

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ  
CURSO DE DIREITO

LINCOL LEMOS MACIEL

**ANÁLISE POR PARTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DE PEDIDO DE MEDIDA  
CAUTELAR DE EMPRESA LICITANTE: Tutela do interesse público primário**

Recife  
2016

LINCOL LEMOS MACIEL

**ANÁLISE POR PARTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DE PEDIDO DE MEDIDA  
CAUTELAR DE EMPRESA LICITANTE: Tutela do interesse público primário**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da  
Instrução Cristã, como requisito parcial à obtenção  
do título de Bacharel em Direito.

Recife  
2016

Maciel, Lincol Lemos.

Análise por parte do tribunal de contas de pedido de medida cautelar de empresa licitante: tutela do interesse público primário. / Lincol Lemos Maciel. – Recife: O Autor, 2016.

52 f.

Orientador(a): Prof. Dr. Glauco Salomão.

Monografia (graduação) – Faculdade Damas da Instrução Cristã. Trabalho de conclusão de curso, 2016.

Inclui bibliografia.

1. Tribunal de contas. 2. Medidas cautelares. 3. Interesse público primário. I.  
Título.

34 CDU (2.ed.)  
340 CDD (22.ed.)

Faculdade Damas  
TCC 2016-455

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ  
CURSO DE DIREITO

Lincol Lemos Maciel

ANÁLISE POR PARTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DE PEDIDO DE MEDIDA  
CAUTELAR DE EMPRESA LICITANTE: Tutela do interesse público primário

DEFESA PÚBLICA em Recife, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2016.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente:

---

1º Orientador: Prof.º Dr. Glauco Salomão

---

Este trabalho é dedicado a todos que oferecem seu tempo e energia à busca de fazer do Brasil um verdadeiro Estado Social e Democrático de Direito.

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus por ter me dado forças para concluir mais uma etapa tão importante da minha vida.

Há muitas pessoas as quais gostaria de agradecer por terem contribuído para realização deste trabalho.

Agradeço aos professores desta expoente Faculdade, em especial ao orientador, professor Glauco Salomão, pela disposição ao passar a riqueza de conhecimentos; aos colegas e amigos pelo companheirismo e amizade, fundamentais à manutenção do meu incentivo diário; ao Tribunal de Contas da União por contribuir para o meu desenvolvimento acadêmico e aos meus colegas de trabalho por me darem provações diárias de fazer parte de um corpo de excelência na administração pública brasileira; aos meus queridos pais, Rômulo e Helena, que me transmitiram, por meio de seus exemplos, como professores universitários, incentivos robustos no caminho do conhecimento - meu pai sobretudo pelo seu exemplo de disciplina e integridade, já minha doce mãe por sempre haver me incentivado com seu intenso carinho, que invariavelmente é o combustível de todas as minhas conquistas; à minha amada esposa Aninha e aos meus amados filhos Pedro Henrique e Lucas por fazerem parte de todas as minhas realizações pessoais e por serem a razão da minha vida.

## RESUMO

O presente trabalho está relacionado ao controle do gasto do Estado, contexto em que se mostra relevante a atuação do Tribunal de Contas da União (TCU). A justificativa deste trabalho acadêmico é a de que o TCU pode estar deixando de exercer papel indeclinável que a constituição lhe concedeu, desestimulando o controle social e o combate à corrupção, ao não conhecer de representações que anunciam irregularidades que aparentemente prejudicam apenas as empresas demandantes. Procurou-se resposta, por meio de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, à seguinte questão: ao não atuar na tutela de interesse privado de empresa licitante prejudicada por ato irregular da administração pública, o TCU está declinando da atenção ao interesse público primário e, por consequência, desestimulando o controle social e o combate a corrupção? Baseado em evidências preliminares, partiu-se da hipótese de indeclinabilidade da tutela do interesse público primário, que consiste no verdadeiro interesse da coletividade e não apenas o interesse direto da administração pública. O objetivo geral do trabalho foi o de refletir sobre a importância de o TCU considerar, na apreciação de processos de representação de iniciativa de empresas licitantes que solicitam adoção de medidas cautelares de suspensão de atos e contratos, que a presença do interesse público envolvido na questão seja interpretada de forma ampla, considerando o interesse público primário. Os objetivos específicos foram: descrever a situação do TCU na Constituição brasileira, especificando sua jurisdição, natureza jurídica, organização, área de atuação e principais atribuições; analisar os poderes cautelares do órgão de controle, detalhando, em todos seus aspectos, a competência acautelatória prevista no art. 276 do RITCU, desde o ponto de vista do Direito Processual, seus requisitos e repercussões; e analisar, desde o ponto de vista do Direito Administrativo, o interesse público na atuação cautelar do TCU e refletir sobre os benefícios que tem a sociedade brasileira com as medidas cautelares adotadas do ponto de vista material e de expectativa de controle, o que foi trabalhado em três capítulos correspondentes aos referidos objetivos. A metodologia utilizada recorre à abordagem teórica, baseada na pesquisa de documentos bibliográficos. Em conclusão, a partir da doutrina administrativista, confirmamos a hipótese destacando que o TCU deve atuar cautelarmente também, nos casos em que, aparentemente, só haja interesse de empresa, posto que é dever irrenunciável do órgão de controle externo, uma vez que estará em consonância com a finalidade da lei e do interesse público primário, ressaltando, porém, que seria de grande valor científico, em nível de pós-graduação, pesquisa de campo que explore com mais profundidade as expectativas dos cidadãos e empresários confrontando-as com dados concretos de julgamentos cautelares do Tribunal, inclusive com o acompanhamento da procedência da decisão de mérito.

**Palavras-chave:** Tribunal de Contas, Medidas Cautelares e Interesse Público Primário.

## RESUMEN

Este trabajo está relacionado con el control del gasto público, contexto en que se muestra relevante la actuación de la Corte de Cuentas brasileña (TCU). La justificación de este trabajo académico es que dicho órgano puede estar dejando de ejercer papel indeclinable que la constitución le concedió, desalentando el control social y la lucha contra la corrupción, mientras no reconoce de procesos de representación donde se discute irregularidades administrativas que perjudican aparentemente solo a las empresas demandantes. Buscamos responder a través de la investigación doctrinal y jurisprudencial, la siguiente pregunta: ¿no actuar en la protección de los intereses de la empresa privada que sufrió por un acto irregular de la administración pública, el TCU está disminuyendo la atención sobre el interés público y, en consecuencia, desalentando el control social y la lucha contra la corrupción? Con base en evidencia preliminar, partió de la hipótesis de ser indeclinable la tutela del interés público primario, que es el verdadero interés de la comunidad y no sólo el beneficio directo de la administración pública. El objetivo general del estudio fue reflexionar sobre la importancia del TCU llevar en cuenta en su evaluación de la iniciativa de los procesos de representación de las empresas licitadoras que soliciten medidas de precaución de los actos y contratos en suspensión, que la presencia del interés público involucrado en el tema se interprete en términos generales, teniendo en cuenta el interés público primario. Los objetivos específicos fueron: describir la situación del TCU en la Constitución brasileña, su jurisdicción legal y funciones principales; analizar los poderes cautelares del órgano de control, detallando en todos sus aspectos como el TCU arreglo al art. 276 de RITCU, desde el punto de vista del derecho procesal, sus requisitos y consecuencias; y analizar, desde el punto de vista del derecho administrativo, el interés público en la actuación cautelar del TCU y reflexionar sobre los beneficios que tienen la sociedad brasileña con las medidas preventivas adoptadas desde el punto de vista de la expectativa de control, que fue trabajado en tres capítulos correspondientes a dichos objetivos. La metodología se basó en el enfoque teórico, fundada en la investigación de documentos bibliográficos. En conclusión, a partir de la doctrina administrativista, confirmamos la hipótesis destacando que el TCU debe actuar de forma preventiva también, aunque se parezca que solo hay interés privado, ya que es indispensable deber del órgano de control externo, una vez que será estará en consonancia con el propósito de la ley y del interés público primario, señalando, sin embargo, que sería de gran valor científico, en nivel de posgrado, la investigación de campo para explorar con más profundidad las expectativas de los ciudadanos y los empresarios se confrontando datos concretos de sentencias cautelares de la Corte con sus decisiones finales de mérito.

**Palabras-clave:** Tribunal de Cuentas, Medidas Cautelares y Interés Público Primario.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

BBI – Banco Brasileiro Iraqui S.A.

CPA – Companhia de Promoção Agrícola

CPC – Código de Processo Civil

CRFB – Constituição Federal de 1988

EFS – Entidades de Fiscalização Superiores

LOTUCU – Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União

LRF – Lei de Responsabilidade Fiscal

NCPC – Novo Código de Processo Civil

TCDF – Tribunal de Contas do Distrito Federal

TCE – Tribunais de Contas dos Estados Federados

TCM – Tribunais de Contas dos Municípios ou Municipais

TCU – Tribunal de Contas da União

RITCU – Regimento Interno do Tribunal de Contas da União

STF – Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>2 TRIBUNAIS DE CONTAS NO BRASIL</b> .....	14
2.1 JURISDIÇÃO.....	14
2.2 NATUREZA JURÍDICA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS, DE SUAS DECISÕES E POSSIBILIDADE DE REVISÃO DE SEUS JULGADOS.....	15
2.3 ASPECTOS DA AÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO QUE SÃO CONTROLADOS PELO TCU.....	17
2.4 ATENÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO ÂMBITO DO TCU.....	18
2.5 COMPOSIÇÃO.....	20
2.5.1 MINISTROS.....	20
2.5.2 AUDITORES.....	20
2.5.3 MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU.....	20
2.6 FUNÇÕES E COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS.....	21
2.6.1 APRECIAR CONTAS ANUAIS DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA.....	21
2.6.2 JULGAR AS CONTAS DOS ADMINISTRADORES E DE OUTROS RESPONSÁVEIS POR DINHEIRO, BENS E VALORES PÚBLICOS.....	22
2.6.3 APRECIAR A LEGALIDADE DOS ATOS DE ADMISSÃO DE PESSOAL E DE CONCESSÃO DE APOSENTADORIAS E PENSÕES CIVIS E MILITARES.....	24
2.6.4 REALIZAR AUDITORIAS POR INICIATIVA PRÓPRIA OU POR SOLICITAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL.....	25
2.6.5 FISCALIZAR AS CONTAS NACIONAIS DAS EMPRESAS SUPRANACIONAIS.....	26
2.6.6 FISCALIZAR A APLICAÇÃO DE RECURSOS DA UNIÃO REPASSADOS AOS ESTADOS, AO DISTRITO FEDERAL E A MUNICÍPIOS.....	26
2.6.7 PRESTAR INFORMAÇÕES AO CONGRESSO NACIONAL SOBRE FISCALIZAÇÕES REALIZADAS.....	27
2.6.8 APLICAR SANÇÕES E DETERMINAR A CORREÇÃO DE ILEGALIDADES E IRREGULARIDADES EM ATOS E CONTRATOS.....	27
2.6.9 INTERROMPER, SE NÃO FOR ATENDIDO, A EXECUÇÃO DE ATO IMPUGNADO, COMUNICANDO A DECISÃO À CÂMARA DOS DEPUTADOS E AO SENADO FEDERAL.....	29

2.6.10 APURAR DENÚNCIAS APRESENTADAS POR QUALQUER CIDADÃO, PARTIDO POLÍTICO, ASSOCIAÇÃO OU SINDICATO SOBRE IRREGULARIDADES OU ILEGALIDADES NA APLICAÇÃO DE RECURSOS FEDERAIS.....	30
<b>3 O PODER CAUTELAR DO TCU NO ÂMBITO DE SUA ATRIBUIÇÃO CORRETIVA.....</b>	<b>30</b>
3.1 O PODER CAUTELAR DO ESTADO.....	31
3.2 O RECONHECIMENTO PELO STF DO PODER CAUTELAR DO TCU.....	34
3.3 SUSPENSÃO DE ATO OU CONTRATO ADMINISTRATIVO EM EXECUÇÃO PELO TCU.....	36
3.3.1 O MARCO LEGAL NORMATIVO.....	36
3.3.2 REQUISITOS DO <i>FUMUS BONI IURIS</i> E <i>PERICULUM IN MORA</i> NAS MEDIDAS CAUTELARES EXPEDIDAS PELO TCU.....	38
3.3.3 O <i>PERICULUM IN MORA</i> REVERSO.....	39
<b>4 O TEMA DO INTERESSE PÚBLICO NA ATUAÇÃO CAUTELAR DO TCU.....</b>	<b>40</b>
4.1 INDECLINÁVEL TUTELA PELO TCU DO INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO.....	41
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>47</b>
<b>BIBLIOGRAFIA (Referências e Sites consultados).....</b>	<b>51</b>

## INTRODUÇÃO

O objeto deste trabalho está associado à questão do controle do gasto do Estado como elemento indispensável para que se possa garantir que o dinheiro público seja legalmente utilizado, em benefício da população, sem desperdícios e desvios indevidos, e em consonância com o ordenamento jurídico e as necessidades dos cidadãos.

Destaca-se nesse cenário, a relevância dos Tribunais de Contas, a quem a Constituição brasileira atribuiu diversas ações de fiscalização contábil, financeira e orçamentária dos órgãos públicos. Tal atuação, diante da crescente necessidade de investimento em infraestrutura como fator de desenvolvimento econômico e a conseqüente complexidade das relações jurídicas entre o Estado e os entes privados, demanda avanços no sentido de lograr maior celeridade, com vistas a que se coadune a atuação do órgão de controle com as expectativas da sociedade brasileira.

