

OS TRIBUNAIS DE CONTAS E O SANCIONAMENTO DE LICITANTES E CONTRATADOS

EDUARDO ROCHA DIAS

*Professor de Direito Previdenciário e
Direito Constitucional da UNIFOR. Procurador do INSS.
Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará.*

RESUMO

Este artigo se propõe a analisar os limites da competência do Tribunal de Contas da União no tocante à aplicação de sanções administrativas a licitantes e contratados.

ABSTRACT

This article focus on the limits of the powers exercised by the Brazilian Federal Tribunal of Accounts when it imposes sanctions upon bidders and contractors.

Introdução

Os tribunais de contas constituem órgãos auxiliares do Poder Legislativo, exercendo atividade de controle externo dos atos administrativos (SOUTO, 1994:252; FIGUEIREDO, 1991:31 e ss.; MEIRELLES, 1990:599).

O controle exercido pelos tribunais de contas abrange os critérios da legalidade, da legitimidade e da economicidade, nos termos do artigo 70 da Constituição, incluindo ainda o exame da compatibilidade do ato com a moralidade administrativa¹ (CAIO TÁCITO, 1992:45-53; TORRES, 1993:33).

Entre as competências constitucionais atribuídas ao Tribunal de Contas da União (aplicáveis no que couber às cortes de contas das demais unidades federadas, nos termos do artigo 75 da Constituição), tem-se a de determinar prazo para que órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, "se verificada ilegalidade" (artigo 71, inciso IX).

A Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Lei 8.443, de 16 de julho de 1992), concretizando referidos preceitos constitucionais,

dedicou uma seção à fiscalização de atos e contratos. Saliente-se que a simples sujeição de ambos ao controle pelo Tribunal de Contas torna evidente o caráter público das normas que os regem, quer em decorrência da origem pública dos recursos empregados, quer quanto às finalidades públicas que buscam realizar.

O objetivo do presente trabalho é examinar os limites da competência dos tribunais de contas, especificamente do Tribunal de Contas da União, no tocante à aplicação de sanções administrativas a licitantes e contratados. A atuação de tais órgãos pode se dar tanto através da determinação aos gestores públicos omissos para que apliquem sanções a licitantes e contratados, como através da imposição direta de sanções.

1. A Competência do TCU

Merecem destaque as normas contidas nos artigos 41, inciso I, alínea "b", 45 e 46 da Lei 8.443/92.

A primeira consagra a competência do TCU para acompanhar, pela publicação no Diário Oficial da União ou por outro meio,

¹ Sobre o princípio da moralidade administrativa é oportuno fazer-se referência ao artigo "Moralidade Administrativa: Do Conceito à efetivação", de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (*Revista de Direito Administrativo*, Vol. 190, Rio de Janeiro, p. 1/44, out./dez. 1992), no qual, além de discutir o histórico do conceito de moralidade administrativa, o autor expende uma série de considerações visando torná-lo efetivo e operativo. Veja-se, ainda, a obra de MARCELO FIGUEIREDO ("*Proibição Administrativa - Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*", São Paulo, Malheiros, 1995).

os editais de licitação e os contratos, inclusive administrativos, para fim de assegurar a eficácia do controle e para instruir julgamento de contas. Tal atribuição, referida juntamente com o disposto no artigo 113, parágrafo 2º, da Lei 8.666/93, é citada como um exemplo de persistência, no Direito brasileiro, de um controle prévio por parte dos tribunais de contas LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, 1994:326-1; ANHAIA MELLO *apud* CITADINI, 1995:35; LINS NETTO, 1995:82). JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR (1994:607-608) entende que a redação do parágrafo 2º do artigo 113 da Lei 8.666/93 permite a fiscalização pelo TCU de forma concomitante à execução” da despesa pública, nos casos concretos, com vistas à determinação de prazo para o saneamento de irregularidades ou à representação ao Poder competente sobre tais irregularidades ou abusos apurados. O teor do referido dispositivo da Lei de Licitações é o seguinte:

“Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feita pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.”

Parágrafo 1º. Qualquer licitante, contratado ou pessoa física poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo.

Parágrafo 2º. Os Tribunais de Contas e os 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”.

