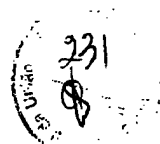




ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
DEPARTAMENTO DE COORDENAÇÃO E ORIENTAÇÃO DE ÓRGÃOS JURÍDICOS



PARECER Nº 039/2011/DECOR/CGU/AGU
PROCESSO: 080025.000005/2011-73.

INTERESSADOS: Consultoria-Jurídica do Ministério das Cidades e Assessoria Jurídica da Controladoria-Geral da União.

ASSUNTO: Divergência entre os interessados no que tange aos limites da fiscalização do Ministério das Cidades nas licitações promovidas pelos entes federativos beneficiados com transferência voluntária de recursos do Orçamento da União.

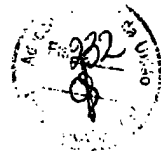
COMPETÊNCIA PARA FISCALIZAÇÃO LICITAÇÕES E CONTRATOS - LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL (ART. 25) - LEI DE DIRETRIZES ORÇAMENTÁRIAS (ART. 97 E 111) - APLICAÇÃO DOS RECURSOS FEDERAIS - FISCALIZAÇÃO NOS TERMOS DOS CONVÊNIOS E DA APLICAÇÃO DAS VERBAS PÚBLICAS - CONTROLE INTERNO (ART. 70 DA CF/88) - IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL E DO MINISTÉRIO DAS CIDADES REALIZAREM A FISCALIZAÇÃO NOS TERMOS REQUERIDOS PELA CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO.

Senhora Coordenadora-Geral,

1. Trata-se de divergência de entendimento entre a Consultoria Jurídica junto ao Ministério das Cidades e a Assessoria Jurídica junto à Controladoria-Geral da União no que tange aos limites da fiscalização das licitações realizadas pelos Estados e Municípios com verbas federais oriundas de transferências voluntárias disciplinadas pelo art. 25 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

2. A Controladoria-Geral da União advoga que cabe ao Ministério das Cidades e à Caixa Econômica Federal realizar o controle de legalidade do procedimento licitatório realizado pelo ente da federação que recebe verbas da União, como condição para liberação do recurso, alegando que o procedimento não ofende o pacto federativo, eis que seria um mero exercício do controle interno de contas do Poder Executivo, considerando que a natureza do recurso não se alteraria com a descentralização para outro órgão (Parecer nº 211/2010/ASJUR/CGU-PR, fl. 22/35).

Código CGU/Gestão 11



3. Por sua vez, entende o Ministério das Cidades que o referido controle de legalidade extrapolaria tanto a competência do órgão gestor dos recursos quanto da mandatária da União, no caso em questão a Caixa Econômica Federal, que operacionaliza e fiscaliza a execução do objeto pactuado. Ademais, a fiscalização que a Caixa Econômica realiza nos termos dos manuais aprovados já atende aos fins legais, conforme jurisprudência firmada no âmbito do Tribunal de Contas da União. De outra sorte, não teria a Advocacia-Geral da União competência para verificar a legalidade do processo licitatório, em função do que dispõem o art. 131 da Constituição Federal (NOTA CONJUR/MCIDADES/Nº 88/2010 fl. 02/08).

4. Convém destacar que a presente divergência está *sub judice*, eis que o Ministério Público Federal ajuizou Ação Civil pública nº 0007592-36.2010.403.6108, na qual o Juiz Federal da 1ª Vara da 8ª Subseção Judiciária de Bauru/SP deferiu a liminar nos seguintes termos:

" Pelo exposto, forte no disposto no art. 273, §7º, do Código de Processo Civil, defiro a liminar para, nos termos postulados na inicial, estabelecer:

a) Obrigação de fazer à Caixa Econômica Federal para que fiscalize a boa e regular aplicação das verbas federais quando for a responsável pela transferência de tais recursos (da União), através de convênio ou contratos de repasse, inclusive quanto à regularidade dos procedimentos licitatórios através dos quais serão ou estão sendo contratadas as obras, serviços e aquisição de bens, inclusive somente liberando a verba após a apresentação de cópia integral do processo licitatório e da lista de verificação de sua legalidade, pelo seu departamento jurídico;

