

INTRODUÇÃO

Inicialmente é relevante ressaltar que o Tribunal de Contas da União possui diversas missões constitucionais, dentre elas a do julgamento das 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.

Nesse ponto, o Tribunal poderá aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, além da condenação em débito (ressarcimento) quando, for o caso, sanções no âmbito de sua jurisdição, tais como multa proporcional ao débito, multa por irregularidades, inabilitação para exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública e declaração de inidoneidade do licitante fraudador para participar de licitação na Administração Pública Federal.

Na ocorrência de dano ao erário, é o processo de Tomada de Contas Especial (TCE) o instrumento de que dispõe a Administração Pública para ressarcir-se de eventuais prejuízos que lhe forem causados, sendo o processo revestido de rito próprio e somente instaurado depois de esgotadas as medidas administrativas para reparação do dano¹.

De acordo com o art. 44 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (LO/TCU), no início ou no curso de qualquer apuração, inclusive em Tomada de Conta Especial (TCE), o Tribunal, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, determinará, cautelarmente, o afastamento temporário do responsável, se existirem indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções, possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao Erário ou inviabilizar o seu ressarcimento.

O parágrafo primeiro do art. 44 ainda assevera que, estará solidariamente responsável a autoridade superior competente que, no prazo determinado pelo Tribunal, deixar de atender à determinação prevista.

¹ É importante registrar que há outros meios de obtenção de ressarcimento ao Erário e de responsabilização do servidor faltoso, tais como a Sindicância e o Processo Administrativo Disciplinar (PAD) e as ações judiciais, de improbidade administrativa, cobrança perante a Justiça Trabalhista, ordinária de reparação de danos, etc. Todos esses demais meios não se confundem com a TCE, que, por força de dispositivo constitucional (art. 71, II), é de competência e jurisdição exclusiva do Tribunal de Contas da União, no âmbito de recursos federais.

E o parágrafo segundo registra que, nas mesmas circunstâncias, poderá o Tribunal, sem prejuízo de outras medidas previstas, decretar, por prazo não superior a um ano, a indisponibilidade de bens do responsável, tantos quantos considerados bastantes para garantir o ressarcimento dos danos em apuração.

Acerca da decretação cautelar de indisponibilidade de bens por parte do Tribunal de Contas da União, somente no ano de 2016, o Supremo Tribunal Federal conceceu duas liminares relevantes sobre o tema. Em 2018, o assunto também já foi analisado, ratificando-se o entendimento.

O presente artigo analisa essa competência do Tribunal de Contas da União, cotejando-a com suas jurisprudências e com as decisões recentes do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

1. O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 separou os Poderes da República em Legislativo, Executivo e Judiciário (art. 3º). O legislador constitucional também prescreveu que estes seriam independentes e harmônicos entre si, destarte, sem subordinação ou hierarquia.

Complementarmente aos poderes da República, o constituinte previu órgãos constitucionais independentes, como o Tribunal de Contas (art. 73) e o Ministério Público (art. 127), cada um com atribuições e atuações específicas.

O TCU é um órgão constitucional dotado de autonomia administrativa e financeira, sem qualquer relação de subordinação com os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário².

O Tribunal de Contas da União (TCU) foi criado em 7 de novembro de 1890, orientado pelos princípios da autonomia, fiscalização, julgamento e vigilância, por meio do Decreto 966-A, de iniciativa do então ministro da fazenda, Rui Barbosa. A primeira constituição republicana brasileira, Constituição de 1891, institucionalizou definitivamente o TCU como órgão de estatura constitucional (art. 89).

² PASCOAL, Valdecir Fernandes. Direito Financeiro e Controle Externo. 8ª ed. Elsevier/Método, Rio de Janeiro, 2013, p. 129.

Para HELY LOPES MEIRELES (2014, p. 139), o Tribunal de Contas da União tem uma posição singular na Administração brasileira, pois está instituído constitucionalmente como órgão auxiliar do Poder Legislativo, mas desempenha atribuições jurisdicionais administrativas, relacionadas com a fiscalização da execução orçamentária, com a aplicação dos dinheiros públicos, com a legalidade dos contratos, aposentadorias e pensões³.

Tratado também como Corte de Contas Federal, o Tribunal de Contas da União é um órgão colegiado. O órgão é composto de nove ministros, sendo que, seis deles são indicados pelo Congresso Nacional, um, pelo presidente da República e dois, escolhidos entre auditores e membros do Ministério Público que funciona junto ao Tribunal. Suas deliberações são tomadas, em regra, pelo Plenário – instância máxima – ou, nas hipóteses cabíveis, por uma das duas Câmaras.