Lembre-se que a Constituição de 1967 aboliu o registro prévio nas cortes de contas dos instrumentos contratuais, previsto pela ordem jurídica anterior como condição necessária à eficácia dos mesmos. Tal registro prévio não foi restabelecido pelo constituinte de 1988, o que leva MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO (1994:254) a afirmar que o artigo 71 da atual Carta Magna consagrou um nítido sistema de controle *a posteriori*. A conseqüência de tal caracterização é que os tribunais de contas não poderiam ter qualquer ingerência quanto à celebração ou à apreciação prévia do conteúdo de instrumentos contratuais, sob pena de lesão ao

princípio da separação de poderes. Cita VILLELA SOUTO (op. cit., p. 254-255) decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, proferida pelo Desembargador PEDRO AMÉRICO RIOS GONÇALVES (TJRJ, Órgão Especial, Mandado de Segurança 680/91 impetrado contra o Tribunal de Contas do Rio de Janeiro), no qual referida tese foi acolhida, encontrando, posteriormente, guarida no Supremo Tribunal Federal.

Evidente porém que, constatada ilegalidade, os tribunais de contas poderão determinar aos administradores a adoção das providências cabíveis, inclusive a retificação dos atos convocatórios e mesmo a anulação do certame e do próprio contrato, caso tenha havido vício de ilegalidade no procedimento licitatório que o antecedeu. Os tribunais de contas, porém, não detêm competência para anular os atos e contratos da Administração. Com efeito, revestem-se os mesmos da presunção de legalidade². Somente a Administração Pública poderá revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade. Sua anulação, por força de ilegalidade, somente poderá decorrer da própria Administração ou

do Judiciário³. O não atendimento da determinação dos tribunais de contas, poderá acarretar a desaprovação das contas dos administradores e sua responsabilização pelos prejuízos causados.

Por outro lado, o prazo deixado pela lei (até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas) para que os tribunais de contas possam requisitar o edital acaba por deixar toda a atuação administrativa em permanente compasso de espera e em situação de sujeição caso as medidas corretivas sejam determinadas antes da convocação dos contratos. E os particulares interessados em participar da licitação, a seu turno, que só podem impugnar o edital até cinco dias úteis antes da data de abertura dos envelopes de habilitação (artigo 41 da Lei 8.666/93), serão colhidos de surpresa por eventual determinação das cortes de contas no sentido de alterar os atos convocatórios do certame. Tal determinação, se feita antes do início do certame, impõe nova publicação do edital retificado e a necessidade de repetição dos atos e prazos já

² *Se bem que JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR (1994:602) entende que o teor do artigo 113 da Lei 8.666/93 derroga, no particular, a presunção de legalidade e legitimidade dos atos administrativos relativos à execução da despesa pública, transferindo à Administração o ônus de demonstrar sua regularidade caso haja impugnação pelas cortes de contas.*

³ *Veja-se, a propósito, é o conteúdo da Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal: "A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial".*

decorridos (artigo 21, parágrafo 4º, da Lei de Licitações), com o risco de danos também para a própria Administração. Feita após o início do procedimento licitatório mas antes da celebração do contrato, constitui fonte de insegurança para os administrados e de inevitáveis contestações judiciais, ante o direito público subjetivo dos licitantes ao cumprimento do procedimento previsto na Lei de Licitações.

Claro que tais argumentos não podem ser alegados caso a alteração seja determinada por vício de ilegalidade albergado no edital, o qual não pode prevalecer e que, se for grave, deve levar a Administração a anular o certame de ofício ou por provocação de terceiros, inclusive dos tribunais de contas (artigo 49 da Lei 8.666/93).

Como a Constituição, por outro lado, só se refere à possibilidade de sustação de contrato já firmado (artigo 71, parágrafos 1º e 2º, da Carta Magna), é de se reputar como inconstitucional qualquer tentativa de ingerência dos tribunais de contas nas licitações e antes de se celebrarem os contratos que não sejam a requisição de informações e documentos e a determinação de adoção de medidas corretivas por parte dos administradores. É claro, porém, que as irregularidades presentes em tais ocasiões se sujeitarão ao controle posterior das cortes de contas, e fundamentarão eventual condenação

dos administradores responsáveis ou determinação para a adoção de medidas a seu cargo, sempre porém “na forma da legislação pertinente” e “nos termos da Constituição”, como declara o *caput* do artigo 113 da Lei 8.666/93. Devem os administradores, por sua vez, fornecerem aos tribunais de contas a documentação pelos mesmos solicitada, a fim de possibilitar a atividade fiscalizatória de referidos órgãos, dado, ainda, o princípio da publicidade de toda atuação administrativa, a repugnar o segredo no âmbito da gestão da coisa pública (BOBBIO, 1990:29).

