

O Poder Cautelar dos Tribunais de Contas

Valdecir Pascoal



Valdecir Pascoal é Conselheiro do TCE-PE, especializado em Direito Administrativo e Constitucional pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e professor de Direito Financeiro da Escola de Contas Públicas Professor Barreto Guimarães (TCE-PE).

1. INTRODUÇÃO

Os Tribunais de Contas no Brasil surgiram no alvorecer da República. De início, em 1890, criou-se o Tribunal de Contas da União (TCU) e, posteriormente, foram surgindo os Tribunais de Contas estaduais (TCEs) e municipais (TCMs e TCM)¹.

Não obstante serem instituições centenárias, a atuação dos Tribunais de Contas no Brasil ganhou maior relevância após a promulgação da Constituição Federal de 1998, na medida em que – num ambiente de maior liberdade e da prevalência dos valores democráticos – houve um incremento de sua competência fiscalizadora e, por conseguinte, de seu papel institucional de garantidor dos princípios republicanos.

A Lei Maior de 1988 manteve a sua competência mais tradicional e relevante, que é a de julgar periodicamente as contas dos administradores dos recursos públicos; robusteceu a sua competência corretiva, ao prever que os Tribunais de Contas assinem prazo para a administração corrigir ilegalidades em atos e contratos administrativos, podendo, até mesmo, sustar tais atos; ampliou o seu poder fiscalizador, por exemplo, para permitir a fiscalização operacional da gestão, ou seja, aquele que visa avaliar a efetividade da política pública, assim como ampliou seu poder quando conferiu eficácia de título executivo às suas decisões que imputem débitos ou apliquem multas aos gestores responsáveis por irregularidades.

Passados alguns anos de atuação sob o atual modelo constitucional de controle externo, muitos Tribunais de Contas, com o escopo de assegurarem maior efetividade às suas deliberações, passaram, também, e cada vez mais, a atuar preventivamente, valendo-se, entre outros meios, da edição de medidas cautelares.

A mitigação da efetividade de suas deliberações decorre, em grande medida, do fato de a fiscalização e o julgamento do administrador ocorrerem, costumeiramente, num período posterior (normalmente no exercício financeiro seguinte) à execução dos atos de gestão. Esse controle *a posteriori* da gestão, malgrado ter sua lógica orçamentário-financeira e ser importante sob o aspecto sancionador, pouco influencia na correção tempestiva de procedimentos e atos ilegais, deixando, por conseguinte, de evitar a consumação de ilegalidades e, o mais importante, deixando de impedir a concretização de danos e prejuízos ao erário. É forçoso reconhecer que, embora a Constituição tenha avançado ao conferir eficácia de título executivo às decisões dos Tribunais de Contas que imputem débito ou apliquem multas aos responsáveis, o percentual de ressarcimento dos débitos imputados e dos recolhimentos das multas aplicadas, graças ao anacronismo existente nas regras processuais de execução civil², é muito baixo, o que só vem a reforçar os argumentos em prol do incremento do controle preventivo.

Nada obstante esse cenário, houve – e ainda há – muitas celeumas e discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre a constitucionalidade e os limites desse controle preventivo. O objetivo deste trabalho, portanto, é trazer a lume argumentos em defesa da constitucionalidade do controle preventivo exercido pelos Tribunais de Contas, especialmente o controle exercido por meio da concessão de medidas cautelares em procedimentos licitatórios, a partir do posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no bojo do Mandado de Segurança Nº 24.510/DF (BRASIL, 2003), assim como, ao final, trazer reflexões-sugestões para o aperfeiçoamento das regras norteadoras dos procedimentos administrativos realizados pelos Tribunais com vistas a garantir a efetividade do controle, sem comprometimento do fluxo regular de implantação das ações de governo e das políticas públicas.

Antes, porém, de adentrar no exame do posicionamento do STF, cabe tecer breves considerações sobre a competência fiscalizadora

dos Tribunais de Contas à luz do atual modelo jurídico de controle externo.

2. NATUREZA, OBJETO E ALCANCE DO CONTROLE EXERCIDO PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Os Tribunais de Contas são tratados pela Constituição Federal (BRASIL, 1988) precipuamente no Título IV, Capítulo I, Seção IX (artigos 70 a 75), quando são estabelecidas as regras pertinentes à “**Fiscalização contábil, financeira e orçamentária**”. Não obstante estarem inseridos no Título que trata do Poder Legislativo, os Tribunais de Contas não são órgãos subordinados ou vinculados a este Poder. São órgãos administrativos de extração constitucional, com autonomia orçamentária e administrativa, aos quais a Constituição delegou a maior parte das competências atinentes ao controle externo da administração pública. Com efeito, ontologicamente, a titularidade do controle externo (função fiscalizadora) é do Poder Legislativo (representantes do povo), mas, seguindo o modelo concebido desde a sua criação, o constituinte de 1986/88 estabeleceu, ao longo dos artigos 31, 70 a 75 da atual Lei Maior, um rol de competências, cujo exame, sem maiores esforços hermenêuticos, aponta pela prevalência de atribuições privativas aos Tribunais de Contas, sem prejuízo de outras, a exemplo da emissão anual de Parecer Prévio, em que os Tribunais auxiliam diretamente – sem subordinação – o Legislativo, na hora em que este é chamado a julgar as contas dos titulares do Poder Executivo. Registre-se que os referidos dispositivos constitucionais, malgrado se refiram à organização, composição e competências do TCU, são estendidas obrigatoriamente aos Tribunais de Contas estaduais e municipais por imposição do próprio texto constitucional (CF, artigo 75). Trata-se, portanto, de um modelo de controle heterônomo, ou seja, de reprodução obrigatória pelo legislador decorrente.