O Tribunal de Contas da União, no exercício de sua função constitucional de proteger o erário público, tem frequentemente lançado mão de seu poder cautelar no sentido de determinar a suspensão de atos ou contratos que se demonstram ilegais em suas futuras decisões de mérito.

No entanto, o órgão de controle vem experimentando uma crescente demanda de representações de empresas licitantes que, inconformadas com o ato ou o procedimento que reputa irregular, pedem o provimento da medida cautelar prevista no artigo 276 do Regimento Interno do TCU, em caráter antecedente e fundado em urgência, com base em previsão constante na lei de licitações e contratos (art. 113 da Lei 8666/1993).

Esse movimento crescente de representações dessa natureza se justifica em razão de, em regra, os processos que tramitam no Tribunal de Contas, em que pese obedecerem a todas as exigências inerentes aos princípios do contraditório e da ampla defesa, seguirem rito mais célere que os previstos para prestação jurisdicional.

Ademais, a empresa representante não arca com custas judiciais, tampouco há, no âmbito do Tribunal de Contas, a figura do ônus de sucumbência. Some-se a esses aspectos, a observância ao princípio do formalismo moderado inerente aos processos de natureza administrativa, bem como a desnecessidade de representação por advogado (*jus postulandi*), além da inexistência de sanções quando da litigância de má-fé.

Não obstante, o órgão de controle tem diversas competências constitucionais que o fazem atuar de ofício ou provocado. Nossa constituição concede ao TCU, em seu artigo 71, atribuições que vão desde a fiscalização da conformidade de atos administrativos, até trabalhos cujo escopo seja avaliar a eficiência de programas de governo, entre outros.

Como veremos nos capítulos deste trabalho, estão ao alcance da fiscalização do TCU todos os atos relacionados a despesas públicas realizadas com recursos federais. Ressalte-se que, em grande medida, tendo em conta a substancial quantidade de transferências voluntárias no orçamento da união, praticamente todos os entes federativos e seus órgãos da administração direta e indireta administram recursos de origem da união.

Portanto, o problema é que um crescimento exorbitante de representações de licitantes, com pedido de adoção de medida cautelar, pode inviabilizar a atuação do órgão de controle, prejudicando o exercício de outras competências da Corte de Contas.

Atento a este problema, o TCU vem tomando medidas no sentido de restringir a análise dessas demandas a situações que, na ótica do tribunal, esteja categoricamente comprovada a presença do interesse público, não conhecendo de representações em que, aparentemente, o que se busque seja a tutela de direitos de particulares, ainda que preteridos em razão de supostas irregularidades praticadas por administradores públicos. O entendimento majoritário na Corte quanto à questão é de que o fórum adequado para dirimir tais conflitos entre particular e a Administração seria o Poder Judiciário.

Nessa tendência, esse Órgão de Contas alterou, a partir da Resolução TCU 246/2011, texto de seu Regimento Interno suprimindo do artigo 276, que trata das medidas cautelares, termo que autorizava a concessão da medida cautelar em situações em que se discutia ofensa a direito alheio, substituindo-o pelo termo interesse público.

A justificativa deste trabalho acadêmico é a de que o TCU pode estar deixando de exercer papel indeclinável, que a constituição lhe concedeu, desestimulando o controle social e o combate à corrupção, ao não conhecer de representações que anunciam irregularidades que aparentemente prejudicam apenas as empresas demandantes.

A questão a ser respondida por meio deste estudo é a seguinte: ao não atuar na tutela de interesse privado de empresa licitante prejudicada por ato irregular da administração pública, o TCU está declinando da atenção ao interesse público primário e, por consequência, desestimulando o controle social e o combate a corrupção?

Baseado em evidências preliminares, partimos da hipótese de indeclinabilidade da tutela do interesse público primário, que consiste no verdadeiro interesse da coletividade e não apenas o interesse direto da administração pública.

O objetivo geral do trabalho é o de refletir sobre a importância de o TCU considerar, na apreciação de processos de representação de iniciativa de empresas licitantes que solicitam adoção de medidas cautelares de suspensão de atos e contratos, que a presença do interesse

público envolvido na questão seja interpretada de forma ampla, considerando o interesse público primário.

Os objetivos específicos são: descrever a situação do TCU na Constituição brasileira, especificando sua jurisdição, natureza jurídica, organização, área de atuação e principais atribuições; analisar os poderes cautelares do órgão de controle, detalhando em todos seus aspectos a competência acautelatória prevista no artigo 276 do RITCU, desde o ponto de vista do Direito Processual, seus requisitos e repercussões; analisar, desde o ponto de vista do Direito Administrativo, o interesse público na atuação cautelar do TCU e refletir sobre os benefícios que tem a sociedade brasileira com as medidas cautelares adotadas do ponto de vista material e de expectativa de controle.

Desta forma, dividimos nosso trabalho em três capítulos. O primeiro, com o objetivo de contextualização, se ocupa de apresentar o TCU no ordenamento jurídico brasileiro. Nessa parte, exibiremos os ensinamentos doutrinários sobre a competência do tribunal, natureza jurídica do TCU e de suas decisões e a possibilidade de revisão de seus julgados.

Abordar-se-á, também, ainda neste primeiro capítulo, os aspectos da atuação da Administração que são fiscalizados pelo TCU, a atenção ao devido processo legal nos processos que tramitam nas cortes de contas, assim como a composição dos membros do órgão, para no final do capítulo introdutório elencar as principais funções constitucionais do TCU, de forma a evoluirmos, a partir desse conhecimento prévio, na questão central do trabalho.

No segundo capítulo estudaremos como o TCU regulamentou, a partir da teoria dos poderes implícitos, seu poder acautelatório, analisando a natureza dessa medida, seus aspectos e requisitos, além de como se desenvolveu tal regulamentação, destacando que essa competência, ainda que não esteja prevista expressamente em sua Lei Orgânica, foi reconhecida pelo STF.

Com esse intuito, abordaremos conceitos atinentes ao poder cautelar do Estado e como o TCU desenvolveu seus normativos referentes à concessão de medidas cautelares, assim também como o STF se manifestou acerca do tema.

No terceiro capítulo, a partir da ótica da doutrina administrativista, abordaremos o interesse público na atuação cautelar do TCU. Refletiremos sobre a hipótese de indeclinabilidade da tutela do interesse público primário, pelos órgãos da administração pública em geral e pelo TCU em particular, assim como os benefícios que tem a sociedade brasileira com as medidas cautelares adotadas do ponto de vista material e de expectativa de controle, além de servir como instrumento de fomento ao controle social.

A metodologia utilizada será uma abordagem teórica, baseada na análise documental, com vistas a dar uma resposta ao problema de pesquisa. Essa análise documental será realizada sobre documentos bibliográficos, destacando o uso de análise de livros, sites jurídicos, além da doutrina e da jurisprudência como elemento específico do método jurídico, de forma a alcançar os dados para confirmar ou afastar a hipótese sugerida.

Em conclusão, reconheceremos a importância de pesquisas futuras sobre o tema a partir de estudos mais detalhados de casos concretos atinentes a demandas externas de empresas e cidadãos perante o TCU, além de cotejo entre decisões cautelares e de mérito. Tal investigação demanda tempo e profundidade compatível com estudos de pós-graduação.

## **2 TRIBUNAIS DE CONTAS NO BRASIL**

O que abordaremos neste trabalho, essencialmente, é uma reflexão sobre a importância de o TCU considerar, no exercício de uma de suas competências conferidas pela Constituição Federal, a apreciação da legalidade de atos e contratos, visão mais ampla de interesse público que justifique sua atuação, o que trataremos minudentemente no Capítulo 3 desta monografia.

Não obstante, tendo em vista a pouca atenção que as grades curriculares dos cursos de ciências jurídicas dispensam ao estudo do sistema jurídico relacionado às Entidades de Fiscalização Superiores (EFS), faz-se importante lançar mão deste capítulo introdutório, em que apresentaremos, de forma descritiva, com base, sobretudo, nas normas constitucionais, mas também com destaques doutrinários e jurisprudenciais, as principais competências das Cortes de Contas previstas no ordenamento brasileiro.

Com esse mister, apresentaremos, inicialmente, o sistema de tribunais de contas do Brasil, que consiste na coexistência de vários órgãos de controle dos entes federados.

Da mesma forma, para uma leitura mais ponderada da questão central trazida neste trabalho científico, é essencial que o estudante tenha conhecimento da natureza jurídica do TCU e de suas decisões e a possibilidade de revisão de seus julgados. Portanto destacaremos que a Corte de Contas tem natureza jurídica administrativa e que suas decisões podem ser objeto de revisão pelo Poder Judiciário.

Além disso, é imperioso apresentar os aspectos da atuação da Administração que são fiscalizados pelo TCU, a necessidade de atenção ao devido processo legal nos processos que tramitam nas cortes de contas, bem como a composição de seu órgão colegiado.

Ao final deste capítulo serão elencadas as principais funções e atribuições constitucionais do órgão de controle externo, de forma a que possamos ingressar no tema central da discussão com informação suficiente para um juízo de valor sobre a hipótese de indeclinabilidade, por parte do TCU, da tutela do interesse público primário, que consiste no verdadeiro interesse da coletividade e não apenas o interesse direto da administração pública.

### **2.1 JURISDIÇÃO**

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 outorgou poderes substanciais aos Tribunais de Contas, que tiveram sua jurisdição e competência ampliadas.

Conforme prevê nossa Constituição Federal, em seu artigo 70, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, eficiência, aplicação das subvenções e renúncia de

receitas será exercida pelo Poder Legislativo, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder, abrangendo tais fiscalizações, qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada que administre recursos públicos.

Dispõe nossa lei maior que o controle externo será exercido com o auxílio dos tribunais de contas, para os quais foram previstas diversas competências que vão desde o julgamento das contas dos administradores públicos até a fiscalização dos atos e contratos que envolvam esses gestores, entre outras.

No Brasil, temos o que chamamos de Sistema dos Tribunais de Contas, que é composto pelos Tribunais de Contas da União – TCU, do Distrito Federal – TCDF, dos Estados – TCE e dos Municípios – TCM.

Ressalte-se que a definição da amplitude da jurisdição de cada espécie citada se dá em razão da origem dos recursos administrados. Não há nenhuma relação de hierarquia ou subordinação entre os referidos órgãos.

## **2.2 NATUREZA JURÍDICA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS, DE SUAS DECISÕES E POSSIBILIDADE DE REVISÃO DE SEUS JULGAMENTOS**

O TCU é parte da Administração Direta. Não guarda vínculo de subordinação com nenhum dos Poderes - Executivo, Legislativo ou Judiciário. Tal órgão tem natureza administrativa e suas principais competências centrais estão dispostas em nossa Constituição Federal.

Sabe-se que o Brasil adota o sistema de jurisdição una, por força do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, onde está prevista, expressamente, a proibição de a lei excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito. O citado preceito constitucional é a base para o conceito de que apenas as decisões proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário possuem caráter definitivo, ou seja, fazem coisa julgada.

Desse monopólio da tutela jurisdicional deriva o entendimento de que os processos que tramitam nos tribunais de contas possuem natureza jurídica administrativa, podendo as decisões proferidas por essas cortes, em razão de serem advindas de um órgão administrativo, ser objeto de revisão pelo Poder Judiciário, uma vez que os órgãos de controle externo não integram esse poder.

Sobre o tema, é válida a transcrição da síntese da jurisprudência e da doutrina feita por Luiz Henrique Lima (2007, p. 105-106):

[...]

A expressão auxílio, presente no *caput* do art. 71 da CF – ‘O Controle Externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do TCU...’ – tem provocado extenso debate doutrinário. De modo geral os principais autores rejeitam a interpretação de que a Corte de Contas seria um órgão auxiliar do Congresso Nacional.

Neste sentido, pronunciou-se o STF na ADin nº. 1140-5, Relator Min. Sydeney Sanches:

Não são, entretanto, as Cortes de Contas órgãos subordinados ou dependentes do poder legislativo, tendo em vista que dispõem de autonomia administrativa e financeira, nos termos do art. 73, *caput*, da Constituição Federal, que lhes conferem as atribuições previstas no art. 96, relativas ao Poder Judiciário.

Como observa Jarbas Maranhão:

O mais adequado seria dizer-se, como preferem aliás a legislação francesa e outros, que, ao invés de auxiliares, os elas assistem o Parlamento e o governo, para deixar clara a sua exata posição em face dos Poderes, pois, tendo em vista a própria natureza das tarefas que lhes cabem cumprir, haveria a Constituição de assegurar-lhes a necessária independência.

Fernando Jayme:

A definição mais apropriada é de Frederico Pardini, que define como ‘órgão especial de destaque constitucional’. O Tribunal de Contas não está subordinado a nenhum dos poderes do estado, gozando de autonomia administrativa e funcional, com competências exclusivas, constitucionalmente estabelecidas. A ligação entre o Tribunal de Contas e o Poder Legislativo é apenas operacional, de apoio à fiscalização política.

Cristalinas são as observações sobre como se posiciona o TCU, em nosso ordenamento, feitas pelo Ricardo Lobo Torres, citadas pelo Ministro Zymler (1001, p. 11-12):

O Tribunal de Contas é uma das garantias institucionais de liberdade no Estado Liberal. Juntamente com outros órgãos, como o Banco Central, garante os direitos fundamentais mercê de sua posição singular no quadro institucional do país. O rígido sistema de separação de poderes já não serve para lhe explicar a independência e a responsabilidade. Mesmo sem aderir ao extremismo das doutrinas que o consideram um 4º Poder, o certo é que desborda ele os limites estreitos da separação de poderes, para se situar, simultaneamente, como um órgão auxiliar do Legislativo, da Administração e do Judiciário.