b) Obrigação de fazer à União, através do Ministério das Cidades, para que fiscalize a boa e regular aplicação das verbas federais da pasta, repassando a outros entes federativos ou entidades privadas através de convênios ou contratos de repasse, mesmo aqueles levados a efeito com a intermediação da Caixa Econômica Federal, inclusive quanto à regularidade dos procedimentos licitatórios através dos quais serão contratadas as obras, serviços e aquisição de bens, inclusive instaurando imediata tomada de contas especial, quando comunicada de irregularidade constatada pela Controladoria-Geral da União;

c) Obrigação de fazer à União, para que a Controladoria-Geral da União instaure processo administrativo (art. 18, §5º, II, Lei nº 10.683, de 2003), visando apurar a omissão nas fiscalizações pelos gestores do Ministério das Cidades e da Caixa Econômica Federal, bem como a responsabilização deles, na execução e liberação de recursos federais através do contrato de repasse nº COO 06/2004 (cópia às fls. 48/490), bem como de todos outros



contratos de repasse, em relação aos quais tenha havido constatação de irregularidades, por intermédio de relatórios produzidos a partir de inspeções/auditorias realizadas por meio de seu "Programa de Fiscalização a Partir de Sorteios Públicos", em Municípios abrangidos pela jurisdição desta 8ª Subseção da Justiça Federal de São Paulo;

d) Obrigação de fazer à União, através da Controladoria-Geral da União, para que, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias da intimação desta quanto à obrigação de fazer da alínea anterior, apresente em Juízo relatório com informações acerca das providências adotadas, quanto ao cumprimento,"

5. A liminar foi suspensa, conforme decisão do Superior Tribunal de Justiça, abaixo transcrita:

SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA Nº 1.328 - SP (2010/0227745-0)
REQUERENTE : UNIÃO
REQUERIDO : DESEMBARGADOR RELATOR DO AGRAVO DE INSTRUMENTO NR 337311620104030000 DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

DECISÃO

1. Os autos dão conta de que o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública contra a Caixa Econômica Federal e a União (fl. 1.026/1.049), "com o escopo de assegurar a fiscalização da regular aplicação de verbas federais repassadas a entes públicos federados ou entidades privadas, através de convênios ou contratos de repasse, inclusive quanto à regularidade de procedimentos licitatórios deflagrados para tanto" (fl. 250). O MM. Juiz Federal da 1ª Vara da 8ª Subseção Judiciária de Bauru, SP, Dr. Roberto Lemos dos Santos Filho antecipou a tutela para determinar:

"a) obrigação de fazer à Caixa Econômica Federal para que fiscalize a boa e regular aplicação das verbas federais quando for a responsável pela transferência de tais recursos (da União), através de convênios ou contratos de repasse, inclusive quanto à regularidade dos procedimentos licitatórios através dos quais serão ou estão sendo contratadas as obras, serviços e aquisição de bens, inclusive somente liberando a verba após a apresentação de cópia integral do processo licitatório e da lista de verificação de sua legalidade, pelo seu departamento jurídico;

b) obrigação de fazer à União, através do Ministério das Cidades, para que fiscalize a boa e regular aplicação das verbas federais da pasta, repassadas a outros entes federativos ou entidades privadas, através de convênios ou contratos de repasse, mesmo aqueles levados a efeito com a intermediação da Caixa Econômica Federal, inclusive quanto à regularidade dos procedimentos licitatórios através dos quais serão contratadas as obras, serviços e aquisição de bens, inclusive instaurando imediata tomada de contas especial, quando comunicada de irregularidade constatada pela Controladoria Geral da União;

c) obrigação de fazer à União, para que a Controladoria Geral da União instaure processo administrativo (art. 18, § 5º, II, da Lei nº 10.683/2003), visando apurar a omissão nas fiscalizações pelos gestores do Ministério das Cidades e da Caixa Econômica Federal, bem como a responsabilização deles, na execução e liberação de recursos federais através do contrato de repasse nº COO 06/2004 (cópia às fls. 48/490), bem como de todos outros contratos de repasse, em relação aos quais tenha havido constatação de irregularidades, por intermédio de relatórios produzidos a partir de inspeções/auditorias realizadas por meio de seu 'Programa de Fiscalização a Partir de Sorteios Públicos', em Municípios abrangidos pela jurisdição desta 8ª Subseção da Justiça Federal de São Paulo;

234
8

d) obrigação de fazer à União, através da Controladoria Geral da União, para que, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias da intimação desta quanto à obrigação de fazer da alínea anterior, apresente em juízo relatório com informações acerca das providências adotadas, quanto ao cumprimento" (fl. 262/264).