Tratando-se de Tribunais administrativos, as deliberações dos seus órgãos colegiados – compostos por Ministros (TCU) e Conselheiros (TCEs e TCMs) – são tomadas a partir de um processo administrativo de controle, que, obrigatoriamente, há que observar as garantias do **devido processo legal** em relação aos gestores que porventura sejam

apontados, em relatório técnico, denúncias ou representação do Ministério Público, como responsáveis por irregularidades na gestão conforme Constituição Federal, artigo 5º, LIV e LV (BRASIL, 1988).

Pode-se dizer que o objeto a ser controlado pelos Tribunais de Contas são as “contas públicas”. Registre-se que o conceito de “contas públicas” extrapola os aspectos contábeis da gestão. A rigor, ao se examinar os preceitos constitucionais – notadamente os artigos 70 e 71 da Lei Maior (BRASIL, 1988) – conclui-se que por “contas públicas” deve-se entender todos os **atos, procedimentos licitatórios, contratos administrativos, ajustes, convênios e outros documentos públicos** que tenham ou possam vir a ter repercussão e implicações de natureza **contábil, orçamentária, financeira, operacional ou patrimonial**. A propósito – já que será nosso objeto de estudo quando passarmos ao exame da jurisprudência do STF sobre atuação cautelar dos Tribunais de Contas – todas as licitações públicas e contratos administrativos são objeto de controle por parte dos Tribunais de Contas.

Como corolário do princípio republicano, cabe a todo administrador de recursos públicos prestar contas dos seus atos de gestão ao respectivo Tribunal de Contas. Seja emitindo **parecer prévio** sobre as contas dos Chefes do Poder Executivo, seja **julgando** as contas dos demais administradores, seja apreciando a regularidade das **admissões de pessoal** ou das **aposentadorias** dos servidores, entre outras competências, os Tribunais de Contas elaborarão o seu juízo de valor levando em conta o aspecto da **legalidade** (por exemplo: observância da Constituição, da Lei de Responsabilidade Fiscal, da Lei de Licitações e Contratos, das Leis Orçamentárias, dos editais de concurso e dos editais de licitações) da **legitimidade** (observância do interesse público) e da **economicidade** (relação custo-benefício e preços razoáveis).

3. O MOMENTO DO CONTROLE E O PODER CAUTELAR IMPLÍCITO

Um dos temas de maior polêmica quando se trata do controle exercido pelos Tribunais de Contas diz respeito ao momento em que este controle pode ser exercido. É comum a classificação das funções de controle em relação ao tempo do seu exercício. Em tese, o controle poderá ser *prévio (a priori)*, concomitante (sucessivo) ou *posterior (a posteriori)*. No ordenamento jurídico brasileiro, em relação a Tribunal de Contas, a regra geral prevista nas duas últimas Constituições (67/69 e 88) foi a do controle *a posteriori* dos atos de gestão. Seguindo as etapas mais relevantes do **ciclo orçamentário**, pode-se concluir que primeiro se faz o planejamento (orçamentação), depois se executa esse orçamento (processamento da despesa durante o exercício financeiro) e só ao final dessa execução, após a prestação de contas apresentada pelo gestor responsável, haverá o controle exercido pelo Tribunal de Contas.

Todavia, não se pode afirmar que inexistente no atual ordenamento a possibilidade de controles prévios e concomitantes por parte dos Tribunais de Contas. A rigor, só se pode concluir sobre o momento de atuação do controle externo quando se define um fato-referência. Os Tribunais de Contas podem exercer seu poder fiscalizador antes, durante ou após o quê? É preciso clarear este ponto, porque, a depender da resposta, a conclusão pode ser diversa. Por não se atentar para a determinação do fato-referência é que existem inúmeras classificações, dos mais diversos autores, às vezes até contraditórias.³ O fato-referência pode ser, por exemplo, a despesa específica, ou o ato administrativo com potencial de repercussão contábil, financeira ou patrimonial, ou o contrato, ou, ainda, o exercício financeiro.

Ao se tomar como fato-referência a execução da despesa, considerando esta os atos processados a partir do seu empenho, culminando com a liquidação e o pagamento⁴, a conclusão é a de que o controle exercido pelos Tribunais de Contas pode ser prévio, concomitante e posterior a essa execução. Os exemplos mais clássicos de controle prévio, neste caso, seriam o exame da legalidade de editais de licitação (como já mencionado) e de concursos públicos, exames estes que podem acontecer, por exemplo, antes do contrato ou da realização do concurso público, ou seja, antes da despesa, propriamente dita.

Nada obstante, se o fato-referência for o ato administrativo, aí sim há que se concluir pela impossibilidade de controle prévio. Inexistente no atual ordenamento jurídico brasileiro qualquer hipótese que condicione a edição, validade ou eficácia de ato ou contrato administrativo ao controle prévio dos Tribunais de Contas⁵. A clássica conclusão, portanto, do saudoso professor Hely Lopes Meirelles (1990), no sentido de não haver controle prévio da administração pública por parte dos Tribunais de Contas, só faz sentido se o fato-referência adotado for o ato administrativo e não a despesa específica.

E mesmo em relação ao ato administrativo, há quem vislumbre a possibilidade de certo tipo de controle prévio, embora reconheça que não existe atuação prévia do Tribunal de Contas que possa condicionar a sua validade. Neste sentido, ressalta Pedro Roberto Decomain (2006, p. 179/180):

Situações existem, contudo, inclusive no Brasil, em que o controle dos atos da administração pública pode ocorrer antes da sua realização ou, quando menos, no decorrer de procedimento administrativo específico, destinado a culminar com a prática de determinado ato administrativo. No particular, porém, o que se necessita deixar registrado é a inexistência de previsão da atuação antecedente ou concomitante do Tribunal de Contas, como requisito de validade do ato administrativo. Não há efetivamente previsão, no Brasil, de hipótese em que, sem a prévia aquiescência do Tribunal de Contas, o ato administrativo não se veja revestido de validade. Existem, sim, situações em que a atuação dos Tribunais de Contas pode ocorrer antes do aperfeiçoamento do ato administrativo, ou no decorrer da tramitação de um procedimento administrativo.