Passada a questão sobre a natureza das cortes de contas, sobrevém, a discussão acerca dos limites da revisão, pelo judiciário, das decisões proferidas pelo TCU, no julgamento das contas dos responsáveis pela administração dos recursos públicos federais. Nesse caso, é de se esperar que, tendo em vista ser a competência para o julgamento constitucionalmente atribuída ao Tribunal de Contas, a atuação do órgão judicial se limitará a observar os aspectos formais ou de manifesta ofensa à legalidade no âmbito dos processos de Controle Externo.

É importante ressaltar, entretanto, que as decisões dos tribunais de contas, se não se igualam às decisões judiciais, porque estão sujeitas ao controle pelo Poder Judiciário, tampouco

se identificam com a função puramente administrativa. Elas têm fundamento constitucional e se sobrepõem à decisão das autoridades administrativas, qualquer que seja o nível em que estejam inseridos na hierarquia da administração pública (DI PIETRO, 1996, p. 23). Implica dizer que as determinações proferidas pelas Cortes de Contas vinculam a Administração ao seu cumprimento. Ou seja, determinações exaradas pelo TCU que não sejam cumpridas, podem gerar a aplicação de multa aos respectivos responsáveis, conforme autoriza o art. 71, VIII, da CRFB.

Importante realçar também que decisões dos tribunais de contas, que resultem em imputação de débito ou cominação de multa, possuem eficácia de título executivo extrajudicial, conforme prevê o § 3 do artigo 71 da CRFB, fazendo com que a dívida seja líquida e certa, ou seja, caso o responsável, após ser notificado para efetuar e comprovar a liquidação da dívida, não realizar o pagamento, não haverá necessidade de ajuizar ação de conhecimento no Judiciário para promover o ressarcimento aos cofres da União, bastando, para tanto, que a Advocacia Geral da União ingresse com ação de execução do referido título no juízo competente.

### **2.3 ASPECTOS DA AÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO QUE SÃO CONTROLADOS PELO TCU**

A ordem jurídica instituída no país, a partir do art. 71 da Constituição Federal de 1988, atribuiu ao Tribunal de Contas da União, entre outras competências, a de fiscalizar a atuação dos administradores de recursos públicos federais no tocante aos aspectos da legalidade, legitimidade e economicidade de seus atos, bem como no que concerne à eficiência, eficácia e efetividade dos programas governamentais. Tais prerrogativas são exercidas pelo TCU, essencialmente, por intermédio de auditorias de conformidade ou de natureza operacional, respectivamente, ressaltando-se que as deliberações decorrentes dessas fiscalizações poderão, ou não, ter um caráter vinculativo para o administrador.

No que se refere à legalidade, deve-se destacar que este princípio é a base de um Estado Democrático de Direito. A legalidade administrativa determina a submissão do Estado à lei (BANDEIRA DE MELLO, 2005, p. 86), ou seja, em sua atividade administrativa, deverá a Administração Pública atuar sempre de conformidade com os preceitos legais. Assim, no exercício de sua função fiscalizadora, caberá ao TCU verificar se os administradores fiscalizados estão executando seus atos em obediência ao previsto na legislação pertinente.

Importante observar, também, que a nossa Corte de Contas verifica se os atos dos administradores públicos se revestem de legitimidade, uma vez que não basta o administrador

público pautar sua atuação em conformidade com a lei. Esse agente também deve agir em consonância com a moralidade e a finalidade administrativa para conferir plena legitimidade a sua atuação. Isto é, um ato legítimo é aquele que, além de ser compatível com as disposições legais, é também dirigido à finalidade da lei e do interesse público (Id, 2005).

O conceito de economicidade, por sua vez, está associado à busca, pela administração, da diminuição dos custos e dos recursos utilizados na consecução de uma atividade, sem compromisso dos padrões de qualidade.

Deve-se destacar que os aspectos, até então apresentados, são fiscalizados pelo TCU, comumente, mediante auditorias de conformidade, cujas possibilidades de deliberação passam pela aplicação de penalidades ao responsável pelo não cumprimento de qualquer um desses aspectos, até a determinação, com prazo estabelecido, para que o responsável adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, fazendo indicação expressa dos dispositivos legais que devem ser observados, conforme disposto no art. 71, IX, da CRFB.

Por outro lado, o Tribunal, mediante suas auditorias operacionais, analisa a execução dos programas de governo, com vistas a verificar sua eficácia, eficiência e efetividade.

Deve-se ressaltar, finalmente, que ao apreciar os processos concernentes às auditorias operacionais, caso o TCU constate oportunidades de melhoria na execução dos programas de governo, deverá formular aos órgãos e entidades da administração recomendações, às quais, embora sejam de grande valor para o desempenho da máquina estatal, não vinculam o administrador a seu cumprimento.

## **2.4 ATENÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO ÂMBITO DO TCU**

No âmbito do TCU, é assegurado o direito de defesa a todas as pessoas, inclusive, as empresas que mantenham contratos com a Administração Pública, que possam sofrer consequências que levem a supressões nos seus direitos subjetivos em razão da atuação desse órgão de controle.

O Princípio do Devido Processo Legal, que está previsto no artigo 5º, LIV, da Carta Republicana Brasileira, representa um postulado fundamental de todo sistema processual, segundo o qual ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Ou seja, qualquer consequência processual que as pessoas possam sofrer, desde um ponto de vista da liberdade pessoal ou patrimonial, deve transcorrer por meio de decisão que siga um processo que haja tramitado conforme previsto legal.

É imperativo observar também, por consequência lógica do Devido Processo Legal, todos os outros princípios constitucionais do Direito Processual, como os da igualdade, do juiz

natural, do contraditório, da proibição da prova ilícita, da publicidade dos atos processuais, do duplo grau de jurisdição e da motivação das decisões judiciais.

Em relação ao processo no âmbito do TCU, o artigo 73 da Constituição Federal determina que o Tribunal de Contas observe, no que couber, as regras contidas no artigo 96 da Carta Constitucional, a qual consigna que caberá ao Tribunal escolher seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e de garantias das partes.

Ao regulamentar tal dispositivo constitucional, a Lei Orgânica do TCU (Lei 8443/1992) determina, em seu artigo 31 que "em todas as etapas do processo do juízo de contas será assegurada ao responsável ou ao interessado a ampla defesa."

A inobservância desse princípio ocasiona a nulidade da decisão do Tribunal de Contas, razão pela qual devem suas leis orgânicas estabelecer expressamente as normas pertinentes à defesa, à notificação, à produção de provas, bem como às modalidades e hipóteses para interposição de recursos para o Tribunal. No entanto, de forma subsidiária, é observado Código de Processo Civil.

Por sua pertinência, cabe trazer trecho de julgado proferido no âmbito do Supremo Tribunal Federal, quando apreciou o Mandado de Segurança n.º 23.550, no qual se discutiu o direito de defesa no Tribunal de Contas da União (STF, 2001):

A incidência imediata das garantias constitucionais referidas dispensaria previsão legal expressa de audiência dos interessados; de qualquer modo, nada exclui os procedimentos do Tribunal de Contas da aplicação subsidiária da lei geral de processo administrativo federal (L. 9.784/99), que assegura aos administrados, entre outros, o direito de ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vistas dos autos (art. 3º, II), formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objetos de consideração pelos órgãos competentes.

Seguindo a mesma ideia, está o julgado do MS n.º 24.268 (STF, 2004), no qual o STF ratificou a necessidade, por parte do TCU, à observância do princípio do contraditório e da ampla defesa.

Naquela oportunidade, o STF ressaltou que o direito de defesa foi ampliado com a Constituição de 1988, a partir da qual se garantiu que o âmbito da proteção processual contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume ao simples direito de manifestação no processo. Tal proteção envolve não só o direito de expressão e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador.

Segundo o STF, os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, se aplicam a todos os procedimentos administrativos, e o exercício pleno desse

direito não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito dos fatos, mas também à possibilidade de ser ouvido também, em matéria jurídica, em atenção ao princípio da segurança jurídica, cuja observância é base no Estado de Direito.

## **2.5 COMPOSIÇÃO**

### **2.5.1 MINISTROS**

Segundo o artigo 73 da Constituição Federal, o Tribunal de Contas da União é composto por nove ministros a serem nomeados dentre brasileiros que satisfaçam os seguintes requisitos: a) mais de 35 e menos de 65 anos de idade; b) idoneidade moral e reputação limpa; c) notório saber jurídico, contábil, econômico e financeiro ou de administração pública; d) mais de 10 anos de exercício de função ou de atividades profissionais que exija os conhecimentos mencionados na alínea anterior.

Três dos nove ministros são nomeados pelo presidente da República, com a aprovação do Senado Federal, sendo dois alternadamente escolhidos entre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice pelo Tribunal, segundo os critérios de antiguidade e merecimento. Os outros seis ministros são indicados pelo Congresso Nacional.

Os Ministros do TCU possuem as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, subsídios e vantagens dos ministros que atuam nos tribunais superiores do Poder Judicial, conforme garante o § 3º do artigo 73 da CRFB.

### **2.5.2 AUDITORES**

Compõem também o TCU, quatro auditores substitutos, que têm como função, entre outras atribuições, substituir os ministros. Tais funcionários públicos são admitidos no tribunal por meio de concurso público. O cargo de auditor é vitalício e esses funcionários, quando estão substituindo os ministros, possuem a mesma garantia e os mesmos impedimentos do titular.

### **2.5.3 MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU**

No âmbito do TCU, atua o Ministério Público especializado, o qual lhes são aplicados os princípios constitucionais da unidade, não divisibilidade e independência funcional. Este *parquet* especializado é composto por sete procuradores nomeados pelo Presidente da

República, dentre brasileiros, bacharéis em direito, após aprovação por concurso público de provas e títulos.

Os Procuradores do Ministério Público junto ao TCU gozam das mesmas garantias e se submetem às mesmas vedações previstas para os membros do Ministério Público da União, no entanto, são vinculados administrativamente ao TCU.

Essa instituição especializada tem a missão de fiscalizar a execução da lei, cabendo-lhe, entre outras competências as de: requerer, ante o TCU, as medidas de interesse da justiça, da administração e do erário; comparecer às sessões do Tribunal; declarar o direito em matérias sujeitas à decisão do TCU; promover medidas relativas à cobrança judicial de dívidas imputadas pelo Tribunal e o possível arresto de bens de responsáveis julgados em débito; interpor recursos no âmbito do TCU; e requerer providências necessárias ao saneamento dos autos ou o afastamento cautelar do responsável.

## **2.6 FUNÇÕES E COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS**

### **2.6.1 APRECIAR AS CONTAS ANUAIS DO PRESIDENTE**

A prestação de contas da administração dos recursos públicos é inerente a todo e qualquer Estado democrático. No que diz respeito a esse princípio, nossa Carta Constitucional de 1988 impôs ao Presidente da República (art. 71, I) a obrigação de apresentar as contas do Governo da República ao Congresso Nacional, no prazo de 60 dias após a abertura da sessão legislativa, ressaltando que, se não forem encaminhadas, caberá à Câmara dos Deputados proceder à tomada de contas do presidente.

Por meio da apresentação de contas, o Chefe do Executivo busca demonstrar como se deram os gastos e a arrecadação do exercício encerrado, observando-se o orçamento público e os programas e as realizações do Governo.

Ao disciplinar a matéria, a Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF, em seu artigo 56, previu que as contas prestadas pelos chefes do Executivo incluirão, além das suas próprias, as dos presidentes dos Órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário e ao Procurador-Geral do Ministério Público, às quais receberão parecer prévio, separadamente, do respectivo Tribunal de Contas, no prazo de 60 dias do seu recebimento.

Ao Parlamento brasileiro, por sua vez, caberá, com base em pareceres prévios elaborados pelo Tribunal de Contas da União, bem como em parecer da Comissão Mista Permanente de Orçamento e Finanças, o julgamento das contas apresentadas pelo presidente. Esse exame faz parte do controle político que consiste, essencialmente, no contínuo

acompanhamento, em nome do povo, do desempenho do Governo na execução dos planos e ações aprovados.

Essa função exercida pelo Congresso Nacional não se dá sobre atos administrativos de rotina, mas sobre os que definam escolhas ou diretrizes políticas, propiciando a avaliação e o debate de medidas e diretrizes fundamentais para o País.

Sobre o conteúdo dos pareceres prévios elaborados pelo TCU, importa asseverar que entre as peças encaminhadas ao Congresso Nacional deverá conter a "análise geral da execução do orçamento e contabilidade quanto ao cumprimento dos balanços da União, bem como a avaliação da efetividade de determinados programas governamentais de grande relevância nacional" (LIMA, 2007, p. 293-295).

Seguindo essa orientação, o Regimento Interno do TCU determina que esses documentos devem ser acompanhados de relatórios que contenham informações sobre a execução dos programas previstos na Lei Orçamentária Anual, em termos de legitimidade, eficiência e economia, bem como o alcance das metas previstas no Plano Plurianual e na Lei de Diretrizes Orçamentárias, assim como as informações sobre o reflexo da gestão financeira e orçamentária federal no desenvolvimento econômico do País.

No exercício desta função, a Corte de Contas não abordará as questões relativas à legalidade dos atos, uma vez que a tarefa será executada quando do julgamento do juízo de contas dos administradores públicos, cuja competência é do próprio TCU.

Finalmente, cabe deixar assente que, sendo a apreciação das contas do Governo da República, no âmbito do Congresso Nacional, um juízo político, não há que se falar em sua revisão pelo Poder Judiciário, pois tal apreciação se caracteriza ato *interna corporis* do Parlamento.

