

VOTO

A **Senhora Ministra Rosa Weber (Relatora)**: Senhor Presidente, atendidos os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, **conheço** do recurso extraordinário, admitido o tema por esta Corte sob o regime da repercussão geral em razão de ultrapassar os interesses jurídicos, políticos, econômicos e sociais das partes, nos moldes do **art. 102, § 3º, da Carta Política**, e passo ao exame do **mérito**.

Trata-se do **tema de repercussão geral nº 327** desta Suprema Corte. Discute-se no feito, em suma, a possibilidade ou não da inscrição de Município em cadastro de inadimplentes do Governo Federal antes do julgamento de tomada de contas especial.

De um lado o invocado direito da União, com lastro no **art. 160 da Constituição Federal**, de condicionar a entrega de novos recursos ao pagamento de seus créditos (inclusive os de suas autarquias) e, de outro, a necessidade da observância, pela própria União e em favor de Município, da garantia do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, previstos no **art. 5º, LIV, e LV da Constituição Federal**, no âmbito administrativo.

Na hipótese, o autor, Município de Irecê, BA, ingressou, na origem, em 13.6.2014, com ação de obrigação de fazer em face da União, pugnando a exclusão de restrições lançadas nos cadastros SICONV e CAUC, referentes a supostas pendências de convênio firmado em dezembro/2009 com o seguinte objeto: "*Apoio ao Fortalecimento Institucional para a Gestão Integrada e Associada de Resíduos Sólidos Urbanos do Consórcio de Desenvolvimento Sustentável do Território de Irecê*". Alegou o Município que **(i)** as informações solicitadas pelo órgão conveniente foram devidamente enviadas, bem como os extratos bancários da conta do convênio; **(ii)** o convênio foi firmado na gestão municipal anterior, não sendo possível imputar à administração atual inadimplência quanto à não-prestação de contas e; **(iii)** a atual gestão (à época do ajuizamento) recebeu a conta do convênio "*zerada*" (evento 2-Volume, pags. 3-14).

Ainda na origem, o Juízo Federal da Subsecção Judiciária de Irecê, BA, deferiu liminar para suspender as restrições cadastrais do autor (nos sistemas SIAFI/CADIN/CAUC), ao argumento de que **não houve instauração de tomada de conta especial** quanto ao convênio em questão a justificar a medida, conforme entendimento desta Suprema Corte, bem como porque **apenas o nome do responsável pelas contas municipais (o ex-gestor municipal), deveria ser inscrito nos cadastros restritivos de crédito** (evento 2-Volume, pags. 89-91).

Em sentença, ratificada a liminar e julgada procedente a ação para determinar à União a exclusão das referidas restrições até julgamento final da respectiva *tomada de contas especial* (evento 3-Volume, pags. 21-3).

No exame do feito pela 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em sede de apelação e reexame necessário, mantida a sentença. Registrado no acórdão o entendimento de que deva ser *liberada a inscrição da municipalidade no cadastro do SIAFI, assim em cadastro de inadimplência, quando a administração que sucedeu o ex-gestor faltoso promove a adoção das providências tendentes ao ressarcimento ao erário*, bem como a advertência de que, no presente caso, o Município não demonstrou ter *tomado as providências cabíveis ao seu alcance visando regularizar a sua situação junto aos cadastros de inadimplência*, o que em tese, segundo se extrai do julgado, levaria à manutenção da restrição cadastral. Todavia, como prosseguiu a fundamentação do acórdão recorrido, na hipótese, cabível a exclusão do registro da inadimplência por outros motivos: **(i)** “ o plenário do STF, no julgado ACO 1995/BA, de 26.03.2015, firmou o entendimento de que o ente público federal, nessas causas em que se discute a inscrição do nome de município em cadastros de inadimplência (SIAFI/CAUC), antes de se efetivar o registro da inadimplência, deverá observar – à exaustão – o direito de defesa”; **(ii)** “ no âmbito do Supremo, foi fixado precedente no sentido de que antes 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 devido processo legal”, constatado que “ no presente caso não há informação de que a TCE tenha sido julgada” e; **(iii)** também fixado no Supremo Tribunal Federal “ que o princípio da intranscendência subjetiva veda a aplicação de sanções ou restrições que invadam a estrita dimensão da pessoa do infrator e afetem outros que não tenham sido os causadores das irregularidades, ou seja, a restrição, quando regularmente

aplicada, deve ficar adstrita à figura do gestor público e não a cargo da população (STF. 1ª Turma. ACO 1393/MA AC 2614/PE, AC 781/PI e AC 2946 /PI, julgados aos 23.06.2015)”.

Conclui o TRF-1, no dispositivo do acórdão, por manter a sentença porque “ *considerando que não houve comprovação de julgamento da Tomada de Contas Especial – TCE, forçoso reconhecer que não se exauriu o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, motivo por que não poderia, segundo os julgados acima provenientes do STF, ocorrer a efetivação dos registros de inadimplência em face do nome do ente federativo municipal”* (evento 3-Volume, pags. 73-8).

Propostos embargos de declaração pela União, foram rejeitados (evento 3-Volume, pags. 91-5).

Defende a União, em seu recurso extraordinário, ser possível a inscrição antes do julgamento da tomada de contas especial, o que encontraria respaldo no inciso I do parágrafo único do art. 160 da Carta da República, tido por violado (evento 3-Volume, pags. 99-114). Transcrevo o mencionado dispositivo:

“Art. 160. É vedada a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos, nesta seção, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos.

Parágrafo único. A vedação prevista neste artigo não impede a União e os Estados de condicionarem a entrega de recursos:

I - ao pagamento de seus créditos, inclusive de suas autarquias;”

Sob o regime da **repercussão geral** , portanto, o presente julgamento tem **aplicação** em tese, bem delimitado o seu escopo, **à possibilidade ou não da inscrição de Município nos cadastros de inadimplentes do Governo Federal sem o prévio julgamento de tomada de contas especial.**

Não obstante, dada a repercussão jurídica da questão, o tema, revelador de problemática típica do repertório do Direito Financeiro brasileiro, transborda a inscrição dos Municípios a englobar, necessariamente, a possibilidade ou não da inclusão dos Estados-membros da Federação e do Distrito Federal nos mesmos cadastros sob a mesma alegação, dado o

elevado número de ações originárias ajuizadas nesta Suprema Corte neste sentido.

Tal observação fica patente a partir das importantes contribuições trazidas pelos *amici curiae* admitidos no feito (ainda antes da substituição do recurso representativo da controvérsia), que tomo a liberdade de rememorar.

A ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS SECRETARIAS DE FINANÇAS DAS CAPITAIS BRASILEIRAS – ABRASF, em sua petição de ingresso como *amicus curiae*, aduziu que “*não há dúvida de que a matéria veiculada no presente Recurso Extraordinário interessa a todas as Fazendas Públicas municipais do Brasil, sobretudo diante da repercussão geral atribuída ao julgamento a ser proferido neste caso, o qual irá atingir todos os demais equivalentes, haja vista a inclusão de Municípios no cadastro de inadimplentes sem o prévio julgamento de Tomada de Contas Especial pelo Tribunal de Contas da União ser questão que afeta todos os municípios brasileiros*” e, outrossim, que “*a inclusão de municípios no SIAFI/CADIN sem que haja o julgamento da Tomada de Contas Especial pelo C. Tribunal de Contas da União implica na violação de princípios basilares do direito pátrio, tais quais o contraditório, a ampla defesa e, sobretudo, o devido processo legal no âmbito administrativo*” (evento 12).

Os Estados do Piauí, Alagoas, Acre, Amazonas, Espírito Santo, Goiás, Minas Gerais, Pará, Pernambuco, Rondônia, Rio Grande do Sul, Rio Grande do Norte, São Paulo, Mato Grosso e Rio de Janeiro, bem como o Distrito Federal, asseveraram, em sua manifestação de *amici curiae*, deva ser mantida a atual jurisprudência desta Suprema Corte a exigir o julgamento da tomada de contas especial como requisito para a inclusão no SIAFI/CADIN, sob pena de contrariedade aos arts. 5º, II, e 37, *caput*, da CF/88, art. 2º, *caput*, e incisos VII, VIII, IX e X, da Lei nº 9.784/99, à Instrução Normativa nº 1/97 da Secretaria do Tesouro Nacional e à Instrução Normativa nº 35/2000 de agosto de 2000 do Tribunal de Contas da União porque: **(i)** “*no caso sub judice, há descumprimento do devido processo legal e da legalidade, uma vez que o recorrente teve seu nome inscrito no cadastro de inadimplentes, mesmo estando com outro gestor à frente da sua administração e antes da instauração da tomada de contas especial, procedimento que impõe a iniciativa da FUNASA para sua ultimação. Ora, estando a cargo do ente federal repassador do recurso (concedente) a iniciativa para instauração da tomada de contas especial, não pode o*

Município ou Estado, sob pena, de violação à ampla defesa e devido processo legal, ser apenado por sua inércia, visto que tal providência é requisito necessário a que se proceda à suspensão da inadimplência, donde a inscrição no SIAFI e CADIN antes da instauração da mesma (como se deu na hipótese sub judice), ou antes do julgamento final desta, quando a contabilidade analítica irá proceder a inscrição do responsável, é medida hostil ao devido processo legal em âmbito administrativo”; (ii) “o processo de tomada de contas especial é procedimento afeto ao sistema de fiscalização financeira e orçamentária imposto pela Constituição Federal a todos aqueles que administrem ou sejam responsáveis por dinheiro, bens e valores públicos da administração direta e indireta federal (art. 71, II, da CRFB) ”; (iii) “ não há qualquer reparo ao acórdão de piso que, considerando que o gestor é quem deve constar do cadastro, afastou a ofensa ao art. 25, § 1º, IV, da Lei Complementar 101/2001, dadas as graves consequências no plano administrativo e financeiro do ente federado com sua inclusão no SIAFI/CADIN, notadamente tendo em conta que o desiderato legal dos cadastros de inadimplência é o resguardo do interesse público, vedando a que o gestor inadimplente venha celebrar novos convênios enquanto perdurar essa condição” e ainda que “ não se está a advogar o calote do ente beneficiário diante da simples mudança de gestor, mas que se cumpram todos os procedimentos necessários à apuração do agente causador do dano, este sim responsável pelo ressarcimento do erário, o que há de [ser] ultimado após o julgamento da tomada de contas especial. Alfim, cumpre salientar que este Eg. STF, vem aplicando entendimento semelhante no tocante ao registro do Estado em decorrência de inadimplência de entes da administração indireta. Em tais hipóteses, o postulado da intranscendência das medidas restritivas de direito impede que sanções e restrições de ordem jurídica superem a dimensão estritamente pessoal do infrator. Tal entendimento vem impedindo que as limitações jurídicas que derivam da inscrição no CAUC dos entes da administração indireta atinjam Estados ou Distrito Federal, impondo-lhes consequências gravosas” (evento 21).

Apresentada esta breve nota sobre a repercussão nacional do tema em análise, que tem desembocado nesta Suprema Corte pela via do recurso extraordinário, em ações ajuizadas por Municípios, ou pela via originária, em ações ajuizadas pelos Estados-membros ou pelo Distrito Federal (hipóteses em que reconhecido, por esta Corte, o potencial de abalo ao pacto federativo), necessário pontuar dois aspectos sobre a **amplitude da casuística** a ele entrelaçada.

O primeiro, de ordem teórica, é a proximidade do tema com **outros argumentos**, também sustentados pelos entes públicos com a mesma finalidade (retirada de apontamento em cadastros de inadimplentes). Cito alguns desses outros argumentos:

- a demonstração de que o atual gestor adotou todas as providências tendentes ao ressarcimento ao Erário e à responsabilização do administrador faltoso;

- a demora da Administração Pública em instaurar o processo de tomada de contas especial para apurar a responsabilidade de ex-gestores quanto a irregularidades apontadas em prestação de contas (hipótese em que a instauração tem o efeito de suspender o registro no SIAFI e no CADIN);

- a aplicação do princípio da intranscendência subjetiva das sanções para limitar a inscrição apenas à pessoa física do gestor responsável à época pela conta rejeitada ou não prestada;

- a aplicação do princípio da intranscendência subjetiva das sanções, para afastar a inscrição de Município ou Estado-membro, lançada decorrência de ato sob responsabilidade de ente com personalidade jurídica própria (como as autarquias), ou autônomo por deliberação expressa da Constituição Federal (como os Poderes Legislativo e Judiciário, ou ainda o Ministério Público ou o Tribunal de Contas em relação ao Poder Executivo).

Quanto a este último item, impende mencionar a existência, sob relatoria do Ministro Marco Aurélio, do **Tema 743** em repercussão geral, sob a seguinte ementa:

"MUNICÍPIO – PODERES EXECUTIVO E LEGISLATIVO – DÉBITO – CERTIDÃO POSITIVA DE DÉBITO COM EFEITO DE NEGATIVA – INADIMPLÊNCIA DO PODER LEGISLATIVO – ALCANCE – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. **Possui repercussão geral a controvérsia atinente ao direito do Município, como entidade da Federação, à Certidão Positiva de Débito com Efeito de Negativa – CPDEN, apesar da inadimplência do Poder Legislativo local quanto ao cumprimento de obrigações tributárias acessórias.** " (RE 770.149 RG, Rel. Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 18.4.2014, destaquei)

O segundo aspecto sobre a amplitude da casuística entrelaçada à questão ora em julgamento, de ordem fática, é a diversidade de hipóteses,

ensejadoras da negativação do nome do ente público nos referidos cadastros, a demonstrar que, por vezes, não só a *inadimplência financeira*, mas também a *obrigacional*, pode ser objeto de inscrição nos citados cadastros. Cito as hipóteses mais comuns:

- Descumprimento parcial ou total de **convênio, termo ou parceria** ou **desaprovação de suas contas** ;
- **Não envio de determinadas informações** ou **não prestação de contas** ;
- **Descumprimento de obrigação legal ou constitucional** (por exemplo gasto mínimo com saúde ou educação);
- **Dívida** financeira (em virtude, por exemplo, do não-pagamento de financiamentos concedidos pela União ou por terceiros com seu aval).

Enfim, a casuística demonstra haver diversidade de argumentos e também de contornos fáticos nos pleitos de retirada de inscrição de ente público em cadastros de inadimplentes.

A inexistência de *juízo de tomada de contas especial*, tema da repercussão geral em julgamento, é apenas um destes argumentos para o atingimento de tal fim (retirada da restrição cadastral). Todavia, para a boa análise da tese, necessário estudo abrangente da matéria.

Nesse sentido, ampliada a questão, possível compreender que, como expus no início deste voto, em jogo, de um lado, o direito da União, com lastro no art. 160 da Constituição Federal, de condicionar a entrega de novos recursos ao pagamento de seus créditos, inclusive de suas autarquias e ao cumprimento de determinadas obrigações; de outro, a necessidade da observância, pela União e em favor dos supostos entes públicos devedores (não só os Municípios, como é a hipótese em julgamento), da garantia do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, previstos no art. 5º, LIV e LV da Constituição Federal, no âmbito administrativo.

I. PRELIMINARMENTE: A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Importante registrar que o assunto em debate é, atualmente, centro de grande parte das ações cíveis originárias em tramitação nesta Suprema

Corte. Sua relevância já foi objeto de inúmeros trabalhos, dentre eles o do magistrado Abher Youssif Mota Arabi (destaquei):

“[...] se trata de situação notadamente de Direito Financeiro, visto que envolve diretamente o recebimento, o planejamento, a aplicação, o controle e a fiscalização de receitas públicas e orçamentárias. Ademais, justamente por essas mesmas razões, **trata-se de tema bastante importante, pois envolve consequências muito penosas aos Estados-membros, sendo raro encontrar, dentre as várias Ações Cíveis Originárias do Supremo Tribunal Federal – que é como são autuadas essas demandas –, algum Estado que não requeira a exclusão judicial de sua inscrição nos já mencionados cadastros federais .”**

Necessário, antes do enfrentamento direto do tema, prolegômenos sobre os julgados desta Corte Suprema a ele imbricados.

Início, pela maestria dos argumentos, com trechos de decisão monocrática proferida pelo Ministro Celso de Mello (conforme trecho que consta no acórdão do Plenário desta Corte Suprema quando a referendou), destacando os argumentos em que consagrado, em favor do Poder Público, o devido processo legal :

“ **Demais disso** , cumpre reconhecer que a **imposição** estatal de **restrições** de ordem jurídica, **quer** se concretize na esfera judicial, **quer se efetiva no âmbito estritamente administrativo** , para legitimar-se em face do ordenamento constitucional, **supõe o efetivo respeito** , pelo Poder Público, da garantia indisponível do ‘due process of law’, **assegurada** à generalidade das pessoas pela Constituição da República (art. 5º, LIV), **eis que** o Estado, **em tema** de limitação de direitos , **não pode exercer** a sua autoridade **de matéria arbitrária** .

Cumprir ter presente , bem por isso , **que o Estado** , em tema de **restrição** à esfera jurídica de **qualquer** pessoa, física ou jurídica, **não pode exercer** a sua autoridade de maneira abusiva **ou** arbitrária, **desconsiderando** , no exercício de sua atividade, o postulado da plenitude de defesa, **pois o reconhecimento** da legitimidade ético-jurídica de **qualquer** medida imposta pelo Poder Público – **de que resultem**, como no caso, **consequências gravosas no plano** dos direitos e garantias (**mesmo** aqueles titularizados por pessoas estatais) – **exige a fiel observância** do princípio constitucional do devido processo legal (CF, art. 5º, LV).

A **jurisprudência** dos Tribunais, **notadamente** a do Supremo Tribunal Federal, **tem reafirmado** a essencialidade desse princípio, **nele reconhecendo** uma insuprimível **garantia**, que, instituída **em favor de qualquer** pessoa **ou** entidade (pública **ou** privada), **rege e condiciona** o exercício, **pelo Poder Público**, de sua atividade, **ainda** que em sede materialmente administrativa, **sob pena de nulidade** da própria medida restritiva de direitos, **revestida**, ou não, de caráter punitivo [...].

Isso significa, portanto, **que assiste**, ao cidadão e a **qualquer entidade** (pública **ou** privada), **mesmo** em procedimentos de índole administrativa, **a prerrogativa indisponível** do contraditório e da plenitude da defesa, **com** os meios e recursos a ela inerentes, **consoante prescreve**, em caráter mandatório, o art. 5º, inciso LC, da Constituição da República [...].

O respeito efetivo à garantia constitucional do 'due process of law', **ainda que se trate** de procedimento administrativo – **como a inscrição** no Cadastro Único de Convênio (CAUC), **que não pode** processar-se **sem** prévia audiência dos entes diretamente afetados -, **condiciona**, de modo estrito, **o exercício** dos poderes de que se acha investida a Pública Administração, **sob pena de descaracterizar-se, com grave ofensa** aos postulados que informam a própria concepção de Estado democrático de Direito, **a legitimidade jurídica** dos atos e resoluções emanados do Estado.

[...]

Não se pode perder de perspectiva, portanto, **considerada a essencialidade** da garantia constitucional da plenitude de defesa e do contraditório, que a Constituição da República **estabelece**, em seu art. 5º, incisos LIV e LV, **que ninguém pode ser privado** de sua liberdade, de seus bens **ou** de seus direitos **sem** o devido processo legal, **notadamente** naqueles casos **em que se viabilize** a possibilidade de **imposição**, a determinada pessoa **ou** entidade, de sanções **ou** de medidas gravosas **consubstanciadoras de limitação de direitos**.

A maneira como as inscrições no CADASTRO ÚNICO DE CONVÊNIO (CAUC) foram realizadas **parece indicar possível** ocorrência de **violação** ao postulado constitucional **do devido processo legal** (**também aplicável** aos procedimentos de caráter administrativo), **pondo em evidência** um dado **extremamente** relevante, **eis que não teria** sido facultada, **na espécie**, aos autores, a **possibilidade** de se defenderem, **antes que se tornasse efetiva**, com todas as suas consequências jurídicas lesivas, **a questionada inscrição** no mencionado cadastro, **sequer precedida** de notificação dirigida aos entes estatais atingidos.

Há, ainda, um outro aspecto que parece conferir densidade jurídica à pretensão cautelar ora deduzida pelos litisconsortes ativos.

Refiro-me à alegação de que a Secretaria do Tesouro Nacional, **ao editar** a Resolução nº 1, de 17/10/2005, **teria ofendido o princípio constitucional** da reserva de lei em sentido formal, **como procuram demonstrar** os autores (fls. 07/08).

Não se desconhece que **as resoluções administrativas** – enquanto atos juridicamente **subordinados** à autoridade normativa da lei – **não podem disciplinar** matéria que foi posta, **quanto** a seu regramento, **sob a égide** do postulado constitucional da reserva de lei em sentido formal.

Na realidade, como se sabe, o princípio da reserva de lei **atua como expressiva limitação constitucional** ao poder do Estado, **cuja competência regulamentar**, mesmo quando fundada na própria Constituição - **como sucede, p. ex.**, como o poder regulamentar do Presidente da República (**CF**, art. 84, incisos IV, ‘in fine’, e VI) **ou** do Ministro de Estado (**CF**, art. 87, parágrafo único, II) – **não se reveste** de idoneidade jurídica **para restringir** direitos **ou para criar** obrigações.

Nenhum ato regulamentar **pode criar obrigações**, sob pena de incidir em matéria constitucionalmente reservada ao domínio normativo da lei formal.

O abuso de poder regulamentar, **especialmente** nos casos em que o Estado **atua** ‘contra legem’ **ou** ‘praeter legem’, **não só expõe** o ato transgressor ao controle jurisdicional, **mas viabiliza**, até mesmo, **tal a gravidade** desse comportamento governamental, o **exercício**, pelo Congresso Nacional, **da competência extraordinária** que lhe confere o **art. 49, V**, da Constituição da República **e que lhe permite** ‘sustar os atos normativos do Poder Executivo **que exorbitem** do poder regulamentar (...)’. Doutrina. Precedentes (RE 31.873-AgR/SC, Rel. Min. Celso de Mello, v.g.). Plausibilidade jurídica da impugnação à validade constitucional da Instrução Normativa STN nº 01/2005”. (AC-AgR-QO 1033, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ 16.6.2006, Tribunal Pleno, destaques do original)

No mesmo sentido, ainda quanto à *questão dos direitos e garantias constitucionais, notadamente de caráter procedimental, titularizados pelas pessoas jurídicas de direito público*, também sob relatoria do Ministro Celso de Mello, o julgamento da QO na AC nº 2032:

“ **Enfatizo**, neste ponto, **no que se refere** à questão **da titularidade** dos direitos e garantias fundamentais, **que essas** prerrogativas constitucionais **são acessíveis** às pessoas jurídicas de direito público, **desde que compatíveis** com a condição **de estatalidade** de que estas se revestem, **notadamente** nos casos de imposição, **contra** referidas

entidades estatais, de medidas restritivas de direitos, pois tais entes públicos também estão amparados por garantias constitucionais de caráter procedimental.

Daí porque assinalei, em minha decisão, que também as entidades de direito público têm direito subjetivo à observância, por parte do Poder Público, da garantia indisponível do *' due process of law'*, assegurada, Constituição da República (art. 5º, LIV), à generalidade das pessoas, inclusive às próprias pessoas jurídicas (JOSÉ AFONSO DA SILVA, *' Comentário Contextual à Constituição '*, p. 64/65, item n. 2, 4ª ed., 2007, Malheiros), mesmo às pessoas jurídicas de direito público.

Vale ter presente, neste ponto, o valioso magistério de PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, em obra conjunta escrita com GILMAR FERREIRA MENDES e INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO (*' Curso de Direito Constitucional '*, p. 261/262, item n. 12.1, 2007, Saraiva), cuja lição ressalta a possibilidade constitucional de pessoas jurídicas titularizarem, elas mesmas, direitos e garantias fundamentais, ai incluídas, no que concerne às prerrogativas jurídicas de ordem procedimental, as próprias pessoas de direito público :

' Não há, em princípio, impedimento insuperável a que pessoas jurídicas venham, também, a ser consideradas titulares de direitos fundamentais, não obstante estes, originalmente, terem por referência a pessoa física. Acha-se superada a doutrina de que os direitos fundamentais se dirigem apenas às pessoas humanas. Os direitos fundamentais suscetíveis, por sua natureza, de serem exercidos por pessoas jurídicas podem tê-las por titular. (...).

.....
Questão mais melindrosa diz com a possibilidade de pessoa jurídica de direito público vir a titularizar direitos fundamentais. Afinal, os direitos fundamentais nascem da intenção de garantir uma esfera de liberdade justamente em face dos Poderes Públicos.

Novamente, aqui, uma resposta negativa absoluta não conviria, até por força de alguns desdobramentos dos direitos fundamentais do ponto de vista da sua dimensão objetiva.

Tem-se admitido que as entidades estatais gozam de direitos do tipo procedimental. Essa a lição de Hesse, que a ilustra citando o direito de ser ouvido em juízo e o direito ao juiz predeterminado por lei. A esses exemplos, poder-se-ia agregar o direito à igualdade de armas – que o STF afirmou ser prerrogativa, também, da acusação pública, no processo penal – e o direito à ampla defesa. (grifei)

Assinalo, ainda, por necessário, que a decisão em causa tem apoio em iterativa jurisprudência que se formou no âmbito desta Suprema Corte, como o revelam os diversos precedentes por mim referidos." (AC nº 2032, Rel. Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe 20.3.2009).

Tais premissas tem sido acolhidas por esta Corte Suprema e delas não divirjo. O que se debaterá será se determinados atos administrativos são ou não suficientes a atender tais premissas. Por assim dizer, em qual extensão o exercício do contraditório e ampla defesa deve ser exercido para que possa ser feita a inscrição nos cadastros? Até uma decisão administrativa fundamentada da própria União sobre a impugnação apresentada? Até decisão do Tribunal de Contas? Até o trânsito em julgado de processo judicial em que questionada a decisão da Administração Federal?

I.1. A jurisprudência sobre o CADIN, o mais antigo dos cadastros.

Demais conhecida desta Suprema Corte a problemática que cerca o tema tratado nesta ação, pois diversas vezes foi instada a analisar a constitucionalidade de normas correlacionadas aos cadastros de inadimplentes do Governo Federal.

A análise cronológica desse arcabouço normativo e, em paralelo, da jurisprudência, demonstra, de certa forma, a evolução de seu conteúdo, na medida em que o Poder Judiciário foi decotando defeitos e apontando equívocos em suas diversas edições.

No momento atual, nota-se relativa complexidade neste sistema, composto de normas de diversos níveis, tratando em detalhes procedimentos administrativos de elevada especificidade técnica.

Parto da criação, por meio de decreto, do CADIN – *Cadastro Informativo (CADIN) dos créditos de órgãos ou entidades federais não quitados*, o mais antigo dos bancos de dados atualmente interessantes ao tema.

Rememoro os debates que culminaram na concessão de liminar nas ADIs 1155 e 1178 suspendendo – em decorrência da inobservância do princípio da reserva legal na parte que criava restrições e impunha obrigações, bem como ante a ausência de lei a ser regulamentada – a eficácia de alguns artigos do **Decreto nº 1.006/93**, que instituiu o CADIN.

Apenas para ilustrar, sem tecer qualquer juízo de valor, registro trechos de respeitáveis manifestações sobre o referido cadastro, proferidas pelos Ministros Sidney Sanches, Néri da Silveira e Maurício Correa naquela oportunidade (ADI 1155-3 – MC, Relator Min. Marco Aurélio, julgada pelo Plenário em 15.2.1995, DJ 18.5.2001) – destaquei:

“Neste momento de apreciação de medida cautelar, não me parece flagrante a violação à Constituição, mas, sim, que **se pretendeu criar mais um serviço interno de informação, que visa a moralizar, até, a concessão de crédito, nas hipóteses mencionadas .**” (voto do Ministro Sidney Sanches)

“ **O CADIN é um cadastro dos créditos dos órgãos e entidades federais, mas dos créditos não quitados, e tem por finalidade tornar disponíveis, à administração federal e à entidade por ela controlada, as informações sobre créditos não quitados para com o setor público, permitindo a análise dos riscos de créditos e uniformizar a conduta dessas entidades, com vistas à administração seletiva dos recursos existentes [...].**” (voto do Ministro Néri da Silveira)

“ **Na verdade, o CADIN poderia ser comparado com aquilo que a iniciativa privada concebeu para proteger-se do mau pagador ou daqueles que se valem de expedientes fraudulentos, ao instituir o Serviço de Proteção ao Crédito. Nada mais é do que uma rotina estabelecida para se apurar quem deve e não pagou.** ” (voto do Ministro Maurício Correa)

Todavia, ainda no ano de 2.001, referida ADI 1155 restou prejudicada ante a superveniência da **MP nº 1.142/93** que substituiu o Decreto nº 1.006 /93.