Na mesma linha, as sempre lúcidas ponderações do Ministro Benjamin Zymler (2008, p. 122):

[...] não se pode olvidar que o controle realizado no âmbito de um determinado procedimento administrativo como o licitatório, por exemplo, acaba inevitavelmente gerando um certo controle prévio. Isso decorre do fato de um procedimento ser o encadeamento de atos que, apesar de serem relativamente autônomos, ocorrem em consonância com uma determinada ordem cronológica e mantém uma relação teleológica entre si, a qual deriva do fim almejado pelo agente público. Logo, frequentemente, observa-se que o controle de um determinado ato implica a fiscalização de atos subsequentes. [...] O §2º do art. 113 da lei e licitações prevê um outro exemplo desse controle prévio reflexo [...].

Ainda relacionado a esse tema, vale mencionar recente decisão do STF – ADI 916-8/MT (DJ de 06.03.2009) – que, por unanimidade, ao examinar uma lei do Estado do Mato Grosso, que conferia ao Tribunal de Contas daquele Estado competência para registrar previamente contratos referentes à execução de obras e prestação de serviços, posicionou-se da seguinte forma: “É inconstitucional norma local que estabeleça competência do Tribunal de Contas para realizar exame prévio de validade de contratos firmados com o Poder Público” (BRASIL, 2009).

Com efeito, analisando as disposições constitucionais que regulam o poder fiscalizador dos Tribunais de Contas, a conclusão é que, não podendo se antecipar à vontade do administrador, todo ato administrativo (ato administrativo tratado aqui no seu sentido mais amplo), devidamente editado e publicado, se sujeita à tutela fiscalizadora do Tribunal. Eis o dispositivo da Constituição Federal (BRASIL, 1988) que melhor retrata essa competência corretiva:

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

[...]

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

X – sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal.

Ao estabelecer tal competência, a Lei Maior quis que os Tribunais de Contas, diante de conjunturas passíveis de correção e saneamento, agissem preventivamente para evitar a consumação de ilegalidades. A propósito, em plena sintonia com esse desejo constitucional, a lei de Licitações e Contratos previu expressamente, como já vimos, a possibilidade de os Tribunais de Contas examinar editais de licitação e, em caso de haver irregularidades e falhas, determinar ao gestor a correção das mesmas. Eis o dispositivo da Lei 8.666/93 (com a redação da Lei 8.883/94) (BRASIL, 1993a), que estabelece a possibilidade de controle de procedimentos licitatórios:

Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

§ 1º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo.

§ 2º Os Tribunais de Contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno poderão solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia de edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas.

A propósito da competência estatuída no §2º, do artigo 113, da lei de licitações (BRASIL, 1993a), o Professor Decomain (2006) entende tratar-se de um exemplo simultâneo de controle prévio e concomitante da gestão por parte dos Tribunais de Contas. Concomitante ao procedimento licitatório, que se encontra em curso, e prévio em relação ao fim deste procedimento e à assinatura do contrato com o licitante vencedor do certame.

Ainda que a Constituição Federal (BRASIL, 1988) não houvesse estipulado a referida competência corretiva no art. 71, IX e X, ou ainda que se entendesse que tais dispositivos não teriam literalmente o condão de conferir o poder de cautela aos Tribunais de Contas, é forçoso reconhecer que, à luz da teoria dos **poderes implícitos**, originada do constitucionalismo norte-americano, esta possibilidade é imanente ao próprio exercício de suas atribuições e competências. A doutrina dos poderes implícitos, sedimentada pela Suprema Corte Americana, a partir do famoso caso *McCulloch v. Maryland*, fundamenta-se na idéia de que, para cada poder outorgado pela constituição a certo órgão, são implicitamente conferidos amplos poderes para a execução desse poder. Sempre que a Constituição outorga um poder, aí se incluem, implicitamente, os meios necessários à sua efetivação, desde que guardada a proporcionalidade: a adequação entre os meios e o fim.

Com efeito, embora a Lei Maior estabeleça a moldura e especifique um rol de competências, não se pode esquecer que existem competências implícitas que decorrem da própria natureza da função. E isso não é nenhuma novidade, pois o STF, em inúmeras ocasiões, consagrou esse entendimento. Nesse sentido, vale citar a Súmula 347 do próprio STF, editada na vigência da Constituição de 1946, e confirmada por deliberações do STF, já sob a égide dos ordenamentos constitucionais ulteriores. Com efeito, foi a aplicação da teoria dos poderes implícitos que fez com que o STF preconizasse que “**O Tribunal de Contas pode apreciar a constitucionalidade de leis e atos normativos do poder público**” (BRASIL, 1963). Neste caso, o STF reconheceu a possibilidade de o Tribunal de Contas, no curso de uma fiscalização de atos de gestão, deixar de aplicar no caso concreto (controle difuso) dispositivo de lei ou ato normativo manifestamente contrário à Constituição. A rigor, tal competência estava – e continua até hoje – implícita nos referidos ordenamentos jurídicos.

Foi, portanto, amparado neste entendimento jurídico e pelo sentimento há muito sedimentado na sabedoria popular de que, em muitas conjunturas, “**é melhor prevenir do que remediar**” (informação verbal) que alguns Tribunais de Contas brasileiros normatizaram as situações e os procedimentos atinentes à concessão de medidas cautelares. Seguem, a título de exemplo, as principais regras estabelecidas pelo TCU e pelo Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco (TCE-PE).

