

Controle de legalidade e medidas cautelares dos tribunais de contas

José de Ribamar Caldas Furtado

A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos atos administrativos quanto à legalidade consiste na verificação da conformidade de cada ato dos gestores públicos com a lei. Esse aspecto da fiscalização funda-se no princípio da legalidade que, conforme destaca Celso Antônio Bandeira de Mello,

é a tradução jurídica de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto – o administrativo – a um quadro normativo que embargue favoritismo, perseguições ou desmandos. Pretende-se através da norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal, a lei, editada, pois, pelo Poder Legislativo – que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social –, garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização desta vontade geral (Mello, 2004, p. 91).

Hely Lopes Meirelles ensina que

na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa ‘pode fazer assim’; para o administrador público significa ‘deve fazer assim’ “. Entretanto, “cumprir simplesmente a lei na frieza de seu texto não é o mesmo que atendê-la na sua letra e no seu espírito. A administração, por isso, deve ser orientada pelos princípios do Direito e da Moral, para que ao *legal* se junte o *honesto* e o *conveniente* aos interesses sociais (Meirelles, 2004, p. 88).

Tratando-se de controle de legalidade da gestão de entes públicos, o procedimento prende-se, basicamente, ao exame da obediência aos preceitos que compõem o Direito Constitucional, o Administrativo, o Financeiro e o Previdenciário. Portanto, nessa atividade são examinadas questões relacionadas com o cumprimento da Constituição Federal, da Constituição Estadual, das leis orgânicas municipais, da Lei nº 8.666/1993, dos estatutos dos servidores públicos, da Lei nº 4.320/1964, Lei Complementar nº 101/2000 (LRF), das leis orçamentárias, da legislação previdenciária, etc.

Releve-se que, no exercício de suas atribuições, o Tribunal de Contas pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público. É o preceito jurisprudencial expresso na Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal.

José de Ribamar Caldas Furtado

é Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Maranhão e Professor de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário da Universidade Federal do Maranhão (UFMA), Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e Pós-graduado em Políticas Públicas e Gestão Governamental pela Escola Nacional de Administração Pública (ENAP).



Desse modo, concretizando o controle de legalidade, deve o Colegiado de Contas, diante de transgressão da ordem jurídica, assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei (CF, art. 71, IX). Se não atendido, o Tribunal sustará a execução do ato impugnado, comunicando a decisão ao Parlamento (CF, art. 71, X).

O Pretório Excelso firmou entendimento no sentido de que esse preceptivo constitucional respalda a emissão de medidas cautelares pelo Tribunal de Contas, presentes os pressupostos de temor plausível diante de iminente ofensa à ordem jurídica (*fumus boni iuris*), em prejuízo do erário ou de terceiro, e de perigo na demora (*periculum in mora*).

Ocorre que o artigo 276 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União prescreve que, 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 o Tribunal, 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 decida sobre o mérito da questão suscitada, quando, se for o caso, assinará prazo para que o responsável adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, fazendo indicação expressa dos dispositivos a serem observados.

A constitucionalidade desse dispositivo foi questionada perante a Corte Suprema nos autos do Mandado de Segurança nº 24.510-7. Então ficou decidido que o Tribunal de Contas da União tem competência para fiscalizar procedimentos de licitação, determinar a suspensão cautelar (artigos 4º e 113, § 1º e 2º da Lei nº 8.666/1993), examinar editais de licitação publicados e, nos termos do art. 276 do seu Regimento Interno, possui legitimidade para expedição de medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões. Nos autos dessa ação, manifestou-se a Subprocuradora-Geral da República Sandra Cureau, afirmando que

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.

