

OS TRIBUNAIS DE CONTAS NO DIREITO BRASILEIRO: ANÁLISE DA LEGITIMIDADE PARA EXPEDIÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES

Edson Lino dos Santos¹

RESUMO

O presente trabalho se propôs a analisar a legitimidade dos Tribunais de Contas para a expedição de medidas cautelares, no desempenho das competências atribuídas pela Constituição no auxílio ao controle externo do Poder Legislativo. Para tanto, verificou-se seu conceito, natureza jurídica e competências. Em seguida, identificou-se o conjunto de normas infraconstitucionais aplicáveis a atuação dos sobreditos Tribunais, em âmbito nacional, estadual e municipal. Na sequência, partiu-se para o exame do poder geral de cautela, constatando seu conceito, objeto, finalidade e aplicação no ambiente processual civil e no processo instaurado pelas Cortes de Contas. Por fim, foi analisada a legitimidade para a expedição de medida cautelar, expondo os fundamentos da regulação em atos normativos, as posições doutrinárias contrárias e favoráveis, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, bem como as propostas de emendas constitucionais em trâmite legislativo.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Os Tribunais de Contas no ordenamento jurídico brasileiro. 1.1. Conceito e natureza jurídica. 1.2. Classificação. 1.3 Competências constitucionais. 2. Normas aplicáveis aos Tribunais de Contas no auxílio ao controle externo. 2.1 Competências legais. 2.2. Competências infralegais. 3. O poder geral de cautela. 3.1. Conceito, objeto e finalidade. 3.2. No processo civil. 3.3. No processo dos Tribunais de Contas. 4. A legitimidade dos Tribunais de Contas para a expedição de medidas cautelares. 4.1. Fundamentos da regulação em ato normativo e o contraponto doutrinário. 4.2. Argumentos doutrinários favoráveis. 4.3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 4.4. Processos legislativos em trâmite. Conclusão. Referências bibliográficas.

PALAVRAS-CHAVE: Tribunais de Contas. Processo Administrativo. Medidas Cautelares. Expedição. Legitimidade

¹ Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Pós-graduado em Direito Administrativo pela UCAM (2015). Especialista em Direito Público pela Faculdade Damásio (2018). Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (2013).

INTRODUÇÃO

Ao atribuir a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos entes da Administração Direta e Indireta da União ao Congresso Nacional, mediante controle externo, a Constituição Federal incumbiu ao Tribunal de Contas da União o auxílio para o exercício de tal atividade, conferindo-lhe inúmeras competências, as quais denotam o seu papel de destaque no contexto do controle externo.

Nesse passo, também restou consignado que as normas constitucionais atinentes ao controle fiscalizatório são aplicáveis aos Tribunais de Contas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, sendo delegado às Constituições estaduais o papel de dispor sobre as normas disciplinadoras desses Tribunais.

Ao tratar da matéria o legislador constituinte elencou uma série de competências a serem exercidas pelas Cortes de Contas, as quais incidem sobre todas as nuances fiscalizatórias, como a legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas. Para o exercício das competências foram previstas inúmeras prerrogativas, ao passo que foram fixadas condições e limites para aplicação de sanções e a sustação de atos e contratos impugnados.

Contudo, no extenso rol presente no art. 71 da Constituição de 1988 não há norma que autorize os Tribunais de Contas a expedirem medidas cautelares no exercício do seu mister constitucional, assim como inexistente, em regra, disposição legal atribuindo o referido poder cautelar, representando suposta ilegitimidade a expedição daquelas medidas, o que será objeto de investigação no presente trabalho.

Nesse sentido, busca-se analisar juridicamente se há legitimidade dos Tribunais de Contas para a expedição de medidas cautelares, identificando a interpretação dada ao texto constitucional e em que proporção as normas infraconstitucionais podem regulamentar as competências atribuídas aos referidos Tribunais, sobretudo no que diz respeito a possibilidade de ampliação das mesmas.

Para tanto, valer-se-á do método científico dedutivo em conjunto com o positivismo jurídico, na elaboração do presente trabalho, examinando de forma sistemática e crítica o tema supracitado, com a realização de pesquisas normativas e doutrinárias, bem como do entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal.

1 OS TRIBUNAIS DE CONTAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Não obstante se trate de Instituição existente no Brasil há mais de cem anos, o Tribunal de Contas e os temas relacionados a sua atuação possuem reduzidas discussões na doutrina brasileira. Tal circunstância é verificada ao se realizar pesquisa em livros, teses de doutorado, dissertações de mestrado ou artigos científicos, bem como na busca de entendimento jurisprudencial consolidado, como afirma Jorge U. J. Fernandes², ao dizer “Mesmo que no Brasil essa Instituição já tenha ultrapassado um século de existência, pesquisa sistemática da doutrina e da jurisprudência demonstra que o tema nunca esgotou a sua riqueza de conteúdo”.

Todavia, os assuntos relacionados aos meios de atuação do referido órgão provocam extenso e diverso rol de opiniões, em especial quando diz respeito aos grandes temas que lhe são correlatos, os quais não possuem uniformidade de teses. A importância das Cortes de Contas, no entanto, ultrapassa a atenção que lhes foi dada pelos estudiosos e juristas, sobretudo no que toca ao controle das verbas públicas, como se verá nos capítulos seguintes.

Com a promulgação da Constituição de 1988 e o ressurgimento da democracia, foi dada uma nova roupagem às Cortes de Contas, dispensando-as uma relevância jamais vista. Na dicção de Carlos P. C. Mota³, “o art. 71 da nova Carta, com a explicitação das competências do Tribunal de Contas como órgão auxiliar do Congresso Nacional no exercício do controle externo, teceu a indispensável estrutura constitucional que serviria de base para tal controle”. Tamanho foi o realce promovido que Renato Ribeiro⁴ ensina “caracteriza tal modelo como híbrido e único no mundo”.

Vale frisar que, além da marcante ampliação na forma de atuar, foram introduzidos novos critérios de controle, ressaltando a inquestionável essencialidade da instituição no âmbito do controle externo. Nesse sentido, leciona Manoel Gonçalves⁵ “Deve-se registrar, entretanto, que a Constituição vigente, como se verá logo abaixo, amplia essa fiscalização, mandando-a apreciar o uso do dinheiro público de ângulos que antes não eram cogitados”. Entre outras mudanças, foi inaugurada a

² FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Da função jurisdicional pelos tribunais de contas. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, abr./Jun. 2005. p. 83.

³ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Jurisdição dos Tribunais de Contas e aplicação de penalidades. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, Belo Horizonte, v. 8, n. 85, janeiro 2009, p. 15.

⁴ RIBEIRO, Renato Jorge Brown. *Controle Externo da Administração Pública Federal no Brasil – o tribunal de contas – uma análise jurídico administrativa*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 94.

⁵ FERREIRA F., Manoel G. *Comentários a Constituição Brasileira de 1988*. Saraiva, 1992, v.2, p. 125.

expressão Tribunal de Contas da União, sinalizando a distinção relacionada com os Tribunais de Contas estaduais e municipais.

Assim, a Constituição Federal vigente ampliou sobremaneira as competências dos Tribunais de Contas, extrapolando, inclusive, as disposições do modelo inaugurado pela Constituição de 1891. O atual texto constitucional prescreve a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos entes estatais e órgãos da administração direta e indireta, tornando os mencionados Tribunais instrumentos de inquestionável relevância na Administração Pública.

1.1 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Não há na doutrina um consenso sobre o enquadramento dos Tribunais de Contas no ordenamento jurídico brasileiro, existindo autores que afirmam ser um órgão integrante do Poder Legislativo ou, ainda, vinculado ou subalterno a esse, cujo papel é de auxiliar do mencionado Poder no exercício do controle externo da Administração Pública⁶. Ao revés, uma maior parcela de doutrinadores sustentam que as Cortes de Contas são órgãos autônomos ou independentes, responsáveis pelo auxílio eminentemente técnico e especializado do controle externo, inexistindo subordinação ao Legislativo e desvinculado da estrutura de qualquer dos Poderes⁷.

Em que pese tal discussão doutrinária, pode-se conceituar o Tribunal de Contas como órgão público, técnico e especializado, incumbido de auxiliar a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial que incide sobre a Administração Pública, via controle externo do Poder Legislativo. Para tanto, sua

⁶ Esse entendimento é seguido por Lucas Rocha Furtado (FURTADO, Rocha Lucas. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010.) José dos Santos Carvalho Filho (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.), Eduardo Gualazzi (GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. Regime jurídico dos tribunais de contas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.), André Tavares (TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.).

⁷ Acompanham tal posição Odete Medauar (MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007), Rafael Oliveira (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.), Reinaldo Couto (COUTO, Reinaldo. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.) Diogo de Figueiredo (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Algumas notas sobre órgãos constitucionalmente autônomos – um estudo de caso sobre os Tribunais de Contas no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*. N. 223, p. 1-24, jan./mar. 2001.), Luis Bernado Dias Costa (*Tribunal de Contas Evolução e Principais Atribuições no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2006, p. 68), Wander Garcia (GARCIA, Wander. *Manual completo de direito administrativo para concursos*. 1. ed. São Paulo: Editora Foco Jurídico, 2014.), entre outros.

atuação deve se dá em conformidade com as competências constitucionais previstas no art. 71 da Carta Magna brasileira.

No que tange a natureza jurídica, também inexistente uniformidade entre os autores, havendo considerável parte que afirma se tratar de órgão de natureza administrativa e sem caráter jurisdicional, com decisão suscetível de controle na via judicial, não obstante o legislador constituinte o tenha nominado como “Tribunal de Contas” e cunhado a expressão “julgar” em uma das competências prescritas⁸. Em sentido oposto, e de forma minoritária, há vozes doutrinárias que sustentam ser de natureza jurisdicional as decisões referentes à competência constitucional que prescreve “julgar contas”, a qual não poderia ser revista, no mérito, pelo Judiciário.⁹

Contudo, é majoritário o posicionamento de que os atos dos Tribunais de Contas possuem natureza meramente administrativa, sendo passíveis de revisão pelo Poder Judiciário, não sendo reconhecida, portanto, a autoridade da coisa julgada as suas decisões. Isso posto, avança-se para a abordagem da classificação dos supracitados Tribunais, de acordo com o âmbito federativo de atuação.

1.2 CLASSIFICAÇÃO

Depreende-se da Constituição de 1988 que o controle externo da Administração Pública federal, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, cuja jurisdição abrange todo o território

⁸ Assim sustenta Odete Medauar (MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007), José Afonso (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 39. ed., rev. e atual. Até a emenda constitucional n. 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016), Carvalho Filho (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.), Alexandre e João (ALEXANDRE, Ricardo e DEUS, João de. *Direito administrativo*, 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.), Maria Sylvia (DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas 2012.), Rafael Carvalho (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.), Gustavo Deschamps (DESCHAMPS, Gustavo Coelho. *Controle de constitucionalidade e Tribunais de Contas do Brasil. Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP*, Belo Horizonte, v. 7, n. 84, p. 32-39, Dezembro. 2008.), entre outros.

⁹ Esse pensamento é defendido por Jorge Fernandes (FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Da Função Jurisdicional pelos Tribunais de Contas*. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 83-108, Abr/Jun. 2005.), Luiz Henrique (LIMA, Luiz Henrique. *Controle externo*. 6. ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015), Carlos Eduardo (LENS, Carlos Eduardo Thompson Flores. *O Tribunal de Contas e o Poder Judiciário*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, v. 14, n. 55, p. 341-356, Abr/Jun. 2006.), Seabra Fagundes (FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 4. ed., Forense, 1967.

nacional. Assim, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades de sua Administração indireta relativa à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncias de receitas contará exclusivamente com a função auxiliar do citado Tribunal.

Em âmbito estadual segue-se o mesmo caminho, com o exercício do controle externo atribuído às Assembleias Legislativas, realizado mediante o auxílio dos Tribunais de Contas estaduais e, no Distrito Federal, pelo seu respectivo Tribunal de Contas, respeitados os limites territoriais de cada ente federativo. Consoante expressa previsão constitucional, nos termos do art. 75 e seu parágrafo único, cabe a Constituição estadual dispor sobre as Cortes de Contas de cada Estado, aplicando-se a elas, no entanto, as normas estabelecidas para a Corte de Contas federal.