O artigo 45 da Lei 8.443/92 trata da competência do TCU para determinar a adoção de medidas necessárias à correção de ilegalidade de ato ou contrato. Entre tais medidas que podem ser determinadas pelo TCU encontra-se a aplicação de sanções a contratado, pela violação ao contrato, no caso de omissão da autoridade administrativa. Tal providência foi sugerida ao Plenário do TCU, por exemplo, no processo TC-450.138/93-3 (Decisão 016/94, Ata 02, DOU de 07/02/94, Seção I, p. 1.851), no qual foi apurado inadimplemento contratual por parte de construtora junto à Delegacia de Administração do Ministério da Fazenda do Pará. Os auditores do TCU sugeriram a aplicação à contratada da pena de suspensão do direito de participar de licitação junto a órgãos e entidades da

Administração Pública Federal, prevista no contrato original. A sugestão não foi acatada pelo plenário do TCU, que preferiu abrir oportunidade ao exercício de poder discricionário por parte da unidade auditada, com vistas a negociar uma solução para o problema.

Na decisão TCU 497/93 (Ata 55, DOU de 29/11/93, p. 18.058) foi determinado à Secretaria de Controle Interno do Ministério dos Transportes - Ciset/MT a análise de contratos celebrados entre a RFFSA e uma construtora para o fim de eventual aplicação das sanções previstas no inciso IV do art. 87 e no artigo 88 da Lei 8.666/93, tendo, porém, referido órgão de controle interno concluído pela inexistência de elementos suficientes para o enquadramento da empresa mencionada nos referidos dispositivos legais. Na decisão nº 100/94, do Plenário do TCU (Ata 07, DOU de 22/03/94, p. 4.073), também foi determinada a apuração de fatos levantados junto à Prefeitura de Caruaru-PE, envolvendo uma série de construtoras, com o fim de aplicação das sanções previstas nos artigos 73 e 74 do Decreto-Lei 2.300/86, vigente na época das ocorrências.

Merece ainda registro a decisão nº 585/94, também do Pleno do TCU (Ata 44, DOU de 28/09/94, p. 14.742),

determinando à Empresa Brasileira de Planejamento de Transportes Urbanos - GEIPOT que não inclua em instrumentos contratuais cláusula prevendo aplicação de multa moratória a ela própria, por atraso no pagamento de importâncias eventualmente devidas, à míngua de previsão legal expressa de tal sanção.

2. A Sustentação de Contratos pelo TCU

Importa fazer referência à controvérsia surgida em torno do alcance dos parágrafos 1º e 2º do artigo 71 da Constituição Federal, no tocante à possibilidade ou não de o TCU determinar a sustação de contratos eivados de ilegalidade, caso o Congresso Nacional não delibere a respeito no prazo de noventa dias. Referida regra é repetida nos parágrafos 2º e 3º do artigo 45 da Lei 8.443/92.

Para MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO (op. cit., p. 255), não pode o TCU, no silêncio do Congresso Nacional no prazo de noventa dias já aludidos, determinar a sustação do contrato. As medidas cabíveis a cargo dos tribunais de contas seriam apenas a apuração das irregularidades e a rejeição das contas. A sustação⁴ dos contratos,

⁴ VILLELA SOUTO (op. cit., p. 255) distingue a sustação (suspensão dos efeitos, da eficácia dos contratos), que pode ser praticada pelo Congresso, da anulação do contrato (invalidação), que só pode ser feita pela Administração (daí porque a Lei e a Constituição referem-se à comunicação ao executivo para adoção das medidas cabíveis) ou pelo Judiciário.

ou seja, a suspensão de seus efeitos, só poderia ser determinada pelo próprio Congresso, por ser este o entendimento mais de acordo com o:

“espírito e a sistemática do controle externo”.

Também ANTÔNIO ROQUE CITADINI (1995:47) parece ser do entendimento de que a competência para sustar os contratos é do Congresso, em atendimento a provocação do Tribunal, sujeitando-se o gestor a multa pela ilegalidade e a sanção pecuniária proporcional ao dano ao erário. O DE TE MEDAUAR (1993:139) também não esclarece qual a extensão da decisão que pode vir a ser tomada pelos tribunais de contas em caso de omissão do Congresso e do Executivo quanto à sustação de contrato. Afirma, porém, que o ato de sustação cabe “ao Congresso Nacional”.

CAIOTÁCITO (1992:51) principia diferenciando o sistema atual de controle do anterior. Antes, omissos o Congresso Nacional e o Executivo, tinha-se por insubsistente a impugnação, com o que praticamente se reconhecia a regularidade do contrato. Atualmente, no caso de inação do Parlamento e do Executivo:

“o Tribunal de Contas reassumirá competência plena para decidir sobre a ma-

téria, prevalecendo portanto, sua deliberação final”.

Não esclarece, porém, referido autor, se tal circunstância inclui a possibilidade de sustação do contrato diretamente pelas cortes de contas. Também JAIR LINS NETTO (1995:78) não é bem claro quanto a tal possibilidade, limitando-se a afirmar que, agora, o silêncio do Congresso importa que a decisão do TCU possa ser “tida como válida”.