A corroborar o intenso reflexo das decisões deste Supremo Tribunal Federal na história da evolução deste arcabouço normativo, tem-se o posterior ajuizamento da ADI 1454 , em debate os arts. 6º e 7º da mencionada **MP nº 1.142/93** . Eis a ementa de seu julgamento (destaquei):

“**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA 1.442, DE 10.05.1996, E SUAS SUCESSIVAS REEDIÇÕES. CRIAÇÃO DO CADASTRO INFORMATIVO DE CRÉDITOS NÃO QUITADOS DO SETOR PÚBLICO FEDERAL - CADIN. ARTIGOS 6º E 7º. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 6º RECONHECIDA, POR MAIORIA, NA SESSÃO PLENÁRIA DE 15.06.2000. MODIFICAÇÃO SUBSTANCIAL DO ART. 7º A PARTIR**

DA REEDIÇÃO DO ATO IMPUGNADO SOB O NÚMERO 1.863-52, DE 26.08.1999, MANTIDA NO ATO DE CONVERSÃO NA LEI 10.522, DE 19.07.2002. DECLARAÇÃO DE PREJUDICIALIDADE DA AÇÃO, QUANTO AO ART. 7º, NA SESSÃO PLENÁRIA DE 20.06.2007. 1. **A criação de cadastro no âmbito da Administração Pública Federal e a simples obrigatoriedade de sua prévia consulta por parte dos órgãos e entidades que a integram não representam, por si só, impedimento à celebração dos atos previstos no art. 6º do ato normativo impugnado.** 2. **A alteração substancial do art. 7º promovida quando da edição da Medida Provisória 1.863-52, de 26.08.1999, depois confirmada na sua conversão na Lei 10.522, de 19.07.2002, tornou a presente ação direta prejudicada, nessa parte, por perda superveniente de objeto.** 3. **Ação direta parcialmente prejudicada cujo pedido, no que persiste, se julga improcedente .”** (ADI 1454, Rel. Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 03.8.2007)

Vê-se, pelo teor da referida ementa, que a citada medida provisória terminou por ser convertida na **Lei nº 10.522/02** , norma atualmente em vigor a reger o CADIN.

Importante, ainda em sede preliminar, a enriquecer o debate, registrar alguns outros posicionamentos sobre o CADIN manifestados nesta Suprema Corte. Ainda quando do julgamento da referida ADI 1454, o respeitável entendimento externado pelo Ministro Marco Aurélio:

“ Defrontamo-nos com um cadastro informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais. Ainda espero viver o dia em que essa diligência do Estado *lato sensu* será também implementada quanto aos débitos, dele Estado, para com os cidadãos. Refiro-me ao que já apontei neste Plenário como calote oficial, que é o descumprimento das ordens judiciais, o desrespeito aos precatórios, e até aqui nada aconteceu. Esse cadastro informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais configura uma coação política para alcançar-se a satisfação de débitos, assim rotulados unilateralmente pela Administração Pública, pelo fisco .” (voto do Ministro Marco Aurélio na ADIN 1454, Relatora Min. Ellen Gracie, julgada pelo Plenário em 20.6.2007, DJe 02.8.2007)

Mais recentemente, em sentido diverso, assim se manifestou o Ministro Luiz Fux, destacando a importância do CADIN:

“ Registre-se, ainda, que o Plenário desta Corte já reconheceu a constitucionalidade da criação do Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal – CADIN (ADI 1.454, rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, DJe de 3/8/2007), de modo que, preenchidos os pressupostos de fato e de direito para que a União proceda à inclusão do nome de determinado agente ou ente no referido cadastro, tem o dever de fazê-lo, em homenagem à moralidade administrativa e ao controle dos recursos públicos .” (AC 2996 AgR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 03.8.2015)

“ Por expressa determinação constitucional, na medida em que a atuação da Administração Pública é pautada pelo princípio da legalidade (CF, art. 37, *caput*), de fato não existe, a princípio, qualquer ilegalidade na atuação da União em proceder à inscrição do órgão ou ente (o qual se mostre inadimplente em relação a débitos ou deveres legais) nos cadastros de restrição, bem como na não celebração de convênios ou prestação de garantias . Entretanto, configurada, como *in casu* , hipótese excepcional a autorizar a exclusão judicial da inscrição nos cadastros de inadimplência e/ou a liberação dos recursos federais, independentemente da sua destinação, deve ser preservado o interesse público.” (AC 3031 AgR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 17.8.2015)

Feita esta introdução, que partiu da jurisprudência e, paralelamente, do histórico das normas que instituíram o CADIN, passo a expor as alterações da jurisprudência desta Suprema Corte quanto aos requisitos para a inclusão de ente público nos tais cadastros.

I.2. Os novos cadastros de entes públicos inadimplentes e a evolução da jurisprudência.

Inicialmente, a demonstrar quão sensível aos entes públicos é o tema para sua sobrevivência financeira, rememoro reiterada jurisprudência desta Corte Suprema – provocada por meio de medidas cautelares ou ações originárias – reconhecendo as **nefastas consequências** da inclusão em cadastros de inadimplentes, mormente em razão da impossibilidade do recebimento de novos recursos, a motivar o deferimento de liminares (destaquei):

“O Supremo Tribunal Federal, nos casos de inscrição de entidades estatais, de pessoas administrativas ou de empresas governamentais

em cadastros de inadimplentes, organizados e mantidos pela União, tem ordenado a liberação e o repasse de verbas federais (ou, então, determinado o afastamento de restrições impostas à celebração de operações de crédito em geral ou à obtenção de garantias), sempre com o propósito de neutralizar a ocorrência de **risco que possa comprometer, de modo grave e/ou irreversível, a continuidade da execução de políticas públicas ou a prestação de serviços essenciais à coletividade** ." (ACO 2131 TA-Ref, Rel. Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe 17.5.2013)

"O registro da entidade federada, por alegada inadimplência, nesse cadastro federal, pode sujeitá-la a **efeitos gravosos, com desdobramentos para a transferência de recursos** ." (ACO 2375 TA-Ref, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 17.3.2015)

Dentre as principais hipóteses argumentativas trazidas à apreciação desta Corte Suprema nos casos de pedido de suspensão de restrição cadastral – algumas já brevemente mencionadas no introito deste voto –, destaco as seguintes:

- a) **intranscendência das sanções**, invocada na tentativa de atribuir responsabilidade exclusiva a **administrador anterior** ou a **órgãos com autonomia financeira**;
- b) **reserva legal**, ante a criação de obrigações por normas infralegais;
- c) **contraditório e ampla defesa**, pela necessidade de **notificação prévia** do ente supostamente inadimplente;
- d) **contraditório e ampla defesa**, pela necessidade de **instauração da tomada de contas especial** e;
- e) **contraditório e ampla defesa**, pela necessidade de **juízo da tomada de contas especial**.

Nota-se, em tais alegações, convergência em prol das garantias do **contraditório**, da **ampla defesa** e do **devido processo legal**.

Tais questionamentos foram aportando nesta Suprema Corte em diversas causas no decorrer dos últimos anos. Passo a expor, de forma mais detalhada, como foram sendo tratados cada um desses pleitos.

a) Primeiramente, por vezes, a buscar a retirada a inscrição cadastral sob o argumento da **intranscendência das sanções**, apresentaram-se alegações no sentido de a causa geradora da inscrição ser exclusivamente imputável a

administrador anterior . Nestes casos já se deferiu a exclusão do registro no cadastro, por vezes exigindo a demonstração de que o atual administrador esteja tomando as medidas necessárias ao ressarcimento do dano (destaquei):

“Confirmada a circunstância de o ente federado ter **tomado as providências necessárias à identificação e responsabilização de ex-gestores** aos quais se imputam as irregularidades que vedam o reconhecimento da adimplência do Estado, e ainda comprovando o requerente a manutenção das medidas com a regularidade prevista no art. 5º, § 3º, da IN STN 01/1997, isto é, semestralmente, reputo presente o *fumus boni iuris* necessário à concessão da medida.” (AC 1244 MC-QO, Rel. Ministro Joaquim Barbosa, DJe 08.6.2007)

Também neste sentido decisão monocrática proferida pelo Ministro Ricardo Lewandowski, no exercício da Presidência desta Suprema Corte, em processo sob minha relatoria, cujo trecho reproduzo (destaquei):

“ **A jurisprudência do STF, em situações semelhantes à que ora se examina, tem deferido medidas liminares a fim de impedir o registro no SIAFI/CAUC/CADIN decorrente de inadimplência imputada a ex-gestor** . Confira-se, a propósito, o julgamento da AC 2.367-REF-MC/PE, Rel. Min. Cármen Lúcia, cujo acórdão foi assim ementado: [...]

Destaque-se, nesse sentido, que, embora a adoção de medidas coercitivas vise a impelir a Administração Pública ao cumprimento de seus deveres, o deferimento de cautelares, quando presentes os seus pressupostos, é medida que possibilita a prestação, pelos entes federativos, de serviços públicos essenciais, máxime quando a entidade é dependente dos recursos federais.

Em tais casos, é necessário que o ente federado inscrito no SIAFI/CAUC/CADIN **demonstre que vem tomando todas as medidas administrativas e judiciais teoricamente eficazes para correção de possíveis lesões ao erário** .

Na situação em exame, o município de Ilhéus demonstrou ter tomado as medidas cabíveis a fim de responsabilizar os ex-gestores.” (AC 3542 MC, decisão monocrática, Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 10.2.2014)

Ainda sobre os casos em que defendida a tese da retirada da restrição cadastral por se tratar de débito exclusivamente imputável a **administrador**

anterior , necessário pontuar haver respeitáveis posicionamentos e precedentes em sentido contrário , negando, na hipótese, a aplicação do princípio da intranscendência das sanções:

“Da forma como argumentada, a aplicação do ‘princípio da intranscendência’ não me parece plausível. Conforme dispõe a Constituição, o Estado age segundo a regra da estrita legalidade e tem como um de seus objetivos principais a boa aplicação dos recursos públicos. No exercício de suas funções, o agente público é a manifestação tangível do próprio Estado e, portanto, eventuais danos ocasionados são imputáveis ao próprio ente federado.

Ademais, o Estado tem o dever de orientar e acompanhar a atuação de seus agentes, em benefício da própria população.

A personificação do Estado no agir do servidor público e o dever de acompanhamento de suas atividades impedem que o autor se exonere da obrigação de ressarcir os danos causados pelos ex-gestores faltosos.

De fato, levado às últimas consequências, o ‘princípio da intranscendência’ fundamentaria o retorno à absoluta imunidade do Estado pela prática de atos ilícitos, dado que o ato ilícito sempre é cometido por uma pessoa natural atuante em nome do ente federado.

[...]

No caso em exame, o autor não demonstrou ter tomado qualquer atitude voltada ao controle dos atos dos agentes públicos, nem à reparação do dano. Nesse contexto, há uma **contrapartida** para o **temor** de que a **responsabilidade solidária** do Estado cause **sensação de impunidade no gestor faltoso** . Analogamente, a aplicação pura e simples da intranscendência colocaria o ente federado na **confortável posição alheia aos seus deveres de acompanhamento, fiscalização** , orientação e de correção.

De acordo com a proposta do autor, o ‘princípio da intranscendência’ se tornaria uma carta de imunidade prévia à responsabilização por eventuais lapsos de gestão. ” (ACO 2091, Rel. Ministro Celso de Mello, decisão monocrática do Ministro Joaquim Barbosa ao indeferir antecipação de tutela no exercício da Presidência, DJe 04.2.2013, destaques do original).

“PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO – IMPESSOALIDADE. Vinga, no âmbito da Administração Pública, o princípio da impessoalidade, descabendo agasalhar defesa segundo a qual o ilícito administrativo teria sido praticado por governo anterior .

CONVÊNIO – INADIMPLÊNCIA. Uma vez observado o devido processo legal quanto à inadimplência, não se pode cogitar do

implemento de medida acauteladora voltada a afastar o óbice à obtenção de empréstimos.” (ACO 1824 TA-AgR, Relator Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 02.2.2015, destaqueei)

“Em relação ao primeiro fundamento, registro que não há no caso lesão ao princípio da intranscendência subjetiva das sanções. A razão é singela. Ao contrário do que afirmado pelo autor, o simples fato de as irregularidades terem ocorrido em gestões anteriores não isenta a responsabilidade do Estado-membro. As relações jurídicas da Administração Pública se estabelecem com o ente federativo e não com os agentes públicos que o representam. Com efeito, os convênios e as obrigações tributárias inadimplidas relacionadas nesta ação têm o Estado do Maranhão como sujeito da relação jurídica, independentemente da gestão administrativa que o representava nos atos. Assim, em caso de inadimplemento, as eventuais sanções devem ser imputadas diretamente ao ente político.” (AC 3793, Rel. Luís Roberto Barroso, decisão monocrática, DJe 21.2.2017)

Lado outro, a **intranscendência das sanções** invocada para fato imputável a *ente com personalidade jurídica própria* (como as autarquias), *ou autônomo por deliberação expressa da Constituição Federal* (como os Poderes Legislativo e Judiciário, ou ainda o Ministério Público ou o Tribunal de Contas em relação ao Poder Executivo) é, embora objeto do **Tema 743 da repercussão geral, ainda não julgado**, princípio de tranquilo acolhimento pela jurisprudência deste Supremo Tribunal até o presente momento, destacando precedente em que se evidenciou conjugado com a garantia do devido processo legal:

“- **As conseqüências gravosas resultantes do ato de inscrição no CADIN (Lei nº 10.522/2002), por configurarem limitação de direitos, não podem ultrapassar a esfera individual das empresas governamentais ou das entidades paraestatais alegadamente devedoras, que nesse cadastro federal tenham sido incluídas, sob pena de violação ao princípio da intranscendência (ou da personalidade) das sanções e das medidas restritivas de ordem jurídica**

. Conseqüente impossibilidade de o Estado-membro sofrer limitações em sua esfera jurídica, motivadas pela só circunstância de, a ele, enquanto ente político maior, acharem-se administrativamente vinculadas as entidades paraestatais, as empresas governamentais ou as sociedades sujeitas ao seu poder de controle. Precedentes. [...]

- A imposição estatal de restrições de ordem jurídica, quer se concretize na esfera judicial, quer se efetive no âmbito estritamente administrativo, para legitimar-se em face do ordenamento constitucional, supõe o **efetivo respeito, pelo Poder Público, da**

garantia indisponível do 'due process of law' , assegurada à generalidade das pessoas pela Constituição da República (art. 5º, LIV), eis que o Estado, em tema de limitação de direitos, não pode exercer a sua autoridade de maneira arbitrária. Precedentes. Alegação, pelo Estado-membro, de que a inscrição no CADIN, essencialmente limitadora de direitos, desrespeitou, no processo de sua efetivação, o prazo legal a que se refere o art. 2º, § 2º, da Lei nº 10.522/2002 . (AC-QO 266, Rel. Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 28.10.2004, destaquei)

b) Noutro momento, em referendo de decisão liminar proferida pelo Ministro Celso de Mello, esta Corte Suprema analisou a questão sob os mesmos enfoques, acrescentado a temática do descumprimento do princípio da reserva legal ante o que dispunha a Instrução Normativa STN nº 1/2005 (que instituiu o Cadastro Único de Convênio - CAUC, prevendo-o como subsistema do Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal - SIAFI) - destaquei:

“[...] - O princípio da reserva de lei atua como expressiva limitação constitucional ao poder do Estado, cuja competência regulamentar, por tal razão, não se reveste de suficiente idoneidade jurídica que lhe permita restringir direitos ou criar obrigações. Nenhum ato regulamentar pode criar obrigações ou restringir direitos, sob pena de incidir em domínio constitucionalmente reservado ao âmbito de atuação material da lei em sentido formal .

- O abuso de poder regulamentar, especialmente nos casos em que o Estado atua 'contra legem' ou 'praeter legem', não só expõe o ato transgressor ao controle jurisdicional, mas viabiliza, até mesmo, tal a gravidade desse comportamento governamental, o exercício, pelo Congresso Nacional, da competência extraordinária que lhe confere o art. 49, inciso V, da Constituição da República e que lhe permite 'sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar (...)'. Doutrina. Precedentes (RE 318.873-AgR/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Plausibilidade jurídica da impugnação à validade constitucional da Instrução Normativa STN nº 01/2005.” (AC-AgR-QO 1033, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ 16.6.2006, Tribunal Pleno, destaquei)

c) Outras decisões, dando enfoque ao devido processo legal com ênfase no respeito ao contraditório como requisito para a inserção do nome do ente supostamente devedor no cadastro de inadimplentes, passaram a considerar necessária a sua notificação prévia (destaquei):

“Ante a não-observância do contraditório , precedendo a inserção do Estado no cadastro de inadimplentes , surge a relevância do pedido formulado de afastamento da pecha, presente também o risco de manter com plena eficácia o quadro.” (AC 1176 MC, Rel. Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ 28.9.2007)

“1. Tutela antecipada. Ação cautelar preparatória. Pedido formulado por Estado-membro. Restrição da Receita Federal à assinatura de aditamento de contrato internacional de empréstimo. Alegação de dívidas para com o INSS e a Receita, bem como de inscrição no CADIN e no CAUC. Inadmissibilidade. Registro não precedido da notificação prevista no art. 2º, § 2º, da Lei nº 10.522/2002. Inobservância, ademais, do princípio da intranscendência. Direitos alheios à administração direta. Liminar deferida. Precedentes. Agravo improvido. **Não são lícitas inscrições no CADIN e no CAUC, sem que o ente federado tenha sido previamente notificado com antecedência de 75 (setenta e cinco) dias e que constitua sujeito passivo dos débitos invocados** . 2. Recurso. Agravo Regimental. Ação Cautelar. Medida Cautelar. Inconsistência. Inexistência de razões novas. Rejeição. É de rejeitar agravo regimental que não apresenta razões novas capazes de ditar reforma da decisão agravada.” (AC 2270 MC-AgR, Rel. Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJe 01.2.2011)

“Presente esse contexto, tenho para mim que **a inscrição do Estado do Maranhão no sistema SIAF (SIAFI/CAUC/CADIN), ‘ sem a comunicação ao Requerente ’, parece haver sido efetivada com possível violação ao postulado constitucional do devido processo legal** (também aplicável aos procedimentos de caráter meramente administrativo).” (AC 2958 MC-REF, Rel. Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe 30.10.2014)

“A Lei nº 11.945/2009 prevê a exigência de um procedimento prévio para legitimar a imposição de restrição cadastral aos Estados e Municípios. **O art. 8º, incisos I e II, e § 2º, da predita norma, prevêm textualmente a notificação prévia como requisito indispensável para eventual inscrição de pendências em cadastros de controle** criados pelo governo federal, a exemplo do CAUC/SIAFI, consignando em regra um prazo de 45 (quarenta e cinco dias) para regularização da situação pelo ente inadimplente, sob pena de se tornar definitiva a pendência.” (ACO 2661 MC-Ref, Rel. Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe 09.6.2015)

“Em casos como o presente, o devido processo legal assume extrema importância, pelo que **o Supremo Tribunal Federal tem deferido liminares quando ausente a comprovação de qualquer**

notificação ou ofício direcionado ao Estado-membro inscrito em cadastros restritivos federais .” (AC 3793 MC-AgR, Rel. Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 25.8.2015)

d) Com o passar do tempo nota-se, na jurisprudência, progressiva tendência ao aumento das exigências para a restrição cadastral, ao argumento da necessidade de assegurar o devido processo legal. Passou esta Corte Suprema a considerar como requisito, não apenas a *notificação prévia* , mas a **instauração de tomada de contas especial** para a inscrição da inadimplência nos cadastros (destaquei):

“Com efeito, tenho para mim que **a inscrição, no SIAFI/CADIN /CAUC, do Estado do Maranhão, com todas as graves restrições jurídicas que daí derivam, sem que se tenha precedido à prévia instauração de processo de ‘tomada de contas especial’ , ocasiona, em tese, violação ao postulado constitucional do devido processo legal** (também aplicável aos procedimentos de caráter meramente administrativo).” (ACO 1848 AgR, Rel. Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe 06.2.2015)

“AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. FINANCEIRO. INSCRIÇÃO DE ENTE FEDERATIVO NO CADASTRO ÚNICO DE CONVÊNIO (CAUC). LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. PRESENÇA DE INTERESSE PROCESSUAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. **INSTAURAÇÃO DE TOMADA DE CONTAS ESPECIAL . NECESSIDADE. JURISPRUDÊNCIA. PRECEDENTES.** ACO 2.131/MT-AgR, REL. MIN. CELSO DE MELLO, DJE 20/2/2015. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. **O Plenário do Supremo Tribunal Federal proferiu entendimento no sentido de que viola o postulado constitucional do devido processo legal a inscrição do ente federativo no cadastro de inadimplentes sem a garantia do contraditório e da ampla defesa .** ACO 2.131/MT-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Dje 20/2/2015. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.” (ACO 964 AgR-segundo, Rel. Ministro Teori Zavascki, DJe 16.2.2016)

“AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. DIREITO ADMINISTRATIVO E FINANCEIRO. INSCRIÇÃO DE ESTADO-MEMBRO NO SIAFI/CAUC. INSTAURAÇÃO PRÉVIA. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. NECESSIDADE. DEVIDO PROCESSO LEGAL. 1. **A compreensão iterativa do STF é no sentido da necessidade de instauração prévia de Tomada de Contas Especial por parte da União, com observância dos princípios do devido**

processo legal, do contraditório e da ampla defesa, para fins de imposição de medidas restritivas ao acesso de ente federativo a transferências intergovernamentais. 2. É jurisprudência assente não ser viável o sobrestamento de ação cível originária por identidade com a matéria versada em repercussão geral. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.” (ACO 2473 AgR, Rel. Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe 15.5.2018)

Por outro lado, a demonstrar que o procedimento administrativo subjacente à questão possui certa complexidade – como adiante exporei –, julgados há na jurisprudência desta Corte Suprema no sentido de que **a demora na instauração da tomada de contas pelo conveniente** não pode implicar no prejuízo do ente supostamente devedor:

“AÇÃO CAUTELAR. INSCRIÇÃO DE ESTADO-MEMBRO NO SIAFI. ÓBICE À CELEBRAÇÃO DE NOVOS ACORDOS, CONVÊNIOS E OPERAÇÕES DE CRÉDITO. INADIMPLÊNCIA IMPUTADA A EX-GESTORES. APARENTE DEMORA NA INSTAURAÇÃO DE TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. SUSPENSÃO DO REGISTRO DE INADIMPLÊNCIA. LIMINAR DEFERIDA. REFERENDO. 1. O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a ocorrência de conflito federativo em situações nas quais a União, valendo-se de registros de supostas inadimplências dos Estados no Sistema Integrado da Administração Financeira - SIAFI e no CAUC - Cadastro Único de Exigências para Transferências Voluntárias, impossibilita sejam firmados acordos de cooperação, convênios e operações de crédito entre eles e entidades federais. 2. **A aparente demora na instauração de Tomada de Contas Especial, atribuída ao Conveniente responsável pela apuração de eventuais irregularidades praticadas por ex-gestores de convênios, não deve inviabilizar a celebração de novos ajustes**. 3. Medida liminar referendada. (AC 1896 MC, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 01.8.2008)

No mesmo sentido decisão monocrática proferida pelo Ministro Gilmar Mendes (destaquei):

“A questão a ser analisada não é nova neste Supremo Tribunal. Em diversos precedentes análogos, a Corte já se manifestou pela concessão da liminar para afastar a inscrição de Estados em registro, tais como o CADIN e o CAUC, ao argumento de que a inviabilidade

de formalizar acordos e convênios, bem como de receber repasses de verbas, pode gerar prejuízos ainda maiores (inclusive com a paralisação de serviços essenciais) do que a ausência da inscrição do Estado, supostamente devedor, nesses bancos de dados. Ademais, entendeu-se que o registro deveria ser precedido de notificação, conforme preceitua o art. 2º, § 2º, da Lei nº 10.522/2002, como forma de se efetivar a garantia do devido processo legal.

Nesse sentido, os seguintes precedentes: AC-MC nº 39/PR, Rel. Min. Ellen Gracie, decisão monocrática, DJ 11.7.2003; AC-MC nº 223/AP, de minha relatoria, decisão monocrática, DJ 23.4.2004; AC-MC nº 266/SP, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 31.5.2004; AC-MC nº 259/AP, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, unânime, DJ 3.12.2004; AC-QO-MC nº 659/DF, Rel. Min. Carlos Britto, Plenário, unânime, DJ 25.8.2006.

À primeira vista, entendo que, no presente caso, tem-se situação análoga, tanto no que diz respeito à violação do devido processo legal quanto aos possíveis prejuízos que o ente estadual pode vir a sofrer em razão do não recebimento de recursos.

Também se revela plausível, em um juízo preliminar, o argumento segundo o qual o art. 5º, § 2º, da IN/STN nº 01/1997 – ato normativo que disciplina a celebração de convênios pela União – seria aplicável à hipótese.

Consoante o mencionado dispositivo infralegal, os entes estaduais e municipais estão autorizados a receber transferências voluntárias e a celebrar operações de crédito externo, quando as irregularidades constatadas na execução dos convênios possam ser imputadas a governos passados e a tomada de contas especial tenha sido instaurada.

No caso, não é despropositado afirmar que o fato de a tomada de contas especial ainda não ter sido instaurada deve-se exclusivamente à inércia do concedente , o Ministério do Desenvolvimento Agrário, que, a despeito de expressa determinação do Tribunal de Contas, não tomou qualquer providência nesse sentido. Desse modo, o ente estadual não poderia ser sancionado pela omissão do órgão federal, revelando-se aplicável, em uma análise superficial, o disposto na referida instrução normativa. ” (AC 2686 MC, decisão monocrática, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 31.8.2010)

Tal posicionamento não restou avesso a críticas, em especial como pontuado em decisão monocrática pelo Ministro Edson Fachin, ao alertar quanto à conseqüente inversão de procedimento:

“Embora em tais casos estivesse em pauta, frise-se, a demora injustificada do Poder Público em proceder à instauração de Tomada de Contas Especial, que terminava por impossibilitar a suspensão da inscrição do ente federado no CADIN ou no SIAFI, com fundamento no art. 5º, § 2º, da IN 01/1997, da STN, esta Corte passou a inverter o procedimento legalmente previsto para a inscrição dos Estados nos cadastros de inadimplência, passando a prever, para todos os casos, a necessidade da prévia instauração e julgamento de processo de Tomada de Contas Especial para alcançar o reconhecimento definitivo das irregularidades apontadas na execução de Convênio, de modo a permitir a inscrição do ente federado em cadastros federais de inadimplência .” (ACO 2932, Rel. Min. Edson Fachin, decisão monocrática, DJe 31.1.2018, destaquei)

e) Esta progressiva evolução da jurisprudência culminou no entendimento atual, praticamente consolidado neste Supremo Tribunal Federal em sede de ações originárias – conquanto seja o tema central do presente julgamento em **repercussão geral** –, da exigência do **julgamento da tomada de contas especial** como requisito para a inscrição de unidade federativa em cadastros de inadimplentes.

Embora atual, constato que tal compreensão encontra sementes em decisões proferidas há quinze anos (destaquei):

“2. O Estado do Amapá pleiteia a reconsideração, para vir a ser deferida, de imediato, a medida acauteladora. Revela estarem as irregularidades ligadas ao Governo anterior, ‘- é o problema, no Brasil, na administração pública, do desconhecimento da impessoalidade -’ presentes os convênios firmados e, portanto, a utilização de recursos da União. ‘- não tenho nada com o meu antecessor -’ Assevera que ainda não houve o julgamento definitivo do Tribunal de Contas da união, quando, então, ter-se-á campo propício à responsabilização de quem de direito. A permanência da inscrição no SIAFI implica, segundo o sustentado, prejuízo substancial para a população do Estado, porquanto a Unidade Federada dispõe de parques recursos próprios, chegando a dependência, sob o ângulo orçamentário e considerados os repasses da união, a 90%. Aponta que a pecha de inadimplente já obstaculizou o repasse de recursos (...).