Na esfera municipal não é diferente, sendo a fiscalização da Administração direta e indireta dos municípios materializada pelas Câmaras Municipais. Contudo, o auxílio ao controle fiscalizatório externo pode ser prestado por Tribunal de Contas Estadual, Tribunal de Contas dos Municípios ou Tribunal de Contas do Município, conforme órgão existente para apoio a cada municipalidade. Isso porque a ordem constitucional implantada pela Carta Magna de 1988 vedou, em seu art. 31, §4º, a criação de novos Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais, preservando, entretanto, aqueles já existentes no regime da Constituição anterior¹⁰.

Assim, face à vedação supracitada, a tarefa de auxiliar o Legislativo Municipal, em sua grande maioria, coube ao Tribunal de Contas estadual respectivo, para todos os Municípios que inexistia Instituição de Contas até a promulgação da vigente Constituição, excetuando-se os Estados da Bahia, Ceará¹¹, Goiás e Pará, nos quais foram criados Tribunais de Contas dos Municípios, responsáveis pelo auxílio às diversas Câmaras municipais.

Consoante distribuição nas três órbitas federativas, assim classificamos: Tribunal de Contas da União; no plano estadual, Tribunal de Contas do Estado e Tribunal de Contas dos Municípios; e, no plano municipal, Tribunal de Contas do Município. A seguir, adentra-se ao tópico das competências, cuja abordagem é imprescindível para o tema objeto deste trabalho.

¹⁰ A Constituição Federal, nas suas disposições constitucionais transitórias, manteve institucionalizados os Tribunais de Contas do Município do Rio de Janeiro e de São Paulo que haviam sido criados na vigência da Constituição anterior.

¹¹ O Tribunal de Contas dos Municípios do Ceará foi extinto pela Emenda Constitucional nº 92, de 21/08/2017.

1.3 COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS

O legislador constituinte ao dispor que o controle externo seria exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas fixou, de logo, as competências necessárias para tal mister, elencando-as no art. 71 da Constituição Federal. Nesse caminho, determinou também que tais competências são aplicáveis a fiscalização dos Tribunais de Contas estaduais, do Distrito Federal e dos Tribunais e Conselhos de Contas municipais.

Com base nos enunciados dos incisos I a X do artigo supra, alguns doutrinadores¹² costumam aglutinar o elenco de competências constitucionais da seguinte forma: opinativa ou consultiva, fiscalizadora, julgadora, registral, sancionadora, corretiva e informativa. A competência opinativa ou consultiva resulta da apreciação das contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio, que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento. A fiscalizadora decorre da realização de inspeções e auditorias; de fiscalização nas contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe e sobre a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União a Estado, ao Distrito Federal ou a Município.

A julgadora é decorrente da competência de julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público.

Na registral, compete ao Órgão de Contas apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, (excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão), e as concessões de aposentadorias, reformas e pensões.

A sancionadora autoriza aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário. Na corretiva, que permite determinar a correção de irregularidades administrativas, poderá assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato

¹² Assim se posicionam Lucas Furtado (FURTADO, Rocha Lucas. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010.), Maria Sylvia (DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas 2012.) e Rafael Carvalho (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.).

cumprimento da lei, se verificada ilegalidade, e sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal. No caso de contrato, poderá decidir a respeito, se, no prazo de noventa dias, o Congresso Nacional ou o Poder Executivo não efetivar as medidas determinadas.

A competência informativa advém da prestação de informações solicitadas pelo Congresso Nacional, acerca da fiscalização e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas. Existem autores¹³ que ainda adicionam a competência de ouvidor aos Órgãos de Contas, transbordando, portanto, as competências enumeradas no art. 71, em virtude da previsão do art. 74, §§ 1º e 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil, cujo conteúdo prevê o recebimento de denúncias.

Como visto acima, a expedição de medidas cautelares não se encontra fixada no conjunto de atribuições que competem aos Tribunais de Contas no auxílio ao controle externo conferido ao Poder Legislativo, nem está prevista, na Constituição, em seção distinta da que trata da fiscalização contábil, financeira e orçamentária.

Assim, observada a simetria constitucional, também inexistente disposição em constituições estaduais ou leis orgânicas municipais que autorize expedir medida cautelar. É cediço, no entanto, que o referido auxílio está disciplinado em normas infraconstitucionais, como se constata nas leis orgânicas das Cortes de Contas e, ainda, em inúmeras leis extravagantes que positivam importantes atribuições, como se verá no capítulo seguinte.

2 NORMAS APLICÁVEIS AOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO AUXÍLIO AO CONTROLE EXTERNO

Conforme exposto, para além do amparo constitucional, a atuação dos Tribunais de Contas decorre de competências estabelecidas em diversas espécies normativas, as quais devem ser instituídas em completa harmonia com as normas da Constituição. Essas, inclusive, são a fonte de inspiração para o estabelecimento de atribuições fiscalizatórias e auxiliares do controle externo em âmbito federal, estadual, distrital e municipal. Nessa senda, são apresentadas a seguir, de forma sintética, as

¹³ A atribuição constitucional de ouvidor é mencionada entre as competências dos Tribunais de Contas por Maria Sylvania (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas 2012.), Rafael Carvalho (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.), Nelson e Georges (NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. *Direito constitucional brasileiro: curso completo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017).

atribuições deferidas por diversas leis, para o implemento do auxílio ao Poder Legislativo.

2.1 COMPETÊNCIAS LEGAIS

Ao estatuir normas gerais de Direito Financeiro, a Lei nº 4.320/1964, ainda vigente na atual ordem constitucional, já dispunha que compete aos Tribunais de Contas emitir parecer prévio das contas do Poder Executivo que são submetidas ao Poder Legislativo, com vistas a subsidiar o controle da execução orçamentária na verificação da probidade da Administração.

No campo das finanças públicas, a Lei Complementar nº 101/2000, que cuida da responsabilidade fiscal, apresenta competências para o auxílio dos Tribunais de Contas na fiscalização do cumprimento de suas normas, enfatizando o atingimento de metas da lei de diretrizes orçamentárias, dos limites de gastos do Poder Legislativo municipal, dos limites e condições para a realização de operações de crédito e inscrição em restos a pagar, das providências tomadas para retomar os limites máximos nela previstos em matéria de gastos com pessoal e da dívida pública e da destinação de recursos obtidos com alienação de bens públicos.

Encontra-se na Lei nº 10.028/2000, a qual disciplina os crimes fiscais, a competência para os Tribunais de Contas processar e julgar as infrações administrativas nela consignadas, além de conferir, se verificada a infração, a aplicação de multa no montante de trinta por cento sobre os vencimentos do agente causador, que responde pessoalmente pelo seu pagamento. Trata-se, porém, de penalidade de ordem administrativa, sem prejudicar a imposição de sanções penais pelos órgãos competentes.

O diploma geral das licitações, a Lei nº 8.666/1993, estatuiu que o controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos por ela regidos será feito pelo Tribunal de Contas competente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução. Assim, em seu art. 113, §1º, previu que é possível a qualquer pessoa, licitante ou contratado representar ao Tribunal sobre irregularidades e autorizou a solicitação, para exame, de cópia do edital de licitação já publicado.

O regime diferenciado de contratações públicas, instituído pela Lei nº 12.462/2011, afasta a incidência da lei supra em suas licitações e contratos, todavia,

previu em seu art. 46 a aplicação das disposições sobre controle de despesas consagrados na Lei nº 8.666/1993. Entende-se que o mesmo ocorre nos certames realizados na modalidade pregão, cujo regramento consta na Lei nº 10.520/2002.

Em âmbito eleitoral, a Lei Complementar nº 64/1990, deferiu aos Tribunais de Contas competência para apreciar as contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas e, decidindo rejeitá-las por irregularidade insanável que configure improbidade dolosa, deverá fornecer à Justiça Eleitoral material hábil a declaração da inelegibilidade dos respectivos candidatos.

Na seara educacional não é diferente, as Leis nºs 9.424/1996 e 11.494/2007, que disciplinam, respectivamente, o Fundo do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério e o Fundo da Educação Básica e Valorização dos Profissionais da Educação fixam competência aos Órgãos de Contas. Em ambos os casos se atribui a fiscalização do cumprimento das disposições constitucionais que apresentam os percentuais mínimos da receita dos entes federados a serem aplicados.

Ao estabelecer a obrigatoriedade da declaração de bens e rendas para o exercício de cargo, emprego e funções nos três Poderes, a Lei nº 8.730/1993 autorizou o Tribunal de Contas da União a expedir instrução sobre a declaração e o prazo máximo da sua remessa, bem como a exigir do declarante a comprovação da legitimidade dos bens e rendas acrescidos ao patrimônio no período declarado. A autorização acima também é conferida aos Tribunais de Contas estaduais, do Distrito Federal e municipais.

Na área da saúde, a Lei Complementar nº 141/2012 incumbiu ao Tribunal de Contas respectivo verificar a aplicação dos recursos mínimos em ações e serviços públicos de saúde de cada ente da Federação sob sua jurisdição. Caso os Tribunais de Contas detectem que não estão sendo aplicados os valores mínimos previstos, medidas restritivas poderão ser adotadas, inclusive a retenção parcial das transferências do fundo de participação estadual e do fundo de participação municipal.

Extravasando as leis supracitadas, que consignam competências para todos os Tribunais de Contas, há outras que consagram exclusivamente a um só deles, o da União, fazendo menção expressa e alargando sobremaneira o papel fiscalizador e auxiliar do controle previsto na Constituição brasileira, como se expõe abaixo.

A legislação que contém normas sobre o desporto também acresce competência fiscalizatória no auxílio ao controle externo, porém adstrita a atuação do Tribunal de Contas da União. Nesse sentido, a Lei nº 12.395/2011, que alterou a Lei

nº 9.615/1998, afirma caber ao citado Tribunal de Contas fiscalizar a aplicação dos recursos repassados ao Comitê Olímpico Brasileiro - COB, ao Comitê Paraolímpico Brasileiro - CPB e à Confederação Brasileira de Clubes - CBC em decorrência dela.

A Lei nº 11.578/2007, que criou o programa de aceleração do crescimento e dispôs sobre a transferência obrigatória de recursos financeiros para a execução de suas ações pelos Estados, Distrito Federal e Municípios e a forma de operacionalização do programa de subsídio à habitação de interesse social, incluiu o Tribunal de Contas da União entre os órgãos responsáveis pela fiscalização da regularidade na aplicação dos recursos financeiros transferidos.

Seguindo a mesma linha, a Lei nº 12.340/2010 regulamentou as transferências de recursos da União aos órgãos e entidades dos Estados, Distrito Federal e Municípios, para a execução de ações de prevenção em áreas de risco e do Fundo Nacional para Calamidades Públicas, Proteção e Defesa Civil. Em seu texto, fez constar que a prestação de contas do total dos recursos recebidos pelos entes beneficiários poderão ser solicitados pelo Tribunal de Contas da União, com a obrigatoriedade de atendimento.

A Lei nº 11.947/2009, que cuida do atendimento da alimentação escolar e do Programa Dinheiro Direto na Escola aos alunos da educação básica, prevê que poderá ser solicitado os documentos relativos a prestação de contas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios referentes aos recursos recebidos e destinados aos programas. Tal controle foi reforçado ao consignar que qualquer pessoa física ou jurídica poderá denunciar ao Tribunal de Contas da União as irregularidades identificadas na aplicação daqueles recursos.

Apesar de variados os instrumentos legislativos supramencionados, não se constata no texto de qualquer deles a fixação de competência para expedir medidas cautelares nem a delegação da necessária disciplina por norma administrativa. Na sequência, apenas citaremos, dada a elevada quantidade, as leis orgânicas das cortes, por serem as principais fontes legais de suas competências.

