

GRUPO II – CLASSE I – Plenário

TC 034.218/2018-1

Natureza(s): I Agravo (Representação), Embargos de Declaração (Representação)

Órgão/Entidade: Governo do Estado da Paraíba

Interessados: Ministério da Economia; Prefeitura Municipal de Cabedelo - PB (09.012.493/0001-54); Prefeitura Municipal de João Pessoa - PB (08.778.326/0001-56); Prefeitura Municipal de Rio Tinto - PB (08.899.940/0001-76)

Representação legal: Marcelo Antonio Rodrigues de Lucena (21734/OAB-PB), representando Prefeitura Municipal de Cabedelo - PB; Ravi Vasconcelos da Silva Matos (17.148/OAB-PB), representando Prefeitura Municipal de Rio Tinto - PB.

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. COBRANÇA IRREGULAR POR PARTE DE ENTE FEDERADO DE TAXA EM CONTRATOS CUSTEADOS COM RECURSOS FEDERAIS. CONHECIMENTO. DETERMINAÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR AO MINISTÉRIO DA ECONOMIA. OITIVAS. AGRAVO. CONHECIMENTO. NÃO PROVIMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONHECIMENTO. REJEIÇÃO. CIÊNCIA.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo (peça 55) interposto contra o Acórdão 530/2020–Plenário e de embargos de declaração (peça 57) opostos a esta mesma decisão pelo Estado da Paraíba.

2. O agravo foi redigido nos seguintes termos:

“O ESTADO DA PARAÍBA, por sua procuradora, nos autos do processo em epígrafe, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com fulcro nos artigos 277, V e 289 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, interpor

AGRAVO

ao qual se aguarda seja regularmente processado nos termos da lei.

I – DOS FATOS

O relatório elaborado pelo i. Relator elucida a controvérsia dos autos, senão vejamos:

“Trata-se de representação da Secretaria de Controle Externo no Estado da Paraíba (peça 19) em face de possíveis irregularidades na cobrança por parte do Governo do Estado da Paraíba de taxas administrativas de contratos custeados com recursos federais, relativos ao fornecimento de bens, obras e serviços.

2. Informa a unidade técnica representante que, por meio da Lei 10.128/2013, o Estado da Paraíba atribuiu nova regulamentação ao Programa Empreender PB e criou taxa que incide sobre contratos celebrados entre o governo estadual e os seus fornecedores de produtos e serviços. Aduz que nos casos em que os ajustes são

custeados com recursos federais destinados ao estado por meio de transferências legais, automáticas e voluntárias, parte desses valores estariam, em razão dessa norma legal, subsidiando o mencionado programa público estadual.

3. De acordo com a representante, o ônus do pagamento dessa taxa estaria recaindo sobre os recursos federais transferidos ao Estado da Paraíba, uma vez que os contratos firmados entre o ente federado e as empresas exigiriam o pagamento do tributo independentemente da origem do recurso utilizado como fonte de pagamento.

4. Para sustentar sua tese, a unidade técnica traz doutrina de Luiz Amaral, para quem o “contribuinte de fato (incidência efetiva) é quem, afinal, por efeito da transferência suporta efetivamente o ônus tributário, embora a lei o não designasse para esse fim” (in “Da repercussão econômica e da repercussão jurídica nos tributos”).

Disponível

em:

<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175944/000463288.pdf?sequencia=1>; acesso em 6/9/2018).

5. Dessa forma, entende que os recursos federais repassados ao Estado da Paraíba estariam retornando ao próprio ente federado, servindo para financiar ações de programa público que não guarda pertinência com programas e políticas públicas formuladas pela União.

6. Ademais, considerando a possibilidade de recursos federais continuarem a ser destinados ao fundo contábil, “em detrimento de sua aplicação nas finalidades delineadas pela União quando realiza repasses de forma automática, fundo a fundo ou por transferências voluntárias”, a representante requer que seja concedida medida cautelar para que o Governo do Estado da Paraíba se abstenha de repassar recursos federais ao Fundo Estadual de Apoio ao Empreendedorismo – Fundo Empreender PB, por intermédio de seus fornecedores de produtos e serviços, até ulterior deliberação deste Tribunal.

II – DA DECISÃO AGRAVADA

Inicialmente, o Ministro Relator não conheceu da representação, por entender que a pretensão extrapolava a competência desse tribunal, nos seguintes termos, confira-se:

“14. Ao contrário do que sustenta os pareceres precedentes, a representação não preenche os requisitos para o seu conhecimento. De acordo com parágrafo único do art. 237 c/c o art. 235 do Regimento Interno, para que seja apreciada por esta Corte, a matéria objeto da representação deverá ser de competência do Tribunal, o que não se verifica no presente caso.

15. A jurisdição desta Corte para tratar de uma possível irregularidade na transferência de recursos para o citado Fundo Estadual de Apoio ao Empreendedorismo – Programa Empreender PB somente poderia ser atraída na hipótese de serem esses valores pertencentes à União, nos termos do parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal.

16. A arrecadação obtida por meio de taxa pertence, em regra, aos entes que as instituíram. No caso concreto, os recursos utilizados para o pagamento do tributo não são públicos, pois pertencem aos contribuintes que os obtiveram por meio de sua atividade econômica. É de se ressaltar que a forma como o tributo é arrecadado (retenção do valor devido por ocasião do pagamento pela prestação dos serviços) não altera a natureza desses recursos.