3. Não procede a argumentação sobre a origem das irregularidades. A Administração Pública é norteadá pelo princípio da impessoalidade – artigo 37 da Constituição Federal. No mais, **nota-se o risco maior na permanência do quadro, dada, ainda, a circunstância**

de não ter ocorrido o crivo final do Tribunal de Contas da União . O Estado, conforme consta na peça apresentada, é dependente de repasses para viabilizar serviços essenciais concernentes a saúde, segurança e ordem pública. Há de buscar-se posição de equilíbrio, muito embora seja necessária a adoção de medidas para compelir a Administração Pública, da qual se espera postura exemplar, ao cumprimento das obrigações assumidas.

4. Defiro a medida acauteladora, tal como em outros precedentes desta Corte – Ação Cautelar nº 235, relator ministro Sepúlveda Pertence, Ação Cautelar nº 39, relatora ministra Ellen Gracie e Ação Cautelar nº 266, relator ministro Celso de Mello -, para afastar, até decisão final desta ação cautelar, o registro do Estado do Amapá do SIAFI como inadimplente.” (AC 259 MC, Rel. Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ 03.12.2004)

Mais recentemente, o elevado número de casos com esta temática, diuturnamente apresentados por meio de ações originárias ou ações cautelares, instou esta Suprema Corte a se pronunciar inclusive por meio do Tribunal Pleno, repita-se, não obstante a questão pendente de definição em sede recurso em **repercussão geral**, conforme os seguintes julgados:

“AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. DIREITO ADMINISTRATIVO E FINANCEIRO. INSCRIÇÃO DO ESTADO DO MARANHÃO NO SIAFI/CAUC. NECESSIDADE DE PRÉVIA NOTIFICAÇÃO. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal tem entendimento sedimentado de que a inscrição do ente federativo em cadastro de inadimplência deve ser precedido de notificação prévia. 2. **Em respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa, é necessária a abertura e julgamento em processo administrativo para a apuração das supostas irregularidades apontadas pela União** . 3. Agravo regimental desprovido.” (ACO 1519 AgR, Relator Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe 10.5.2017)

“AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. DIREITO ADMINISTRATIVO E FINANCEIRO. INSCRIÇÃO DO ESTADO DO MARANHÃO NO SIAFI/CAUC. NECESSIDADE DE PRÉVIA NOTIFICAÇÃO. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1 . **Esta Corte possui entendimento no sentido de que viola as garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa a inscrição**

do Estado em cadastro de inadimplência federal enquanto não ultimado o processo Tomada de Contas Especial . 2. Inocorrência de violação ao princípio da colegialidade. Tema 327 da Repercussão Geral. RE 607.420, Rel. Min. Rosa Weber. Existência de inúmeros precedentes do Plenário do STF no mesmo sentido da decisão agravada (art. 21, § 1º, do RISTF). 3. Agravo a que se nega provimento.” (ACO 1470 AgR-segundo, Relator Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe 23.5.2017)

“Agravo regimental em ação cível originária. Conflito federativo. Inscrição de estado em cadastros federais de inadimplência. CAUC/SIAFI. Legitimidade passiva ad causam da União. Inscrição sem o prévio julgamento de tomada de contas especial. Matéria submetida à sistemática da repercussão geral. Inexistência de óbice à apreciação do mérito de ação cível de competência originária do Supremo Tribunal. Princípio do devido processo legal. Necessidade de prévia tomada de contas especial. Precedentes. Agravo regimental não provido. 3. **O Supremo Tribunal Federal possui o entendimento de que viola o postulado constitucional do devido processo legal a inscrição do ente federativo no cadastro de inadimplentes sem a garantia do contraditório e da ampla defesa** . Precedentes: ACO nº 1.732/DF-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 2/5/17; ACO nº 732/AP, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 21/6/17; ACO nº 2.605/DF-AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 24/5/16; ACO nº 2.131/MT-AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 20/2/15; ACO nº 1.848/MA-AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 6/2/15; dentre outros. 4. **Sem a conclusão de tomadas de contas especial, ou de outro procedimento específico instituído por lei que permita a apuração dos danos ao erário federal e das respectivas responsabilidades , fica inviabilizada a imposição de restrições para a transferência de recursos entre entes federados**. Precedentes. 5. Agravo regimental não provido.” (ACO 2803 AgR-segundo, Relator Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 20.10.2017)

“Agravos internos em ação cível originária. 2. Direito Administrativo. 3. Convênios. Inscrição em cadastros federais de inadimplentes (Siafi/Cauc/Cadin). 4. **Tomada de Contas Especial. Necessidade. Ausência configura ofensa ao devido processo legal. Jurisprudência sedimentada.** 5. Matéria submetida à repercussão geral. Pedido de sobrestamento do feito pela União. Indeferimento. 6. Irresignação do Estado quanto ao não acolhimento do pedido de inexigibilidade do crédito reivindicado pela União. **Apuração que deve ser feita após a finalização da tomada de contas especial** . 7. Inexistência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 8. Manifesta improcedência das insurgências recursais. Majoração dos

honorários em sede recursal. Precedentes. 9. Negativa de provimento aos agravos internos.” (ACO 2886 AgR-segundo, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 11.3.2019)

A demonstrar como aos poucos se consolidou o entendimento no sentido da necessidade do **prévio julgamento de tomada de contas especial** para a inscrição de unidade federativa em cadastros de inadimplentes, apresento mais alguns julgados desta Corte iniciando por um relatado pelo Ministro Marco Aurélio perante a Primeira Turma, em referendo de liminar (destaquei):

“AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA – SISTEMA INTEGRADO DE ADMINISTRAÇÃO FINANCEIRA DO GOVERNO FEDERAL E CADASTRO ÚNICO DE CONVÊNIOS – INSCRIÇÃO DE UNIDADE DA FEDERAÇÃO – AUSÊNCIA DE OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL – LIMINAR REFERENDADA. Viola o princípio do devido processo legal a inscrição de unidade federativa em cadastros de inadimplentes antes de **iniciada e julgada eventual tomada de contas especial** pelo Tribunal de Contas da União.” (ACO 2159 MC-Ref, Rel. Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 02.6.2014)

Na análise do mérito da mesma ação, foi confirmado tal entendimento, conforme ementa e trecho do voto a seguir reproduzidos (destaquei):

“PROCESSO ADMINISTRATIVO – UNIÃO *VERSUS* ESTADO – CADASTRO DE INADIMPLENTES – DIREITO DE DEFESA. **Considerada irregularidade verificada na observância de convênio, há de ter-se a instauração de processo administrativo, abrindo-se margem ao Estado interessado, antes do lançamento no cadastro de inadimplentes, de manifestar-se .**

O Pleno já assentou ser indispensável a observância da garantia do devido processo legal, especialmente o contraditório e a ampla defesa, relativamente à inscrição de entes públicos nos cadastros federais de inadimplência (questão de ordem na ação cautelar nº 2.032, relator ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 15 de maio de 2008, Diário da Justiça eletrônico nº 53, publicado em 20 de março de 2009).

Não se trata de estabelecer, abstratamente, o julgamento de tomada de contas especial pelo Tribunal de Contas da União como requisito estanque e inafastável da legitimidade das inscrições de

unidades federadas em cadastros de inadimplentes do Governo Federal, tema com repercussão geral reconhecida no recurso extraordinário nº 607.420. Porém, considerada a inobservância do devido processo legal pela União, cumprir fixar o processamento da tomada de contas especial como limiar seguro para o exercício do contraditório no caso concreto.

Ante o quadro, julgo procedente o pedido, confirmando a antecipação dos efeitos da tutela, para afastar o registro do autor no Cadastro Único de Convênios – CAUC e no Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal – SIAFI, no tocante ao contrato de repasse nº 0174399-61/2005, até que seja observado o direito ao contraditório, com o julgamento de tomada de contas especial pelo Tribunal de Contas da União.” (ACO 2159, Rel. Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 27.5.2016)

No mesmo sentido a **ACO 732**, DJe 21.6.2017 e **ACO 1978**, DJe 27.5.2016, ambas sob relatoria do Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma. Desta última cito trecho da ementa, quando se teceu juízo sobre a insuficiência de meras trocas de correspondência para o atendimento dos princípios constitucionais (destaquei):

“PROCESSO ADMINISTRATIVO – UNIÃO *VERSUS* ESTADO – CADASTRO DE INADIMPLENTES – DIREITO DE DEFESA. Considerada irregularidade verificada na observância de convênio, há de ter-se a instauração de processo administrativo, abrindo-se margem ao Estado interessado, antes do lançamento no cadastro de inadimplentes, de manifestar-se. PROCESSO ADMINISTRATIVO – INTIMAÇÃO – CORRESPONDÊNCIAS – TROCA – INSUFICIÊNCIA. **Ante as consequências da conclusão sobre a inadimplência do Estado, cumprir intimá-lo formalmente, o que pode ocorrer mediante postado com aviso de recebimento, sendo insuficiente a troca de memorandos e correspondência sobre o desenrolar da observância do convênio**.” (ACO 1978, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJe 27.5.2016)

Prossigo reproduzindo outros julgados a demonstrar como foi se consolidando este entendimento nesta Corte Suprema:

“ 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 . 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.” (ACO 2067 AgR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 10.8.2015)

Na mesma esteira decisão monocrática da lavra do Ministro Roberto Barroso (destaquei):

“Com efeito, a jurisprudência desta Corte tem reconhecido a **necessidade da instauração e julgamento da tomada de contas especial antes da inscrição do Estado-membro nos cadastros federais de inadimplência**. Nesse sentido, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ACO 2.131AgR, Rel. Min. Celso de Mello, definiu que viola o princípio do devido processo legal a inscrição de ente federativo no CAUC/SIAFI/CADIN sem que se estabeleça a garantia do contraditório e da ampla defesa.” (ACO 1732, Rel. Ministro Roberto Barroso, DJe 12.8.2016)

Também nesta compreensão vários outros julgados desta Corte Suprema sob relatoria do Ministro Dias Toffoli:

“Agravos regimentais em ação cível originária. Conflito federativo. Inscrição de estado em cadastros federais. CAUC/SIAFI. Necessidade de prévia tomada de contas especial. Agravos não providos. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal proferiu o entendimento de que viola o postulado constitucional do devido processo legal a inscrição do ente federativo no cadastro de inadimplentes sem a garantia do contraditório e da ampla defesa. Precedentes: ACO 2.131/MT-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 20/2/2015; ACO nº 2605/DF-AgR Tribunal Pleno, Relator o Min. Teori Zavascki, DJe de 16/2/16. 2. **Sem a conclusão de tomadas de contas especial, ou de outro procedimento específico instituído por lei, que permita a apuração dos danos ao erário federal e das respectivas responsabilidades, fica inviabilizada a imposição de restrições para a transferência de recursos entre entes federados** . 3. Agravos não providos. (ACO 1724 AgR, Rel. Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 08.4.2016)

Ainda no mesmo sentido a **ACO 2071** AgR, DJe 08.4.2016 e a **ACO 1708** , DJe 11.4.2016, ambas sob relatoria do Ministro Dias Toffoli perante o Tribunal Pleno. Desta última, extraio trecho do voto proferido por Sua Excelência (destaquei):

“No caso destes autos, não há notícia da conclusão de tomadas de contas especial – ou de outro procedimento de âmbito legal – que permita a apuração dos danos ao erário federal e das respectivas responsabilidades.

Trocas de ofício entre a União e o ente apontado como faltoso não servem de comprovação da garantia da ampla defesa e do contraditório ; ao contrário, demonstram a fragilidade dessa espécie de procedimento para a obtenção do ressarcimento ao erário e, sobretudo, para a apuração de responsabilidades. Trata-se de procedimento unilateral, decidido pela própria União, sem indicação de garantias processuais, porque de processo não se trata.

Diversamente, a tomada de contas especial ,

‘ é um processo administrativo devidamente formalizado, com rito próprio, para apurar responsabilidade por ocorrência de dano à administração pública federal a fim de obter o respectivo ressarcimento. Essa dinâmica tem por base a apuração de fatos, a quantificação do dano, a identificação dos responsáveis, nos termos do art. 2º da IN TCU 71/2012’ [...]

A TCE, ademais, tem suas regras e pressupostos definidos em lei (Lei nº 8.443/92) e por meio dela se permite tornar o dano sob apuração em dívida líquida e certa, por meio de decisão com eficácia de título executivo extrajudicial (art. 71, § 3º, da CF/88 e art. 585, VII, do CPC).

Antes, portanto, da instauração da tomada de contas especial não há validade na inscrição do ente federado em cadastros restritivos, por ausência do devido processo legal para tanto exigido .

Saliente-se que

‘em regra, a TCE deve ser instaurada pela autoridade competente do próprio órgão ou entidade jurisdicionada (responsável pela gestão dos recursos), em face de pessoas físicas ou jurídicas que deram causa ou concorreram para a materialização do dano, depois de esgotadas as medidas administrativas internas com vista à recomposição do erário ou à elisão da irregularidade’ [...]

Saliente-se, por fim, que o registro da inadimplência no “sistema de gestão do instrumento” determinado pela Lei nº 10.522/02 não autoriza, por si, a aplicação de restrições ao ente federado tido por inadimplente. A inscrição que implica limitação a direitos, para ser efetivada, há de ser sempre acompanhada do devido processo legal.

Dessa feita, **porque não ultimado o procedimento de tomada de contas especial**, tenho – nos termos da recente jurisprudência desta Corte – **que é ilegítima a inscrição do Estado autor nos cadastros de inadimplência federal**.” (ACO 1708, Rel. Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 11.4.2016)

De decisão monocrática da lavra do saudoso Ministro Teori Zavascki, proferida na ACO 1478, DJe 18.2.2016, mantida pelo Plenário em sede de agravo regimental, extraio os seguintes trechos na mesma compreensão (destaquei):

“2. Há um fundamento por si só suficiente para acolher o pedido. É o que diz respeito à ofensa ao postulado do devido processo legal. Realmente, **esta Corte tem reconhecido a indispensabilidade de instauração de prévio processo de tomada de contas especial como requisito para inclusão de entidades públicas em cadastro de inadimplência**. A propósito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ACO 2.131/MT-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 20/2/2015, proferiu entendimento no sentido de que viola o postulado constitucional do devido processo legal a inscrição do ente federativo no cadastro de inadimplentes sem a garantia do contraditório e da ampla defesa, conforme se verifica do inteiro teor do voto do relator, seguido pela unanimidade dos Ministros, cujo excerto é a seguir reproduzido:

Com efeito, tenho para mim que a inscrição, no SIAFI/CADIN /CAUC, do Estado do Maranhão, com todas as graves restrições jurídicas que daí derivam, sem que se tenha precedido à prévia instauração de processo de “tomada de contas especial”, ocasiona, em tese, violação ao postulado constitucional do devido processo legal (também aplicável aos procedimentos de caráter meramente administrativo).

Cabe advertir, por relevante, considerada a essencialidade da garantia constitucional da plenitude de defesa e do contraditório, que a Constituição da República estabelece, em seu art. 5º, incisos LIV e LV, que ninguém pode ser privado de sua liberdade, de seus bens ou de seus direitos sem o devido processo legal, notadamente naqueles casos em que se viabilize a possibilidade de imposição, a determinada pessoa ou entidade, de medidas consubstanciadoras de limitação de direitos.

[...]

Registra-se que **a União não comprovou, no caso particular dos autos, ter concluído à tomada de contas especial com a promoção do contraditório e ampla defesa. Os autos indicam que os objetos dos**

convênios celebrados foram concluídos, e exigir a devolução dos valores antes de um processo transparente e justo mostra-se desproporcional.

Salienta-se, por fim, que o fundamento para impedir ou excluir a inscrição limita-se à ausência de prévia tomada de contas especial. Observado o postulado do devido processo legal, com a respectiva apuração das irregularidades, indicação das responsabilidades e estabelecimento do débito, em tese, não remanesce empecilho à devida responsabilização, nos termos da legislação aplicável.

3. Ante o exposto, não estando ultimada a tomada de contas especial e atendidas as garantias constitucionais do devido processo legal, julgo procedente o pedido inicial para determinar que a União se abstenha de adotar medidas restritivas ao Estado da Bahia.” (ACO 1478 AgR, Rel. Min. Teori Zavaski, Tribunal Pleno, DJe 1º.4.2016)

Ainda do sempre saudoso Ministro Teori Zavascki é o seguinte trecho de decisão monocrática proferida na ACO 1663-AgR, quando reconsiderou decisão anterior de sua própria lavra (destaquei):

“Cumpre ressaltar que, de acordo com as informações constantes na petição inicial, a inscrição do Estado do Maranhão no Cadastro Único de Convênio – CAUC, que ora se objetiva glosar, decorreu de divergências na utilização dos recursos com o plano de trabalho avençado nos Convênios SPPE/MTE 42/2006, 15/2003, 22/2004 e 82/2004, firmados com a Secretaria de Políticas Públicas de Emprego do Ministério do Trabalho e Emprego.

O art. 5º, § 2º, da Instrução Normativa 01/97, da STN, por sua vez, dispõe que:

Art. 5º. É vedado:

I - celebrar convênio, efetuar transferência, ou conceder benefícios sob qualquer modalidade, destinado a órgão ou entidade da Administração Pública Federal, estadual, municipal, do Distrito Federal, ou para qualquer órgão ou entidade, de direito público ou privado, que esteja em mora, inadimplente com outros convênios ou não esteja em situação de regularidade para com a União ou com entidade da Administração Pública Federal Indireta;

II - (...)

§ 2º. Nas hipóteses dos incisos I e II do parágrafo anterior, a entidade, se tiver outro administrador que não o faltoso, e uma vez comprovada a instauração da devida tomada de contas especial, com imediata inscrição, pela unidade de contabilidade analítica, do potencial responsável em conta de Diversos Responsáveis, poderá ser liberada para receber novas transferências, mediante suspensão da

inadimplência por ato expresso do ordenador de despesas do órgão concedente.

Instada a se manifestar, a União não comprovou, no caso particular dos autos, ter procedido à instauração da tomada de contas especial. Limitou-se a mencionar o envio de ofícios à Secretaria de Estado de Trabalho e Economia Solidária/MA, com a finalidade de alertar a inadimplência e obter justificativas.

Nesse cenário, configura-se desarrazoado atribuir ao agravante as consequências do registro em cadastro de restrições quando não lhe é permitido fazer uso de um procedimento que lhe garanta a ampla defesa. De fato, a comunicação de irregularidades por meio do envio de ofícios e pareceres, por si só, não se revela capaz de consagrar o princípio do devido processo legal .

Esta Corte tem acolhido pedidos semelhantes para excluir ou impedir a inscrição de Estados-membros da Federação em cadastros de inadimplentes (CAUC, SIAFI, CADIN) nas hipóteses em que não precedida da respectiva tomada de contas especial. Nesse sentido:

[...]

4. Ante o exposto, reconsidero a decisão agravada para julgar parcialmente procedente o pedido inicial e determinar que a União se abstenha de adotar medidas restritivas ao Estado do Maranhão (tais como a negativa de transferência de recursos ou a inscrição em cadastros de devedores), tendo por base os Convênios SPPE/MTE 015 /2003, 022/2004, 082/2004 e 042/2006, **enquanto não ultimada a tomada de contas especial** , observadas todas as garantias constitucionais do devido processo legal ." (ACO 1663 AgR, decisão monocrática, Rel. Ministro Teori Zavascki, DJe 03.6.2016)

Na mesma compreensão decisões monocráticas do Ministro Gilmar Mendes (destaquei):

"Em outras palavras, primeiro a União – por meio de seus órgãos constitucionalmente previstos para tanto – deve proceder à tomada de contas especial e, somente após o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, é que se permite a inscrição dos demais entes federativos em cadastros restritivos , situação que claramente não foi respeitada nestes autos, razão pela qual reputo presente a fumaça do bom direito." (ACO 2745, decisão monocrática, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 29.2.2016)

"No que se refere à violação aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, entendo que assiste razão ao Estado do Acre.

A jurisprudência desta Corte firmou posicionamento no sentido de que a inscrição em cadastro de inadimplentes, o qual repercute no

repassa de verbas imprescindíveis para a continuidade de projetos nos entes estaduais e municipais, deve ser precedida de tomada de conta especial. Nesse sentido: [...]

Dito de outra forma, primeiro a União por meio de seus órgãos constitucionalmente previstos para tanto deve proceder à tomada de contas especial e, somente após o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, é que se permite a inscrição dos demais entes federativos em cadastros restritivos, situação que claramente não foi respeitada nestes autos, razão pela qual reputo assistir razão ao Estado do Acre.

Assim, a sanção imediata, sem a prévia concessão de possibilidade de defesa, mediante apuração de possíveis irregularidades via procedimento de tomada de contas especial, constitui violação ao devido processo legal por parte de União. No mesmo sentido: [...]

Seria ônus da União demonstrar que tais inscrições no SIAFI /CAUC obedeceram ao devido processo legal, respeitando tal condição prévia ao estabelecimento de sanção, o que não restou comprovado, por ora, nos autos.

Ademais, a Lei nº 10.522/2002 em seu art. 2º, § 2º, estabelece que a inclusão no CADIN ocorrerá após o decurso de 75 (setenta e cinco) dias da notificação do ente devedor, a saber:

‘Art. 2º O Cadin conterá relação das pessoas físicas e jurídicas que: (...)

§ 2º A inclusão no Cadin far-se-á 75 (setenta e cinco) dias após a comunicação ao devedor da existência do débito passível de inscrição naquele Cadastro, fornecendo-se todas as informações pertinentes ao débito’.

Não descuido que o art. 8º, § 2º, da Lei 11.945/2009 trouxe prazo diverso, *in verbis* :

‘Art. 8º Os órgãos e entidades da administração pública federal responsáveis pela inscrição de pendências relativas a obrigações fiscais, legais ou de natureza financeira ou contratual devidas por Estados, Distrito Federal ou Municípios e que compõem a base de informações para fins de verificação das condições para transferência voluntária da União deverão:

I - adotar procedimento prévio de notificação como condicionante à inscrição definitiva de pendência nos sistemas próprios, cadastros ou bancos de dados de controle utilizados para essa finalidade;

II - manter, em seus sistemas, cadastros ou bancos de dados de controle, as informações sobre a data da notificação e o prazo para inscrição definitiva da pendência.

(...)

§ 2º Na hipótese de inexistência de prazo diverso previsto em regulamentação própria para o procedimento de que trata este artigo, o prazo para inscrição definitiva da pendência será de 45 (quarenta e cinco) dias, contado da data da notificação.'

Contudo, nesse exame perfunctório, destaque-se que a própria norma do § 2º - acima transcrito - transparece excepcionar os prazos previstos em legislação específica, o que parece ser a hipótese daquele concedido na Lei 10522/02, que regula o cadastro informativo de créditos não quitados do setor público federal (Cadin)

Do que se observa da documentação acostada aos autos, foi conferido o prazo de apenas 45 (quarenta e cinco) dias ao Deracre, em desconformidade com a regra acima (eDOC 17).

Portanto, além de não ter sido realizado o procedimento de tomada de contas, também não parece ter sido oportunizado o tempo legalmente estabelecido para que o ente pudesse se manifestar sobre as irregularidades apontadas no convênio 117/2004, caracterizando a probabilidade do direito (art. 300 do CPC)." (ACO 2966 MC, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 01.2.2017)

Ainda mais recentemente, em julgado sob minha relatoria – embora não fazendo juízo de valor quanto à necessidade do prévio julgamento da tomada de contas –, ressaltou a Primeira Turma desta Suprema Corte a importância do respeito ao **devido processo legal** :

“Quanto ao tema de fundo, também nada colhe o agravo, pelo menos em exame prévio e perfunctório, próprio da fase processual em que se encontram os autos e da providência deferida – antecipação dos efeitos da tutela -, presentes os requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora* .

Consoante se observa das peças processuais, especialmente da inicial e do agravo regimental em exame, o Estado de Rondônia, ao fundamentar seu requerimento de retirada dos registros relativos aos Convênios nºs 780467 e 34089/1997, 348846/1998 e 412810/2001, ampara-se em dois fundamentos principais, ambos afetos ao devido processo legal a ser obedecido na hipótese: (i) ausência de formal notificação do Estado, antes da sua inscrição nos cadastros de inadimplentes do Governo Federal; e (ii) omissão da ré quanto à instauração de tomada de contas especial perante o TCU, também previamente à inscrição, argumento que não se aplica ao Convênio nº 348845/1998, em relação ao qual a TCE foi regularmente instaurada (evento nº 9).

Pois bem, neste contexto, principio por anotar que a Lei de Responsabilidade Fiscal ineludivelmente condiciona a realização de

transferências voluntárias entre os entes da Federação ao cumprimento de diversas exigências, dentre as quais a “prestação de contas de recursos anteriormente recebidos”, nos termos do seu art. 25, IV, a . De outra banda, também é ineludível que, pautada a administração pública pelo princípio da legalidade estrita, está a União obrigada a proceder ao cadastramento das informações relativas ao descumprimento de obrigações por parte dos entes potencialmente destinatários das transferências voluntárias, a fim de dar cumprimento aos dispositivos da LRF.

No entanto, necessário ponderar que, dadas as consequências seríssimas que podem advir da negação de entes federativos de esferas menores – estados e municípios –, mormente com relação ao não recebimento de recursos indispensáveis ao desenvolvimento de atividades de interesse público primário, há obrigatoriedade de que os procedimentos de alimentação destes cadastros do setor público obedeçam, de maneira estrita, aos ditames constitucionais pertinentes ao devido processo legal, tanto em seu sentido formal quanto substancial .

Abro parêntese, neste ponto, para mencionar que não ignoro o caráter informativo do CAUC, alimentado que é por outros cadastros de inadimplentes, conforme exposto nas razões do presente agravo. Porém, tenho que as anotações contidas neste e em outros cadastros utilizados pela União acarretam, ainda que potencialmente, graves restrições de ordem jurídica, podendo causar prejuízos vários aos entes neles inscritos. Assim sendo, pouco importa se a natureza do cadastro é sancionatória ou informativa: as consequências práticas dele advindas obrigam que as informações sejam fidedignas e precedidas do devido processo legal.

Então, reafirmo, **a garantia do devido processo legal há de ser respeitada, inclusive, em seu aspecto material. Não se trata, neste esteio, de obedecer a mera formalidade, oportunizando à parte interessada a apresentação de defesa, mas de, efetivamente, levar tal defesa em consideração, garantindo que haja uma participação equânime no processo administrativo, que não deve produzir uma decisão final materialmente unilateral .**

Nessa senda, mostra-se relevante a alegação exordial de que não foi o Estado membro regularmente intimado da iminente anotação de inadimplência nos cadastros do Governo Federal, circunstância contraditada no agravo regimental em exame em relação ao Convênio nº 780467/1997, cuja notificação foi comprovada pelo documento objeto do evento nº 27.

Omissão dessa ordem feriria, sem dúvida, o devido processo legal, cuja inobservância inviabilizaria a imposição das consequências jurídicas decorrentes do inadimplemento do Estado autor em relação aos convênios arrolados nos autos. No caso, o bloqueio de acesso a

transferências voluntárias, nos termos da Lei de Responsabilidade Fiscal não poderia ser imposto.

No entanto, emerge das alegações da parte autora que ela própria não tem a informação precisa a respeito, tendo-se limitado a aduzir, conforme se vê à fl. 8 de sua exordial (evento nº 2), que diante do lapso temporal desde a execução dos convênios, bem como das diversas alterações dos grupos de poder em exercício da Chefia do Executivo e, ainda, de problemas organizacionais que não podem ser imputados à presente administração, o Estado de Rondônia, atualmente, não possui maiores detalhes acerca dos convênios cujas irregularidades foram causa de sua inscrição no CAUC.

Por óbvio que, se é para assegurar a aplicação da sanção prevista no art. 25, IV, a, da LRF que a União realiza as anotações de inadimplência, está obrigado o ente central à observância do contraditório na apuração da inadimplência. O desatendimento de tais princípios, no entanto, não está comprovado, e era ônus da parte que o alega, inexistindo razão para inverter o encargo probatório em desfavor da União pela escusa de desorganização do Poder Executivo do Estado membro.

Melhor sorte, no entanto, assiste ao argumento de que ainda não instaurada tomada de contas especial relativamente aos Convênios nºs 780467, 340809/1997 e 412810/2001, para fins de apurar responsabilidades na não conclusão do objeto da avença. Quanto ao tema, divergem as partes litigantes a respeito da necessidade desta instauração previamente à inscrição do conveniado nos cadastros de inadimplentes do Governo Federal .

