

**CUSTEIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROTEÇÃO  
AO PATRIMÔNIO PÚBLICO E À PROBIDADE  
ADMINISTRATIVA: duas propostas de integração  
entre os sistemas judicial e de contas para melhor  
controlar o alcance de tais fins**

Élida Graziane Pinto<sup>1</sup>

**Resumo:** Este artigo versa sobre os sistemas de controle judicial e de contas, dando especial atenção às propostas instrumentais do custeio dos direitos fundamentais e da proteção ao patrimônio público e à probidade administrativa. Por meio da presente reflexão, espera-se trazer algumas contribuições sobre os impasses vividos entre Poder Judiciário e pelo Ministério Público no julgamento das contas governamentais, ressaltando a importância da formação de redes de integração e controle entre os referidos sistemas. Neste ensejo, reforça-se a tese de que somente unidos os sistemas judicial e de contas serão capazes de compreender os fatos que desafiam toda a tessitura do sistema constitucional de controle.

**Palavras-chave:** controle judicial e de contas, integração, responsabilidade fiscal.

**Abstract:** This article concerns about the judicial and audit control systems, especially the instrumental proposals of fundamental rights defrayal, protection of public property and administrative probity. Through this reflection is expected to bring up contributions to the impasses expired between the judiciary and the prosecution in the trial of government accounts, emphasizing the importance of networking integration and control between those systems. On this context, is juttred the argument about the necessity of judicial and audit control system as a main to comprehend the facts that defy all the organization of constitutional control system.

**Key-Words:** judicial and audit control, integration, fiscal responsibility.

---

<sup>1</sup> Procuradora do Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo, Pós-Doutora em Administração pela Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ) e doutora em Direito Administrativo pela UFMG.

## 1. Introdução

O presente artigo tem por finalidade abrir canais de aprofundamento da integração entre os sistemas de controle judicial<sup>2</sup> e de contas<sup>3</sup> da Administração Pública, uma vez que o estreitamento do diálogo institucional entre ambos revela-se como uma via ainda subexplorada e, ao nosso sentir, eficaz de combate à corrupção e de efetivação dos direitos fundamentais.

É, pois, à luz dessa premissa que serão apresentados dois importantes instrumentos de integração que seguem pouco conhecidos e utilizados, embora já estejam à disposição dos operadores do Direito, na medida em que lastreados em norma positiva e em decisões alvissareiras dos nossos Tribunais superiores.

No que nos interessa a todos os membros do Ministério Público, quer estejam previstos no rol do art. 128 da Constituição de 1988, quer estejam no regime especial do art. 130 da mesma Carta, é preciso somar esforços na busca pela máxima eficácia dos direitos fundamentais e também no incansável combate à corrupção.

O acompanhamento cotidiano de políticas públicas e das contas governamentais feito pelo Ministério Público de Contas pode e deve se somar aos relevantes esforços envidados pelos seus irmãos ministeriais.

Como veremos ao longo do texto, as duas propostas instrumentais que dão ensejo ao título do artigo e que justificam sua existência são:

---

<sup>2</sup> Fundado no princípio da inafastabilidade de jurisdição do art. 5º, XXXV da Constituição de 1988.

<sup>3</sup> Decorrente do comando do art. 70 e sistematizado sob a forma dos Tribunais de Contas que atuam segundo as competências do art. 71, ambos da CR/1988, em auxílio aos Parlamentos no desempenho da função de controle externo da Administração Pública.

- (1) Possibilidade de exigência de motivação objetiva (porquanto circunscrita às hipóteses de requantificação de receita ou de despesa) para o julgamento político de contas governamentais que desconheça a apuração feita pelo respectivo Tribunal de Contas de déficit de gasto mínimo nos direitos fundamentais à saúde e à educação (nos termos dos arts. 198 e 212, respectivamente, da CR/1988), sob pena de inconstitucionalidade e nulidade da decisão parlamentar e, por outro lado,
- (2) Atribuição aos relatórios de fiscalização feitos pelas equipes técnicas dos Tribunais de Contas da natureza jurídica de “alerta”, nos termos do art. 59, § 1º da Lei de Responsabilidade Fiscal, para fins de comprovação de dolo específico nos atos de improbidade e nos delitos contra a Administração Pública, pois se se comprovar, em juízo, que o gestor fora previamente alertado por instância competente de controle e ele houver, mesmo assim, persistido na prática da irregularidade, restará facilitada a comprovação da sua conduta dolosa.

Em suma, eis o núcleo do debate ora proposto e sobre o qual passamos a nos deter, para – ao final – tentarmos lançar algumas contribuições no sentido da superação de determinados impasses presentemente vividos pelo Poder Judiciário e pelo Ministério Público que ali oficia, de um lado, no controle de eficácia dos direitos à saúde e à educação, sobretudo, quando esbarram no custeio adequado daqueles e, por outro lado, no deslinde de atos de improbidade e de crimes contra a Administração Pública, quando falta lastro probatório suficiente para configurar o dolo específico do agente público que atenta contra seus deveres constitucionais de bem gerir o patrimônio e o interesse públicos.

## **2. Dever de motivação no julgamento político das contas governamentais em face do custeio vinculado dos direitos fundamentais**

Cuida-se, neste tópico, dos limites que as vinculações orçamentárias que militam em prol dos direitos fundamentais impõem à possibilidade de julgamento estritamente político e imotivado das contas governamentais pelo Legislativo.

O que pretendemos aqui é o alargamento do alcance das normas constitucionais para que cheguem às zonas cinzentas onde usualmente se defende a primazia do julgamento político sobre as demais variáveis em jogo. Eis porque nos perguntamos se se revelam constitucionalmente adequadas tal primazia e a falta de motivação formal dela decorrente, sobretudo, quando tal julgamento desconhece e tergiversa quanto aos patamares de gasto mínimo em saúde e educação.

A origem da tensão ora suscitada reside no fato de que, ao atribuir a titularidade do controle externo ao Poder Legislativo, no art. 71 da CR/1988, e determinar que o julgamento das contas do Chefe do Executivo compete àquele Poder (art. 49, IX e art. 31, §§ 1º e 2º), o constituinte não se descuidou de providenciar o devido sopesamento técnico para que tal julgamento não perdesse de vista os limites da própria Constituição.

Quem julga é o Legislativo, mas não o faz a partir do nada (*ex nihilo*). Muito pelo contrário, a Carta Magna previu a necessidade de parecer prévio<sup>4</sup> expedido pelo Tribunal de Contas, o qual, embora opinativo, propõe uma consistente reflexão sobre todas as responsabilidades constitucionais que devem ser avaliadas no curso do julgamento das contas anuais do Chefe do Executivo.

---

<sup>4</sup> Nos termos do inciso I do art. 71 e do § 2º do art. 31, ambos da Constituição da República de 1988.

Dito de outro modo, as aludidas contas no Brasil devem passar por filtro prévio de análise produzido por aparato especializado, de modo a reduzir subjetividades de caráter político-partidário, conferindo maior objetividade fática e imparcialidade substantiva no julgamento a ser feito pelos seus respectivos Legislativos.

Não obstante os pareceres prévios emitidos pelos Tribunais de Contas levantarem dados motivados nos fatos da vida contábil, financeira, orçamentária, administrativo-operacional e patrimonial do exercício fiscalizado, e mesmo quando apresentam interpretação sedimentada nas mais diversas instâncias de controle interno e externo (incluída a via judicial), observamos<sup>5</sup> que os índices de adesão aos citados pareceres, especificamente quando indicativos da reprovação das contas, mostram-se, em sua maioria, injustificadamente baixos.