No art. 71, a Constituição Federal de 1988 deixou assente que o titular do controle externo é o Congresso Nacional. Explicitando a norma, Carlos Ayres Britto⁴ sustenta:

O TCU não é órgão do Congresso Nacional. E nem é órgão auxiliar do Congresso Nacional, se entendermos por auxiliaridade, subalternidade, inferioridade hierárquica. Não há hierarquia entre o Congresso Nacional e o TCU. Quando a Constituição diz que o Congresso Nacional exercerá suas funções de controle externo com o auxílio do TCU, quis apenas dizer, e efetivamente diz, que o Congresso Nacional exercerá e só poderá exercer suas funções de controle externo com o auxílio do TCU. Ou seja, é uma auxiliaridade que se põe no plano da indispensabilidade. Não pode haver controle externo a cargo do Legislativo, senão com a co-participação, senão com o contributo do TCU e, por conseqüência, dos outros planos federativos dos Tribunais de Contas dos Estados e dos Municípios. É a mesma coisa do que se passa entre o Poder Judiciário e Ministério Público. A jurisdição não pode ser exercida pelo Poder Judiciário senão com a participação do Ministério Público. O Judiciário é auxiliado pelo Ministério Público na prestação de uma função, chamada Jurisdição. E o Ministério Público é subordinado ao Poder Judiciário? Não é subordinado. E por que o TCU é subordinado ao Congresso Nacional? Não é subordinado. Eles são independentes e autônomos entre si. São independentes porque tem competências próprias, nominadas pela Constituição. O que é de um, não é do outro. O que cabe ao TCU não cabe ao Congresso Nacional. O que cabe ao Congresso Nacional, no plano das competências, não cabe ao TCU. E são harmônicos. Por que? Porque ambas as instituições estão a serviço de uma mesma causa, de uma única função. Qual é a função? Controle externo.

³ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 40ª ed. Malheiros, São Paulo, 2014, p. 138.

⁴ BRITTO, Carlos Ayres. O papel do novo Tribunal de Contas. 2010. Revista do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba, Edição nº 08, p. 6.

Complementando a respeito do assunto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵ ressalta que, diferentemente do controle interno, que é aquele no qual cada Poder exercerá sobre seus próprios atos, o controle externo é o exercido por um dos Poderes sobre o outro, como também o controle da Administração Direta sobre a Indireta.

Ainda segundo o art. 71 da Constituição Federal de 1988, ao Tribunal de Contas da União compete diversas atribuições no auxílio do controle externo: apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República; julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos federais; apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal; realizar inspeções e auditorias; fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, etc.

Abordando o tema jurisdição do TCU, Jacoby Fernandes cita a exposição do Doutor Frederico Pardini a respeito da jurisdição especial dos Tribunais de Contas brasileiros, nos seguintes termos⁶:

É claro que o conteúdo da jurisdição dos Tribunais do Poder Judiciário difere do conteúdo da jurisdição do Tribunal de Contas da União. O conteúdo da jurisdição do Tribunal de Contas, exercida com exclusividade, examina a legalidade, legitimidade e economicidade expressas pelos elementos e valores contidos na prestação ou na tomada de contas públicas; enquanto a jurisdição dos órgãos judicantes do Poder Judiciário, exercida, também, com exclusividade, examina a legalidade e, de certa forma, a moralidade relativas ao comportamento, direito e deveres das duas partes que compõe a relação processual.

Portanto, o Tribunal de Contas da União pratica a sua jurisdição autonomamente das demais instâncias, pois o Tribunal possui competências próprias e privativas, preceituadas explícita e diretamente pela Constituição Federal, inexistindo, assim, *a priori*, litispendência entre o processo do TCU e outro tratando sobre idêntica matéria no âmbito do Poder Judiciário.

O Brasil tem atualmente 32 (trinta e dois) Tribunais de Contas: 26 (vinte e seis) referentes aos Estados da federação, 1 (um) do Distrito Federal, 3 (três) Tribunais de Contas dos Municípios (Bahia, Goiás e Pará), órgãos estaduais que têm a incumbência de fiscalizar as contas dos municípios do respectivo Estado e 2 (dois) Tribunais de Contas Municipais (Rio de

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo – 29. ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 883.

⁶ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Tribunais de Contas do Brasil – vol. 3. – Jurisdição e Competência. 4ª ed. rev. atual. e ampliada. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 147.

Janeiro e São Paulo), órgãos municipais com o dever-poder de análise de contas do respectivo município⁷.

No exercício de sua missão constitucional, o Tribunal de Contas da União possui diversas funções, que podem ser agrupada da seguinte forma: fiscalizadora, consultiva, informativa, de ouvidoria, normativa, judicante, educativa, corretiva e sancionadora. Destacam-se para o presente artigo as funções fiscalizadora, judicante e sancionadora.

A **função fiscalizadora** compreende a realização de auditorias e inspeções, por iniciativa própria, por solicitação do Congresso Nacional ou para apuração de denúncias, em órgãos e entidades federais, em programas de governo, bem como a apreciação da legalidade dos atos de concessão de aposentadorias, reformas, pensões e admissão de pessoal no serviço público federal e a fiscalização de renúncias de receitas e de atos e contratos administrativos em geral (art. 71, III, IV, V, VI, CF/88).