Ocorre que o Plenário Virtual desta Casa, ao exame do RE 607.420-RG/PI, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, minha antecessora, reconheceu como de repercussão geral o tema - necessidade de prévio julgamento da Tomada de Contas Especial como exigência para a inclusão de ente federativo no SIAFI, ainda pendente de julgamento. Eis o teor da respectiva ementa:

LEGITIMIDADE DA INSCRIÇÃO DE MUNICÍPIO NO CADASTRO DE INADIMPLENTES DO SISTEMA INTEGRADO DE ADMINISTRAÇÃO FINANCEIRA DO GOVERNO FEDERAL SIAFI. NECESSIDADE DE PRÉVIO JULGAMENTO DE TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

Esta indefinição aconselha o reconhecimento de existência, no caso debatido nos autos, do *fumus boni juris* necessário à manutenção da antecipação de tutela deferida pela decisão recorrida. [...]

Nesse contexto, no juízo de cognição sumária que se mostra cabível nesta fase processual, entendo presentes os requisitos para a manutenção da tutela de urgência concedida anteriormente, mesmo que, no julgamento do mérito, com o advento de novas informações, se possa chegar a conclusão distinta. Recurso de agravo regimental

conhecido e não provido. É como voto.” (ACO 2800, Rel. Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 13.3.2017)

Noutra oportunidade, também em julgamento sob minha relatoria, a Primeira Turma confirmou decisão final na qual reconheci violado o **devido processo legal sem que concluída a discussão administrativa sobre as prestações de contas dos convênios em questão**. Eis a ementa e trechos da decisão confirmada no julgamento a demonstrar o contexto fático da demanda:

“[...] Então, reafirmo, a garantia do devido processo legal há de ser respeitada, inclusive, em seu aspecto material. Não se trata, em absoluto, de mera formalidade, oportunizando-se à parte interessada a apresentação de defesa, mas de, efetivamente, levar tal defesa em conta, garantindo participação equânime no processo, ainda que administrativo, que não deve produzir decisão final materialmente unilateral.

De tal maneira, as consequências jurídicas do inadimplemento do Estado autor em relação aos convênios arrolados nos autos - no caso, o bloqueio de acesso à transferências voluntárias, nos termos da Lei de Responsabilidade Fiscal -, somente poderiam ser impostas após a decisão administrativa no procedimento de prestação de contas no qual instado a apresentar defesa. **A aplicação da restrição contida no art. 25, IV, a, da LRF antes de concluída a prestação de contas relativa aos recursos anteriores fere, indubitavelmente, a garantia do devido processo legal.**

Consequentemente, se é para assegurar a aplicação da sanção prevista no art. 25, IV, a, da LRF que a União realiza as anotações de inadimplência, **mostra-se como obrigação da União a análise e o julgamento da matéria pendente, procedendo-se com a conclusão da prestação de contas antes da inscrição no SIAFI/CAUC e demais cadastros**. “[...]” (ACO 900-AgR, Rel. Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 10.3.2017)

Ainda no afã de demonstrar a construção jurisprudencial do tema por este Supremo Tribunal, do Plenário, sob a relatoria do Ministro Dias Toffoli, reproduzo o seguinte julgado, em que consignado que sua conclusão se realizava sem prejuízo da existência do debate pendente em sede de repercussão geral:

“Agravos regimentais em ação cível originária. Conflito federativo. Inscrição de estado em cadastros federais de inadimplência. CAUC/SIAFI sem o prévio julgamento de tomada de contas especial. Matéria submetida à sistemática da repercussão geral. Inexistência de óbice à apreciação do mérito de ação cível de competência originária do Supremo Tribunal. Princípio do devido processo legal. Necessidade de prévia tomada de contas especial. Precedentes. Agravo regimental não provido. 1. **O reconhecimento da existência de repercussão geral da questão constitucional veiculada em recurso extraordinário implica a possibilidade de sobrestamento tão somente de recursos que versem a mesma controvérsia, efeito que não atinge as ações de competência originária do Supremo Tribunal Federal. Inexistência de óbice à apreciação do mérito da presente ação.** 2. **O Plenário do Supremo Tribunal Federal proferiu o entendimento de que viola o postulado constitucional do devido processo legal a inscrição do ente federativo no cadastro de inadimplentes sem a garantia do contraditório e da ampla defesa. Precedentes: ACO 2.131/MT-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 20/2/2015; ACO nº 2605/DF-AgR Tribunal Pleno, Relator o Min. Teori Zavascki, DJe de 16/2/16.** 3. **Sem a conclusão de tomadas de contas especial, ou de outro procedimento específico instituído por lei que permita a apuração dos danos ao erário federal e das respectivas responsabilidades, fica inviabilizada a imposição de restrições para a transferência de recursos entre entes federados.** Precedentes. 4. Agravo regimental não provido. (ACO 2591 AgR, Rel. Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 02.12.2016)

Por fim, em igual sentido, mais recentes decisões monocráticas proferidas pelo Ministro Ricardo Levandowski na **ACO 2733**, DJe 03.5.2017, e na **ACO 2790**, DJe 05.5.2017. Desta última extraio o seguinte trecho (destaquei):

“É, portanto, **com fundamento no princípio do devido processo legal que se tem entendido ser imprescindível a conclusão da Tomada de Contas Especial por parte do Tribunal de Contas para que a União possa realizar a inserção de Estado-Membro em cadastros federais desabonadores** .

Transportando-se esse raciocínio para o caso dos autos, percebe-se que não foi concluída a tomada de contas especial para a apuração dos danos ao Erário Federal, bem como das respectivas responsabilidades.

Nesse diapasão, deve-se ressaltar que a TCE é um procedimento administrativo com rito próprio, que tem suas regras e pressupostos definidos na Lei 8.443/1992 e que permite não somente a apuração, mas também a liquidação do dano em dívida líquida e certa, por meio

de decisão com eficácia de título executivo extrajudicial (art. 71, § 3º, da CF/88).

Diante desse cenário, foi ineficiente e arbitrária a inscrição do Estado-membro nos cadastros federais desabonadores sem a prévia conclusão da TCE perante o Tribunal de Contas da União." (ACO 2790, decisão monocrática, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 05.5.2017)

Enfim, tenho por exposta a jurisprudência desta Corte Suprema, com vênua pela extensão, a revelar árduo trabalho realizado por esta Casa corroborando a relevância da temática.

Para resumir, descrevo novamente em tópicos, de forma mais precisa, a evolução dos principais argumentos abordados no contexto da inserção de entes públicos em cadastros de inadimplentes:

1. **débitos de responsabilidade exclusiva do administrador anterior** (em que invocada a *intranscendência das sanções*);
2. **débitos de responsabilidade exclusiva de ente com personalidade jurídica própria (como as autarquias), ou autônomo por deliberação expressa da Constituição Federal (como os Poderes Legislativo e Judiciário, ou ainda o Ministério Público ou o Tribunal de Contas) em relação ao Poder Executivo** (em que invocada a *intranscendência das sanções*);
3. **incidência do princípio da reserva legal** (por exemplo, quando da previsão do CAUC por norma infralegal);
4. necessidade de **notificação prévia** do suposto inadimplente;
5. necessidade de prévia **instauração da tomada de contas especial** ;
6. **demora** da Administração Pública em instaurar o processo de tomada de contas especial para apurar a responsabilidade de ex-gestores e ;
7. necessidade do **julgamento da tomada de contas especial** .

Resta agora aprofundar no tema a refletir se a exegese da exigência do **julgamento da tomada de contas especial** (nas hipóteses em que cabível) é efetivamente a que melhor atende os primados do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

II. MÉRITO – O JULGAMENTO DA TOMADA DE CONTAS ESPECIAL (QUANDO CABÍVEL) COMO REQUISITO PARA A INCLUSÃO DE ENTE PÚBLICO EM CADASTROS DE INADIMPLENTES

Eis, em resumo, a sistemática da questão em julgamento, sem prejuízo do detalhamento, na sequência, de cada um dos aspectos mencionados.

A União invoca analogicamente o art. 160, I, da CF, para defender a possibilidade de condicionar a realização de quaisquer tratativas (com os Municípios, Estados ou Distrito Federal) ao “ **pagamento de seus créditos** ”.

Os “termômetros” que utiliza para verificar se o ente está ou não adimplente, são os tais *cadastros*, pois **a lei vincula** a consulta a eles para a realização das tratativas (e não é objeto deste feito a constitucionalidade de tais dispositivos legais).

Todavia, os cadastros abrangem mais do que a simples *inadimplência financeira*, (ou seja, o não pagamento de seus créditos), mas também outros fatos (que chamei de *inadimplência obrigacional*), tais como descumprimento parcial ou total de convênio, termo ou parceria ou desaprovação de suas contas; não envio de determinadas informações ou não prestação de contas; descumprimento de obrigação legal ou constitucional (por exemplo gasto mínimo com saúde ou educação) e; dívida financeira (em virtude, por exemplo, do não-pagamento de financiamentos concedidos pela União ou por terceiros com seu aval).

De tais fatos, apenas alguns são passíveis de serem submetidos a *tomada de contas especial*.

Uma vez no cadastro, estão os entes impedidos, por disposição legal, de receber transferências voluntárias.

Pois bem.

Registro, ainda em sede introdutória, que nem todas as restrições lançáveis em cadastros de inadimplentes são passíveis de análise por meio

de tomada de contas especial, daí porque tal exigência pressupõe **seu cabimento** à hipótese.

E mesmo, nos casos em que cabível, a demonstrar a existência de caminhos alternativos, registro novamente a opinião do magistrado Abher Youssif Mota Arabi, para quem possível, em alguns casos, a comprovação imediata do dano independentemente da tomada de contas especial (mesmo sendo esta cabível), para inclusão de restrição nos referidos cadastros (destaquei):

“A Tomada de Contas Especial e a inscrição de ente federativo no CAUC/SIAFI são figuras que possuem finalidades diferentes. Com efeito, **se verificada a ocorrência de prejuízo ao erário em razão da não prestação de contas, da aplicação incorreta de recursos recebidos ou de outro motivo pertinente**, deve-se sim abrir o processo de TCE, ao mesmo tempo em que, **se já efetivamente comprovado o dano, a irregularidade deve ser registrada nos cadastros federais de inadimplência**, conforme previsto na legislação atinente .

Aliás, a própria instauração de procedimento de Tomada de Contas Especial já pressupõe a efetiva comprovação da existência de prejuízo ao erário, e não apenas seu mero indício ou suspeita . Assim, nos casos em que for cabível a TCE, já se terá, em tese, a comprovada situação de dano ao erário, **o que já seria motivo para inscrição nos referidos cadastros** . Observe-se, porém, que, antes que se proceda a essa inscrição em procedimento anterior e diferente do da Tomada de Contas Especial, deve-se oportunizar ao ente que será inscrito a possibilidade de exercício do contraditório e da ampla defesa [...].”

Desde já pontuo entender, em parcial consonância com as ponderações feitas no citado artigo, que o caminho para a solução do caso passa pelo necessário discernimento de algumas hipóteses fáticas para, com relação a elas, dispensar (ainda que cabível) a tomada de contas especial como requisito para a inclusão da restrição cadastral por não vislumbrar, em tais casos, violação às garantias constitucionais da ampla defesa ou do devido processo legal.

Destarte, adentro mais no estudo do tema a buscar, com o necessário desassombro, possíveis saídas alternativas, e ao mesmo tempo seguras, para a questão em debate.

II.1. Bens jurídicos em conflito: *eficiência na gestão financeira X colaboração mútua dos entes federativos X ampla defesa, contraditório e devido processo legal* .

Exposta longamente a jurisprudência desta Corte Suprema, salutar o aprofundamento do conteúdo normativo que cerca o tema, a esclarecer sua relativa complexidade, o que faço partindo da Constituição Federal.

No espectro suficiente ao deslinde da questão, encontra-se a adoção do sistema federativo e a necessária inter-relação entre entes federados, representada, no seu viés financeiro, pelas transferências de recursos nas espécies *obrigatória* e *voluntária* .

Não obstante serem várias as possibilidades de transferências voluntárias, interessa-nos aquelas decorrentes da relação entre os entes federados, cuja origem remonta à divisão de competências estabelecida pelo art. 23 da Constituição Federal, a exigir **cooperação** mútua, voltada *ao equilíbrio do desenvolvimento e do bem estar em âmbito nacional* , como expressamente prevê o parágrafo único do referido artigo.

Também dão guarida a este sistema cooperativo os arts. 30, VI e VII, 216-A, § 1º, IV, 219-A, e 241 da Constituição Federal, dispondo sobre a mútua colaboração em diversas áreas como saúde, educação, habitação, meio ambiente, cultura, ciência e tecnologia.

Convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres (na terminologia do art. 71, VI, da Constituição Federal), compõem o rol de ferramentas aptas ao atingimento dos fins buscados no interesse comum destes entes.

Paralelamente ao *desideratum* da efetiva cooperação, encontra-se, derivado do princípio republicano, o dever da boa gestão do dinheiro público. Da Constituição Federal o extraímos representado pela busca da **eficiência na gestão financeira** , conforme arts. 37, *caput*, 70 e 74, II.

E a mensuração da qualidade da gestão, feita pela Administração Pública para fins de efetivar a cooperação via transferência de recursos,

passa pelo respeito às garantias, de que titulares quaisquer sujeitos de direito, dos primados do **contraditório**, da **ampla defesa** e do **devido processo legal**, conforme art. 5º, LIV, e LV da Constituição Federal, no âmbito administrativo.

Contendo, ambos os lados da questão posta, bens jurídicos de valor relevante, conquanto não se possa inviabilizar a sobrevivência financeira de ente público, deve-se, concomitantemente, zelar pela boa aplicação de novos recursos sem ferir as **garantias** de que também gozam as pessoas jurídicas de direito público, inclusive na esfera administrativa.

Quanto a este tema, creio dominante, na doutrina jurídica atual, a ideia da aplicação, também no campo administrativo, dos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Sobre o “devido processo”, trago a doutrina de J. J. Gomes Canotilho, quando afirma que “ **processo devido em direito** significa a obrigatoriedade da observância de um tipo de processo legalmente previsto antes de alguém ser privado da vida, da liberdade e da propriedade. Nestes termos, o processo devido é o processo previsto na lei para a aplicação de penas privativas da vida, da liberdade e da propriedade”.

Trata-se, nos dizeres de Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, de “ *um sistema de limitações ao exercício do poder, seja em sede jurisdicional, administrativa ou legislativa. Com toda essa relevância política, o due process é um irmão siamês da democracia e do Estado de Direito, chegando a constituir a base sistemática de todas as demais garantias constitucionais. Ele é composto por intransponíveis landmarks além dos quais não podem passar o próprio legislador, o administrador e sequer o juiz, sob pena de violação ao regime democrático constitucionalmente assegurado.*” Segundo os mesmos doutrinadores, o conteúdo de sua fórmula se desdobra “ *em um rico leque de garantias específicas*”, dentre elas, “ *o contraditório e a ampla defesa, [...], assegurados em todos os processos, inclusive os administrativos, desde que neles haja litigantes ou um acusado*”.

Para Egon Bockmann Moreira, “ *o Direito Brasileiro encampa ambos os aspectos, processual e substancial da cláusula. Desta forma, nas ocasiões em*

que, direta ou indiretamente, se restringem a liberdade ou bens, o princípio do devido processo legal assegura submissão a prévios e conhecidos ritos processuais e observância de limitações substanciais. Cabe o contraste entre o interesse público definido pelos Poderes Administrativo ou Legislativo e os direitos fundamentais, tal como protegidos constitucionalmente.”

Enfim, justamente desta tensão, formada, numa ponta, por entes federados carentes de recursos e, noutra, entes preocupados em garantir a eficiência na gestão financeira mas, ao mesmo tempo, obrigados a assegurar as garantias constitucionais daqueles, emerge a problemática posta no presente caso.

II.2. Os cadastros como ferramenta vinculante para a concessão de crédito.

Neste contexto, de necessidade de verificação, por parte do concedente, da situação financeira dos entes com os quais pretende entabular novas transferências de recurso, é que surgem os tais “cadastros de inadimplentes”, alguns conhecidos pelas siglas CADIN, SIAF, CAUC, SICONV e SIOPE.

Sem aprofundar, neste momento, à origem ou significado de cada um deles, fato é que são espécies de bancos de dados abastecidos de informações que – elas sim –, podem trazer consequências negativas ao recebimento de novos recursos, a depender das exigências constantes no ordenamento jurídico.

Em tese, se a União fosse um ente pensante, com vontade própria, como uma pessoa física, poderia, ciente que determinado conveniente em perspectiva restou inadimplente em tratativa anterior, simplesmente não fazer novos ajustes. Mas, não sendo assim, e possuindo a União inúmeros órgãos e agentes, observa-se tem ela optado por criar tais bancos de dados de sorte que todos os seus órgãos, pessoas jurídicas a ela vinculadas e agentes públicos, conheçam eventuais inadimplências de um possível ente contratante municipal ou estadual com outros entes federais.

A legislação **vincula** a realização de novas tratativas para transferência de recursos públicos entre entes federados, à prévia consulta aos referidos

cadastros. Mencionarei a seguir as normas que assim dispõem, anotando que a constitucionalidade ou não de tais dispositivos **não é objeto do presente recurso extraordinário** .

Poder-se-ia, de fato, questionar se razoável ou não, à luz das normas constitucionais que dispõem sobre o federalismo cooperativo, **vincular** as *transferências voluntárias* de recursos a regras rígidas de verificação de adimplência da entidade subnacional tomadora dos recursos. Mas, repito, o tema não foi apresentado sob esse prisma.

Prossigo. Início pelo dispositivo da Lei nº 10.522/2002 que dispõe sobre o CADIN - Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais (destaquei):

“Art. 6º **É obrigatória a consulta prévia ao Cadin** , pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta, para:

I - **realização de operações de crédito que envolvam a utilização de recursos públicos** ;

II - concessão de incentivos fiscais e financeiros;

III - **celebração de convênios, acordos, ajustes ou contratos que envolvam desembolso, a qualquer título, de recursos públicos, e respectivos aditamentos** .”

Da **Lei nº 11.945/2009** possível extrair que as *transferências voluntárias* da União são realizadas desde que implementadas determinadas condições, *verificáveis em bases de dados* onde se encontrem inscritos os Estados, o Distrito Federal ou os Municípios com pendências devidas relativas a obrigações fiscais, legais ou de natureza financeira ou contratual (destaquei):

“Art. 8º Os órgãos e entidades da administração pública federal responsáveis pela **inscrição de pendências relativas a obrigações fiscais, legais ou de natureza financeira ou contratual devidas por Estados, Distrito Federal ou Municípios e que compõem a base de informações para fins de verificação das condições para transferência voluntária da União** deverão:”

No mesmo sentido, ainda a demonstrar como a legislação vincula a concessão de crédito à consulta aos referidos cadastros, do regramento infralegal, extraio dispositivos da **Instrução Normativa STN nº 01/2001** que instituiu o CAUC (como subsistema do SIAFI) e que também disciplina o cumprimento das exigências para *transferências voluntárias* constantes da Lei Complementar nº 101/2000, bem como a inclusão de dados em cadastros:

“Art. 1º **A celebração de convênios, acordos, ajustes ou demais instrumentos congêneres** objetivando a transferência voluntária de recursos da União aos estados, Distrito Federal e aos municípios, bem como às suas respectivas empresas estatais dependentes, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, compreendendo, **inclusive, a liberação dos referidos recursos, deverão atender, concomitantemente, ao disposto**:

I — na Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, usualmente denominada Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF);

II — na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) relativa ao exercício, ou exercícios, quando for o caso, em que se derem a formalização do convênio e a utilização dos recursos;

III — na Instrução Normativa nº 1, de 15 de janeiro de 1997, e alterações ulteriores, desta Secretaria (STN); e

IV — nos demais diplomas legais aplicáveis.

Art. 3º **São exigências para a realização da transferência voluntária**, além das estabelecidas nos artigos anteriores desta Instrução Normativa:

I — a serem observadas pelo órgão ou entidade federal transferidor dos recursos (concedente) quando da instrução do processo: a) existência de dotação orçamentária específica, que deverá ser evidenciada no instrumento celebrado, indicando-se a respectiva nota de empenho (art. 25, §1º, inciso I, da LRF); e b) vedação constante do inciso X do art. 167 da Constituição (art. 25, §1º, inciso II, da LRF).

II — a serem comprovadas pelo ente da Federação beneficiário junto ao órgão ou entidade concedente:

a) situação de regularidade quanto: ao pagamento de tributos, multas e demais encargos fiscais, cuja administração esteja a cargo do Ministério da Fazenda; ao pagamento das contribuições devidas ao sistema de seguridade social do País; ao depósito das parcelas devidas ao Fundo de garantia do Tempo de Serviço – FGTS; e à prestação de contas de recursos anteriormente recebidos da União (art. 25, §1º, inciso IV, alínea "a", da LRF);

§ 3º Os órgãos ou entidades federais transferidores de recursos devem verificar a situação de adimplência de que trata a alínea "a" do

inciso II deste artigo em relação ao ente da Federação beneficiário do convênio, bem como de seu respectivo órgão ou entidade dependente com que o ajuste ou acordo para transferência haja sido diretamente formalizado.

Art. 4º Fica criado, como subsistema do Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal (SIAFI), o Cadastro Único de Exigências para Transferências Voluntárias para estados e municípios (CAUC) , para toda a administração pública federal, direta e indireta, destinado a registrar os entes da Federação que cumprirem as exigências desta Instrução Normativa .

No mesmo sentido a Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 424/2016 (norma que substituiu a Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 507/2011 que, por sua vez, substituiu a Instrução Normativa - STN nº 1/1997), donde extraio os seguintes dispositivos:

“Art. 1º [...]

§ 1º Para os efeitos desta Portaria, considera-se:

IV - **concedente** : órgão ou entidade da Administração Pública Federal, direta ou indireta, responsável pela transferência dos recursos, verificação da conformidade financeira, acompanhamento da execução e avaliação do cumprimento do objeto do instrumento;

[...]

X - **conveniente** : órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta, de qualquer esfera de governo, consórcio público ou entidade privada sem fins lucrativos, com a qual a Administração Pública Federal pactua a execução de programas, projetos e atividades de interesse recíproco por meio de convênios ou contratos de repasse;

[...]

“Art. 22. São condições para a celebração de instrumentos , a serem cumpridas pelo conveniente, conforme previsto na Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, na Lei de Diretrizes Orçamentárias e nas demais normas aplicáveis: [...]

IV - **regularidade perante o Poder Público Federal, conforme consulta ao Cadastro Informativo dos Créditos não Quitados do Setor Público Federal -CADIN** , cuja verificação da existência de débitos perante os órgãos e entidades do Poder Público Federal atende o disposto no art. 6º da Lei nº 10.522, de 2002, sendo sua comprovação verificada por meio da informação do cadastro mantido no Sistema de Informações do Banco Central do Brasil - SISBACEN, do Banco Central do Brasil -BACEN, e de acordo com os procedimentos da referida Lei;

[...]

VI - **regularidade quanto à Prestação de Contas de Recursos Federais recebidos anteriormente, mediante consulta :**

a) ao Subsistema Transferências do Sistema de Administração Financeira do Governo Federal - SIAFI, da Secretaria do Tesouro Nacional - STN, para os instrumentos firmados sob a égide da Instrução Normativa STN nº 1, de 15 de janeiro de 1997;

b) ao SICONV, para aqueles firmados sob a égide da Portaria Interministerial MP/MF/MCT nº 127, de 2008, da Portaria Interministerial nº 507/MP/MF/CGU, de 24 de novembro de 2011, e sob a égide desta Portaria; [...]"

Nota-se, portanto, quão vinculativos são os cadastros para efeito de concessão ou não de crédito pela Administração.

Acrescento ser de tal importância a questão dos critérios para a concessão de novas transferências voluntárias, que sua inobservância tem repercussões até mesmo na seara penal, visto a Lei nº 10.028/2000 ter incluído, no rol dos crimes de responsabilidade contra a lei orçamentária (art. 10 da Lei 1.079/1950), a conduta de *realizar ou receber transferência voluntária em desacordo com condição estabelecida em lei*.

Daí porque não se discute, neste momento, se é constitucional ou não a exigência – aparentemente até salutar para o recebimento de novos recursos originários de *transferências voluntárias* –, da inexistência de débitos anteriores ou da devida prestação de contas.

O que se mostra relevante nesta ação é definir se, num cadastro de inadimplentes (dentre os vários existentes), utilizado como baliza para negar a oferta de recursos, pode ser inserido o nome de um ente **sobre o qual, parem dúvidas sobre seu estado de inadimplência**, à luz da existência de previsão legal e normativa de procedimentos aptos a apurar o débito na esfera administrativa.

Prossigo refletindo que, numa análise teleológica, o que interessa para efeito da concessão ou não de nova transferência, não é o fato de se constar ou não em um cadastro, mas sim o de se **estar ou não inadimplente**. Mas, como dito, o “termômetro” usado pela Administração para aferir a

inadimplência é a inclusão ou não nos referidos cadastros o que, diante da enormidade de dados envolvidos nessas operações de contexto federativo, é absolutamente compreensível que assim seja.

Ouso ponderar que, conquanto decisões judiciais, quando determinam a exclusão de certo dado de algum cadastro, atendam a diversos princípios – e não se nega obviamente a justiça e a necessidade destas decisões –, fato é que, no campo estatístico, tais decisões contribuem para o falseamento da realidade, na medida em que, por meio de cadastros como estes, a Administração busca realizar a “leitura” da situação dos tomadores de recursos e encontrar parâmetros para a tomada de decisões.

Faço tal ponderação para deixar registrada a ideia de que, quanto mais se retira, por decisão judicial, uma informação de um cadastro, mais fraco ele se torna no que diz respeito à confiabilidade dos dados, daí porque ideal se busque solução objetiva a resolver, de forma clara, o momento correto e seguro da inserção da informação, evitando o efeito danoso decorrente de tratamento divergente a situações análogas.

Prossigo e registro minha compreensão no sentido de que neste ponto reside o pomo da discórdia a ser desatado, eis que o lançamento de um apontamento em um cadastro, casualmente considerado como “*inadimplência*” – **ou como tal tratado, para fins de gerar informação capaz de obstar a concessão de crédito** – , pressupõe ao leigo sua devida constituição (quando se trate de crédito financeiro), ou a certeza do não cumprimento de obrigação (dever de prestar contas, fornecimento de informação ou comprovação de efetivo gasto mínimo).

Noutros termos, a aferição do *status* de *inadimplente* e sua tabulação em um *cadastro*, perpassa pela segurança da informação e do respeito às garantias do devido processo legal se, vinculativamente, a Administração nele se baseia para negar a concessão de crédito.

Não se nega a possibilidade da criação de cadastros de créditos ainda “em discussão” e por serem constituídos. Não é disso que se trata e, obviamente, se a boa gestão de recursos e a criatividade o exigirem, tanto melhor que se criem novos cadastros a facilitar a boa gestão.

O que está em questão é o reflexo sofrido pelo ente público quando inscrito em determinado cadastro que o descreva como *inadimplente* quando, eventualmente, não o seja.

Apresentada esta sistemática, consigno desde já meu posicionamento, com vênia a respeitáveis opiniões em contrário, de que não vislumbro, nos cadastros, instrumentos de coação para a obtenção de pagamentos. Assim pondero, tanto por presumir que o Estado age com boa-fé, mormente em face do próprio Estado, bem como por compreender o mecanismo dos cadastros como ferramenta essencial da moderna técnica de gestão.

Por este motivo, não entendo que os cadastros prevejam *sanções política*s como meio coercitivo de cobrança, expediente que, como se sabe, colide com a jurisprudência desta Corte Suprema extraída do teor das Súmulas 70, 323 e 547.

Dada a gravidade de suas consequências, interessa sobremaneira discernir, de forma clara e fora de dúvidas, o *estado de inadimplência*, situação apta a justificar a inclusão de restrição em tais cadastros.

II.3. O estado de inadimplência : a inadimplência financeira e a inadimplência obrigacional.

É exatamente o zelo na aplicação de recursos públicos que emana do ambiente dialético existente entre o *caput* do art. 160 da Constituição Federal e os incisos I e II de seu parágrafo único (destaquei):

“Art. 160. **É vedada a retenção ou qualquer restrição** à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos, nesta seção, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos.

