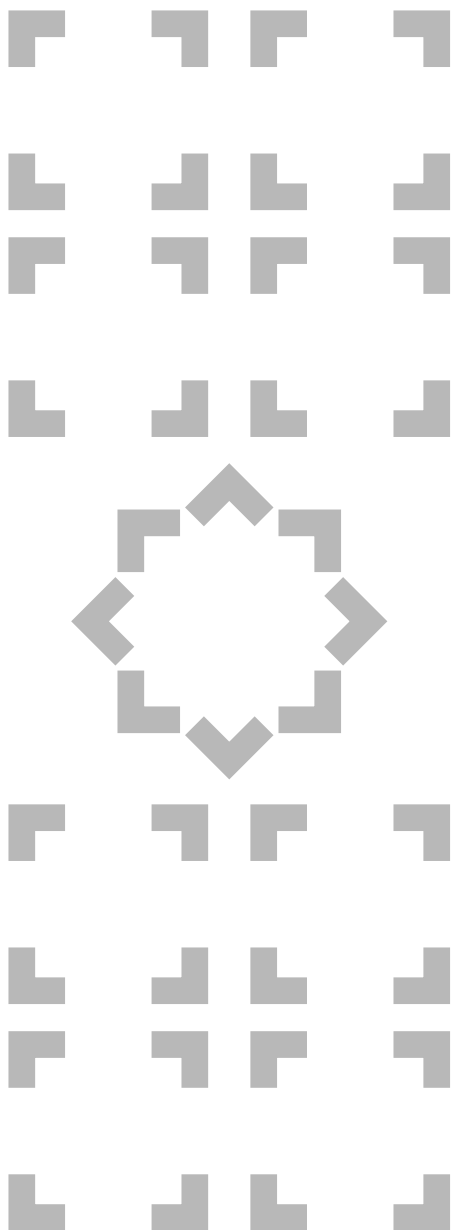


O exercício do poder cautelar pelos tribunais de contas

Bernardo Alves da Silva Júnior



Bernardo Alves da Silva Júnior é Procurador da Fazenda Nacional em Brasília-DF. É bacharel em Direito e especialista em Direito Processual pela Universidade Federal do Piauí.

1. INTRODUÇÃO

O controle das atividades de gestão e aplicação dos recursos financeiros auferidos pelo Estado é imprescindível para assegurar que sejam eles corretamente vertidos em benefício da população, sem desperdícios e desvios indevidos, em conformidade com o ordenamento jurídico e os anseios da sociedade.

Nesse contexto, exsurge a relevância dos Tribunais de Contas, a quem compete diversas ações afetas à fiscalização contábil, financeira e orçamentária dos entes e gestores públicos. Sua atuação, diante das constantes inovações da sociedade da informação e da complexidade das relações travadas no seio social, demanda os correspondentes avanços, para que seja impregnada de maior celeridade, objetividade e eficiência.

O poder cautelar, consubstanciado na adoção de medidas urgentes dirigidas à garantia da utilidade de futura manifestação e a evitar perecimento de direitos, revela-se instrumento deveras profícuo ao Poder Judiciário no exercício de seu mister, no qual se insere o controle externo sob o viés jurisdicional.

Na esfera de atribuições dos Tribunais de Contas e diante do cenário atual, um questionamento em especial tem rendido ensejo a debates entre os estudiosos: pode o Tribunal de Contas exarar legitimamente pronunciamento de natureza cautelar?

O presente estudo ocupa-se do tema, trazendo a lume subsídios conducentes ao seu deslinde.

2. OS TRIBUNAIS DE CONTAS E A RELEVÂNCIA DA SUA MISSÃO CONSTITUCIONAL

Os Tribunais de Contas são órgãos colegiados autônomos de estatura constitucional incumbidos de exercer o controle financeiro, orçamentário, contábil, patrimonial e operacional da gestão pública, sob os ângulos da legalidade, legitimidade, economicidade, eficiência, eficácia e efetividade, auxiliando o Poder Legislativo no exercício do controle externo. Sua atuação ocorre no campo técnico-administrativo, não sendo, portanto, de índole política.

Sob o prisma jurídico-constitucional, controle externo, no seu sentido técnico, consiste na fiscalização exercida pelo Poder Legislativo sobre a administração direta e indireta dos demais Poderes, notadamente no tocante aos atos administrativos e atos de gestão de bens e valores públicos.

