

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

HERMENÊUTICA JURÍDICA

ENOQUE FEITOSA SOBREIRA FILHO

RUBENS BEÇAK

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

H531

Hermenêutica jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Enoque Feitosa Sobreira Filho, Rubens Beçak, Saulo De Oliveira Pinto Coelho – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-058-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Hermenêutica. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

HERMENÊUTICA JURÍDICA

Apresentação

APRESENTAÇÃO

Dentro da afirmada tradição do CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, na realização de seus Encontros e Congressos, a apresentação de trabalhos em Grupos com temáticas específicas resta consolidada.

O GT com a incumbência da discussão dos trabalhos ligados à subárea da Hermenêutica é um dos grupos mais tradicionais, afigurando-se como uma dos mais frequentados nos eventos e com número expressivo de trabalhos submetidos.

A qualidade dos trabalhos ali apresentados e os debates em excelente ambiente de cooperação científica têm permitido, certamente, perceber este GT como um daqueles em que a qualidade investigativa mais se evidencia.

Para além da discussão dos rumos da Pós-graduação em nosso país, a certeza de estarmos contribuindo para a afirmação desta entidade científica, muito nos alegra. A realização do XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, em Aracaju, entre 3 e 6 de junho de 2015, com seu expressivo número de inscritos e trabalhos apresentados mais solidifica este rumo.

Ademais, a acertada decisão, desde alguns encontros, da edição em livro digital dos trabalhos apresentados e discutidos, possibilita que todos aqueles interessados no tema aproveitem este material e possam, com a leitura dos trabalhos aqui constantes, acrescentar algo em suas próprias indagações, estudos e pesquisas.

Na presente edição do evento, o GT de Hermenêutica contou com trabalhos que expressam o caminho de maturidade que vem alcançando os debates em Hermenêutica Jurídica no país. Os trabalhos apresentados, se identificam pelo forte vínculo a referências teóricas - sem deixarem de ser críticos com respeito aos mesmos -, a partir dos quais problemas objetivos de hermenêutica jurídica, entendida como experiência da linguagem de jurisdição, foram debatidos.

Por meio de reflexões contextualizadas na permanente dialética de interpretar e aplicar, decidir e argumentar, elaborar e concretizar o Direito, matrizes já consolidadas da

Hermenêutica Contemporânea foram debatidas frente a questões atuais, como, por exemplo, o tema da reforma do Processo judicial brasileiro, impulsionada pelo advento do Novo Código de Processo Civil, que dominou alguns trabalhos e muitos profícuos debates, durante o GT.

Nesse quesito, tanto os textos como as discussões que se seguiram, pautaram-se pela percepção de potenciais transformações no pensamento jurídico brasileiro e sobretudo na práxis jurisdicional brasileira, em que temas como "substantive due process of Law", "overrule" e "distinguishment" já não são mais importações alienígenas descontextualizadas; ou diferenciações como "discursos de fundamentação" e "discursos justificação", ou "argumentação" e "decisão" não são mais, nem categorias desconhecidas, nem distinções absolutizadas.

O presente livro, ademais de retratar esse amadurecimento, reflete também a diversidade de referenciais teóricos com os quais trabalham os diferentes pesquisadores dedicados à Hermenêutica Jurídica em nosso país. Tal diversidade não está livre de marcar-se por disputas paradigmáticas ou de linguagem. Mas fica claro, dos textos que aqui seguem e dos debates que presenciamos e coordenamos na apresentação dos trabalhos, que estamos aprendendo, como membros de uma coletividade que se quer inserida em uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, a respeitar o outro e realizar a experiência da pluralidade, que pressupõe a capacidade de saber ouvir com alteridade e com animus de mundo em perspectiva de devenir.

Os Coordenadores

MATRIZ CONSTITUCIONAL DO PODER GERAL DE CAUTELA DO TRIBUNAL DE CONTAS

POWER GENERAL MOTHER'S CONSTITUTIONAL COURT OF AUDITORS OF CAUTION

**Andreza Lage Raimundo
Luana Ramos Sampaio**

Resumo

O Tribunal de Contas é um órgão anômalo com funções políticas próprias que pratica o controle externo. Sua atuação foi alargada pela Constituição de 1988 que o consolidou como bastião da democracia e dos direitos fundamentais com o dever de proteger o erário e exigir fazendo cumprir os dispositivos legais. A atuação da Corte de Contas é amplíssima, onde houver dinheiro público há o dever de prestar contas e de acatar as determinações do Tribunal de Contas no exercício de suas funções constitucionais. O Tribunal de Contas tem jurisdição atípica, diferente daquela exercida no Judiciário com características próprias e que atendam às finalidades constitucionais do órgão. As medidas cautelares proclamam a eficácia como instrumento indispensável e de importância cada vez maior ao exercício das atribuições dos Tribunais de Contas. Apesar da não previsão na CF/88, é consolidado na jurisprudência do STF a sua constitucionalidade em razão da teoria dos poderes implícitos. Todavia, tais institutos estão regulamentados nas leis orgânicas e regimentos internos dos Tribunais de Contas e recebem cada vez maior atenção e importância justamente por trazer eficiência e efetividade à atuação de tais órgãos.