## **2.6.2 JULGAR AS CONTAS DOS ADMINISTRADORES E DE OUTROS RESPONSÁVEIS POR DINHEIRO, BENS E VALORES PÚBLICOS**

Entre as missões atribuídas ao TCU pela Constituição Brasileira se destaca a de julgar as contas dos responsáveis por dinheiro, bens e valores públicos (art. 71, II). Essa atribuição, conhecida como a função judicante do Órgão de Controle Externo, é exercida pelo Tribunal, por meio dos processos de contas.

A Constituição Federal e a Lei Orgânica do TCU, ao retratarem a função judicante do Tribunal, distinguiram o exame das contas ordinárias dos administradores públicos da

apreciação pontual das contas daqueles que derem causa à perda, ao extravio ou a outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário.

Na primeira hipótese, têm-se os processos de tomadas de contas ou prestação de contas, que transcorre do dever geral de que todo administrador público tem de apresentar à sociedade. Todo aquele que dirige bens de terceiros tem a obrigação de comprovar que o fez de forma regular, principalmente quando se trata de bens públicos. Assim, o principal objetivo desses processos é o de informar à sociedade acerca da gestão dos bens e recursos públicos em determinado período (art. 70, § único, da CRFB).

Na segunda hipótese, têm-se as tomadas de contas especiais, as quais consistem em processo administrativo que objetiva apurar a responsabilidade daquele que deu causa à perda, ao extravio ou a outra irregularidade de que resulte dano ao erário. São casos de instauração da tomada de contas especial: omissão no dever de prestar contas; a não comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União ou qualquer de seus entes da administração indireta; a prática de ato ilegal, ilícito ou antieconômico de que resulte dano ao erário; e a ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiro (art. 8º da LOTCU).

Tais processos têm como requisito de constituição, a existência de dano, a identificação do responsável, a relação jurídica administrativa, a possibilidade de apuração dos fatos e o esgotamento das vias administrativas internas.

Os processos de contas ordinárias e de tomadas de contas especiais passam por diversas fases. Assim que o processo entra no TCU, proveniente dos órgãos da administração, é feito o juízo de admissibilidade, momento em que se constata seus requisitos de constituição.

Depois disso, há a possibilidade de uma fase preliminar, na qual o Tribunal, antes de fazer o julgamento definitivo sobre o mérito de como deverá julgar as contas do responsável, decide suspender o processo, fazer diligências, citações (quando se identifica a irregularidade da qual resulte dano ao erário), audiências (quando se verifica irregularidade sem prejuízo ao erário) ou qualquer outra medida para sanar o processo (art. 10, § 1º, da LOTCU).

Em seguida, vai-se para a fase de julgamento das contas, momento em que o TCU julga as contas regulares, regulares com ressalvas ou irregulares (art. 16 da LOTCU). Após esta fase, se o TCU julgar as contas irregulares de determinado responsável, imputando-lhe débito ou aplicando-lhe multa, passaremos à fase da cobrança executiva, momento em que se chegará ao efetivo ressarcimento de eventuais danos aos cofres da União.

### **2.6.3 APRECIAR A LEGALIDADE DOS ATOS DE ADMISSÃO DE PESSOAL E DE CONCESSÃO DE APOSENTADORIAS E PENSÕES CIVIS E MILITARES**

A Constituição Federal de 1988 (art. 71, III), atribuiu ao Tribunal de Contas da União a competência de examinar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão e aposentadoria no âmbito da Administração Pública Federal, consistindo tal apreciação em conceder ou recusar o registro do respectivo ato.

No tocante ao exame da legalidade dos atos de admissão, o qual alcança todos os ingressos dos funcionários e empregados da União – integrantes dos órgãos da administração direta ou das entidades da administração indireta, inclusive os agentes públicos admitidos em caráter provisório, cabendo ao TCU verificar a legalidade e a moralidade de como se deu o ingresso, tendo em conta os requisitos constitucionais de submissão ao concurso público e da não-extrapolação dos limites de gastos do órgão ou da entidade com funcionários. Cabe ressaltar, no entanto, não competir ao TCU a análise das nomeações para cargo em comissão.

Em relação ao registro dos atos de aposentadoria, importa destacar que várias são as verificações procedidas pelo Tribunal. Em atenção a esse ofício constitucional, nosso Órgão de Controle Externo investigará o cumprimento dos requisitos para a aposentadoria, a composição dos Proventos, a fundamentação do ato, a data de início de sua eficácia, a compatibilidade da aposentadoria com o pedido do funcionário, bem como a competência para a expedição do ato, e também qualquer melhoria posterior que altere o fundamento legal do ato.

Relativamente às consequências que podem vir das decisões do TCU, que resultem impugnações a esses atos, deve-se destacar que, conforme previsão regimental, observada a ocorrência de vício de legalidade no ato concessivo de admissão ou de aposentadoria, o órgão de origem deverá observar a legislação pertinente, adotar as medidas corretivas admissíveis, fazendo cessar os pagamentos derivados do ato impugnado.

Por fim, vale ressaltar o texto da Súmula Vinculante n.º 3 do STF, a partir do qual, se asseguram, nos processos perante o Tribunal de Contas da União, o contraditório e a ampla defesa quando à decisão que possa resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado. Tal enunciado, em razão de seus precedentes jurisprudenciais, tem contornos bem definidos, que são a apreciação da legalidade dos atos de admissão e aposentadoria.

#### **2.6.4 REALIZAR AUDITORIAS POR INICIATIVA PRÓPRIA OU POR SOLICITAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL**

O inciso IV do art. 71 da Constituição Federal determina que o TCU realize, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, da comissão técnica ou de investigação, auditorias e inspeções de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial nos órgãos e entidades da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal.

No exercício dessa competência constitucional, cabe ao Tribunal de Contas da União a 4verificação da legalidade, economia, legitimidade, eficiência, eficácia e efetividade dos atos e feitos administrativos concernentes à gestão de recursos públicos federais. Tal competência é exercida pelo Tribunal, entre outras ações, por meio da realização de auditorias realizadas por iniciativa própria ou a pedido do Congresso Nacional, bem como mediante o procedimento de análise de denúncias e representações encaminhadas ao TCU. Para tanto, esse Tribunal dispõe de diversos instrumentos de controle, quais sejam: Levantamentos, Auditorias, Inspeções, Acompanhamentos e Monitoramentos.

No que diz respeito às auditorias de iniciativa do Congresso Nacional, deve-se destacar que o Regimento Interno do TCU prevê que são legitimados para solicitar a prestação de informações e a realização de auditorias e inspeções, os Presidentes do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, bem como os presidentes de qualquer uma das comissões do Poder Legislativo Federal.

Em relação aos instrumentos de fiscalização de que dispõe o Tribunal, destacam-se as auditorias de conformidade, por meio da qual se examina a legalidade, a legitimidade e a economia dos atos de gestão dos responsáveis, quanto ao aspecto contábil, financeiro, operacional e patrimonial, assim como as auditorias operacionais, mediante as quais, se avalia o desempenho dos órgãos e das entidades da administração pública federal, quanto aos aspectos da eficiência, eficácia e eficiência de seus programas governamentais.

Antes dessas ações, no entanto, é comum o TCU usar o Levantamento, instrumento de fiscalização utilizado pela Corte de Contas para conhecer a organização o funcionamento dos órgãos e entidades sob sua jurisdição, a fim de identificar possíveis objetos e instrumentos de fiscalização e avaliar a sua viabilidade.

Há situações, ainda, em que o TCU atua *in loco*, por intermédio de seus auditores, proporcionando visitas pontuais aos órgãos ou às entidades sob sua jurisdição. São as chamadas inspeções cuja finalidade é suprir omissões e falhas de informações, esclarecer dúvidas ou apurar denúncias ou representações, quanto à legalidade, à legitimidade ou à economia dos atos

da administração ou em relação aos atos administrativos concernentes à gestão dos recursos públicos federais.

Outro instrumento de que dispõe nossa Corte de Contas, no exercício de sua função fiscalizadora, é o Acompanhamento. Esta ferramenta será utilizada pelo TCU para examinar, durante um determinado período, a legalidade e a legitimidade dos atos de gestão dos responsáveis sujeitos a sua jurisdição, bem como para avaliar o desempenho dos órgãos e das entidades quanto aos aspectos de eficiência, eficácia e efetividade de seus programas governamentais.

A verificação do cumprimento das deliberações do TCU e os resultados delas advindos são feitos por meio dos instrumentos de fiscalização chamados Monitorização.

Vê-se, assim, que a legislação prevê um repleto grupo de possibilidades de atuação fiscalizadora do TCU com vistas ao cumprimento do objetivo principal do controle que o de assegurar a efetiva gestão dos recursos públicos, evitando e inibindo a malversação e o desperdício.

#### **2.6.5 FISCALIZAR AS CONTAS NACIONAIS DAS EMPRESAS SUPRANACIONAIS**

Conforme dispõe o inciso V do artigo 71 da Constituição Federal, é atribuição do TCU fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo.

O governo brasileiro participa, em nome da União, do Banco Brasileiro Iraqui S.A. (BBI), da Companhia de Promoção Agrícola (CPA) e da Itaipu Binacional, que haviam sido constituídas a partir de acordos celebrados, respectivamente, com os Governos do Iraque, do Japão e do Paraguai.

#### **2.6.6 FISCALIZAR A APLICAÇÃO DE RECURSOS DA UNIÃO REPASSADOS AOS ESTADOS, AO DISTRITO FEDERAL E AOS MUNICÍPIOS**

Preceitua o inciso VI do artigo 71 da Constituição Federal que cabe ao TCU fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres ao Estado, ao Distrito Federal ou ao Município. Essa fiscalização é exercida, de forma global, mediante uma análise das prestações de contas dos órgãos ou entidades que transferem os recursos federais, às quais são encaminhadas anualmente ao Tribunal pelo controle interno setorial para apreciação e julgamento quanto ao fiel cumprimento do estabelecido no convênio ou nos instrumentos congêneres. Além disso, nos casos de denúncias ou indícios de irregularidades, são feitas auditorias ou inspeções.

Caso haja omissão na prestação de contas ou irregularidades na aplicação dos recursos, compete ao controle interno setorial instaurar tomada de contas especial, a ser julgada pelo TCU, para apurar os fatos, identificar os responsáveis e quantificar os danos.

No exercício dessa atribuição, o Tribunal também fiscaliza a aplicação dos recursos provenientes da compensação financeira (*royalties*) pagos pela Petrobras aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e ao Ministério da Marinha pela exploração de petróleo, material betuminoso e gás natural (Lei n.º 7.525/86). A legislação estabelece que esses recursos devem ser aplicados apenas em abastecimento, energia, irrigação, pavimentação de estradas, saneamento básico, tratamento de água e proteção ambiental. Atualmente, essa fiscalização é feita exclusivamente mediante a realização de auditorias e inspeções.

#### **2.6.7 PRESTAR INFORMAÇÕES AO CONGRESSO NACIONAL SOBRE FISCALIZAÇÕES REALIZADAS**

Cabe ao TCU, de acordo com o inciso VII do artigo 71 da Constituição Federal, fornecer as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por quaisquer de suas comissões sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial. Esse auxílio é prestado segundo as formas e condições previstas nos arts. 38 e 103 da Lei n.º 8.443/92 (LOTUCU) e arts. 231 a 233 do Regimento Interno do TCU.

Esses pedidos de informações e solicitações são apreciados pelo Tribunal em caráter de urgência. Além disso, existem, no âmbito do Tribunal, um Comitê Técnico de Auxílio ao Congresso Nacional, com o objetivo de aperfeiçoar e intensificar a atenção desses pedidos e solicitações.

#### **2.6.8 APLICAR SANÇÕES E DETERMINAR A CORREÇÃO DE ILEGALIDADES E IRREGULARIDADES EM ATOS E CONTRATOS**

O poder sancionador do Tribunal de Contas da União é baseado no preceito constitucional (artigo 71, VII a XI) que faculta à Corte de Contas a aplicação das sanções previstas em lei aos responsáveis por despesas ilegais ou contas irregulares. A Lei Orgânica do TCU, por sua vez, prevê as seguintes possibilidades de sanção por parte desse órgão de controle: a) aplicação de multa; b) decreto de inabilitação para o exercício de cargo ou função de confiança; e c) declaração de inidoneidade de empresa para participar de licitações.

Diversas são as situações que podem gerar a aplicação de multa pelo TCU. As sanções pecuniárias poderão advir, por exemplo, de contas julgadas irregulares (neste caso, caso haja débito, o valor da multa poderá chegar até 100% do dano ao erário); de ato praticado com grave

infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial; ou da falta de atenção à diligência feita pelo Tribunal (artigos 57 e 58 da LOTCU).

Importa registrar que, em atenção aos princípios da ampla defesa e do contraditório, antes da aplicação de qualquer sanção, o Tribunal deverá chamar em audiência o responsável pela irregularidade. Há situações, no entanto, que esse tipo de audiência será dispensado. Estabelece o Regimento Interno do TCU que as multas aplicadas por obstrução ao livre exercício das fiscalizações e auditorias, de processo, de documento ou de informação, ou a reincidência no descumprimento de determinação do Tribunal, prescinde de prévia audiência dos responsáveis, desde que a possibilidade de sua aplicação conste da comunicação do despacho ou da decisão descumprida ou de ofício de apresentação da equipe de auditoria (art. 268, VIII, § 3º, do RITCU).

O segundo tipo de sanção – Inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança – ocorrerá quando o Tribunal, por maioria absoluta de seus membros, entender que a infração cometida seja grave o suficiente para que justifique expurgar dessas funções o cargo dos responsáveis por irregularidades na gestão dos recursos públicos, por um período que varia de cinco a oito anos (art. 60 da LOTCU). Destacamos que, em nome do princípio federativo, esta sanção só alcançará os postos da Administração Pública Federal.