17. Embora sejam louváveis as preocupações da unidade técnica e do Ministério Público sobre a constitucionalidade da norma estadual, entendo que as propostas de suspender a destinação dos recursos arrecadados, formulada pela unidade técnica, ou de suspender a cobrança da taxa consistem em verdadeiro controle abstrato de constitucionalidade.

18. Importante ressaltar que uma eventual suspensão da cobrança do tributo apenas beneficiaria o contribuinte responsável, que ficaria dispensado do pagamento da taxa, não trazendo, pelo menos nesse momento, qualquer benefício à União.

19. A tese da unidade técnica de que o efetivo ônus tributário atrairia a competência desta Corte também não merece prosperar, pois, na hipótese de se prevalecer tal entendimento, incidiria sobre este Tribunal o controle de todos os atos normativos expedidos por outros entes federados em matéria tributária, uma vez que, a rigor, poderiam, em alguma medida, retirar parte dos recursos destinados à execução de objeto pactuado entre a União e uma unidade da federação para fim diverso. Tal incumbência, por certo, macula o pacto federativo previsto na Constituição.

20. Além disso, a atuação desta Corte nos termos dos pedidos aqui formulados seria uma usurpação das competências das entidades constitucionalmente legitimadas a fazer controle concentrado de normas.

21. Por outro lado, não vejo óbice para que seja acolhida a proposta de se encaminhar cópia dos autos à Procuradoria-Geral da República e à Advocacia-Geral da União, para ciência e adoção das providências que julgarem pertinentes.

22. Assim, por tratar de matéria não circunscrita à competência desta Corte, a representação não merece ser conhecida.

Ante o exposto, voto no sentido de que o Tribunal adote o acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado”.

Ocorre, porém, que, após a prolação do voto do Ministro Revisor, o Ministro Relator, voltou atrás em seu anterior entendimento para acompanhá-lo, cuja conclusão foi a seguinte:

“Assim, conheço da representação e anuo ao pedido de medida cautelar da unidade técnica representante, porém, com redação diversa da sugerida.

Determino, por meio do Ministério da Economia, aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal que se abstenham de aprovar repasses de recursos federais, por meio de transferências voluntárias, ao Estado da Paraíba e aos municípios de João Pessoa/PB, Cabedelo /PB e Rio Tinto/PB, destinados à celebração de contratos ou instrumentos semelhantes que contenham a previsão de cobrança da Taxa de Administração de Contrato ou similar, até o deslinde destes autos”. (Grifamos).

Ocorre, porém, que essa decisão merece reforma, conforme se demonstrará a seguir.

II – RAZÕES DE REFORMA DA DECISÃO AGRAVADA

a) Do acerto do primeiro voto lançado pelo Relator.

O primeiro voto lavrado pelo em. Ministro Relator, BENJAMIN ZYMLER, estava em perfeita sintonia com o ordenamento pátrio e fez consistentes e corretas ponderações sobre os pontos que impediam o julgamento do mérito da representação, quais sejam:

1. a representação não preenche os requisitos para o seu conhecimento, pois a matéria objeto da representação deverá ser de competência do Tribunal, o que não se verifica no presente caso (arts. 235 e 237 do RITCU);

2. O TCU não tem competência para exercer o controle constitucional de lei, muito menos de lei estadual.

Esses óbices são intransponíveis e o acórdão, ao ultrapassá-los, violou princípios basilares do Estado de Direito, merecendo, assim, ser reformado, de forma a restaurar a higidez das normas constitucionais e regimentais incidentes ao caso.

b) Da incompetência do Tribunal de Contas da União para analisar contratos de administradores estaduais, nos termos dos artigos 235 e 237 do Regimento Interno.

De fato, o primeiro voto lavrado pelo em. Relator, Ministro BENJAMIN ZYMLER, é o que deve prevalecer, pois foi direto ao ponto ao destacar que o TCU não tem competência para o exame da representação, conforme se vê do trecho a seguir transcrito:

“13. Com as devidas vênias à unidade técnica e ao Ministério Público, entendo que não lhes assiste razão.

14. Ao contrário do que sustenta os pareceres precedentes, a representação não preenche os requisitos para o seu conhecimento. De acordo com parágrafo único do art. 237 c/c o art. 235 do Regimento Interno, para que seja apreciada por esta Corte, a matéria objeto da representação deverá ser de competência do Tribunal, o que não se verifica no presente caso.

15. A jurisdição desta Corte para tratar de uma possível irregularidade na transferência de recursos para o citado Fundo Estadual de Apoio ao Empreendedorismo – Programa Empreender PB somente poderia ser atraída na hipótese de serem esses valores pertencentes à União, nos termos do parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal.

16. A arrecadação obtida por meio de taxa pertence, em regra, aos entes que as instituíram. No caso concreto, os recursos utilizados para o pagamento do tributo não são públicos, pois pertencem aos contribuintes que os obtiveram por meio de sua atividade econômica. É de se ressaltar que a forma como o tributo é arrecadado (retenção do valor devido por ocasião do pagamento pela prestação dos serviços) não altera a natureza desses recursos.