Os principais objetos da fiscalização são os atos e contratos, as transferências constitucionais e legais, os convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres, a aplicação das subvenções, auxílios e contribuições, a arrecadação da receita, a renúncia da receita, as relativas às atribuições do TCU assim definidas na Lei de Licitações e Contratos (Lei 8.666/1993), na Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), o acompanhamento, o controle e a avaliação dos processos de desestatização realizados pela administração pública federal (privatizações, concessões, permissões e autorizações de serviços públicos) e as declarações de bens e rendas apresentadas por autoridades e servidores públicos.

A fiscalização é a forma de atuação pela qual são alocados recursos humanos e materiais com o objetivo de avaliar a gestão dos recursos públicos. Esse processo consiste, basicamente, em capturar dados e informações, analisar, produzir um diagnóstico e formar um juízo de valor.

Em relação às fiscalizações do Tribunal de Contas da União, é importante trazer entendimento jurisprudencial acerca da distribuição do ônus probatório, bem como do atestado de regularidade.

⁷ Sobre o tema, registra-se que em agosto de 2016, por meio de Emenda Constitucional, a Assembleia Legislativa do Estado do Ceará extinguiu o seu órgão estadual Tribunal de Contas dos Municípios. A referida emenda foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5763). Em 26 de outubro de 2017, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) assentou que é possível a extinção de Tribunal de Contas dos Municípios por meio de emenda constitucional estadual. A maioria dos ministros julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5763), na qual a Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (Atricon) questionava a extinção do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará.

A distribuição do ônus probatório nos processos de fiscalização do TCU segue a disciplina do art. 373 da Lei 13.105/2015 (CPC), aplicada às peculiaridades da atividade de controle externo, competindo: a) à unidade técnica do Tribunal demonstrar os fatos apurados nas fiscalizações, mediante a juntada das evidências que os suportam; b) aos órgãos fiscalizados e aos terceiros interessados provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do Estado de obter ressarcimento e/ou punir a prática de ato ilegal, ilegítimo e antieconômico que lhes fora atribuída pelo corpo instrutivo do Tribunal. (Acórdão TCU 1.522/2016-Plenário)

As auditorias realizadas pelo TCU não conferem atestado de regularidade ao período ou ao objeto da fiscalização, pois apresentam exames específicos realizados de acordo com o escopo de cada fiscalização. Julgamentos pretéritos não fazem coisa julgada administrativa em relação a irregularidades não identificadas, por quaisquer motivos, na auditoria apreciada e posteriormente verificadas em novas fiscalizações. (Acórdão TCU 1.001/2015-Plenário)

Sobre o ônus probatório, o Tribunal entende que, em matéria de direito financeiro, cabe ao ordenador de despesas provar que não é responsável pelas infrações que lhe são imputadas, ou seja, há a inversão do ônus da prova. De outro modo, compete ao responsável pela produzir prova acerca da regular aplicação dos recursos públicos.

Em matéria de direito financeiro, cabe ao ordenador de despesas provar que não é responsável pelas infrações que lhe são imputadas. (Acórdão TCU 2.491/2016-1ªC)

É obrigação do ordenador de despesa ressarcir o erário dos prejuízos a que tenha dado causa por ação ou omissão no cumprimento da lei ou das normas do direito financeiro. É responsabilidade pessoal do gestor a comprovação do bom e regular emprego dos valores públicos que, nessa condição, tenha recebido, cabendo-lhe, em consequência, o ônus da prova. (Acórdão TCU 1.194/2009-1ªC)

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 71, inciso II, determina que compete ao Tribunal de Contas da União “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”. Como já mencionado, refere-se à função judicante do TCU.

Na Lei Orgânica do TCU, trata-se mais detalhadamente sobre assunto no título II (Julgamento e Fiscalização), em que “[a]s contas dos administradores e responsáveis serão anualmente submetidas a julgamento do Tribunal, sob forma de tomada ou prestação de contas, organizadas de acordo com normas estabelecidas em instrução normativa” (art. 7º). Nas tomadas ou prestações de contas a que alude este artigo devem ser incluídos todos os recursos, orçamentários e extra-orçamentários, geridos ou não pela unidade ou entidade (art. 7º, parágrafo único). Trata-se, pois, da função judicante da Corte de Contas Federal.

Assim, a função **judicante** ocorre quando o TCU julga as contas dos administradores públicos e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluindo as fundações e as sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público Federal, bem como as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário (art. 71, II, CF/88).

Acerca da função judicante dos Tribunais de Contas, JACOBY FERNANDES (2013, p. 178-179) ensina que esta garante a coisa julgada administrativa, que é a decisão na esfera administrativa da qual não cabe mais recursos. Contudo, mesmo irrecorrível, é passível de ser modificada, seja pelo princípio da autotutela da Administração (Súmula nº 473 do STF), seja pelo recurso ao Poder Judiciário⁸.