TCU – REGIMENTO INTERNO

Art. 276. O Plenário, o relator, ou, na hipótese do art. 28, inciso XVI, o Presidente, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, poderá, de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar, com ou sem a prévia oitiva da parte, determinando, entre outras providências, a suspensão do ato ou do procedimento impugnado, até que o Tribunal decida sobre o mérito da questão suscitada, nos termos do art. 45 da Lei nº 8.443, de 1992.

§ 1º O despacho do relator ou do Presidente, de que trata o *caput*, será submetido ao Plenário na primeira sessão subsequente.

§ 2º Se o Plenário, o Presidente ou o relator entender que antes de ser adotada a medida cautelar deva o responsável ser ouvido, o prazo para a resposta será de até cinco dias úteis.

§ 3º A decisão do Plenário, do Presidente ou do relator que adotar a medida cautelar determinará também a oitiva da parte, para que se pronuncie em até quinze dias, ressalvada a hipótese do parágrafo anterior.



§ 4º Nas hipóteses de que trata este artigo, as devidas notificações e demais comunicações do Tribunal e, quando for o caso, a resposta do responsável ou interessado poderão ser encaminhadas por telegrama, fac-símile ou outro meio eletrônico, sempre com confirmação de recebimento, com posterior remessa do original, no prazo de até cinco dias, iniciando-se a contagem do prazo a partir da mencionada confirmação do recebimento.

§ 5º A medida cautelar de que trata este artigo pode ser revista de ofício por quem a tiver adotado. (BRASIL, 1993b)

TCE-PE - RESOLUÇÃO TC Nº 0004/2008

Art. 1º O Conselheiro-Relator, em caso de urgência, diante da plausibilidade do direito invocado e de fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, poderá, de ofício ou mediante provocação dos demais Conselheiros, Auditores Substitutos, Procurador Geral de Contas, órgãos técnicos, e demais interessados, adotar medida cautelar, com ou sem a prévia oitiva da parte, determinando, entre outras providências, a suspensão do ato ou do procedimento impugnado, até que o Tribunal decida sobre o mérito da questão suscitada.

§ 1º A decisão monocrática do Conselheiro-Relator, de que trata o caput, será submetida ao Tribunal Pleno até a segunda sessão subsequente, que, após a apresentação do relatório dos fatos e da decisão do Relator, deliberará pela manutenção ou revogação da medida.

§ 2º Caso não haja sessão até o décimo dia útil após a concessão da medida cautelar, o Relator poderá solicitar ao Presidente a convocação de sessão extraordinária do Tribunal Pleno para apreciação e deliberação da matéria.

§ 3º Da decisão que mantiver a medida cautelar, nos termos dos parágrafos anteriores, caberá Pedido de Reconsideração, no prazo de cinco dias úteis, contados a partir da notificação, sem efeito suspensivo, que será submetido pelo Relator da referida medida ao Tribunal Pleno, até a segunda sessão subsequente, momento em que será decidido por sua continuidade ou não.

§ 4º Da decisão do Relator que negar o pedido de adoção de medida cautelar caberá Pedido de Reconsideração, no prazo de cinco dias úteis, contados a partir da notificação, que será submetido ao Pleno, pelo próprio Relator, até a segunda sessão subsequente.

§ 5º Na hipótese de o Conselheiro-Relator entender pela oitiva do interessado, antes de ser adotada a medida cautelar, o prazo para a resposta será de até cinco dias úteis.

§ 6º A decisão do Conselheiro-Relator, ratificada pelo Tribunal Pleno, que conceder a medida cautelar, poderá determinar também a formalização de processo de auditoria especial, nos termos do artigo 40 da Lei Orgânica do TCE, no qual será analisado o mérito da questão suscitada.

[...] (PERNAMBUCO, 2008)

As situações mais frequentes que demandam a concessão de medidas cautelares dizem respeito a irregularidades em procedimentos licitatórios – cláusulas restritivas da competitividade, critérios de julgamentos subjetivos, insubsistência dos projetos básicos, erros e distorções nas planilhas de custos... – e em concursos públicos – exigências ilegais, restrições à competitividade, falta de publicidade, etc. Dados oficiais apontam que no último ano de 2009, o TCU adotou mais de uma centena de medidas cautelares. O TCE-PE, no mesmo período, expediu oitenta medidas cautelares. As medidas cautelares podem ser requeridas ao Ministro (Conselheiro)-Relator pelas equipes técnicas responsáveis pela fiscalização, pelo Ministério Público de Contas, pelas empresas participantes dos certames licitatórios ou, nos termos do disposto na Constituição Federal (BRASIL, 1988), artigo 74, por qualquer cidadão, associação, sindicato ou partido político. Na maioria dos Tribunais, a concessão da cautelar, regra geral, é um juízo monocrático do Relator, que o submete posteriormente à deliberação dos seus órgãos colegiados, cabendo, ademais, pedido de reconsideração.

Seguindo os cânones gerais aplicáveis aos procedimentos cautelares, a concessão de medida cautelar depende do atendimento de alguns requisitos, a saber: (a) plausibilidade dos argumentos jurídicos que apontem a existência de indícios de irregularidades (*fumus boni juris*) e (b) receio iminente de grave lesão ao erário ou de risco de ineficácia da decisão final de mérito (*periculum in mora*). No dizer de Humberto Theodoro Júnior (1994, p.41-42):

toda cautela é, sempre, tomada contra um risco. Em matéria processual, este dano previsto, deve ser provável. Se o prejuízo não houver se manifestado, ao menos deve ser previsível com maior ou menor proximidade. Um dano iminente exige uma providência urgente. A Urgência é

característica das medidas cautelares em geral. O *periculum in mora* não é o perigo genérico ao dano jurídico, mas o dano resultante do retardamento de providência definitiva, que será concretizada somente com a sentença

Em situações urgentíssimas – e sem que isso signifique afronta ao devido processo legal – há também a possibilidade de concessão de medida cautelar sem a oitiva preliminar dos possíveis responsáveis ou interessados (cautelar *inaudita altera pars*).