Palavras-chave: Estrutura constitucional do tribunal de contas. poder geral de cautela do tribunal de contas.

Abstract/Resumen/Résumé

The Court of Auditors is an anomalous body with its own political functions practicing the external. Its performance has been extended by the 1988 Constitution that established itself as a bastion of democracy and fundamental rights with the duty to protect the purse and require enforcing the regulations. The role of the Audit Court is very wide, where there is public money there is a duty to be accountable and to accept the Court's determinations in the exercise of its constitutional functions. The Court has jurisdiction atypical, different from that performed in the judiciary with its own characteristics that meet the constitutional purposes of the organ. Precautionary measures proclaim the efficacy as an indispensable instrument and growing importance to the fulfillment of the duties of the Audit Courts. Despite not forecast in CF / 88, is consolidated in the case law of the Supreme Court its constitutionality

because the theory of implied powers. However, these institutes are regulated in organic laws and internal regulations of the Audit Courts and receive increasing attention and importance precisely for bringing efficiency and effectiveness to the work of these bodies.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional court of auditors structure. stealth general power of the court of auditors.

INTRODUÇÃO

Existe um velho ditado que diz: “melhor prevenir do que remediar”. Esse brocardo fruto da sabedoria popular foi absorvido pelo Direito e esculpe várias normas jurídicas.

Na esfera penal, por exemplo, vemos que o arrependimento eficaz é muito mais benevolente com o réu do que o arrependimento posterior. O primeiro pode inclusive isentar o autor da prática do crime enquanto o segundo é apenas uma causa de diminuição da pena.

Reflete-se então sobre a aplicação do sábio dizer à atividade de controle externo. Seria adequado esperar a ilegalidade se concretizar e produzir cada vez mais maus frutos levando o dinheiro público para fim distante do interesse público e de retorno mais difícil?

Caso se colocasse como personagem central a atuação a equipe da vigilância sanitária que ao chegar num restaurante percebe que a comida servida está contaminada por excretas de ratos, que foram abundantemente encontrados no lugar de péssimas condições de higiene. O que a equipe fiscalizatória deve fazer?

A primeira opção seria: abrir um processo de interdição do restaurante e esperar a decisão final, enquanto isso, pessoas podem comer no local e talvez serem contaminadas por doenças que podem inclusive lhes custar a vida.

E a outra opção seria: a vigilância suspende a atividade do restaurante até que sejam esclarecidos os fatos e sejam feitas as adequações e cumpridas as normas de segurança alimentar e garantida a higiene do local e da comida preparada.

De fato, a primeira opção é no mínimo irresponsável pois permite que aconteça exatamente o que se quer evitar. O descumprimento das normas de funcionamento em relação à segurança alimentar e a higiene no preparo e no lugar onde se prepara o alimento são exigências básicas para o funcionamento de restaurantes.

O poder de polícia exercido pela fiscalização deve no caso atuar para garantir o interesse público e a segurança dos administrados e não deixar que a burocracia permita a perda do objeto o qual

se resguarda, no caso, a vida e a saúde das pessoas, por isso as atividades do restaurante precisam ser suspensas.

Aplicando o brocardo popular ao caso, não é difícil perceber que com base em fortes indícios ou irregularidades constatadas, a Administração deve agir antes e suspender as atividades do restaurante antes que possa se gerar efeitos muito mais nefastos como pessoas gravemente doentes ou mesmo óbitos em razão do alimento contaminado. Como visto, melhor prevenir do que remediar. Quanto antes a atuação quanto melhor será o resultado.

Esse panorama é facilmente enxergado pelas pessoas quando se fala da atividade fiscalizatória da vigilância sanitária, e é com base nele que se traça um parâmetro de comparação com a atividade exercida pelos Tribunais de Contas.

O Tribunal de Contas através do controle externo busca fiscalizar o dinheiro público, verificar se está sendo aplicado conforme a lei e de acordo com o interesse público. Como a comida que cessa a fome das pessoas, a correta aplicação do dinheiro público alimenta as necessidades essenciais da população.

