

Os Limites do Controle Interno e as Garantias Constitucionais

Jaques F. Reolon¹

Introdução

A atividade de controle é, em si, um direito de todo o cidadão.

É por meio dessa atividade estatal que se assegura² a legalidade, a legitimidade e a economicidade na aplicação dos recursos públicos em benefício da coletividade, de modo a se efetivar os direitos previstos no texto constitucional.

O controle deve ser realizado nos limites constitucionais. Por isso, demonstrar-se-á quais os pilares normativos sobre os quais a atividade de Controle Interno brasileiro se sustenta e os limites sob os quais deve se deter, além de demonstrar os prejuízos de uma atividade de controle sem limites constitucionais delimitados, em afronta às prerrogativas constitucionais que a criaram.

Sistema de Garantias Constitucionais

A Constituição da República é a lei maior de onde emanam todos os direitos que regem um Estado Constitucional, sem adentrar na discussão sobre um supradireito, em detrimento à visão juspositivista.

É o contrato social principal, por meio do qual a população adere às regras gerais existentes em uma comunidade e tem os seus direitos preservados e protegidos da atuação estatal. Um sistema de distribuição e delimitação dos poderes.

Ao apresentar uma tentativa de diferenciação entre os direitos e as garantias abordados por alguns doutrinadores, Paulo Gustavo Gonet Branco conceitua as garantias a partir das funções que exercem no ordenamento jurídico:

As garantias fundamentais asseguram ao indivíduo a possibilidade de exigir dos Poderes Públicos o respeito ao direito que o instrumentalizam. Vários direitos previstos nos incisos do art. 5º da Constituição se ajustam a esse conceito. Vejam-se, por exemplo, as normas ali consignadas de direito processual penal.³

O parâmetro comportamental dos indivíduos e das pessoas jurídicas é a lei, ancorada na verticalidade das normas.

¹ Advogado, é mestre em Administração Pública pelo IDP e, atualmente, vice-presidente da Jacoby Fernandes & Reolon Advogados.

² BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Organização de Alexandre de Moraes. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 342.

³ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 169.

O Direito Penal, por exemplo, deve respeitar uma série de garantias individuais. A mais importante é que não há crime sem lei anterior que o defina.⁴

Do mesmo modo se constrói o sistema tributário brasileiro. Tais garantias subsistem na limitação do poder de tributar, representando um núcleo especial de proteção do contribuinte para preservá-lo. Um grande exemplo é o princípio da legalidade, o qual destaca que apenas por lei pode-se instituir um tributo.

Buscando lição no direito comparado, J. J. Gomes Canotilho destaca o conteúdo de proteção dos direitos e garantias individuais:

As normas consagradoras de direitos fundamentais não protegem as realidades de vida, os dados reais como... dados ou realidades. Garante ou protegem esses dados reais, configurando direitos subjectivos (exemplo: direito à liberdade), direitos de prestação (exemplo: direito ao ensino, direito aos tribunais), direitos processuais e procedimentais (exemplo: direito a ser ouvido em processo penal ou em procedimento disciplinar), garantias de instituto e garantias institucionais (exemplo: protecção da maternidade, garantia da propriedade privada) e direitos de participação (exemplo: direito de participar na vida pública). Trata-se, como se vê, dos efeitos jurídicos que resultam do facto de uma norma recortar dados da realidade como objecto de protecção. Para dar operatividade a essa protecção cria ou constitui juridicamente liberdades, prestações, instituições e procedimentos.⁵

Não é diferente com o sistema de controle. Tal sistema se funda em uma série de garantias constitucionais, as quais precisam ser observadas durante a atividade diária. Voltando à lição de Paulo Gustavo Gonet Branco, além das garantias tratadas acima, o autor destaca garantias institucionais, que trazem as balizas do Poder Estatal:

O conceito de garantias fundamentais se aparta da noção de garantias institucionais. As garantias institucionais desempenham função de proteção de bens jurídicos indispensáveis à preservação de certos valores tidos como essenciais. Esclarece Paulo Bonavides que a denominação “garantia institucional” deve-se a Carl Schmitt, que também “a separou dos direitos fundamentais, deixando bem claro que o sentido dela era o de ministrar uma proteção especial a determinadas instituições”. Prossegue o constitucionalista, ensinando que “a garantia institucional visa, e primeiro luar, assegurar a permanência da instituição [...], preservando invariavelmente o mínimo de substantividade ou essencialidade, a saber, aquele cerne que não deve ser atingido nem violado, porquanto, se tal ocorresse, implicaria já o perecimento do ente protegido⁶.”