17. Embora sejam louváveis as preocupações da unidade técnica e do Ministério Público sobre a constitucionalidade da norma estadual, entendo que as propostas de suspender a destinação dos recursos arrecadados, formulada pela unidade técnica, ou de suspender a cobrança da taxa consistem em verdadeiro controle abstrato de constitucionalidade.

18. Importante ressaltar que uma eventual suspensão da cobrança do tributo apenas beneficiaria o contribuinte responsável, que ficaria dispensado do pagamento da taxa, não trazendo, pelo menos nesse momento, qualquer benefício à União.

19. A tese da unidade técnica de que o efetivo ônus tributário atrairia a competência desta Corte também não merece prosperar, pois, na hipótese de se prevalecer tal entendimento, incidiria sobre este Tribunal o controle de todos os atos normativos expedidos por outros entes federados em matéria tributária, uma vez que, a rigor, poderiam, em alguma medida, retirar parte dos recursos destinados à execução de objeto pactuado entre a União e uma unidade da federação para fim diverso. Tal incumbência, por certo, macula o pacto federativo previsto na Constituição.”.

Com efeito, o art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal estabelece competência ao TCU para fiscalização de valores federais, pelos quais a União responda.

Necessário, portanto, observar a natureza da taxa de administração dos contratos. Com efeito, os valores que o Estado da Paraíba arrecada com a referida taxa classificam-se como receitas estaduais e não federais. Ora, o produto da arrecadação de taxas não está adstrito ao federalismo cooperativo tributário, razão pela qual o produto de sua arrecadação destina-se integralmente e exclusivamente ao ente tributante.

Não se trata, portanto de valores federais pelos quais a União deva responder e, por conseguinte, não estão no âmbito de abrangência de fiscalização pelo TCU, conforme o art. 70 da CF.

Além disso, é equivocada a presunção de que o pagamento da taxa em questão estaria sendo realizado a partir de recursos federais. Conforme bem observado pelo Exmo. Ministro Relator em seu primeiro voto, os contribuintes utilizam recursos próprios para pagamento dos tributos, recursos que obtiveram por meio de sua atividade econômica. “A forma como o tributo é arrecadado (retenção do valor devido por ocasião do pagamento pela prestação dos serviços) não altera a natureza desses recursos”.

Nos termos do art. 70, da CF, portanto, o TCU não é competente para deliberar sobre os valores objeto da presente representação. Ainda que assim não se entenda, falece competência a este Tribunal de Contas federal também por outros fundamentos. Confira-se o que dispõe o artigo 235 do RITCU:

“Art. 235. A denúncia sobre matéria de competência do Tribunal deverá referir-se a administrador ou responsável sujeito à sua jurisdição, ser redigida em linguagem clara e objetiva, conter o nome legível do denunciante, sua qualificação e endereço, e estar acompanhada de indício concernente à irregularidade ou ilegalidade denunciada.

Parágrafo único. O relator ou o Tribunal não conhecerá de denúncia que não observe os requisitos e formalidades prescritos no caput, devendo o respectivo processo ser arquivado após comunicação ao denunciante”.

Ocorre, porém, que a denúncia se refere expressamente a administrador que não está sujeito à jurisdição do TCU, uma vez que tem suporte em normas emanadas do Estado da Paraíba e em condutas das autoridades locais.

Logo, se a conduta apontada como ilegal é de autoridades do Estado da Paraíba e não de nenhuma autoridade do Poder Executivo Federal, fica evidente a ausência de competência desse TCU para o exame da matéria, como bem disse o Ministro Relator em seu primeiro voto ao afirmar que era importante ressaltar que “uma eventual suspensão da cobrança do tributo apenas beneficiaria o contribuinte responsável, que ficaria dispensado do pagamento da taxa, não trazendo, pelo menos nesse momento, qualquer benefício à União” e que “a tese da unidade técnica de que o efetivo ônus tributário atrairia a competência desta Corte também não merece prosperar, pois, na hipótese de se prevalecer tal entendimento, incidiria sobre este Tribunal o controle de todos os atos normativos expedidos por outros entes federados em matéria tributária, uma vez que, a rigor, poderiam, em alguma medida, retirar parte dos recursos destinados à execução de objeto pactuado entre a União e uma unidade da federação para fim diverso. Tal incumbência, por certo, macula o pacto federativo previsto na Constituição”.

Por óbvio que o acórdão ao não atentar para esses óbices, intransponíveis, diga-se de passagem, fere o pacto federativo, conforme se verá mais detalhadamente a seguir, uma vez que qualquer ato normativo editado pelos Estados-membros da Federação, sob esse

entendimento, pode vir a ser objeto de exame e julgamento pelo TCU, o que, evidentemente, não é permitido pela Constituição Federal, lugar no qual o ordenamento jurídico repousa a divisão do Poder e que, inclusive, fixa essa competência aos tribunais de contas dos Estados, do Distrito Federal, e dos Municípios, onde houver. Nesse sentido é o artigo 75 da Constituição Federal:

“Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.

Parágrafo único. As Constituições estaduais disporão sobre os Tribunais de Contas respectivos, que serão integrados por sete Conselheiros”.