Como já afirmado, a lei orgânica de cada Tribunal de Contas é a fonte primordial de suas competências legais, existindo em grande número devido a quantidade de Tribunais de Contas estaduais, quais sejam: a Lei Complementar nº 38/1993 do Acre, a Lei nº 2.932/1968 do Alagoas, a Lei Complementar nº 10/1995 do Amapá, a Lei nº 2.423/1996 do Amazonas, a Lei Complementar nº 005/1991 da Bahia, a Lei nº

12.509/1995 do Ceará, a Lei Complementar nº 621/2012 do Espírito Santo, a Lei nº 16.168/2007 de Goiás, a Lei nº 8.258/2005 do Maranhão, a Lei Complementar nº 269/2007 do Mato Grosso, a Lei Complementar nº 160/2012 do Mato Grosso do Sul.

Além das supracitadas, há a Lei Complementar nº 102/2008 de Minas Gerais, a Lei Complementar nº 081/2012 do Pará, a Lei Complementar nº 18/1993 da Paraíba, a Lei Complementar nº 113/2005 do Paraná, a Lei nº 12.600/2004 de Pernambuco, a Lei nº 5.888/2009 do Piauí, a Lei Complementar nº 464/2012 do Rio Grande do Norte, a Lei nº 11.424/2000 do Rio Grande do Sul, a Lei Complementar nº 63/1990 do Rio de Janeiro, a Lei Complementar nº 154/1996 de Rondônia, a Lei Complementar nº 06/1994 de Roraima, a Lei Complementar nº 202/2000 de Santa Catarina, a Lei Complementar nº 709/1993 de São Paulo, a Lei Complementar nº 205/2011 de Sergipe, a Lei nº 1.284/2001 do Tocantins.

O Tribunal de Contas da União é organizado com base na Lei nº 8.443/1992 e o Tribunal de Contas do Distrito Federal é regulado na Lei nº 01/1994. No que toca aos Tribunais de Contas dos Municípios, mas que são órgãos estaduais, há a Lei Complementar nº 006/1991 da Bahia, a Lei 15.958/2007 de Goiás e a Lei Complementar nº 109/2016 do Pará. Por fim, tem-se os Tribunais de Contas municipais, em que há a Lei nº 9.167/1980 do Município de São Paulo e as Leis 183/1980 e 289/1981, ambas do Município do Rio de Janeiro.

Contudo, por serem inúmeras as leis, abordaremos uma em cada nível federativo, sendo a que trata do Tribunal de Contas da União, a do Estado da Bahia e a do Tribunal Municipal de Contas de São Paulo, para exemplificar o tratamento nas três esferas federativas.

Na esfera de atuação do Tribunal de Contas da União tem-se a Lei nº 8.443/1992, que prescreve competências em seu art. 1º, muitas coincidentes com as do texto constitucional, entre outras que são adstritas aos atos de administração interna, sendo mencionadas aqui apenas aquelas relacionadas ao controle externo.

Entre as competências presentes na lei orgânica se encontram: a) acompanhar a arrecadação da receita a cargo da União e das entidades de sua administração indireta, mediante inspeções e auditorias; b) efetuar o cálculo das quotas referentes aos fundos de participação a que alude o parágrafo único do art. 161 da Constituição Federal, fiscalizando a entrega dos respectivos recursos; c) emitir parecer prévio sobre as contas do Governo de Território Federal; d) decidir sobre consulta relativa à dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares em matéria de

sua competência; e) Solicitar ao Ministro de Estado supervisor da área outros elementos indispensáveis ao exercício de sua competência.

Como se vê, tem-se uma leve ampliação dos poderes concedidos a Corte de Contas da União, sem que se tenha inovado em desarmonia ou afronta as normas constitucionais. Não obstante tal circunstância, há previsão de um poder regulamentar, que, em consequência, permite expedir atos e instruções normativas sobre matéria de sua atribuição e sobre a organização dos processos que lhes sejam submetidos, o qual será abordado quando tratarmos do regimento interno.

No que se refere ao Tribunal de Contas do Estado da Bahia, é a Lei Complementar nº 05/1991 que institui competências ao órgão. Reproduziu-se o que consta na Constituição Federal e estadual. Como nos parágrafos precedentes, serão apresentadas as atribuições não constantes nos textos constitucionais, quais sejam: a promoção de tomadas de contas; julgamento da legalidade das concessões de aposentadoria, transferência para a reserva; emissão de parecer sobre empréstimos ou operações de crédito, fiscalizando a aplicação de seus recursos; julgar o recurso necessário ou voluntário de decisão denegatória de pensão e verificar a existência de planos de cargos e vencimentos próprios nas entidades da administração indireta.

Ademais, dispõe ainda que compete: a relevação de multas; a representação pela suspensão dos direitos políticos, perda da função pública e indisponibilidade dos bens de responsáveis em suas decisões definitivas; o controle da arrecadação da receita estadual e das entidades da Administração Indireta, verificando a cobrança da dívida ativa e a renúncia de receitas; fiscalizar a execução de políticas públicas; fiscalizar a execução do orçamento e sua compatibilização com o plano plurianual e com as diretrizes orçamentárias; apreciar os atos dos jurisdicionados que possam prejudicar os interesses difusos e coletivos e julgar recurso em matéria tributária.

Quanto ao Tribunal de Contas do Município de São Paulo, foi a Lei nº 9.167/1980 que fixou, além das competências previstas na Constituição de 1988 e na Lei Orgânica paulista, as seguintes: emitir parecer sobre as contas do Prefeito; proceder à auditoria financeira e orçamentária da Administração municipal e da Câmara; examinar e julgar a aplicação de auxílios e subvenções concedidos pelo Município a entidades particulares; apreciar a aplicação de parcelas ou quota-partes transferidas ao Município pela União; e decretar a prisão administrativa, em caráter cautelar e com prazo de noventa dias, de servidor declarado em alcance ou de pessoas, consideradas responsáveis por valores ou bens municipais.

Em que pese as leis orgânicas delineadas sejam responsáveis por disciplinar com minudência as atribuições dos referidos Tribunais, não se encontra na lei baiana nem na paulista previsão legal conferindo o poder geral de cautela como competência. De forma excepcional, a Lei nº 8.443/1992 atribui ao Tribunal de Contas da União dois tipos de medidas cautelares, relegando o regramento do procedimento e das outras espécies ao regimento interno. Entre as leis orgânicas apenas citadas anteriormente, consta previsão equivalente na que organiza o Tribunal de Contas mineiro, o goiano, o maranhense, o do Amazonas, do Tocantins, do Ceará e do Pará.

É sabido, porém, que o auxílio fornecido ao controle externo das Casas Legislativas também está lastreado em atos normativos expedidos pelos próprios Tribunais de Contas, especialmente pelos seus regimentos internos, em virtude da previsão constante no art. 73 c/c 96, I, "a", da Constituição Federal. Desse modo, segue-se para a análise dos atos normativos que atribuem competências aos Tribunais, com foco nos regimentos internos, por serem a principal norma de regência infralegal.

2.2 COMPETÊNCIAS INFRALEGAIS

Segundo o exposto acima, observa-se que a atuação dos Tribunais de Contas perpassa por regramento em norma constitucional, legal e, ainda, por ato normativo. Esse último se materializa, prioritariamente, na forma de resolução, sendo o meio pelo qual se estabelece o regimento interno dos Tribunais. A regulamentação nele prevista decorre da autonomia concedida para dispor sobre competência e funcionamento de suas unidades e órgãos.

Diante do elevado número de órgãos de contas e, por conseguinte, das dezenas de regimentos criados, serão mencionados somente os do Tribunal de Contas da União, da Bahia e o do Tribunal de Contas do Município de São Paulo de modo a exibir o conteúdo normativo nos diferentes patamares de controle externo.

Em se tratando do Tribunal de Contas da União, o regimento interno está amparado pela Resolução nº 246/2011 que consagra normas relativas a natureza, jurisdição, organização, processos e, entre tantas outras, sobre competência. Como era de se esperar, há uma reafirmação das atribuições já positivadas pela Constituição Federal, pela legislação extravagante e pela correspondente Lei orgânica.

Nessa linha, também são consagradas algumas inovações, como a realização de outras fiscalizações ou o exercício de outras atribuições previstas em lei; acompanhar e fiscalizar o cálculo, a entrega e a aplicação de recursos repassados pela União; acompanhar, fiscalizar e avaliar os processos de desestatização realizados pela administração pública federal; e efetuar o cálculo das quotas do imposto sobre produtos industrializados destinadas aos estados e ao Distrito Federal.

Ademais disso, prevê que assiste a Corte de Contas da União o poder regulamentar. É nesse ambiente normativo que se verifica a prescrição de adoção de medida cautelar, em casos de urgência, de fundado receio de grave lesão ao erário, ao interesse público, ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, cuja expedição pode se dar pelo plenário, relator ou presidente, com determinação, entre outras providências, da suspensão do ato ou do procedimento impugnado, até que o Tribunal decida sobre o mérito da questão suscitada.

No âmbito do Tribunal de Contas do Estado da Bahia, o regimento foi consolidado pela Resolução nº 18/1992. Em seu conteúdo se encontram normas de diversas ordens, tratando, por exemplo, da estrutura, organização, natureza, funcionamento, sessões, processos, jurisdição e competência. Como na seara federal, nota-se a reprodução das atribuições conferidas pelos textos constitucionais federal e estadual e pela respectiva Lei orgânica.

Contudo, há certas criações próprias, asseverando que compete decidir sobre o cálculo relativo às cotas dos impostos repassáveis pelo Estado aos Municípios; a de representar ao Ministério Público pela prisão temporária ou preventiva dos responsáveis julgados que procurarem ausentar-se furtivamente do distrito da culpa, abandonar a função, emprego, cargo ou serviço pelos quais devam responsabilidade; e apreciar, para fins de registro, os dados relativos à despesa total com noticiário, propaganda ou promoção, qualquer que tenha sido o veículo.

Inobstante conste no regimento várias normas de atuação da Corte baiana, a competência para a expedição de medidas cautelares está na Resolução nº 162/2015, que autoriza concedê-las para sustar a execução de atos ou de procedimentos administrativos eivados de ilegalidade, de atos convocatórios de licitações públicas e atos de seus procedimentos quando eivados de ilegalidade ou na hipótese de irregularidade de contrato, assim como outras medidas indispensáveis a proteção do erário, do patrimônio público ou da ordem jurídica, quando haja ameaça de grave dano e ainda nos casos em que for necessário assegurar a eficácia de decisão.

No tocante ao Tribunal de Contas do Município paulista, seu regimento interno alberga-se na Resolução nº 03/2002, que dispõe sobre a organização, fiscalização, julgamento, processo, funcionamento do Tribunal, execução das decisões, entre outros temas, mas assevera está na Constituição Federal, na Lei Orgânica municipal e em sua Lei Orgânica as competências detidas pelo órgão. Assim, restringiu-se ao tratamento de aspectos internos de atribuição dos seus integrantes e unidades.

Apesar da norma regimental não versar sobre competências direcionadas ao controle externo fiscalizatório, conferiu a possibilidade de determinar medida cautelar para suspender procedimento questionado, sempre que as circunstâncias evidenciarem a necessidade da pronta atuação do Tribunal para evitar danos iminentes ao erário. A previsão de providências cautelares em regimento interno ou resoluções apartadas tornou-se tão comum que também se encontra em atos dos Tribunais de Contas de Pernambuco, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Pará, Sergipe, Santa Catarina e Rondônia, entre outros.

Observa-se, portanto, a presença de atos normativos dos Tribunais de Contas conferindo o poder cautelar, corporificado pela expedição de medidas cautelares. No entanto, tais medidas tem recebido críticas dos doutrinadores, os quais questionam suposta legitimidade por inexistir autorização constitucional, pela impossibilidade de alargar o elenco fixado na Constituição, pela ausência de previsão em lei ou por carecer competência legislativa aos Tribunais para regular tais medidas processuais.

Esses questionamentos e o julgamento de ações judiciais impetradas para afastar cautelares emitidas nos processos de controle serão analisados no último capítulo, pois compreendem o escopo desse trabalho. Antes, porém, será apresentado um tópico sobre o poder geral de cautela e as medidas dele decorrentes, visando um melhor entendimento de todo conteúdo, como se verá nas linhas a seguir.