De qualquer forma, a interpretação mais conforme à tutela dos princípios da moralidade e da legalidade, bem como a que empresta ao controle externo pelo Legislativo o máximo de efetividade (CANOTILHO, 1992:233), é a que admite a possibilidade de sustação do contrato diretamente pelas cortes de contas. Nesse sentido, lembre-se a conclusão de RICARDO LOBO TORRES (1993:44), de que a legitimidade do Estado Democrático depende do “controle da legitimidade da sua ordem financeira”. Referido autor, a partir da análise da doutrina germânica, evidencia o relacionamento entre as finanças públicas e os direitos fundamentais dos cidadãos. Em especial, alude a ERNST RUDOLF HUBER (*apud* RICARDO LOBO TORRES, *op. cit.*, p. 42), para quem o controle de contas teria a natureza de uma “garantia institucional da

Constituição⁵” (*Institutionelle Verfassungsgarantie*), baseando-se na:

“a) legalidade, que o vincula exclusivamente à lei; b) independência, que o separa do Executivo; e c) ausência de lacuna, que proíbe os espaços livres de controle”.

Vinculando-se à defesa dos direitos fundamentais, em especial os de liberdade, assim como da legalidade e da moralidade, às normas constitucionais definidoras das atribuições das cortes de contas deve ser dada a interpretação que possibilite sua máxima eficácia.

A sustação de contratos por parte dos tribunais de contas, porém, só seria cabível no caso de existência de provas de ilegalidade, e na hipótese de serem graves e irreversíveis as conseqüências da persistência da contratação. Obviamente, em decorrência do princípio da proporcionalidade, se outra medida menos drástica bastar à restauração da legalidade, esta deverá ser adotada.

3. A Sanção de Declaração de Inidoneidade

O artigo 46 da Lei 8.443/92 consagra a possibilidade de aplicação pelo TCU da sanção de declaração de inidoneidade para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal ao licitante culpado por fraude comprovada à licitação.

Importa salientar que tal dispositivo não foi revogado pelo advento da Lei 8.666/93, como defende FLORIANO AZEVEDO MARQUES NETO (1995:134). Com efeito, distinto é o âmbito de um e de outro diploma legal: a Lei 8.666/93 disciplina as licitações e contratos nos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e as sanções previstas pelo artigo 87 da mesma só podem ser aplicadas pelas autoridades indicadas na referida Lei; já a Lei 8.443/92 disciplina a atuação do Tribunal de Contas da União, e a sanção prevista em seu artigo 46, por conseqüência, só pode ser aplicada por tal órgão. O

⁵ PAULO BONAVIDES (1993:439 e ss.) analisa a gênese histórica das garantias institucionais, a partir das garantias constitucionais de teor individualista, geradas segundo a mundivisão do liberalismo, com vistas a tutelar os direitos de liberdade, até alcançar um teor publicista, imbuídas do propósito de proteger as instituições do Estado de Direito. Formula, enfim, a seguinte conclusão (*op. cit.*, p. 451), buscando incluir as garantias institucionais no antigo conceito de garantia constitucional: “a garantia constitucional é uma garantia que disciplina e tutela o exercício dos direitos fundamentais, ao mesmo passo que rege, com proteção adequada, nos limites da Constituição, o funcionamento de todas as instituições existentes no Estado”.

pressuposto de aplicação da mesma
específico: fraude comprovada à
licitação, apurada pelo Tribunal no
curso de sua atuação fiscalizatória
em procedimento no qual se garanta
contraditório e a ampla defesa ao
particular acusado.

O próprio TCU tem aplicado tal
pena após o advento da Lei 8.666/
93, como demonstra o Acórdão nº
13/95, proferido pelo Pleno (Ata 41,
DOU de 25/09/95, p. 14.893), no qual
se determinou a instauração de
procedimento com vistas a apurar o
envolvimento de diversas empresas
no direcionamento ocorrido em
Cartas-Convite promovidas pela
Coordenadoria Regional do Ceará da
Fundação Nacional de Saúde,
objetivando a aplicação da sanção
prevista no artigo 46 da Lei 8.443/
92.