Ora, se há tribunais de contas nos Estados são eles que têm competência para examinar as condutas das autoridades locais em relação ao controle do orçamento e dos fundos recebidos da União. Se esta, por sua vez, se sentir lesada, ela possui os órgãos e recursos próprios de atuação perante o Poder Judiciário, para defender seus direitos. Essa função não pode nem deve ser exercida pelo Tribunal de Contas da União, por via transversa, mediante flagrante avanço ilegal sobre os limites de sua competência de atuação.

Somente por esse motivo, o acórdão agravado já merece reforma, mas além dele, há outros, ainda mais graves.

c) Da impossibilidade de o TCU declarar a inconstitucionalidade de lei: violação ao princípio da Separação dos Poderes (art. 2º. da Constituição Federal): invasão da competência do Poder Judiciário para decidir sobre a constitucionalidade das leis.

No voto vencedor do Ministro revisor, WALTON ALENCAR RODRIGUES, está evidente que a conclusão pela atuação do TCU no caso está fundamentada em precedentes do TJPB que entenderam como inconstitucional a Lei Estadual 10.128/2013. Ocorre, porém, que esses precedentes, todos eles, foram proferidos em sede de controle difuso de constitucionalidade e não de controle concentrado.

Portanto, a referida Lei, apesar de declarada inconstitucional em sede de controle difuso pelo TJPB, ainda permanece válida e em vigor no sistema, não podendo ser descumprida pela autoridade administrativa sob pena de violação ao princípio da legalidade e de outras consequências jurídicas para os agentes públicos envolvidos, principalmente em virtude da aplicação do princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do poder público, que, nas palavras do festejado mestre LUÍS ROBERTO BARROSO, “funciona como fator de autolimitação da atuação judicial: um ato normativo somente deverá ser declarado inconstitucional quando a invalidade for patente e não for possível decidir a lide com base em outro fundamento”.

Esse princípio conforme ensina o autor citado “desempenha uma função pragmática indispensável na manutenção da imperatividade das normas jurídicas e, por via de consequência, na harmonia do sistema. O descumprimento ou a não-aplicação da lei, sob o fundamento de inconstitucionalidade, antes que o vício haja sido proclamado pelo órgão competente, sujeita a vontade insubmissa às sanções prescritas pelo ordenamento. Antes da decisão judicial, quem subtrair-se à lei o fará por sua conta e risco.”

Nesse contexto, a Lei Estadual 10.128/2013 permanece hígida e válida, devendo o Estado da Paraíba cumpri-la sob pena de violar a presunção de constitucionalidade que detém qualquer lei, bem como, o próprio princípio da legalidade (CF, art. 5º, II), e até mesmo a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000, art. 1º, § 1º).

E assim é porque quando o controle de constitucionalidade se dá por via da exceção, ou o denominado “controle concreto” ou “incidental”, que ocorre no curso do processo judicial, pelo meio do qual uma das partes, levanta, em defesa de sua causa, a objeção de inconstitucionalidade da lei que se lhe quer aplicar, a lei tida como ofensiva à Constituição não desaparece da ordem jurídica, a menos que o poder competente a revogue. Nesse sentido é a lição de PAULO BONAVIDES:

“A) O controle por via de exceção (controle concentrado)

O controle por via de exceção, aplicado às inconstitucionalidades legislativas, ocorre unicamente dentro das seguintes circunstâncias: quando, no curso de um pleito judiciário, uma das partes levanta, em defesa de sua causa, a objeção de inconstitucionalidade da lei que se lhe quer aplicar.

Sem o caso concreto (a lide) e sem a provocação de uma das partes, não haverá intervenção judicial, cujo julgamento só se estende às partes, em juízo. A sentença que liquida a controvérsia constitucional não conduz à anulação da lei, mas tão-somente à sua não-aplicação ao caso particular, objeto da demanda. É controle por via incidental.

A lei que ofende a Constituição não desaparece assim da ordem jurídica, do corpo ou sistema das leis, podendo ainda ter aplicação noutro feito, a menos que o poder competente a revogue. (...).

Nada obsta pois a que noutro processo, em casos análogos, perante o mesmo juiz ou perante outro, possa a mesma lei ser eventualmente aplicada”.

Por outro lado, como bem havia anotado o Min. Relator, BENJAMIN ZYMLER, no primeiro voto que havia exarado, a atuação da Corte nos termos em que requeridos na representação, configura usurpação das competências do Poder Judiciário a quem compete exclusivamente fazer o controle concentrado da constitucionalidade das normas: Confirma-se o excerto do referido voto:

20. Além disso, a atuação desta Corte nos termos dos pedidos aqui formulados seria uma usurpação das competências das entidades constitucionalmente legitimadas a fazer controle concentrado de normas.

21. Por outro lado, não vejo óbice para que seja acolhida a proposta de se encaminhar cópia dos autos à Procuradoria-Geral da República e à Advocacia-Geral da União, para ciência e adoção das providências que julgarem pertinentes.

22. Assim, por tratar de matéria não circunscrita à competência desta Corte, a representação não merece ser conhecida.

Ante o exposto, voto no sentido de que o Tribunal adote o acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado”. (Os grifos são nossos).