3 O PODER GERAL DE CAUTELA

Examinado o regramento constitucional da atuação dos Tribunais de Contas no ordenamento jurídico brasileiro e as principais normas infraconstitucionais que estabelecem suas competências, faz-se necessário discorrer sobre o poder geral cautelar, as medidas dele resultantes e como tem ocorrido sua implementação no âmbito dos referidos Tribunais.

3.1 CONCEITO, OBJETO E FINALIDADE

A expressão “cautela” é proveniente de “cautus”, que significa cuidado, prevenção, precaução ou providência para evitar transtornos ou mau resultados¹⁴. Na acepção jurídica o poder geral de cautela é uma autorização concedida ao Estado-juíz para que possa conceder medidas cautelares atípicas, ou seja, medidas não descritas abstratamente por qualquer norma jurídica, quando as medidas típicas não se revelarem adequadas à garantia de um processo principal. Assim, pode-se conceituar o poder geral de cautela como uma permissão genérica para a adoção de medidas destinadas a proteção de interesses ou direitos eminentemente ameaçados.

Desse modo, tem por objeto a expedição de medidas cautelares destinadas a tutelar um interesse ou direito frente a infinitas, e nem sempre previsíveis, situações de risco a que pode estar submetido. Nessa linha, sua finalidade é assegurar o *status quo* do interesse ou direito tutelado, isto é, conservar o seu estado através da proteção que lhe é dirigida, evitando um dano ou lesão irreparável. Trata-se, por óbvio, de um mecanismo processual necessário, decorrente da impossibilidade de previsão abstrata de todas as situações de perigo para um processo que podem vir a ocorrer em concreto¹⁵.

3.2 NO PROCESSO CIVIL

O Código de Processo Civil de 1973, positivado através da Lei nº 5.869, foi a fonte inspiradora dos atos normativos que disciplinam o poder cautelar geral das Cortes de Contas, em que pese sua vigência tenha exaurido no início do ano de 2016. Enquanto vigente, já se afirmava a possibilidade de ser aplicado subsidiariamente noutras searas do Direito, inclusive a administrativa. No dizer de Rachel Campos e Henrique de Paula¹⁶ “transplantam-se da teoria da cautelaridade do processo civil para o processo de controle seus pressupostos”. Assim, dada a relevância e influência do Código anterior, será feita uma abordagem sucinta de suas prescrições em paralelo às constantes na legislação vigente.

¹⁴ FERREIRA, Pinto. *Medidas cautelares*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 3.

¹⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 12ª ed. rev. e atual., vol. III, 2007, p. 47.

¹⁶ BRASIL. Tribunal de Contas de Minas Gerais. Disponível em: <http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1531.pdf>. Acesso em 29 jul. 2017. Acesso em: 29.jul.2017.

Na referida lei, identificava-se a previsão do “poder geral de cautela” através da possibilidade dada ao juiz de determinar medidas cautelares que julgasse adequadas, para além daquelas expedidas em processos cautelares específicos, quando existisse fundado receio de que uma parte, antes de julgada a lide, causasse ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

Nessa senda, asseverou Humberto Teodoro Júnior¹⁷, “esse poder de criar providências de segurança, fora dos casos típicos já arrolados pelo Código, recebe, doutrinariamente, o nome de ‘poder geral de cautela’”. As medidas cautelares, dele decorrentes, não tinham lineamento na lei, ficando porém à discricção do juiz, ao conceder a medida inominada, a possibilidade de recomendar uma possível medida típica. A tutela cautelar atípica era pedida pela parte mediante o exercício da ação cautelar inominada, em que havia o reconhecimento do direito a tutela cautelar atípica¹⁸.

Importante frisar, inclusive, que o Código de Processo Civil retro admitia, excepcionalmente, a expedição de medida cautelar *ex-officio*. Apesar de prever que o juiz não prestaria tutela jurisdicional senão mediante requisição da parte ou interessado, havia relativização para autorizar o juiz a determinar providência cautelar de ofício. No dizer de Alexandre Câmara¹⁹, “o art. 797 trata da possibilidade de o juiz determinar medida cautelar que não tenha sido requerida, prestando esta espécie de tutela jurisdicional *ex officio*” e, prossegue, “poderá o juiz deferir medidas cautelares de *ex officio* toda vez que verificar a ocorrência de um caso excepcional, em que a efetividade do processo já em curso encontra-se ameaçada de lesão”.

Como já afirmado acima, a legislação processual civil que serviu de berço aos atos normativos disciplinadores do poder geral cautelar dos Tribunais de Contas foi revogada pela Lei nº 13.105/2015, a qual instituiu o novo Código de Processo Civil. O novel diploma processual em vigor, apesar de trazer mudanças, não suprimiu a possibilidade de determinação das medidas cautelares pelo juiz. Entre as alterações promovidas, tem-se a extinção do processo cautelar autônomo, que se originava na

¹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência*. 46ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 517.

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo cautelar*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 112.

¹⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 12ª ed. rev. e atual., vol. III, 2007, p. 55.

propositura de ação cautelar própria, bem como deixou de existir uma seção exclusiva apresentando um rol de medidas cautelares típicas ou nominadas.

Agora, há previsão de uma tutela provisória de urgência cautelar, que também pode ser requerida em caráter antecedente ou incidental, ou seja, pode-se pleitear a tutela cautelar antes mesmo de postular a tutela definitiva ou formular ambos pedidos conjuntamente, o de tutela cautelar junto com o de tutela definitiva ou final. Contudo, requerida a tutela cautelar de forma antecedente, o pleito de tutela final posterior não ensejará um novo processo, devendo se dá nos próprios autos em que se obteve o pedido cautelar.

Os requisitos exigidos para a concessão do pleito cautelar se mantiveram inalterados, permanecendo o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, traduzidos, respectivamente, na existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

O poder geral de cautela, como esperado, continuou a existir, sendo positivado entre as disposições gerais sobre tutelas provisórias de urgência, permitindo ao magistrado determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela cautelar. Nessa senda, assevera Scarpinella Bueno²⁰ “o *caput* do art. 297 faz as vezes, no plano infraconstitucional, do que, no Código de Processo Civil de 1973, era desempenhado pelo ‘dever-poder geral de cautela’ (art. 798 daquele Código)”. Assim, a regra do art. 297 do novo Código de Processo Civil representa também o estabelecimento do *poder geral de cautela*, até então previsto no art. 798 do Código de Processo Civil de 1973.

Nesse contexto, diante do requerimento de tutela cautelar antecipada ou do pleito conjunto de tutela cautelar com o pedido principal, poderá o juiz conceder uma das providências mencionadas de forma exemplificativa no art. 301 da Lei nº 13.105/2015, quais sejam, arresto, sequestro, arrolamento de bens ou registro de protesto contra alienação de bem, assim como qualquer outra medida idônea para asseguarção do direito. Diferente da anterior disciplina legal, as medidas cautelares são deferidas com base em um poder cautelar geral do juiz, visto que não há mais um elenco de medidas cautelares específicas e sim um poder genericamente atribuído.

Pode-se afirmar, portanto, que o legislador priorizou a adoção de medidas atípicas e hábeis a asseguarção do direito do requerente, posto que diante da

²⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 380.

ausência dos procedimentos cautelares específicos, o poder geral de cautela ganhou força, em especial diante da combinação do art. 297 com o art. 301, ambos do novo diploma, em que há menção apenas exemplificativa de situações que objetivam o acautelamento do direito²¹.

Por outro lado, o exercício do poder acautelatório geral não conta mais com previsão manifesta autorizando expedir medidas cautelares *ex officio*, mesmo em situações excepcionais, como ocorria antes. Embora ausente previsão legal, aduz Daniel Assumpção²² “Entendo que mesmo diante do eloquente silêncio da lei, é provável que o tradicional poder geral de cautela se transforme num poder geral de tutela de urgência, sendo admitido, ainda que em caráter excepcional, a concessão de uma tutela cautelar (...)”.

Apesar de não haver norma expressa autorizando a concessão de medidas acautelatórias de ofício, inexistente qualquer tipo de vedação. Ao revés do anterior, que não dispunha sobre a incidência de suas normas legais em processos administrativos, o novo Código de Processo contém disposição expressa impondo a aplicação de suas normas, de forma supletiva e subsidiária, aos processos administrativos, no caso de ausência de normas que os regulem, conforme art. 15. Trata-se de previsão inovadora, sem correspondência no Código de 1973²³ e que, por certo, incide sobre os processos de competência dos Tribunais de Contas. Com mais rigor, há quem afirme “Ainda que não exista na lei especial dispositivo expresso no sentido da aplicação do CPC na lacuna, aplica-se por ser a lei geral do processo”²⁴.

Consagrou-se, destarte, autorização legal para os Tribunais de Contas aplicarem em seus processos as normas da tutela cautelar processual civil, em especial aqueles que não dispõem de lei regulando a matéria. Frise-se, inclusive, haver referência à aplicação do vigente Código de ritos civilista em processo de controle, a exemplo das Resoluções n^{os} 12/2008, 13/2011, 162/2015 e 1/2006, dos Órgãos de Contas mineiro, piauiense, baiano e paranaense.

²¹ CUNHA, Guilherme Antunes da. *Novo código de processo civil anotado/OAB*. Porto Alegre: OAB RS, 2015, p. 237.

²² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil – volume único*. 8^a ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 659.

²³ MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 80.

²⁴ NERY JUNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado*. 16 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 245.

Vale acrescentar, que mesmo antes da inaugurada previsão de aplicação dos institutos processuais civis em processos administrativos, normas de alguns Tribunais de Contas já faziam a referida menção, como se nota na Lei nº 1.028/2015 do Órgão de Contas do Rio Grande do Sul, o regimento interno do Tribunal de Contas Municipal do Rio de Janeiro e a resolução nº 246/2011 do Tribunal de Contas da União.

3.3 NO PROCESSO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

A despeito de inexistir um código de processo administrativo, como ocorre no âmbito civil, as normas processuais que se aplicam no contexto dos Tribunais de Contas encontram-se reguladas em atos normativos e, como regra, nos seus regimentos internos, materializados via resolução. Assim, as disposições atinentes as medidas cautelares, adotadas no exercício do poder geral de cautela, em quase sua totalidade, não possuem amparo legal.²⁵

Nesse sentido, registra Lucas Furtado quanto ao âmbito federal, “A competência do Tribunal Contas da União para a adoção de medidas cautelares não se encontra prevista na Constituição Federal ou em qualquer outra lei, mas tão somente em resoluções do próprio Tribunal”²⁶. Em trabalho conjunto, Rachel Carvalho e Henrique Kleinsorge também dissertam que “Não há, no âmbito federal, dispositivo legal que autorize a decretação de medida cautelar com base no poder geral de cautela do Tribunal de Contas da União”²⁷.

Sem embargo, encontra-se no ordenamento jurídico nacional diversos atos normativos das Cortes de Contas, regulando as medidas cautelares a serem expedidas nos processos administrativos de sua competência, a exemplo do regimento interno do Tribunal de Contas da União, dos Tribunais de Contas estaduais da Bahia, Pernambuco, Rio Grande do Sul e, entre outros, dos Tribunais Municipais de Contas de São Paulo e do Rio de Janeiro. Dada a variedade deles, serão apresentados como parâmetro o do Tribunal de Contas em nível federal, o do Tribunal

²⁵ Excepcionalmente, as leis orgânicas dos Tribunais de Contas de Minas Gerais e do Tocantins preveem cautelares e delegam a regulamentação ao regimento interno.

²⁶ FURTADO, Rocha Lucas. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 1122.

²⁷ BRASIL. Tribunal de Contas de Minas Gerais. Disponível em: <http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1531.pdf>. Acesso em 29 jul. 2017. Acesso em: 29.jul.2017.

de Contas da Bahia e o do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, de forma a exemplificar o tratamento em cada nível federativo.

Em âmbito nacional tem-se a Resolução nº 246/2011, que instituiu o atual regimento interno da Cortes de Contas da União. O seu título VIII dispõe sobre as medidas cautelares, contemplando em quatro artigos toda a matéria pertinente. Daí se extrai que tais medidas podem ser determinadas no início ou no curso de processo administrativo apuratório, podendo ser concedida *ex officio* ou a pedido de unidade técnica, equipe de fiscalização ou pelo Ministério Público. A autoridade competente, os requisitos e as medidas a serem ordenadas variam de acordo com o tipo.