A Constituição Federal de 1988 conferiu especial atenção às Cortes de Contas, havendo-lhes contemplado com um rol de atribuições que as coloca em posição de destaque no ventre da Administração, segundo se observa da literalidade dos seus arts. 70 a 74. Com apoio nas competências desfiladas no art. 71 da Carta Magna, tem-se encontrado na doutrina várias classificações acerca da missão dos Tribunais de Contas, valendo à pena mencionar, por sua propriedade, a lição de Maria Sylvania Zanella Di Pietro (2001, p.602-603), que ressalta as funções: “de fiscalização financeira, de consulta, de informação, de julgamento, sancionatórias, corretivas e de ouvidor.”.

Diante do leque de atuações que lhes foram conferidas, é possível enquadrar a atuação dessas Cortes em uma categoria sobranceira no âmbito da Administração Pública, notadamente porque reflete verdadeiros atos de controle, que irradiam efeitos vinculantes. Em que pese os pronunciamentos emanados daquele órgão não se revestirem de roupagem jurisdicional, impõe-se admitir que não estão eles no mesmo patamar que os atos administrativos comuns. Nessa linha, afirma Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (2003, p. 135) que “O tribunal de contas exerce a função de controle dos três poderes, incluído aí o poder legislativo.”

Nesse panorama, visualiza-se a relevância da atuação dos Tribunais de Contas e a nobreza de sua missão no sentido de preservar princípios motrizes da ação estatal e garantir a legítima aplicação dos recursos públicos.

3. O CONTROLE EXTERNO E O MOMENTO DO SEU EXERCÍCIO

Tendo em conta que aos Tribunais de Contas incumbem diversas atividades imbricadas ao controle externo, é conveniente tecer algumas considerações sobre o exercício de comentada tarefa constitucional no tocante ao momento de sua realização.

A doutrina classifica o controle da Administração, sob o prisma ora enfocado, em prévio, concomitante ou posterior. O controle prévio ostenta natureza preventiva, destinando-se a orientar os agentes públicos no sentido de evitar o cometimento de falhas, bem como de sanar vícios em procedimentos antecedentes a atos administrativos. O controle concomitante atine ao acompanhamento da conduta estatal na gestão e aplicação dos recursos públicos, bem como na execução de atos. A seu turno, o controle posterior tem em mira a promoção de avaliações e verificações, tendo natureza corretiva e, se for o caso, sancionadora.

Nessa seara, viceja controvérsia sobre a possibilidade de o Tribunal de Contas promover controle prévio ou concomitante da Administração.

Hely Lopes Meirelles (1997, p. 609) posiciona-se contra, averbando que “toda atuação dos Tribunais de Contas deve ser *a posteriori*, não tendo apoio constitucional qualquer controle prévio sobre atos ou contratos da Administração [...], salvo as inspeções e auditorias *in loco*, que podem ser realizadas a qualquer tempo.”

Por outro lado, exsurtem defensores da ideia de que o controle prévio e concomitante dos Tribunais de contas não só é possível como é indispensável para a adequada proteção do Erário. Esta é a orientação perfilhada pelo Tribunal de Contas da União, que em diversas oportunidades declarou a sujeição de procedimentos administrativos à sua fiscalização prévia.¹



Esta segunda corrente é a que mais se adéqua aos parâmetros modernos de fiscalização da Administração. Com efeito, em diversos procedimentos levados a cabo no bojo da Administração o controle prévio ou concomitante afigura-se deveras salutar para a efetiva proteção do Erário, a exemplo da fiscalização de convênios, bem como de editais de licitações. Neste último caso, obtempera Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (2003, p. 244) que “Com esse procedimento, obviam-se os transtornos de anulação do concurso e inicia-se o controle concomitante.” O controle exclusivamente posterior não raras vezes mostra-se tardio e inócuo para a recomposição do patrimônio público, desaguando em meras punições aos agentes infratores.

A par do desígnio irrogado pela Carta Magna aos Tribunais de Contas, e em homenagem aos princípios da legalidade e da eficiência, evidencia-se legítimo o controle prévio e concomitante pelos referidos órgãos nas hipóteses cabíveis, sem olvidar-se a predominância do caráter repressivo ou ulterior de sua atuação. Tal conclusão encontra suporte no ordenamento jurídico pátrio, valendo citar ilustrativamente a possibilidade de fiscalização concomitante das Cortes de Contas em decorrência de denúncias (art. 74, § 2º, da CF/88), assim como a análise, antes da contratação, de edital no curso de procedimento licitatório, albergado no art. 113, § 2º, da Lei nº 8.666/93.