O pressuposto eleito pela norma
como condição para a aplicação da
sanção, "fraude comprovada à
licitação", remete a outras normas
jurídicas, definidoras do que vem a
ser "fraude", que complementam o

sentido de sua regulação e que
constituem um "pré-tipo", na
terminologia de ALEJANDRO NIETO
(1994:298). A fraude é uma figura
descrita pelo direito penal, que limita,
por sua vez, o Tribunal de Contas
na identificação do pressuposto de
fato do sancionamento⁶. A própria
Lei de Licitações colabora para a
delimitação do alcance do que vem
a se entender por fraude: a conduta
ardilosa, tendente à obtenção de uma
vantagem indevida em detrimento do
erário público e que macule os
objetivos da licitação (isonomia,
competitividade e escolha do melhor
licitante). Nada impede, porém, que
o Tribunal de Contas, no exercício
da competência normativa ou
regulamentar prevista pelo artigo 3º
da Lei 8.443/92, busque limitar o
conteúdo semântico da expressão
"fraude", desde que respeitando os
limites demarcados pelo direito penal
e pela Lei de Licitações, assim como
disponha sobre o procedimento a ser
observado na aplicação da sanção
de declaração de inidoneidade.

ALEJANDRO NIETO (1994:298) alerta para as diferenças e peculiaridades do mandato de tipificação em sede de direito administrativo sancionador e em sede de direito penal: enquanto neste último a norma muitas vezes se limita a atribuir uma pena a uma determinada conduta, as normas que definem ilícitos administrativos não são autônomas, no sentido de que fazem remissões a outras normas que formulam ordens ou proibições, cuja inobservância leva ao sancionamento. O Tribunal Constitucional espanhol, a propósito, na Sentença 219/1989 (APUD NIETO, op. cit., p. 308), já considerou legítima a remissão a outras leis para complementação do tipo da infração: "no vulnera la exigencia de lex certa la remisión que el precepto que tipifica las infracciones realice a otras normas que impongan deberes y obligaciones concretas de ineludible cumplimiento de forma que su conculcación se asuma como elemento definidor de la infracción sancionable misma, siempre que sea asimismo previsible, com suficiente grado de certeza, la consecuencia punitiva derivada de aquel incumplimiento o transgresión".

No caso de declaração de inidoneidade proferida pelo Tribunal de Contas da União, o licitante fraudador não poderá participar, por até cinco anos, de licitações na Administração Pública Federal. Tal sanção, a princípio, não produziria qualquer repercussão junto às Administrações estaduais, do Distrito Federal e dos municípios. A amplitude ou extensão da mesma no âmbito da Administração Pública Federal (se atinge somente a entidade ou órgão em cujo âmbito ocorreram os fatos, ou a todas as entidades e órgãos da Administração Federal) constitui matéria controversa. O princípio segundo o qual deve-se interpretar restritivamente as normas sancionadoras ou que restringem direitos individuais apontaria para o primeiro ponto de vista. Ocorre que não faria sentido que fosse reconhecida a inidoneidade para licitar por parte de uma empresa que praticou fraude no âmbito de um Ministério e que a mesma fosse considerada idônea para participar de licitação realizada por outro Ministério. Não se é mais ou menos honesto, ou honesto para alguns fins e desonesto para outros. Tal sanção, portanto, produz efeitos com relação a todas as entidades e órgãos atingidas pela competência fiscalizadora do Tribunal de Contas da União (artigo 70 da Constituição e artigo 1º da Lei 8.443/92). Mas não apenas com relação a eles.

Com efeito, o artigo 97 da Lei 8.666/93 tipifica como crime admi-

tir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo, incidindo no mesmo dispositivo quem, uma vez declarado inidôneo, venha a licitar ou contratar com a Administração. O dispositivo referido não limita a declaração de inidoneidade à proferida pela própria Administração, alcançando igualmente quem tenha sido considerado inidôneo pelos tribunais de contas. Diante dessa amplitude, impõe-se reconhecer que a declaração de inidoneidade proferida por um tribunal de contas repercutirá inclusive sobre os órgãos e entidades pertencentes a outras esferas de governo, cujos agentes cometeriam o crime previsto no artigo 97 da Lei 8.666/93 caso admitissem à licitação ou contratassem empresa ou profissional declarado inidôneo.

Tais considerações ressaltam a amplitude das atribuições dos tribunais de contas em sede de fiscalização da aplicação de sanções a contratados. A certeza da impunidade decorrente da falta de uma adequada fiscalização da execução dos contratos e, por conseqüência, da omissão de sancionamento em caso de inexecução contratual, enseja a atuação das cortes de contas como forma de se tutelar a moralidade e a legalidade administrativas, determinando aos administradores faltosos a adoção de providências cabíveis, bem como responsabilizando-os pelos danos causados ao erário, sem prejuízo da declaração de

inidoneidade dos licitantes comprovadamente responsáveis por fraudes.

4. O Controle Jurisdicional das Decisões dos Tribunais de Contas

Mas essa conclusão conduz a outras indagações: qual é a natureza da atividade dos tribunais de contas? Trata-se de exercício de função jurisdicional? E tal atividade se sujeita a controle jurisdicional?