A respeito do ponto, tendo em vista o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, VALDECIR PASCOAL (2013, p. 76) ressalta que o entendimento dominante é que não existe no Brasil o chamado contencioso administrativo, de sorte que, as decisões administrativas dos Tribunais de Contas, enquanto atos administrativos, estão sujeitas ao controle jurisdicional⁹.

Ainda sobre a função judicante do Tribunal, recentemente surgiram diversas jurisprudências reforçando a possibilidade de a Corte de Contas Federal julgar as contas de pessoas jurídicas privadas, ainda que não haja solidariedade com agentes públicos, inclusive com a possibilidade da desconsideração da pessoa jurídica.

Caso empresa privada cause dano ao erário, é possível ao TCU julgar suas contas irregulares e condená-la em débito, ainda que não haja solidariedade com agentes públicos. (Acórdão TCU 8.744/2016-2ªC)

É juridicamente possível o TCU julgar as contas de pessoas jurídicas privadas responsáveis por danos cometidos ao erário, com base em interpretação sistemática das disposições dos arts. 70 e 71, inciso II, da Constituição Federal c/c os arts. 5º, inciso II, e 16, § 2º, da Lei 8.443/1992. (Acórdão TCU 8.017/2016-2ªC)

O vínculo contratual entre a entidade privada e o Poder Público não permite a responsabilização dos agentes da empresa contratada (administradores, sócios ou empregados) por prejuízos causados ao erário. Na hipótese de estarem presentes os requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica, os sócios e os administradores da empresa contratada podem ser alcançados, mas não os empregados. (Acórdão TCU 4.631/2016-1ªC)

O TCU pode julgar as contas de empresa contratada que tenha dado causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte em dano ao erário (art. 71, inciso II, da Constituição Federal). (Acórdão TCU 1.523/2016-P)

⁸ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Tribunais de Contas do Brasil. 3ª ed. Fórum, Belo Horizonte, 2013, p. 178-179.

⁹ PASCOAL, Valdecir Fernandes. Direito Financeiro e Controle Externo. 8ª ed. Elsevier/Método, Rio de Janeiro, 2013, p. 76.

O agente particular pode ser responsabilizado individualmente por danos causados ao erário, independentemente de ter sido comprovada a sua atuação em conjunto com agente da Administração Pública. (Acórdão TCU 1.160/2016-P)

No exercício de suas competências constitucionais, o TCU pode desconsiderar a personalidade jurídica para atingir os verdadeiros responsáveis pelos atos tidos como irregulares. A desconsideração da personalidade jurídica não é atividade privativa do Poder Judiciário. (Acórdão TCU 5.764/2015-1ªC)

Havendo abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, o TCU aplica a teoria da desconsideração da personalidade jurídica para responsabilizar os sócios da empresa contratada pelo dano causado ao erário, com fundamento no art. 50 do Código Civil. (Acórdão TCU 4.481/2015-1ªC)

No âmbito do julgamento das contas, é consenso que a independência das instâncias só não prevalece quando a decisão judicial que declara a inexistência do fato ou nega sua autoria é proferida em ação de natureza criminal. Isto é, a absolvição penal afasta a responsabilidade administrativa do gestor perante o TCU apenas quando declarar a inexistência do fato ou da autoria imputada. Se a absolvição penal for por falta de provas ou ausência de dolo, tal responsabilidade do gestor não é excluída. Tratando-se de ação civil, prevalece a regra geral, que é a incomunicabilidade das instâncias civil, penal e administrativa.

De outro modo, o princípio da independência das instâncias permite ao TCU apreciar, de forma plena, a boa e regular gestão dos recursos públicos federais, mesmo nos casos em que as irregularidades também estejam sendo apuradas em outras instâncias administrativas ou judiciais. O juízo administrativo só se vincula ao penal quando neste último é afirmada, categoricamente, a inexistência do fato ou que o acusado não foi o autor do ilícito.

Os Tribunais de Contas exercem também a **função sancionadora**, que se manifesta na aplicação aos responsáveis das sanções previstas na Lei Orgânica do Tribunal, em caso de ilegalidade de despesa ou de irregularidade de contas (art. 71, VIII, CF/88).

De acordo com sua Lei Orgânica, o Tribunal de Contas poderá aplicar as sanções de multa proporcional ao débito, multa, conforme a irregularidade praticada, declaração de inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública, por um período de cinco a oito anos, declaração de inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal e arresto dos bens.

Acerca da função sancionadora do Tribunal, é oportuno registrar que, tendo em vista o instituto jurídico da prescrição da pretensão punitiva, estas sanções devem ser analisadas

conjuntamente com a aferição da respectiva prescrição, bem como sob a luz do art. 205 da Lei 10.406/2002 (Código Civil).