4. A TUTELA CAUTELAR E A SUA ADOÇÃO NO ÂMBITO DAS CORTES DE CONTAS

Face às anotações precedentes, visualiza-se com nitidez a importância dos Tribunais de Contas no sistema jurídico pátrio, notadamente no que concerne ao impedimento da malversação de recursos públicos e ao zelo pela coisa pública. É certo, ainda, em homenagem à eficiência na proteção do Erário, que, nas circunstâncias pertinentes, deve-se admitir o controle prévio e concomitante por parte dos referidos órgãos. Convém, porém, perquirir se as manifestações daquelas Cortes vêm sendo levadas a cabo de maneira adequada e tempestiva, em ordem a atender ao seu escopo constitucional.

Sob esse enfoque, interessa fazer alusão à prerrogativa conferida ao Poder Judiciário que lhe garante celeridade e eficácia na prestação jurisdicional: o poder geral de cautela.

A tutela cautelar consubstancia-se em providência adotada com vistas a assegurar uma situação jurídica ou a efetividade da proteção do direito material, retratando medida de urgência tendente a evitar dano irreparável ou de difícil reparação. Nos dizeres de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2008, p. 739), a tutela cautelar “É um instrumento que visa a assegurar a viabilidade da obtenção da tutela do direito ou a assegurar uma situação jurídica tutelável, conforme o caso. [...] É caracterizada pela instrumentalidade e pela referibilidade.”

Transportando tal conceito para a realidade dos Tribunais de Contas, insta questionar: podem aludidos órgãos exarar pronunciamento cautelar? Conquanto existam questionamentos sobre o tema, a resposta afirmativa se impõe.

O deslinde da questão perpassa inicialmente pela exegese da ordem constitucional pátria, importando trazer à baila o teor da regra encartada no art. 71, IX e X, da CF/88, segundo a qual compete ao Tribunal de Contas da União “assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade.” Caso não atendido, pode aquela Corte sustar “a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal.”

Com lastro na citada norma constitucional, há quem defenda que a sustação de atos pelos citados entes de fiscalização, em sede cautelar, está condicionada à prévia concessão de prazo para a correção da ilegalidade detectada, havendo autorização para a indigitada medida excepcional somente em caso de desobediência. Sob essa óptica, averba José dos Santos Carvalho Filho (2007, p. 882) que “o poder de cautela também há de depender do descumprimento oportuno da recomendação prévia dirigida ao órgão administrativo.”

Diverso, porém, é o entendimento que prevalece nos tribunais pátrios. O Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, aprovado pela Resolução nº 155, de 04 de dezembro de 2002, prevê em seu art. 276 que:

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)

Comentada norma autoriza expressamente a prolação de medida cautelar pela Corte de Contas da União. Por relevante, importa consignar que a prerrogativa em apreço extrai seu fundamento de validade diretamente da Constituição Federal, encontrando-se, portanto, dentro da esfera de competência outorgada pelo Constituinte àqueles entes de fiscalização.

Tal conclusão decorre da ideia de que se aos indigitados órgãos foi imputada, por força de comando constitucional, a função de determinar a correção de ilegalidade e sustar a execução de ato que não se amolde aos preceitos normativos de regência, com maior força de razão podem eles adotar providências de natureza cautelar, com vistas a revestir suas decisões de eficácia e utilidade, paralisando ou mesmo impedindo situações de lesividade, amiúde irreversíveis. Do contrário, a prevalecer a impossibilidade do pronunciamento cautelar, estar-se-ia cerceando comentados tribunais de assegurar plena efetividade à sua atuação, esvaziando-a.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do MS 24.510, Rel. Min. Ellen Gracie, dirimiu a controvérsia ao sufragar a possibilidade da expedição de medidas cautelares pelos Tribunais de Contas, fazendo-o nos seguintes termos:

[...] 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.[...]

Na trilha do raciocínio esposado pela Corte Suprema nacional, a produção de medidas cautelares é inerente ao exercício das atribuições irrogadas aos Tribunais de Contas pela Constituição Federal, sendo-lhe um instrumento válido, e muitas vezes até mesmo indispensável, para obviar a frustração de sua atuação. Nas palavras do Min. Cezar Peluso, consignadas em seu voto no julgamento do feito acima referenciado, “é melhor prevenir do que remediar”.

Aplica-se, na espécie, a **teoria dos poderes implícitos**, originada do constitucionalismo norte-americano, segundo a qual para cada poder concedido pela Constituição a um determinado ente estatal, outorga-se-lhe, paralelamente e de forma implícita, amplos poderes para a efetivação desse poder. Em outros termos, a atribuição constitucional de um poder a um órgão está acompanhada automaticamente da possibilidade do uso dos meios e instrumentos conducentes ao seu exercício.