Parágrafo único . **A vedação prevista neste artigo não impede a União e os Estados de condicionarem a entrega de recursos :**

I – **ao pagamento de seus créditos**, inclusive de suas autarquias;

II – **ao cumprimento do disposto no art. 198, § 2º, incisos II e III .**”

Tal dispositivo se encontra na Seção VI da Constituição Federal, que trata da *repartição das receitas tributárias* (transferências obrigatórias). Mas

é nele que muitos lastreiam a tese do *condicionamento de transferências voluntárias à inexistência de débitos anteriores e no cumprimento dos gastos mínimos com determinada finalidade*. Exigência análoga é feita pelo art. 25 da LC nº 101/2.000, ao dispor sobre esta espécie de recurso (destaquei):

“Art. 25. Para efeito desta Lei Complementar, **entende-se por transferência voluntária** a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde.

§ 1º **São exigências para a realização de transferência voluntária**, além das estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias: [...]

IV - **comprovação, por parte do beneficiário, de :**

a) **que se acha em dia quanto ao pagamento de tributos, empréstimos e financiamentos devidos ao ente transferidor, bem como quanto à prestação de contas de recursos anteriormente dele recebidos ;**

b) **cumprimento dos limites constitucionais relativos à educação e à saúde ;**”

Bem apresenta semelhante raciocínio interessante artigo a tratar exatamente deste tema, de vários autores, dentre eles a Dra. Leticia de Santis Mendes de Farias Mello, Juíza do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Cito trecho da obra (destaquei):

“Embora o art. 160 da Constituição não se aplique às transferências voluntárias, seja no que se refere à vedação à retenção dos recursos, seja no que se refere às exceções a essa vedação, **pode-se concluir que o parágrafo único do dispositivo estabelece, às avessas, as exigências mínimas para que tais transferências possam ocorrer**.”

Diz-se isso por que não faria sentido estabelecer mais restrições à realização de transferências obrigatórias dos recursos decorrentes da repartição de parcela das receitas tributárias – que, como se disse, é receita própria dos entes federativos – do que à transferência voluntária de recursos. Trata-se de hipótese típica de aplicação do princípio da razoabilidade como coerência, segundo o qual é vedado o poder público atuar de maneira contraditória, como ao ‘proibir uma conduta menos grave e autorizar outra que atente mais seriamente contra o mesmo bem jurídico protegido’. (Souza Neto e Sarmiento 2012, p. 491)

Daí porque as restrições às transferências de recursos previstas no art. 160, parágrafo único, da Constituição foram validamente repetidas pelo art. 25 da Lei de Responsabilidade Fiscal , juntamente com a previsão de outras restrições adicionais, aplicáveis apenas às transferências voluntárias .

O art. 25 da Lei de Responsabilidade Fiscal não é norma regulamentadora do art. 160, parágrafo único, da Constituição e nem precisa encontrar neste dispositivo constitucional seu fundamento de validade. No entanto, é certo que, ao menos, o legislador ordinário teria, como o fez, que condicionar a concretização de transferências voluntárias à comprovação, por um lado, do pagamento de tributos, empréstimos e financiamentos devidos ao ente transferidor e, por outro, da aplicação dos recursos mínimos previstos no texto constitucional nas ações e serviços de saúde .”

Prossigo enfatizando que a verificação da inadimplência – embora se trate de ato aparentemente simples –, para fins de verificação das condições para *transferências voluntárias* , se desdobra em duas possibilidades.

A Lei de Responsabilidade Fiscal, em seu art. 25, § 1º, IV, “a”, prevê a não prestação de contas também como fator acarretador da pecha de inadimplente para efeito da inserção nestes cadastros. Por outro lado, a alínea “b” do mesmo inciso, prevê a demonstração do cumprimento do gasto mínimo, não só com saúde , mas também com educação . Transcrevo novamente o dispositivo, destacando outros trechos:

“Art. 25 [...]

§ 1º São exigências para a realização de transferência voluntária , além das estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias:

IV - comprovação, por parte do beneficiário, de :

a) que se acha em dia quanto ao pagamento de tributos, empréstimos e financiamentos devidos ao ente transferidor, bem como quanto à prestação de contas de recursos anteriormente dele recebidos;

b) cumprimento dos limites constitucionais relativos à educação e à saúde;”

Destarte, repita-se, para efeito das *transferências voluntárias de recursos* não é só adimplência financeira – pagamento dos débitos – que interessa para a fiscalização da boa gestão dos recursos, como previsto no art. 160, parágrafo único, inciso I da CF. Também interessa a *adimplência*

obrigacional – consistente no cumprimento de gasto mínimo com saúde, como previsto no art. 160, parágrafo único, inciso II da CF, e também com educação, como previsto no art. 25, § 1º, IV, “b”, da LRF, acrescida da devida prestação de contas de recursos anteriores, como previsto no art. 25, § 1º, IV, “b”, da LRF.

Como exporei, a legislação federal prevê de forma simplificada a situação de inadimplência. Por outro lado, o regramento infralegal traz situações que comportam amplos debates.

Para fins de constatação de inadimplência, prevê a **Lei nº 10.522/2002** que dispõe sobre o CADIN (destaquei):

“Art. 2º O Cadin contera relação das pessoas físicas e jurídicas que:

I - sejam responsáveis por **obrigações pecuniárias vencidas e não pagas**, para com órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta;”

Destaco desta lei, que trata especificamente da *inadimplência financeira*, a expressão “ *obrigações pecuniárias vencidas*”, a demonstrar certa preocupação com a certeza da existência do crédito.

Embora referida lei trate do CADIN, nada impede sua aplicação analógica para os cadastros SIAFI/CAUC.

Do regramento infralegal, destaco cinco normas principais:

a) **Instrução Normativa STN nº 01/97**, que *disciplina a celebração de convênios de natureza financeira que tenham por objeto a execução de projetos ou realização de eventos e dá outras providências*;

b) **Decreto nº 6.170/2007**, que *dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, bem como dispõe sobre o Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse – SICONV que, conforme dispõe seu art. 13, trata-se de sistema aberto ao público, via rede mundial de computadores - Internet, por meio de página específica denominada “Portal dos Convênios”*.

c) **Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 127/2008**, que, conforme se deflui de seu art. 74-B, substituiu a IN STN nº 01/97;

d) **Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 507/2011** que *regula os convênios, os contratos de repasse e os termos de cooperação celebrados pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal com órgãos ou entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos e*, em seu art. 96, revogou a Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 127/2008 e;

e) **Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 424/2016** que *regula os instrumentos de repasse celebrados pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal com órgãos ou entidades públicas ou entidades privadas sem fins lucrativos e*, em seu art. 82, revogou a Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 507/2011.

Primeiramente, reproduzo artigos da mais antiga das referidas normas, a já revogada **Instrução Normativa STN nº 01/97**, que assim descreve a *inadimplência* (destaquei):

“ Art. 5º É vedado :

I - celebrar convênio, efetuar transferência, ou conceder benefícios sob qualquer modalidade, destinado a órgão ou entidade da Administração Pública Federal, estadual, municipal, do Distrito Federal, ou para qualquer órgão ou entidade, de direito público ou privado, **que esteja em mora, inadimplente com outros convênios ou não esteja em situação de regularidade** para com a União ou com entidade da Administração Pública Federal Indireta;

II - destinar recursos públicos como contribuições, auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

§ 1º Para os efeitos do item I, deste artigo, **considera-se em situação de inadimplência**, devendo o órgão concedente proceder à inscrição no cadastro de inadimplentes do Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal - SIAFI e no Cadastro Informativo - CADIN, o conveniente que:

I - **não apresentar a prestação de contas**, final ou parcial, dos recursos recebidos, nos prazos estipulados por essa Instrução Normativa;

II - **não tiver a sua prestação de contas aprovada pelo concedente** por qualquer fato que resulte em prejuízo ao erário.

III - **estiver em débito junto a órgão ou entidade, da Administração Pública**, pertinente a **obrigações fiscais ou a contribuições legais**.”

Desta norma enfatizo a definição das hipóteses de *inadimplência* abarcando, não somente a *inadimplência financeira*, como também a *inadimplência do dever de prestar contas*. Segundo extraio da referida Instrução Normativa, é inadimplente o ente público que:

- “a) **não apresenta a prestação de contas**, final ou parcial, dos recursos recebidos, nos prazos estipulados pela norma;
- b) **tem as contas desaprovadas** pelo concedente por qualquer fato que resulte em prejuízo ao erário ou;
- c) **estiver em débito** junto a órgão ou entidade da Administração Pública, pertinente a obrigações fiscais ou a contribuições legais.”

O leque de abrangência do *estado de inadimplência* é ampliado sensivelmente com a **Portaria Interministerial nº 507/2011**, a demonstrar crescente preocupação com a fiscalização e a gestão dos recursos. Cito o dispositivo a que me refiro (destaquei):

- “Art. 10. **É vedada a celebração de convênios** :
- IV - com órgão ou entidade, de direito público ou privado, **que esteja em mora, inadimplente com outros convênios celebrados com órgãos ou entidades da Administração Pública Federal, ou irregular em qualquer das exigências desta Portaria ;”**

Em seguida, a nova norma que a substituiu, ou seja, a **Portaria Interministerial nº 424/2016**, ampliou ainda mais as hipóteses caracterizadoras do *estado de inadimplência* :

- “Art. 9º É vedada a celebração de: [...]
- VI - **qualquer instrumento regulado por esta Portaria** : [...]
 - b) com órgão ou entidade, de direito público ou privado, **que esteja inadimplente nas suas obrigações em outros instrumentos celebrados com órgãos ou entidades da Administração Pública Federal**, exceto aos instrumentos decorrentes de emendas parlamentares individuais nos termos do § 13 do art. 166 da Constituição Federal, ou irregular em qualquer das exigências desta Portaria;”

No que refere às hipóteses que podem desembocar em *tomada de contas especial* (elemento do debate nesta causa), verifica-se serem as mesmas. Cito, da referida **Portaria Interministerial nº 424/2016**, como estão previstas tais hipóteses:

“Art. 59. 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: [...]

§ 1º Quando a prestação de contas não for encaminhada no prazo estabelecido no instrumento, o concedente estabelecerá o prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias para sua apresentação. [...]

3º Se, ao término do prazo estabelecido, **o conveniente não apresentar a prestação de contas nem devolver os recursos** nos termos do § 2º deste artigo, **o concedente registrará a inadimplência no SICONV por omissão do dever de prestar contas e comunicará o fato ao órgão de contabilidade analítica a que estiver vinculado, para fins de instauração de tomada de contas especial** sob aquele argumento e adoção de outras medidas para reparação do dano ao erário, sob pena de responsabilização solidária.

[...]

Art. 64. A autoridade competente do concedente ou a mandatária terá o prazo de um ano, contado da data do recebimento, para analisar a prestação de contas do instrumento, com fundamento no parecer técnico expedido pelas áreas competentes. [...]

§ 5º **Caso a prestação de contas não seja aprovada**, exauridas todas as providências cabíveis para regularização da pendência ou reparação do dano, a autoridade competente, sob pena de responsabilização solidária, **registrará o fato no SICONV** e adotará as providências necessárias à **instauração da Tomada de Contas Especial**, com posterior encaminhamento do processo à unidade setorial de contabilidade a que estiver jurisdicionado para os devidos registros de sua competência.”

Nota-se que as hipóteses, para efeito da inadimplência capaz de gerar inscrição nos cadastros **com** instauração de tomada de contas especial, continuam sendo as mesmas: i) *não prestação de contas*; ii) *reprovação das contas pelo concedente*; e iii) *não recolhimento de valores*.

Apresentada a importância da constatação segura do *estado de inadimplência* (pois se trata estado jurídico com aptidão para retirar direitos, especificamente a vedação para a celebração de novos ajustes), bem

como a diferenciação entre a *inadimplência financeira* e a *inadimplência obrigacional*, cabe analisar se, em todas as hipóteses, necessária, para fins de elaboração da tese conclusiva do presente julgamento, a exigência da prévia tomada de contas especial para inclusão de restrição em cadastro de inadimplentes.

II.4. O momento de verificação da inadimplência: uma proposta de tratamento diferenciado a determinadas hipóteses como solução para o caso.

Como já afirmado, a Constituição Federal, em seu art. 160, dá lastro à Administração para condicionar a realização de novas transferências ao *pagamento de seus créditos* e à *comprovação do cumprimento do gasto mínimo com saúde*.

Conquanto não derive do disposto no art. 160 da Constituição Federal, o *dever de prestar contas* tem lastro em dispositivo específico da Carta da República (art. 70, parágrafo único), é expressamente tratado como princípio constitucional (art. 34, VII, “d”), e decorre do dever genérico de publicidade (destaquei):

“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, assuma obrigações de natureza pecuniária.”

[...]

“Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: [...]

VII - assegurar a observância dos **seguintes princípios constitucionais**: [...]

d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta.”

[...]

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos

Municípios **obedecerá aos princípios de** legalidade, impessoalidade, moralidade, **publicidade** e eficiência e, também, ao seguinte: [...]"

O resguardo da efetividade deste princípio justifica a necessidade de se constatar, para fins de concessão de novos recursos, a regularidade do ente beneficiário, não só no aspecto da *inadimplência financeira*, como também no da *inadimplência obrigacional (dever de prestar contas)*.

Desta forma, embora a Constituição Federal não preveja expressamente a possibilidade de se condicionar novas transferências à *prestação de contas* de recursos já recebidos, a exigência contida no art. 25, § 1º, IV, "a", da LC nº 101/2000, em princípio, reforça a efetividade da regra geral do dever de prestar contas. Ademais, se uma transferência é *voluntária*, afirmar que a União não pode deixar de realizá-la com quem com ela está inadimplente, de alguma forma enfraquece esse caráter de voluntariedade.

Faço tal observação *obiter dictum* porque tal ponto não é o cerne da questão. Apenas constato que, hodiernamente, de tal monta é o detalhamento a que descem as normas infralegais com vista ao aumento do controle na gestão, que se nota o surgimento de diversas outras condições para a realização de novos convênios. E, paralelamente, inúmeros cadastros têm sido criados para compilar os dados necessários a agregar elevado número de informações.

Tal a multiplicidade de hipóteses a justificar a inclusão de restrição em cadastros de inadimplentes, necessário se faz, segundo a proposta que ora apresento para a solução do tema em debate – para fins de delimitar as situações em que exigível a prévia tomada de contas especial –, sejam tratadas diferentemente situações diversas, ou seja, aquelas em que possível se ter como certa a inadimplência e aquelas em que duvidosa a inadimplência.

Repito as hipóteses em discussão, de forma esquemática a facilitar a visualização, desde já com proposta de tratamento de cada uma quanto ao momento de verificação da inadimplência e sua dependência ou não de tomada de contas especial (TCE), o que explicarei a seguir:

CAUSA CERTEZA DA INADIMPLÊNCIA

Descumprimento de convênio Julgamento final da conta ou da TCE

Desaprovação de conta Julgamento final da conta ou da TCE

Não prestação de conta Independe de TCE

Descumprimento gasto mínimo Independe de TCE

Débito junto à Administração Independe de TCE

Proponho o tratamento de cada uma das causas geradoras de situação de inadimplência, discriminando as hipóteses segundo a função da tomada de contas especial em cada caso. Explico sucintamente:

Quanto ao **descumprimento do convênio** ou a **desaprovação de contas pelo concedente**, por exigirem, por vezes, verificação detalhada quanto ao efetivo cumprimento do objeto contratado, a envolver múltiplos atos e permitirem juízos de valor controvertidos sobre muitos dos temas acordados, são hipóteses nas quais não se mostra seguro apontar a inadimplência de forma prematura se ainda previstas, no ordenamento, fases administrativas de apuração mais aprofundada, com oportunidade de defesa e recursos, denominadas em sua totalidade de *tomada de contas especial*. O “risco administrativo” que se corre em se aguardar o final deste procedimento é sua eventual demora, mas tal não seria justificativa plausível para a restrição de direitos, ainda que de ente público.

Quanto à **não prestação de contas** (incluído o **não fornecimento de informações obrigatórias**), por se tratar de ato único, descritivo de mera conduta, sua inadimplência pode ser constatada *de plano*, pois se trata de fato fenomênico de simples verificação. Ainda que tenha, como consequência, a instauração de *tomada de contas especial*, a princípio tal não poderá, ao final, afastar a inadimplência por este motivo, mas somente constatar a ocorrência de eventual dano e sua quantificação.

Quanto à **não comprovação de gasto mínimo com educação ou saúde** tal não depende de *tomada de contas especial*, pois se trata de informação colhida pela União, por meio de dados fornecidos pelos próprios entes da federação.

Quanto ao **débito junto à administração**, sua cobrança depende da regular constituição do crédito por meio de processo administrativo, sem necessidade de *tomada de contas especial*.

Para chegar a tais conclusões tento demonstrar a seguir que a certeza, por parte do Estado, da situação de inadimplência de um ente público nas hipóteses de **descumprimento do convênio** e **desaprovação de contas pelo concedente**, depende da realização de diversas etapas em que oportunizado o contraditório, o que só pode ser atingido, com segurança, após o julgamento da *tomada de contas especial*.

Passemos a diferenciar claramente as oportunidades de defesa hoje previstas pela normativa que engloba o tema. São duas as etapas a serem consideradas e comparadas:

- a) Uma tem início na constatação, pelo concedente, do indício de irregularidade, e vai até (pela normativa a atual) a inclusão do conveniente nos cadastros de inadimplentes; chamarei de “ **fase interna** ” e;
- b) Outra vai da inclusão nos cadastros até o julgamento da tomada de contas especial; nominarei “ **fase externa** ”.

Analiso, em itens separados, as oportunidades de manifestação do ente público em cada uma dessas fases.

II.4.a. As oportunidades de manifestação antes da inclusão nos cadastros. A análise da prestação das contas pelo órgão concedente. Fase interna.

A primeira fase da tomada de contas não tem contraditório, como demonstra interessante artigo de Sérgio Honorato dos Santos e Yaisa A. Honorato dos Santos:

“O TCU já consagrou o entendimento de que a Tomada de Contas Especial (TCE) tem duas fases e que a fase interna, desenvolvida no âmbito do órgão repassador dos recursos, constitui-se de um procedimento inquisitório de coleta de provas, assemelhado ao inquérito policial, no qual não se tem uma relação processual

constituída. Como é sabido, em regra, o princípio do contraditório não se aplica a procedimentos inquisitórios, porque nestes não há acusação. Daí que, legalmente atribuído poder inquisitório ao Controle Interno da Administração Pública, a cientificação dos responsáveis de eventuais inspeções/auditorias a serem realizadas em processos de sua competência não é fundamental para a validade destes. Assim, o estabelecimento do contraditório nessa fase não seria obrigatório. Ver, v.g., Acórdãos nº 205/2005, 3.181/2005 e 1.751/2011, todos da 1ª Câmara, dentre tantos outros do seu Colegiado, A fase externa inicia-se com a a[u]tuação do processo junto ao TCU e se finda com o julgamento. Considerações.

[...]

9. Então, nesse procedimento em que se está apurando os fatos, não há que se falar em ilegalidades processuais, ante, por exemplo, a falta de conferir ao responsável, mediante notificação/citação, o direito e oportunidade de ser ouvido ou de acompanhar e participar da instrução que antecedeu a instauração do processo administrativo da TCE, por se tratar da primeira fase dela, qual seja, a fase interna, em que não cabe alegar ofensa aos princípios constitucionais da legalidade, do contraditório e da ampla defesa, que no processo civil moderno são princípios regidos, mais especificamente, pela cláusula do devido processo legal, cláusula essa assegurada expressamente no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição da República de 1988 (art. 5º, inc. LIV).

[...]

12. Entendemos que, nesta fase de apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e de quantificação do dano, a falta de notificação/citação ou de oportunidade de contraditório dos documentos que instruem o processo de TCE não enseja nem mesmo a sua nulidade, por se tratar da fase interna da TCE.

12.1. Por que afirmamos isso? Afirmamos porque na fase interna, aquela promovida no âmbito do órgão/entidade pública em que os fatos ocorreram, não há litígio ou acusação, mas apenas verificação de fatos e apuração de autoria. Portanto, a função da autoridade apuratória é de controle, de natureza meramente administrativa, que constitui meio destinado a coligir provas e quaisquer outros elementos de convicção. Na prática, constitui procedimento inquisitório, assemelhado ao que se pratica num inquérito policial, no qual não se tem uma relação processual constituída, nem há processo, nem prejuízo ao responsável.

12.2. Trata-se apenas de peças de natureza administrativa e não estão sujeitas ao contraditório. Essa é a jurisprudência dos nossos Tribunais. Conforme lembrou o Des. Namyrr Carlos de Souza Filho, ao relatar o Agi nº 24100922392 - 2ª Câmara Cível do TJES, j. em 14.6.2011, unânime, DJ de 22.6.2011, a jurisprudência do eg. Superior

Tribunal de Justiça é uníssona em dispensar a observância das garantias do contraditório e da ampla defesa nos procedimentos inquisitórios e meramente informativos, tais como o Inquérito Civil.

[...]

12.3. A propósito, a doutrina especializada conceituou a Tomada de Contas Especial como um procedimento de controle.

12.4. Diz-se, então, que o estabelecimento do contraditório nessa etapa não é obrigatório, pois há mero ato investigatório, sem formalização de culpa. Como não existem partes nem antagonismos de interesse nessa fase, a ausência de citação ou de oportunidade de contradição dos documentos que foram juntados à TCE não enseja nulidade. Na verdade, por ser a citação o chamamento ao processo para se defender, ela é descabida nesta etapa e é por isso que a falta de citação ou de oportunidade de contradição dos documentos não enseja nulidade do procedimento administrativo.”

Mesmo sem previsão do contraditório, o procedimento não corre à revelia do interessado.

Eis os dispositivos legais que, nesta fase, preveem expressamente, como requisito para inclusão em cadastros de inadimplência, a **prévia notificação**.

A **Lei nº 10.522/2002** (que dispõe sobre o CADIN) impõe como requisito para a inclusão no cadastro a *comunicação prévia ao devedor quanto à existência do débito passível de inscrição, contendo as informações pertinentes, com antecedência de 75 dias*. Cito o dispositivo (destaquei) :

“Art. 2º [...]

§ 2º **A inclusão no Cadin far-se-á 75 (setenta e cinco) dias após a comunicação ao devedor da existência do débito passível de inscrição naquele Cadastro , fornecendo-se todas as informações pertinentes ao débito.**”

Embora referida lei trate do CADIN, possível sua aplicação analógica para outros cadastros como SIAFI/CAUC.

A **Lei nº 11.945/2009** previu, da mesma forma (com prazo um pouco menor, todavia) a necessidade de *notificação prévia ao devedor quanto à existência do débito passível de inscrição com prazo de 45 dias*. Transcrevo (destaquei):

“Art. 8º Os órgãos e entidades da administração pública federal responsáveis pela inscrição de **pendências relativas a obrigações fiscais, legais ou de natureza financeira ou contratual** devidas por Estados, Distrito Federal ou Municípios e que compõem a base de informações para fins de verificação das condições para transferência voluntária da União deverão:

I - adotar **procedimento prévio de notificação** como condicionante à **inscrição definitiva de pendência nos sistemas próprios, cadastros ou bancos de dados de controle** utilizados para essa finalidade;

[...]

§ 2º Na hipótese de inexistência de prazo diverso previsto em regulamentação própria para o procedimento de que trata este artigo, **o prazo para inscrição definitiva da pendência será de 45 (quarenta e cinco) dias, contado da data da notificação** .

Não obstante o requisito da **prévia notificação** , o regramento infralegal dispõe sobre outros atos anteriores à inserção dos entes públicos nos cadastros, que aqui nominarei, em sua totalidade, de ***fase interna***.

Reproduzo artigos da já revogada **Instrução Normativa STN nº 01/97** , demonstrando que, quanto à **não prestação de contas no prazo ou sua desaprovação** pelo concedente, a norma determinava que este oportunizasse ao conveniente o **prazo de 30 (trinta) dias** para sua apresentação ou recolhimento dos recursos, sob pena de inscrição no SIAFI. Cito os dispositivos (destaquei):

“Art. 28. O órgão ou entidade que receber recursos, inclusive de origem externa, na forma estabelecida nesta Instrução Normativa, ficará sujeito a apresentar prestação de contas final do total dos recursos recebidos, que será constituída de relatório de cumprimento do objeto, acompanhada de: [...]

§ 5º **A prestação de contas final** será apresentada ao concedente até sessenta dias após o término da vigência do convênio , definida conforme disposto no inciso III do art. 7º desta Instrução Normativa.

Art. 31. [...]

§ 2º-A - **O descumprimento do prazo previsto no § 5º do art. 28 desta Instrução Normativa obriga o ordenador de despesa da unidade concedente à imediata instauração de tomada de contas especial e ao registro do fato no Cadastro de Convênios do SIAFI** .

[...]

§ 4º Na hipótese de a prestação de contas não ser aprovada e exauridas todas as providências cabíveis, o ordenador de despesas registrará o fato no Cadastro de Convênios no SIAFI e encaminhará o respectivo processo ao órgão de contabilidade analítica a que estiver jurisdicionado, para instauração de tomada de contas especial e demais medidas de sua competência, sob pena de responsabilidade.

§ 5º O órgão de contabilidade analítica examinará, formalmente, a prestação de contas e, constatando irregularidades procederá a instauração da Tomada de Contas Especial, após as providências exigidas para a situação, efetuando os registros de sua competência.

§ 6º Após a providência aludida no parágrafo anterior, o respectivo processo de tomada de contas especial será encaminhado ao órgão de controle interno para os exames de auditoria previstos na legislação em vigor e providências subseqüentes.

§ 7º Quando a prestação de contas não for encaminhada no prazo convencionado, o concedente assinará o prazo máximo de 30 (trinta) dias para sua apresentação, ou recolhimento dos recursos, incluídos os rendimentos da aplicação no mercado financeiro, acrescidos de juros e correção monetária, na forma da lei, comunicando o fato ao órgão de controle interno de sua jurisdição ou equivalente.

§ 8º Esgotado o prazo, referido no parágrafo anterior, e não cumpridas as exigências, ou, ainda, se existirem evidências de irregularidades de que resultem em prejuízo para o erário, a unidade concedente dos recursos adotará as providências previstas no § 4º deste artigo.

§ 9º Aplicam-se as disposições dos §§ 5º, 6º e 7º deste artigo aos casos em que o conveniente não comprove a aplicação da contrapartida estabelecida no convênio, bem como dos rendimentos da aplicação no mercado financeiro.

[...]

Art. 35. Constatada irregularidade ou inadimplência na apresentação da prestação de contas parcial, o ordenador de despesas suspenderá imediatamente a liberação de recursos e notificará o conveniente dando-lhe o prazo máximo de 30 (trinta) dias para sanar a irregularidade ou cumprir a obrigação.

[...]

Art. 38. Será instaurada a competente Tomada de Contas Especial, visando a apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano, pelos órgãos encarregados da contabilidade analítica do concedente, por solicitação do respectivo ordenador de despesas ou, na sua omissão, por determinação do Controle Interno ou TCU, quando:

I - Não for apresentada a prestação de contas no prazo de até 30 dias concedido em notificação pelo concedente;

II - não for aprovada a prestação de contas, apesar de eventuais justificativas apresentadas pelo convenente, em decorrência de: [...]

§ 1º A instauração da Tomada de Contas Especial, obedecida a norma específica será precedida ainda de providências saneadoras por parte do concedente e da notificação do responsável, assinalando prazo de, no máximo, 30 (trinta) dias, para que apresente a prestação de contas ou recolha o valor do débito imputado, acrescido de correção monetária e juros de mora, bem assim, as justificativas e as alegações de defesa julgadas necessárias pelo notificado, nos casos em que a prestação de contas não tenha sido aprovada .

Além do **prazo de 30 (trinta) dias** para prestar as *contas não prestadas* ou apresentar “justificativas e alegações de defesa” para os casos de *contas desaprovadas* , destaco, da referida instrução normativa (porque a sistemática continua a mesma) o **procedimento administrativo** , aparentemente complexo, resultante da situação de inadimplência, a se realizar em duas fases principais: (*i*) a primeira (que aqui denominei **fase interna**), consistente na **análise das contas** (quanto à conformidade financeira e o cumprimento do objeto) **perante o órgão concedente** (entendendo-se este, de maneira simplificada, como sendo o que realizou o convênio e disponibilizou o recurso); (*ii*) a segunda (aqui denominada **fase externa**), é a **tomada de contas especial** propriamente dita, a ser instaurada após a crise constatada na análise das contas, processada perante o competente “órgão de contabilidade analítica” e julgada pelo **Tribunal de Contas** .