Constitui opinião assente na doutrina que a atividade desenvolvida pelos tribunais de contas não é judicial, mas administrativa, auxiliar do controle exercido pelo Legislativo (CITADINI, 1996:414; MIRANDA, 1987:254; SILVA, 1990:627). Opinião mais matizada tem, porém, SEABRA FAGUNDES (1967:142 e ss.), expressa ainda sob a égide da Constituição anterior, para quem, mesmo reconhecendo que as cortes de contas exercem precipuamente atividade administrativa, a atividade de exame da regularidade das contas dos responsáveis por bens ou dinheiros públicos, no que concerne ao aspecto contábil, teria a definitividade da função jurisdicional. Entende referido autor que:

“se a regularidade das contas pudesse dar lugar a nova apreciação (pelo Poder Judiciário), o seu pronunciamento resultaria em mero e inútil formalismo. Sob esse aspecto (o criminal fica

à Justiça da União) a Corte de Contas decide conclusivamente. Os órgãos do Poder Judiciário carecem de jurisdição para examiná-lo”.

As cortes de contas, nesse sentido, tem se insurgido contra a possibilidade de controle pelo Judiciário. No relatório do Acórdão 006/96, proferido pelo TCU no Processo TC-649.010/92-2, relatado pelo Ministro Humberto Guimarães Souto (publicado na Revista de Direito Administrativo nº 204, abril/junho-96, p. 325/332) foram tecidas as seguintes considerações:

“A jurisdição de contas é o juízo constitucional de contas. A função é privativa do Tribunal instituído pela Constituição para julgar das contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos. O judiciário não tem função no exame de tais contas, não tem autoridade para as rever, para apurar o alcance dos responsáveis, para os liberar. Essa função é própria e privativa do Tribunal de Contas.

Comunga esse mesmo entendimento o ilustre Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Dr. Athon Gusmão Carneiro, que ao tratar dos dois casos de Jurisdição anômala admitidas pela Constituição, em seu livro ‘Jurisdição e Competência’ - Ed. Saraiva - 1989 - p. 14, esclareceu:

As atribuições do Tribunal de Contas são de natureza administrativa. Entretanto, quando 'julga' as contas 'dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos', tal julgamento impõe-se ao Poder Judiciário no que concerne ao aspecto contábil sobre a regularidade da própria conta; o julgado do Tribunal de Contas constitui prejudicial no juízo penal, como apuração, da qual o juiz não pode se afastar, de elemento de fato necessário à tipicidade do crime (José Cretella Júnior, Tribunal de Contas, Dicionário, cit., Seabra Fagundes, Controle, cit., n. 62). Da mesma forma, tal julgado impõe-se na ação de ressarcimento promovido contra o responsável pelo alcance.

Verifica-se, portanto, que as decisões, quanto ao mérito, proferidas pela Corte de Contas nos processos de sua competência específica fazem coisa julgada material, o que torna impossível a revisão das mesmas por outra instância".

Tal decisão foi proferida face o pedido formulado por administrador municipal de suspensão do recolhimento de multa ao mesmo imposta pelo TCU até o trânsito em julgado de ação declaratória de nulidade da decisão da referida corte de contas que impôs mencionada sanção. O pedido foi indeferido, tendo

o TCU fixado novo prazo para o recolhimento da multa aludida.

Importa ressaltar, por outro lado, que as relevantes competências constitucionais atribuídas ao TCU não vão ao ponto de derogar a garantia contida no artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Magna, inexistindo, nos artigos 70 a 75 da Constituição, qualquer dispositivo expresso nesse sentido. Conclui-se, portanto, que o Judiciário poderá ser provocado para apreciar a alegação de violação ou ameaça a direito por parte de ato praticado pelos tribunais de contas no exercício de suas competências. Mesmo que se admita a impossibilidade do Judiciário substituir o julgamento técnico das cortes de contas, sobretudo quanto ao aspecto contábil, a ele incumbirá sempre examinar se a conduta do TCU se pautou pelo respeito às leis e à Constituição.