No âmbito de agravo de instrumento, o relator indeferiu o pedido de efeito suspensivo (fl. 277/283). Seguiu-se decisão do Presidente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Juiz Roberto Haddad, indeferindo o requerimento da União de suspensão da antecipação de tutela (fl. 315/320).

2. Daí o presente *pedido de suspensão de liminar* ajuizado pela União, alegando grave lesão à ordem e à economia públicas (fl. 01/28). A teor do pedido:

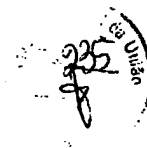
"Tal como exigido na liminar atacada, o Juízo e o Ministério Público partem da premissa de que todos os beneficiários de repasses federais cometerão ilícitudes, pressupondo antes o comportamento ilícito ao ilícito ou, em outras palavras, preocupam-se antes em sancionar o administrador - seja federal ou municipal - por uma eventual conduta ilícita do que com a consecução dos convênios e/ou das obras e serviços executadas com os recursos do repasse. Pressupondo a ilicitude, a liminar exige fiscais em todos os cantos do país, exigindo do Ministério das Cidades e da CGU um sem-número de servidores, gastos com diárias e passagens, recursos materiais, tudo para que haja fiscalização prévia e concomitante à celebração e execução dos repasses de verbas federais. Não pode, entretanto, a União atuar como se fosse o próprio ente beneficiário do repasse, fazendo as vezes de controle interno Municipal (o que solapa a própria autonomia do ente federado - art. 2º da Constituição), regrando, executando e fiscalizando as licitações empreendidas pelos Municípios. O simples fato de o Município ser beneficiário de repasse de verba federal não confere à União o poder, muito menos o dever, de tutelar a administração municipal. A União não pode desbordar do quanto disposto, em matéria de fiscalização de repasse, no art. 112 da LDO de 2010, Lei nº 12.017/2009, como bem explanado nas razões de seu agravo de instrumento e às quais se reporta. Tampouco pode a União examinar a juridicidade e a legalidade de instrumentos licitatórios e de compras governamentais municipais, sob pena de ofensa ao art. 131 da Constituição e ao art. 11, VI, da Lei Complementar nº 73/93" (fl. 07/08).

"A liminar concedida, ao albergar referida pretensão, exige da Administração Federal um aparato fiscalizatório monstruoso, verdadeiro Leviatã, com tentáculos capazes de examinar, verificar e opinar a respeito de cada uma das licitações e compras empreendidas pelos entes beneficiários dos convênios: a liminar exige presença da fiscalização da Administração Federal Direta em todo Município que receba repasse federal" (fl. 24).

3. Em resumo, a decisão judicial impugnada (I) subordina o repasse de verbas federais (a) pela Caixa Econômica Federal ao exame prévio dos procedimentos de licitação de serviços, de obras e de aquisição de bens a que os respectivos valores são destinados; e (b) pela União, por meio do Ministério das Cidades, à idêntica obrigação, inclusive quando os repasses forem intermediados pela Caixa Econômica Federal (neste caso, portanto, exigindo fiscalização dupla), e (II) impõe à União, através da Controladoria Geral da União, a fiscalização da atuação do Ministério das Cidades e da Caixa Econômica Federal nesse âmbito, bem assim a apresentação em juízo, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, de relatório com informações acerca das providências adotadas.

Não obstante o viés da decisão acerca do requerimento de suspensão de medida liminar e de sentença seja político, o respectivo juízo sofre a influência dos aspectos jurídicos da questão controvertida. Seja por um lado ou pelo outro, o pedido de suspensão, no caso, deve ser deferido. Quando repassa verbas diretamente, ou quando faz isso via Caixa Econômica Federal, a União tem evidentemente interesse em que cumpram sua destinação social. Esse interesse poderia até recomendar, como determinado na decisão judicial, que as verbas só fossem liberadas após o exame detalhado da contratação das obras e serviços, bem como da aquisição de bens que aqueles recursos visam custear. Salvo melhor entendimento, a lei precisaria ser expressa a esse respeito, e não é. Uma lei que dispusesse acerca de tal investigação prévia teria que prover a União, e os delegados seus, de meios para esse efeito. A obrigação imposta pela decisão judicial, sem que haja meios para cumpri-la, paralisa a Administração Federal. Com efeito, nenhum agente público repassará verbas federais sob o quante da responsabilidade pessoal que

Haddad



resultará do descumprimento da ordem judicial. Os prejuízos sociais daí decorrentes serão maiores do que aqueles que poderão advir de eventuais erros ou malfeitos.