Vale lembrar, a esse respeito, que a decisão do Legislativo Municipal, em se tratando de Contas Anuais do Prefeito, há de ser ainda mais sopesada e refletida que a dos demais entes federativos, por força do disposto no § 2º do art. 31 da Constituição Federal. Tal norma definiu quórum qualificado de 2/3 (dois terços) dos membros da Câmara de Vereadores para que fosse refutado o quanto aferido e concluído no parecer prévio expedido pela Corte de Contas competente.

O rigor adicional do rito de análise das contas a ser feita pelos Legislativos Municipais contrasta com o fato de que é exatamente ali que mais ocorrem hipóteses de julgamento imotivado contra todas as evidências dos pareceres prévios que os subsidiam.

Ora, se a tônica do Estado Democrático de Direito impõe ao agente público o dever de atuar dentro do círculo de previsão jurídico-normativa, o afastamento de preceitos expressamente previstos na

---

<sup>5</sup> Observação direta ao longo de nossa atuação empírica no exame das contas municipais do Estado de São Paulo.

Constituição não poderia se dar sob o simples argumento de se tratar de decisão estritamente política.

Mesmo sendo julgamento político, para sua validade e legitimidade, há de haver motivação e respeito aos inafastáveis preceitos da Carta de 1988. A esse respeito já decidiu o Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário 235.593/MG, relatado pelo Ministro Celso de Mello, senão vejamos o forte teor da ementa ali sedimentada:

JULGAMENTO DAS CONTAS DO PREFEITO MUNICIPAL. PODER DE CONTROLE E DE FISCALIZAÇÃO DA CÂMARA DE VEREADORES (CF, ART. 31). PROCEDIMENTO DE CARÁTER POLÍTICO-ADMINISTRATIVO. NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DA CLÁUSULA DA PLENITUDE DE DEFESA E DO CONTRADITÓRIO (CF, ART. 5º, LV). IMPRESCINDIBILIDADE DA MOTIVAÇÃO DA DELIBERAÇÃO EMANADA DA CÂMARA MUNICIPAL. DOCTRINA. PRECEDENTES. TRANSGRESSÃO, NO CASO, PELA CÂMARA DE VEREADORES, DESSAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. SITUAÇÃO DE ILICITUDE CARACTERIZADA. CONSEQUENTE INVALIDAÇÃO DA DELIBERAÇÃO PARLAMENTAR. RECONHECIDO E PROVIDO.

- O controle externo das contas municipais, especialmente daquelas pertinentes ao Chefe do Poder Executivo local, representa uma das mais expressivas prerrogativas institucionais da Câmara de Vereadores, que o exercerá com o auxílio do Tribunal de Contas (CF, art. 31). **Essa fiscalização institucional não pode ser exercida, de modo abusivo e arbitrário,** pela Câmara de Vereadores, eis que - devendo efetivar-se no contexto de procedimento revestido de caráter político-administrativo - está subordinada à necessária observância, pelo Poder Legislativo local, dos postulados constitucionais que asseguram, ao Prefeito Municipal, a prerrogativa da plenitude de defesa e do contraditório.

- A deliberação da Câmara de Vereadores sobre as contas do Chefe do Poder Executivo local, **além de**

**supor o indeclinável respeito ao princípio do devido processo legal, há de ser fundamentada, sob pena de a resolução legislativa importar em transgressão ao sistema de garantias consagrado pela Constituição da República.** (RECURSO EXTRAORDINÁRIO 235593 / MG, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 31/03/2004, Publicação DJ 22/04/2004 PP-00064).

A questão ganha ainda maior relevo quando a emissão dos pareceres desfavoráveis decorre de descumprimento dos índices estabelecidos na Constituição Federal para o custeio das políticas públicas que dão consecução aos direitos fundamentais à saúde (art. 198, § 3º, regulamentado pela Lei Complementar nº 141, de 2012) e à educação (art. 212).

É precisamente sobre este aspecto que delimitamos o foco do presente capítulo até para que não percamos de vista o seu caráter de irrevogabilidade ou mesmo intangibilidade, por envolverem cláusulas protegidas pela eficácia irradiante extraída do sistema de proteção aos direitos fundamentais previsto no ordenamento constitucional brasileiro.

Usamos aqui o termo irrevogável tomando-o de empréstimo à clássica doutrina do ato administrativo, segundo a qual ato vinculado<sup>6</sup> não se sujeita a revogação. Daí é que decorre a tese central deste artigo de que as Câmaras de Vereadores não podem – a título de julgamento político – passar por cima de critérios de vinculação constitucional explícita para mitigar os porcentuais objetivos de gasto mínimo em saúde e em educação.

A teoria do ato administrativo – já de há muito – nos ensina

---

<sup>6</sup> Vejamos que, ao cuidar dos atos vinculados, o professor Celso Antônio Bandeira de Mello bem registrou a ausência de liberdade do Administrador para expedi-los ou mesmo retirá-los do ordenamento, na medida em que a “*lei regulou antecipadamente em todos os aspectos o comportamento a ser adotado [...] em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta*” (MELLO, 2007, p. 422).

que ato vinculado não pode ser refutado por avaliação política, ou seja, não cabe mero juízo de conveniência e oportunidade para extinguir/retirar do ordenamento um ato vinculado.

No presente conflito que nos serve de objeto de reflexão, consideramos que, quando os Tribunais de Contas apreciam o cumprimento de porcentuais de gasto mínimo atrelados ao comportamento da receita de impostos e transferências (no caso dos estados e municípios), estabelece-se ali um **critério de vinculação que só pode ser afastado mediante requantificação motivada dos gastos em saúde e em educação ou, por outro lado, requantificação da receita que serve de base de cálculo do aludido patamar de despesa vinculada**. Não cabe aprovar as contas do Chefe do Executivo que incorreu em déficit de custeio nas aludidas áreas sem motivar...

O dever de motivar que ora sustentamos é extraído diretamente do caráter vinculado do patamar de gasto mínimo. Essa é a razão pela qual os motivos que vierem a ser apresentados devem, necessariamente, ser lastreados em provas fáticas relativas ao fluxo da despesa ou da receita, pois nenhum outro argumento poderia militar contra a proteção constitucional que ampara o custeio dos direitos fundamentais à saúde e à educação.

Não bastasse tal arcabouço protetivo constitucional, lembramos ainda a forte orientação inscrita no art. 50, incisos I e VII da Lei Federal nº 9.784, de 1999, donde se extrai o dever de motivação formal das decisões que “*nequem, limitem ou afetem direitos ou interesses*” ou ainda “*deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais*” (grifos nossos).

Nem se diga que a Lei Federal de Processo Administrativo não alcança os julgamentos políticos de contas... O regime que vimos

defender tem lastro constitucional e densidade no ordenamento infraconstitucional. Ora, ainda que os julgamentos das contas anuais dos Chefes de Executivo tenham natureza jurídica de ato político e não decisão administrativa em sentido estrito, constitucionalmente se impõe a necessidade da sua motivação, quando implicarem – na prática – acatamento de déficit de custeio para os direitos fundamentais à saúde e à educação, sob pena de lesão às próprias vinculações orçamentárias em comento.

Tal conclusão decorre, como já dito, de vinculação constitucional irrevogável e intangível pelo juízo de conveniência e oportunidade dos Parlamentos. Pelo princípio da unidade<sup>7</sup> da Constituição, o julgamento de contas previsto no art. 49, inciso IX e no art. 31, §§ 1º e 2º da CR/1988 não pode, nem deve concorrer para esvaziar fática e teleologicamente as vinculações inscritas nos arts. 198 e 212 também da Constituição Federal.