Em relação aos efeitos jurídicos das medidas cautelares em licitações, amiúde tratam de decisões temporárias que suspendem o procedimento licitatório na fase em que se encontra, podendo, em alguns contextos, permitir a continuidade do certame, determinando, contudo, que o gestor responsável se abstenha de assinar o respectivo contrato, até a conclusão final do exame meritório. Esta segunda hipótese acontece especialmente quando a licitação já teve início e se está diante de fatos indicadores de restrição à competitividade. Neste caso, se a situação fática não indica peremptoriamente afronta à lei é mais razoável deixar findar o procedimento para, ao final, verificar se os indícios se confirmam. É também plausível, embora incomum, a concessão de cautelar em contratos já em execução. Conquanto o contrato administrativo tenha, em relação ao controle, um regime jurídico diferenciado, instituído pela Lei Maior, medidas cautelares podem ser prolatadas, por exemplo, para determinar a suspensão temporária de reajustes de preços.

Tratando-se de uma decisão preliminar, o exame meritório, a depender do rito processual adotado pelo Tribunal de Contas, poderá ocorrer no bojo de uma prestação de contas ou de uma auditoria especial ou de uma denúncia/representação ou, ainda, no bojo de outro tipo de processo tipificado pelas normas específicas de cada instituição.⁶

4. O POSICIONAMENTO DO STF

O Supremo Tribunal Federal, já no ano de 2003, nos autos do MS 24.510-DF, assentou, contra o voto de apenas um Ministro, o entendimento de que o Poder Geral de Cautela é inerente às atribuições e competências fiscalizadoras dos Tribunais de Contas⁷.

Tratava-se de um Mandado de Segurança protocolado contra decisão cautelar do TCU que suspendia procedimento licitatório (tomada de preços) de um órgão do governo federal.

A relatora do processo, Ministra Ellen Gracie, indeferiu a segurança, mantendo a decisão do TCU, amparada no Parecer do Ministério Público Federal, sendo seguida por todos os Ministros presentes (Ministros Sepúlveda Pertence, Calos Veloso, Cezar Peluso, Gilmar Mendes e Celso de Mello), exceto o Ministro Carlos Brito, que entendeu – amparado em interpretação literal dos incisos IX e X da CF – faltar competência aos Tribunais de Contas para suspender cautelarmente atos e procedimentos administrativos.

Trata-se de decisão emblemática, motivo pelo qual se transcreve abaixo a íntegra da Ementa do Acórdão e, pela profundidade e completude do exame, trechos do laborioso voto do Ministro Celso de Mello, que trouxe ao exame da questão precedentes do próprio STF e vasta fundamentação doutrinária.

EMENTA DO MS Nº 24.510/DF – STF:

PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. IMPUGNAÇÃO. COMPETÊNCIA DO TCU. CAUTELARES. CONTRADITÓRIO. AUSÊNCIA DE INSTRUÇÃO.

1 – Os participantes de licitação têm direito à fiel observância do procedimento estabelecido na lei e podem impugná-lo administrativa ou judicialmente. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada.

2 – Inexistência de direito líquido e certo. O Tribunal de Contas da União tem competência para fiscalizar procedimentos de licitação, determinar suspensão cautelar (artigos 4º e 113, § 1º e 2º da Lei nº 8.666/93), examinar editais de licitação publicados e, nos termos do art. 276 do seu Regimento Interno, possui legitimidade para a expedição de medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões.

3 – A decisão encontra-se fundamentada nos documentos acostados aos autos da Representação e na legislação aplicável.

4 – Violação ao contraditório e falta de instrução não caracterizadas. Denegada a ordem.

VOTO DO MINISTRO CELSO DE MELLO

Entendo, Senhor Presidente, que o poder cautelar também compõe a esfera de atribuições institucionais do Tribunal de Contas, pois se acha instrumentalmente vocacionado a tornar efetivo o exercício, por essa Alta Corte, das múltiplas e relevantes competências que lhe foram diretamente outorgadas pelo próprio texto da Constituição da República.

Isso significa que a atribuição de poderes explícitos, ao Tribunal de Contas, tais como enunciados no art. 71 da Lei Fundamental da República, supõe que se lhe reconheça, ainda que por implicitude, a titularidade de meios destinados a viabilizar a adoção de medidas cautelares vocacionadas a conferir real efetividade às suas deliberações finais, permitindo, assim, que se neutralizem situações de lesividade, atual ou iminente, ao erário público.

Impende considerar, no ponto, em ordem a legitimar esse entendimento, a formulação que se fez em torno dos poderes implícitos, cuja doutrina, construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no célebre caso *McCulloch v. Maryland* (1819), enfatiza que a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos.

[...]

Esta Suprema Corte, ao exercer o seu poder de indagação constitucional – consoante adverte CASTRO NUNES (“Teoria e Prática do Poder Judiciário”, p. 641/650, 1943, Forense) – deve ter presente, sempre, essa técnica lógico-racional, fundada na teoria jurídica dos poderes implícitos, para, através dela, conferir eficácia real ao conteúdo e ao exercício de dada competência constitucional, como a de que ora se cuida, consideradas as atribuições do Tribunal de Contas da União, tais como expressamente relacionadas no art. 71 da Constituição da República.

É por isso que entendo revestir-se de integral legitimidade constitucional a atribuição de índole cautelar, que, reconhecida com apoio na teoria dos poderes implícitos, permite, ao Tribunal de Contas da União, adotar as medidas necessárias ao fiel cumprimento de suas funções institucionais e ao pleno exercício das competências que lhe foram outorgadas, diretamente, pela própria Constituição da República. Não fora assim, e desde que adotada, na espécie, uma indevida perspectiva reducionista, esvaziar-se-iam, por completo, as atribuições constitucionais expressamente conferidas ao Tribunal de Contas da União.