No julgamento do mérito pelo Pleno, a relatora do processo, Ministra Ellen Gracie, votou pela denegação da ordem, adotando as razões – reproduzidas no parágrafo anterior – expendidas pelo Ministério Público. Somente o Ministro Carlos Ayres Britto não votou inteiramente com a relatora e deferiu em parte o pedido para suspender os efeitos da liminar concedida pelo Tribunal de Contas. O Ministro argumentou – citando os termos dos incisos IX, X e XI do artigo 71 – que a Constituição fala da competência do Tribunal para sustar o ato impugnado, mas na condição de antes assinar prazo para que a suposta ilegalidade possa ser corrigida. “O Tribunal de Contas não assinou o prazo para a suposta ilegalidade ser corrigida e, assim sendo, não poderia sustar a licitação, porque o ato de sustação – diz o inciso IX do artigo 71 – está condicionado ao não-atendimento deferido que fora determinado pelo Tribunal”. No caso, segundo o Ministro, cabia ao Tribunal de Contas exercer a sua competência prevista no inciso XI do artigo 71, ou seja, representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

Importa destacar, nessa discussão, excerto do voto do Ministro Celso de Mello:

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 (...)¹ – 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.

O certo é que, como bem asseverou o Ministro Sepúlveda Pertence, “o poder cautelar é inerente à competência para decidir”. Se o Tribunal de Contas pode, verificando uma ilegalidade, assinar prazo para ela ser corrigida, exatamente por esse motivo, pode também prevenir, suspendendo o ato impugnado enquanto se verifica se há ilegalidade ou não, evitando que se torne inútil a decisão futura. Vale, assim, o argumento do Ministro Cezar Peluso: quem tem o poder de remediar tem o de prevenir².

Se dentro da competência fiscalizatória da Instituição de Contas federal está contemplada a de editar medidas cautelares para prevenir dano ao erário ou a direito alheio, é imperativo que as cortes de contas estaduais, que receberam equivalente missão da Lei Maior (art. 75, *caput*), também podem adotar, em tal hipótese, medidas cautelares. Para instrumentalizar essa providência, é importante que as leis orgânicas dos tribunais de contas estaduais, ou os regimentos internos, prevejam a edição de medidas cautelares nas situações descritas no artigo 276 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União³.

Note-se que a interpretação da Suprema Corte, ao apreciar a possibilidade de os tribunais de contas adotarem medidas cautelares, não ficou arraigada à literalidade do texto; a opção foi pelo argumento lógico-sistemático e teleológico, fato que é digno de louvor. Essa exegese proativa do Texto Constitucional faz dos tribunais de contas um instrumento hábil e eficaz de defesa do interesse público.

Ao decidir sobre o mérito da questão suscitada, a Casa de Contas – se for o caso – declarará a ilegalidade do ato inquinado e assinará prazo para que o ente público proceda a sua anulação, além de efetivar o apensamento do respectivo processo às contas anuais do gestor responsável. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes explica que

o Tribunal pode anular o ato ou determinar que a autoridade competente proceda à anulação. A segunda possibilidade é sempre a mais recomendável, pois: a) submete a decisão do Tribunal ao juízo da autoridade destinatária da ordem que pode, *ex ponte propria*, reconhecer a ilegalidade e refazer o ato; b) é mais segura, porque a autoridade destinatária da ordem conhece os fatos adventícios àqueles examinados pelo Tribunal e pode avaliar os reflexos sobre direitos posteriores; c) é mais jurídica, porque é inerente a essa via a possibilidade de recurso da determinação do Tribunal, ao próprio Tribunal, além de, eventualmente, ser permitida a impetração de ação judicial mandamental (Fernandes, 1998, p. 48).

Na hipótese de descumprimento da decisão, cabe ao Colegiado de Contas aplicar multa ao responsável e declará-lo inabilitado para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança, consoante o que for estabelecido em lei⁴, além de representar ao Ministério Público e ao Parlamento (CF, art. 71, X).

E se o ato administrativo impugnado for um contrato? A Constituição Federal determina que, nessa situação, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Parlamento, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis (CF, art. 71, § 1º)⁵.