O Tribunal ainda tem o poder de declarar a inidoneidade da empresa que venha a fraudar licitações no âmbito da Administração Pública Federal (art. 60 da LOTCU). Deve-se registrar, no entanto, que o Tribunal só poderá aplicar essa sanção se for comprovada a existência de fraude ao procedimento da licitação. Ainda assim, antes de assinar as decisões a este respeito, o Tribunal de Contas deve fornecer a essas empresas a oportunidade de apresentar as suas razões e argumentos sobre as irregularidades constatadas.

Cumprido destacar que essas penalidades não excluem a aplicação de sanções penais e administrativas, por parte das autoridades competentes, em razão de as mesmas irregularidades constatadas pelo Tribunal de Contas da União. Entre elas está a declaração de inelegibilidade pela Justiça Eleitoral.

Periodicamente, o TCU envia ao Ministério Público Eleitoral os nomes dos responsáveis cujas contas foram julgadas irregulares nos cinco anos anteriores, para os fins da Lei Complementar 64/90, que trata da declaração de inelegibilidade.

### **2.6.9 INTERROMPER, SE NÃO FOR ATENDIDO, A EXECUÇÃO DE ATO IMPUGNADO, COMUNICANDO A DECISÃO À CÂMARA DOS DEPUTADOS E AO SENADO FEDERAL**

Cabe destaque, entre as atribuições do TCU, a de fiscalizar os atos e contratos celebrados pela Administração Pública. Nessas ocasiões, se o Tribunal de Contas encontrar ilegalidades nos atos ou nos contratos em execução, poderá determinar prazo para que a Administração adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, no sentido de que se interrompa o ato ou o contrato realizado (art. 71, X, da CF).

No entanto, prevê a constituição brasileira que, caso não seja obedecida a determinação do tribunal, poderá esse órgão de controle externo interromper diretamente a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal.

É importante ressaltar, no entanto, que, no caso de contrato, o ato de anulação será feito diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, imediatamente, ao Poder Executivo, as medidas admissíveis. No entanto, caso o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de 90 dias, não tomem essas medidas, a Constituição prevê que o Tribunal de Contas poderá decidir a respeito.

Finalmente, é importante considerar que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a possibilidade de o Tribunal de Contas expedir medidas cautelares destinadas a garantir a utilidade da deliberação final a ser tomada, de forma a impedir que eventual atraso na apreciação do mérito da questão suscitada culmine por comprometer o resultado definitivo da decisão de mérito do TCU.

Segundo o Supremo Tribunal Federal, a atribuição de poderes explícitos, ao Tribunal de Contas, tal como previsto no art. 71 da Constituição da República, supõe que se lhe reconheça, ainda que implicitamente, a titularidade dos meios destinados a viabilizar a adoção dessas medidas cautelares, que terão o poder de conferir real efetividade a suas deliberações finais, permitindo, assim, que se neutralizem situações de lesividade, atual ou iminente, ao erário. Ressaltamos que esse tema será aprofundado no capítulo 3 desta monografia.

### **2.6.10 APURAR DENÚNCIAS APRESENTADAS POR QUALQUER CIDADÃO, PARTIDO POLÍTICO, ASSOCIAÇÃO OU SINDICATO SOBRE IRREGULARIDADES OU ILEGALIDADES NA APLICAÇÃO DE RECURSOS FEDERAIS**

Quanto aos autos das denúncias e representações, previstas no art. 74, § 2º, da CRFB, esses, respectivamente, serão decorrentes de comunicações, perante o Tribunal, realizadas por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato, bem como por algumas autoridades, órgãos ou entidades, relativas às irregularidades ou ilegalidades praticadas na gestão dos recursos públicos federais.

Destacamos que, tal como previsto na legislação pertinente, as denúncias e representações para serem analisadas pelo Tribunal, deverão se referir à matéria relativa à competência do TCU e ao administrador ou responsável sujeito à sua jurisdição, escrito em linguagem clara e objetiva, e estar acompanhada de indícios de provas concernentes à irregularidade denunciada.

### **3 O PODER CAUTELAR DO TCU NO ÂMBITO DE SUA ATRIBUIÇÃO CORRETIVA**

Como vimos no Capítulo anterior deste trabalho acadêmico, entre as competências constitucionais outorgadas ao TCU, situa-se relevante a de fiscalizar atos e contratos celebrados pela administração pública.

Vimos que, em ocasiões em que o TCU identifica ilegalidades em atos ou contratos que estão em execução, o órgão de controle pode determinar prazo para a Administração tomar medidas no sentido do exato cumprimento da lei, ou seja, determinar que se proceda à anulação do ato ou contrato viciado.

Prevê a Constituição Brasileira que, caso não seja obedecida a determinação do tribunal, este órgão de controle externo pode sustar a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal.

Advertiu-se aqui que, no caso de contrato, o ato da anulação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará imediatamente ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

No entanto, se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de 90 dias, não tomarem essas medidas, a Constituição prevê que o Tribunal pode decidir a respeito.

Sabe-se que, nestes casos, o órgão de fiscalização tem a possibilidade de aplicar ao administrador pena pelo não cumprimento de determinação, através de seu poder sancionador, conferido pela Constituição Federal e pela Lei 8443/92 (LOTUCU).

É importante ressaltar que o acórdão do TCU que determina à Administração que anule o ato ou contrato se dá por meio de uma decisão de mérito que, tendo em vista a necessária observância aos princípios da ampla Defesa e do Contraditório, leva usualmente um lapso temporal relevante. Diante deste problema é que surge a importância de o Tribunal de Contas expedir medidas cautelares para garantir a utilidade da deliberação final a ser por ele tomada, de forma a impedir que eventual atraso na apreciação do mérito da questão suscitada culmine por comprometer o resultado definitivo da decisão do TCU.

O que vamos estudar nesta parte do trabalho é como o TCU regulamentou esse poder cautelar, analisando a natureza dessa medida, seus aspectos e requisitos e como se desenvolveu tal regulamentação, destacando que essa competência acautelatória por parte do TCU, ainda que não esteja prevista expressamente em sua Lei Orgânica, foi reconhecida pelo STF como veremos a seguir.

Com esse intuito, abordaremos inicialmente conceitos atinentes ao poder cautelar do Estado e a como o TCU desenvolveu seus normativos referentes à concessão de medidas cautelares, assim também como o STF se manifestou acerca do tema.

Faremos também um estudo acerca dos limites do poder cautelar do TCU em sua atribuição corretiva.

### **3.1 O PODER CAUTELAR DO ESTADO**

Para que a reintegração da legalidade possa ser eficaz e em tempo, seria necessário que o conhecimento e a execução forçada interviessem instantaneamente, de modo a trazer de volta a situação de fato tal como se apresentava no momento em que a atividade estatal foi demandada. No entanto, a rapidez do provimento estatal de mérito, na prática, não é possível porque o desenvolvimento das atividades indispensáveis para a declaração e a execução necessita de tempo (GRINOVER; DINAMARCO; CINTRA, 2004, p. 317).

Assim, há o perigo de que, ainda que os órgãos estatais operem, a situação de fato se altere de tal forma que se torne a medida ineficaz e ilusória. Ou seja, pode vir excessivamente tarde, quando o dano já seja irremediável.

Por essa razão, no âmbito do Poder Judiciário, acrescenta-se ao conhecimento e à execução, pelos quais a jurisdição cumpre o ciclo de suas principais funções, a atividade cautelar, que tem natureza auxiliar e subsidiária e que visa a assegurar o êxito das duas primeiras. Seu efeito é o provimento de cautela.

Tal atividade foi predefinida para evitar que o dano oriundo da inobservância do direito fosse potencializado pela inexorável demora da resposta jurisdicional (*periculum in mora*). O

provimento cautelar também é baseado na plausibilidade do direito substancial invocado por quem procura a segurança. Isso significa a possibilidade de existência do direito invocado pelo autor da ação cautelar (*fumus boni juris*). (GRINOVER; DINAMARCO; CINTRA, 2004, p. 317).

Assim, a garantia cautelar surge, como que posta ao serviço da posterior atividade jurisdicional, que deverá restabelecer, definitivamente, a observância do direito. É destinada não a fazer justiça, mas para dar tempo que a justiça seja feita. Os provimentos cautelares são, em princípio, provisórios. A medida definitiva que reconhecerá a existência do direito, que será satisfeito, ou sua inexistência, revogando-se a cautelar concedida, será dada a partir de sentença de mérito.

No âmbito dos processos judiciais, o procedimento que concede a medida cautelar, o conhecimento e a execução se fundem, em razão do objetivo da tutela antecipada, ou seja, sequer se distingue fase de conhecimento e fase de execução, uma vez que o procedimento é unitário e indivisível, deixando o conhecimento e execução unidos, sem solução de continuidade e sem possibilidade de separação.

Segundo Grinover, Dinamarco e Cintra (2004, p. 317):

A atividade do órgão jurisdicional, quando provê a tutela cautelar, não difere intrinsecamente das outras: há conhecimento, para decidir se as condições impostas pela lei para a concessão do provimento cautelar; e há execução para atuar a medida nos casos em que essa atividade posterior se faz necessária para alcançar o objetivo a que o processo possui.

Ou seja, podemos dizer que as medidas cautelares são procedimentos que buscam, de forma acessória e instrumental, a finalidade de impedir que, no contexto fático, possam ocorrer situações de risco marginal que tornem inviável o resultado útil que se poderia esperar da atuação definitiva do Estado. Tais medidas surgem como meio eficaz e pronto para assegurar a permanência ou a conservação da situação das pessoas, coisas e provas, já que sem o procedimento cautelar, a prestação jurisdicional ocorreria o risco de se transformar em providência inócua.

Segundo a precitada doutrina, são características do processo cautelar, as seguintes:

a) Autonomia - o processo cautelar não depende do processo principal. O processo cautelar tem sua individualidade própria, uma demanda, uma relação processual, um provimento final e um objeto próprio.

b) Instrumentalidade - a liminar cautelar não tem um fim em si mesma, pois só serve ao processo principal. Assim, o processo cautelar necessita do principal, pois o juiz pode não conceder a providência. O processo é um instrumento de jurisdição.

c) Urgência – a cautela só deve ser acionada se estiver presente uma situação de perigo ameaçando a pretensão.

d) Sumariedade da cognição – não há uma análise profunda e detalhada das matérias que podem ser alegadas.

e) Provisoriedade - tem duração temporal limitada, a medida cautelar não é definitiva, pois a cautelar pode ser concedida e, ao final do processo cautelar, revogada.

f) Revogabilidade - podem ser revogadas a qualquer momento.

g) Inexistência de coisa julgada material - a medida cautelar é provisional, não gera coisa julgada material.

h) Fungibilidade – consiste na possibilidade de o juiz conceder a liminar cautelar que lhe pareça mais adequada para proteger o direito da parte, ainda que não corresponda àquela medida que foi postulada.

i) Poder Geral de Cautela do Juiz – a parte pode solicitar qualquer providência que lhe assegure ou acautele, ainda que essa providência não tenha sido prevista.

j) Medida inicial *inaudita altera pars* – o juiz pode conceder medida cautelar, sem ouvir a outra parte, quando verificar que esta, quando citada, poderá se tornar ineficaz;

k) Contracautela – pode o juiz determinar que a parte preste caução no sentido de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer necessário para evitar que o pleito seja uma aventura jurídica.

Ressalte-se que nosso Novo Código de Processo Civil trata o tema aqui abordado em seu Livro “Da Tutela Provisória”, onde expressa que tal provimento fundamentar-se-á em urgência ou evidência (art.294) e que a primeira pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

Ao tratar da tutela de urgência, em seu art. 300, o NCPC reafirma a necessidade da probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Relevante também a possibilidade de a tutela de urgência ser concedida sem a oitiva prévia da parte (§ 2º do art. 300), bem como a preocupação de não se conceder a tutela de urgência antecipatória quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão (§ 2º do art. 300).

É importante ter em conta que esses fundamentos fazem parte da essência do direito processual. Ou seja, tanto na esfera judicial, como na administrativa, que é o caso de os processos instaurados no Tribunal de Contas, seu objetivo será sempre o de ser um instrumento para o exercício do poder do estatal. Sobre o assunto, vale a pena a reflexão de André Luiz

Pereira de Oliveira Passos na Monografia intitulada "Tutela de Urgência e Efetividade no Processo Administrativo Antitruste Brasileiro":

O direito processual, na medida em que instrumentaliza o exercício do poder estatal mediante suas funções é uno. É possível segundo Porta 2003 (p.51) concluir que “em todos os instrumentos jurídico-estatais é possível detectar a existência de um núcleo essencial comum à processualidade jurídico-estatal, cujo estudo pertence à teoria geral do processo, ou em grau mais abstrato à teoria geral do Direito”. A efetividade do processo por meio das tutelas de urgência tem se tornado um assunto que é inerente à teoria geral do processo e não mais restrito aos limites da processualidade jurisdicional cível. Na medida em que o processo está presente em todas as funções estatais, desde que respeitadas as garantias constitucionais, ele deve ser efetivo, ou seja, dar a melhor resposta possível ao cidadão. A situação deduzida deve ser tutelada de forma imediata a fim de acautelá-la do risco marginal de a solução deduzida em juízo venha a ser intempestiva ou inútil. **3º Prêmio SEAE/MF 2008**. Disponível em: <<http://www.esaf.fazenda.gov.br/assuntos/premios/premios-1/premios/viii-premio-seae-de-monografias-edicao-2013/monografias-2008/1-lugar-tema-1-estudantes..html>>. Acesso em: 10. mar.2016.