Assim, podem referidos órgãos determinar, até mesmo em decisão monocrática do relator sujeita a ulterior confirmação do colegiado, a suspensão de procedimento licitatório, o afastamento temporário de agente público do exercício de suas funções, indisponibilidade de bens,² dentre outras providências de caráter assecuratório. A título exemplificativo, vale mencionar a recente notícia de que o TCU suspendeu, em 17 de dezembro de 2008, a fusão entre duas grandes empresas do ramo de telefonia, até que o tribunal tenha acesso a mais informações sobre a operação.³

A prática do poder cautelar franqueado aos Tribunais de Contas, contudo, há de ser realizada em harmonia com o princípio constitucional do devido processo legal, mediante atuação, regra geral, orientada pelo contraditório e ampla defesa.⁴ Nada obstante, é lícita a concessão da providência cautelar *inaudita altera parte*, pelas mesmas razões que a autorizam em sede judicial.

Aqui é importante ressaltar que a concessão de providência cautelar, na esteira dos ensinamentos jurisprudenciais do STF, somente se justifica quando configurados os requisitos encartados no art. 7º, II, da Lei nº 1.533/51, vale dizer: plausibilidade jurídica da pretensão (*fumus boni juris*) e risco de lesão irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*). É indispensável, ademais, que a decisão do Tribunal esteja devidamente fundamentada, expondo as razões que lhe servem de suporte.

Deve ser privilegiada, por conseguinte, uma leitura sistemática e teleológica da norma constitucional, em ordem a resguardar a relevante função constitucional imputada aos Tribunais de Contas, garantindo a força de suas decisões e, em última análise, a efetiva defesa do patrimônio público.

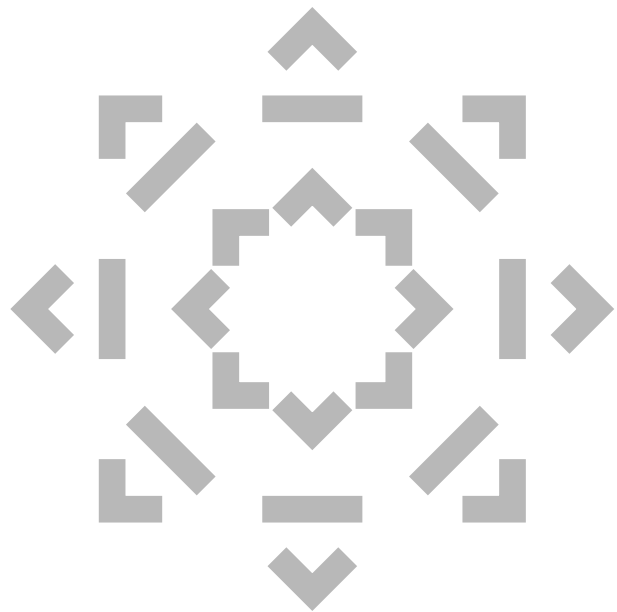
Por derradeiro, cabe registrar que a competência para expedir medida cautelar é amplamente permitida às Cortes de Contas estaduais, ex vi do disposto no art. 75 da Carta da República.⁵

5. CONCLUSÃO

Os Tribunais de Contas são órgãos colegiados de estatura constitucional dotados de autonomia, aos quais incumbe a relevante tarefa de exercer o controle financeiro, orçamentário, contábil, patrimonial e operacional dos órgãos dos três Poderes do Estado. Suas manifestações sobrepassam no âmbito da Administração e, nessa seara, emanam efeitos vinculantes.

Dadas as inovações da sociedade e complexidade das relações jurídicas, tem-se exigido avanços no exercício do controle externo. Com a finalidade de conferir-se maior eficiência a esta atividade e evitar-se prejuízos irreversíveis, os controles prévio e concomitante sobressaem-se como medidas deveras salutares.

Com suporte na missão imputada expressamente pela Constituição Federal aos Tribunais de Contas, e orientado pela teoria dos poderes implícitos, forçosa é a admissão da possibilidade desses entes prolatarem medidas de natureza cautelar, como forma de atingirem a máxima eficiência e eficácia na sua atuação, assegurando-se a utilidade de suas manifestações e evitando-se danos irreparáveis ao Erário.



6. REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 jul. 1992. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8443.htm >. Acesso em: 17 dez. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de segurança nº 24.510*, Plenário. Relatora: Min. Ellen Gracie, 19 de novembro de 2003. Disponível em: < [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(24510.NUME.%20OU%2024510.ACMS.\)\("ELLEN%20GRACIE".NORL.%20OU%20"ELLEN%20GRACIE".NORV.%20OU%20"ELLEN%20GRACIE".NORA.%20OU%20"ELLEN%20GRACIE".ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(24510.NUME.%20OU%2024510.ACMS.)() >. Acesso em: 17 dez. 2008.