Prosseguindo na exposição da normativa infralegal que rege a matéria, consigno a edição do **Decreto nº 6.170/2007** que *dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse*, bem como trata do Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse – SICONV que, conforme dispõe o art. 13 do referido decreto, consiste em *sistema aberto ao público, via rede mundial de computadores - Internet, por meio de página específica denominada “Portal dos Convênios”* .

Na esteira da regulamentação deste Decreto sobreveio a **Portaria Interministerial MP/MF/CGU Nº 127/2008** que, segundo dispõe seu art. 74-B, passou a ser o regramento aplicável aos convênios e contratos de repasse celebrados sob sua vigência (ao invés da IN-STN 01/97). Cito alguns artigos da referida norma apenas para ilustrar que a sistemática permaneceu

basicamente a mesma, todavia ao invés de voltada ao cadastro SIAFI, determina o lançamento de dados no SICONV (destaquei):

“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:

I - ato normativo próprio do concedente ou contratante estabelecerá o prazo para apresentação das prestações de contas; e

II - o prazo mencionado na alínea anterior constará no convênio ou contrato de repasse.

§ 1º Quando a prestação de contas não for encaminhada no prazo estabelecido no convênio ou contrato de repasse, o concedente ou contratante estabelecerá o prazo máximo de trinta dias para sua apresentação, ou recolhimento dos recursos, incluídos os rendimentos da aplicação no mercado financeiro, atualizados monetariamente e acrescidos de juros de mora, na forma da lei.

§ 2º Se, ao término do prazo estabelecido, o conveniente ou contratado não apresentar a prestação de contas nem devolver os recursos nos termos do § 1º, o concedente registrará a inadimplência no SICONV por omissão do dever de prestar contas e comunicará o fato ao órgão de contabilidade analítica a que estiver vinculado, para fins de instauração de tomada de contas especial sob aquele argumento e adoção de outras medidas para reparação do dano ao erário, sob pena de responsabilização solidária.

§ 3º Cabe ao prefeito e ao governador sucessor prestar contas dos recursos provenientes de convênios e contratos de repasse firmados pelos seus antecessores.

§ 4º Na impossibilidade de atender ao disposto no parágrafo anterior, deverá apresentar ao concedente ou contratante justificativas que demonstrem o impedimento de prestar contas e as medidas adotadas para o resguardo do patrimônio público.

§ 5º Quando a impossibilidade de prestar contas decorrer de ação ou omissão do antecessor, o novo administrador solicitará a instauração de tomada de contas especial.

§ 6º Os documentos que contenham as justificativas e medidas adotadas serão inseridos no SICONV.

§ 7º No caso do conveniente ou contratado ser órgão ou entidade pública, de qualquer esfera de governo, a autoridade competente, ao ser comunicada das medidas adotadas, suspenderá de imediato o registro da inadimplência, desde que o administrador seja outro que não o faltoso, e seja atendido o disposto nos §§ 4º, 5º e 6º deste artigo.

[...]

Art. 60. **A autoridade competente do concedente ou contratante terá o prazo de noventa dias, contado da data do recebimento, para**

analisar a prestação de contas do instrumento , com fundamento nos pareceres técnico e financeiro expedidos pelas áreas competentes.

§ 1º O ato de aprovação da prestação de contas deverá ser registrado no SICONV, cabendo ao concedente ou contratante prestar declaração expressa de que os recursos transferidos tiveram boa e regular aplicação.

§ 2º **Caso a prestação de contas não seja aprovada, exauridas todas as providências cabíveis para regularização da pendência ou reparação do dano, a autoridade competente, sob pena de responsabilização solidária, registrará o fato no SICONV e adotará as providências necessárias à instauração da Tomada de Contas Especial** , com posterior encaminhamento do processo à unidade setorial de contabilidade a que estiver jurisdicionado para os devidos registros de sua competência.”

Posteriormente, sobreveio a **Portaria Interministerial nº 507/2011**, que *regula os convênios, os contratos de repasse e os termos de cooperação celebrados pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal com órgãos ou entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos* e previu, em seu art. 93, que a IN-STN 01/97 não se aplica aos convênios celebrados a partir de 30.5.2008, bem como, em seu art. 96, revogou a Portaria Interministerial MP/MF/CGU Nº 127/2008. Transcrevo alguns de seus dispositivos, a demonstrar que aumentado para **45 (quarenta e cinco) dias** o prazo para defesa do ente público (destaquei):

“Art. 70. O concedente comunicará ao conveniente quaisquer irregularidades decorrentes do uso dos recursos ou outras pendências de ordem técnica, e suspenderá a liberação dos recursos, **fixando prazo de até 30 (trinta) dias para saneamento ou apresentação de informações e esclarecimentos** , podendo ser prorrogado por igual período.

§ 1º **Recebidos os esclarecimentos e informações solicitados, o concedente apreciará e decidirá quanto à aceitação das justificativas apresentadas .**

§ 2º Caso não haja a regularização da pendência, o concedente:

I - realizará a apuração do dano; e

II - comunicará o fato ao conveniente para que seja ressarcido o valor referente ao dano.

§ 3º **O não atendimento das medidas saneadoras previstas no § 2º ensejará a instauração de tomada de contas especial .**

[...]

Art. 72. 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:

I - o prazo para apresentação das prestações de contas será de até 60 (sessenta) dias após o encerramento da vigência ou a conclusão da execução do objeto, o que ocorrer primeiro; e

II - o prazo mencionado na alínea anterior constará no convênio.

§ 1º **Quando a prestação de contas não for encaminhada no prazo estabelecido no convênio**, o concedente estabelecerá o **prazo máximo de 30 (trinta) dias para sua apresentação, ou recolhimento dos recursos**, incluídos os rendimentos da aplicação no mercado financeiro, atualizados monetariamente e acrescidos de juros de mora, na forma da lei.

§ 2º Para os convênios em que não tenha havido qualquer execução física, nem utilização dos recursos, o recolhimento à conta única do Tesouro deverá ocorrer sem a incidência dos juros de mora.

§ 3º Se, ao término do prazo estabelecido, o conveniente não apresentar a prestação de contas nem devolver os recursos nos termos do § 1º, o concedente **registrará a inadimplência no SICONV por omissão do dever de prestar contas** e comunicará o fato ao órgão de contabilidade analítica a que estiver vinculado, **para fins de instauração de tomada de contas especial** sob aquele argumento e adoção de outras medidas para reparação do dano ao erário, sob pena de responsabilização solidária.

§ 4º Cabe ao prefeito e ao governador sucessor prestar contas dos recursos provenientes de convênios firmados pelos seus antecessores.

§ 5º **Na impossibilidade de atender ao disposto no parágrafo anterior, deverá apresentar ao concedente justificativas que demonstrem o impedimento de prestar contas e as medidas adotadas para o resguardo do patrimônio público.**

§ 6º **Quando a impossibilidade de prestar contas decorrer de ação ou omissão do antecessor, o novo administrador solicitará ao concedente a instauração de tomada de contas especial.**

§ 7º Os documentos que contenham as justificativas e medidas adotadas serão inseridos no SICONV.

§ 8º No caso do conveniente ser órgão ou entidade pública, de qualquer esfera de governo, a autoridade competente, ao ser comunicada das medidas adotadas, **suspenderá de imediato o registro da inadimplência**, desde que o administrador seja outro que não o faltoso, e seja atendido o disposto nos §§ 5º, 6º e 7º deste artigo.

§ 9º Os convenientes deverão ser notificados previamente sobre as **irregularidades apontadas**, via notificação eletrônica por meio do SICONV, devendo ser incluída no aviso a respectiva Secretaria da Fazenda ou secretaria similar.

§ 10. Enquanto não disponível a notificação eletrônica, a notificação prévia será feita por meio de carta registrada com declaração de conteúdo, com cópia para a respectiva Secretaria da Fazenda ou secretaria similar, devendo a notificação ser registrada no SICONV.

§ 11. **O registro da inadimplência no SICONV só será efetivado 45 (quarenta e cinco) dias após a notificação prévia.**

[...]

Art. 76. **A autoridade competente do concedente terá o prazo de noventa dias, contado da data do recebimento, para analisar a prestação de contas do instrumento, com fundamento nos pareceres técnico e financeiro expedidos pelas áreas competentes.**

[...]

§ 2º **Caso a prestação de contas não seja aprovada, exauridas todas as providências cabíveis para regularização da pendência ou reparação do dano, a autoridade competente, sob pena de responsabilização solidária, registrará o fato no SICONV e adotará as providências necessárias à instauração da Tomada de Contas Especial, com posterior encaminhamento do processo à unidade setorial de contabilidade a que estiver jurisdicionado para os devidos registros de sua competência.”**

Tal prazo, de fato, se ampliou ainda mais com o advento da **Portaria Interministerial nº 424/2016**, que, conforme seu art. 82, revogou a Portaria Interministerial nº 507/2011. Reproduzo os dispositivos:

“Art. 57. O concedente ou a mandatária comunicará ao conveniente quaisquer irregularidades decorrentes do uso dos recursos ou outras pendências de ordem técnica, apurados durante a execução do instrumento, e suspenderão a liberação dos recursos, **fixando prazo de 45 (quarenta e cinco) dias para saneamento ou apresentação de informações e esclarecimentos**, podendo ser prorrogado por igual período.

§ 1º **Recebidos os esclarecimentos e informações solicitados, o concedente ou mandatária, no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, apreciará, decidirá e comunicará quanto à aceitação ou não das justificativas apresentadas e, se for o caso, realizará a apuração do dano ao erário.**

§ 2º **Caso as justificativas não sejam acatadas, o concedente abrirá prazo de 45 (quarenta e cinco) dias para o conveniente regularizar a pendência e, havendo dano ao erário, deverá adotar as medidas necessárias ao respectivo ressarcimento.**

[...]

§ 5º **A permanência da irregularidade após o prazo estabelecido no § 2º deste artigo , ensejará o registro de inadimplência no SICONV e, no caso de dano ao erário, a imediata instauração de tomada de contas especial .**

§ 6º As comunicações elencadas no caput e nos §§ 1º e 2º deste artigo serão realizadas por meio de correspondência com aviso de recebimento - AR, devendo a notificação ser registrada no SICONV, e em ambos os casos com cópia para a respectiva Secretaria da Fazenda ou secretaria similar, e para o Poder Legislativo do órgão responsável pelo instrumento.

[...]

Art. 59. 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:

[...]

III- o prazo para apresentação da prestação de contas final será de até 60 (sessenta) dias após o encerramento da vigência ou a conclusão da execução do objeto, o que ocorrer primeiro; e

IV - o prazo mencionado no inciso III constará do instrumento.

§ 1º **Quando a prestação de contas não for encaminhada no prazo estabelecido no instrumento, o concedente estabelecerá o prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias para sua apresentação .**

§ 2º Para os instrumentos em que não tenha havido qualquer execução física, nem utilização dos recursos, o recolhimento à conta única do Tesouro deverá ocorrer sem a incidência dos juros de mora, sem prejuízo da restituição das receitas obtidas nas aplicações financeiras realizadas.

§ 3º Se, ao término do prazo estabelecido, o conveniente não apresentar a prestação de contas nem devolver os recursos nos termos do § 2º deste artigo, o concedente registrará a inadimplência no SICONV por omissão do dever de prestar contas e comunicará o fato ao órgão de contabilidade analítica a que estiver vinculado, para fins de instauração de tomada de contas especial sob aquele argumento e adoção de outras medidas para reparação do dano ao erário, sob pena de responsabilização solidária.

§ 4º Cabe ao representante legal da entidade sem fins lucrativos, ao prefeito e ao governador sucessor prestar contas dos recursos provenientes de instrumentos firmados pelos seus antecessores.

§ 5º **Na impossibilidade de atender ao disposto no § 4º, deverá ser apresentado ao concedente justificativa que demonstre o impedimento de prestar contas e as medidas adotadas para o resguardo do patrimônio público .**

§ 6º **Quando a impossibilidade de prestar contas decorrer de ação ou omissão do antecessor, o novo administrador solicitará ao concedente a instauração de tomada de contas especial .**

§ 7º Os documentos que contenham as justificativas e medidas adotadas serão inseridos no SICONV .

§ 8º No caso de o conveniente ser órgão ou entidade pública, de qualquer esfera de governo, a autoridade competente, ao ser comunicada das medidas adotadas, suspenderá de imediato o registro da inadimplência , desde que o administrador seja outro que não o faltoso, e seja atendido o disposto nos §§ 5º, 6º e 7º deste artigo .

§ 9º Os convenientes deverão ser notificados previamente sobre as irregularidades apontadas , devendo ser incluída no aviso a respectiva Secretaria da Fazenda ou secretaria similar, e o Poder Legislativo do órgão responsável pelo instrumento.

§ 10. A notificação prévia, prevista no § 9º deste artigo, será feita por meio de correspondência com aviso de recebimento - AR, com cópia para a respectiva Secretaria da Fazenda ou secretaria similar e para o Poder Legislativo do órgão responsável pelo instrumento, devendo a notificação ser registrada no SICONV.

§ 11. O registro da inadimplência no SICONV só será efetivado 45 (quarenta e cinco) dias após a notificação prévia .

[...]

Art. 64. A autoridade competente do concedente ou a mandatária terá o prazo de um ano, contado da data do recebimento, para analisar a prestação de contas do instrumento, com fundamento no parecer técnico expedido pelas áreas competentes.

§ 1º O prazo de análise previsto no caput poderá ser prorrogado no máximo por igual período, desde que devidamente justificado .

[...]

§ 5º Caso a prestação de contas não seja aprovada , exauridas todas as providências cabíveis para regularização da pendência ou reparação do dano, a autoridade competente, sob pena de responsabilização solidária, registrará o fato no SICONV e adotará as providências necessárias à instauração da Tomada de Contas Especial , com posterior encaminhamento do processo à unidade setorial de contabilidade a que estiver jurisdicionado para os devidos registros de sua competência.

§ 6º Findo o prazo de que trata o caput, considerada eventual prorrogação nos termos do §1º, a ausência de decisão sobre a aprovação da prestação de contas pelo concedente poderá resultar no registro de restrição contábil do órgão ou entidade pública referente ao exercício em que ocorreu o fato.

Enfim, de todo este regramento, consigno possível distinguir duas situações muito distintas e relevantes para esta análise:

- a) a **omissão do dever de prestar contas** : ato simples, objetivo, de imediata constatação e;
- b) a **desaprovação total ou parcial das contas** : ato complexo, possível de interpretação, de constatação não imediata.

Prossigo anotando que, de fato, constata-se a existência, nesta etapa do procedimento (**fase interna**), de inúmeras oportunidades de manifestação. Mas tais momentos, em algumas hipóteses, ainda que somados, não se mostram suficientes, por si só, para atestar garantida a ampla defesa na largueza assegurada e almejada pela Constituição Federal se há, no ordenamento jurídico-normativo, fases posteriores (**fase externa**) aptas a, após regular instrução, a alterar de forma diametralmente oposta a conclusão da fase anterior.

Assim a doutrina do Procurador Federal Agélio Novaes de Miranda:

“[...] impende rememorar que a tomada de contas na fase interna constitui procedimento de natureza verificadora e investigatória desprovida das características da ampla defesa, daí ser afastada de plano, enquanto presentes essas características, sua utilização como suporte para eventual constituição do crédito.”

Lado outro, pela análise sistemática entre os princípios da ampla defesa e da gestão pública responsável, entendo existir hipóteses a justificar desde logo a publicidade imediata de determinada informação para possibilitar o gerenciamento eficaz da finança pública.

Na hipótese descrita no item **(a)** , ou seja, a **omissão do dever de prestar contas** , após devidamente notificado o ente omissor e decorridos os prazos previamente fixados nas normas cabíveis, entendo haja fato suficiente a justificar a restrição cadastral de forma imediata, independentemente da *tomada de contas especial* . Isto porque este procedimento, embora possa apurar valores e responsabilidades, não terá o condão de afastar a inadimplência quanto à conduta *dever de prestar contas* .

Sei dos riscos de se adotar uma postura mediana no que refere à consideração da amplitude da defesa. Eis o alerta já feito pelo Ministro Gilmar Mendes:

“Mandado de Segurança. 2. Cancelamento de pensão especial pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de comprovação da adoção por instrumento jurídico adequado. Pensão concedida há vinte anos. 3. **Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. (...) Tenho enfatizado, relativamente ao direito de defesa, que a Constituição de 1988 (art. 5º, LV) ampliou o direito de defesa, assegurando aos litigantes, em processo judicial ou administrativo e aos acusado em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. (...) Não me parece de acolher-se, na espécie, a distinção enunciada por Velloso sobre a aplicação do direito de defesa e do contraditório apenas aos procedimentos que envolvam questão de fato. Tenho para mim que o texto constitucional não autoriza semelhante redução teleológica (CF, art. 5º, LV).** Portanto, esse fundamento - o da não observância do contraditório e da ampla defesa - afigura-se-me suficiente para concessão da segurança. Impressiona-me, ademais, o fato de a cassação da pensão ter ocorrido passados 18 anos de sua concessão - e agora já são 20.” (MS 24268, Relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 5.2.2004, DJ 17.9.2004)

Todavia a notícia de conta não prestada, a meu ver, além de consistir fato objetivo, verificável de plano (ainda que haja justificativas plausíveis para sua ocorrência) e não reversível por eventual aumento das oportunidades de defesa, é informação relevantíssima e que deve ser com urgência propalada aos sistemas de controle, não só por denotar descumprimento do dever de transparência com o gasto público, mas também a possibilitar a avaliação de risco, pelos financiadores, da situação do ente inadimplente.

Já as situações descritas no item **(b)**, ou seja, a **desaprovação total ou parcial de conta**, a meu sentir, para configurarem inadimplência de forma definitiva para fins de inserção de restrição cadastral, demandam o exaurimento da via administrativa a justificar a extensão da oportunidade de defesa perante o rito da *tomada de contas especial*.

Reputo necessário prosseguir na análise da complexa teia normativa a justificar as razões pelas quais, nestas hipóteses, necessário o aguardo do julgamento da *tomada de contas especial*, na forma como historicamente vem entendendo o Supremo Tribunal Federal, para garantia da máxima

amplitude da defesa, contraditório e devido processo na esfera administrativa.

II.4.b. As oportunidades de defesa após a inclusão nos cadastros. O rito complexo e duplo e seu julgamento pelo Tribunal de Contas. A Tomada de Contas Especial . Fase externa . A que melhor atende, quando cabível e em determinadas hipóteses, os primados do contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

Cabe esclarecer, inicialmente, que o procedimento de *tomada de contas especial*, embora sempre venha a ser julgado pelo Tribunal de Contas, pode ser instaurado tanto pelo concedente (por iniciativa própria ou por provocação do conveniente), bem como por órgãos de controle interno e ainda pelo próprio Tribunal de Contas.

Cito algumas hipóteses neste sentido:

i) **Instauração pelo concedente, por iniciativa do conveniente** : no caso de sucessão de responsável, conforme Portaria Interministerial 424/2016 (destaquei):

“Art. 59 [...] § 6º Quando a impossibilidade de prestar contas decorrer de ação ou omissão do antecessor, **o novo administrador solicitará ao concedente a instauração de tomada de contas especial .”**

Neste sentido também a Súmula 230 do Tribunal de Contas da União (destaquei):

“ **Compete ao prefeito sucessor** apresentar as contas referentes aos recursos federais recebidos por seu antecessor, quando este não o tiver feito ou, na impossibilidade de fazê-lo, **adotar as medidas legais visando ao resguardo do patrimônio público com a instauração da competente Tomada de Contas Especial** , sob pena de coresponsabilidade.”

ii) **Instauração pelo concedente, por iniciativa própria** , conforme a Lei nº 8.443/92 (destaquei):

“Art. 8º Diante da omissão no dever de prestar contas, da não comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União, na forma prevista no inciso VII do art. 5º desta Lei, da ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos, ou, ainda, da prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao Erário, **a autoridade administrativa competente**, sob pena de responsabilidade solidária, **deverá imediatamente adotar providências com vistas à instauração da tomada de contas especial** para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano.”

Também a Portaria Interministerial 424/2016 (destaquei):

“Art. 6º São **competências e responsabilidades do concedente** : [...] II - operacionalizar a execução dos projetos e atividades, mediante: [...] h) notificação do conveniente, quando não apresentada a prestação de contas dos recursos aplicados ou constatada a má aplicação dos recursos públicos transferidos, e **instaurando, se for o caso, a competente Tomada de Contas Especial** . [...]

Art. 59. 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: [...]

§ 3º Se, ao término do prazo estabelecido, o conveniente não apresentar a prestação de contas nem devolver os recursos nos termos do § 2º deste artigo, **o concedente registrará a inadimplência no SICONV por omissão do dever de prestar contas e comunicará o fato ao órgão de contabilidade analítica a que estiver vinculado, para fins de instauração de tomada de contas especial** sob aquele argumento e adoção de outras medidas para reparação do dano ao erário, sob pena de responsabilização solidária.”

iii) **Instauração pelo Tribunal de Contas**, no caso de não instauração, pelo concedente, quando obrigado a fazê-lo, conforme Lei nº 8.443/92 (destaquei):

“Art. 8º [...] § 1º Não atendido o disposto no *caput* deste artigo, **o Tribunal determinará a instauração da tomada de contas especial**, fixando prazo para cumprimento dessa decisão.”

No mesmo sentido a Portaria Interministerial nº 424/2016 (destaquei):

“Art. 70 [...]

§ 2º **A Tomada de Contas Especial será instaurada, ainda, por determinação dos órgãos de controle interno ou do Tribunal de Contas da União**, no caso de omissão da autoridade competente em adotar essa medida.

A tomada de contas especial não se inicia, portanto, necessariamente no Tribunal de Contas, como possível concluir da leitura da já tão mencionada Portaria Interministerial nº 424/2016:

“Art. 71. No caso da apresentação da prestação de contas ou recolhimento integral do débito imputado, antes do **encaminhamento da Tomada de Contas Especial ao Tribunal de Contas da União**, deverá ser retirado o registro da inadimplência no SICONV, procedida a análise da documentação e adotados os seguintes procedimentos: [...]”

Como já dito, o rito administrativo da tomada de contas especial abrange duas fases, sendo uma prévia (**fase interna**), que não ocorre no Tribunal de Contas e sim perante o órgão concedente do recurso e outra perante o Tribunal de Contas, consistente na segunda fase do complexo procedimento (**fase externa**).

Inicialmente reproduzo definição extraída de interessante artigo de Mauro Rogério Oliveira Matias, servidor do Tribunal de Contas da União sobre a Tomada de Contas Especial (TCE) - destaquei:

“A tomada de contas especial é um processo administrativo específico, excepcional e de natureza indenizatória e sancionatória, cuja finalidade é **continuar a persecução do ressarcimento pelo responsável e de seus solidários**, que deram causa a prejuízo à Fazenda Pública, por irregularidades na aplicação, guarda ou perda dos recursos federais, financeiros ou patrimoniais, ou por omissão no dever de prestar contas, sendo devidamente formalizado, com rito próprio, instaurado regularmente, quando necessário pelo órgão ou entidade lesada e instruído inicialmente pelo tomador de contas para envio à certificação do órgão de controle interno e ao julgamento pelo

Tribunal de Contas da União, o qual poderá condenar o responsável ao ressarcimento do débito e aplicar-lhe sanções, inclusive pecuniária, por meio do respectivo acórdão com força de título executivo extrajudicial.”

Não à toa a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal sobre a *tomada de contas especial*:

“A tomada de contas especial não constitui procedimento administrativo disciplinar. Ela tem por escopo a defesa da coisa pública. **Busca a Corte de Contas, com tal medida, o ressarcimento pela lesão causada ao erário.** A tomada de contas é procedimento administrativo, certo que a extensão da garantia do contraditório (CF, art. 5º, LV) aos procedimentos administrativos não exige a adoção da normatividade própria do processo judicial, em que é indispensável a atuação do advogado: AI 207.197 AgR/PR, Ministro Octavio Gallotti, DJ de 5.6.1998; RE 244.027 AgR/SP, Ministra Ellen Gracie, DJ de 28.6.2002.” (MS 24.961, Rel. Ministro Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ 04.3.2005)

Do mesmo artigo de Mauro Rogério Oliveira Matias, extraio trecho a demonstrar que o procedimento todo, embora deva ser visto como um único percurso, é composto de duas fases, uma perante o órgão concedente e outra no Tribunal de Contas:

“Para instaurar (formalizar) os autos da TCE (autônomo) é imprescindível ter previamente demonstrado, em outro processo ou mesmo em procedimentos administrativos específicos, o fato lesivo (irregularidade) ao patrimônio público, o valor pecuniário do prejuízo decorrente e o agente público responsável. Apurados os fatos, identificados os responsáveis e quantificado o dano, a autoridade administrativa competente, antes de providenciar a instauração da TCE, deverá, ainda, esgotar as medidas que lhe compete, com vistas à correção da irregularidade ou recomposição do dano ao erário. Sem êxito nessas providências, deflagra-se a TCE.

[...]

Em todo caso, em prol da celeridade do processo de TCE, é prudente compreender que o prazo de 180 dias para que a Administração adote providências com vistas ao saneamento da irregularidade ou recomposição do prejuízo, deve ser entendido como “até 180 dias”. Porquanto verificado, antes desse prazo, o insucesso nas medidas administrativas preliminares à TCE, deve a

Administração declarar o encerramento da fase apuratória dos pressupostos da TCE e o insucesso no saneamento administrativo do dano saneadora, instaurando, ato contínuo, o processo de tomada de contas especial. Uma vez deflagrado o processo, o prazo regulamentar para a remessa da TCE ao TCU é de 30 dias, contados de sua elaboração (art. 153, § 2º, Decreto nº 93.872/1986) (BRASIL. Decreto, 1986).

[...]

Ressalte-se que a TCE é processo desde a sua instauração ordenada pela autoridade administrativa competente e não apenas quando é autuada no órgão julgador (art. 3º, § 2º, IN TCU nº 56/2007). Equivale dizer que a “certidão de nascimento” da TCE é o ato que determina a autuação do processo específico de tomada de contas especial. Assim, resta superada eventual tese de que a TCE somente é considerada processo quando ingressa no Tribunal de Contas para julgamento, pois, como demonstrado, a TCE já é processo desde a sua origem.”

O regular exercício do contraditório e a garantia da ampla defesa só são plenamente atendidos na fase que transcorre perante o Tribunal de Contas e só seu julgamento forma título executivo como defendem Cynthia Magalhães Pinto Godoi Quintão e Ricardo Carneiro:

“A instauração de TCE se dá por determinação da autoridade máxima do órgão repassador do recurso, com a formalização de um procedimento administrativo de investigação para apurar os fatos, identificar os possíveis responsáveis, quantificar o dano e tentar obter seu ressarcimento. Essa fase, interna ao órgão, não constitui um processo, pela ausência da obrigatoriedade de observância de princípios do contraditório e da ampla defesa. Na fase externa, realizada no âmbito do TC, que forma verdadeiro processo, tais princípios não só devem ser observados como, substancialmente, respeitados, sob pena de nulidade. Ao final, as contas tomadas são julgadas como regulares; regulares, com ressalvas; e irregulares.

[...]

Quanto à decisão do TC, se se imputar débito ou multa, ela tem força de título executivo, conforme mandamento constitucional, o que não se aplica à conclusão do procedimento na fase interna do órgão administrativo.”

Conquanto desejável sejam observadas pela Administração, em ambas as fases, todas as formalidades previamente dispostas nos normativos

aplicáveis, a configurar, desta forma, o respeito ao *devido processo administrativo*, inegável a importância, para a garantia do contraditório e da ampla defesa, da segunda etapa (**fase externa**) ou *tomada de contas especial* propriamente dita, a transcorrer no âmbito do Tribunal de Contas.