Eis porque sustentamos que o processo que leva a julgamento das contas anuais dos Executivos deverá revestir-se não apenas de contornos políticos, característicos das decisões no âmbito do Poder Legislativo, mas também deve se amoldar ao sistema constitucional

---

<sup>7</sup> Segundo Luís Roberto Barroso, “*O princípio da unidade da Constituição tem amplo curso na doutrina e na jurisprudência alemãs. Em julgado que Klaus Stern refere como primeira grande decisão do Tribunal Constitucional Federal, lavrou aquela Corte que ‘uma disposição constitucional não pode ser considerada de forma isolada nem pode ser interpretada exclusivamente a partir de si mesma. Ela está em uma conexão de sentido com os demais preceitos da Constituição, a qual representa uma unidade interna. Invocando tal acórdão, Konrad Hesse assinalou que a relação e interdependência existentes entre os distintos elementos da Constituição exigem que se tenha sempre em conta o conjunto em que se situa a norma. [...] Em decisão posterior, o Tribunal Constitucional Federal alemão voltou a remarcar o princípio, conferindo-lhe, inclusive, distinção especial e primazia: ‘o princípio mais importante de interpretação é o da unidade da Constituição enquanto unidade de um conjunto com sentido teleológico, já que a essência da Constituição consiste em ser uma ordem unitária da vida política e social da comunidade estatal.’ (BARROSO, 1999, p. 147, grifos nossos).*”

protetivo dos direitos fundamentais, buscando no princípio da motivação o equilíbrio necessário entre competências políticas e seus reflexos limites constitucionais. Afinal, no julgamento das contas anuais dos Executivos, os Legislativos podem muito, mas não podem tudo...

Por fim, mas não menos importante, cumpre lembrar que a omissão dos Legislativos em julgar as contas dos seus respectivos Chefes de Executivo conforme a Constituição (mormente no que se refere ao dever de cumprir as vinculações orçamentárias que asseguram custeio mínimo aos direitos fundamentais à saúde e à educação) é suscetível de controle, na forma do art. 5º, XXXV da nossa Carta Magna.

Não bastasse a inconstitucionalidade da aludida omissão, a pura e simples desconsideração imotivada do parecer prévio das Cortes de Contas pelos Legislativos também mascara eventual dolo do agente público que descumpriu seu dever de consecução mínima das citadas políticas públicas. E, o mais grave, é que tal *modus operandi* acaba por negar à sociedade a possibilidade de ver aquele gestor punido na forma da alínea “g”<sup>8</sup> do inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº 64, de 1994, com a redação que lhe foi dada pela Lei da Ficha Limpa...

A esse respeito, aliás, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), revendo entendimentos anteriores, firmemente reconheceu nos autos dos Recursos Especiais Eleitorais nº 33.639 e nº 35.996 que a insuficiente aplicação na política pública de educação deve ser considerada falha insanável de gestão, fazendo com que o Prefeito reste

---

<sup>8</sup> Cujo comando é o seguinte: são inelegíveis “os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição;”

inelegível pelo descumprimento do dever de gasto mínimo definido constitucionalmente:

Ressalto que o princípio da legalidade expresso na Constituição Federal determina ao administrador público praticar seus atos de gestão da coisa pública com estrita observância da lei e dos princípios que regem a Administração. No caso, a conduta do agente fere o princípio da legalidade. **Quanto à questão atinente a não aplicação do percentual mínimo da receita resultante de impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino como estabelece o art. 212 da Constituição Federal, este Tribunal, ao apreciar o Agravo Regimental no REspe no 33.639, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 19.12.2008, decidiu que a não observância desse dispositivo constitucional configura, sim, irregularidade insanável (Recurso Especial Eleitoral nº 35.996-MG, relatora Min. Cármen Lúcia, julgado em 10.11.2009, publicado no DJE em 13.11.2009, grifo nosso).**

Em suma, o TSE bem reviu sua jurisprudência, porque percebe, ao longo da sua atuação cotidiana, que a perpetuação do cenário ora denunciado nos penitencia duas vezes: a primeira com o subfinanciamento da saúde e da educação admitido, na prática, como politicamente aceitável, a despeito de ser inconstitucional, e a segunda com a manutenção no espectro político de pretensões eleitorais de agentes que mereciam ficar inelegíveis por oito anos exatamente pelo descaso e desvio de recursos vinculados àqueles direitos fundamentais.

### **3. Alertas automáticos da LRF: prova subutilizada na comprovação de dolo específico na persecução dos atos de improbidade administrativa e dos delitos contra a Administração Pública**

O ponto de partida que orienta o foco deste capítulo é o reconhecimento da dificuldade de se provar dolo específico do gestor público nas ações de improbidade administrativa e na persecução

criminal que tenham por objeto os delitos cometidos contra a Administração Pública, sobretudo os cometidos no âmbito das licitações e contratações públicas.

A complexidade e os desafios envolvidos em tal busca probatória decorrem das interpretações emanadas pelo Supremo Tribunal Federal<sup>9</sup> e pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>10</sup> no sentido de se exigir comprovação da consciente e deliberada intenção de praticar ato ilícito e causar dano ao erário por parte do gestor público processado por improbidade ou pela prática de crime previsto na Lei Federal n.º 8.666, de 21 de junho de 1993.

Em face de tal orientação jurisprudencial que afasta a aplicação de sanção pela mera constatação da prática do ilícito e, por conseguinte, afasta a natureza formal do delito, impõe-se às diversas instâncias e aos competentes órgãos de controle o esforço de conjugar os instrumentos disponíveis não só para aviar a fiscalização cotidiana, mas também para

---

<sup>9</sup> Cujos sentido se pode extrair do excerto a seguir: “O Plenário, por maioria, rejeitou denúncia ajuizada contra atual deputado federal, então prefeito à época dos fatos, além de outros acusados pela suposta prática, em concurso, do crime previsto no art. 89 da Lei 8.666/93. [...] Prevaleceu o voto do Min. Luiz Fux, que assentou a falta de justa causa para o recebimento da denúncia, ante a ausência de elemento subjetivo do tipo. [...] Em seguida, registrou que os delitos da Lei de Licitações não seriam crimes de mera conduta ou formais, mas sim de resultado, o qual ficaria afastado, na espécie, porque as bandas, efetivamente, prestaram serviço. Ao analisar o dolo, asseverou que a consulta sobre a possibilidade de fazer algo demonstraria a inexistência de vontade de praticar ilícito, de modo que aquele que consulta e recebe uma resposta de um órgão jurídico no sentido de que a licitação seria inexigível não teria manifestação voltada à prática de infração penal [...]” (STF, Inquérito 2482/MG, rel. orig. Min. Ayres Britto, rel. para o acórdão Min. Luiz Fux, 15.9.2011. Informativo 640, grifos nossos).

<sup>10</sup> Sua linha decisória está bem representada na seguinte ementa: “*Habeas Corpus*. Crimes de licitação (arts. 89 e 92 da Lei n. 8.666/1993). Pretensão de trancamento da ação penal. Atipicidade das condutas. Excepcionalidade. (I) art. 89 da Lei n. 8.666/1993. Dolo específico de lesionar os cofres públicos e existência de dano ao erário. Demonstração. Ausência. (II) art. 92 da Lei n. 8.666/1993. Atipicidade. Demonstração do dolo direto (consciência e vontade). Indispensável à configuração do crime. Inexistência.” (STJ, 6ª Turma, Habeas Corpus nº 202.937 - SP (2011/0078204-5), Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, Julgamento em 22/05/2012, Publicado no DJe em 17/09/2012, grifos nossos)

extrair dela o lastro probatório necessário à ultimação da extrema *ratio* representada pelas esferas penal e da improbidade administrativa.