Defiro, por isso, o pedido de suspensão.

Comunique-se, com urgência.

Intimem-se.

Brasília, 06 de janeiro de 2011.

MINISTRO ARI PARGENDLER

Presidente.

6. A Advocacia-Geral da União já havia se manifestado sobre o assunto nos termos do Despacho do Advogado-Geral da União Substituto, Evandro Costa Gama, de 8 de outubro de 2009, acostado às fls. 47 dos autos:

" Aprovo, nos termos do Despacho do Consultor-Geral da União nº 2.038/2009, a NOTA N] 23/2009/DEAX/CGU/AGU-VCJ, acolhida pelo Despacho nº 70/2009 do Diretor do DEAX, com as seguintes conclusões:

4) a responsabilidade pela fiscalização da boa e regular aplicação dos recursos públicos federais compete concomitantemente ao órgão repassador, à instituição financeira oficial que atuar como mandatária da União e ao ente beneficiário, em suas respectivas esferas de competência, e

5) a primeira parcela dos recursos financeiros, prevista em convênios ou contrato de repasse, somente poderá ser liberada após a apresentação de cópia integral do processo licitatório e da lista de verificação da sua legalidade, devidamente subscrita por advogado e pelo responsável do órgão ou ente beneficiário."

7. É o breve relatório.

- II -

8. A questão posta a apreciação diz respeito a divergência de entendimento envolvendo a Consultoria Jurídica do Ministério das Cidades e a Assessoria Jurídica da CGU a respeito do controle prévio dos procedimentos licitatórios realizado por ente municipal ou estadual quando houver o repasse de verbas federais mediante convênio.

9. Apresentadas as teses divergentes, parece-me que assiste razão à CONJUR/Cidades ao defender a impossibilidade jurídica de o Ministério realizar o referido controle.

10. A primeira razão a justificar esse posicionamento está calcada na preservação do princípio constitucional que assegura a autonomia dos entes federativos, conforme art. 18 da Constituição Federal:

236
11/11/11

Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

11. De acordo com a decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal no RMS 25943, da Relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, pode-se inferir o entendimento de que foi assegurada à CGU a possibilidade de efetivo controle das verbas públicas federal repassadas a outros entes, mediante convênio, com a conotação de controle *a posteriori*, ou seja, permitiu-lhe verificar a regularidade do valor repassado, ou seja, a sua devida aplicação. Eis as seguintes passagens do voto exarado pelo Ministro Relator Ricardo Lewandowski:

“Nesse sentido pode a Controladoria-Geral da União fiscalizar a aplicação de dinheiro da União onde quer que ele esteja sendo aplicado, isto é, se houver um repasse de verbas federais a um município, ele pode ser objeto de fiscalização no tocante à sua aplicação. [...]”

“Vale ressaltar, ademais, que essa fiscalização tem o intuito de verificar se os recursos federais foram corretamente aplicados, depois de repassados a outros entes, [...]”

12. Diferentemente, aqui se cogita de um controle prévio, ou seja, antes mesmo do ato ser praticado pela autoridade competente, isto é, de iniciada a execução do objeto conveniado.

13. Além de não haver previsão legal para tanto, isso estaria, a meu ver, afrontando diretamente a autonomia do ente federativo.

14. Primeiramente, não se pode afastar a idéia de que sendo convênio, haveria uma *colaboração mútua*¹ entre os partícipes, envolvendo tanto verbal federal como municipal ou estadual para a consecução de um único objeto. Não havendo assim como dissociá-los para fins de análise do objeto a ser licitado.

¹Art. 1º Art. 1º Este Decreto regulamenta os convênios, contratos de repasse e termos de cooperação celebrados pelos órgãos e entidades da administração pública federal com órgãos ou entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos, para a execução de programas, projetos e atividades de interesse recíproco que envolvam a transferência de recursos oriundos do Orçamento Fiscal e da Seguridade Social da União

1 - convênio - acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento que discipline a transferência de recursos financeiros de dotações consignadas nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União e tenha como partícipe, de um lado, órgão ou entidade da administração pública federal, direta ou indireta, e, de outro lado, órgão ou entidade da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos, visando a execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco. em regime de mútua cooperação;

Justiça

237

15. Sobre isso, restou muito bem esclarecido no julgamento proferido pelo Supremo (RMS 25943) que a fiscalização a ser feita pela CGU deve-se cingir apenas em relação à *verba federal* repassada ao ente, nos termos do convênio. Não podendo a CGU extrapolar esse limite. Quanto a isso, observe a conclusão feita pelo Ministro Relator Ricardo Lewandowski:

"Isso posto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso, ressaltando que a fiscalização somente recairá sobre as verbas federais repassadas nos termos do convênio, excluídas as verbas estaduais e municipais."