O Sistema de Controle, formado tanto pelos órgãos de Controle Interno quanto pelos Tribunais de Contas — concretizações do Controle Externo —,

⁴ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out. 1988. Art. 5º, XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 169.

equilibra-se entre as garantias constitucionais e institucionais que o alicerça e as garantias constitucionais e individuais que limitam a sua atuação junto aos seus tutelados.

O sistema de Controle Externo no Brasil

Para se iniciar uma avaliação do conceito de Controle Externo, o caminho inicial é o art. 71 da Constituição Federal que positiva que o Controle Externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União – TCU, na esfera federal.

O mesmo artigo vai além e apresenta, em seus onze incisos, competências do TCU que são desempenhadas autonomamente. Esses dispositivos, por força do preceito da simetria, aplicam-se aos demais tribunais de contas estaduais e municipais.

A atividade de controle é um sistema de destacado caráter integrado.

Essa é uma importante característica a ser observada por aqueles que atuam na atividade de controle. Diferente de uma atividade fechada em si, o Controle Externo é atividade integrada, buscando auxílio nas demais esferas para a sua consolidação.

O Controle Externo deve atuar integrado com os sistemas de Controle Interno, responsável pela avaliação dos atos interna corporis, sem que a atribuição de um interfira nas competências do outro. Esse limite de competências deve ser preservado sob o risco de tornar a atividade de controle viciada.

Para saber reconhecer tais limites, é preciso entender o sistema de Controle Interno no Brasil, que é uma espécie de anteparo do Controle Externo, ou melhor, um acessório com atribuições próprias.

O sistema de Controle Interno no Brasil

A base do Controle Interno brasileiro está estabelecida no caput e incisos do artigo 74 da Constituição de 1988.⁷

É importante notar que os incisos, além de indicar as atribuições, permitem ao hermenêuta inferir os limites da atuação desse sistema de controle.

No âmbito federal, a atividade de Controle Interno de todos os órgãos da Administração Pública era supervisionada pela Controladoria-Geral da União – CGU, órgão central que compunha o Sistema de Controle Interno, prestando a

⁷ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União; II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União; IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

orientação normativa necessária. Atualmente, a CGU foi incorporada a uma pasta específica do Executivo Federal: o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União.

Há casos, também, em que a atividade de Controle Interno pode extrapolar as suas funções, adentrando em atribuições que seriam de competência dos órgãos de Controle Externo. A interação entre os sistemas de controle deve existir, e está prevista no texto constitucional, mas é preciso que esteja bem delimitado o espaço das atuações.

A interação entre Controle Interno e Externo

Conforme abordado no título anterior, o artigo 74 da Constituição Federal, em seu inciso IV, destaca que é dever dos órgãos de Controle Interno apoiar o Controle Externo no exercício de sua missão institucional.

Essa determinação legal corrobora ainda mais a ideia do sistema de controle como um todo integrado, atuando em esforços conjugados para garantir o objetivo final de preservação dos recursos do erário.

A doutrina destaca que a primeira forma de apoio consiste no desenvolvimento do controle anterior à remessa de informações e de documentos aos Tribunais de Contas. O parágrafo único do artigo 74 assenta que os responsáveis pelo Controle Interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao TCU, sob pena de responsabilidade solidária.⁸

A interação entre o Controle Interno e externo, assim, deve observar as prerrogativas constitucionais que os legitimam também no sentido de evitar redundância de ações, ou seja, às vezes, as funções exercidas e as finalidades almejadas se confundem, gerando duplicidade de esforços para o mesmo objetivo.

Essa similaridade de atuação e de objetivos, de per si é inconstitucional, pois cada um desses controles possui características e atribuições distintas. Há somente na Constituição, um verdadeiro devido processo legal do Controle Interno, totalmente distinto do devido processo legal do Controle Externo.

São funções distintas, com finalidades diferentes, executadas por órgãos desiguais, embora com atuação harmônica e complementar.

Do abuso das prerrogativas constitucionais e da legislação inconstitucional – situação do Brasil atual

No texto constitucional, foi positivado o sistema colaborativo e integrado formado pelo Controle Interno e o externo, com a nítida prevalência do segundo sobre o primeiro.

As razões dessa prevalência se assentam na maior independência e autonomia usufruída pelo Controle Externo, exercido por meio de uma estrutura

⁸ *Ibidem*.

similar aos tribunais do Poder Judiciário, sedimentada na Constituição e inserida de permeio entre os demais poderes da República, embora titularizado pelo Poder Legislativo que, também, é fiscalizado.