Fato é que, uma vez constatado o problema, há de emergir de forma ainda mais consistente o desafio de se passar à propositura de instrumento, dentre os vários disponíveis, hábil à sua mitigação. Daí decorre a nossa proposta, neste terceiro capítulo, de levantamento circunstanciado dos alertas dados pelos Tribunais de Contas, na forma do art. 59, § 1º, inciso V da Lei Complementar n° 101, de 04 de maio de 2000, como meio probatório da “vontade livre e deliberada” do gestor para a prática de ato delituoso e/ou ímprobo contra a Administração Pública ao vulnerar o regime jurídico das licitações e contratações.

A hipótese que buscamos sustentar e confirmar, ao longo deste tópico, é a de que os alertas dados ao longo das diversas e rotineiras<sup>11</sup> formas e tarefas de fiscalização efetuadas pelos Tribunais de Contas são provas juridicamente válidas e pertinentes para a análise judicial incidente sobre os mesmos fatos.

Tais alertas, contudo, ainda são desconhecidos e pouco manejados na via do controle judicial da Administração Pública e dos seus administradores. Defendemos, nesse sentido, que os alertas se prestam a formar prova de dolo específico nos crimes contra a Administração Pública e em determinados atos de improbidade, porquanto sejam atos administrativos de controle externo que operam

---

<sup>11</sup> Sustenta-se aqui ser alerta toda e qualquer manifestação técnica do Tribunal de Contas que promova diagnóstico de falhas e/ou irregularidades no curso da gestão orçamentária, o que inclui, por exemplo, desde o primeiro relatório de fiscalização feito anualmente em relação às Contas de Governo e de Gestão dos Chefes de Executivo, bem como em relação às Contas de Gestão das Casas Legislativas e das entidades da Administração Indireta, passando pelo acompanhamento de licitações impugnadas na forma do art. 113 da Lei n° 8.666, de 1993 e da execução dos contratos delas decorrentes, assim como o acompanhamento dos processos de dispensa e inexigibilidade de licitação, até a decisão final emanada por conselheiro em juízo singular ou pelos órgãos colegiados da Corte de Contas.

de forma automática<sup>12</sup> (*ex officio*) em prol da prevenção de riscos e da correção de desvios capazes de afetar o equilíbrio nas contas públicas e prejudicar a boa gestão dos recursos públicos.

Segundo o dispositivo legal que lhes dá fundamento (art. 59 da LC n.º 101, de 2000), os alertas visam expressamente dar ciência de situações fiscais de risco<sup>13</sup> para o equilíbrio nas contas públicas, bem como de falhas “*que comprometam os custos ou os resultados dos programas*” e, no que interessa diretamente ao escopo deste estudo, prestam-se a notificar a ocorrência de “*indícios de irregularidades na gestão orçamentária*”.

A perspectiva aberta por tal meio de prova é a de que, se restar comprovado que o gestor fora alertado pela atividade cotidiana

---

<sup>12</sup> O adjetivo “automático” aqui se refere à existência de um regular fluxo de relatórios, dados e processos tendente à permanente e cíclica responsabilização de gestores, quer no momento de julgar a sua prestação de contas nos moldes do art. 71, II da CR/1988, quer na avaliação continuada de atos (como os de admissão de pessoal, aposentadoria, licitações, contratos, convênios, transferências e repasses etc.), tal como propugnado nos incisos III a VI do citado art. 71).

Nesse sentido, o caráter “automático” dos alertas advém da tessitura de instrumentos dados, em especial, pela Lei de Responsabilidade Fiscal, os quais se articulam em rede para estender temporalmente a submissão ao controle. Tal rede torna a sujeição ao controle – na prática – perene e temporalmente contínua, a despeito de operar segundo o ciclo orçamentário. Dois exemplos interessantes estão contidos nos relatórios previstos nos arts. 52 e 54, a saber, o relatório resumido de execução orçamentária e o relatório de gestão fiscal que são exigidos, respectivamente, bimestral e quadrimestralmente, encurtando, sobremaneira, o tempo das prestações de contas, cujo balanço anual deve ser coerente e consistente com os dados enviados nesses dois relatórios de exigência mais próxima à gestão cotidiana.

<sup>13</sup> Os riscos que ensejam alerta, na forma do § 1º do citado art. 59 da Lei de Responsabilidade Fiscal, são: (1) a possibilidade de ocorrência das situações previstas no inciso II do art. 4º (vetado) e no art. 9º (risco de que a realização da receita possa não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, donde se impor o contingenciamento de empenhos e de movimentação financeira); (2) o montante da despesa total com pessoal ultrapassar 90% (noventa por cento) do limite; (3) os montantes das dívidas consolidada e mobiliária, das operações de crédito e da concessão de garantia se encontram acima de 90% (noventa por cento) dos respectivos limites e, por fim, (4) os gastos com inativos e pensionistas se encontram acima do limite definido em lei.

de controle da Corte de Contas competente da existência de indício de irregularidade na execução de determinado contrato ou no curso de uma dispensa de licitação, seria possível e juridicamente mais factível<sup>14</sup> o esforço de afastar a alegação corrente de que o gestor estava amparado por parecer técnico da sua assessoria jurídica e, portanto, não agiu dolosamente, fraudando o espírito da Lei n°. 8.666, de 1993.

Esperamos, ainda que em breves linhas, sedimentar aqui a dupla natureza do alerta de que trata o § 1º do art. 59 da Lei de Responsabilidade Fiscal, a saber, a natureza tanto de aviso pedagógico, como também de comprovação da notificação feita ao administrador de que algo está errado.

O alerta, uma vez interpretado à luz desse binômio “aviso-notificação”, ampliaria sua ressonância de instrumento de controle preventivo e concomitante para além das fronteiras do Tribunal de Contas e lhe conferiria renovada força jurídica para operar como mais um meio de prova à disposição do controle judicial da Administração Pública.

### *3.1 Uma aproximação teórica: alertar para melhor controlar a execução orçamentária*

A noção primária de sentido que a palavra alerta implica é, como já pressuposto na introdução, a de antecipar problemas, avisando

---

<sup>14</sup> Por vezes, revela-se uma prova diabólica a prova de dolo específico nos crimes da Lei n.º 8.666, de 1993, notadamente a prova do crime do art. 89 (“*Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade*”). Na esteira do precedente firmado pelo STJ no Habeas Corpus n° 202.937 – SP, bastaria ao gestor público se escusar, alegando que estava amparado em parecer jurídico da sua assessoria, que restaria afastada existência do elemento subjetivo do tipo e, por conseguinte, do crime, por não haver “intenção” de dispensar irregularmente a licitação e o dolo específico de causar lesão ao erário.

sobre o risco na manutenção de determinada conduta ou rota de ação já iniciada.

Quem alerta dá notícia de perigo iminente, em sinal de vigilância externa em favor daquele que foi alertado. Em sentido ainda mais direto e objetivo, o alerta quer dizer ao seu destinatário: “tome cuidado!”, ou ainda “tenha cautela!” e, até mesmo, “corrija sua ação já, sob pena de erro grave ou infração punível!”.