A pretensão punitiva do TCU subordina-se ao prazo geral de prescrição de dez anos indicado no art. 205 da Lei 10.406/2002 (Código Civil), contado a partir da data da ocorrência da irregularidade sancionada, nos termos do art. 189 da referida Lei. (Acórdão TCU 8.801/2016-2ªC)

Todas as multas aplicadas pelo TCU possuem natureza sancionatória e, dessa maneira, estão sujeitas à prescrição da pretensão punitiva, inclusive a multa proporcional ao débito (art. 57 da Lei 8.443/1992). (Acórdão TCU 6.201/2016-1ªC)

A aplicação de nova multa fundamentada no art. 57 da Lei 8.443/1992 não implica bis in idem em relação a multa anterior baseada no art. 58 da referida Lei, ainda que a conduta reprovada seja a mesma, pois a causa da nova sanção é a ocorrência de débito, aspecto não contemplado na pena anterior, devendo-se, nesse caso, abater da segunda sanção o montante da multa antecedente. (Acórdão TCU 2.500/2016-P)

Tratando-se de pagamento irregular de natureza continuada, o termo inicial para a contagem do prazo da prescrição da pretensão punitiva do TCU será a data do último pagamento indevidamente realizado, em analogia à regra do direito penal afeta ao crime permanente. (Acórdão TCU 2.330/2016-P)

A prescrição da pretensão punitiva do TCU será suspensa toda vez que a parte apresentar elementos adicionais de defesa ou quando forem necessárias diligências em razão de algum fato novo trazido pela parte, não suficientemente documentado nas manifestações processuais. A paralisação da contagem do prazo prescricional ocorrerá no período compreendido entre a juntada dos elementos adicionais de defesa ou da peça contendo o fato novo e a análise dos referidos elementos ou da resposta à diligência, nos termos do art. 160, § 2º, do Regimento Interno do TCU. (Acórdão TCU 1.441/2016-P)

O ato que ordenar a citação, a audiência ou oitiva da parte interrompe a prescrição da pretensão punitiva do TCU, nos termos do art. 202, inciso I, da Lei 10.406/2002 (Código Civil). A prescrição recomeça a contar da data do ato que motivou a interrupção, nos termos do art. 202, parágrafo único, parte inicial, do Código Civil. (Acórdão TCU 1.441/2016-P)

Em relação às sanções, LUIZ HENRIQUE LIMA (2015, p. 521-522) assevera que possuem fundamentos na Constituição Federal de 1988, art. 71, inciso VIII e em outras leis esparsas.

Tendo em vista sua jurisdição própria, atípica e privativa em todo o território nacional e suas funções judicante, normativa e punitiva no controle externo da administração pública e da gestão dos recursos públicos federais, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, o Tribunal poderá aplicar as sanções previstas em lei¹⁰

¹⁰ SANTOS, Arides Leite. *Tomada de Contas Especial: o exercício do contraditório perante o Tribunal de Contas da União*. 1ª edição. São Paulo, Scortecci, 2014. p. 58.

Registra ainda que, haja vista o princípio reserva legal, não pode o Regimento Interno ou outras normas infralegais (Portarias, Resoluções, etc.) estabelecerem novas modalidades de sanções ou alterarem a gradação das punições¹¹.

2. DECRETAÇÃO DE MEDIDA (CAUTELAR) DE INDISPONIBILIDADE DE BENS

Preliminarmente, é importante frisar que, por força do artigo 73 da Constituição Federal de 1988, o Tribunal de Contas da União possui jurisdição em todo o território nacional, ocasionando assim, a observância de seus normativos por parte de todas as pessoas físicas, jurídicas e órgãos públicos que recebam recursos federais, em todo o território nacional.

Segundo LUIZ HENRIQUE LIMA (2015, 184), pela jurisdição própria e privativa dos Tribunais de Contas, estes exercem suas jurisdições independentemente das demais jurisdições (civil, penal, trabalhista, etc.)¹².

Nessa linha, de acordo com o art. 44, § 2º, da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, foi conferida a competência ao TCU de determinar, cautelarmente, a decretação da indisponibilidade de bens de seus responsáveis.

Art. 44. No início ou no curso de qualquer apuração, o Tribunal, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, determinará, cautelarmente, o afastamento temporário do responsável, se existirem indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções, possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao Erário ou inviabilizar o seu ressarcimento.

§ 1º Estará solidariamente responsável a autoridade superior competente que, no prazo determinado pelo Tribunal, deixar de atender à determinação prevista no caput deste artigo.

§ 2º Nas mesmas circunstâncias do caput deste artigo e do parágrafo anterior, poderá o Tribunal, sem prejuízo das medidas previstas nos arts. 60 e 61 desta Lei, **decretar, por prazo não superior a um ano, a indisponibilidade de bens do responsável, tantos quantos considerados bastantes para garantir o ressarcimento dos danos em apuração.**

¹¹ LIMA, Luiz Henrique. Teoria e Jurisprudência para os Tribunais de Contas. 6ª ed. Elsevier/Método, Rio de Janeiro, 2015, p. 521-522.