O Controle Interno, de modo distinto, é a expressão de uma espécie de autotutela administrativa *sui generis*. Esse controle é realizado por uma unidade administrativa inserida na estrutura hierárquica do próprio órgão ou da entidade e, portanto, submetido às evidentes pressões dos diversos stakeholders dessa estrutura orgânica.

Com efeito, a diretriz constitucional de o Controle Interno apoiar o externo, além da imposição normativa, justifica-se porque o primeiro está localizado no âmago estrutural dos órgãos e das entidades públicos fiscalizados, sendo mais eficiente e célere para verificar e mitigar os efeitos prejudiciais de eventuais ilícitos praticados. Contudo, como submetido à hierarquia orgânica, goza de certa suspeição, por isso apenas apoia o Controle Externo.

A segunda norma constitucional que correlaciona essas duas espécies de controle é a que assenta a obrigatoriedade de os responsáveis pelo Controle Interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, cientificarem o respectivo tribunal de contas, sob pena de responsabilidade solidária.

A Constituição, portanto, reafirmou o caráter colaborativo do Controle Interno e não lhe outorgou poderes para decidir, em caráter definitivo, sobre irregularidades ou ilegalidades verificadas na Administração Pública. Também deferiu aos tribunais, e não ao Controle Interno, a atribuição de definir prazo para os fiscalizados adotarem as providências necessárias ao cumprimento da lei e até de sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado.

Essas prerrogativas constitucionais foram atribuídas apenas aos tribunais de contas. Nem mesmo a teoria dos poderes implícitos, no sentido de conceder, implicitamente, os meios necessários para a consecução de uma função atribuída a determinado órgão ou instituição, respaldaria ações do Controle Interno no sentido de deliberar definitivamente sobre ilegalidades ou irregularidades praticadas pelos fiscalizados, sem consubstanciar uma usurpação da competência constitucional dos tribunais de contas.

Na rotina da Administração Pública brasileira, a realidade é desconforme à Constituição. Os órgãos de Controle Interno deliberam em caráter definitivo sobre diversas questões, decorrentes de ilícitos, e mesmo quando as submetem aos tribunais de contas, a posteriori, geralmente, já erigiram situações irreversíveis e inconstitucionais.

Em termos legais, a incompatibilidade vertical das normas aplicáveis a diversas situações relativas ao Controle Interno e externo em face da Constituição também ocorre.

A lei que criou o Ministério da Transparência, que assumiu as funções da Controladoria-Geral da União – CGU, órgão de Controle Interno federal, atribuiu ao titular da pasta a prerrogativa de realizar inspeções e avocar procedimentos e processos para, dentre outras finalidades, corrigir falhas.⁹ Falhas devem ser

⁹ BRASIL. Lei nº 13.341, 29 de setembro de 2016. Altera as Leis nos 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e 11.890, de 24 de dezembro de

entendidas como situações em desconformidade com seu arquétipo legal, ou seja, irregularidades ou ilegalidades.

Na rotina administrativa, essa prerrogativa deveria ser exercida nos termos constitucionais. Se a falha decorreu de ilegalidade ou de irregularidade, o Controle Interno pode adotar providências temporárias, mas desde que os efeitos dessas providências não sejam irreversíveis e não se sobreponham ou eliminem, de modo pragmático e inconstitucional, a atuação inafastável e posterior do tribunal de contas.

As tomadas de contas especiais, em rápida síntese e a título de exemplo, são procedimentos para recomposição do erário, em casos de prejuízos decorrentes de ilícitos. Desenvolvem-se em duas fases distintas. A interna, realizada no órgão ou na entidade em que se verificou a irregularidade ou ilegalidade, com intervenção do Controle Interno, e, na fase externa, o processo de contas especiais é julgado pelo tribunal de contas.

Em síntese: a área administrativa, incluindo o Controle Interno, erige a fase interna, similar ao inquérito penal, e, na fase externa e posterior, o tribunal de contas julga o processo.

Somente após o julgamento é que há certeza da existência de prejuízo, da necessidade de aplicação de multa ou da imposição aos responsáveis da obrigação de ressarcir o erário. Na fase interna há mera instrução processual, sem deliberação definitiva.