Não é sem razão, portanto, que a Lei de Responsabilidade Fiscal previu em seu art. 59, § 1º<sup>15</sup>, como importante meio de efetivação

---

<sup>15</sup> *“Art. 59. O Poder Legislativo, diretamente ou com o auxílio dos Tribunais de Contas, e o sistema de controle interno de cada Poder e do Ministério Público, fiscalizarão o cumprimento das normas desta Lei Complementar, com ênfase no que se refere a:*

*I - atingimento das metas estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias;*

*II - limites e condições para realização de operações de crédito e inscrição em Restos a Pagar;*

*III - medidas adotadas para o retorno da despesa total com pessoal ao respectivo limite, nos termos dos arts. 22 e 23;*

*IV - providências tomadas, conforme o disposto no art. 31, para recondução dos montantes das dívidas consolidada e mobiliária aos respectivos limites;*

*V - destinação de recursos obtidos com a alienação de ativos, tendo em vista as restrições constitucionais e as desta Lei Complementar;*

*VI - cumprimento do limite de gastos totais dos legislativos municipais, quando houver.*

*§ 1º Os Tribunais de Contas **alertarão** os Poderes ou órgãos referidos no art. 20 **quando constatarem:***

*I - a possibilidade de ocorrência das situações previstas no inciso II do art. 4º e no art. 9º;*

*II - que o montante da despesa total com pessoal ultrapassou 90% (noventa por cento) do limite;*

*III - que os montantes das dívidas consolidada e mobiliária, das operações de crédito e da concessão de garantia se encontram acima de 90% (noventa por cento) dos respectivos limites;*

*IV - que os gastos com inativos e pensionistas se encontram acima do limite definido em lei;*

***V - fatos que comprometam os custos ou os resultados dos programas ou indícios de irregularidades na gestão orçamentária.***

*§ 2º Compete ainda aos Tribunais de Contas verificar os cálculos dos limites da despesa total com pessoal de cada Poder e órgão referido no art. 20.*

*§ 3º O Tribunal de Contas da União acompanhará o cumprimento do disposto nos §§ 2º, 3º e 4º do art. 39.” (grifos nossos)*

do equilíbrio nas contas públicas, a figura dos alertas a serem regularmente emanados pelos Tribunais de Contas. Mas não apenas de equilíbrio nas contas públicas tratam os alertas. O que é importante, desde já, registrar é que o conteúdo de tais avisos não se resume aos estritos comandos e limites normativos da LRF, mas se estende a todas as competências constitucionais<sup>16</sup> dos Tribunais de Contas, haja vista o caráter extensivo e abrangente do inciso V daquele citado dispositivo.

Neste ponto específico, a tese que estamos a sustentar aqui é a de que os alertas não sofrem limitação exaustiva de conteúdo, não requerem forma especial ou decisão<sup>17</sup> de Conselheiro ou Ministro de Tribunal de Contas, nem tampouco operam apenas ao final do processo de fiscalização anual, na medida em que se configuram – isso sim – como verdadeiros e abrangentes instrumentos de controle concomitante da gestão pública.

O comando normativo do art. 59, § 1º, V da LRF é forte ao assinalar que, quando forem constatados “fatos que comprometam os custos ou os resultados dos programas ou indícios de irregularidades na gestão orçamentária”, deve ser emanado o correspondente alerta pelo Tribunal de Contas competente.

Não se trata de faculdade ou opção franqueada à estrutura constitucional implicada, mas de dever-poder<sup>18</sup> inafastável, ou seja, ato vinculado que pode ser resumido aos seguintes termos: **sempre** que forem constatados fatos que comprometam os custos ou os resultados

---

<sup>16</sup> Como se pode depreender da leitura do art. 71 da Constituição de 1988.

<sup>17</sup> Não se pretende aqui negar a óbvia análise de mérito que incumbe tão somente aos Conselheiros e Ministros de Tribunais de Contas. O que se está a defender é que a informatização e os demais meios hábeis militem em favor do sistema de controle externo, ampliando e potencializando os instrumentos de prevenção dos erros e das irregularidades, ao invés do estrito enfoque repressivo e *a posteriori* do controle.

<sup>18</sup> Trata-se, pois, da locução célebre de “dever-poder” construída por Bandeira de Mello a partir da retomada da noção de “poder-dever” de Renato Alessi (MELLO, 1999, p. 32).

dos programas, bem como indícios de quaisquer irregularidades na gestão orçamentária, o Tribunal de Contas **tem o dever de alertar** às autoridades, órgãos e entes por ele fiscalizados.

Em reforço a tal linha interpretativa, o art. 75<sup>19</sup> da Lei Federal nº. 4.320<sup>20</sup>, de 17 de março de 1964, dispõe que o controle da execução orçamentária compreenderá a legalidade dos atos de que resultem a arrecadação da receita ou a realização da despesa, o nascimento ou a extinção de direitos e obrigações; bem como abarcará a fidelidade funcional dos agentes da administração responsáveis por bens e valores públicos. Por fim, mas não menos importante, caberá controle também sobre o cumprimento do programa de trabalho expresso em termos monetários e em termos de realização de obras e prestação de serviços.

Interessa, neste ponto, extrair do inciso I do citado art. 75 a amplitude da aplicação dos alertas rigorosamente sobre todos os atos que envolvam o manejo da receita (incidindo especial atenção sobre o curso da arrecadação, a renúncia de receita e a gestão da dívida ativa), a realização de qualquer tipo de despesa, bem como sobre os atos que provoquem o nascimento ou a extinção de direitos e obrigações.

Machado Jr. e Reis (2000/2001) defendem que a hipótese de controle de todos os atos de geração de despesa e de obtenção de receita representa um verdadeiro princípio de “universalidade de controle”. Ademais disso, os autores em questão lecionam que o controle – na forma do inciso II do art. 75 da Lei n.º 4.320, de 1964 e do inciso II

---

<sup>19</sup> A seguir transcrito: “Art. 75. O controle da execução orçamentária compreenderá:  
I - a legalidade dos atos de que resultem a arrecadação da receita ou a realização da despesa, o nascimento ou a extinção de direitos e obrigações;  
II - a fidelidade funcional dos agentes da administração, responsáveis por bens e valores públicos;  
III - o cumprimento do programa de trabalho expresso em termos monetários e em termos de realização de obras e prestação de serviços.”

<sup>20</sup> A citada Lei persiste como o verdadeiro Estatuto da Contabilidade Pública no Brasil, ao lado da LRF e não a despeito dela.

do art. 16<sup>21</sup> da LRF – buscou individualizar os agentes responsáveis pela gestão de bens e valores públicos. Trata-se de promover uma responsabilização não só institucional, mas também subjetiva. Vale retomar, nesse sentido, o próprio comando do parágrafo único do art. 70 da Constituição de 1988, segundo o qual “*prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.*”

Ora, em se tratando de responsabilidade dos agentes públicos, é de se ressaltar que o ordenador de despesas assume a declaração de que a despesa é regular, autorizada e não lesiva ao patrimônio público em todo processo de aprimoramento, expansão ou criação de ação governamental de que resulte aumento de despesa. Tal declaração é exigida do ordenador porque é ele quem tem competência legal – na forma do que dispõe o art. 80, §1<sup>o</sup><sup>22</sup> do Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967 – para emanar os principais atos de geração de despesa.

Muito embora o art. 16 da LRF refira-se apenas ao ordenador de despesas, tem-se, em conformidade com o art. 70 da Constituição, que também os que recebem ou gerenciam valores públicos devem prestar contas e, assim, podem ser responsabilizados pessoalmente na esfera administrativa, civil e penal, tal como dispõe o art. 37, §4º da CR/1988.