¹² LIMA, Luiz Henrique. Teoria e Jurisprudência para os Tribunais de Contas. 6ª ed. Elsevier/Método, Rio de Janeiro, 2015, p. 184.

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre o tema diversas vezes, inclusive acerca da possibilidade de decretação sem oitiva prévia e sobre os poderes implícitos dos Tribunais de Contas:

“[...] vale destacar que a jurisprudência desta Corte **reconhece assistir ao Tribunal de Contas um poder geral de cautela**, que se consubstancia em uma prerrogativa institucional decorrente das próprias atribuições que a Constituição expressamente outorgou à Corte de Contas para o seu adequado funcionamento e o alcance de suas finalidades.” MS 24.510/DF, Plenário, Rel. Min. Ellen Gracie, 2004.

“[...] a atribuição de poderes explícitos, ao Tribunal de Contas, tais como enunciados no art. 71 da Lei Fundamental da República, supõe que se lhe reconheça, a essa Corte, **ainda que por implicitude**, a titularidade de meios destinados a viabilizar a adoção de medidas cautelares vocacionadas a conferir real efetividade às suas deliberações finais, permitindo, assim, que se neutralizem situações de lesividade, atual ou iminente, ao erário. **É por isso que entendo revestir-se de integral legitimidade constitucional a atribuição de índole cautelar, que, reconhecida com apoio na teoria dos poderes implícitos, permite, ao Tribunal de Contas da União, adotar as medidas necessárias ao fiel cumprimento de suas funções institucionais e ao pleno exercício das competências que lhe foram outorgadas, diretamente, pela própria Constituição da República.** Não fora assim, e desde que adotada, na espécie, uma indevida perspectiva reducionista, esvaziar-se-iam, por completo, as atribuições constitucionais expressamente conferidas ao Tribunal de Contas da União.” MS 24.510/DF, Plenário, Rel. Min. Ellen Gracie, 2004. Voto do Min. Celso de Mello.

“[...] a tutela cautelar apresenta-se como instrumento processual necessário e compatível com o sistema de controle externo, em cuja concretização o Tribunal de Contas desempenha, como protagonista autônomo, um dos mais relevantes papéis constitucionais deferidos aos órgãos e às instituições estatais. Esse entendimento tem sido reafirmado por esta Corte em reiteradas decisões que envolvem, em maior ou menor medida, a discussão cautelar e meritória da abrangência do poder geral de cautela do TCU, a saber: MS 23.983, Rel. Min. Eros Grau, DJ 30.08.2004; MS 26.263 MC/DF, proferida pela Ministra Ellen Gracie no exercício da Presidência do STF (RISTF, art. 13, VIII), DJ 02.02.2007; MS 25481 AgR/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe 25.10.2011).”

“**Também se colhe da jurisprudência do STF o entendimento de que é possível, ainda que de forma excepcional, a concessão, sem audiência da parte contrária, de medidas cautelares, por deliberação fundamentada do Tribunal de Contas [...].** E que tal

situação não viola, por si só, o devido processo legal. É o que asseverou o Ministro Celso de Mello, por exemplo, ao indeferir medida liminar no MS 26.547/DF, (DJ 29.05.2007)”

“[...] Assim, **a decretação cautelar da indisponibilidade dos bens dos administradores envolvidos mostra-se cabível e até mesmo recomendável na hipótese em exame**, ante o risco de frustração da utilidade do processo administrativo em curso na Corte de Contas. MS 33.092 MC/DF-2015. STF 2ª Turma, Relator Min. Gilmar Mendes”

Desse modo, a princípio, é possível concluir que o Supremo Tribunal Federal reconhece a competência cautelar de o Tribunal de Contas da União determinar a indisponibilidade de bens de seus responsáveis, nas condições legais. O que tem se discutido atualmente (STF/MS nº 34392, de relatoria do Min. Marco Aurélio, STF/MS nº 34446, de relatoria da Min. Rosa Weber e STF/MS nº 35555, de relatoria do Min. Gilmar Mendes) é o grau dessa decretação, isto é, se o TCU agiu de forma ilegal ou com abuso de poder ao determinar tal medida cautelar.

3. OS LIMITES DA DECRETAÇÃO CAUTELAR DA INDISPONIBILIDADE DOS BENS POR PARTE DO TCU

Superado e entendida a competência do Tribunal de Contas da União de determinar a indisponibilidade de bens de seus responsáveis, nas condições legais, passa-se agora para a análise dos limites de tal poder-dever constitucional.

Por meio do Mandado de Segurança 34392-DF, o Ministro-Relator, Marco Aurélio, concedeu liminar ao então impetrante, alegando que o poder geral de cautela do TCU possui limites dentro dos quais não se encontra o de bloquear, por ato próprio, dotado de autoexecutoriedade, os bens de particulares contratantes com a Administração Pública.

Na ocasião, a responsável Construtora OAS questionou o bloqueio dos bens determinado pelo TCU até o limite de R\$ 2.104.650.475,86, como forma de garantir ressarcimento aos cofres públicos por supostas irregularidades encontradas nos contratos para a construção da Refinaria Abreu e Lima, em Pernambuco, firmados entre a Petrobras e o consórcio formado pelas construtoras OAS e Odebrecht.