É da jurisprudência do próprio Tribunal de Contas da União que trago o seguinte entendimento (destaquei):

“Não há prejuízo ao exercício do contraditório e da ampla defesa em razão da ausência de oportunidade de defesa na fase interna de tomada de contas especial, pois nessa etapa, em que se coletam evidências para fins de apuração dos fatos e das responsabilidades, não há uma relação processual constituída. **A garantia ao direito de defesa ocorre na fase externa, com o chamamento do responsável aos autos, a partir da sua citação válida .”** (Tribunal de Contas da União, TCE 014.898/2010-1, acórdão nº 2016/2018, Segunda Câmara, Relator Aroldo Cedraz, j. 03.4.2018)

“A ausência de notificação do responsável na fase interna do processo de tomada de contas especial não implica vício, porquanto **a fase interna constitui procedimento inquisitório de coleta de provas, assemelhado ao inquérito policial, e a fase externa, que se inicia com a autuação do processo no TCU, é que garante o direito à ampla defesa e ao contraditório .”** (Tribunal de Contas da União, TCE 025.968/2012-2, acórdão nº 653/2017, Segunda Câmara, Relator Augusto Nardez, j. 24.1.2017)

“ **O direito à ampla defesa e ao contraditório se dá, nos termos do devido processo legal, na fase externa da tomada de contas especial, que se inicia com a autuação do processo junto ao TCU. Na fase interna da TCE, cuja responsabilidade é da instituição onde os fatos ocorreram, não há litígio ou acusação, mas apenas verificação de fatos e apuração de autoria. ”** (Tribunal de Contas da União, TCE 012.598/2013-5, acórdão nº 2437/2015, Plenário, Relatora Ana Arraes, j. 30.9.2015)

“ **A fase interna da tomada de contas especial não corresponde a processo, mas sim a procedimento de caráter inquisitório, no qual não há partes, nem lide ou litígio. O contraditório somente se torna obrigatório com o ingresso da documentação no Tribunal de Contas da União. ”** (Tribunal de Contas da União, TCE 016.833/2009-0, acórdão nº 2471/2013, Plenário, Relator Augusto Sherman, j. 11.9.2013)

“**O momento próprio para a defesa é a fase externa da TCE, que ocorre no âmbito dos Tribunais de Contas. É nessa fase que devem ser observados os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, com a rigorosa observância do devido processo legal**

consubstanciado na Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992 e demais normas pertinentes.

No caso, os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa se concretizaram com a citação válida pelo TCU, com a devida apreciação das alegações de defesa aduzidas pelo responsável e com a oportunidade de interpor o recurso sob exame, ocasiões em [que] o ex-gestor poderia ter refutado os motivos de fato e de direito que levaram a sua condenação. ” (Tribunal de Contas da União, TCE 011.907/2005-0, acórdão nº 3487/2010, Primeira Câmara, Relator Walton Alencar Rodrigues, j. 15.6.2000)

Ainda a demonstrar e importância desta **fase externa** do procedimento, apresento o arcabouço normativo da *tomada de contas especial*. Início destacando trechos do art. 71 da Constituição Federal a enfatizar a competência do Tribunal de Contas:

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

[...]

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

[...]

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;

[...]

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

[...]

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;”

Quanto ao procedimento, destaco a **Lei nº 9.784/99** que, a teor de seu art. 1º, *estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da*

Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração, de aplicação subsidiária aos processos administrativos específicos, como prevê seu art. 69, e assim dispõe sobre garantias do devido processo legal (destaquei):

“Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório , segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

[...]

X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à **interposição de recursos , nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio ;**

DA COMPETÊNCIA

Art. 11. A competência é irrenunciável e **se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria** , salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos.

Art. 12. Um órgão administrativo e seu titular poderão, se não houver impedimento legal, delegar parte da sua competência a outros órgãos ou titulares, ainda que estes não lhe sejam hierarquicamente subordinados, quando for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial.

Parágrafo único. O disposto no *caput* deste artigo aplica-se à delegação de competência dos órgãos colegiados aos respectivos presidentes.

Art. 13. Não podem ser objeto de delegação:

I - a edição de atos de caráter normativo;

II - a decisão de recursos administrativos;

III - as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade

[...]

Art. 17. Inexistindo competência legal específica, o processo administrativo deverá ser iniciado perante a autoridade de menor grau hierárquico para decidir .

DO RECURSO ADMINISTRATIVO E DA REVISÃO

Art. 56. Das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito.

§ 1º O recurso será dirigido à autoridade que proferiu a decisão, a qual, se não a reconsiderar no prazo de cinco dias, o encaminhará à autoridade superior.

§ 2º Salvo exigência legal, a interposição de recurso administrativo independe de caução.

§ 3º Se o recorrente alegar que a decisão administrativa contraria enunciado da súmula vinculante, caberá à autoridade prolatora da decisão impugnada, se não a reconsiderar, explicitar, antes de encaminhar o recurso à autoridade superior, as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso.

Art. 57. O recurso administrativo tramitará no máximo por três instâncias administrativas, salvo disposição legal diversa.”

Trata-se de norma geral sobre o processo administrativo, da qual destaco a questão da **previsão de recurso** como regra geral de garantia da ampla defesa e do devido processo legal, bem como a questão da **competência** .

Por fim, reproduzo a norma especial a tratar da *tomada de contas especial* . Assim prevê a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, **Lei nº 8.443/92** (destaquei):

“Art. 1º Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, **competete** , nos termos da Constituição Federal e na forma estabelecida nesta Lei:

I - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos das unidades dos poderes da União e das entidades da administração indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário;

II - proceder, por iniciativa própria ou por solicitação do Congresso Nacional, de suas Casas ou das respectivas Comissões, à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das unidades dos poderes da União e das demais entidades referidas no inciso anterior;

Art. 4º O Tribunal de Contas da União tem jurisdição própria e privativa, em todo o território nacional, sobre as pessoas e matérias sujeitas à sua competência.

Art. 5º A jurisdição do Tribunal abrange :

I - qualquer pessoa física, órgão ou entidade a que se refere o inciso I do art. 1º desta Lei, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária;

II - aqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário;

III - os dirigentes ou liquidantes das empresas encampadas ou sob intervenção ou que de qualquer modo venham a integrar, provisória ou permanentemente, o patrimônio da União ou de outra entidade pública federal;

IV - os responsáveis pelas contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo.

V - os responsáveis por entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado que recebam contribuições parafiscais e prestem serviço de interesse público ou social;

VI - todos aqueles que lhe devam prestar contas ou cujos atos estejam sujeitos à sua fiscalização por expressa disposição de Lei;

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

VIII - os sucessores dos administradores e responsáveis a que se refere este artigo, até o limite do valor do patrimônio transferido, nos termos do inciso XLV do art. 5º da Constituição Federal;

Art. 6º Estão sujeitas à tomada de contas e, ressalvado o disposto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, só por decisão do Tribunal de Contas da União podem ser liberadas dessa responsabilidade as pessoas indicadas nos incisos I a VI do art. 5º desta Lei.

[...]

Art. 8º Diante da **omissão no dever de prestar contas**, da **não comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União**, na forma prevista no inciso VII do art. 5º desta Lei, da **ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos**, ou, ainda, da prática de **qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao Erário**, a **autoridade administrativa competente**, sob pena de **responsabilidade solidária**, **deverá imediatamente adotar providências com vistas à instauração da tomada de contas especial para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano**.

§ 1º Não atendido o disposto no *caput* deste artigo, o Tribunal determinará a instauração da tomada de contas especial, fixando prazo para cumprimento dessa decisão.

§ 2º A tomada de contas especial prevista no *caput* deste artigo e em seu § 1º será, **desde logo, encaminhada ao Tribunal de Contas da União para julgamento**, se o dano causado ao Erário for de valor igual ou superior à quantia para esse efeito fixada pelo Tribunal em cada ano civil, na forma estabelecida no seu Regimento Interno.

§ 3º Se o dano for de valor inferior à quantia referida no parágrafo anterior, a tomada de contas especial será anexada ao processo da respectiva tomada ou prestação de contas anual do administrador ou ordenador de despesa, para julgamento em conjunto.

Art. 9º Integrarão a tomada ou prestação de contas, inclusive a tomada de contas especial, dentre outros elementos estabelecidos no Regimento Interno, os seguintes:

I - relatório de gestão;

II - relatório do tomador de contas, quando couber;

III - relatório e certificado de auditoria, com o parecer do dirigente do órgão de controle interno, que consignará qualquer irregularidade ou ilegalidade constatada, indicando as medidas adotadas para corrigir as faltas encontradas;

IV - pronunciamento do Ministro de Estado supervisor da área ou da autoridade de nível hierárquico equivalente, na forma do art. 52 desta Lei.

Art. 10. A decisão em processo de tomada ou prestação de contas pode ser preliminar, definitiva ou terminativa.

§ 1º Preliminar é a decisão pela qual o Relator ou o Tribunal, antes de pronunciar-se quanto ao mérito das contas, resolve sobrestar o julgamento, **ordenar a citação ou a audiência dos responsáveis ou, ainda, determinar outras diligências necessárias ao saneamento do processo**.

§ 2º Definitiva é a decisão pela qual o Tribunal julga as contas regulares, regulares com ressalva, ou irregulares.

§ 3º Terminativa é a decisão pela qual o Tribunal ordena o trancamento das contas que forem consideradas ilíquidáveis, nos termos dos arts. 20 e 21 desta Lei.

Art. 11. O Relator presidirá a instrução do processo, determinando, mediante despacho singular, de ofício ou por provocação do órgão de instrução ou do Ministério Público junto ao Tribunal, o sobrestamento do julgamento, **a citação ou a audiência dos responsáveis, ou outras providências consideradas necessárias ao saneamento dos autos**, fixando prazo, na forma estabelecida no Regimento Interno, para o atendimento das diligências, após o que submeterá o feito ao Plenário ou à Câmara respectiva para decisão de mérito.

Art. 12. Verificada irregularidade nas contas, o Relator ou o Tribunal:

I - definirá a responsabilidade individual ou solidária pelo ato de gestão inquinado;

II - se houver débito, **ordenará a citação do responsável para, no prazo estabelecido no Regimento Interno, apresentar defesa ou recolher a quantia devida**;

III - se não houver débito, determinará a audiência do responsável para, no prazo estabelecido no Regimento Interno, apresentar razões de justificativa;

IV - adotará outras medidas cabíveis.

§ 1º O responsável cuja defesa for rejeitada pelo Tribunal será cientificado para, em novo e improrrogável prazo estabelecido no Regimento Interno, recolher a importância devida.

§ 2º Reconhecida pelo Tribunal a boa-fé, a liquidação tempestiva do débito atualizado monetariamente sanará o processo, se não houver sido observada outra irregularidade nas contas.

§ 3º O responsável que não atender à citação ou à audiência será considerado revel pelo Tribunal, para todos os efeitos, dando-se prosseguimento ao processo.

Art. 13. A decisão preliminar a que se refere ao art. 11 desta Lei poderá, a critério do Relator, ser publicada no Diário Oficial da União.

Art. 14. O Tribunal julgará as tomadas ou prestações de contas até o término do exercício seguinte àquele em que estas lhes tiverem sido apresentadas.

Art. 15. Ao julgar as contas, o Tribunal decidirá se estas são regulares, regulares com ressalva, ou irregulares.

Art. 16. **As contas serão julgadas :**

I - regulares, quando expressarem, de forma clara e objetiva, a exatidão dos demonstrativos contábeis, a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão do responsável;

II - regulares com ressalva, quando evidenciarem impropriedade ou qualquer outra falta de natureza formal de que não resulte dano ao Erário;

III - **irregulares** , quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências:

a) **omissão no dever de prestar contas** ;

b) prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial;

c) dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ao antieconômico;

d) desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos.

§ 1º O Tribunal poderá julgar irregulares as contas no caso de reincidência no descumprimento de determinação de que o responsável tenha tido ciência, feita em processo de tomada ou prestação de contas.

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

a) do agente público que praticou o ato irregular, e

b) do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado.

§ 3º Verificada a ocorrência prevista no parágrafo anterior deste artigo, o Tribunal providenciará a imediata remessa de cópia da documentação pertinente ao Ministério Público da União, para ajuizamento das ações civis e penais cabíveis.

Art. 19. Quando julgar as contas irregulares, havendo débito, **o Tribunal condenará o responsável ao pagamento da dívida atualizada monetariamente, acrescida dos juros de mora devidos, podendo, ainda, aplicar-lhe a multa prevista no art. 57 desta Lei, sendo o instrumento da decisão considerado título executivo** para fundamentar a respectiva ação de execução.

Art. 23. A decisão definitiva será formalizada nos termos estabelecidos no Regimento Interno, por acórdão, cuja publicação no Diário Oficial da União constituirá:

I - no caso de contas regulares, certificado de quitação plena do responsável para com o Erário;

II - no caso de contas regulares com ressalva, certificado de quitação com determinação, nos termos do art. 18 desta Lei;

III - no caso de contas irregulares:

a) obrigação de o responsável, no prazo estabelecido no Regimento Interno, comprovar perante o Tribunal que recolheu aos cofres públicos a quantia correspondente ao débito que lhe tiver sido imputado ou da multa cominada, na forma prevista nos arts. 19 e 57 desta Lei;

b) título executivo bastante para cobrança judicial da dívida decorrente do débito ou da multa, se não recolhida no prazo pelo responsável;

c) fundamento para que a autoridade competente proceda à efetivação das sanções previstas nos arts. 60 e 61 desta Lei.

Art. 24. A decisão do Tribunal, de que resulte imputação de débito ou cominação de multa, torna a dívida líquida e certa e tem eficácia de título executivo, nos termos da alínea b do inciso III do art. 23 desta Lei.

Recursos

Art. 31. Em todas as etapas do processo de julgamento de contas será assegurado ao responsável ou interessado ampla defesa.

Art. 32. **De decisão proferida em processo de tomada ou prestação de contas cabem recursos de:**

I - reconsideração;

II - embargos de declaração;

III - revisão.

Parágrafo único. Não se conhecerá de recurso interposto fora do prazo, salvo em razão da superveniência de fatos novos na forma prevista no Regimento Interno.

Art. 33. O recurso de reconsideração, que terá **efeito suspensivo**, será apreciado por quem houver proferido a decisão recorrida, na forma estabelecida no Regimento Interno, e poderá ser formulado por escrito uma só vez, pelo responsável ou interessado, ou pelo Ministério Público junto ao Tribunal, dentro do prazo de quinze dias, contados na forma prevista no art. 30 desta Lei.

Art. 34. Cabem embargos de declaração para corrigir obscuridade, omissão ou contradição da decisão recorrida.

§ 1º Os embargos de declaração podem ser opostos por escrito pelo responsável ou interessado, ou pelo Ministério Público junto ao Tribunal, dentro do prazo de dez dias, contados na forma prevista no art. 30 desta Lei.

§ 2º Os embargos de declaração suspendem os prazos para cumprimento da decisão embargada e para interposição dos recursos previstos nos incisos I e III do art. 32 desta Lei.

Art. 35. De decisão definitiva caberá recurso de revisão ao Plenário, sem efeito suspensivo, interposto por escrito, uma só vez, pelo responsável, seus sucessores, ou pelo Ministério Público junto ao Tribunal, dentro do prazo de cinco anos, contados na forma prevista no inciso III do art. 30 desta Lei, e fundar-se-á:

I - em erro de cálculo nas contas;

II - em falsidade ou insuficiência de documentos em que se tenha fundamentado a decisão recorrida;

III - na superveniência de documentos novos com eficácia sobre a prova produzida.

Parágrafo único. A decisão que der provimento a recurso de revisão ensejará a correção de todo e qualquer erro ou engano apurado."

Demonstra-se, pela leitura do extenso trecho da referida Lei, haver uma enorme gama de possibilidades de defesa no âmbito do Tribunal de Contas da União, a possibilitar o efetivo exercício desta garantia constitucional.

Pondero, contudo, embora o art. 16, III, "a", da referida Lei de fato disponha caber ao Tribunal de Contas o julgamento da conta como "irregular" em decorrência da **omissão** em seu dever de prestá-la, que continuo a entender, nesta hipótese, suficiente, para configuração da inadimplência para fins de inserção de restrição em cadastros, o esgotamento da primeira etapa (**fase interna**), ou seja, a notificação do ente tido como faltoso e o decurso do prazo previsto nas normas de regência. Tal

compreensão decorre do fato de que mera inação ao dever de prestar contas é situação, em tese, facilmente contraditável, corrigível com a efetiva prestação, e de enorme gravidade sistêmica, em virtude do ferimento, não só do próprio dever de prestar a conta, mas também do princípio da publicidade. Exemplifico a gravidade deste fato com julgados do Tribunal de Contas da União:

“A omissão no dever de prestar contas é causa autônoma para o julgamento pela ilegalidade das contas, mesmo que ocorra comprovação posterior de execução integral do objeto do convênio.” (Tribunal de Contas da União, TCE 022.288/2009-0, acórdão nº 4994/2011, Segunda Câmara, Relator Augusto Nardes, j. 12.7.2011)

“A simples omissão no dever de prestar contas, ainda que tenha sido comprovada a regular aplicação dos recursos e que o objeto do convênio tenha sido alcançado, enseja o julgamento pela irregularidade das contas e a aplicação de multa.” (Tribunal de Contas da União, TCE 002.583/2009-3, acórdão nº 4460/2011, Segunda Câmara, Relator Raimundo Carreiro, j. 28.6.2011)

“A apresentação intempestiva das contas é capaz de elidir o débito em face da comprovação da aplicação regular dos recursos, mas não sana a irregularidade inicial do gestor consistente na omissão de prestar contas.” (Tribunal de Contas da União, TCE 000.682/2005-0, acórdão nº 32/2008, Segunda Câmara, Relator Benjamin Zymler, j. 29.1.2008)

“A omissão no dever de prestar contas configura ato que caracteriza grave infração à norma legal, punível com a imposição de multa, podendo a apresentação de documentação posterior, apenas, desconstituir o débito imputado ao responsável.” (Tribunal de Contas da União, TCE 010.233/2005-7, acórdão nº 2841/2007, Segunda Câmara, Relator Aroldo Cedraz, j. 16.10.2007)

Enfim, a transcrição de todo este arcabouço normativo demonstra a complexidade do procedimento da *tomada de contas especial*, em especial na sua **fase externa**, destacando ser ela a que melhor atende, de forma completa e exauriente, as garantias do contraditório, ampla defesa e devido processo administrativo.

Tal afirmo não por reconhecer, *na tomada de contas especial*, algo intrínseco ou em si mesmo capaz de garantir, de forma plena, a ampla defesa. Trata-se, em verdade de, iluminada pelo princípio constitucional da ampla defesa, reconhecer a existência, no sistema jurídico-normativo, de um

procedimento – a que se nominou “tomada de contas especial”, mas que poderia ser outro qualquer – apto a fortalecer e dar efetividade ao princípio.

Por outro lado, conquanto possíveis situações de eventual justificação da **não prestação da conta** de modo a afastar a inadimplência por este motivo, tais situações, a meu ver, dada sua excepcionalidade (e o risco potencialmente sistêmico decorrente do não-registro da omissão, somado à natureza simples do fato capaz de facilmente, em regra, ser corrigido), reputo possível, para a finalidade a que se presta, o registro da inadimplência, por este motivo, nos cadastros de inadimplência, independentemente de *tomada de contas especial*.

II.5. Outros fundamentos a justificar a *tomada de contas especial* como requisito para inclusão de restrição em cadastros de inadimplência em determinadas hipóteses.

Impende registrar outros motivos que, por aplicação e interpretação sistemática, levam à consideração do encerramento da tomada de contas especial como marco fixador da certeza da inadimplência de forma apta a levar à restrição de direitos.

i) Nos casos de *crédito tributário* decorre da lei a suspensão de sua exigibilidade e, conseqüentemente, dos apontamentos da inadimplência, se ainda em discussão na esfera administrativa .

Embora o presente caso trate de créditos *não tributários*, importante mencionar, neste momento, o itinerário traçado pelos créditos tributários, a evitar discrepância no trato de situações análogas.

O Código Tributário Nacional prevê, de forma expressa, em seu art. 151, III, que “*suspendem a exigibilidade do crédito tributário as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo.*” (destaquei).

Do Superior Tribunal de Justiça colho a jurisprudência sobre o referido dispositivo:

“ Enquanto ainda pendente de análise o recurso administrativo interposto contra decisão que nega a homologação da compensação, não há diferenças de crédito definitivamente constituído, principalmente em se tratando de hipótese de homologação de créditos de tributo declarado inconstitucional pelo STF. Interpretação do art. 151, III, do CTN . (REsp 552.999/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 03.10.2005, destaquei)

“1. Os postulados da ampla defesa e do contraditório, corolários do princípio mais amplo do *due process of law* , foram consagrados expressamente, não apenas aos acusados em geral, como também aos litigantes, seja em processo judicial, seja em processo administrativo. 2. Pendente de julgamento o recurso administrativo no qual se discute a homologação da compensação, configurada está uma das hipóteses legais de suspensão da exigibilidade do crédito tributário , que autoriza a expedição da certidão positiva com efeitos de negativa, com arrimo no art. 206 do CTN.” (REsp 641.075/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 13.03.2006, destaquei)

De forma análoga esta Corte Suprema assim já decidiu em feito sob competência originária:

“CADIN – INCLUSÃO, NESSE CADASTRO FEDERAL, DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, POR EFEITO DE NÃO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS, **AINDA EM DISCUSSÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA**, REFERENTES A PARCELAS DE CARÁTER NÃO REMUNERATÓRIO (ABONO-FAMÍLIA, AUXÍLIO-TRANSPORTE, AUXÍLIO-CRECHE E VALE-REFEIÇÃO) - IMPOSIÇÃO, AO ESTADO-MEMBRO, EM VIRTUDE DE ALEGADO DESCUMPRIMENTO DAS RESPECTIVAS OBRIGAÇÕES, DE LIMITAÇÕES DE ORDEM JURÍDICA – A QUESTÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS, NOTADAMENTE AQUELES DE CARÁTER PROCEDIMENTAL, TITULARIZADOS PELAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO – POSSIBILIDADE DE INVOCAÇÃO, PELAS ENTIDADES ESTATAIS, EM SEU FAVOR, DA GARANTIA DO “ **DUE PROCESS OF LAW**” - LITÍGIO QUE SE SUBMETE À ESFERA DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – HARMONIA E EQUILÍBRIO NAS RELAÇÕES INSTITUCIONAIS ENTRE O ESTADO-MEMBRO E A UNIÃO FEDERAL – O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO TRIBUNAL DA FEDERAÇÃO – POSSIBILIDADE, NA ESPÉCIE, DE CONFLITO FEDERATIVO - PRETENSÃO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA JURISDICIONAL

FUNDADA NA ALEGAÇÃO DE TRANSGRESSÃO À GARANTIA DO “DUE PROCESS OF LAW” – SITUAÇÃO DE POTENCIALIDADE DANOSA AO INTERESSE PÚBLICO - TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA – DECISÃO DO RELATOR REFERENDADA PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONFLITOS FEDERATIVOS E O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO TRIBUNAL DA FEDERAÇÃO. - A Constituição da República confere, ao Supremo Tribunal Federal, a posição eminente de Tribunal da Federação (CF, art. 102, I, “f”), atribuindo, a esta Corte, em tal condição institucional, o poder de dirimir controvérsias, que, ao irromperem no seio do Estado Federal, culminam, perigosamente, por antagonizar as unidades que compõem a Federação. Essa magna função jurídico-institucional da Suprema Corte impõe-lhe o gravíssimo dever de velar pela intangibilidade do vínculo federativo e de zelar pelo equilíbrio harmonioso das relações políticas entre as pessoas estatais que integram a Federação brasileira. A aplicabilidade da norma inscrita no art. 102, I, “f”, da Constituição estende-se aos litígios cuja potencialidade ofensiva revela-se apta a vulnerar os valores que informam o princípio fundamental que rege, em nosso ordenamento jurídico, o pacto da Federação. Doutrina. Precedentes. A QUESTÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS, NOTADAMENTE AQUELES DE CARÁTER PROCEDIMENTAL, TITULARIZADOS PELAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO. - A imposição de restrições de ordem jurídica, pelo Estado, quer se concretize na esfera judicial, quer se realize no âmbito estritamente administrativo, supõe, para legitimar-se constitucionalmente, o efetivo respeito, pelo Poder Público, da garantia indisponível do “ **due process of law**” , assegurada, pela Constituição da República (art. 5º, LIV), à generalidade das pessoas, inclusive às próprias pessoas jurídicas de direito público, eis que o Estado, em tema de limitação ou supressão de direitos, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva e arbitrária. Doutrina. Precedentes. LIMITAÇÃO DE DIREITOS E NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA, PARA EFEITO DE SUA IMPOSIÇÃO, DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. - A Constituição da República estabelece, em seu art. 5º, incisos LIV e LV, considerada a essencialidade da garantia constitucional da **plenitude de defesa e do contraditório, que ninguém pode ser privado de sua liberdade, de seus bens ou de seus direitos sem o devido processo legal**, notadamente naqueles casos em que se viabilize a possibilidade de imposição, a determinada pessoa ou entidade, seja ela pública ou privada, de medidas consubstanciadoras de limitação de direitos. - A jurisprudência dos Tribunais, especialmente a do Supremo Tribunal Federal, tem reafirmado o caráter fundamental do princípio da plenitude de defesa, nele reconhecendo uma

insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa ou no âmbito político-administrativo, sob pena de nulidade da própria medida restritiva de direitos, revestida, ou não, de caráter punitivo. Doutrina. Precedentes. BLOQUEIO DE RECURSOS FEDERAIS CUJA EFETIVAÇÃO PODE COMPROMETER A EXECUÇÃO, NO ÂMBITO LOCAL, DE PROGRAMA ESTRUTURADO PARA VIABILIZAR A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. - O Supremo Tribunal Federal, nos casos de inscrição de entidades estatais, de pessoas administrativas ou de empresas governamentais em cadastros de inadimplentes, organizados e mantidos pela União, tem ordenado a liberação e o repasse de verbas federais (ou, então, determinado o afastamento de restrições impostas à celebração de operações de crédito em geral ou à obtenção de garantias), sempre com o propósito de neutralizar a ocorrência de risco que possa comprometer, de modo grave e/ou irreversível, a continuidade da execução de políticas públicas ou a prestação de serviços essenciais à coletividade. Precedentes. (ACO 1534 TA-Ref, Rel. Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe 08.4.2011)

A justificativa, no precedente, baseou-se na necessidade se aguardar – para a inscrição no CADIN – a **conclusão do processo relativo à exigibilidade do crédito tributário em discussão em recurso administrativo** concernente a determinadas NFLDs.

O mesmo entendimento, em sendo aplicado aos créditos não tributários, leva à conclusão da *tomada de contas especial*, **quando cabível**, pois haverá hipóteses em que não aplicável, como requisito para a inscrição em cadastro de inadimplentes.

ii) **Da Constituição Federal se extrai a formação do título executivo após o julgamento do Tribunal de Contas .**

A Constituição Federal dá, às decisões do Tribunal de Contas, atributo de liquidez, certeza e exigibilidade. Cito o dispositivo:

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

[...]

§ 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo .”

Tal característica já foi enfatizada por este Supremo Tribunal:

“Transportando-se esse raciocínio para o caso dos autos, percebe-se que não houve a tomada de contas especial para a apuração dos danos ao erário federal, bem como das respectivas responsabilidades.

Nesse diapasão, deve-se ressaltar que a tomada de contas especial é um procedimento administrativo com rito próprio, que tem suas regras e pressupostos definidos na Lei 8.443/1992 e que permite não somente a apuração, mas também a liquidação do dano em dívida líquida e certa, por meio de decisão com eficácia de título executivo extrajudicial (art. 71, § 3º, da CF/88).

Diante desse cenário, ineficiente e arbitrária a inscrição do Estado-Membro nos cadastros federais desabonadores sem a prévia tomada de contas especial perante o Tribunal de Contas da União.” (ACO 2142, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 04.11.2016)

O reconhecimento constitucional de tais atributos às decisões do Tribunal de Contas as coloca em patamar seguro para a notícia pública da inadimplência. Tal não ocorre, por exemplo, enquanto pendente discussão administrativa sobre o débito.

iii) Inocorrência de conflito, entre o reconhecimento da *tomada de contas especial* como requisito para a inscrição em cadastros de inadimplentes e a Súmula Vinculante nº 3 .

Vale consignar observação quanto à Súmula Vinculante nº 3, cujo teor é o seguinte:

“Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.”