16. Quanto ao controle prévio, convém conferir a seguinte decisão exarada também pelo Supremo Tribunal Federal, cujo propósito era analisar a legalidade de norma que atribuía a Tribunal de Contas Estadual a obrigação de fazer o *controle prévio* dos atos a serem praticados por determinado Poder Executivo Estadual:

"O art. 71 da Constituição não insere na competência do TCU a aptidão para examinar, previamente, a validade de contratos administrativos celebrados pelo Poder Público. Atividade que se insere no acervo de competência da Função Executiva. É inconstitucional norma local que estabeleça a competência do tribunal de contas para realizar exame prévio de validade de contratos firmados com o poder público." (ADI 916, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 2-2-2009, Plenário, DJE de 6-3-2009.)

17. No voto do Min. Relator Moreira Alves, na Ação Cautelar da ADI 916, a razão da ofensa a Carta Constitucional é sinteticamente exposta nestes termos:

"Sr. Ministro Moreira Alves (RELATOR): 1. Afigura-se-me relevante a alegação de que, embora tenha a atual Constituição ampliado as atribuições dos Tribunais de Contas quanto ao controle externo – e a competência do Tribunal de Contas, que se acha disciplinada no art. 71 da Carta Magna, se aplica aos Tribunais de Contas estaduais por força do art. 75, não lhes outorgou o controle prévio sobre os contratos da Administração direta ou indireta, razão por que não pode a legislação infraconstitucional lhe conferir essa competência que é estritamente fixada na Constituição Federal, em face do princípio da separação dos poderes. Nessa linha, sustenta HELY LOPES MEIRELLES (Direito Administrativo Brasileiro, 15ª Edição, atualizada pela Constituição de 1988, pág 600, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1990), invocado na inicial:

Lealdi

338

“Toda a atuação dos Tribunais de Contas deve ser a posteriori, não tendo apoio constitucional qualquer controle prévio sobre os atos ou contratos da Administração direta ou indireta, nem sobre a conduta de particulares que tenham gestão de bens ou valores públicos, salvo as inspeções e auditorias in loco, que podem ser realizadas a qualquer tempo.”

18. No mesmo sentido, decisão no RE 547063:

Tribunal de Contas estadual. Controle prévio das licitações. Competência privativa da União (art. 22, XXVII, da Constituição Federal). Legislação federal e estadual compatíveis. Exigência indevida feita por ato do Tribunal que impõe controle prévio sem que haja solicitação para a remessa do edital antes de realizada a licitação. 1. O art. 22, XXVII, da Constituição Federal dispõe ser da União, privativamente, a legislação sobre normas gerais de licitação e contratação. 2. A Lei federal nº 8.666/93 autoriza o controle prévio quando houver solicitação do Tribunal de Contas para a remessa de cópia do edital de licitação já publicado. 3. A exigência feita por atos normativos do Tribunal sobre a remessa prévia do edital, sem nenhuma solicitação, invade a competência legislativa distribuída pela Constituição Federal, já exercida pela Lei federal nº 8.666/93, que não contém essa exigência. 4. Recurso extraordinário provido para conceder a ordem de segurança.

(RE 547063, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Primeira Turma, julgado em 07/10/2008, DJe-236 DIVULG 11-12-2008 PUBLIC 12-12-2008 EMENT VOL-02345-04 PP-00638 RTJ VOL-00209-01 PP-00405 RT v. 98, n. 882, 2009, p. 116-124)

19. Sendo assim, parece-me que igualmente ao Tribunal de Contas da União, o controle a ser feita pela União em relação ao repasse de verbas públicas, mediante convênio, para outros entes federativos também deverá ser *a posteriori*, ou durante a execução do objeto conveniado. De modo a preservar a autonomia do ente que irá praticar o ato, que no caso dos convênios, será a autoridade municipal ou estadual.