A tentativa de justificar a existência de matérias insuscetíveis de apreciação pelo Poder Judiciário levou a que se propusesse um regime específico para os atos discricionários, para os atos políticos, atos legislativos e os atos *interna corporis*, praticados pelas corporações legislativas e tribunais e relacionados com sua organização interna e suas prerrogativas funcionais. Como ressalta HELY LOPES MEIRELLES (1990:601 e ss.), mesmo tais atos se sujeitam a controle jurisdicional, não podendo a simples alegação de que um ato é político ou *interna*

corporis afastar o exame pelo Judiciário de sua repercussão junto a direitos individuais e coletivos. Lembra-se que mesmo os atos administrativos discricionários se sujeitam ao controle do Poder Judiciário. A este cabe verificar se a liberdade concedida abstratamente ao administrador foi, no caso concreto, exercida de forma a melhor atender à finalidade pública subjacente à norma (MORAES, 1989:57; BANDEIRA DE MELLO, 1992:47). O exame da ocorrência de desvio de finalidade e da adequação do ato aos motivos alegados para sua prática também incumbem ao Judiciário, não podendo ser afastado pela singela alegação de que o ato é discricionário.

Mesmo os atos praticados pelos tribunais de contas no exercício do exame da regularidade das contas de gestores públicos se sujeitam ao controle pelo Judiciário, ao qual incumbirá a verificação de sua constitucionalidade e legalidade, de sua adequação aos motivos invocados para sua prática e da inoportunidade de desvio de finalidade e de qualquer lesão ou ameaça a direitos fundamentais. Tal é a conclusão decorrente do alcance do princípio de acesso à jurisdição, tal como delineado pela Constituição Federal de 1988. Somente após superados tais óbices é que prevalecerá o julgamento técnico das cortes de contas, e isso exclusivamente quanto ao aspecto contábil.

5. Conclusões

Aos tribunais de contas, como decorrência de suas competências estabelecidas constitucionalmente, cabe acompanhar e fiscalizar os atos da Administração Pública, entre os quais os procedimentos licitatórios e os contratos administrativos deles decorrentes. Os tribunais de contas poderão requisitar informações e documentos, acompanhar as publicações referentes a tais atos e determinar a adoção de medidas corretivas em caso de ilegalidade, nos termos do artigo 45 da Lei 8.443/92, referente ao Tribunal de Contas da União. Entre as ilegalidades que podem ser verificadas está a não aplicação de sanções a licitantes e contratados. As cortes de contas não podem anular atos e contratos, atribuição que cabe exclusivamente à própria Administração e ao Judiciário. O não acatamento às determinações dos tribunais de contas poderá acarretar a desaprovação das contas e a responsabilização dos administradores públicos. A sustação de contratos motivados de ilegalidade, caso o Congresso Nacional não delibere a respeito no prazo de noventa dias a que aludem os parágrafos primeiro e segundo do artigo 71 da Constituição poderá ser feita pelo Tribunal de Contas da União. A sustação, ou suspensão dos efeitos do contrato, não se confunde com a anulação e a revogação. Referido dispositivo constitucional, por outro lado, deve

ser interpretado de forma a se atribuir a maior eficácia possível ao controle pelos tribunais de contas, não podendo se aceitar matérias livres de controle, nem violação ao princípio constitucional da moralidade administrativa, o que sem dúvida alguma ocorreria caso o silêncio do Congresso no prazo referido impedisse que as cortes de contas diretamente sustassem os contratos eivados de ilegalidade.

O Tribunal de Contas da União pode aplicar aos envolvidos em fraudes comprovadas à licitação a sanção de declaração de inidoneidade prevista pelo artigo 46 da Lei 8.443/92. Tal dispositivo não foi revogado pela Lei 8.666/93, que também prevê a sanção de declaração de inidoneidade, sendo distintos os seus âmbitos de aplicação e as autoridades competentes para a sua imposição. Para declararem a inidoneidade de licitante ou contratado, devem as cortes de contas respeitar os princípios constitucionais que regulam a atividade punitiva do Estado. A empresa ou profissional não poderá participar de licitações na Administração Pública Federal por cinco anos. O artigo 97 da Lei 8.666/93, porém, acabou ampliando a abrangência de tal declaração de inidoneidade, posto ter tipificado como crime admitir à licitação ou contratar empresa ou profissional declarado inidôneo, sem distinguir se a declaração de inidoneidade decorreu da própria Administração ou de uma

corte de contas, da mesma ou de outra esfera de governo, sem embargo, porém, das dificuldades operacionais para tornar tal regra efetiva.

As decisões dos tribunais de contas em geral, e as que aplicam sanções em especial, se sujeitam a controle jurisdicional. A atividade de tais órgãos é administrativa, sujeitando-se ao princípio contido no artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Magna. Mesmo os atos praticados pelos tribunais de contas no exercício do exame da regularidade das contas de gestores públicos se sujeitam ao controle pelo Judiciário, ao qual incumbirá a verificação de sua constitucionalidade e legalidade, de sua adequação aos motivos invocados para sua prática e da inoportunidade de desvio de finalidade e de qualquer lesão ou ameaça a direitos fundamentais. Tal é a conclusão decorrente do alcance do princípio do acesso à jurisdição, tal como delineado pela Constituição Federal de 1988. Somente após superados tais óbices é que prevalecerá o julgamento técnico das cortes de contas.