Nesse sentido é também o entendimento do Supremo Tribunal Federal, confira-se:

“É inconcebível, portanto, a hipótese do Tribunal de Contas da União, órgão sem qualquer função jurisdicional, permanecer a exercer controle difuso de constitucionalidade nos julgamentos de seus processos, sob o pretense argumento de que lhe seja permitido em virtude do conteúdo da Súmula 347 do STF, editada em 1963, cuja subsistência, obviamente, ficou comprometida pela promulgação da Constituição Federal de 1988. Eis o teor do referido enunciado:

O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.

Com efeito, os fundamentos que afastam do Tribunal de Contas da União – TCU a prerrogativa do exercício do controle incidental de constitucionalidade são semelhantes, mutatis mutandis, ao mesmo impedimento, segundo afirmei, em relação ao Conselho Nacional de Justiça – CNJ (DIREITO CONSTITUCIONAL. 33. Ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 563 e seguintes):

O exercício dessa competência jurisdicional pelo CNJ acarretaria triplo desrespeito ao texto maior, atentando tanto contra o Poder Legislativo, quanto contra as próprias competências jurisdicionais do Judiciário e as competências privativas de nossa Corte Suprema.

O desrespeito do CNJ em relação ao Poder Judiciário se consubstanciaria no alargamento de suas competências administrativas originárias, pois estaria usurpando função constitucional atribuída aos juízes e tribunais (função jurisdicional) e ignorando expressa competência do próprio Supremo Tribunal Federal (“guardião da Constituição”).

A declaração incidental de inconstitucionalidade ou, conforme denominação do Chief Justice Marshall (1 Chanc 137 – 1803 – Marbury v. Madison), a ampla revisão judicial, somente é permitida de maneira excepcional aos juízes e tribunais para o pleno exercício de suas funções jurisdicionais, devendo o magistrado garantir a supremacia das normas constitucionais ao solucionar de forma definitiva o caso concreto posto em juízo.

Trata-se, portanto, de excepcionalidade concedida somente aos órgãos exercentes de função jurisdicional, aceita pelos mecanismos de freios e contrapesos existentes na separação de poderes e não extensível a qualquer outro órgão administrativo (cf. Henry Abraham, Thomas Cooley, Lawrence Baum, Bernard Shawartz, Carl Brent Swisher, Kermit L. Hall, Jethro Lieberman, Herman Pritchett, Robert Goldwin, entre outros). (...)

Não bastasse a configuração do desrespeito à função jurisdicional e a competência exclusiva do STF, essa hipótese fere as funções do Legislativo, pois a possibilidade do CNJ declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público incidentalmente em seus procedimentos administrativos atentaria frontalmente contra os mecanismos recíprocos de freios e contrapesos (check and balances) estabelecidos no texto constitucional como pilares à Separação de Poderes, e que se consubstancia em cláusula pétrea em nosso sistema normativo, nos termos do artigo 60, parágrafo 4o, III, da Constituição Federal, pois ausente a necessária legitimidade constitucional a que esse, ou qualquer outro órgão administrativo, possa afastar leis devidamente emanadas pelo Poder Legislativo. (...) Trata-se da efetivação da ideia de Hans Kelsen, exposta por este em artigo publicado em 1930 (Quem deve ser o guardião da Constituição?), onde defendeu a existência de uma Justiça constitucional como meio adequado de garantia da essência da Democracia, efetivando a proteção de todos os grupos sociais – proteção contramajoritária – e contribuindo com a paz social, pois a Assembleia Nacional Constituinte consagrou nosso Poder Judiciário, no exercício da função jurisdicional, como guardião final do texto constitucional, e o Supremo Tribunal Federal como seu maior intérprete, protegendo essa escolha com o manto da cláusula pétrea da separação de Poderes (Constituição Federal, artigo 60, parágrafo 4o, III).

Haveria nessa hipótese inaceitável subversão constitucional, pois o texto constitucional não prevê essa competência jurisdicional ao Conselho Nacional de Justiça, que, igualmente, não se submete às regras de freios e contrapesos previstas pela Constituição Federal ao Supremo Tribunal Federal para interpretar seu texto (legitimidade taxativa, pertinência temática, cláusula de reserva de plenário, quórum

qualificado para modulação dos efeitos, quórum qualificado para edição de súmulas vinculantes, entre outros), e que acabam por ponderar, balancear e limitar esse poder.

A Constituição Federal não permite, sob pena de desrespeito aos artigos 52, inciso X, 102, I, “a” e 103-B, ao Conselho Nacional de Justiça o exercício do controle difuso de constitucionalidade, mesmo que, repita-se, seja eufemisticamente denominado de competência administrativa de deixar de aplicar a lei vigente e eficaz no caso concreto com reflexos para os órgãos da Magistratura submetidos ao procedimento administrativo, sob o argumento de zelar pela observância dos princípios da administração pública e pela legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, pois representaria usurpação de função jurisdicional, invasão à competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal e desrespeito ao Poder Legislativo. (DIREITO CONSTITUCIONAL. 33. Ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 563 e seguintes).