20. Além disso, não se pode olvidar o fato de que muitos municípios e Estados possuem sua própria Procuradoria, que diretamente presta o assessoramento jurídico necessário às autoridades competentes em relação aos atos a serem por estes praticados. O que não justificaria, portanto, a realização do controle prévio pela União.

hemi

231
\$

21. Com isso, cabe a União efetivar o controle/fiscalização pelas formas previstas legalmente, que são capazes de afastar eventuais irregularidades na consecução do objeto conveniado. A propósito, destaque-se a seguinte previsão:

Art. 10. As transferências financeiras para órgãos públicos e entidades públicas e privadas, decorrentes da celebração de convênios e contratos de repasse, serão feitas exclusivamente por intermédio de instituição financeira controlada pela União, que poderá atuar como mandatária desta para execução e fiscalização (Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007)

22. Verifica-se, pois, que não só a União, diretamente, está incumbida de realizar a fiscalização da aplicação do dinheiro público, a própria instituição financeira responsável pelo repasse dessa verba também deverá fazer esse controle, dentro da sua competência.

23. Acrescente-se a isso a necessidade de que todos os atos referentes ao convênio sejam inseridos no Sistema de Gestão e Convênios e Contratos de Repasse - SISCONV, conforme prevê o art. 13 do Decreto nº 6.170, de 2007:

Art. 13. A celebração, a liberação de recursos, o acompanhamento da execução e a prestação de contas de convênios, contratos de repasse e termos de parceria serão registrados no SISCONV, que será aberto ao público, via rede mundial de computadores - Internet, por meio de página específica denominada Portal dos Convênios. (Redação dada pelo Decreto nº 6.619, de 2008) (Vigência)

24. Remarque-se ainda que todos aqueles que recebem dinheiro público estão obrigados a prestar contas, conforme prevê o parágrafo único² do art. 70 da Constituição Federal. Constituindo-se isso em mais uma espécie de controle. De forma mais específica, eis o que prevê o parágrafo sexto do art. 10, do Decreto nº 6.170, de 2007:

Art. 10 (...)

² Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.
Parágrafo único. 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, assumas obrigações de natureza pecuniária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Leite

240
\$

§ 6º O conveniente ficará obrigado a prestar contas dos recursos recebidos, na forma da legislação aplicável e das diretrizes e normas previstas no art. 18. (Redação dada pelo Decreto nº 6.428, de 2008.)

25. Complementando, eis o que disciplinam os arts. 56 e 59 da Portaria Interministerial nº 127, de 29 de maio de 2008:

Art. 56. O órgão ou entidade que receber recursos na forma estabelecida nesta Portaria estará sujeito a prestar contas da sua boa e regular aplicação, observando-se o seguinte: (alterado pela Port. nº 342, de 05/11/2008)

Art. 59. Incumbe ao órgão ou entidade concedente ou contratante decidir sobre a regularidade da aplicação dos recursos transferidos e, se extinto, ao seu sucessor.

26. Este é, ademais, o dever de todo o administrador público, como afirmava Hely Lopes Meirelles:

“O dever de prestar contas é decorrência natural da administração como encargo de gestão de bens e interesses alheios. Se o administrar corresponde ao desempenho de um mandato de zelo e conservação de bens e interesses de outrem, manifesto é que quem exerce deverá contas ao proprietário. No caso do administrador público, esse dever ainda mais se alteia, porque a gestão se refere aos bens e interesses da coletividade e assume o caráter de um *múnus público*, isto é, de um encargo para com a comunidade. Daí o dever indeclinável de todo administrador público – agente político ou simples funcionário – de prestar contas de sua gestão administrativa, e nesse sentido é orientação de nossos Tribunais.”³

27. Mas não é só. Além do controle efetivo realizado pelo próprio órgão concedente, há que se mencionar ainda o controle externo realizado pelo Tribunal de Contas da União, nos moldes do inciso VI do art. 71 da Constituição Federal:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:
[...]

³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29ª Edição. São Paulo : Malheiros, 2004, p. 107.

211
\$

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

28. Sobre isso, dispôs o art. 7º da Lei nº 11.578, de 2007 ao tratar das transferências repassadas para fins de atendimento do Programa de Aceleração do Crescimento -PAC:

Art. 7º A fiscalização quanto à regularidade da aplicação dos recursos financeiros transferidos com base nesta Lei é de competência do Tribunal de Contas da União, da Controladoria-Geral da União e das unidades gestoras da União perante as quais forem apresentados os termos de compromisso.