Desse modo, além da previsão de “outras providências” via medida cautelar, tem-se: o afastamento temporário do responsável, a indisponibilidade de seus bens por até um ano e a suspensão de ato ou procedimento impugnado. As duas primeiras é de competência do Plenário do Tribunal, tendo por requisitos a existência de indícios suficientes da possibilidade do responsável retardar ou dificultar auditoria ou inspeção, de que pode causar novos danos ao erário ou inviabilizar o seu ressarcimento.

Já para a suspensão, até que seja decidido o mérito da questão suscitada, de ato ou de procedimento impugnado, bem como outras providências cautelares não expressas, são competentes o plenário do Tribunal, seu presidente ou o relator do respectivo processo, sendo requisitos a urgência, o fundado receio de grave lesão ao erário ou ao interesse público ou o risco de ineficácia da decisão de mérito.

Na obra de Luiz Henrique Lima²⁸, tais medidas cautelares são divididas em duas categorias, as incidentes sobre atos administrativos e as que incidem sobre gestores e responsáveis. Na primeira, classifica-as em: suspensão de licitação, de repasse ou pagamento a convênio e de contratos; retenção de valores em pagamento de contrato e, por fim, suspensão de concurso público ou processo seletivo; na segunda, apresenta o afastamento temporário do responsável e a indisponibilidade de bens.

Nessa toada, Valdecir Pascoal cita que a expedição de medida cautelar em certames licitatórios são mais frequentes quando há critérios de julgamentos subjetivos, presença de cláusulas restritivas da competitividade, projetos básicos insubsistentes e inadequação de planilhas de custos, já, com relação a concurso

²⁸ LIMA, Luiz Henrique. *Controle externo*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2015, p. 189.

público, nos casos de exigências ilegais, restrição a competição e ausência de publicidade²⁹.

O Tribunal de Contas da Bahia disciplinou o poder geral de cautela através da Resolução nº 162/2015. Ao dispor sobre as medidas cautelares estabeleceu que sua concessão ou proposição poderia ocorrer via processo em trâmite ou em autos apartados, quando necessário para garantir a efetividade da medida ou para viabilizar o curso regular do processo principal, os quais possuem prioridade de tramitação.

Nessa quadra, também consignou que a propositura das medidas ao Tribunal pleno se dariam pelo presidente ou conselheiro relator, de ofício ou mediante provocação de órgão técnico responsável por auditoria, do Ministério Público de Contas, de qualquer cidadão, licitantes, interessados em participar das licitações públicas, partido político, associação ou sindicato.

Ao deferir competência para concessão de provimentos cautelares ao Tribunal pleno, fixou de modo expresso: a sustação da execução de atos ou procedimentos administrativos eivados de ilegalidade, de atos convocatórios de licitações públicas e atos dos procedimentos licitatórios também eivados de ilegalidade; determinar a suspensão dos efeitos de contrato em curso, até a decisão final do processo, diante de irregularidade; e, reforçando o poder geral cautelar, fez referência a outras medidas acautelatórias.

Quanto aos requisitos, tratando-se de medidas a serem concedidas pelo Tribunal pleno, será a constatação de ilegalidade, de irregularidade contratual ou a existência de ameaça de grave dano de difícil e incerta reparação; já, em relação àquelas ordenadas monocraticamente, ter-se-á por requisito a urgência, o fundado receio de grave lesão ao erário, ao interesse público ou de risco de ineficácia da decisão de mérito a ser proferida.

Na seara municipal, o Tribunal de Contas do Município de São Paulo previu sua competência para determinar providências cautelares no regimento interno, materializado pela Resolução Nº 03/2002. Essa, ao contrário das resoluções acima delineadas, dispôs timidamente sobre a matéria em dois artigos, fazendo constar em seu texto que o relator poderá determinar a suspensão cautelar do procedimento questionado, mediante despacho fundamentado, devendo o mesmo ser submetido à apreciação do plenário na primeira sessão subsequente.

²⁹ PASCOAL, Valdecir. O poder cautelar dos Tribunais de Contas. *Revista do Tribunal de Contas da União*, ano 38, n. 115. maio/agosto 2009, p. 112.

Ademais disso, e inusitadamente, fez constar que o citado Tribunal poderá recomendar (e não ordenar), cautelarmente, no início ou no curso de qualquer processo de apuração, o afastamento temporário do responsável, se existirem indícios suficientes de que, mantido no exercício de suas funções, possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar danos ao erário ou inviabilizar o seu ressarcimento. Causa estranheza a previsão de mera recomendação, algo não encontrado noutros regimentos internos ou atos disciplinadores da matéria.

Impõe frisar, que boa parte das denúncias e representações dirigidas aos Tribunais de Contas retratam ilegalidades em procedimentos licitatórios, a exemplo de edital com cláusula que fere a isonomia ou a competitividade, em concursos públicos, por exigir requisito não permitido em lei, e na execução de contratos. De todo modo, em qualquer desses casos, a verificação preliminar de irregularidades com a decretação da medida cautelar visa garantir a efetividade da ação de controle ou prevenir a ocorrência de lesão ao erário ou a direito alheio.

Verificado o tratamento das cautelares nos Tribunais de Contas, consagrado nos três níveis federativos, se cotejarmos com a atual tutela provisória de urgência cautelar do Código de Processo Civil, podemos constatar algumas semelhanças, como o fato do provimento cautelar advir de um processo em tramitação ou ser requerido em procedimento próprio, a possibilidade de ser concedida *ex officio*, a exigência do *periculum in mora* fundado no risco de dano irreparável ou de ineficácia de futura decisão de mérito, combinada com a necessidade de proteger um interesse ou direito ameaçado de lesão e, ainda, a previsão de um poder geral cautelar a ser exercitado pela concessão de medidas específicas e outras a serem verificadas no caso concreto.

Tamanha a similaridade do mecanismo assecuratório empregado que os Tribunais supramencionados fizeram constar em seus atos reguladores dispositivos prevendo a aplicação subsidiária das normas processuais civis vigentes ou consagraram referência direta as disposições do Código de Processo Civil, o que também se encontra prescrito em boa parte das leis orgânicas de outras Cortes de Contas.

As normas autorizadas, entretanto, têm sido rechaçadas por alguns autores, os quais sustentam: não competir as Instituições de Contas estabelecerem normas sobre processo; que as competências previstas na Constituição Federal são taxativas, não cabendo ampliação por norma infraconstitucional ou, ainda, a impropriedade da

teoria evocada pelo Supremo Tribunal Federal para consentir o exercício do poder cautelar nos processos administrativos de controle externo, como se verá na sequência.

4 A LEGITIMIDADE DOS TRIBUNAIS DE CONTAS PARA A EXPEDIÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES

Com efeito, não há norma constitucional autorizando os Tribunais de Contas a adotarem medidas cautelares nos processos administrativos de sua competência. Contrariamente, o art. 71, IX e X, da Constituição prevê assinar prazo para a correção de ilegalidades, cujo não atendimento, autorizaria a sustação dos atos impugnados. Em se tratando de contrato, o §1º do referido artigo dispõe que a sustação será adotada pelo Poder Legislativo correspondente, o qual solicitará medidas do Executivo. Nesse caso, apenas se, após noventa dias, não forem efetivadas as medidas necessárias, poderá o Tribunal de Contas decidir a respeito.

Na esfera legal federal, no entanto, há, excepcionalmente, as medidas de indisponibilidade de bens e afastamento temporário do responsável na legislação orgânica do Tribunal de Contas da União, a Lei nº 8.443/1992, consoante art. 44, §2º, que nada versa sobre o procedimento a ser adotado nem trata das demais cautelares disciplinadas na resolução que corporifica suas normas de regência interna. Assim, o rito procedimental e demais medidas de suspensão de ato ou procedimento impugnados se encontram em ato normativo do órgão.

Apesar disso, é corriqueira a expedição de provimentos dessa natureza nos feitos que auxiliam o Poder Legislativo da União, configurando o que a doutrina e a jurisprudência passaram a chamar de poder geral de cautela. Porém, o amparo jurídico para seu exercício, está consagrado, na maior parte, em atos normativos, o que tem gerado insurgência por parte da doutrina e, especialmente, dos sujeitos afetados pelas medidas cautelares.

4.1 FUNDAMENTOS DA REGULAÇÃO EM ATO NORMATIVO E O CONTRAPONTO DOUTRINÁRIO

A Constituição da República permite que os Tribunais de Contas exerçam, no que couber, as atribuições privativas concedidas aos órgãos do Poder Judiciário, das

quais, importa ao presente trabalho, a de elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos seus respectivos órgãos, consoante art. 73 c/c o art. 96, I, “a”. A partir daí, as Cortes de Contas entendem reconhecida sua competência para criar, via regimento interno, institutos processuais necessários ao desempenho de suas atividades.

Assim, em nível federal e, por força do princípio da simetria, na seara estadual e municipal, depara-se, majoritariamente, com resoluções dispondo sobre o poder cautelar geral, isto é, regrado seu procedimento, espécies de medidas e demais regras pertinentes. Tais normas, é cediço, se referem as regras processuais atinentes à função administrativa, cujo manuseio se implementa nos processos administrativos de controle, incidindo sobre terceiros interessados e, sobretudo, autoridades administrativas responsáveis pela atuação do Poder Público.

Por outro lado, entende-se que a competência para elaborar o regimento interno, dispondo sobre as atribuições e funcionamento dos órgãos das Cortes de Contas não se confundem com competência legislativa, a qual se traduz na produção de normas jurídicas autônomas. No dizer de Marçal Justen Filho, “a função primordial do Tribunal de Contas não é editar normas gerais e abstratas, destinada a regular a conduta daqueles que administram recursos públicos. Ou seja, o Tribunal de Contas não é órgão dotado de poderes legiferantes”.³⁰ Acrescente-se, ainda, que “tem-se entendido, a propósito, ser vedado ao TC expedir normas gerais e abstratas no pretense exercício do poder regulamentar, privativo do Poder Executivo”.³¹

Por isso, é argumento recorrente nas impugnações judiciais contra as medidas cautelares dos Tribunais de Contas a falta de competência legal para tanto, especialmente por serem determinadas no curso dos processos de contas. As normas de processos administrativos não se encontram sedimentadas num código processual, sobretudo as de controle externo, demandando, portanto, legislação própria.

Ademais disso, há questionamento acerca da possibilidade dos Órgãos de Contas disporem, em seus regimentos internos ou resolução específica, acerca de

³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1083.

³¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 1261.

institutos processuais. É o que se vê no pensamento de Aderbal Amorim, ao escrever que discorda vivamente da competência do Tribunal de Contas da União, por meio do regimento interno, ou dos Estados-membros, mediante lei, ou das Cortes de Contas locais – estaduais ou municipais -, na via regimental, estabelecerem regra de natureza processual, por caber privativamente à União fazê-lo³². É sabido que as medidas cautelares são expedidas no início ou no curso do processo de contas, sendo o rito a elas destinado todo regulado através de norma infralegal dos Tribunais de Contas.

Como sobredito, o provimento cautelar é um mecanismo de cunho processual deferido dentro de um processo administrativo de contas, tendo toda a sua ritualística, desde a instauração, deferimento ou julgamento, até a revogação da medida acautelatória, prevista em resolução, indo, portanto, na contramão do que dispõe o art. 22, I, c/c seu parágrafo único, da Constituição de 1988. Esse dispositivo estabelece que cabe privativamente à União legislar sobre direito processual, entre outros ramos, bem como delega a lei complementar autorizar os Estados a legislarem sobre questões específicas nele previstas.

Contudo, assevera ainda o supracitado autor ser inconstitucional legislar sobre processo e procedimento em lugar de dispor unicamente acerca de suas competências e funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos, conforme expressamente deferido pela norma constitucional. Assim, afirma não poder o regimento interno das Cortes regular matéria processual, por se tratar de competência privativa da União, através do Congresso Nacional, não cabendo à lei ordinária, como é o Código processual civil, exercer delegação dessa ordem.