Menciono precedentes desta Corte Suprema em que aplicado referido enunciado:

1. 'Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão' (Súmula Vinculante nº 3 do STF). Acórdão do TCU que, sem intimação da servidora interessada, determinou que se procedesse à cobrança de valores recebidos a título de adicional de dedicação exclusiva. Incidência do entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal.

2. Segurança concedida para garantir o exercício do contraditório e da ampla defesa." (MS27760, Relator Ministro Ayres Britto, Segunda Turma, julgamento em 20.3.2012, DJe de 12.4.2012)

"1. O Tribunal de Contas da União considerou legal o ato de concessão inicial de pensão do montepio civil da União em favor da impetrante e de sua irmã, ordenando o seu registro. 2. A Corte de Contas também determinou a adoção de medidas com o objetivo de efetuar a alteração dessa pensão para que a irmã da impetrante passasse a ser a única beneficiária, com fundamento em suposta ocorrência de união estável superveniente. 3. Necessidade de garantir-se à impetrante o exercício do contraditório e da ampla defesa quanto à suposta união estável por ela mantida. 4. Incidência na espécie da Súmula Vinculante 3. 5. Cassação do acórdão do Tribunal de Contas da União para restabelecer o pagamento integral da pensão até que seja proferida nova decisão pela Corte de Contas." (MS 28061 AgR, Relatora Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgamento em 2.3.2011, DJe de 11.4.2011)

Embora a referida Súmula trate dos processos perante o Tribunal de Contas da União e a garantia, neles, do contraditório e da ampla defesa, é fato que esta Corte Suprema já afastou de seu alcance hipótese que, em debate, processo de julgamento de tomada de contas. Tal precedente, todavia, - e aqui o menciono apenas para demonstrar sua inaplicabilidade à hipótese em tela -, não se deu no sentido de afastar da tomada de contas as garantias da ampla defesa e do contraditório, mas apenas para rejeitar o cabimento da reclamação naquela hipótese. Cito trecho do julgado a que me refiro:

"(...) a Súmula Vinculante 3 se dirige, única e exclusivamente, às decisões do Tribunal de Contas da União que anulem ou revoguem atos administrativos que beneficiem algum interessado, situação esta absolutamente diversa das tomadas de contas, procedimento próprio em que a Corte de Contas verifica a regularidade da utilização das verbas públicas pelos responsáveis." (Rcl 6396 AgR, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgamento em 21.10.2009, DJe de 13.11.2009)

Deste modo, persiste a importância da aferição da ampla defesa em situações como a ora em julgamento e, embora não aplicável à hipótese, a Súmula Vinculante nº 3 com ela não conflita e, ao contrário, contribui para o reconhecimento da *tomada de contas especial* como procedimento apto à efetividade dos princípios constitucionais em questão.

II.6. O reconhecimento da inconstitucionalidade da exigência, pela lei e normas infralegais, da inscrição prévia, nos cadastros, do registro da inadimplência nos casos de *convênio não cumprido* ou *conta rejeitada*.

Necessário registrar de fato haver normas dispondo de, o registro da inadimplência nos cadastros, em quaisquer hipóteses, ser realizado justamente **no início** da **fase externa** da *tomada de contas especial*. Entretanto, é justamente este momento do registro o ponto da discórdia neste feito, razão pela qual, por óbvio, a eventual conclusão desta ação no sentido da exigência da conclusão, em algumas hipóteses, da *tomada de contas especial* leva, por consequência, ao afastamento da constitucionalidade destes dispositivos.

Neste sentido, registro a **Lei nº 10.522/2002** que dispõe sobre o CADIN:

“Art. 26. Fica suspensa a restrição para transferência de recursos federais a Estados, Distrito Federal e Municípios destinados à execução de ações sociais ou ações em faixa de fronteira, em decorrência de inadimplementos objetos de registro no Cadin e no Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal – SIAFI.

Art. 26-A. O órgão ou entidade que receber recursos para execução de convênios, contratos de repasse e termos de parcerias na

forma estabelecida pela legislação federal estará sujeito a prestar contas da sua boa e regular aplicação, observando-se o disposto nos §§ 1º a 10 deste artigo.

§ 1º Norma específica disporá sobre o prazo para prestação de contas e instauração de tomada de contas especial, se for o caso.

§ 2º Quando a **prestação de contas não for encaminhada no prazo estabelecido**, será concedido o prazo máximo de 30 (trinta) dias para sua apresentação, ou recolhimento dos recursos, incluídos os rendimentos da aplicação no mercado financeiro, atualizados monetariamente e acrescidos de juros de mora, na forma da lei.

§ 3º Para os **convênios em que não tenha havido qualquer execução física nem utilização dos recursos**, o recolhimento à conta única do Tesouro deverá ocorrer sem a incidência de juros de mora, mas com os rendimentos da aplicação financeira.

§ 4º Apresentada a prestação de contas, o concedente deverá apreciá-la aprovando ou rejeitando, total ou parcialmente, as contas, de forma motivada.

§ 5º **Na ocorrência de uma das hipóteses de inadimplência previstas nos §§ 1º a 4º, ou no caso de as contas prestadas serem rejeitadas total ou parcialmente, o concedente registrará a inadimplência no sistema de gestão do instrumento e comunicará o fato ao órgão de contabilidade analítica a que estiver vinculado, para fins de instauração de tomada de contas especial, ou outro procedimento de apuração no qual sejam garantidos oportunizados o contraditório e a ampla defesa das partes envolvidas ."**

Para melhor expor esta situação, consistente na previsão normativa de inscrição de restrição já no início da *tomada de contas especial*, transcrevo normas infralegais neste sentido. Início com alguns dispositivos da **Portaria Interministerial nº 424/2016**, que *regula os instrumentos de repasse celebrados pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal com órgãos ou entidades públicas ou entidades privadas sem fins lucrativos* e em seu art. 82, revogou a Portaria Interministerial MP/MF/CGU Nº 507 /2011. Tratam eles da tomada de contas especial (destaquei):

“CAPÍTULO VIII - DA TOMADA DE CONTAS ESPECIAL

Art. 70. A Tomada de Contas Especial é o processo que objetiva apurar os fatos, identificar os responsáveis e quantificar o dano causado ao Erário, visando ao seu imediato ressarcimento.

§ 1º A Tomada de Contas Especial somente deverá ser instaurada depois de esgotadas as providências administrativas a cargo do concedente pela ocorrência de algum dos seguintes fatos:

I - a prestação de contas do instrumento não for apresentada no prazo fixado no inciso III do art. 59, observado o § 1º do referido artigo desta Portaria; e

II - a prestação de contas do instrumento não for aprovada em decorrência de: [...]

§ 3º **A instauração de Tomada de Contas Especial ensejará :**

I - a **inscrição de inadimplência do respectivo instrumento no SICONV, o que será fator restritivo a novas transferências de recursos financeiros oriundos do Orçamento Fiscal e da Seguridade Social da União mediante a celebração de instrumentos regulados por esta Portaria** , nos termos da alínea "b" do inciso VI do art. 9º desta Portaria; e

II - o registro daqueles identificados como causadores do dano ao erário na conta "DIVERSOS RESPONSÁVEIS" do SIAFI.

§ 4º **Os convenientes deverão ser notificados previamente sobre as irregularidades apontadas** , devendo ser incluída no aviso a respectiva Secretaria da Fazenda ou secretaria similar e o Poder Legislativo do órgão responsável pelo instrumento.

§ 5º A notificação prévia será feita por meio de carta registrada com declaração de conteúdo, com cópia para a respectiva Secretaria da Fazenda ou secretaria similar, e para o Poder Legislativo do órgão responsável pelo instrumento, devendo a notificação ser registrada no SICONV.

§ 6º O registro da inadimplência no SICONV só poderá ser realizado 45 (quarenta e cinco) dias após a notificação prévia.

Art. 71. **No caso da apresentação da prestação de contas ou recolhimento integral do débito imputado, antes do encaminhamento da Tomada de Contas Especial ao Tribunal de Contas da União, deverá ser retirado o registro da inadimplência no SICONV** , procedida a análise da documentação e adotados os seguintes procedimentos: [...]"

Das regras internas do Tribunal de Contas da União, cito dispositivos da **Instrução Normativa-TCU nº 71/2012** que *dispõe sobre a instauração, a organização e o encaminhamento ao Tribunal de Contas da União dos processos de tomada de contas especial* , também prevendo a inscrição de restrições já no início do procedimento (destaquei):

“Art. 2º Tomada de contas especial é um processo administrativo devidamente formalizado, com rito próprio, para **apurar responsabilidade por ocorrência de dano à administração pública federal, com apuração de fatos, quantificação do dano , identificação dos responsáveis e obter o respectivo ressarcimento** .

Parágrafo único. Consideram-se responsáveis pessoas físicas ou jurídicas às quais possa ser imputada a obrigação de ressarcir o Erário.

Art. 15. A autoridade competente deve:

I - **registrar nos cadastros de devedores e nos sistemas de informações contábeis, especialmente no previsto na Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, as informações relativas ao valor do débito e à identificação dos responsáveis ;**

[...]

Art. 16. A autoridade competente **providenciará baixa** da responsabilidade pelo débito se o Tribunal de Contas da União:

I - considerar elidida a responsabilidade pelo dano inicialmente imputada ao responsável;

II - considerar não comprovada a ocorrência de dano;

III - arquivar o processo por falta de pressupostos de instauração ou desenvolvimento regular;

IV - considerar iliquidáveis as contas;

V - der quitação ao responsável pelo recolhimento do débito; ou

VI - arquivar a tomada de contas especial com fundamento no art. 7º, inciso II, desta Instrução Normativa.

Parágrafo único. Na hipótese de o Tribunal de Contas da União concluir por débito de valor diferente daquele originalmente apurado, incumbe à autoridade competente efetuar os ajustes adicionais que se façam necessários com relação às medidas indicadas no art. 15 desta Instrução Normativa."

E, de fato, há respeitáveis posicionamentos pela constitucionalidade deste proceder. Cito outro trecho do artigo do magistrado Abhner Youssif Mota Arabi quando propugna haver oportunidade de defesa suficiente antes da instauração da Tomada de Contas Especial:

"A Tomada de Contas Especial e a inscrição de ente federativo no CAUC/SIAFI são figuras que possuem finalidades diferentes. Com efeito, se verificada a ocorrência de prejuízo ao erário público em razão da não prestação de contas, da aplicação incorreta de recursos recebidos ou de outro motivo pertinente, deve-se sim abrir o processo de TCE, ao mesmo tempo em que, se já efetivamente comprovado o dano, a irregularidade deve ser registrada nos cadastros federais de inadimplência, conforme previsto na legislação atinente.

Aliás, a **própria instauração de procedimento de Tomada de Contas Especial já pressupõe a efetiva comprovação da existência de prejuízo ao erário, e não apenas seu mero indício ou suspeita. Assim, nos casos em que for cabível a TCE, já se terá, em tese, a comprovada situação de dano ao erário, o que já seria motivo para inscrição nos**

referidos cadastros. Observe-se, porém, que, antes que se proceda a essa inscrição em procedimento anterior e diferente do da Tomada de Contas Especial, deve-se oportunizar ao ente que será inscrito a possibilidade de exercício do contraditório e da ampla defesa nos termos do que já abordado no tópico anterior.

S e, depois de possibilitada a oportunidade do efetivo exercício do contraditório e da ampla defesa ao ente federativo, ficar constatada a inconsistência na prestação de contas, que é o requisito legalmente exigido, entende-se ser possível a inscrição do ente federativo nos cadastros federais de restrição, em virtude da própria orientação legislativa de resguardar o patrimônio público, prevenindo o agravamento dos efeitos da inadimplência . A Tomada de Contas Especial, por sua vez, serve para aferir o *quantum debeat* do dano e para ensejar a responsabilização pessoal do agente público causador da irregularidade, mas não para que se comprove o *an debeat* em si, que, em tese, já terá sido configurado antes da instauração desse procedimento, tornando possível o ato de inscrição.

Verifica-se, portanto, que o ato de inscrição do ente federativo nos cadastros federais de inadimplência tem a finalidade principal de garantir a implementação da restrição legalmente estipulada na Lei de Responsabilidade Fiscal, bem como na Lei nº 10.522/2002, que, em seu artigo 26-A, § 5º, por exemplo, assim dispõe:

§ 5º Na ocorrência de uma das hipóteses de inadimplência previstas nos §§ 1º a 4º, ou no caso de as contas prestadas serem rejeitadas total ou parcialmente, o concedente registrará a inadimplência no sistema de gestão do instrumento e comunicará o fato ao órgão de contabilidade analítica a que estiver vinculado, para fins de instauração de tomada de contas especial, ou outro procedimento de apuração no qual sejam garantidos oportunizados o contraditório e a ampla defesa das partes envolvidas.

Nota-se, portanto, existir expressa permissão legal de inscrição nos cadastros de inadimplência antes mesmo da instauração – e quanto mais de sua conclusão – do procedimento de Tomada de Contas Especial. Esse instrumento, por sua vez, destina-se a finalidade diversa: a identificação dos responsáveis e a quantificação do dano causado ao erário por aqueles responsáveis pela gestão de recursos públicos, conforme previsto no já mencionado artigo 8º da Lei n. 8.443 /92.

O que se deve garantir, portanto, não é a necessária instauração e conclusão do procedimento de Tomada de Contas Especial antes que se proceda à inscrição, mas a oportunidade ao ente que deva ser inscrito do efetivo exercício de seus direitos ao contraditório e à ampla defesa. Desse modo, concretiza-se o que se encontra constitucionalmente previsto , sem que se atue de forma contrária ou diferente do que preconiza a lei. ”

Conquanto, repita-se, respeitável o posicionamento externado pelo articulista, entendo, como proponho neste voto, possa ele ser adotado apenas quanto à inadimplência decorrente da **não prestação de conta**, mas não quanto ao **descumprimento de convênio** ou **rejeição de conta**, o que exige o exaurimento do processo da *tomada de contas especial*.

Da mesma forma, necessário pontuar a relevância de argumento lançado pelo Ministro Edson Fachin em capítulo de decisão monocrática, para, conquanto concordando com Sua Excelência no estado da arte, **divergir** quanto à conclusão ali apresentada sobre o tópico – justamente por entender haver conflito entre a aplicação das normas expostas e o texto da Constituição Federal –, muito embora aquele caso tenha sido solvido pelo argumento da prescrição. Cito trecho da decisão a que me refiro (destaquei):

“Como se observa nas normas que regem a matéria em questão, a **instauração de processo de Tomada de Contas Especial junto ao Tribunal de Contas é procedimento posterior à apuração das irregularidades** constantes da execução de Convênio firmado entre o ente federativo e a União, das quais decorre a inscrição do conveniente no SIAFI, CADIN, SICONV e seu consequente registro no CAUC.

Desse modo, **a instauração de Tomada de Contas Especial não é pressuposto para a inclusão do ente federativo no SIAFI/CADIN/SICONV/CAUC**, tendo em vista que **tal inscrição decorre de fato objetivo, relacionado a irregularidades apuradas no julgamento administrativo da prestação de contas** referentes à execução de convênios firmados entre os entes federativos e a União. **O entendimento contrário, no sentido de que a instauração e o julgamento do processo de Tomada de Contas Especial é condição à negatização dos entes convenientes em cadastros de inadimplência federal, viola o princípio da legalidade estrita, tendo em vista a ausência de declaração de inconstitucionalidade das normas que regem a matéria e que orientam a atuação da Administração Pública.**

O referido princípio, como se sabe, subordina a atuação do Administrador à lei, que só pode fazer aquilo que ela autoriza. Sobre esse tema, a lição de José dos Santos Carvalho Filho nos lembra que, na Teoria do Estado Moderno, há apenas duas funções estatais básicas: a de criar a lei, atribuída ao legislador, e a de executá-la, de forma subjacente, conferida à Administração Pública e ao Poder Judiciário. Nas suas palavras:

(...). Esta última [função] pressupõe o exercício da primeira, de modo que só se pode conceber a atividade administrativa diante dos

parâmetros já instituídos pela atividade legiferante. Por isso é que administrar é função subjacente à de legislar. O princípio da legalidade denota exatamente essa relação: só é legítima a atividade do administrador público que estiver condizente com o disposto na lei.” (Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 30 ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Atlas, 2016, p. 20)

Assim, o entendimento firmado por esta Corte – pela aplicação generalizada da tese fixada no julgamento da AC 1.828-MC e da AC 1.896-MC, que tratavam de situação específica –, no sentido de que a conclusão do processo de Tomada de Contas Especial é condição à inscrição definitiva do ente nos cadastros federais de inadimplência, com fundamento no princípio do devido processo legal, **termina por afastar os atos normativos que incidem sobre a matéria (IN 01/97, da STN; Lei 10.522/02; Decreto 6.170/07; Lei 11.945/09; e Portaria Interministerial 507/2011), sem que esta Corte declare, expressamente, a sua inconstitucionalidade.**

Esse proceder deixa de aplicar os atos normativos que regem a atuação da Administração Pública e que são de observância obrigatória por ela, sem proclamar, explícita ou formalmente, sua inconstitucionalidade, pondo em risco o corolário da segurança jurídica e vulnerando o princípio da legalidade estrita.

Sublinhe-se, por relevante, que o princípio da Supremacia da Constituição apenas se efetiva quando os atos normativos infraconstitucionais tidos por inconstitucionais são excluídos do ordenamento jurídico. Caso permaneçam no sistema normativo, produzindo efeitos que se consideram contrários aos desejos constitucionais, instala-se a insegurança jurídica, especialmente quando tais atos são aplicados à Administração Pública, que tem o dever, constitucionalmente imposto, de seguir à risca o que determinado pelos atos normativos que regem a sua atuação.

Dessa forma, vigentes os dispositivos que regulamentam o procedimento a ser adotado pelo Poder Público para proceder à inscrição dos entes federativos em cadastros de inadimplência federal, estão eles dotados da presunção de constitucionalidade e não podem ser afastados por decisão judicial – ainda que por fundamento constitucional – para que seja determinado procedimento diverso àquele previsto nas referidas normas de regência.” (ACO 2932, Rel. Ministro Edson Fachin, decisão monocrática, DJe 31.1.2018)

Necessário, portanto, ante os argumentos já expostos, pelo sistema da interpretação conforme a Constituição, afastar, nas hipóteses da inadimplência por **convênio não cumprido** ou **conta rejeitada**, a exigência normativa de seu registro em cadastros (que possam resultar na vedação de

crédito), enquanto não julgada a *tomada de contas especial* porque, em tais hipóteses, somente quando esgotado tal procedimento estará garantida a efetividade do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

III. CONCLUSÃO

Resgato o debate na forma como apresentado em sede de recurso extraordinário.

De um lado a exigência, feita pelo acórdão recorrido – na esteira da reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal –, de prévio *julgamento da tomada de contas especial* como requisito para inscrição de Município pela União em cadastro de inadimplentes, para garantir, em âmbito administrativo, o devido processo legal o contraditório e ampla defesa, previstos no **art. 5º, LIV, e LV, da Constituição Federal** .

De outro lado a alegação da União de violação do **art. 160, I, da Constituição Federal** , dispositivo que, na forma como invocado, lhe facultaria condicionar a entrega de novos recursos ao pagamento de seus créditos (inclusive os de suas autarquias).

De todo o exposto neste voto, possível concluir, em resumo e de forma simplista, que, na forma como posto o tema, o reconhecimento da exigência do julgamento da tomada de contas especial para inclusão em cadastros **não viola** o art. 160, I, da Constituição Federal.

Isto porque, pela conclusão do julgado, **não está a União impedida** de condicionar a entrega de novos recursos ao pagamento de seus créditos. O que se afirma no acórdão recorrido, e ratifico nesta conclusão, é que a anotação de não pagamento de um crédito (ou o não cumprimento de obrigação) por meio de cadastros de inadimplentes, deve observar certo procedimento, apenas isto. Adia-se a inscrição e, acaso mantida a conclusão pela inadimplência após o devido procedimento, lá estará ela no cadastro.

Não se discute no processo (ainda que se trate de tema a merecer aprofundamento à luz do federalismo cooperativo) a constitucionalidade ou não da vinculação – presente em diversos dispositivos legais e infralegais –, da entrega de novos recursos à consulta aos cadastros de inadimplentes.

Não obstante, ainda que feitos tais esclarecimentos, importante registrar que não desconheço pairar sobre a questão dilema a exigir profundo juízo de ponderação: de um lado, a garantia da pessoa jurídica de direito público à ampla defesa e contraditório; de outro o dever/direito do Estado (concedente) de garantir a sobrevivência do sistema, especialmente para a concessão de novos créditos.

Trata-se de conhecida perplexidade, semelhante, *mutatis mutandis*, à vivida na questão da judicialização da saúde, na qual premido o julgador a sopesar entre a garantia de direitos individuais e a garantia da manutenção do sistema como um todo.

Nestes casos, não é desarrazoado defender que o ponto de equilíbrio se localiza numa região abstrata de convivência harmônica entre o máximo possível de preservação dos direitos individuais, até o limite do necessário à manutenção do sistema, sob pena de se inviabilizar, não só o direito daquele indivíduo (ainda que, na hipótese, pessoa jurídica de direito público), mas o de todos os demais.

Repito o exemplo da judicialização da saúde, em que por vezes buscada a concessão do melhor tratamento possível a um paciente sem quebrar o sistema e inviabilizar o tratamento de todos os demais, inclusive o daquele paciente.

Todavia, diferença importante há entre as duas hipóteses: no caso da saúde, a somatória dos gastos individuais pode, de fato, superar a capacidade do coletivo, a levar o sistema à bancarrota. No presente caso, a consequência de eventualmente se garantir ao máximo a defesa do ente público é, a princípio, a de se ter de aguardar o julgamento, perante os Tribunais de Contas, das *tomadas de contas especiais* o que, ante o necessário tempo de tramitação desses processos, pode eventualmente vir a

permitir a concessão de novos créditos a entes que – uma vez terminado aquele procedimento e julgados realmente inadimplentes – não fizessem jus ao novo repasse de valores.

Trata-se, quando muito, de um aumento do “risco sistêmico”, mas não se vê aí, necessariamente, a quebra automática do sistema. Trata-se, em princípio, de mera assimetria temporária de informações pois, ao final dos procedimentos no Tribunal de Contas, a informação chegará de forma definitiva e consistente aos tais cadastros. Ademais, cuida-se, aparentemente, de situação que pode eventualmente ser resolvida com a aceleração do julgamento das tomadas de contas.

De todo modo, a busca da maior certeza possível da inadimplência é essencial a justificar medidas que impliquem restrição de direitos, não se mostrando razoável, por parte da Administração, a negatização de cadastros como uma espécie de “medida cautelar” em face de ente público apenas porque o processo todo da *tomada de contas especial* leva certo tempo. Noutros termos, a demora do julgamento no Tribunal de Contas não justifica a restrição de direitos.

Registro, outrossim, não vislumbra empecilho à criação de cadastros onde sejam inseridos, por exemplo, débitos ainda “em discussão”. Nada obsta, inclusive, sejam públicos, pois a “fotografia” da realidade da Administração Pública deve estar ao alcance de todos. Não seria diferente dos débitos tributários que ainda estejam em discussão. A sua existência não pode impedir a concessão de “certidão negativa” (mais precisamente certidão positiva com efeito de negativa), mas, obviamente, não há empecilho para que constem dos bancos de dados da Administração.

Mas esta “fotografia”, repito, não pode conter distorções. Deve ser real, e tal decorre do princípio da publicidade, ou seja, o desnudar de todos os fatos e informações ocorrentes no interior da máquina pública.

Ainda, por hipótese, existindo cadastros referentes a débitos ainda “em discussão”, devem eles ser claros na sua informação, ou seja, não serem tratados como *cadastros de inadimplentes*, mas sim algo do tipo “*cadastro de débitos em discussão administrativa*” ou algo que o valha. Novamente pode ser feito um paralelo com a conhecida certidão positiva com efeito de negativa (de débitos tributários).

Enfim, tratando-se de cadastros públicos, essencial que neles constem exclusivamente informações verídicas, cuja inserção observe regras previamente estabelecidas, de modo a satisfazer a aplicação do princípio da publicidade sem descuidar do respeito à legalidade.

Isto porque tais informações podem vir a ser utilizadas em avaliação de risco para fins de concessão de empréstimos, daí porque salutar a transparência da informação referente à situação dos entes públicos, mesmo quanto à existência de débitos “em discussão” cabendo a qualquer interessado, participante do mercado, avaliar se assume ou não o risco de conceder determinado financiamento.

Num cadastro eventualmente capaz de servir de referência a gerar restrição de direitos ao ente público deve constar, como *devedor* ou *inadimplente*, exclusivamente quem, de forma segura, esteja nesta condição.

Para que fique claro, não se discute neste voto o direito da União, ou de quaisquer outros entes federados, de condicionar a entrega de novos recursos à ausência de inadimplência financeira ou obrigacional por parte do ente contratante.

O ponto reside na fixação do *momento* em que se tem como segura a informação da inadimplência, o que só é alcançado após garantidos, mesmo no processo administrativo, o contraditório e a ampla defesa, enfim, o devido processo legal.

Considerada a atual normativa, a apuração de créditos da União decorrentes de suas tratativas anteriores, é feita em duas fases: uma *interna*, prévia, ocorrente no órgão concedente e outra *externa*, perante o Tribunal de Contas, a *tomada de contas especial* propriamente dita.

Nas hipóteses em que cabível a *tomada de contas especial*, pelo atual sistema jurídico-normativo, é ela a que melhor atende, de forma completa e exauriente, as garantias do contraditório, ampla defesa e devido processo administrativo.

Tal se afirma, repita-se, não por vislumbrar, *na tomada de contas especial*, algo intrínseco, espetacular ou em si mesmo capaz de garantir, de forma plena, a ampla defesa. Trata-se apenas de reconhecer a existência, no sistema jurídico-normativo, de um procedimento – a que se nominou “tomada de contas especial”, mas que qualquer nome poderia ter – apto a fortalecer e dar maior efetividade aos princípios constitucionais em questão.

Noutras palavras, não há como ignorar sua existência e afirmar, sem risco de leviandade, garantida a ampla defesa nas fases anteriores do procedimento.

Por outro lado, pondero que determinadas espécies de inadimplência, como a omissão ao *dever de prestar contas* ou *de prestar informações*, por retratarem mera inação, independem de tomada de contas especial para sua a verificação, suficiente a notificação prévia e o esgotamento de seu prazo sem resposta ou justificativa plausível para a inserção da pendência nos cadastros.

Nestas hipóteses, trata-se de descumprimento de obrigação cuja prestação constitui ato simples de fornecimento de informação. Não há, portanto, violação a princípios do contraditório, ampla defesa ou devido processo legal quando constatada a omissão sua constatação sem *tomada de contas especial*. A oposição à afirmação da não prestação de conta ou da omissão à prestação de informação é a sua direta apresentação, o que pode ser tranquilamente oferecido dentro de um prazo contado após a notificação, necessária à constituição em mora.

Em tais casos, portanto, incabível o aguardo de tomada de contas especial para a finalidade de se concluir pela não prestação de uma informação. Para esta hipótese, basta, portanto, como ora proponho na redação final da tese de repercussão geral, a notificação prévia, nos termos do disposto nas normas de regência e o decurso de seu prazo.

No caso concreto, o acórdão recorrido, ao manter sentença que determinou a exclusão de anotação de inadimplemento de valores de convênio de ente federado em cadastro de inadimplentes, até julgamento final da *tomada de contas especial* perante o Tribunal de Contas, não violou o art. 160, parágrafo único, I, da Constituição Federal.

Por este motivo **nego provimento ao recurso extraordinário** .

Proponho a fixação da seguinte tese:

A inscrição de entes federados em cadastro de inadimplentes (ou outro que dê causa à negativa de realização de convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres que impliquem transferência voluntária de recursos), pressupõe o respeito aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, somente reconhecido:

a) após o julgamento de tomada de contas especial ou procedimento análogo perante o Tribunal de Contas , **nos casos de descumprimento parcial ou total de convênio, prestação de contas rejeitada, ou existência de débito decorrente de ressarcimento de recursos de natureza contratual (salvo os de conta não prestada);**

b) após a devida notificação do ente faltoso e o decurso do prazo nela previsto (conforme constante em lei, regras infralegais ou em contrato), independentemente de tomada de contas especial , **nos casos de não prestação de contas, não fornecimento de informações, débito decorrente de conta não prestada, ou quaisquer outras hipóteses em que incabível a tomada de contas especial.**

É como voto.

Plenário Virtual - miraflores