29. E, por fim, considere-se ainda o controle interno a ser realizado por cada um dos poderes. Portanto, conforme se observa o controle e a fiscalização do uso do dinheiro público é obrigação a ser cumprida por mais de um órgão público, dentro da competência atribuída legalmente a cada um.

30. A fiscalização das verbas repassadas deve ser feitas nos termos dos convênios e compete ao órgão repassador analisar a prestação de contas das verbas tal como determina a Constituição Federal.

31. Anote-se, nesse particular, que a forma adotada pelo Ministério das Cidades e Caixa Econômica Federal para a aplicação dos recursos federais, atende à descentralização das políticas públicas preconizada e delineada pelo Decreto-Lei 200, de 1967, senão vejamos:

Art. 10 A execução de atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

§ 1º A descentralização será posta em prática em três planos principais:

b) da Administração Federal para as unidades federadas quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio.

§5º Ressalvados os casos de manifesta impraticabilidade ou inconveniência, a execução de programas federais de caráter nitidamente local deverá ser delegada, no todo ou em parte, mediante convênio, aos órgãos estaduais ou municipais incumbidos de serviços correspondentes.

Handwritten signature

242
\$

§ 6º Os órgãos federais responsáveis pelos programas conservarão a autoridade normativa e exercerão o controle e fiscalização indispensáveis sobre a execução local, condicionando-se a liberação dos recursos ao fiel cumprimento dos programas e convênios.

§7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle, e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução."

32. Esta sábia disciplina legal, que dá o norte e o espírito da atuação do ente federal e dos entes federativos envolvidos na ação estatal, é clara ao propugnar a descentralização da execução como a regra geral na administração, considerando os interesses locais a serem perseguidos. Preceitua também que o sistema de controle será aquele que seja indispensável para a correta execução do objeto, sendo certo que a execução indireta, por particulares, deve ser a regra geral. Portanto, nesse quadro, não compete à Administração Pública Federal exercer o controle das licitações e contratos realizados pelos Estados e Municípios para o cumprimento do objeto do contrato de repasse. A fiscalização da consecução do objeto pactuado é exercida pela Caixa Econômica Federal, conforme as diretrizes traçadas pelo Órgão Gestor, tudo em consonância com os ditames do Decreto-Lei 200, de 1967, que organiza e confere a disciplina fundamental da atividade administrativa federal na execução de atividades descentralizadas.

33. Na verdade, estamos diante do caso inverso, isto é, existe uma ação de competência dos demais entes federados, em especial dos Municípios e Estados e Distrito Federal, isto é, realizar os serviços de saneamento básico, habitação, em face de autorização para a transferência voluntária estabelecida pela própria Constituição Federal, em consonância com o princípio da subsidiariedade.

34. Como afirma Ricardo Lobo Torres:

" O relacionamento entre o Estado e sociedade, orientado pelo princípio da subsidiariedade, passa a afetar todas as áreas do direito constitucional orçamentário, eis que há, como detectou Diogo de Figueiredo Moreira Neto, uma autêntica cadeia de subsidiariedades: 'Articula-se, assim, uma cadeia

de subsidiariedade, na qual o ente maior é subsidiário do menor e, por isso, o maior só tem razão e dever de intervir quando os menores não tenham condições de atuar de modo eficiente. Em resumo, a sociedade é sempre subsidiária do indivíduo e o Estado, subsidiário da sociedade’.

No plano internacional sabe-se que, desde o Tratado de Maastricht, que contempla o princípio da subsidiariedade, a ordem internacional ou comunitária ou comunitária é subsidiária da ordem interna de cada país.

No âmbito do federalismo, como já examinado antes, o governo central passa a ser subsidiário dos entes menores, eis que passa aos Estados-Membros e aos municípios a incumbência da entrega das prestações ligadas aos direitos fundamentais e aos sociais, máxime no campo da saúde, educação e seguridade.