---

<sup>21</sup> Cujos inteiro teor é o seguinte: “Art. 16. *A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de: [...] II - declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentária [...]*”.

<sup>22</sup> *In verbis*, tem-se que: “*Ordenador de despesa é toda e qualquer autoridade de cujos atos resultem emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimento ou dispêndio de recursos da União ou pela qual esta responda*”.

Por outro lado, não bastassem as previsões dos incisos I e II do art. 75 da Lei n.º 4.320, de 1964, a fronteira do controle sobre a execução orçamentária estendeu-se sobre o cumprimento do programa de trabalho. Ou seja, não é dado ao Poder Público deixar de executar disposições da lei orçamentária, arguindo discricionariedade alocativa, sem que haja prestação de contas sobre o que não foi feito parcial ou integralmente.

Ora, o desafio que aventamos neste tópico é exatamente o da integração dos controles interno e externo tendente a estreitar a margem de liberdade de que goza o administrador público diante do caso concreto. Para tanto é que propomos a própria força orientadora dos alertas previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal.

Como já dito, os alertas podem e devem cuidar da avaliação de resultados e custos, assim como devem indicar irregularidades não exaustivamente arroladas pelo permissivo legal que lhes dá fundamento. Na medida em que os alertas se tornarem uma efetiva prática cotidiana dos Tribunais de Contas brasileiros, as demais instâncias competentes de controle da Administração Pública ali encontrarão um manancial de informação disponível que pode auxiliá-las no desempenho das suas funções.

Na atual quadra do desenvolvimento constitucional brasileiro, o alerta revela-se como um dos instrumentos que podem se firmar como articuladores das diversas teias de controle, constituindo-as em uma tessitura de rede em prol da responsabilidade estendida e da máxima eficácia do arranjo de controle da Administração Pública inscrito na Carta de 1988. Eis o horizonte em torno do qual a mirada de olhar se lança para devidamente situar a vinda desse relativamente novo instituto, de modo a fortalecê-lo e melhor entender o seu regime jurídico.

### 3.2. *Inversão do ônus da prova perante o controle externo e alertas da LRF*

Até aqui propusemos que fosse considerado como “alerta” todo levantamento de irregularidades feito desde as primárias fiscalizações rotineiras das Cortes de Contas brasileiras, mas não basta dar tal passo.

Mas é preciso continuar no esforço de desvendar a conduta consciente e deliberada do gestor de praticar atos irregulares, mesmo após haver sido alertado... É por isso que suscitamos, em acréscimo, que o regime jurídico dos alertas automáticos deve ser conjugado com o *caput* do art. 113 da Lei nº 8.666, de 1993, que estipula o que a doutrina consagrou como inversão do ônus de provar a legalidade e a regularidade das despesas decorrentes da aplicação da aludida Lei. Senão veja-se:

Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito 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 [...].

A Lei Geral de Licitações e Contratos inverteu o ônus da prova exatamente visando refutar a tese usualmente invocada pelos gestores públicos segundo a qual os atos administrativos gozam da presunção de legalidade e legitimidade (no que se insere a presunção de veracidade), no esforço infértil de contestar a decisão das Cortes de Contas.

A principal e mais consistente consequência prática da conjugação do regime dos alertas automáticos da LRF com o citado dispositivo da Lei nº 8.666, de 1993, é que se o gestor tiver sido alertado pelo Tribunal de Contas competente, passa a ser presumida a irregularidade da licitação e/ou contrato e das despesas deles

decorrentes, descabendo a arguição genérica de defesa do gestor de que ele agiu sem consciência e vontade deliberada de praticar ato ilícito.

O entendimento de que os atos administrativos são presumidamente considerados nascidos em conformidade com as devidas normas legais, como bem pondera Carvalho Filho (2010, p. 132-133), foi construído para se garantir o seu cumprimento, evitando que, a todo momento, sofressem algum entrave oposto por pessoas de interesses contrários que pudesse retardar o atendimento do interesse público. Mas esse raciocínio se aplica tão somente na interface entre a Administração Pública e o cidadão por ela administrado, não sendo cabível sua alegação – como escusa universal, abstrata e apriorística – em relação aos competentes órgãos de controle de seus atos.

Embora, num primeiro momento, a presunção permaneça válida (eis que, caso não sejam objeto de fiscalização, os atos administrativos permanecem legítimos), caso contestados os atos pelo controle – interno ou externo – incumbe à Administração o ônus de afirmar e comprovar a legitimidade de seus atos. Do mesmo modo, perante o cidadão a presunção reclamada é somente *iuris tantum* (e não *iure et de iure*), admitindo posterior contestação. Tal circunstância se dá, pois, como dito acima, a presunção foi edificada doutrinariamente para garantir o cumprimento dos atos da Administração.

É pacífica, sob tal influxo interpretativo, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, que, em consonância com o disposto no art. 93<sup>23</sup> do Decreto-Lei nº 200, de 1967, considera que compete ao gestor comprovar a boa e regular aplicação dos recursos públicos, cabendo-lhe o ônus da prova (vide acórdãos TCU 11/97 Plenário; 87/97 2ª Câmara; 234/95 2ª Câmara; 291/96 2ª Câmara; 380/95 2ª Câmara).

---

<sup>23</sup> Cujo inteiro teor é o seguinte: “*Quem quer que utilize dinheiros públicos terá de justificar seu bom e regular emprego na conformidade das leis, regulamentos e normas emanadas das autoridades administrativas competentes*”.

Nessa mesma linha de sentido, vale citar elucidativo trecho do voto proferido pelo Min. Adylson Motta na Decisão nº 225/2000 da 2ª Câmara do TCU:

**A não-comprovação da lisura no trato de recursos públicos recebidos autoriza, a meu ver, a presunção de irregularidade na sua aplicação.** Ressalto que o ônus da prova da idoneidade no emprego dos recursos, no âmbito administrativo, recai sobre o gestor, obrigando-se este a comprovar que os mesmos foram regularmente aplicados quando da realização do interesse público. Aliás, a jurisprudência deste Tribunal consolidou tal entendimento no Enunciado de Decisão nº 176, verbis: “Compete ao gestor comprovar a boa e regular aplicação dos recursos públicos, cabendo-lhe o ônus da prova” (grifo nosso).

No Supremo Tribunal Federal, a matéria também já restou pacificada em favor do sistema de controle, na medida em que impõe ao gestor (sobretudo, ao ordenador de despesas) o ônus de provar que a despesa foi regular, o que se depreende do clássico precedente contido no julgamento do Mandado de Segurança 20.335/DF: “*Em direito financeiro, cabe ao ordenador de despesas provar que não é responsável pelas infrações, que lhe são imputadas, das leis e regulamentos na aplicação do dinheiro público*” (STF, Pleno, MS 20.335/DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. 13.10.82, DJ 25.02.83, v.u., grifo nosso).

Em face de tais pressupostos decorrentes do art. 113 da Lei de Licitações e do art. 93 do Decreto-Lei nº. 200, de 1967, emergem com bastante clareza a relevância e a força dos efeitos que irradiam da emissão dos alertas automáticos pelos Tribunais de Contas, nos termos do art. 59 da LRF.

A amplitude do alcance dos alertas que ora suscitamos pode ser majorada ainda mais, se promovermos uma interpretação sistemática em prol do combate aos diversos delitos contra a Administração Pública (como, por exemplo, fraudes a licitações), em busca de outras

consequências além da esfera penal<sup>24</sup>.