[...] Assiste, pois, inteira razão ao Ministério Público Federal, cujo parecer, da lavra da ilustre Subprocuradora-Geral da República, Dra. SANDRA CUREAU, aprovado pelo eminente Chefe da Instituição, Dr. GERALDO BRINDEIRO, assim apreciou – e bem examinou – esse específico aspecto da questão:

‘Fica claro, pois, que cabe à Corte de Contas o exame de editais de licitação publicados, o que se concilia com sua competência de



'assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada a ilegalidade' (CF, art. 71, inc. IX).

Por outro lado, se as Cortes de Contas têm legitimidade para determinar que os órgãos ou entidades da Administração interessada adotem as medidas necessárias ao exato cumprimento da lei, com maior propriedade possuem legitimidade para a expedição de medidas cautelares, como a ora impugnada, a fim de prevenir a ocorrência de lesão ao erário ou a direito alheio, bem como garantir a efetividade de suas decisões.

O art. 276 do RITCU disciplina a matéria:

'Art. 276. O Plenário, o relator, ou, na hipótese do art. 28, inciso XVI, o Presidente, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, poderá, de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar, com ou sem a prévia oitiva da parte, determinando, entre outras providências, a suspensão do ato ou do procedimento impugnado, até que o Tribunal decida sobre o mérito da questão suscitada, nos termos do art. 45 da Lei nº 8.443, de 1992.' (grifei)

Na realidade, o exercício do poder de cautela, pelo Tribunal de Contas, destina-se a garantir a própria utilidade da deliberação final a ser por ele tomada, em ordem a impedir que o eventual retardamento na apreciação do mérito da questão suscitada culmine por afetar, comprometer e frustrar o resultado definitivo do exame da controvérsia.

Não se pode ignorar – consoante proclama autorizado magistério doutrinário (SYDNEY SANCHES, “Poder Cautelar Geral do Juiz no Processo Civil Brasileiro”, p. 30, 1978, RT; JOSÉ FREDERICO MARQUES, “Manual de Direito Processual Civil”, vol. 4/335, item n. 1.021, 7ª ed., 1987, Saraiva; CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “A Instrumentalidade do Processo”, p. 336/371, 1987, RT; VITTORIO DENTI, “Sul Concetto di funzione cautelare”, in “Studi P. Ciapessoni”, p. 23-24, 1948; PIERO CALAMANDREI, “Introduzione allo Studio Sistematico dei Provvedimenti cautelari”, p. 20, item n. 8, Pádua, 1936, Cedam; HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, “Tutela Cautelar”, vol. 4, p. 17, 1992, Aide, v.g.) – que os provimentos de natureza cautelar acham-se instrumentalmente vocacionados a conferir efetividade ao julgamento final resultante do processo principal, assegurando, desse modo, plena eficácia e utilidade à tutela estatal a ser prestada.



Assentada tal premissa, que confere especial ênfase ao binômio utilidade/necessidade, torna-se essencial reconhecer – especialmente em função do próprio modelo brasileiro de fiscalização financeira e orçamentária, e considerada, ainda, a doutrina dos poderes implícitos – que a tutela cautelar apresenta-se como instrumento processual necessário e compatível com o sistema de controle externo, em cuja concretização o Tribunal de Contas desempenha, como protagonista autônomo, um dos mais relevantes papéis constitucionais deferidos aos órgãos e às instituições estatais.

Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, peço vênua ao eminente Ministro Carlos Britto para denegar o mandado de segurança, acompanhando, desse modo, o douto voto da ilustre Senhora Ministra-Relatora. (BRASIL, 2003)

5. CONCLUSÃO: O APERFEIÇOAMENTO DO PODER CAUTELAR DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Não há dúvidas de que o fortalecimento do controle preventivo da gestão pública, exercido legitimamente pelos Tribunais de Contas, e, especialmente, o consubstanciado por meio de medidas cautelares e, mais especialmente, ainda, aquele exercido sobre procedimentos licitatórios⁸, é um caminho sem volta e tem contribuído para a efetividade do controle e, por conseguinte, para o aperfeiçoamento da gestão pública e para a prevenção de ilicitudes.

Nada obstante, é preciso que tanto os gestores públicos quanto os responsáveis pelo controle externo atentem para alguns princípios e regras que devem nortear a atuação de ambos. Faz-se essa reflexão, a propósito, porque não se pode ignorar que nos últimos tempos se constata um aumento da tensão existente entre os responsáveis diretos pela gestão (governantes) e os responsáveis pelo controle. Isso vem ocorrendo com mais frequência porque, de um lado, passou a haver uma atuação mais efetiva por parte dos Tribunais de Contas e, por outro lado, porque houve, nos últimos anos, um considerável aumento dos investimentos públicos diretos, trazendo, por conseguinte, o aumento do número de licitações e de contratos realizados pelo poder público. É forçoso reconhecer que um determinado grau de tensão entre o controle e a gestão pública é até natural e salutar. Registre-se que essa tensão natural está presente dentro dos próprios órgãos que integram o Poder Executivo, a exemplo das Procuradorias Públicas e do Sistema de Controle Interno. É preciso, portanto, encontrar um ponto de equilíbrio, uma forma de atuação que, ao mesmo tempo, preserve a competência fiscalizadora dos Tribunais de Contas, mas impeça que o excesso de formalidade e o excesso de tempo de duração dos processos, no âmbito dos Tribunais, acabem postergando, além do razoável, a execução das políticas públicas.