Noutro viés, entre os autores que demonstram repúdio a expedição de medidas cautelares nos processos dos Tribunais de Contas está o administrativista Carvalho Filho. Ao discorrer sobre as funções atribuídas aos Órgãos de Contas, acentua que são básica e exatamente as constantes no art. 71 da Constituição., sendo aplicáveis, em função do princípio da simetria constitucional, às Instituições da mesma natureza em nível estadual e municipal³³.

³² AMORIM, Aderbal Torres de. A inconstitucionalidade do sistema processual dos Tribunais de Contas, uma proposta de lei nacional. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 31, n. 142, dezembro 2006, p. 107.

³³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 1259.

Ressalta, todavia, que os demais Tribunais de Contas não podem se arvorar em competências outras cujo teor não consta entre as funções consagradas pela norma constitucional. Nesse contexto, acrescenta que indagações já foram levantadas quanto a faculdade de ordenar suspensão cautelar de processo licitatório. Como está previsto assinar prazo para o órgão ou entidade adotar medidas para restaurar a legalidade e, apenas se não atendido, sustar a execução do ato impugnado, comunicando as Casas Legislativas, assevera “que o poder de cautela também há de depender do descumprimento oportuno da recomendação prévia dirigida ao órgão administrativo”³⁴.

Como se vê, o citado autor caminha no sentido da observância estrita das competências atribuídas aos Órgãos de Contas brasileiros pela Carta Magna, isto é, não cabendo atuar de modo a extrapolar os limites previstos. Assim percebe sem, no entanto, questionar a relevância ou não da função exercida para a regularidade da gestão administrativa, o que acredita não ser autorizativo para uma atuação além do que foi contemplado pelo sistema constitucional.

Na mesma trilha, e com posicionamento mais rigoroso, o constitucionalista André Tavares entende que os Tribunais de Contas receberam uma moldura própria de competências, de modo estrito, conforme previsão na Carta Magna brasileira, não podendo o campo competencial atribuído ser alargado, nem mesmo com base argumentativa em pretensa autonomia federativa.³⁵ Nesse particular, aduz “o rol de atribuições do art. 71 é taxativo, isto é, os Tribunais de Contas não podem acrescer, ao catálogo de suas competências, seja por Constituição estadual, por Lei federal ou por seu Regimento, funções não mencionadas na Constituição do Brasil (...).³⁶”

Esse entendimento é de peculiar importância face ao enfrentamento da tutela cautelar nas Cortes de Contas. Como foi visto, ao contrário do que assevera o autor, tal competência está disciplinada, em regra, nos regimentos internos ou resoluções específicas dos órgãos auxiliares do controle externo, em que pese inexistir competência expressa na Constituição Federal. Por outro lado, é sabido que os atos regulamentares gozam de validade, desde que observados os critérios para sua

³⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 1261.

³⁵ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 996.

³⁶ *Ibidem*, p. 996.

edição, podendo gerar consequências àqueles que ignorarem as imposições dele decorrentes.

Desse modo, até que seja declarada sua ilegalidade pelo Poder Judiciário, produzirá efeitos, sendo necessário aos atingidos pelas providências cautelares buscar tutela jurisdicional. Isso porque os atos praticados com a mácula da ilegalidade ou inconstitucionalidade, permanecem no ordenamento jurídico produzindo seus regulares efeitos, até que um órgão estatal competente determine ou decrete a sua invalidade.³⁷

Assim, embora se possa concluir pela impossibilidade da competência para adoção de cautelares nos processos administrativos de controle, face à ausência de previsão expressa no texto constitucional, tal assertiva encontra algumas dificuldades, visto que, ao ser provocado, em sede de mandado de segurança, o Supremo Tribunal Federal decidiu de forma favorável ao exercício do poder cautelar. Vale salientar, todavia, que o principal julgado sobre o tema não foi decidido por unanimidade, mas por maioria, sendo o voto divergente no mesmo sentido do referido autor, ou seja, pela taxatividade do rol de competências constitucionais, como será demonstrado no subcapítulo mais à frente.

No prisma da taxatividade das competências dos órgãos auxiliares também caminha Edmilson Todeschini, ao publicar artigo sobre o controle do Tribunal de Contas sobre os atos da Administração Pública Municipal, em que escreveu “O exercício do controle externo pelos Tribunais de Contas da União e dos Estados deve limitar-se às competências que lhes são conferidas pelo ordenamento constitucional”³⁸. Assim, segue-se para a abordagem em sentido oposto.

4.2 ARGUMENTOS DOUTRINÁRIOS FAVORÁVEIS

Apesar dos questionamentos acima expostos, existem doutrinadores³⁹ que, ciente das dificuldades sobre o tema, apenas mencionam haver legitimidade na

³⁷ MORAES, Silvio Freire de. A proibição do excesso: observância da segurança jurídica na atuação dos Tribunais de Contas. *Fórum administrativo* – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 9, n. 104, Out. 2009, p. 50.

³⁸ TODESCHINI, Edmilson. O controle do tribunal de contas sobre os atos da administração pública municipal. *Fórum Municipal & Gestão das Cidades – FMGC*, Belo Horizonte, ano 2, n. 7, set./out. 2014, p. 6.

³⁹ Nesse sentido, Furtado (FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010), Gustavo (BARCHET, Gustavo. *Direito administrativo*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO, 2016.), Wander (GARCIA, Wander. *Manual*

adoção de provimentos cautelares, sem aprofundar na discussão trazida à baila, uns com base nos regimentos internos dos Órgãos de Contas e, a grande maioria, fazendo referência aos julgados do Supremo Tribunal Federal nesse sentido.

Noutra banda, encontramos vários posicionamentos favoráveis ao poder geral acautelatório nos Tribunais de Contas, independente da forma como está disciplinado o processamento e a concessão de suas medidas. Nesse sentido é a obra de Hely Lopes Meirelles, em que registra haver competência para a expedição de medidas cautelares, quando destinadas a conferir real efetividade as deliberações finais do órgão⁴⁰.

Aduzindo que a medida cautelar “é bastante eficaz por evitar a formalização e a execução de contratos que, já na fase de licitação, demonstravam ser potencialmente danosos para o patrimônio público e para o legítimo interesse dos licitantes”⁴¹, Ricardo Alexandre e João de Deus entendem pela legitimidade, fazendo alusão ao reconhecimento dado pelo Supremo Tribunal Federal quando negou a segurança em mandado que visava cancelar os efeitos de determinada medida.

De forma semelhante, ao escrever sobre jurisdição e aplicação de penalidades pelos Tribunais de Contas, Carlos Motta dispõe que as Cortes de Contas estão solidamente legitimadas para suspender atos convocatórios de licitações ilegais, bem como recomendar o reexame de contratos, em razão do art. 71, V, da Constituição Federal e no poder de cautela. Para tanto, fundamenta sua posição afirmando que frente a previsão de representação por qualquer licitante, contratado, pessoa física ou jurídica, consagrada no art. 113, §1º, da Lei de Licitações, deve ser expedida medida cautelar, caso haja incidência de dano, demora de providências corretivas ou eventual interrupção destas via ordinária⁴².

Com linha de pensamento similar, Valdecir Pascoa sustenta que a autorização de controle prévio da Administração Pública, prevista no art. 71, IX e X da Constituição Federal, demonstra a intenção do legislador constituinte em permitir que as Cortes de

completo de direito administrativo para concursos. 1. ed. São Paulo: Editora Foco Jurídico, 2014.) e Alexandre (MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 7. ed. atualizada de acordo com o NCPC. São Paulo: Saraiva, 2017.).

⁴⁰ MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito administrativo brasileiro*. 41ª. ed. atual. até a Emenda Constitucional 84, de 02.12.2014. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 826.

⁴¹ ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito administrativo*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, p. 711.

⁴² MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Jurisdição dos Tribunais de Contas e aplicação de penalidades*. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, Belo Horizonte, v. 8, n. 85, janeiro. 2009, p. 21.

Contas atuem preventivamente e coíbam as ilegalidades que poderiam se consumir. A partir disso, faz referência ao supracitado dispositivo da Lei nº 8.666/93, realçando a sintonia legal com o defendido desejo constitucional, visto que seu art. 113, §2º, possibilita aos Tribunais de Contas examinar editais de licitação e, em caso de haver irregularidades e falhas, determinar ao gestor a correção das mesmas⁴³.

Portanto, como as medidas cautelares são adotadas de forma prévia, a exemplo do exame de editais de licitação, entende, o autor, que a fixação da competência corretiva em sede constitucional, ainda que inexista nos incisos do sobredito dispositivo autorização para o poder de cautela, é forçoso admitir sua possibilidade como imanente ao próprio exercício das atribuições e competências dos órgãos de controle.

Ao tratar da cautelaridade nos Tribunais de Contas, Henrique e Rachel⁴⁴ citam que a tradicional lentidão da justiça não é algo restrito aos processos jurisdicionais, ocorrendo também no processo administrativo, podendo causar prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação, ensejando o mister de construir técnicas capazes de conter o efeito lesivo da demora em se obter a decisão final. Daí porque, com base em precedente firmado pelo Supremo reconhecendo competência cautelar, afirmam ser possível seu exercício, mesmo não estando prevista na lei orgânica dos referidos órgãos. Nesse sentido, ganham destaque as providências cautelares no contexto dos processos dos Tribunais Contas, com uma pretensa identificação com a teoria da cautelaridade do processo civil.

O constitucionalista Pedro Lenza⁴⁵, ao abordar a possibilidade de concessão de medidas cautelares para assegurar o exercício das atribuições dos Tribunais de Contas, o faz com base no julgamento do mandado de segurança 26.547-7 pela Suprema Corte brasileira, mas acrescenta que os meios implícitos decorrentes das atribuições expressas devem passar por um juízo de razoabilidade e proporcionalidade.

Consustanciada em julgados do Supremo Tribunal Federal, em especial pelos acórdãos exarados nos mandados de segurança nº 24.510-7 e 26.547, que melhor

⁴³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Disponível em: <http://revista.tcu.gov.br/ojsp/index.php/RTCU/article/download/320/365>. Acesso em: 26 jul. 2017.

⁴⁴ BRASIL. Tribunal de Contas de Minas Gerais. Disponível em: <http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1531.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2017.

⁴⁵ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 18ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 701.

tratam do assunto, Tatiana Takeda leciona que a posição adotada nos referidos julgamentos abarcam não só as demandas de competência judiciária, mas também tem aplicação pelos Tribunais de Contas. Assim, entende que, arrimada na missão imposta pela Constituição e na teoria dos poderes implícitos, é imperativa a admissibilidade da expedição de medidas de natureza cautelar pelas Cortes de Contas.⁴⁶

4.3 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Entre as manifestações da Corte Suprema acerca do poder geral de cautela no processo administrativo de controle externo, ganha destaque a decisão proferida em 2003, no mandado de segurança nº 24.510-7⁴⁷, que visava anular medida cautelar responsável por ordenar a imediata suspensão da tomada de preços destinada a contratação de escritório de advocacia em Brasília, pela Companhia das Docas de São Paulo.

A relatoria do *mandamus* coube a ministra Ellen Gracie que, em seu voto, afirmou existir legitimidade para a expedição de medidas cautelares pelo Tribunal de Contas da União já que, na forma do art. 113, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666/1993 tem competência para examinar editais de licitação publicados, o que se coadunaria com a atribuição constitucional de assinar prazo para o órgão ou entidade adotar as providências necessárias ao cumprimento da lei. Nesse passo, ao denegar a ordem, fez referência apenas a disciplina constante no regimento interno do referido órgão, a resolução nº 246/2011, apoiando-se, ainda, em parecer presente nos autos.

Nada obstante, o ministro Carlos Ayres Brito apresentou voto em sentido oposto, sustentando carecer ao Órgão de Contas federal competência para sustar a realização de certames licitatórios promovidos por órgãos ou entidades da Administração Pública. Ao fundamentar sua posição, aduziu que o elenco de atribuições presentes no art. 71 da Constituição da República foi fixado em *numerus clausus*, isto é, de forma hermética. Esclareceu também constar nos incisos X e XI do

⁴⁶ Instituto Mauro Borges de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos, Secretaria de Estado de Gestão e Planejamento, Governo de Goiás. Disponível em: <http://www.imb.go.gov.br/pub/conj/conj16/artigo11.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2017.