### **3.2 O RECONHECIMENTO PELO STF DO PODER CAUTELAR DO TCU**

Lembremos inicialmente que cabe ao TCU o exame da legalidade dos atos e contratos celebrados pela Administração Pública e que tal atribuição se relaciona com o poder de, em decisão de mérito, assinar prazo para o órgão ou entidade tomar medidas no sentido do exato cumprimento da lei, caso verificada irregularidades (CF, art. 71, IX).

Por outro lado, se os Tribunais de Contas têm legitimidade para determinar que os órgãos ou entidades da Administração devam tomar as medidas necessárias para exigir o cumprimento da lei, mais propriamente têm legitimidade para emitir medidas cautelares para evitar a ocorrência de lesão ao erário ou ao interesse público, bem como assegurar a eficácia das suas decisões.

Na verdade, o exercício do poder de cautela do Tribunal de Contas se destina a assegurar a própria utilidade da deliberação final a ser por ele tomada, de modo a evitar que qualquer atraso na apreciação do mérito da questão levantada culmine em prejudicar o resultado final da decisão a ser proferida.

O Supremo Tribunal Federal, quando julgou o Mandado de Segurança 24.510 / DF, entendeu que se o TCU é incumbido de zelar pela fiscalização e interesse público, pode sim prevenir lesões futuras.

De acordo com o STF, esse deve ser o entendimento do artigo 71 da Constituição Federal.

No seu voto no julgamento do citado Mandado de Segurança, Excelentíssimo Ministro Celso de Mello alertou:

[...]

Se os Tribunais de Contas têm legitimidade para determinar que os órgãos ou entidades da Administração em causa deve tomar as medidas necessárias para o exato cumprimento da lei, têm mais propriamente legitimidade para emitir medidas de precaução, como foi desafiado, a fim de evitar a ocorrência de lesão ao erário ou para a direita fora, bem como assegurar a eficácia das suas decisões.

[...]

Naquela oportunidade, a Suprema Corte reconheceu que o exercício do poder de cautela, pelo Tribunal de Contas, se destina a assegurar a correta utilidade da deliberação final a ser por ele tomadas para que se evite que qualquer atraso na apreciação do mérito da questão levantada culmine em afetar o resultado definitivo do exame em controvérsia.

O atual decano do STF expressou que o poder cautelar também compõe a esfera de atribuições institucionais do TCU, pois tem a vocação de fazer efetivo o exercício das múltiplas e relevantes competências que lhe foram diretamente outorgadas pela Constituição Federal.

O STF deu luz ao entendimento de que a atribuição de poderes explícitos ao TCU, a exemplo dos enunciados no art. 71 da CRFB, supõe que se reconheça, ainda que de forma implícita, a titularidade de meios destinados a viabilizar a adoção de medidas cautelares no sentido de conferir real efetividade às suas deliberações finais, de forma a permitir que se neutralizem situações de lesividade atual ou iminente ao erário.

Para o Ministro Celso de Melo, o ponto que legitima esse entendimento está bem definido na doutrina sobre os poderes implícitos construída pela Suprema Corte americana no celebre caso *McCulloch V. Maryland* (1819), a partir do qual se entendeu que “a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em aprovação implícita a esse mesmo órgão dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe haviam sido atribuídos” (STF, MS 24.510-DF).

Assentada tal premissa, destacando-se o binômio utilidade e necessidade, é importante reconhecer, em função do modelo de fiscalização financeira e orçamentária exercida pela Corte de Contas que a competência cautelar se apresenta como instrumento processual necessário e absolutamente compatível com o sistema de controle externo.

Outro ponto relevante sobre a possibilidade de o TCU adotar medidas cautelares foi matéria de discussão nos autos do MS 20.882-DF, em que se discutiu a adoção de cautelares sem a oitiva prévia da parte (*inaudita altera pars*). Naquela oportunidade, o STF entendeu processualmente lícito ao Tribunal de Contas conceder provimentos cautelares sem ouvir

preliminarmente o responsável, não havendo que se cogitar ofensa à garantia constitucional do contraditório.

Importa ressaltar que não se pode ignorar a importância do provimento cautelar em busca da efetividade do julgamento final. Tal visão, ainda que amplamente adotada nos processos judiciais, se mostra perfeitamente aplicável aos procedimentos administrativos, especialmente aqueles instaurados no âmbito do Tribunal de Contas, considerando para esse efeito as diretrizes da teoria geral do processo.

### **3.3 SUSPENSÃO DE ATO OU CONTRATO ADMINISTRATIVO EM EXECUÇÃO PELO TCU**

#### **3.3.1 O MARCO LEGAL E NORMATIVO**

Como vimos no capítulo anterior, a CRFB, ao tratar da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União, concedeu, em seu art. 71, ao TCU, no tocante à fiscalização de atos e contratos, as seguintes competências:

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;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

§ 1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, 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.

Ao tratar do tema, a Lei Orgânica do TCU, em seu art. 45, praticamente repete o que descreve a Constituição, acrescentando, no entanto, a possibilidade de aplicação de multa ao responsável que não cumprir a determinação do ato ou contrato ilegal, conforme transcritos abaixo:

Art. 45. 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.

§ 1º No caso de ato administrativo, o Tribunal, se não atendido:

I - sustará a execução do ato impugnado;

II - comunicará a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

III - aplicará ao responsável a multa prevista no inciso II do art. 58 desta Lei.

No uso de seu poder normativo, o TCU regulamentou seu poder cautelar conferido implicitamente por nosso ordenamento, inicialmente através do seguinte preceito regimental ora revogado (negrito nosso):

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.

Em seguida, tendo em vista crescente demanda de representações de empresas licitantes que, inconformadas com o ato ou o procedimento que reputa irregular, buscavam, com base na previsão de tutela de “direito alheio” prevista acima, o TCU inclinou-se no sentido de uma interpretação mais restrita de sua atuação, suprimindo, a partir da Resolução TCU 246/2011, o termo “direito alheio” apondo em seu lugar a expressão “interesse público”:

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, ao **interesse público**, 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.

Trataremos no capítulo seguinte acerca da melhor forma de interpretar a expressão “interesse público” contida no art. 276 do RITCU. Refletiremos sobre como o TCU tem utilizado a expressão para, com o argumento de não tutelar interesse privado, não conhecer de representações de empresas licitantes. Antes, porém, abordaremos os requisitos da concessão das cautelares.

É de se relevar que o TCU, ao conceder medida cautelar de suspensão de atos e contratos, deve cumprir a obrigação constitucional que se impõe a todos os órgãos do Estado de fundamentar sua deliberação com a exposição dos fundamentos de fato e de direito subjacentes ao ato decisório.

Importante recordar, neste ponto, que a aprovação da medida inicial decorrente do concreto exercício do poder cautelar outorgado aos juízes e tribunais, somente se justifica diante de ocasiões em que apareçam pressupostos da existência da plausibilidade jurídica (*fumus boni juris*) e da possibilidade de lesão irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*).

Sem que estejam presentes esses dois requisitos essenciais e cumulativos, não se legitima a concessão da cautelar.

### 3.3.2 REQUISITOS DO *FUMUS BONI IURIS* E *PERICULUM IN MORA* NAS MEDIDAS CAUTELARES EXPEDIDAS PELO TCU

A medida cautelar parte de dois requisitos, tradicionalmente designados pela doutrina por expressões latinas: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. A expressão *fumus boni iuris* significa aparência do bom direito e é correlacionada às expressões cognição sumária, não esgotada, incompleta ou superficial. (WAMBIER, ALMEIDA Y TALAMINI, 2000, p. 29-30).

Quem decide com base no *fumus boni iuris* não tem conhecimento pleno e total dos fatos e, portanto, ainda não está seguro sobre qual seja o direito aplicável. Por isso, ao adotar a medida cautelar, o juiz não está decidindo acerca do direito da parte. O exercício que deve fazer o juiz quando se depara com um pedido de cautelar é analisar se, caso a pessoa que pede a cautelar tenha o direito que alega ter (o que é provável), há o risco de que o processo principal não seja eficaz, caso não seja concedida a medida.

Ou seja, entender que há *fumus boni iuris* não é reconhecimento do direito que vai ser decidido em futura decisão de mérito, senão a garantia da tutela da eficácia do processo.

A finalidade da cautelar é a do processo, nunca do direito material. Se o processo é o método, a técnica, o instrumento de que se utiliza o Estado para solucionar os conflitos, é compreensível que o mesmo Estado se preocupe em assegurar a parte (que no caso do TCU, uma delas é o próprio Estado) o direito ao processo como exigência dos tempos atuais. (TEIXEIRA FILHO, 1996, p. 34-36)

Por sua vez, o risco de que a decisão de mérito não seja eficaz é o que se chama *periculum in mora*. A expressão significa que a medida é concedida quando está sendo pedida, ou, depois, de nada mais adiantará sua concessão. O risco do atraso é o risco de ineficácia. (WAMBIER, ALMEIDA Y TALAMINI, 2000, p. 34-35).

Ou seja, o *periculum in mora* designa uma situação de fato, caracterizada pela iminência de um dano, diante do atraso de uma providência que o impeça.

Os dois requisitos estão previstos no RITCU (art. 276) na expressão que grifamos abaixo:

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, ao interesse público, 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.

### 3.3.3 O PERICULUM IN MORA REVERSO

Como vimos, o perigo da demora é pré-requisito autorizador para a concessão de cautelar de suspensão de ato ou contrato pelo TCU juntamente com o *fumus boni iuris*, cuja previsão regimental se encontra no artigo 276º do RITCU.

A prova da situação de fato para a concessão da cautelar é aquela do direito líquido e certo, ou seja, aquela que não admite margem de dúvidas no exame preliminar.

No entanto, é importante ter em conta que, da medida cautelar expedida poderá surgir o *periculum in mora* reverso, caso haja dano irreparável à parte contrária, ou seja, quando o dano resultante da concessão da medida seja superior ao que se deseja evitar.

Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior é categórico:

[...]

a parte deverá demonstrar fundado temor de que, enquanto aguarda a tutela venham a faltar as circunstâncias de fato favoráveis à própria tutela. E isso pode ocorrer quando haja risco de perecimento, destruição, desvio, deterioração ou de qualquer mudança das pessoas, bens, ou provas necessárias para a perfeita e eficaz atuação do provimento final do processo principal [...] (THEODORO JÚNIOR, 1989, p 77).

O *periculum in mora* reverso possui previsão no artigo 300, § 2º do Novo Código de Processo Civil: “A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão”.

Assim, entre os requisitos expressamente exigidos para a concessão da medida cautelar, se encontra também a possibilidade de reversão da medida.

Em outras palavras, a adoção da medida cautelar pelo TCU, que poderá ser total ou parcial em relação ao pedido formulado por cidadão, empresa ou por equipe de fiscalização do próprio tribunal, dependerá da possibilidade de reverter a medida antecipada, caso a decisão de mérito futura venha a ser contrária à pretensão da parte que requereu a medida.

A denegação da medida cautelar é sempre obrigatória quando irreversíveis os efeitos da aprovação ou quando os efeitos sejam nefastos para quem sofre a medida. Isto significa que não será possível restabelecer o *status quo ante*, caso a decisão antecipada seja reformada.

## 4 O TEMA DO INTERESSE PÚBLICO NA ATUAÇÃO CAUTELAR DO TCU

Como vimos, o artigo 276 do RITCU prevê que o Plenário, o relator, ou, em algumas hipóteses, o Presidente do TCU, em casos urgência, de fundado receio de grave lesão ao erário, ao **interesse público**, ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, poderá, de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar, determinando, entre outras providências, a suspensão do ato ou do procedimento, até que o Tribunal decida sobre o mérito da questão suscitada.

Observou-se, também, que são pré-requisitos, para tal adoção, a existência do *fumus boni juris* e do *periculum in mora* presentes textualmente no preceito acima, não devendo a Corte de Contas adotar a medida no caso em que o dano dela resultante for superior ao que se deseja evitar (*periculum in mora reverso*).

No entanto, é importante refletir sobre como a expressão “interesse público” prevista no art. 276 do RITCU vem sendo interpretada pela Corte de Contas. Sabe-se que o TCU vem experimentando crescente demanda de representações de empresas licitantes que, com base na previsão contida na Lei 8666/1993, inconformados com o ato ou o procedimento que reputa irregular, pedem o provimento da medida cautelar prevista no art. 276 do Regimento Interno do TCU, apenas com a finalidade de ter seu direito tutelado pelo órgão fiscalizador.

Tal situação ocorre, por exemplo, nos casos em que haja inabilitação indevida de empresa em determinado procedimento licitatório por questões meramente formais e se está na iminência de se contratar outra empresa que propôs preço quase idêntico ao sugerido pela empresa preterida. Ou seja, situação que não haja um risco iminente ao erário.

A busca ao TCU por parte dessas empresas se justifica em razão de, em regra, os processos que tramitam na Corte de Contas, em que pese obedecerem a todos as exigências inerentes aos princípios do contraditório e da ampla defesa, seguem rito mais célere que os inerentes aos processos judiciais.

Ademais, a empresa representante não arca com custas judiciais, tampouco há no âmbito do Tribunal de Contas a figura do ônus de sucumbência. Além disso, o princípio do formalismo moderado inerente aos processos de natureza administrativa, bem como desnecessidade de representação por advogado (*jus postulandi*) são regra nos processos de Controle Externo.

O Tribunal, atento a essa situação, vem repetidamente prolatando acórdãos no sentido de não conhecer das representações em que tal situação esteja evidente, com a justificativa que não lhe caberia a proteção ao interesse privado.