Eis, pois, algumas reflexões-sugestões que se deixa a guisa de conclusão e de contribuição para o aperfeiçoamento dessa importante competência dos Tribunais de Contas:

a) é preciso que os Tribunais de Contas atentem para as próprias limitações legais inerentes ao exercício do poder geral de cautela. Saber que os procedimentos cautelares devem constituir exceção é um primeiro passo. Sobre o tema, embora seja defensor da atuação preventiva dos Tribunais de Contas em certas situações, pondera o Ministro Benjamim Zymler (2008, 121-122):

Do ponto de vista ontológico, a atividade controladora pressupõe o exame de algo que já foi feito. Controla-se, na verdade, determinada ação já realizada e que, em tese, deveria ter ocorrido em conformidade com determinado 'padrão' estabelecido pelo direito positivo. Ao desviar-se do que as normas estabelecem como 'parâmetros', surge o erro e, por via de consequência, o controle. [...] os órgãos de controle, mesmo dispondo de um robusto arcabouço jurídico, não devem pautar suas ações, a não ser em situações excepcionais, pelo controle prévio, sob pena de inibir, de tolher o administrador público.

Ademais, a concessão de medidas cautelares não pode se basear em meras alegações, sejam estas oriundas das equipes técnicas ou de outro interessado. É preciso que na motivação da cautelar haja análise dos argumentos jurídicos lastreados em indícios de provas materiais. A concessão da cautelar, sem a ouvida dos gestores responsáveis (*inaudita altera pars*) só deve acontecer, excepcionalmente, quando restar inviabilizada a notificação prévia do administrador responsável. De outra parte, faz-se necessário avaliar se o caso concreto não indica uma conjuntura de *periculum in mora* inverso, ou seja, em muitas situações é preferível deixar fluir o procedimento administrativo, sob pena de a suspensão causar um dano superior ao que se buscaria evitar;

b) os Tribunais de Contas devem regulamentar em lei, no seu Regimento Interno, ou em norma específica, todos os procedimentos atinentes às medidas cautelares (competência, pressupostos, prazos para entrega de documentos, prazos para análise e julgamento, possibilidade de recursos...), capacitar o seu quadro técnico e criar uma estrutura organizacional adequada com vistas a conferir máxima celeridade ao exame dos processos cautelares. Nos casos de pedidos de medidas cautelares, oriundos das equipes de fiscalização do próprio Tribunal, ou de representação do Ministério Público Especial, tendo em conta a manifesta impossibilidade de analisar todos os procedimentos sob sua jurisdição, e considerando, ainda, a natureza excepcional da medida que determina a paralisação de certo procedimento administrativo, é de bom alvitre que as regras de regência estabeleçam critérios e requisitos – financeiros, jurídicos, risco em função de precedentes (históricos) daquele órgão – para exame destes pedidos;

c) o gestor deve estar ciente de que todo planejamento da execução das políticas públicas deve levar em conta a possibilidade de apresentação de esclarecimentos da administração aos órgãos de controle (Procuradorias, Controle Interno, Tribunais de Contas e Ministério Público) e que sustações de procedimentos licitatórios, por exemplo, fazem parte dos desafios da gestão, especialmente diante da complexidade da legislação que regula as licitações e os contratos públicos. Por isso, é importante que o gestor, antes de lançar oficialmente o procedimento, ampare-se em análise preliminar dos seus departamentos ou órgãos de consultoria técnico-jurídica. Ademais, em caso de glosa por parte dos Tribunais de Contas, o gestor deve ser proativo e ágil no encaminhamento dos esclarecimentos, documentos ou retificações, quando for o caso. É forçoso reconhecer que muitas vezes o atraso na conclusão dos processos é causado pela omissão do administrador em fornecer os elementos para a conclusão meritória da questão. Há algumas situações, porém, em que a demora deve-se ao próprio órgão de controle. Com o escopo de encurtar o tempo de duração dos procedimentos cautelares, no âmbito do TCU, tramita no Senado Federal, no bojo do Projeto de Lei nº 32/2007 (BRASIL, 2007), oriundo da Câmara e que tem por objetivo precípuo alterar a Lei 8.666/93, proposta que altera a Lei Orgânica do TCU e estabelece o prazo de 90 (noventa) dias, contados a partir da apresentação da defesa do gestor responsável, para o Tribunal apreciar o mérito da questão, sob pena de perda de eficácia da medida cautelar. Trata-se de uma tentativa razoável com vistas a se buscar um ponto de equilíbrio entre o “tempo do controle” e o “tempo da gestão”, mas para que esta regra possua abrangência nacional, a alteração haveria de acontecer no texto da própria lei de licitações, e não na Lei Orgânica do TCU, que tem sua aplicação cingida à fiscalização deste Tribunal;