Na mesma linha de consideração, registram-se na CORTE, em casos análogos, posições favoráveis ao que sustenta o impetrante: MS 25.888 MC, Rel. Min. GILMAR MENDES, julgado em 22/3/2006; MS 29.123 MC, Rel. Min. GILMAR MENDES, julgado em 2/9/2010; MS 28.745 MC, Rel. Min. ELLEN GRACIE, julgado em 6/5/2010; MS 27.796 MC, Rel. Min. CARLOS BRITTO, julgado em 27/1/2009; MS 27.337, Rel. Min. EROS GRAU, julgado em 21/5/2008; MS 26.783 MC-ED, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 5/12/2011; MS 27.743 MC, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 1º/12/2008”. (STF – MS 35.410/DF – Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES – DJE de 01/02/2018 – Decisão Monocrática).

Em verdade, o TCU, como órgão auxiliar do Poder Legislativo que é, não tem competência nem jurisdição para declarar qualquer norma inconstitucional, muito menos, norma emanada por um estadomembro da Federação, seja em controle concentrado ou incidental de forma a obrigar o Administrador público a cumprir ou não determinada lei, por entendela inconstitucional. E, ainda mais grave é que faça isso em relação a autoridades estaduais, que não estão sob sua competência.

De fato, o acórdão deve ser reformado para que prevaleça o entendimento do voto acima transcrito, uma vez que o que deveria ter sido feito, no máximo, seria ter a Corte adotado a providência indicada no item 21, qual seja, “encaminhar cópia dos autos à Procuradoria-Geral da República e à Advocacia-Geral da União, para ciência e adoção das providências que julgarem pertinentes”.

Logo, não resta dúvida que o acórdão agravado, ao adentrar ao campo de atuação do Poder Judiciário, violou o princípio da separação dos poderes, insculpido no art. 2º. da Constituição Federal, porque traz conclusão derivada de declaração de inconstitucionalidade da Lei 10.128/2013, que não foi declarada pelo TJPB em sede de controle concentrado, e, portanto, permanece válida e eficaz.

III – A RETENÇÃO RECOMENDADA, CASO MANTIDA, DEVE SER APENAS DO VALOR EQUIVALENTE AO PERCENTUAL DA TAXA.

Observa-se no acórdão que o em. Ministro Vital do Rêgo, acompanhou a turma, mas com ressalvas no tocante ao encaminhamento proposto, uma vez que no seu entendimento, a retenção do total dos repasses da União decorrentes de transferências voluntárias, ao Estado da Paraíba e aos municípios de João Pessoa/PB, Cabedelo /PB e Rio Tinto/PB, destinados à celebração de contratos ou instrumentos semelhantes que contenham a previsão de cobrança da Taxa de Administração de Contrato ou similar era demasiadamente prejudicial ao Estado da Paraíba.

Nesse sentido ele propôs a retenção apenas dos valores relativos à própria taxa, conforme se verifica do seguinte excerto de seu voto:

“12. Desse modo, a cobrança vem se mostrando irregular, uma vez que os recursos estariam sendo aplicados em finalidades não delineadas pela União.

13. Apesar disso, considero que a determinação para a suspensão de repasses de recursos federais realizados por meio de transferências voluntárias mostra-se uma decisão com potencial risco de prejuízo ao funcionamento de serviços essenciais do Estado.

14. Dados extraídos do Portal da Transparência e do Siconv mostram que, desde a instituição da norma (out/2013) até janeiro de 2020, foram repassados, somente para o Estado da Paraíba, cerca de R\$ 340 milhões a título de transferências voluntárias (convênios e contratos de repasse).

15. Além desse montante ser expressivo para o ente federativo, revela-se especialmente sensível para os fins a que se destina, já que muitas vezes é utilizado para situações críticas ou emergenciais, como, por exemplo, obras de manutenção de hospitais e de escolas, ações para mitigar os efeitos da seca (construção de poços e cisternas), programa de dessalinização, entre tantos outros.

16. Diante disso, entendo que uma solução alternativa, de modo a resguardar o erário até o pronunciamento em definitivo sobre o mérito e evitar a continuidade dos desvios, seria nos seguintes termos: determinar por meio do Ministério da Economia, aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal que retenham o percentual referente à cobrança da Taxa de Administração de Contrato ou similar, prevista na Lei Estadual 10.128/2013, no âmbito de transferências voluntárias de recursos federais ao Estado da Paraíba e aos municípios de João Pessoa/PB, Cabedelo/PB e Rio Tinto/PB, até que os aludidos entes adotem as medidas necessárias a cessar o desvio de finalidade de recursos federais caracterizado pela cobrança em tela.

17. Em termos práticos, se o plano de trabalho e o orçamento aprovados forem corretamente dimensionados, o percentual retido faria falta na execução do objeto, o que levaria a um novo aporte proporcional por parte do Estado, resguardando, em última análise, os cofres da União.

18. O Estado teria que aportar a diferença retida para conclusão do objeto, e caso não execute o ajuste consoante o planejado, poderia ser responsabilizado quando da análise da prestação de contas, por meio de apuração em sede de tomada de contas especial. Quanto aos fornecedores que estariam sendo prejudicados, caberia a eles acionar a esfera judicial para resguardar seu direito privado.

Registre-se que essa alternativa foi acolhida pela turma, conforme se vê do seguinte trecho do voto acima transcrito:

“19. Em que pese entender que o melhor encaminhamento seria a retenção na origem do percentual referente à TAC, consoante apresentado na presente declaração de voto, acompanho os posicionamentos dos Ministros Benjamin Zymler e Walton Alencar Rodrigues, que acataram sugestões por mim apresentadas no sentido de excluir do alcance da medida cautelar os repasses decorrentes de transferência legais, bem como assegurar o fluxo de recursos para os instrumentos de transferências voluntárias em execução.