É com o dinheiro público que se constroem creches, hospitais, é com ele que se compra a merenda das escolas e se pagam os professores. Tudo que é feito pelo governo é feito com esse dinheiro, por isso sua importância e a essencialidade de uma atuação eficaz dos Tribunais de Contas que são os órgãos responsáveis por fiscalizar se está sendo aplicado como a lei ordena e segundo o interesse público.

No caso, o controle externo do Tribunal de Contas de modo geral funciona de duas maneiras: análise da prestação de contas anual e por iniciativa própria ou solicitação de outro órgão público, de cidadãos ou de entidades privadas.

A prestação de contas anual envolve muitas contas e contratos, o Tribunal de Contas acaba por trabalhar por amostragem, é praticamente impossível analisar com rigor todas as contas de todos os órgãos e entidades fiscalizadas. O trabalho é pouco ou quase nada eficiente.

Já quando o Tribunal por iniciativa própria, por denúncia ou representação (terceiros buscam a instauração do processo) promove procedimento fiscalizatório já se parte de um forte indício ou de uma irregularidade substanciada, então a atividade controladora é muito mais eficiente e benéfica aos cofres públicos.

No caso, quando o Tribunal de Contas recebe Denúncia de um cidadão, e a equipe de auditoria constata, por exemplo, um forte indício ou uma irregularidade que demonstra fraude num processo licitatório da construção de uma rodovia, o que o Tribunal de Contas deve fazer?

Duas opções: permitir a adjudicação do objeto licitado e o pagamento e iniciar longo processo administrativo e esperar seu resultado final para depois tentar resgatar algum dos valores pagos aos fraudadores. Ou deve a Corte de contas intervir imediatamente de forma a suspender o processo licitatório e apurar as irregularidades, determinar providências, impedindo que o dinheiro público que deveria servir ao bem da população seja distribuído entre pessoas inescrupulosas e desonestas.

Percebe-se que, caso se admitisse apenas a primeira opção, seria o mesmo que dar importância nenhuma ao essencial dinheiro público, seria a própria consolidação daquilo que as pessoas chamavam (e que a equipe técnica do Tribunal detesta) de “Tribunal de faz de contas”, uma atuação extemporânea, ineficaz, burocrática e com pouco ou nenhum sucesso. É agir quando o dinheiro público dispersou, a fraude se consolidou e tentar resgatar qualquer valor é muito difícil e muito caro.

Nessa esteira, a Constituição de 1988 munuiu os Tribunais de Contas de competências que garantem adequada prestação das suas funções. E nesse intento é de extrema importância o poder geral de cautela às cortes de contas conferidos.

São as medidas cautelares que permitem a atuação eficaz do Tribunal de Contas, impedem ou minimizam as fraudes e utilizações indevidas de dinheiro público e garantem à população um órgão de fiscalização com responsabilidade e competência para executar seu desiderato constitucional e proteger o essencialíssimo dinheiro público.

Com fulcro na extrema relevância brevemente demonstrada é que se propõe estudar o poder geral cautela dos Tribunais de Contas, que será feitos nas próximas linhas.

I- ORIGEM DO TRIBUNAL DE CONTAS NO BRASIL² E SUA RELAÇÃO COM O CONTROLE EXTERNO PRÉVIO E CONCOMITANTE³

A idéia de criar um Tribunal de Contas que fiscalizasse as contas públicas com independência surgiu no Brasil em 23 de junho de 1826 através do projeto de lei apresentado ao Senado do Império por Caldeira Brandt, Visconde de Barbacena e José Inácio Borges.

Contudo, somente com a queda do Império e com as reformas político-administrativas que transcorreram com a República recém-instaurada, já em 07 de novembro de 1890, ocorreu a criação do Tribunal de Contas por meio do Decreto nº 966-A de iniciativa do Ministro da Fazenda Rui Barbosa.

Pouco depois o Tribunal de Contas da União recebeu status constitucional no artigo 89 da Carta de 1891. No entanto, a instalação de fato do órgão somente se deu em 17 de janeiro de 1893 pelo esforço do Ministro da Fazenda do governo de Floriano Peixoto, Ministro Serzedêllo Corrêa.

Inicialmente, a competência⁴ do Tribunal de Contas abrangia a liquidação e verificação de legalidades das contas antes delas serem prestadas ao Congresso Nacional.

Entretanto, no início de suas atividades, o Tribunal de Contas impugnou nomeação feita pelo Presidente Floriano Peixoto de um parente do ex Presidente Deodoro da Fonseca, o que

² HISTÓRICO. **Portal do Tribunal de Contas da União**. Disponível em http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/institucional/conheca_tcu/historia. Acesso em: 20 dez. 2013.

³ **Controle prévio**: “É o que antecede a conclusão ou operatividade do ato, como requisito para sua eficácia.”