Referências Bibliográficas

- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, São Paulo : Malheiros, 1994.
- _____. **Discrecionalidade e Controle Jurisdicional**, São Paulo : Malheiros, 1992.

- _____. "Regulamento e Princípio da Legalidade", *in Revista de Direito Público*, São Paulo : n. 96, outubro/dezembro-1990.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**, São Paulo : Saraiva, 1994.
- BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade - Para uma Teoria Geral da Política**, São Paulo : Paz e Terra, 1991.
- _____. **O Futuro da Democracia**, São Paulo, Paz e Terra, 1990.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo : Malheiros, 1993.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**, Coimbra : Almedina, 1992.
- CITADINI, Antônio Roque. **O Controle Externo da Administração Pública**, São Paulo : Max Limonad, 1995.
- _____. **Comentários e Jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas**, São Paulo : Max Limonad, 1996.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Das Licitações Públicas**, Rio de Janeiro : Forense, 1993.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, São Paulo : Atlas, 1996.
- _____. **Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos**, São Paulo : Ed. Malheiros, 1995.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Controle da Administração Pública**, São Paulo : RT, 1991.
- _____. **Curso de Direito Administrativo**, São Paulo : Malheiros, 1994.
- _____. **Direitos dos Licitantes**, São Paulo : Malheiros, 1994.
- FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade Administrativa - Comentários à Lei 8.429/92 e Legislação Complementar**, São Paulo : Malheiros, 1995.
- GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**, São Paulo : Saraiva, 1993.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, Rio de Janeiro : AIDE, 1993.
- LINS NETO, José. "Tribunal de Contas: Sempre Combatido, Nunca Conhecido", *in Revista de Direito de Administrativo*, nº 200, abril/junho-1995, Rio de Janeiro : Renovar/FGV, p. 71/84, 1995.
- MARQUES NETO, Floriano Azevedo. "Extensão das Sanções Administrativas de Suspensão e Declaração de Inidoneidade", *in Boletim de Licitações e Contratos*, nº 03, março/95, São Paulo : Ed. NDJ Ltda, 1995.
- MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**, São Paulo : RT, 1993.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, São Paulo : RT, 1990.
- _____. "Licitação - Aplicação de Penalidades", *in Estudos e Pareceres de Direito Público*, v. 11, São Paulo : RT, 1991.

- _____. **Licitação e Contrato Administrativo**, São Paulo : RT, 1987.
- _____. **Licitação e Contrato Administrativo**, São Paulo : Malheiros, 1996.
- MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969**, Tomo III, Rio de Janeiro : 1987.
- MORAES, Germana de Oliveira. "Aspectos Normativo, Fático e Axiológico da Discricionariedade", in **Revista da Faculdade de Direito**, v. XXX/1, janeiro/junho-1989, Fortaleza : Imprensa Universitária, p. 49/62, 1989.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro : Forense, 1989.
- _____. "Moralidade Administrativa - Do Conceito à Efetivação", in **Revista de Direito Administrativo**, n° 190, outubro/dezembro-1992, Rio de Janeiro : Renovar/FGV, p. 1/44, 1992.
- MUKAI, Toshio. **O Novo Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Públicos**, 2. Ed. São Paulo : RT, 1993.
- _____. "Licitação: Pontos Polêmicos", in **Licitações e Contratos na Administração Pública**, Brasília : Ed. Consulex, 1996.
- NIETO, ALEJANDRO. **Derecho Administrativo Sancionador**, 2. Ed. Madri : Tecnos, 1994.
- PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**, Rio de Janeiro : Renovar, 1994.
- SEABRA FAGUNDES, Miguel. **O Contrôlo dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**, Rio de Janeiro : Forense, 1967.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, São Paulo : RT, 1990.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Licitações & Contratos Administrativos**, 2. Ed. Rio de Janeiro : Esplanada/ADCOAS, 1994.
- SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**, São Paulo : Malheiros, 1994.
- TÁCITO, Caio. "A Moralidade Administrativa e a Nova Lei do Tribunal de Contas da União", in **Revista de Direito Administrativo**, n° 190, outubro/dezembro-1992, Rio de Janeiro : Renovar/FGV, p. 45/53, 1992.
- TORRES, Ricardo Lobo. "A Legitimidade Democrática e o Tribunal de Contas", in **Revista de Direito Administrativo**, n° 194, outubro/dezembro-1993, Rio de Janeiro : Renovar/FGV, p. 31/45, 1993.