20. Sem tais ajustes, certamente o Estado da Paraíba poderia sofrer impactos sociais de grande repercussão e talvez mesmo insuportáveis.

Apesar de não ter constado no dispositivo do acórdão, o que foi objeto dos embargos de declaração opostos simultaneamente a este recurso, tal medida deve ser adotada, sucessivamente, caso a Turma não dê provimento ao recurso pelos motivos esposados nos tópicos anteriores, porque, assim, ao menos, se manteria a sanção jurídica nos limites da discussão deste processo, uma vez que a representação foi proposta apenas em relação à cobrança da taxa, não havendo discussão em torno da legalidade dos valores repassados pela União ao programa em tela.

A determinação do acórdão em suspender o valor total dos repasses da União para o Estado da Paraíba por entender que a cobrança da taxa que gira entre 1 a 1,6% extrapola, evidentemente, a própria discussão da suposta inconstitucionalidade e o próprio limite da discussão entabulada nos autos.

Por isso, não deve prevalecer.

IV – EFEITO SUSPENSIVO

Conforme visto no voto do Ministro Vital do Rêgo, da forma como foi proferido o acórdão, o Estado da Paraíba sofrerá grande prejuízo, pois dos dados extraídos do Portal da Transparência e do Siconv tem-se que, desde a instituição da norma (out/2013) até janeiro de 2020, foram repassados, somente para o Estado da Paraíba, cerca de R\$ 340 milhões a título de transferências voluntárias (convênios e contratos de repasse).

Ou seja, os valores repassados ao Estado da Paraíba representam verbas de alta importância no orçamento, que, caso venha a ser desfalcado delas assim repentinamente resultará em terríveis impactos sociais e de grande repercussão, talvez até mesmo insuportáveis, ainda mais agora que todas as unidades da federação irão sofrer com o impacto do COVID-19 (Coronavírus), tendo que deslocar verbas não previstas para o atendimento aos doentes que certamente precisarão de assistência médica, bem como à assistência social e econômica da população.

Assim, requer a atribuição do efeito suspensivo nos termos do art. 287, § 3º, do Regimento Interno do TCU, com o afastamento da incidência do § 1º. do art. 285 do mesmo diploma, de forma que fique suspenso o cumprimento do acórdão até final julgamento, a fim de evitar grave e irreparável lesão ao interesse público.

V – CONCLUSÃO

Ante o exposto, requer seja atribuído o efeito suspensivo ao presente agravo, de forma que sejam mantidos os repasses em seus valores integrais até o julgamento do recurso, e, após, seja ele provido, para que a representação não seja conhecida, nos termos da fundamentação acima.

Nestes termos,

Pede deferimento.”

3. Por sua vez, nos embargos de declaração, o Estado da Paraíba apresenta as seguintes alegações:

“III – RAZÕES DE REFORMA DA DECISÃO EMBARGADA: da omissão ou contradição do acórdão (art. 287 do RITCU).

Observa-se no acórdão embargado que o em. Ministro Vital do Rêgo, acompanhou a turma, mas com ressalvas no tocante ao encaminhamento proposto, uma vez que no seu entendimento, a retenção do total dos repasses da União decorrentes de transferências

voluntárias, ao Estado da Paraíba e aos municípios de João Pessoa/PB, Cabedelo /PB e Rio Tinto/PB, destinados à celebração de contratos ou instrumentos semelhantes que contenham a previsão de cobrança da Taxa de Administração de Contrato ou similar era demasiadamente prejudicial ao Estado da Paraíba.

Nesse sentido ele propôs a retenção apenas dos valores relativos à própria taxa, conforme se verifica do seguinte excerto de seu voto:

“12. Desse modo, a cobrança vem se mostrando irregular, uma vez que os recursos estariam sendo aplicados em finalidades não delineadas pela União.

13. Apesar disso, considero que a determinação para a suspensão de repasses de recursos federais realizados por meio de transferências voluntárias mostra-se uma decisão com potencial risco de prejuízo ao funcionamento de serviços essenciais do Estado.

14. Dados extraídos do Portal da Transparência e do Siconv mostram que, desde a instituição da norma (out/2013) até janeiro de 2020, foram repassados, somente para o Estado da Paraíba, cerca de R\$ 340 milhões a título de transferências voluntárias (convênios e contratos de repasse).

15. Além desse montante ser expressivo para o ente federativo, revela-se especialmente sensível para os fins a que se destina, já que muitas vezes é utilizado para situações críticas ou emergenciais, como, por exemplo, obras de manutenção de hospitais e de escolas, ações para mitigar os efeitos da seca (construção de poços e cisternas), programa de dessalinização, entre tantos outros.

16. Diante disso, entendo que uma solução alternativa, de modo a resguardar o erário até o pronunciamento em definitivo sobre o mérito e evitar a continuidade dos desvios, seria nos seguintes termos: determinar por meio do Ministério da Economia, aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal que retenham o percentual referente à cobrança da Taxa de Administração de Contrato ou similar, prevista na Lei Estadual 10.128/2013, no âmbito de transferências voluntárias de recursos federais ao Estado da Paraíba e aos municípios de João Pessoa/PB, Cabedelo/PB e Rio Tinto/PB, até que os aludidos entes adotem as medidas necessárias a cessar o desvio de finalidade de recursos federais caracterizado pela cobrança em tela.