Na visão horizontal do Estado os órgãos da administração descentralizada passa a ganhar papel de relevo diante dos órgãos centrais.”⁴

35. No arcabouço da transferência de recursos, o ente federal, repassa a verba para o ente municipal, relação jurídica tutelada por um contrato de repasse, e o Município, Estado e Distrito Federal, por sua vez, realiza um contrato para a execução indireta da obra, sob sua inteira responsabilidade. Vislumbra-se, até, que seja possível, que a Caixa Econômica Federal exija dos municípios a comprovação da regularidade fiscal da empresa contratada para o repasse da primeira parcela do recurso transferido e verifique a regularidade das informações prestadas, máxime no que diz respeito aos tributos de ordem federal e ao recolhimento do FGTS, obstando o repasse em caso de se verificar alguma irregularidade fiscal, considerando que o órgão deve velar pela regularidade dos fundos do FGTS e como mandatária da União pela arrecadação das receitas federais.

36. O órgão gestor dos recursos públicos deverá atuar de forma coordenada com a Controladoria-Geral da União de modo a que o controle dos repasses públicos seja feito a contento. Nesse sentido, o Ministério das Cidades não pode abrir mão de sua competência fiscalizatória, devendo atuar quando receber os relatórios da Controladoria-Geral da União, determinando a realização dos devidos processos apuratórios que estejam na sua esfera de competência, além de encaminhar aos Tribunais de Contas e ao Ministério Público Federal e Estadual as denúncias de fraude no processo licitatório, podendo suspender o repasse até a regularização da situação ou mesmo rescindi-lo, caso assim exigir o interesse público.

⁴ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Vol. V. O Orçamento na Constituição*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 305.

37. À Controladoria-Geral da União compete também uma ação coordenada com o Ministério das Cidades de modo a ensejar a melhoria da fiscalização do órgão gestor e da Caixa Econômica, apresentando também sugestões para solução das dificuldades encontradas pelos gestores e aplicadores da verba pública, considerando que é um órgão federal e tem o dever de atuar em conjunto com os órgãos encarregados da política pública, nesta difícil tarefa de fiscalizar os repasses da União aos entes federados. Na verdade, estaríamos a invocar o princípio da solidariedade administrativa, que não quer dizer cumplicidade, mas sim a atuação conjunta e harmônica dos órgãos federais envolvidos na política pública, seja na sua execução seja na sua fiscalização. A ação de controle tem importância vital para a avaliação contínua das políticas públicas que são realizadas pelas áreas fins.

38. Verificada irregularidades nas contratações realizadas pelo Ministério das Cidades e pela Caixa Econômica Federal deverá a Controladoria-Geral da União notificá-los, imediatamente, para que seja instaurado o competente procedimento apuratório, para se avaliar a ação governamental no caso concreto, ou a Tomada de Contas Especial, nos termos da IN/TCU nº 56, de 5 de dezembro de 2007, para exigir o ressarcimento do dano causado ao erário, sem prejuízo da representação junto o Ministério Público Federal e Municipal e aos Tribunais de Contas da União, dos Estados e dos Municípios.

39. Diante do exposto, é possível concluir, salvo melhor juízo, que:

- a) ante a falta de previsão legal e tendo em vista o princípio constitucional que assegura a autonomia dos entes federativos, não detém a União competência para realizar o controle prévio irrestrito das licitações realizadas pelos entes federativos beneficiados por repasses de verbas públicas, cabendo-lhe, no entanto, o poder/dever de fiscalizar a utilização dessas verbas por outros meios assegurados legalmente;
- b) o Ministério das Cidades diante de denúncias de ilegalidade dos processos licitatórios deverá tomar as medidas cabíveis na sua esfera de competência, acionando os órgãos de controle e providenciando a suspensão ou rescisão do contrato de repasse, bem como exigir que a Caixa Econômica Federal instaure a TCE que o caso requer;
- c) a Controladoria-Geral da União deverá atuar em conjunto com os órgãos federais encarregados da política pública, realizando até inspeções conjuntas de modo a orientá-los quanto a sua atuação fiscalizatória;
- d) a Caixa Econômica Federal deverá intensificar a fiscalização das verbas aplicadas, introduzindo a verificação da regularidade fiscal das empresas contratadas.


Justi

245

40. E por fim, considerando que a Ação Civil Pública nº 0007592-36.2010.403.6108 ainda está em curso, sugiro o encaminhamento deste parecer à Procuradoria-Geral da União para ciência e encaminhamentos devidos, sem prejuízo da ciência dos órgãos consultivos envolvidos na presente demanda.

41. É o parecer. À consideração superior.

Brasília, 29 de abril de 2011.


Leslei Lester dos Anjos Magalhães
Advogado da União