_____. Tribunal de Contas da União. Regimento Interno do Tribunal de Contas da União. *Boletim do Tribunal de Contas da União*, Brasília, DF, ano 40, n 1, fev. 2007. Edição especial. Disponível em: < http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/normativos/BTCU_ESPECIAL_01_DE_13_02_2007.pdf >. Acesso em: 17 dez. 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 18 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Tribunais de Contas no Brasil*. São Paulo: Dialética, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

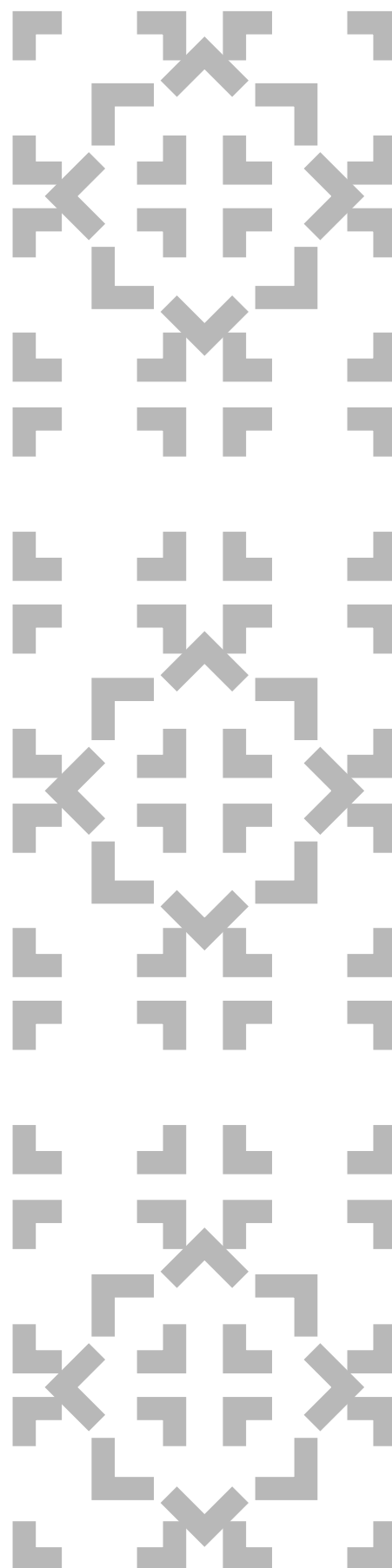
FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

FURTADO, José de Ribamar Caldas. Controle de legalidade e medidas cautelares dos tribunais de contas. *Revista do TCU*, Brasília, DF, ano 38, n 110, p. 66-70, set./dez. 2007. Disponível em < http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/biblioteca_tcu/biblioteca_digital/REVISTA0110_0.pdf >. Acesso em 17 dez. 2008.

LIMA, Luiz Henrique. *Controle externo: teoria, legislação, jurisprudência e questões de concursos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil: comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.



NOTAS

- ¹ Os processos de arrendamento de áreas e instalações portuárias cujos valores gerem receita mensal superior a R\$ 50.000,00 **sujeitam-se à fiscalização, prévia ou concomitante, do Tribunal de Contas da União**, nos moldes previstos na IN TCU 27/98, alterada pela IN TCU 40/02, ante o disposto no Decreto 4.391/02. (Acórdão nº 2338/2006, Rel. Min. Augusto Nardes.)
- ² Vide art. 44 da Lei nº 8.443/92, que dispõe sobre a Lei Orgânica do TCU.
- ³ Notícia colhida do site <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/detalhes_noticias?noticia=990522>, acessado em: 17 dez. 2008. Como justificativa, foi ressaltado que “O TCU, no desempenho de suas prerrogativas constitucionais e de sua missão institucional de zelar pela boa regular gestão dos recursos públicos em benefício da sociedade, busca, com a medida, certificar que a decisão da Anatel em anuir ou não a fusão das empresas seja tomada com a devida fundamentação. E também com as precauções necessárias para garantir a concorrência, a modicidade tarifária, a qualidade e a universalização desse serviço de telefonia, preservando o interesse público e respeitando os ditames da legislação.”
- ⁴ No ponto, interessa a leitura da súmula vinculante nº 3 do STF: Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.
- ⁵ Nesse sentido, a título exemplificativo, vale referir que a Lei Orgânica do TCE-MA (Lei Estadual nº 8.258/2005), no seu art. 1º, XXXI, estabelece que compete ao órgão expedir medidas cautelares a fim de prevenir a ocorrência de lesão ao erário ou a direito alheio, objetivando a efetividade das suas decisões.