessa atuação, dirigida inicialmente à constituição e à preservação do modo de produção social capitalista, e posteriormente à substituição e compensação do mercado.¹

Assim é que, enquanto o Estado fundamentado nas idéias liberais tinha como base a maior abstenção possível quanto a intervenções no domínio econômico – devendo, para os teóricos do Liberalismo político e econômico, ater-se apenas à provisão das necessidades básicas da coletividade, como proteger a liberdade individual e a segurança física e patrimonial dos cidadãos –, as tendências nacionalizantes ou socializantes do início do Século XX inverteram esta lógica, colocando o Estado no núcleo da vida econômica, além de conceder a este o papel de centralidade no que tange à vida social, à cultura e à ideologia.

O surgimento do Estado de bem estar social, por seu turno, embora tenha retirado do ente político o papel de *moto* da vida em sociedade, manteve a grande ingerência estatal sobre a economia. Com efeito, a centralidade da idéia de “justiça social” legitimou a maior ingerência do ente político na atividade econômica, passando a figurar como produtor de bens e prestador de serviços, muitas vezes em ambiente de competição com os particulares.

A opção pelo *Welfare State*, como é sabido, acarretou o crescimento exponencial do aparato estatal, o que viria a se tornar a causa de sua própria derrocada: transformado em uma gigantesca corporação mas sem poder – ou mesmo sem saber – usar a lógica de mercado para se manter, e ainda necessitando oferecer à sociedade as prestações mais básicas, como segurança e defesa nacional, o Estado se viu cada vez mais deficitário, o que foi agravado pela crise fiscal das décadas de 1960 e 1970. Dependendo de recursos tributários para manter ativa a enorme máquina construída ao longo de décadas de atuação direta sobre a economia, e também diante da queda brutal de arrecadação e da

*Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Mestre em Direito Público (UERJ – 2007), especialista em Direito da Administração Pública (UFF – 2000) e em Políticas Públicas e Governo (UFRJ – 2001). Professor de Direito Administrativo e de Direito Econômico e Concorrencial dos cursos de pós-graduação em Direito Público e Tributário e em Direito Administrativo Empresarial da Universidade Cândido Mendes – IAVM e CPGD; professor de Direito Administrativo da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito Administrativo do IBMEC

¹GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 19.