Posteriormente, no âmbito do Mandado de Segurança 34446-DF, a Ministra-Relatora, Rosa Weber, deferiu parcialmente liminar para suspender decisão monocrática do

Tribunal de Contas da União (TCU) que determinou o bloqueio irrestrito de ativos financeiros da Construtora Queiroz Galvão S/A no montante de R\$ 960.962.757,75.

Na ocasião, o TCU pontuou indícios de condutas lesivas ao erário por parte da Queiroz Galvão e do Consórcio Ipojuca Interligações – CII, em especial a formação de cartel que pagava propina a agentes públicos, no intuito de viabilizar a contratação, por meio da modalidade “convite”, de obra com sobrepreço. Tais condutas, segundo levantamento inicial do TCU, teriam importado em superfaturamento correspondente a 20,3% do valor inicial do contrato. Com os aditivos, o TCU estima que o desfalque à Petrobras, apenas com esse contrato, alcançou valor de R\$ 682.404.146,73 (em setembro de 2009). Foi a atualização dessa cifra que levou o TCU a estimar o prejuízo à Petrobras em R\$ 960.962.757,75, valor que continua indisponível.

Segundo a ministra, houve “disparidade” entre o estabelecido no acórdão e o ato unipessoal do ministro ao dar efetividade à decisão.

“Ao promover a indisponibilidade irrestrita dos ativos financeiros da impetrante, **sem adotar as precauções ventiladas no acórdão impugnado – no sentido de identificar eventuais reservas financeiras que fossem prescindíveis à continuidade das operações da impetrante** –, o relator, deixando de acatar, no tópico, proposta de encaminhamento sugerida por unidade técnica da Corte de Contas, implementou medida concreta suscetível de colocar em grave e iminente risco a preservação das atividades empresariais da Construtora Queiroz Galvão S/A, com consequências potencialmente desastrosas para o pontual adimplemento das suas obrigações trabalhistas, comerciais e tributárias”.

Embora reconheça tal competência com base na teoria dos poderes implícitos, para a ministra, além de decorrer das funções constitucionais manifestas do TCU, a decretação de medida cautelar de indisponibilidade de bens tem amparo no artigo 44, parágrafo 2º, da Lei 8.443/1992.

“A interpretação restritiva da norma veiculada no mencionado preceito legal, defendida pela impetrante, não aparenta merecer guarida. Estabelecidas as premissas de que o poder geral de cautela se destina a assegurar o resultado útil das decisões da Corte de Contas e as decisões daquele órgão podem contemplar a condenação de particulares contratantes com entes da administração pública federal, **adequado concluir, ao menos em primeiro olhar, que a indisponibilidade de bens configura medida passível de aplicação, quando presentes os requisitos legais, a quaisquer pessoas sujeitas à fiscalização da autoridade impetrada, independentemente de serem, ou não, titulares de função pública**”.

Em outra recente decisão, do ano de 2018, no âmbito do Mandado de Segurança 35555-DF, o Ministro-Relator, Gilmar Mendes, ratificou a orientação já firmada pela Suprema Corte de que, como consequência do poder de cautela, o TCU tem competência para decretar a indisponibilidade de bens diante de circunstâncias graves e que se justifiquem pela necessidade de proteção efetiva ao patrimônio públic. Na ocasião, inclusive, tratou-se da possibilidade de concessão de medida *inaudita altera pars*, ou seja, sem audiência prévia da parte contrária.

“O relator também afastou a alegação de impossibilidade de aplicação da cautelar de indisponibilidade de bens pelo TCU a particulares. Para Mendes, em razão do rol constitucional de competências da corte de contas e do dispositivo na Lei 8.443/1992 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União), é perceptível que compete ao órgão a fiscalização dos recursos públicos aplicados irregularmente por particulares que firmam contrato com a administração pública. “O que deve determinar a sujeição de pessoa física ou jurídica à atividade fiscalizatória da corte de contas é a origem do recursos por ela utilizados”, afirmou.”

Considerando os julgados do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo alguns limites ao seu poder de cautela ao determinar a indisponibilidade de bens dos responsáveis em seus processos, o Plenário do Tribunal de Contas da União tem proferida diversas decisões e jurisprudências sobre o tema.