É comum, contudo, o abuso de prerrogativa do Controle Interno e dos órgãos e entidades na fase interna dos procedimentos de contas especiais, pois os responsáveis, antes do julgamento final, já são inscritos no Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal – Cadin, que possui efeitos irreversíveis, como: a vedação de os inscritos realizarem operações de crédito, receberem incentivos fiscais e financeiros e celebrarem contratos.¹⁰

Essa situação de subversão da sistemática do controle brasileiro, uma ofensa ao devido processo legal de contas, ensejou deliberação do Supremo Tribunal Federal – STF, no sentido de assentar que:

[...] 3. A tomada de contas especial é medida de rigor com o ensejo de alcançar-se o reconhecimento definitivo de irregularidades, permitindo-se, só então, a inscrição do ente nos cadastros de restrição ao crédito organizados e mantidos pela União.¹¹ Precedentes: ACO 1.848-AgR, rel. Min. Celso Mello, Tribunal Pleno, DJe de 6/11/2014; AC 2.032, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe de 20/03/2009.¹²

O entendimento firmado pelo STF tem fundamentado decisões dos Tribunais Federais no sentido de suspender inscrições no Cadin anteriores ao julgamento de tomada de contas especiais:

[...] 1. O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que antes

2008, e revoga a Medida Provisória nº 717, de 16 de março de 2016. Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 30 set. 2016. Art. 18, inc. IV.

¹⁰ Previstos na Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002.

¹¹ Grifos não constam do original.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. na Ação Cautelar nº 2.614/PB, Primeira Turma. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 23 jun. 2015. Disponível: <www.stf.jus.br> Acesso: 31 mar. 2017.

de iniciada e julgada a Tomada de Contas Especial (TCE) pelo Tribunal de Contas da União (TCU), a inscrição de unidade federativa em cadastros de inadimplência viola o princípio do devido processo legal (AC 2.614/PE, AC 781/PI e AC 2.946/PI). 2. Na hipótese dos autos, considerando que a Tomada de Contas Especial ainda não foi julgada, está correta a sentença que determinou à autoridade impetrada que se abstenha de proceder à inscrição do nome do impetrante, ora apelante, no Cadin, sob pena de violação ao aludido princípio. 3. Sentença mantida. 4. Apelação desprovida.¹³

Esse devido processo legal, assentado na Constituição, de uma ação integrada dos controles interno e externo e cada um ao seu tempo e modo é uma garantia constitucional aos administrados e jurisdicionados que está, a todo o tempo, sendo inobservada em situações casuísticas, criando uma conjuntura de insegurança jurídica e de evidente desesperança para a sociedade, pois os próprios órgãos incumbidos da aplicação da norma constitucional, pragmaticamente, a subvertem.

Conclusão

O Controle da Administração Pública brasileira, tanto o interno quanto o externo, possuem assento constitucional e uma estruturação sistêmica, integrada e harmônica.

O devido processo legal ao controle, de extração constitucional, uma garantia dos administrados e dos jurisdicionados é reiteradamente subvertida em situações rotineiras que revelam abuso de prerrogativas e pela edição de normas inconstitucionais, por incompatibilidade vertical com a estrutura constitucional definida.

Essa disfunção, decorrente da incompreensão da integração entre os controles, formando um todo sistêmico, ocasiona situações irreversíveis de prejuízos aos que são afetados.

Tem sido tarefa do STF, em diversas ocasiões, assentar a interpretação para cada caso concreto, sem que os responsáveis pelo Controle Interno e externo entendam os limites e o modo harmônico que devem atuar, erigindo uma conjuntura de insegurança jurídica e que enseja a propositura de ações pleiteando a concretização das garantias constitucionais ao devido processo do controle.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out. 1988.
BRASIL. Lei nº 13.341, 29 de setembro de 2016. Altera as Leis nos 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e 11.890, de 24 de dezembro de 2008, e revoga a Medida

¹³ BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). AC nº 0008748-31.2006.4.01.3400/DF — 6ª Turma. Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro. Diário da Justiça Federal da Primeira Região [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 maio 2016. Disponível em <<http://www.trf1.jus.br>>. Acesso em: 31 mar. 2017.

Provisória nº 717, de 16 de março de 2016. Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 30 set. 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo TC nº 025.494/2009-2. Acórdão nº 6853/2009 – 1ª Câmara. Ata nº 43/2009 - 1ª Câmara. Relator: Ministro José Múcio Monteiro. Brasília, 1º de dezembro de 2009. Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 4 dez. 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 30. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. Sistema de Controle Interno: uma perspectiva do modelo de gestão pública gerencial. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MEDAUAR, Odete. Controle da administração pública. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 10. ed. rev. e atual. Pag. 169. São Paulo: Saraiva, 2015.