d) os Tribunais de Contas e a Administração não podem olvidar que a função de controle, inclusive o controle preventivo, é parte indissociável da própria atividade administrativa; que ela deverá ser exercida nos precisos limites da lei, da razoabilidade e da proporcionalidade; e que todos os agentes públicos que atuam em suas respectivas competências – de gestão ou de controle – nunca deverão esquecer que o objetivo final de sua atuação é zelar para que o Estado, atuando conforme os princípios da administração pública, cumpra o seu papel fundamental, que é o de promover o bem comum.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Ubiratan. Os tribunais de contas e o poder de cautela. *Revista do TCM do Ceará*, Fortaleza, n. 16, p. 169/177, dez. 2004.
- BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 32/2007, de 05 de fevereiro de 2007. Institui o Código de Licitações e Contratos da Administração Pública, com fundamento no art. 22, inciso XXVII, e regulamentação do art. 37, inciso XXI da Constituição Federal, define a conduta ética dos agentes públicos, procedimentos e processo sobre o tema e convênios, revoga a Lei de Licitações e Contratos nº 8.666, de 21 de junho de 1993 e a Lei do Pregão nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=340007 >.
- _____. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm >.
- _____. [Lei 8.666, de 21 de junho de 1993]. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm >.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24.510/DF, de 19 de novembro de 2003. Plenário. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=MS.SCLA.+E+24510.NUME.&base=baseAcordaos>.
- _____. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 916-8/MT, de 02 de fevereiro de 2009. Plenário. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20090305_043.pdf.
- _____. Súmula 347, de 13 de dezembro de 1963. Plenário. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=347.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas> >.
- _____. Tribunal de Contas da União. Regimento interno do TCU: aprovado pela Resolução Administrativa nº 15, de 15 de junho de 1993. Disponível em: < <http://www.tcu.gov.br/institucional/Legislacao/Regimento/home.html> >.
- DECOMAIN, Pedro Roberto. *Tribunais de contas no Brasil*. São Paulo : Dialética, 2006.
- FURTADO, José de Ribamar Caldas. Controle de legalidade e medidas cautelares dos tribunais de contas. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v.39, n. 110, p. 67-70, set./dez. 2007.
- MEREILLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 15. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1990.
- PASCOAL, Valdecir Fernandes. *Direito financeiro e controle externo*. 7. ed. Rio de Janeiro : Campus Elsevier, 2009.
- PERNAMBUCO. Tribunal de Contas do Estado. Resolução TC nº 0004/2008, de 28 de maio de 2008. Disciplina a concessão de Medida Cautelar e a possibilidade de análise prévia de minutas de editais de licitação pelo Tribunal de Contas. Disponível em: <<http://www.tce.pe.gov.br/resoluc/2008/r042008.htm>>.
- RODRIGUES, Patrícia Cardoso. *Curso prático de direito administrativo*. 2. ed. Belo Horizonte : Del Rey, 2004.
- SILVA JÚNIOR, Bernardo Alves da. O exercício do poder cautelar pelos tribunais de contas. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 40, n. 113, p. 33-40, set./dez.2008.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. 15. ed.. São Paulo : LEUD, 1994.
- ZYMLER, Benjamim. *O controle externo das concessões e das parcerias público-privadas*. 2. ed. Belo horizonte : Fórum, 2008.



NOTAS

- 1 Além do TCU - Tribunal de Contas da União, responsável pela fiscalização do Governo Federal e dos recursos repassados por este, voluntariamente, a Estados e Municípios, cada Estado-Membro, e o Distrito Federal possuem um Tribunal de Contas. Em quatro Estados – Pará, Goiás, Bahia e Ceará – existe um Tribunal de Contas (Tribunal de Contas dos Municípios – TCMs - órgão estadual) encarregado da fiscalização dos Municípios daqueles estados. Nos Municípios de São Paulo e Rio de Janeiro existe um Tribunal de Contas (Tribunal de Contas do Município – TCM – órgão municipal) que fiscaliza o respectivo Município.
- 2 Pelas regras Constitucionais e legais, a execução das decisões dos Tribunais de Contas, que imputem débitos ou apliquem multas a gestores, é da competência das Procuradorias (Advocacias) Públicas, nos âmbitos federal e estadual, e do Prefeito, ou das Procuradorias Municipais, no âmbito municipal (CF, artigos 131 e 132; CPC, artigo 12).
- 3 Ainda que de forma objetiva, já externei esse pensamento no livro de minha autoria *“Direito Financeiro e Controle Externo”*. Campus Elsevier, 7ª edição, p. 137, Rio de Janeiro, 2009.
- 4 Embora o processamento da despesa seja mais complexo e nem sempre uniforme, com base nos regramentos contidos na Lei nº 4.320/64 – artigos 58 a 65 – convencionou-se denominar estágios da despesa as etapas que compreendem o empenho, a liquidação e o pagamento.
- 5 Diferentemente da Constituição de 1946, que previa, em seu artigo 77, situações em que atos e contratos administrativos só produziriam efeitos após o registro prévio no respectivo Tribunal de Contas. Eis os dispositivos:
 Artigo 77 - Compete ao Tribunal de Contas:
 [...]

§ 1º - Os contratos que, por qualquer modo, interessarem à receita ou à despesa só se reputarão perfeitos depois de registrados pelo Tribunal de Contas. A recusa do registro suspenderá a execução do contrato até que se pronuncie o Congresso Nacional.

§ 2º - Será sujeito a registro no Tribunal de Contas, prévio ou posterior, conforme a lei o estabelecer, qualquer ato de Administração Pública de que resulte obrigação de pagamento pelo Tesouro nacional ou por conta deste.

§ 3º - Em qualquer caso, a recusa do registro por falta de saldo no crédito ou por imputação a crédito impróprio terá caráter proibitivo. Quando a recusa tiver outro fundamento, a despesa poderá efetuar-se, após despacho do Presidente da República, registro sob reserva do Tribunal de Contas e recurso *ex officio* para o Congresso Nacional.
- 6 Sobre o tema, ver:
 DA SILVA JÚNIOR, Bernardo Alves. *O exercício do poder cautelar pelos tribunais de contas*. Revista do TCU, v. 40, n. 113, p. 33-40, set./dez.2008.
 AGUIAR, Ubiratan. *Os Tribunais de Contas e o Poder de Cautela*. Revista do TCM do Ceará, n. 16, p. 169/177, dezembro, 2004.
 FURTADO, José de Ribamar Caldas. *Controle de legalidade e medidas cautelares dos Tribunais de Contas*. Revista do TCU, v.39, n. 110, p. 67-70, set./dez. 2007.
 RODRIGUES, Patrícia Cardoso. *Curso Prático de Direito Administrativo*. 2ª edição, Del Rey, Belo Horizonte, 2004.
- 7 Para o aprofundamento da jurisprudência do STF, consultar também as seguintes deliberações: MS 23.550; MS 26.457; MS 26.925; SS 3.789; RE 547.063; ADI 916-8/MT
- 8 Nunca é demais lembrar que fatia significativa dos recursos públicos é gasta com a contratação de bens e serviços por meio de licitações públicas e é justamente nas licitações públicas onde se verifica a maior parte dos casos de malversação de recursos públicos e corrupção no país.