A medida cautelar de indisponibilidade de bens (art. 44, § 2º, da Lei 8.443/1992) **pode alcançar tanto os agentes públicos quanto os particulares responsáveis** pelo ressarcimento dos danos em apuração. (Acórdão 213/2018-Plenário, Relator: Vital do Rêgo)

Ao ser decretada a indisponibilidade de bens prevista no art. 44, § 2º, da Lei 8.443/1992, **deve ser franqueada aos responsáveis a possibilidade de indicação dos bens por eles considerados essenciais ao sustento** das pessoas físicas e à manutenção das atividades operacionais das sociedades empresariais e, portanto, não suscetíveis ao alcance da medida cautelar, acompanhada das devidas justificativas. (Acórdão 1601/2017-Plenário, Relator: Benjamin Zymler)

Ao decretar a indisponibilidade dos bens, **o TCU pode facultar ao interessado indicar os ativos financeiros que, ao seu ver, não podem ser bloqueados**, apresentando as justificativas e documentos que entender necessários, independentemente da resposta de todos os órgãos competentes para cumprir a decisão de indisponibilidade. (Acórdão 2995/2016-Plenário, Relator: Benjamin Zymler)

O TCU pode deixar de aplicar medida cautelar de indisponibilidade de bens a responsáveis **que tenham firmado acordo de colaboração premiada com a Polícia Federal e o Ministério Público**, subsistindo, no entanto, a obrigação de ressarcimento ao erário. (Acórdão 2428/2016-Plenário, Relator: Benjamin Zymler)

A cautelar de indisponibilidade de bens decretada pelo TCU (art. 44, § 2º, da Lei 8.443/1992) **não deve abranger os bens financeiros necessários ao sustento das pessoas físicas e à continuidade das operações das pessoas jurídicas**. (Acórdão 2428/2016-Plenário, Relator: Benjamin Zymler)

Nesse diapasão, a partir de 2016, é possível perceber que a jurisprudência elaborada pelo Tribunal de Contas da União foi ao encontro das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer limites para sua atuação, em especial os relacionados ao respeito aos bens financeiros necessários ao sustento das pessoas físicas e à continuidade das operações das pessoas jurídicas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho teve como meta examinar o poder de cautela do Tribunal de Contas da União, em especial o relacionado a decretação cautelar de indisponibilidade de bens dos responsáveis em seus processos.

Preliminarmente, abordou-se a estrutura do Sistema de Controle Externo Brasileiro, isto é, tratou-se de forma sintética a respeito da história, evolução e principais competências do Tribunal de Contas da União.

Posteriormente, após levantamento e análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito do poder de cautela da Corte de Contas Federal, é possível concluir que a Corte Suprema reconhece claramente a constitucionalidade e a competência cautelar dos Tribunais de Contas da União, seja por previsões expressas em suas leis orgânicas, seja por interpretação baseada na teoria dos poderes implícitos.

Contudo, tendo em vista a necessidade de observância das garantias e direitos fundamentais, o próprio Supremo Tribunal Federal julgou impondo limites à competência cautelar de decretação de indisponibilidade de bens do TCU, em especial os relacionados ao aspecto da legalidade e o da proporcionalidade e razoabilidade.

Para o Supremo Tribunal Federal, a medida cautelar de indisponibilidade de bens contida no art. 44, § 2º, da Lei Orgânica do TCU tem por limites naturais, além do devido processo legal, os bens financeiros necessários ao sustento das pessoas físicas e à continuidade das operações das pessoas jurídicas.

Nesse sentido, o Plenário do Tribunal de Contas da União proferiu diversas decisões que criaram jurisprudências compatíveis com o entendimento da Egrégia Corte, isto é, reconhecendo limites à sua atuação no âmbito de sua competência cautelar.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20/5/2018.

BRASIL. Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992. **Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8443.htm>. Acesso em: 19/5/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 34392/DF**, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 11/10/2017, Data de Publicação: DJe-237 18/10/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MC MS 34446/DF** 0058696-81.2016.1.00.0000, Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 22/11/2016, Data de Publicação: DJe-251 25/11/2016)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MC MS 35555/DF** 0066591-25.2018.1.00.0000, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 12/04/2018, Data de Publicação: DJe-073 17/04/2018)

BRITTO, Carlos Ayres. **O papel do novo Tribunal de Contas**. 2010. Revista do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba, Edição nº 08. Disponível em: <https://portal.tce.pb.gov.br/wp-content/uploads/2011/08/2_Palestra_CarlosBrito.doc.pdf>. Acesso em 30 jul. 2018.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil – vol. 3. – Jurisdição e Competência**. 3ª ed. rev. atual. e ampliada. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tomada de Contas Especial**. 6ª edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015.

LIMA, Luiz Henrique. **Controle Externo - Teoria e Jurisprudência para os Tribunais de Contas** - 6ª ed. Elsevier/Método, Rio de Janeiro, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro** – 40ª Edição. Malheiros, São Paulo, 2014.

MONEBHURRUN, Nitish. **Manual de Metodologia Jurídica – Técnicas para argumentar em textos jurídicos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

PASCOAL. Valdecir Fernandes. **Direito Financeiro e Controle Externo - Série Provas & Concursos** - 8ª ed. Elsevier/Método, Rio de Janeiro, 2013.

SANTOS, Arides Leite. **Tomada de Contas Especial: o exercício do contraditório perante o Tribunal de Contas da União** – 1ª Edição. Editora Scortecci, São Paulo, 2014.