Em breve retomada, podemos avaliar que a aplicação dos alertas tende a colaborar com a eficácia do regime de inelegibilidade previsto no art. 1º, inciso I, alínea “g”<sup>25</sup> da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei Complementar nº 135, de 04 de junho de 2010. Por outro lado, tampouco olvidamos que tal matéria repercute na esfera da improbidade administrativa<sup>26</sup>, tal como definido pela Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992.

Fato é que o sistema de alertas automáticos emitidos ao longo da atividade cotidiana de todas as Cortes de Contas do país deveria operar de modo a cumprir sua dupla natureza: aviso pedagógico e comprovação da notificação feita ao administrador de que algo está errado.

Tal cenário deveria descortinar, para as demais instâncias de controle da Administração Pública, o fluxo regular de controle preventivo e concomitante a cargo do sistema de contas, quando, então, poderia passar a assumir uma feição ainda mais interessante se

<sup>24</sup> Tal como previsto nos arts. 89 a 98 da Lei Geral de Licitações e Contratos.

<sup>25</sup> A seguir transcrito: “Art. 1º São inelegíveis:

*I - para qualquer cargo: [...]*

*g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por **irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa**, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição;” (grifo nosso).*

<sup>26</sup> Reconhecemos, por exemplo, a dificuldade de provar o dolo específico na hipótese descrita pelo inciso VIII do art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa, como a seguir podemos ler:

*“Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: [...]*

***VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;”.***

fosse percebida pela sociedade como uma estrutura desconcentrada de controle entre as diversas unidades de fiscalização no exercício das suas funções regulares.

Assim, somados todos os fundamentos até aqui esposados, consideramos que a configuração de dolo específico nos crimes cometidos por agentes públicos contra a Administração e até mesmo nos atos de improbidade que tenham por referência os mesmos fatos, pode vir a ser comprovada por meio dos alertas automáticos emitidos ao longo de todo o fluxo contínuo de controle dos Tribunais de Contas.

### *3.3. Indício consistente de dolo e risco de prescrição: a necessidade de integrar tempestivamente os sistemas de controle judicial e de contas*

Embora seja fato que as Cortes de Contas já estejam a aplicar os alertas previstos no art. 59 da Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF (Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000), ainda se revela necessário o esforço de sair em busca da definição do seu conceito e do seu regime jurídico, no intuito de se debater esse relevante instituto, buscando contribuir para retirá-lo do ostracismo em que se encontra, a despeito da força normativa que a lei lhe atribuiu.

Como já propugnado ao longo deste tópico, a questão dos alertas a serem emitidos pelas Cortes de Contas, em sinal duplo de aviso e notificação de que algo pode estar errado e que, por isso, deve ser reavaliado e corrigido, precisa ser posta no seu devido assento constitucional<sup>27</sup>, qual seja, a integração entre os sistemas de controle interno e externo.

Ora, um dos maiores problemas reiteradamente diagnosticado

---

<sup>27</sup> Tal como propugnado pela conjugação dos arts. 71 e 74 da CR/1988.

no combate à corrupção e às falhas graves de gestão na Administração Pública brasileira é a insuficiência do controle. Mas esse parece ser um diagnóstico errado para o problema, pois não faltam ao ordenamento jurídico pátrio instituições competentes e regramentos aplicáveis à espécie.

O cerne da questão passa pela efetiva aplicação dos instrumentos e pelo diálogo consistente entre as instituições que os operam. Eis o ponto de partida (e também o desafio de onde se pode chegar) que dá ensejo ao tema dos alertas.

Fato é que o art. 59 da LRF, em seu § 1º, expressamente atribui aos Tribunais de Contas o papel de guardião do seu cumprimento, o que reclama – obviamente – um forte viés preventivo e concomitante no acompanhamento e controle das contas públicas.

O que não é tão óbvio e reclama atenção da comunidade jurídica é a relação entre os alertas e os fatos neles implicados para fins probatórios na esfera da persecução de delitos contra a Administração Pública e de atos de improbidade administrativa.

A Lei de Responsabilidade Fiscal previu que os alertas devem ser expedidos sempre que for constatada alguma das seguintes hipóteses: (1) risco de frustração de metas e dever de contingenciamento de despesas e de movimentação financeira; (2) gasto de pessoal ultrapassou a casa de 90% do seu limite legal; (3) algum(ns) dos diversos indicadores de endividamento se encontra(m) acima de 90% do(s) seu(s) respectivo(s) limite(s); (4) gasto com inativo e pensionista ultrapassou limite (ainda precisa ser definido em lei) e, por último, mas não menos importante, (5) a ocorrência de “**fatos que comprometam os custos ou os resultados dos programas ou indícios de irregularidades na gestão orçamentária**” (grifo nosso).

Defendemos, neste estudo, que esta última hipótese de alerta, tal como prevista na Lei Complementar n° 101, de 2000, deve ser a mais prestigiada e a mais ampliada em escopo e envergadura para que alcancemos a máxima eficácia do arranjo constitucional de controle da Administração Pública. Isso porque as atividades cotidianas de controle exercidas pelos Tribunais de Contas operam de forma automática ao longo da execução orçamentária e podem desvendar falhas que, uma vez expostas como carecedoras de justificativa para o gestor público devidamente notificado para tanto, passam a exigir comprovação da regular aplicação dos recursos públicos, nos estritos termos do art. 93 do Decreto-Lei n° 200, de 1967 e do *caput* do art. 113 da Lei n° 8.666, de 1993.

Assim é que emerge a conclusão de que o alerta não se resume só à decisão de conselheiro ou ministro de Tribunal de Contas, mas também abarca cada uma das várias atuações técnicas dessas Cortes especializadas que fazem levantamento primário de problemas e falhas. Tais atuações materializam-se em relatórios que, por seu turno, servem de fundamento para que os gestores responsáveis sejam provocados a se justificar e apresentar suas razões de defesa em face dos fatos levantados.

Caso tal relatório – feito *ex officio* e preliminarmente pelas equipes de fiscalização – levante fatos que envolvam indícios de improbidade administrativa ou delito contra a Administração Pública, na forma da parte final do inciso V do § 1° do art. 59 acima citado, não há dúvida de que se impõe o dever de alerta, de modo até mesmo a permitir que o gestor busque comprovar a boa e regular aplicação dos recursos públicos.

Neste ponto, contudo, é que se nos abrem algumas inquietações... O leitor mais atento provocará e pertinentemente nos

proporá as seguintes perguntas: por que é tão importante alertar o gestor responsável já no primeiro diagnóstico feito pela fiscalização? Por que não se pode aguardar o trânsito em julgado da análise administrativa feita pela Corte de Contas competente? Não se estaria a emitir alertas sem o devido processo legal? Por que os agentes que militam no sistema de controle judicial da Administração Pública se beneficiariam desse alerta emitido no nascedouro do sistema de controle externo?

A chave das questões suscitadas acima reside na clássica inversão do ônus da prova em favor do sistema de controle, afastando, portanto, a presunção de veracidade, legalidade e legitimidade usualmente invocada em favor do ato administrativo. Assim posta a equação entre alerta e ônus da prova, o resultado que dela podemos extrair é a progressiva mitigação da dificuldade de se provar o dolo específico do gestor em determinados crimes contra a Administração e nos atos de improbidade administrativa que causem dano ao erário ou ainda que lesem os princípios da boa gestão. Quem já tiver sido alertado e prossegue no erro não pode, posteriormente, alegar em juízo que não tinha consciência e vontade deliberada em assim proceder.