⁴⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24.510-7-DF. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86146>. Acesso em: 22 jul. 2017.

dispositivo retro, disposição no sentido de ser assinado prazo para a correção de ilegalidades e, caso não atendido, aí sim caberia a sustação do ato impugnado.

Na discussão sobre a forma de interpretar as competências enumeradas no art. 71 da Constituição, aventou-se que deveria ser adotada uma interpretação sistemática e não *strictu sensu*. Daí surgiu a reflexão sobre o poder cautelar das Instituições de Contas estar inserido entre as competências implícitas. Para asseverar tal concepção valeu-se de formulação realizada em torno dos poderes implícitos, oriunda da doutrina americana, empregada no julgamento do caso *McCULLOCH v. MARYLAND*, que remonta ao ano de 1819. Nesse julgado se enfatizou que ao conferir a um mesmo órgão estatal competências expressas, importaria também na outorga implícita de meios necessários à consecução plena dos seus fins.

Nas palavras do ministro Celso de Mello, haveria legitimidade constitucional em competir índole cautelar, fundada na exposta teoria americana, para permitir adoção de medidas acautelatórias nos processos de controle, em vez de adotar uma interpretação reducionista das atribuições constitucionais. Daí se extraiu que a deferência de poderes explícitos supunha o reconhecimento, ainda que implícito, da detenção de meios capazes de proporcionar a adoção de medidas cautelares destinadas a dar concreta efetividade as decisões finais, impedindo a ocorrência de prejuízo ao erário.

Assim, a decisão final indeferiu, por maioria, o mandado de segurança impetrado, vencido, portanto, o voto divergente, cujo teor concedia a segurança para afastar a cautelar do Tribunal de Contas da União, reiterando a necessidade de primeiro assinar prazo, por inexistir poder cautelar ao referido Tribunal. O ministro que se contrapôs a relatoria manteve seu voto por acreditar na vinculação entre primeiro o órgão de controle assina prazo e, caso desatendida a ordem de correção da ilegalidade, determinaria a sustação, na estreita forma prescrita pelo art. 71, IX e X, da Constituição.

No ano de 2007, o Supremo foi novamente instado a se manifestar sobre o poder cautelar geral nos Tribunais de Contas, nos autos do mandado de segurança nº 26.547-7⁴⁸, impetrado pela Companhia das Docas do Estado da Bahia contra medida cautelar expedida pelo Tribunal de Contas da União. A medida impugnada

⁴⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 26.547-7-DF. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=603028>. Acesso em: 22 jul. 2017.

havia determinado a anulação da concorrência nº 3/2004 e a suspensão da execução do contrato nº 16/2006.

O relator do *writ*, ministro Celso de Mello, indeferiu o pedido liminar de suspensão dos efeitos da providência cautelar imposta à referida Companhia. Em seu arrazoado, voltou a reconhecer que assiste a Corte de Contas da União o poder geral de cautela, com base na teoria americana dos poderes implícitos, ressaltando que se tratava de prerrogativa institucional decorrente, por implicitude, das atribuições outorgadas expressamente pela Constituição, como no julgado acima.

Desse modo, mais uma vez, o entendimento foi baseado em preceito doutrinário alienígena ao direito brasileiro, *in casu*, construído pela mais alta Corte americana, em que se formulou a doutrina dos poderes implícitos no caso McCULLOCH versus MARYLAND, em 1819. Malgrado se trate de teoria advinda do século XIX, tem sido citada em vários julgados do atual século XXI, consagrando que a outorga de competência expressa a certo órgão do Estado implica em deferimento implícito dos instrumentos necessários a completa realização das finalidades que a ele incumbe.

Dois anos mais tarde, em 2009, o Supremo Tribunal Federal foi provocado pelo Tribunal de Contas do Maranhão, via pedido de suspensão de segurança nº 3.789⁴⁹, pretendendo anular a decisão do Tribunal de Justiça que, nos autos do mandado de segurança nº 10363/2009, suspendeu liminarmente os efeitos das suas medidas cautelares impostas ao Estado do Maranhão. O provimento cautelar afastado pelo Tribunal de Justiça maranhense visava interromper a abertura de créditos suplementares por aquele Estado, cujos efeitos causaria gravame ao erário estadual e tornaria inefetiva a decisão final do processo de controle.

Ao deferir o pedido de suspensão da segurança, afastando a liminar que suspendeu as medidas cautelares da Corte de Contas do Maranhão, o ministro Cezar Peluso fez menção apenas ao primeiro julgado supracitado. Em sua exposição, afirmou reconhecer ao Tribunal de Contas estadual competência para, diante de fundado receio de lesão à ordem jurídica, expedir medidas cautelares, visto que, do contrário, sua competência fiscalizatória restaria prejudicada e incapaz de assegurar a efetividade de suas decisões.

⁴⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Suspensão de Segurança nº 3.789. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=267129>. Acesso em: 01 jul. 2017.

Em 2014, ingressa na Suprema Corte o pedido de suspensão de segurança nº 4.878⁵⁰, formulado pelo Estado do Rio Grande do Norte, contra decisão do Tribunal de Justiça que deferiu liminar no mandado de segurança nº 2013.019602-6 para desbloquear bens constrictos por medida cautelar do Órgão de Contas do mesmo Estado. A adoção da cautelar se deu para assegurar possível ressarcimento ao erário no curso da apuração do evento conhecido como o “Escândalo dos Precatórios do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte”.

Novamente, foi deferida a suspensão da liminar que afastou a providência cautelar, restaurando os efeitos do bloqueio determinado pelo Tribunal de Contas estadual sobre os depósitos bancários da parte afetada até que fosse julgado definitivamente o pleito. Dessa vez, assim decidiu o ministro Joaquim Barbosa por entender presente a verossimilhança nas alegações de profundos danos ao erário, para os quais havia concorrido o destinatário da medida, bem como pela necessidade dos reparos necessários e da correção no descrédito dado à efetividade e à lisura do Judiciário.

Mais recentemente, em 2015, no bojo do processo de controle que apurava possíveis irregularidades no processo de aquisição da refinaria americana de Pasadena pela Petrobrás América, subsidiária da Petróleo Brasileiro S.A., através de tomadas de contas especial em curso no Tribunal de Contas da União, valeu-se de decisão cautelar diante da possibilidade de dano ao erário, decorrente de gestão temerária e conduta antieconômica pelos agentes públicos responsáveis, o que gerou a impetração de novo *mandamus* junto à Supremo Corte.

Ao julgar o referido mandado de segurança nº 33.092⁵¹, impetrado contra acórdão do Tribunal de Contas da União que ordenou a indisponibilidade dos bens dos impetrantes, o Supremo Tribunal Federal voltou a reconhecer o poder geral de cautela nos processos administrativos de contas, mantendo a indisponibilidade antes decretada. Nesse julgado, como na maioria dos já citados, houve menção ao julgamento do mandado de segurança nº 24.510-7, que reconheceu haver competência implícita para o poder cautelar dos Órgãos de Contas consubstanciada como prerrogativa institucional decorrente das atribuições expressas na Constituição.

⁵⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Suspensão de Segurança nº 4.878. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4525774>. Acesso em: 01 jul. 2017.

⁵¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 33.092. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4607047>. Acesso em: 01 jul. 2017.

Vê-se, portanto, que a Corte Suprema entendeu, face à ausência de dispositivo constitucional autorizador de medidas cautelares, caber tal providência à luz da teoria dos poderes implícitos, sob o argumento de ter sido ela consagrada implicitamente entre as competências constitucionais expressas. Portanto, inobstante a verificação de outros argumentos no corpo dos julgados, o amparo jurídico se funda na competência implícita, corroborando a ideia de que o poder geral de cautela é imanente ao próprio exercício das atribuições dos órgãos auxiliares do controle externo.

Danielle Arcoverde, porém, ressalta que “o poder geral de cautela mostra-se mitigado, atenuado. Trata-se de um poder limitado, restrito a um enfoque protetivo, do ordenamento jurídico-constitucional, do erário e, noutra senda, circunscrevendo-se à busca da eficácia e da eficiência das deliberações finais (...)”. Afirma ainda que patenteada a aplicação de cautelares nos processos de controle, deve-se restringi-las aos contornos traçados pelos julgados do Supremo Tribunal sobre o tema⁵².

Não se pode perder de vista, entretanto, que houve a importação de teoria edificada em ambiente e contexto jurídico estranho a realidade brasileira, cujas peculiaridades, por certo, se distinguem. Tanto é que, ao dizer que o fundamento usado para embasar a posição adotada, basicamente, é o da prerrogativa institucional implícita, André Tavares⁵³ adverte que a doutrina dos poderes implícitos foi criada por Marshall para um poder específico em disputa federativa, mas que foi ampliada com o passar do tempo para justificar competências parlamentares implícitas ao poder de elaborar leis e legitimar a edição de atos normativos do Executivo como condição de exercício da função administrativa.

Todavia, é sabido que a existência de julgados não impede a mudança de pensamento pelos membros do Supremo Tribunal, sendo ainda mais provável tal acontecimento por inexistir enunciado de súmula consagrando o entendimento supramencionado. Frise-se, inclusive, que a teoria sobredita foi formulada em momento que precedeu a Constituição de 1824.

⁵² ARCOVERDE, Danielle da Silva. O poder geral de cautela nos tribunais de contas sob a óptica do controle externo eficiente e eficaz, com enfoque especial no Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco. *Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 110, mar. 2013. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12891&revista_caderno=9. Acesso em: 01 jul. 2017.

⁵³ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 997/998.

4.4 PROCESSOS LEGISLATIVOS EM TRÂMITE

Expostas as discussões jurisprudenciais acima, impõe mencionar que a proposta de emenda constitucional nº 329/2013⁵⁴, trazia para a ordem jurídica brasileira importantes alterações, das quais importa ao tema em análise a previsão de que as normas gerais relativas a competência e processo dos Tribunais de Contas, além do que dispõe a Constituição, seriam fixadas em lei complementar de iniciativa do Tribunal de Contas da União. Sem incertezas, a edição de legislação geral, aplicável em todos os níveis federativos, permitiria o regramento de competências complementares, como o são as medidas cautelares.

No entanto, embora apresentasse relevantes inovações, a exemplo da criação de um sistema nacional dos Tribunais de Contas para combater à corrupção e propiciar a transparência e o estímulo ao controle social, a sobredita proposta de emenda está com sua discussão suspensa devido à retirada de pauta da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, de ofício, por acordo, representando verdadeira manobra dos parlamentares para manter a influência política sobre as Instituições de Contas e o não aprimoramento dos seus instrumentos de controle.

Outrossim, é forçoso citar a existência da proposta de emenda constitucional nº 40/2016⁵⁵ visando alterar os arts. 24, 49, 72, 75 e 163 da Constituição Federal. Objetiva, ainda, acrescentar o art. 73-A ao texto constitucional e o art. 101 ao ato das disposições constitucionais transitórias, tudo com o escopo de estabelecer padrão nacional de processo de controle externo dos Tribunais de Contas. Dentre as mudanças mais importantes para o presente trabalho está a inserção do inciso XVII ao supracitado art. 24, prevendo competência para os entes federativos legislarem, de forma concorrente, sobre processo de controle.

Mas não é só, pretende-se também modificar o caput do art. 75 da Constituição para incluir, ao final de sua redação, “nos termos de lei complementar”, de modo que a aplicação, aos Tribunais de Contas estaduais e municipais, das normas da seção que trata da fiscalização contábil, financeira e orçamentária dependerá de atividade

⁵⁴ BRASIL, Câmara dos Deputados. Proposta de emenda constitucional nº 329/2013. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597232>. Acesso em: 18 ago. 2017.

⁵⁵ BRASIL, Senado Federal. Proposta de emenda constitucional nº 40/2016. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126520#documentos>. Acesso em: 24 jul. 2017.

legislativa futura, que definirá os limites e os contornos de aplicação no âmbito dos Estados e Municípios, através de seus respectivos órgãos de contas.