17. Em termos práticos, se o plano de trabalho e o orçamento aprovados forem corretamente dimensionados, o percentual retido faria falta na execução do objeto, o que levaria a um novo aporte proporcional por parte do Estado, resguardando, em última análise, os cofres da União.

18. O Estado teria que aportar a diferença retida para conclusão do objeto, e caso não execute o ajuste consoante o planejado, poderia ser responsabilizado quando da análise da prestação de contas, por meio de apuração em sede de tomada de contas especial. Quanto aos fornecedores que estariam sendo prejudicados, caberia a eles acionar a esfera judicial para resguardar seu direito privado.

Registre-se que essa alternativa foi acolhida pela turma, conforme se vê do seguinte trecho do voto acima transcrito:

“19. Em que pese entender que o melhor encaminhamento seria a retenção na origem do percentual referente à TAC, consoante apresentado na presente declaração de voto, acompanho os posicionamentos dos Ministros Benjamin Zymler e Walton Alencar Rodrigues, que acataram sugestões por mim apresentadas no sentido de excluir do alcance da medida cautelar os repasses decorrentes de transferência legais, bem como

assegurar o fluxo de recursos para os instrumentos de transferências voluntárias em execução.

20. Sem tais ajustes, certamente o Estado da Paraíba poderia sofrer impactos sociais de grande repercussão e talvez mesmo insuportáveis.

Verifica-se, portanto a contradição do acórdão ou até mesmo, omissão, nesse ponto, pois ao que se extrai do excerto transcrito acima, o colegiado, acolhendo a alternativa apresentada pelo Ministro Vital do Rêgo em seu voto, concluiu pela retenção apenas do percentual da taxa e não de todos os repasses, como havia anteriormente proposto, mas ao final, na conclusão do acórdão, é aquela primeira que aparece e não esta segunda, o que demonstra a apontada contradição, que precisa ser sanada.

Confira-se:

“9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação formulada pela Secretaria de Controle Externo no Estado da Paraíba em face de possíveis irregularidades na cobrança por parte do Governo do Estado da Paraíba de taxas administrativas de contratos custeados com recursos federais, relativos ao fornecimento de bens, obras e serviços,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da presente representação com fulcro no parágrafo único do art. 237 c/c o art. 235 do Regimento Interno;

9.2. determinar, cautelarmente, com fundamento no art. 276 do Regimento Interno, por meio do Ministério da Economia, aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal que se abstenham de aprovar repasses de recursos federais realizados por meio de transferências voluntárias, ao Estado da Paraíba e aos municípios de João Pessoa/PB, Cabedelo /PB e Rio Tinto/PB, destinados a custear contratos ou instrumentos semelhantes, celebrados a partir desta data, que contenham a previsão de cobrança da Taxa de Administração de Contrato ou similar, até o deslinde destes autos”.

Como se vê, a proposta apresentada pelo Ministro Vital do Rêgo, que foi acolhida por seus pares não apareceu na conclusão do acórdão, motivo pelo qual requer o embargante seja essa omissão, que resulta na contradição acima apontada, seja suprida, conferindo-se a este recurso, os efeitos infringentes decorrentes da consequência inevitável da eliminação dos vícios apontados.

IV – DO EFEITO SUSPENSIVO

Conforme visto no voto do Ministro Vital do Rêgo, da forma como foi proferido o acórdão, o Estado da Paraíba sofrerá grande prejuízo, pois dos dados extraídos do Portal da Transparência e do Siconv tem-se que, desde a instituição da norma (out/2013) até janeiro de 2020, foram repassados, somente para o Estado da Paraíba, cerca de R\$ 340 milhões a título de transferências voluntárias (convênios e contratos de repasse).

Ou seja, os valores repassados ao Estado da Paraíba representam verbas de alta importância no orçamento, que, caso venha a ser desfalcado delas assim repentinamente resultará em terríveis impactos sociais e de grande repercussão, talvez até mesmo insuportáveis, ainda mais agora que todas as unidades da federação irão sofrer com o impacto do COVID-19 (Coronavírus), tendo que deslocar verbas não previstas para o atendimento aos doentes que certamente precisarão de assistência médica.

Assim, requer o embargante a atribuição do efeito suspensivo nos termos do art. 287, § 3º, do Regimento Interno do TCU, com o afastamento da incidência do § 1º do art. 285 do mesmo diploma, de forma que não fique suspenso o cumprimento do acórdão até final julgamento, de forma a não causar grave lesão irreparável ao embargante.

V – CONCLUSÃO

Ante o exposto, requer seja atribuído o efeito suspensivo aos embargos, de forma que sejam mantidos os repasses em seus valores integrais até o julgamento do presente recurso, e, após, sejam eles providos, de forma que seja sanado o vício apontado e apenas os valores relativos à taxa tida como inconstitucional sejam retidos pela União, conforme foi acordado entre os Ministros que participaram do julgamento.

Nestes termos,

Pede deferimento.”

É o relatório.