A seguir, a partir dos ensinamentos doutrinários administrativistas, abordaremos o interesse público na atuação cautelar do TCU. Defenderemos a hipótese de indeclinabilidade da tutela do interesse público primário pelo TCU. Em seguida refletiremos sobre a importância dessa atuação cautelar do TCU como instrumento de combate a corrupção, expectativa de controle, além de fomento ao controle social.

## 4.1 INDECLINÁVEL TUTELA PELO TCU DO INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO

Com fito de contextualizar como o TCU vem repetidamente entendendo que não deve conhecer de representações em que não esteja evidente o “interesse público”, com a justificativa que não lhe caberia a proteção ao interesse privado como, vejamos dois excertos de votos neste sentido:

### Acórdão 597/2016 - Plenário

[...]

5. Ocorre que tanto a competência constitucional de controle externo conferida ao Tribunal pelo Poder Constituinte Originário (art. 71 da CF) quanto à competência legal (Lei 8.443/92 e Lei 8.666/93, art. 113, § 1º) estão direcionadas à tutela do interesse público, e não à proteção de interesses particulares dissociados do interesse público. Se assim não fosse, pouca ou nenhuma diferença haveria entre os Tribunais de Contas e os Tribunais Judiciários.

6. Em relação a isso, **cabe ressaltar a alteração recente do art. 276 do Regimento Interno do TCU, disciplinador das medidas cautelares, pela qual se substituiu a expressão direito alheio por interesse público, como forma de explicitar que o TCU não se constitui em foro adequado para a tutela de interesses de terceiros, isto é, interesses meramente privados.**

[...]

9. É inegável que a representante busca satisfazer interesse próprio por intermédio de sua representação. Ao proceder conforme o desígnio da representante, estaria o TCU invadindo seara jurídica privada, o que não seria medida razoável tampouco adequada.

10. De mais a mais, a norma em foco (art. 113 da Lei 8.666/93) não tem a pretensão de transformar o Tribunal de Contas em instância revisional de apenações aplicadas a licitantes em procedimentos administrativos de que decidam participar.

11. Diante desse contexto, a eventual correção ou incorreção da medida punitiva adotada pelo TRT da 24ª Região deve ser tratada pelo Poder Judiciário, a quem cabe tutelar interesses privados e/ou públicos, conforme o caso.

### Acórdão 2.082/2014-2ª Câmara

23. Ocorre que, em muitos casos, esse aspecto – risco de lesão ao interesse público grave o suficiente para mobilizar este Tribunal – não tem sido objeto de análise nas instruções das unidades técnicas.

24. Temo, em função disso, que preciosos esforços estejam sendo despendidos pelas secretarias desta Corte no aprofundamento de análises que se mostram inócuas por tratar de matéria que refoge às competências do Tribunal.

25. A própria Segecex já externou sua preocupação com esse cenário quando da edição do memorando circular 25-Segecex, de 12/6/2013, no qual menciona estudos que sinalizam que as representações formuladas com base no § 1º do art. 113 da Lei 8.666/1993 alcançaram cerca de 20% do total de autuações de processos de controle externo de 2012.

26. Essa comunicação da Segecex a suas unidades subordinadas apresentou a seguinte orientação, ao final:

‘Considerando-se, então, o elevado número de processos e os riscos da utilização do TCU, por parte de licitantes, para defesa de seus interesses particulares, faz-se imperativo que as propostas de concessão de cautelares sejam precedidas de criteriosa avaliação quanto aos requisitos exigíveis para sua concessão (condições estabelecidas no art. 276 do Regimento Interno do TCU, existência do *fumus boni iuris* e do

periculum in mora e inexistência do periculum in mora reverso), sendo necessária, para tanto, a avaliação das seguintes circunstâncias, além de outras particularidades inerentes a cada caso concreto:

a) existência de interesse público;

b) existência de restrição à competitividade do certame (se possível, à luz do efetivo número de participantes, se esse já for conhecido) ou a outro princípio de envergadura constitucional;

c) inegável dano à lisura do procedimento licitatório e à economicidade da contratação.’ (grifos acrescidos)

27. Creio ser oportuno, portanto, determinar àquela secretaria-geral que divulgue nova orientação às suas unidades, de modo a reiterar os termos do aludido memorando circular e propiciar orientação detalhada e exemplificada quanto à análise da afronta ao interesse público. Essa análise deve deixar explícita a potencial grave lesão ao erário, sempre que existir, devidamente quantificada ou estimada, quando possível, bem como confrontar as consequências da atuação ou não do TCU em cada caso.

Em que pese os argumentos acima transcritos, partimos da hipótese de que, uma vez presentes os requisitos de admissibilidade de competência do tribunal, deve o TCU, também nestes casos, atuar na defesa do ordenamento jurídico (e, conseqüentemente, na defesa da empresa preterida), que nada mais é que a expressão do interesse público primário.

É importante trazer, sobre o tema, os ensinamentos de Bandeira de Melo que alerta para o entendimento equivocado sobre o alcance do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado na esfera administrativa. O professor alerta que as prerrogativas de tal supremacia não são manejáveis a gosto da Administração, uma vez que ela jamais dispõe de poderes “*sic et simpliciter*”. O que a Administração dispõe é de Poderes-deveres, isso “porque a atividade administrativa é desempenho de função”. (2005, p. 86).

Segundo o jurista, tem-se função quando alguém está incumbido do dever de buscar, no interesse do outro, a atenção de certa finalidade. Para exercer tal dever, o sujeito de função necessita manejar poderes, sem os quais não teria como atender à finalidade que deve buscar para a satisfação do interesse de terceiros. Ditos poderes são dados, única e exclusivamente, para propiciar o cumprimento do dever a que estão unguídos; ou seja, são conferidos como meios irrenunciáveis para o cumprimento da finalidade.

Destaque-se que tais poderes são instrumentais: o dever de bem cumprir a finalidade a que estão indissolúvelmente atrelados. Segundo Bandeira de Mello, aquele que desempenha essa função tem, na realidade, deveres-poderes. Não poderes, simplesmente. (Id, p. 87).

Devemos verificar que a tônica reside na ideia de dever, não na de poder. Daí a conveniência de ressaltar os termos deste binômio para melhor compreender a sua fisionomia e exibir com clareza que o poder se subordina ao cumprimento, no interesse de terceiros, de uma determinada finalidade.

Nesse sentido, entende-se que a Administração Pública, uma vez estando adstrita ao cumprimento de certas finalidades, deve, obrigatoriamente, objetivá-las a fim de atender ao interesse da coletividade.

É em nome do interesse público (o do corpo social) que tem de atuar, fazendo-o em conformidade com a intenção da lei. Portanto, a Administração Pública exerce função, instituto que se traduz na ideia de indeclinável vínculo a um fim preestabelecido e que deve ser atendido para o benefício da coletividade. De acordo com dito administrativista, surge como situação oposta a da autonomia da vontade, típica do Direito Privado. A regra, no âmbito do Direito Privado, alguém busca, em proveito próprio, os interesses que lhe apeteçam, o fazendo, assim, com plena liberdade, sempre e quando não viole alguma lei.

Brilhante a seguinte dedução de Bandeira de Melo:

Onde há função, pelo contrário, não há autonomia da vontade, tampouco liberdade em que se expressa, nem autodeterminação da finalidade a ser buscada, nem a busca de interesses próprios, pessoais. Há adstrição a uma finalidade previamente estabelecida, e, no caso de função pública, há submissão da vontade ao objetivo pré-traçado na Constituição ou na Lei e há o dever de bem cuidar do interesse alheio, que, no caso, é o interesse público, vale dizer, o da coletividade e não o da entidade governamental em si mesma considerada. Ademais, exatamente porque são discerníveis o interesse público e o interesse das pessoas estatais (às vezes coincidentes, às vezes antagônicos). (Id, p.87).

Bandeira de Melo faz perfeita reflexão sobre a distinção entre interesse público propriamente dito (também chamado de interesse primário) e interesse público secundário. Para o professor, o interesse público primário é o pertencente à sociedade como todo e só ele pode ser validamente objetivado, pois é o interesse que a lei consagra, entregando atribuições instrumentais ao Estado como representante do corpo social. Por sua vez, o interesse público secundário é o que interessa tão-somente e diretamente ao aparato estatal enquanto entidade personalizada. (Id, p. 88).

Dessa forma, por exercerem função, os sujeitos da Administração Pública têm que buscar atender ao interesse de terceiros, qual seja, o da coletividade, e não o interesse próprio, e muito menos o dos agentes do Estado. Já que na ideia de função, o dever é que é predominante, uma vez que o poder a ele ligado cumpre papel instrumental.

Assim, nas situações concretas, os poderes devem ser compreendidos, reconhecidos e dimensionados, tomando-se, por dimensão máxima, o *quantum* indispensável para a satisfação do objetivo em vista do qual haviam sido instituídos.

Em suma: os poderes administrativos, que são na realidade, deveres-poderes, só existirão e, portanto, só poderão ser validamente exercidos, na extensão e intensidade proporcionais ao que seja irrecusavelmente requerido para atender ao objetivo legal a que estão vinculados. Todo excesso em qualquer sentido, é a exacerbação de sua configuração jurídica. E, ao final, extrapolação da atribuição do órgão.

Com base neste cristalino ensinamento de Bandeira de Melo, podemos afirmar que a atuação cautelar do TCU, em casos que aparentemente só há interesse da empresa preterida, é dever irrenunciável do órgão de controle externo, posto que o que está em jogo é a defesa da finalidade da lei que, para o caso, é a ideia de garantir licitações públicas que atendam a tal finalidade, que, em última análise, atenderão ao verdadeiro interesse público, o interesse público primário.

No entanto, é interesse público também que a Administração Pública contrate de forma célere, sem contratempos, para poder fornecer os serviços de suas atribuições aos cidadãos. Assim, cautelares em que não se esteja em discussão uma preocupação relevante com grave lesão ao erário público poderá implicar a ineficiência na gestão pública.

Repetidas atuações cautelares no sentido de proteger, apesar de não somente, mas, sobretudo, o direito de uma empresa contratante, tendo em conta sua natureza sumária, pode se tornar terreno fértil para empresários aventureiros que queiram utilizar o recurso das cautelares, movidos somente pelo intuito de prejudicar os procedimentos de contratação pública e perseguir seus concorrentes, em prejuízo da concorrência.

Entretanto, a solução para tal problema não deve ser a de simplesmente negar à empresa o direito de recorrer ao TCU para ter seu direito respeitado. É importante refletir e aprofundar estudos sobre se a melhor forma de evitar tais abusos seria através uma análise rigorosa da presença de *periculum in mora* reverso.

Ou seja, embora se reconheça que o TCU também deva tutelar os direitos de terceiros cuja adoção de cautelar não implique em proteção relevante ao erário, dever-se-ia, em casos que aparentemente só haja interesse da empresa preterida em licitação pública, antes de conceder a cautelar, sopesar, mais robustamente, se o dano resultante da concessão da medida é maior que o dano que se deseja evitar, o que inclui principalmente a atenção ao princípio da continuidade do serviço público. Tal reflexão pode ser matéria para aprofundamento em próximos trabalhos acadêmicos.

Como reflexão final, importa cogitar sobre como a ação cautelar do TCU, em atos e contratos administrativos, está em consonância com o desejo da sociedade brasileira e com as tendências de busca ao combate à corrupção liderado pela comunidade internacional.

É importante refletir acerca das vantagens do poder cautelar do TCU para a nação brasileira, desde o ponto de vista de sua compatibilidade com o desenvolvimento econômico e social do Brasil como um Estado Democrático de Direito.

Ressalte-se que a atuação célere dos órgãos públicos, no sentido de dar respostas aos desejos da sociedade é condição indispensável a um Estado Social e Democrático de Direito.

Nesse sentido, Ortega (2004, p. 124) defende que:

[...]

las empresas licitadoras participarán más confiadas en los procesos selectivos si creen realmente que el procedimiento es objetivo y por tanto se rebaja el riesgo de corrupción, sabiendo que la respuesta judicial caso de producirse una ruptura de la objetividad, será rápida y eficaz.

[...]

Tendo em conta a necessidade de crescimento econômico e consequentes investimentos em infraestrutura, bem como o desejo que nutre o Brasil em migrar para o clube dos países desenvolvidos, temos que cada vez mais valorizar as instituições democráticas.

Vivemos em um contexto de globalização econômica em que se espera segurança jurídica nos países membros da comunidade internacional. É sabido que o fenômeno da corrupção tem efeitos perversos nos sistemas democráticos. A corrupção sistêmica promove a perda da confiança cidadã no Estado e em suas instituições. Tal fenômeno, embora seja frequente em todo tipo de país, se apresenta especialmente prejudicial no contexto dos países menos desenvolvidos. Vários estudos empíricos demonstram que, também desde um ponto de vista econômico, a corrupção atua negativamente no crescimento e no desenvolvimento, afetando, por conseguinte, o bem-estar social.

É importante ressaltar que, no final do século XX, a comunidade internacional percebeu que esse fenômeno merecia uma atenção especial. Acontecimentos como a queda do muro de Berlim, o fim da Guerra Fria, o começo, para muitos países em transição, de uma mudança para economia de mercado e o aumento das transações internacionais, assim como as distorções ineficientes que atos de corrupção impõem aos mercados, levaram a uma certa homogeneização dos critérios de rejeição da corrupção no contexto internacional (PATINO, 2004, p. 19-35).

Assim, tais circunstâncias fizeram emergir consenso da comunidade internacional na urgência para ações concretas, a fim de combater eficazmente a corrupção. As organizações internacionais estão demonstrando um esforço de colaboração no sentido de promover a cooperação global para impedir práticas de corrupção no âmbito nacional e transnacional, tanto nos países em desenvolvimento como nos países desenvolvidos.