Sendo assim, é preciso que se compreenda o procedimento a ser seguido na hipótese de sustação de contrato pela Casa Legislativa. O processo deve iniciar sempre no Tribunal de Contas por iniciativa própria, em razão de denúncia ou por provocação da Casa Legislativa. Se verificada ilegalidade, o Tribunal assinará prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei. Persistindo a ilegalidade, o Tribunal de Contas encaminhará a questão para o Poder Legislativo que, ao seu talante, adotará ou não, o ato de sustação e, se for o caso, solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis (CF, art. 71, § 1º). Note-se que a instrução do processo compete ao Tribunal de Contas, que deve observar o princípio do contraditório e da ampla defesa⁶. À Casa Legislativa cabe, mediante o processo instruído no Tribunal de Contas, decidir pela emissão ou não, do ato que susta o contrato. Se o Poder Legislativo, no prazo de noventa dias, não decidir sobre a sustação do contrato, o Tribunal de Contas decidirá a questão sustando ou não, o contrato (CF, art. 71, § 2º)⁷.

Se o Tribunal de Contas pode, verificando uma ilegalidade, assinar prazo para ela ser corrigida, exatamente por esse motivo, pode também prevenir, suspendendo o ato impugnado enquanto se verifica se há ilegalidade ou não, evitando que se torne inútil a decisão futura.

REFERÊNCIAS

MELLO, Celso Antônio Bandeira de: Curso de direito administrativo. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Tomada de contas especial: processo e procedimento nos Tribunais de Contas e na Administração Pública. 2.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

NOTAS

1 O Ministro cita os autores Sydney Sanches (SYDNEY SANCHES. *Poder cautelar geral do juiz no processo civil brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978, p.30) e Cândido Rangel Dinamarco (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 336 a 371), dentre outros.

2 MS nº 24.510 / DF, Rel. Min. Ellen Gracie, Plenário do STF, 19 de novembro de 2003, Diário da Justiça, 19 de março de 2004.

- 3 A Lei Orgânica do TCE-MA (Lei Estadual nº 8.258/2005), art. 1º, XXXI, estabelece que compete à Instituição expedir medidas cautelares a fim de prevenir a ocorrência de lesão ao erário ou a direito alheio, objetivando a efetividade das suas decisões. Por outro lado, essa Lei Orgânica, art. 75, caput, dispõe que o Pleno do Tribunal ou o Relator, 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 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.
- 4 A Lei Orgânica do TCU (Lei nº 8.443/1992), art. 60, dispõe que, sem prejuízo das demais sanções previstas em lei, sempre que o Tribunal, por maioria absoluta de seus membros, considerar grave a infração cometida, o responsável ficará inabilitado, por um período que variará de cinco a oito anos, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública.
- 5 Perceba-se que, para o constituinte de 1988, contrato administrativo é espécie do gênero ato administrativo. Partindo dessa premissa, utilizou boa técnica legislativa ao escrever o artigo 71; estabeleceu no *caput*, desdobrado em incisos, a regra geral, segundo a qual compete genericamente ao Tribunal de Contas sustar os atos impugnados (inciso X), excepcionando no § 1º a espécie contrato, cujo ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional. Esse entendimento estava explícito na Constituição de 1969, art. 72, § 5º: “O Tribunal, de ofício ou mediante provocação do Ministério Público ou das auditorias financeiras e orçamentárias e demais órgãos auxiliares, se verificar a ilegalidade de qualquer despesa, inclusive as decorrentes de contratos, deverá: a) assinar prazo razoável para que o órgão da administração pública adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei; b) sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, exceto em relação a contrato”.
- 6 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.
- 7 A Lei Orgânica do TCU dispõe que, verificada a ilegalidade de ato ou contrato, o Tribunal, na forma estabelecida no Regimento Interno, assinará prazo para que o responsável adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, fazendo indicação expressa dos dispositivos a serem observados (Lei nº 8.443/1992, art. 45, *caput*). No caso de contrato, o Tribunal, se não atendido, comunicará o fato ao Congresso Nacional, a quem compete adotar o ato de sustação e solicitar, de imediato, ao Poder Executivo, as medidas cabíveis (§ 2º). Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito da sustação do contrato (§ 3º).