Embora o texto da emenda proposta não sugira o acréscimo do poder geral de cautela entre as competências enumeradas no art. 71 da Constituição de 1988, que autorizaria a expedição de medidas cautelares, prevê a criação de uma norma geral de processo dos Tribunais de Contas. Assim, nada obsta que referida legislação nacional discipline o tema, permitindo uma atuação mais eficiente no controle da Administração Pública, uniformizando as regras processuais e seus procedimentos, observadas as peculiaridades dos entes federados. Porém, atualmente, a proposta se encontra parada na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

Por fim, mais recentemente, foi apresentada nova proposta de emenda à constituição nº 22/2017⁵⁶ a qual, diferente das anteriores, pretende inserir a competência para legislar sobre processo de controle externo como matéria privativa da União, com iniciativa da sua Corte de Contas, através da inclusão do inciso XXX no art. 22 da Carta Magna brasileira e, ainda, criar um Conselho Nacional dos Tribunais de Contas, entre outras modificações.

Apesar de algumas distinções, tem-se mais uma tentativa de padronizar a atuação dos Tribunais de Contas através da edição de legislação processual nacional de controle externo. Logo, nada obsta a inserção da competência cautelar na referida norma, de modo a padronizar a concessão das medidas assecuratórias nos processos de contas. Todavia, o trâmite legislativo dessa proposta também não é dos melhores, visto que continua estagnado na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

A presença de várias propostas legislativas para incrementar a atuação dos Tribunais de Contas é um indicativo de que o atual modelo de controle encontra-se defasado, exigindo um aprimoramento, o que se reforça ante as constantes denúncias de desvios de recursos públicos e aumento da corrupção noticiados na mídia televisiva. Nessa ótica, acentua Hélio Mileski “é possível materializar um projeto codificador para o processo de fiscalização do Tribunal de Contas, pois irá produzir benefícios práticos como: criação de um sistema nacional de fiscalização, com harmonização de ações, procedimentos e decisões”⁵⁷.

⁵⁶ BRASIL, Senado Federal. Proposta de emenda constitucional nº 22/2017. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129565>. Acesso em: 24 jul. 2017.

⁵⁷ MILESKI, Hélio Saul. Codificação no direito público: entre estabilidade do dogma e o dinamismo da fiscalização. *Revista Técnica dos Tribunais de Contas – RTTC*, Belo Horizonte, ano 2, n. 1, set. 2011, p. 145.

Como visto, impõe-se cada vez mais a aprovação de norma que confira expressamente a competência cautelar aos Órgãos de Contas, de maneira uniforme, legitimando o que já vem sendo adotado por alguns Tribunais e reconhecido pela jurisprudência. A adequação dos métodos e técnicas de fiscalização, além dos instrumentos processuais, é um mister contínuo, de modo a ensejar eficiência do controle externo e a efetiva responsabilização dos gestores de recursos públicos.

CONCLUSÃO

Face ao exposto, é notória a indispensabilidade da atuação dos Tribunais de Contas na fiscalização e controle dos atos de gestão e emprego de verbas públicas para garantir a esmerada aplicação em favor da sociedade e coibir desperdícios indevidos e desvios ilegais pelos agentes públicos responsáveis. Para tanto, a Constituição Federal elencou inúmeras competências a serem exercidas pelos órgãos auxiliares do controle externo, quer na esfera federal, estadual ou municipal, com autonomia e independência, sem subordiná-los a qualquer dos Poderes da República.

Em que pese o poder geral de cautela não esteja prescrito na Constituição nem na maioria das normas legais que organizam os Órgãos de Contas, é inegável a utilidade das medidas cautelares para evitar lesão grave ou de difícil reparação ao erário, em virtude de conduta lesiva à ordem jurídica ou ao patrimônio público. Com efeito, não se pode ignorar que esperar a deliberação final num processo de fiscalização, sobretudo diante de eventual retardamento, pode comprometer e frustrar o resultado definitivo da decisão de mérito, o que impõe, por óbvio, uma atuação preventiva.

Tanto é que o Supremo Tribunal Federal se posicionou reiteradamente a favor do exercício do poder cautelar geral nos processos submetidos aos Tribunais de Contas, ainda que com base na teoria dos poderes implícitos. Esse reconhecimento foi extraído da atribuição de outros poderes explícitos na Constituição, dentre os quais também comporia a esfera de atribuições institucionais a concessão de provimentos cautelares, como instrumento hábil a efetivar as demais competências. Esse entendimento, portanto, ratificou o poder geral de cautela como prerrogativa que decorre por implicitude daquelas expressamente consignadas.

Sabemos que a falta de legislação de âmbito nacional sobre os processos de fiscalização dos Tribunais de Contas é uma realidade, em especial por decorrência da

forma federativa do Brasil, fazendo com que cada órgão auxiliar possua legislação própria acerca de seus processos. Contudo, entendemos que, na atualidade, a existência de disposição expressa sobre a aplicação das disposições do Código de Processo Civil em processos administrativos, de forma supletiva e subsidiária, face à falta de normas que regulem determinados institutos, soluciona, até que sobrevenha emenda constitucional ou lei específica, a problemática sobre a adoção de providências cautelares nos processos de contas.

Pensamos que andou muito bem o legislador ordinário ao fixar referida disposição na novel legislação processual civil, cujo conteúdo dá suporte teórico as medidas cautelares nos processos dos Tribunais de Contas. Tal previsão veio consolidar o que algumas leis e atos normativos dos Tribunais já dispunham, isto é, a possibilidade de aplicação do Código de Processo Civil em suas demandas processuais. Agora, sob expressa previsão legal, com mais razão, transplantam-se da teoria da cautelaridade processualista civil para o processo de controle as regras àquela pertinente.

Assim, com fundamento na previsão do art. 15 da Lei nº 13.105/2015, nos filiamos a parte da doutrina que se manifesta favorável a expedição de cautelares nos processos de competência dos Tribunais de Contas. Tamanha a pertinência na aplicação do instituto que, assim como ocorre no processo civil, a ordem cautelar poderá se dá no curso de um processo de controle ou, antecipadamente, no bojo de uma representação ou denúncia sobre ilegalidades a serem apuradas em processo futuro. O caráter provisório da tutela cautelar realça a sua compatibilidade em âmbito processual de controle, como se dá no civil, posto que a mesma não se presta a declaração ou a satisfação do direito, mas sim a assegurá-lo frente a perigo de dano.

Corroboramos, ainda, com o pensamento no qual o exercício do poder acautelatório deve ocorrer de forma razoável e proporcional, sendo inadmissível o arbítrio do julgador na concessão das medidas e sem descuidar do exame rigoroso dos requisitos exigidos, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Ademais, é imprescindível que a decisão do Órgão de Contas nos processos de controle seja fundamentada, com exposição das razões que a ensejam e com o imperioso respeito ao contraditório e a ampla defesa, em consonância com o devido processo legal. Assim, afirmamos ser legítima a expedição de medidas cautelares vocacionadas a afastar situações lesivas ao erário, até ulterior deliberação.

Nessa perspectiva, acreditamos cabível o entendimento ora sustentado com o fito de permitir aos Tribunais de Contas a obtenção do resultado prático de suas decisões. Frise-se que, nem sempre, os julgamentos poderão ser deferidos de imediato, pois, não raro, consomem tempo, colocando em risco o implemento de manifestação posterior. Portanto, o aperfeiçoamento da função de controle se impõe, para coibir a corrupção e os desvios de recursos públicos que ocorrem, em especial, nas licitações e contratos celebrados pela Administração Pública.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, Ricardo e DEUS, João de. *Direito administrativo*, 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

AMORIM, Aderbal Torres de. A inconstitucionalidade do sistema processual dos Tribunais de Contas, uma proposta de lei nacional. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 31, n. 142, p. 106-113, dezembro 2006.

ARCOVERDE, Danielle da Silva. O poder geral de cautela nos tribunais de contas sob a óptica do controle externo eficiente e eficaz, com enfoque especial no Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco. *Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 110, mar. 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12891&revista_caderno=9>. Acesso em: 01 jul. 2017.

BARCHET, Gustavo. *Direito administrativo*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO, 2016.

BRASIL, Câmara dos Deputados. Proposta de emenda constitucional nº 329/2013. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597232>> Acesso em: 18 ago. 2017.

_____. Senado Federal. Proposta de emenda constitucional nº 40/2016. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126520#documentos>> Acesso em: 24 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24.510-7-DF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86146>> Acesso em: 22 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 26.547-7-DF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=603028>> Acesso em: 22 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 33.092. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4607047>> Acesso em: 01 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Suspensão de Segurança nº 3.789. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2671293>> Acesso em: 01 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Suspensão de Segurança nº 4.878. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4525774>> Acesso em: 01 jul. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. Disponível em: <<http://revista.tcu.gov.br/ojsp/index.php/RTCU/article/download/320/365>> Acesso em: 26 jul. 2017.

_____. Tribunal de Contas de Minas Gerais. Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1531.pdf>> Acesso em 29 jul. 2017> Acesso em: 29.jul.2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 12ª ed. rev. e atual., vol. III, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

COUTO, Reinaldo. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CUNHA, Guilherme Antunes da. *Novo código de processo civil anotado/OAB*. Porto Alegre: OAB RS, 2015.

DESCHAMPS, Gustavo Coelho. Controle de constitucionalidade e Tribunais de Contas do Brasil. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, Belo Horizonte, v. 7, n. 84, p. 32-39, Dezembro. 2008.

DIAS COSTA, Luis Bernado. *Tribunal de Contas Evolução e Principais Atribuições no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2006.

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 4. ed., Forense, 1967.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Da função jurisdicional pelos tribunais de contas. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 83-108,

abr./Jun. 2005.

FERREIRA F., Manoel G. *Comentários a Constituição Brasileira de 1988*. Saraiva, 1992.

FERREIRA, Pinto. *Medidas cautelares*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992.

FURTADO, Rocha Lucas. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

GARCIA, Wander. *Manual completo de direito administrativo para concursos*. Ed. São Paulo: Editora Foco Jurídico, 2014.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Regime jurídico dos tribunais de contas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

Instituto Mauro Borges de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos, Secretaria de Estado de Gestão e Planejamento, Governo de Goiás. Disponível em: <<http://www.imb.go.gov.br/pub/conj/conj16/artigo11.pdf>> Acesso em: 01 jul. 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 18ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMA, Luiz Henrique. *Controle externo*. 6. ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo cautelar*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 7. ed. atualizada de acordo com o NCP. São Paulo: Saraiva, 2017.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito administrativo brasileiro*. 41ª. ed. atual. até a Emenda Constitucional 84, de 02.12.2014. São Paulo: Malheiros, 2015.

MILESKI, Hélio Saul. Codificação no direito público: entre estabilidade do dogma e o dinamismo da fiscalização. *Revista Técnica dos Tribunais de Contas – RTTC*, Belo Horizonte, ano 2, n. 1, p. 121-150, set. 2011.

MORAES, Silvio Freire de. A proibição do excesso: observância da segurança jurídica na atuação dos Tribunais de Contas. *Fórum administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 9, n. 104, p. 41-50. Out. 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Algumas notas sobre órgãos constitucionalmente autônomos – um estudo de caso sobre os Tribunais de Contas no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*. N. 223, p. 1-24, jan./mar. 2001.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Jurisdição dos Tribunais de Contas e aplicação de penalidades. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, Belo Horizonte, v. 8, n. 85, p. 13-28, janeiro 2009.

NERY JUNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado*. 16 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. ABBOUD, Georges. *Direito constitucional brasileiro: curso completo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil – volume único*. 8ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PASCOAL, Valdecir. O poder cautelar dos Tribunais de Contas. *Revista do Tribunal de Contas da União*, ano 38, n. 115. maio/agosto 2009, p. 103-117.

RIBEIRO, Renato Jorge Brown. *Controle externo da administração pública federal no Brasil – o tribunal de contas – uma análise jurídico administrativa*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 94.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência*. 46ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011.

TODESCHINI, Edmilson. O controle do tribunal de contas sobre os atos da administração pública municipal. *Fórum Municipal & Gestão das Cidades – FMGC*, Belo Horizonte, ano 2, n. 7, p. 5-24, set./out. 2014.