Dentro deste contexto, os esforços têm sido direcionados no sentido de haver uma cooperação internacional que abarque incentivos à investigação e repressão de delitos de corrupção.

Portanto, importa concluir que faz parte desse multicitado interesse público primário o alinhamento da Corte de Contas brasileira com a constante e atuante participação do Brasil nas principais ações internacionais de combate à corrupção.

O que percebemos é que a atuação cautelar do TCU não só vem ao encontro dos desejos por uma administração mais eficiente, desde o ponto de vista da economicidade, mas também que tal atuação está coadunada com a proteção dos direitos subjetivos das pessoas físicas ou jurídicas que mantêm relações jurídicas com a Administração Pública e, conseqüentemente, com os princípios democráticos.

Assim, no contexto das atribuições do TCU, como um órgão a serviço da boa e correta aplicação dos recursos públicos, se apresenta necessária a mão forte de controle no sentido de fazer valer seu mais importante objetivo, qual seja o de garantir que o dinheiro público seja empregado a serviço do bem-estar social e ao desenvolvimento do país.

## CONCLUSÃO

A Constituição brasileira outorgou o controle externo da administração pública para o Legislativo. Dito controle consiste na fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, eficiência, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, abarcando tais fiscalizações qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada que administre recursos públicos.

Dispõe nossa lei maior que o controle externo será exercido com o auxílio dos tribunais de contas, para as quais foram previstas diversas competências que vão desde o julgamento das contas dos administradores públicos até a fiscalização de atos e contratos envolvendo esses administradores, entre outras.

No que diz respeito à atribuição de fiscalização de atos e contratos celebrados pela Administração Pública, a Corte de Contas brasileira, nas ocasiões em que encontre ilegalidades em atos ou contratos em execução, poderá definir prazo para que a Administração adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, no sentido de que se anule o ato ou contrato entendido como ilegal.

Considerando que a decisão pelo TCU de determinar à Administração que anule um ato ou contrato se dá através de uma decisão de mérito que, em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, leva comumente um lapso temporal relevante, o Tribunal lança mão de medidas cautelares de suspensão de atos ou contratos, destinados a garantir a utilidade da deliberação final a ser por ele tomada, de forma a impedir que o eventual atraso na apreciação do mérito da questão suscitada culmine por comprometer o resultado definitivo da decisão do TCU.

Não obstante, o órgão de controle vem experimentando uma crescente demanda de representações de empresas licitantes que, inconformadas com o ato ou o procedimento que reputa irregular, pedem o provimento da medida cautelar prevista no art. 276 do Regimento Interno do TCU, em caráter antecedente e fundado em urgência, com base em previsão constante na lei de licitações e contratos (art. 113 da Lei 8666/1993).

Esse movimento crescente de representações dessa natureza se justifica em razão de, em regra, os processos que tramitam no Tribunal de Contas, em que pese obedecerem a todos as exigências inerentes aos princípios do contraditório e da ampla defesa, seguem rito mais célere que os previstos para prestação jurisdicional.

Ademais, a empresa representante não arca com custas judiciais, tampouco há no âmbito do Tribunal de Contas a figura do ônus de sucumbência. Some-se a esses aspectos, o princípio do formalismo moderado inerente aos processos de natureza administrativa, bem como desnecessidade de representação por advogado (*jus postulandi*) e a inexistência de sanções quando da litigância de má-fé.

Esse quadro vem assoberbando o TCU de processos dessa natureza de forma a possibilitar o prejuízo de suas demais funções constitucionais, o que vem levando a Corte de Contas a entender que só deve atuar em processos de representação de iniciativa de empresas quando esteja categoricamente comprovada a presença do interesse público, não conhecendo de representações em que aparentemente o que se busque seja a tutela de direitos de particulares, ainda que preteridos em razão de supostas irregularidades praticadas por administradores públicos.

Ressalte-se que, ao adotar medidas cautelares, o TCU deve observar a presença dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

A expressão *fumus boni iuris* significa aparência do bom direito. Ao dizer com base no *fumus*, o relator ou o TCU não tem conhecimento pleno e total dos fatos e, portanto, ainda não está seguro sobre qual seja o direito aplicável.

Por isso, ao adotar a medida cautelar, o Tribunal não está decidindo acerca do direito da parte, mas está reconhecendo que, caso exista o direito que se alega possuir, há o risco de que o processo principal não seja eficaz, caso não seja concedida a medida.

Por sua vez, o risco de que a decisão de mérito não seja eficaz é o que se chama de *periculum in mora*, o qual designa uma situação de fato caracterizada pela iminência de um dano, diante do atraso de uma providência que o impeça.

Além desses requisitos, o TCU, antes de optar por uma medida cautelar, deve observar se há *periculum in mora* reverso. Ou seja, o TCU deve estar ciente de que não deve adotar a medida se o dano dela resultante seja superior ao que se deseja evitar.

Reforçando: a adoção da medida cautelar pelo TCU dependerá da possibilidade de reverter à medida antecipada, caso a decisão futura de mérito venha a ser contrária à pretensão da parte que requereu a medida.

A denegação da medida cautelar é sempre obrigatória quando forem irreversíveis os efeitos da aprovação ou quando os efeitos sejam nefastos para a Administração ou para quem sofrer a medida.

Tal orientação se apresenta de suma importância, especialmente quando se questiona se cabe ao TCU adotar medidas cautelares quando fique evidente que está em risco o direito alheio,

mas não haja perigo direto aos fundos públicos ou desenvolvimento das funções da Administração.

Nesses casos, uma vez que apresentam os requisitos da concessão, deve o TCU, também atuar cautelarmente em defesa de pessoa física ou jurídica, que nada mais é que a expressão do interesse público primário.

Isso porque a Administração Pública está, por lei, adstrita ao cumprimento de certas finalidades, sendo-lhe obrigatório objetivá-las para colimar interesse da coletividade.

O TCU exerce função, instituto que se traduz na ideia de indeclinável vínculo a um fim preestabelecido e que deve ser atendido para o benefício de terceiros, situação oposta à da autonomia da vontade, típica do Direito Privado, onde a regra é que alguém busque, em proveito próprio, os interesses que lhe apeteçam, fazendo-o, pois, com plena liberdade, sempre e quando não viole alguma lei.

Portanto, o TCU deve atuar cautelarmente também, nos casos em que, aparentemente, só haja interesse de empresa, posto que é dever irrenunciável do órgão de controle externo, uma vez que estará em consonância com a finalidade da lei e do interesse público primário.

No entanto, surge a preocupação de que repetidas atuações cautelares no sentido de proteger somente o direito de uma empresa de licitante, tendo em conta seu caráter sumário, pode se tornar em campo fértil para ações de má fé por parte de particulares.

A solução para tal problema deve ser encontrada através de um rigoroso exame da presença do *periculum in mora* reverso. Ou seja, embora se reconheça que o TCU deva também tutelar direitos de terceiros, cuja adoção de cautelar não implique em proteção relevante ao erário, deve o Tribunal, em casos que aparentemente só haja interesse de empresa preterida em licitação pública, antes de conceder a cautelar, sopesar, mais detalhadamente, se o dano resultante da concessão da medida é superior ao que se deseja evitar, o que inclui, principalmente, a atenção ao princípio da continuidade do serviço público.

Um estudo aprofundado sobre os valores economizados pela União, a partir da ação cautelar do TCU, pode levar a conclusão de que a atuação cautelar nos atos e contratos administrativos está em consonância com o desejo da sociedade brasileira e com as tendências de busca ao combate à corrupção capitaneada pela comunidade internacional.

A atuação célere dos órgãos públicos no sentido de dar respostas aos desejos da sociedade é condição indispensável a um Estado Social e Democrático de Direito.

O Brasil necessita de substancial investimento em infraestrutura para alcançar o desejável crescimento econômico de forma a ingressar no grupo dos países desenvolvidos. Portanto, deve haver a valorizar as suas instituições, principalmente considerando que vivemos

em um contexto de globalização econômica em que se espera a segurança jurídica nos países membros da comunidade internacional, bem como esforços no sentido de se combater a corrupção.

A corrupção sistêmica promove a perda de confiança cidadã no Estado e em suas instituições. Tal fenômeno, embora seja frequente em todo tipo de país, se apresenta especialmente prejudicial no contexto dos países menos desenvolvidos. Vários estudos empíricos demonstram que, também desde um ponto de vista econômico, a corrupção atua negativamente no crescimento e no desenvolvimento, afetando, por conseguinte, o bem-estar social.

Entendemos que este trabalho contribui para a compreensão de que a atuação cautelar do TCU vem ao encontro do desejo por uma administração mais eficiente, do ponto de vista da economicidade, bem como reforça o reconhecimento de que dita ação se coaduna com a proteção dos direitos subjetivos de pessoas físicas e jurídicas que mantêm relações jurídicas com a Administração Pública e, conseqüentemente, com os princípios democráticos.

No entanto, reconhecemos a importância de pesquisas futuras sobre o tema, principalmente no que diz respeito a um estudo mais detalhado das demandas externas de empresas e cidadãos diante do TCU. Entendemos que a pesquisa de campo que explore com mais profundidade as expectativas dos cidadãos e empresários confrontando-as com dados concretos de julgamentos cautelares do Tribunal, inclusive com o acompanhamento da procedência da decisão de mérito, seria de grande valor científico.

Por outro lado, seria igualmente importante a pesquisa que cotejasse as retenções cautelares de valores contratuais em obras públicas com o deslinde da questão. Tal pesquisa demanda tempo compatível com estudos de pós-graduação, principalmente porque entre a expedição de uma medida cautelar e sua decisão de mérito costuma passar um bom espaço de tempo. Tal aprofundamento trará ricas soluções sobre o tema deste trabalho, de forma a confirmar e reforçar as conclusões aqui expostas.

## **BIBLIOGRAFIA (Referências e Sites Consultados)**

### **Referências**

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 20<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Prêmio Serzedello Corrêa 1998: Monografias Vencedoras/Tribunal de Contas da União. Brasília: TCU, Instituto Serzedello Corrêa, 1999.

\_\_\_\_\_. Manual de Auditoria de Desempenho. Brasília: Tribunal de Contas da União, 1998.

\_\_\_\_\_. Regimento Interno do Tribunal de Contas da União. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2002.

\_\_\_\_\_. Lei 8.443, de 16 de julho de 1992. Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 jul. 1992.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Coisa Julgada – Aplicabilidade das Decisões do Tribunal de Contas da União**. Revista do TCU, v. 27, 1996.

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

ORTEGA, Rivero Ortega, **Corrupción y Contratos Públicos: Las respuestas europea y latinoamericana**. Salamanca: Ratio Legis, 2004.

PASSOS, André Luiz Pereira de Oliveira, **Tutela de Urgência e Efetividade no Processo Administrativo Antitruste Brasileiro**, 3<sup>o</sup> Prêmio SEAE/MF 2008, Monografias em Defesa da Concorrência e Regulação Econômica. Disponível em: <<http://www.esaf.fazenda.gov.br/assuntos/premios/premios-1/premios/viii-premio-seae-de-monografias-edicao-2013/monografias-2008/1-lugar-tema-1-estudantes.html>> Acessada em 10.mar.2016.

PATINO, María Vitoria Muriel, **Aproximación macroeconómica al fenómeno de la corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar**. Salamanca: Ratio Legis, 2004;

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 154, Diário de Justiça de 11 de out. 1991.

\_\_\_\_\_. Mandado de segurança 23.550, Brasília, Diário da Justiça de 31 out. 2001.

\_\_\_\_\_. Mandado de segurança 24.510, Brasília, Diário da Justiça de 27 nov. 2003

\_\_\_\_\_. Mandado de segurança 24.268, Brasília, Diário da Justiça de 17 set. 2004.

TEIXEIRA FILHO, Manuel Antônio, **As Ações Cautelares no Processo do Trabalho**, 4ª ed. São Paulo: Editora LTR, 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**, 11ª Ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1989.

TORRES, Ricardo Lobo, **O orçamento na Constituição**, 1ª ed., São Paulo, Editora Renovar, 1995.

WAMBIER, Liz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**, Vol. 3, 3a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

ZYMLER. Benjamin. **O controle externo: o tribunal de contas da união**. Revista da Advocacia Geral da União, ano II, n. 12, jul. 2001, Disponível em: Acesso em 03.abril.2016.

#### **Sites consultados:**

ATRICON – Associação dos Membros do Tribunal de Contas do Brasil: [www.atricon.org.br](http://www.atricon.org.br)

AUDITAR – União dos Auditores Federais de Controle Externo: [www.auditar.org.br](http://www.auditar.org.br)

CFJ – Conselho da Justiça Federal: [www.cjf.jus.br](http://www.cjf.jus.br)

Contas Abertas: [www.contasabertas.uol.com.br](http://www.contasabertas.uol.com.br)

CGU – Controladoria Geral da União: [www.planalto.gov.br/cgu](http://www.planalto.gov.br/cgu)

OEA – Organização dos Estados Americanos: [www.oea.org.br](http://www.oea.org.br)

OECP – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico: [www.oecd.org](http://www.oecd.org)

Presidência da República: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)

SJT – Superior Tribunal de Justiça: [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)

STF – Supremo Tribunal Federal: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)

Transparência internacional: [www.transparency.org](http://www.transparency.org)

TCU – Tribunal de Contas da União: [www.tcu.gov.br](http://www.tcu.gov.br)

TCE – Tribunal de Contas de Pernambuco: [www.tce.pe.gov](http://www.tce.pe.gov)