Tal lógica tende a ser tão mais eficaz quanto mais cedo ocorrer o alerta e por mais tempo perdurar a omissão do gestor em face do dever de justificativa e mesmo do dever de correção das despesas, renúncias de receitas e demais ações – preliminarmente – apontadas como contendo “*atos que comprometam os custos ou os resultados dos programas ou indícios de irregularidades na gestão orçamentária*”.

Por outro lado, quando defendemos a necessidade de ampliação da admissibilidade jurídica dos alertas para antecipá-los, trazendo-os já para o momento inaugural da fiscalização técnica realizada diuturnamente em todos os Tribunais de Contas do país, temos em mente o severo ônus temporal da prescrição nas ações de

improbidade administrativa e ações penais que possam, porventura, decorrer daqueles indícios de irregularidades na gestão orçamentária a que se referiu o art. 59, § 1º, V da LRF.

O risco de aguardarmos toda a regular tramitação dos processos de prestação de contas para só, então, promovermos o alerta é ele deixar de ser alerta, ou seja, o aviso que previne e contém o erro, enquanto ainda era possível corrigi-lo. Com o decurso o tempo e caso persistam as falhas, a tônica do controle passará a ser repressiva e não mais preventiva, sem que possamos nos esquecer, além disso, do risco de perda de integração com as diversas possibilidades de responsabilização judicial, em face, sobretudo, da prescrição na esfera penal e da ação de improbidade.

Eis porque sustentamos a relevância e a força dos efeitos que irradiam da emissão dos alertas automáticos pelos Tribunais de Contas, nos termos do art. 59 da LRF.

A despeito de a matéria soar como excessivamente técnica e, por isso, parecer cansativa, convidamos aqui toda a comunidade jurídica e, em especial neste artigo, aos colegas de atividade ministerial que se preocupam com o controle de políticas públicas e com o combate às diversas formas de corrupção no âmbito da Administração Pública brasileira a lançar um olhar de curiosidade – ao menos – sobre o instituto dos alertas...

Militando contra o seu desconhecimento no senso comum, esperamos, sinceramente, que – em um futuro não muito distante – o **alerta**, uma vez interpretado à luz do binômio “aviso-notificação”, venha a ampliar sua ressonância de instrumento de controle preventivo e concomitante para além das fronteiras do Tribunal de Contas e lhe seja conferida renovada força jurídica para operar como um importante e ainda **subutilizado meio de prova** à disposição do controle judicial

da Administração Pública.

A guisa de conclusão, citamos o alvissareiro exemplo do Recurso Especial Eleitoral nº 8502<sup>28</sup>, julgado no final do ano passado pelo Tribunal Superior Eleitoral, que assegurou a plena força da Lei da Ficha Limpa ao manter como inelegível prefeito alertado previamente pelo TCE/SP sobre irregularidades, as quais, mais tarde, ensejaram a reprovação das contas municipais pela respectiva Câmara de Vereadores e, por fim, permitiram ao Judiciário considerá-las como atos de improbidade na via eleitoral competente.

#### **4. A guisa de conclusão: quanto mais instituições de controle houver e maior for o fluxo de informações, mais fina será a tessitura da rede que integrará umas e outras**

A melhor imagem que invocamos aqui a pretexto de conclusão é a de rede.

Falar em integração dos sistemas judicial e de contas, propondo pontos de convergência capazes de induzir a expansão do diálogo e das repercussões de um sistema sobre o outro, nos faz lembrar de rede de controle.

A imagem literalmente é de rede, porque sua trama é elaborada por vezes em malha fina, vezes outras em malhas espessas, mas sempre é bem presa em amarras de integração e ajuste, a despeito de formar

---

<sup>28</sup> A seguir, podemos ler o trecho mais significativo da sua fundamentação: “[...] *As irregularidades foram consideradas insanáveis pela própria Câmara (fls. 1422) e o dolo fica evidenciado pelo desrespeito não apenas às leis e princípios administrativos, como também pela **inobservância à alerta do próprio Tribunal de Contas** (fls. 1580). Concluiu-se, ante as circunstâncias do caso, incidir o disposto no artigo 1º, inciso I, alínea g, da Lei Complementar nº 64/1990, observada a existência de ato doloso de improbidade administrativa relativamente aos atos cometidos nos exercícios de 2007 e 2008. [...]*” (grifo nosso).

vários níveis de bordados.

Tal tecido assim entrelaçado nos dá a dimensão material da pluralidade de instâncias de controle que a Constituição de 1988 formulou para a Administração Pública brasileira. São muitos os fios igualmente aptos, mas a força da construção está em sua trama interligada de amarras, as quais operam como verdadeiros filtros que decantam a poeira dos desvios e desmandos no trato da coisa pública e na proteção aos direitos fundamentais.

Enfim, para além da alegoria e da costura institucional, precisamos reconhecer que somente unidos nos fortalecemos em capacidade de compreensão dos fatos que desafiam toda a tessitura do nosso sistema constitucional de controle.

A união – verdadeiro entrelaçamento de fios apenas aparentemente distantes – que estamos a propor, em bases específicas, entre Ministério Público de Contas e todos os ramos do Ministério Público “tradicional”, passa pelo estreitamento do fluxo de informações, quer seja na avaliação do custeio mínimo em saúde e em educação, como direitos fundamentais que possuem vinculação orçamentária assentada na Carta de 1988, quer seja na busca por lastro probatório suficiente a embasar a persecução criminal e o combate à improbidade administrativa.

Como vimos, há meios e fundamentos para desafirmos os julgamentos políticos imotivados de contas governamentais que militam contra o estágio constitucionalmente conquistado de proteção aos direitos fundamentais à saúde e à educação, sob pena de retrocesso vedado em tal seara.

Por outro lado, o combate à corrupção e a defesa do patrimônio público podem e devem contar com novos meios hábeis de comprovar

dolo do gestor que prossegue na prática de ato delituoso ou improbo, mesmo após haver sido alertado da irregularidade da sua conduta.

Em ambas as propostas acima, a integração em rede dos sistemas judicial e de contas para melhor exercer o controle exige diálogo aberto e tempestivo, de modo que o fluxo de informações não seja obstado pelos nós da rede, nem para que a rede se revele esburacada por tão pouco articulada entre seus fios.

Eis o nosso desafio: integrar os Ministérios Públicos dos arts. 128 e 130 da CR/1988 para que possam melhor controlar, cada qual no âmbito das suas competências, a máxima eficácia dos direitos fundamentais e promover a defesa do patrimônio público, das instituições democráticas e da sociedade.

## Referências

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1999.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CALANDRIM, Luiz Antonio. *Do controle externo exercido pelo Legislativo municipal sobre as contas do chefe do Executivo: Uma análise sobre a eficiência do modelo pátrio*. 2012. 73f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Gestão de Políticas Públicas), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

JACOBY, Fernandes, Jorge Ulisses. *Tribunais de Contas do Brasil. Jurisdição e Competência*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MACHADO JR., José Teixeira; REIS, Heraldo da Costa. *A Lei 4.320 comentada: com a introdução de comentários à lei de responsabilidade fiscal*. 30.ed. Rio de Janeiro: IBAM, 2000/2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25.ed., São Paulo: Malheiros: 2007.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

STARK, David; BRUSZT, Laszlo. 'Enabling constraints': fontes institucionais de coerência nas políticas públicas no pós-socialismo. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo: ANPOCS, v. 13, n. 36, fev. 1998.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. *O Alerta dos Tribunais de Contas*. São Paulo: TCE/SP, 2013. Disponível em: <<http://www4.tce.sp.gov.br/sites/default/files/o-alerta-dos-tcs.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2013.