Controle concomitante: “É todo aquele que acompanha a realização do ato para verificar a regularidade de sua formação como, por exemplo, a realização de auditoria em um contrato em andamento.”

(MEIRELLES, Hely Lopes. Atual. por AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo**. 33. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007. P. 668.)

⁴ Conceito de Competência: Círculo compreensivo de um plexo de deveres públicos a serem satisfeitos mediante o exercício de correlatos e demarcados poderes instrumentais, legalmente conferidos para a satisfação de interesses públicos. São características: de exercício obrigatório, irrenunciáveis, intransferíveis, imodificáveis pela vontade do próprio titular e imprescritíveis. (MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 30. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. P. 148/149.)

inconformou o então chefe de Estado que retirou do Tribunal a competência para impugnar atos ilegais.

Nessa altura da história, convém retratar passagem da carta de exoneração do Ministro Serzedêllo Corrêa em razão do ato do então Presidente que retirou competências do Tribunal em ações concomitante ou prévias ao ato ilegal:

"Esses decretos anulam o Tribunal, o reduzem a simples Ministério da Fazenda, tiram-lhe toda a independência e autonomia, deturpam os fins da instituição, e permitirão ao Governo a prática de todos os abusos e vós o sabeis - é preciso antes de tudo legislar para o futuro. **Se a função do Tribunal no espírito da Constituição é apenas a de liquidar as contas e verificar a sua legalidade depois de feitas, o que eu contesto, eu vos declaro que esse Tribunal é mais um meio de aumentar o funcionalismo, de avolumar a despesa, sem vantagens para a moralidade da administração.**

Se, porém, ele é um Tribunal de exação como já o queria Alves Branco e como têm a Itália e a França, **precisamos resignarmo-nos a não gastar senão o que for autorizado em lei e gastar sempre bem, pois para os casos urgentes a lei estabelece o recurso.**

Os governos nobilitam-se, Marechal, obedecendo a essa soberania suprema da lei e só dentro dela mantêm-se e são verdadeiramente independentes.

Pelo que venho de expor, não posso, pois Marechal, concordar e menos referendar os decretos a que acima me refiro e por isso rogo vos digneis de conceder-me a exoneração do cargo de Ministro da Fazenda, indicando-me sucessor." (grifos nossos)

No texto de indignação do Ministro Serzedêllo Corrêa observa-se o destaque dado à importância de ações do Tribunal de Contas de forma a evitar o dano e não constatá-lo e esperar tentar agir depois.

Inquestionável, por efeito, a importância de institutos que permitam ao Tribunal de Contas exercer com plenitude o seu encargo de evitar e impedir as despesas ilegais sob pena de se ter um Tribunal que não cumpre com o papel para o qual foi criado e servir apenas ou para um simbolismo quase inútil ou para avolumar as despesas do funcionalismo público.

II-BREVE RELATO DA EVOLUÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS (CAMPELO, 2004)

O Tribunal de Contas é previsto em todas as Constituições Federais do Brasil desde 1891. Inicialmente, cabia ao órgão além de julgar as contas dos administradores de recursos públicos o registro prévio das despesas a serem feitas. Sendo que a negativa do registro (veto impeditivo) da despesa impedia em absoluto sua execução.

A sistemática acima perdurou até 1896 quando a primeira lei orgânica do Tribunal permitiu que se realizassem despesas não aprovadas pela Corte de Contas. A situação prosseguiu até 1967 quando a Constituição extinguiu o registro prévio (que, ao nosso ver, devido à burocracia, ao grande contingente de despesas a serem analisados por exíguo tempo e grupo de pessoas e até mesmo pela permeabilidade dada pela Lei Orgânica que tirou-lhe a força, o instituto estava ineficiente e inadequado).

No entanto, não foi essa a única mudança, a então nova Constituição trouxe também uma competência de extrema relevância que é de realizar inspeções e auditorias em todos os órgãos e entidades da Administração Pública. Onde houvesse despesa pública havia prerrogativa dos Tribunais de Contas de fiscalizar.

Decerto a nova competência oxigenou o papel desempenhado pelo Tribunal de Contas na sociedade, saltando de um órgão fiscalizador preso, ineficiente que com atuação restrita e pouco eficaz para um órgão contemporâneo com instrumentos capazes de exercer uma fiscalização mais autônoma, eficiente e com mais ganhos à população.

III-O TRIBUNAL DE CONTAS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

III.1 -ALARGAMENTO DAS COMPETÊNCIAS

Todavia mesmo com a evolução vista, observa-se que o controle realizado pelos Tribunais era apenas um controle de legalidade nos campos contábil, financeiro e orçamentário.

A Constituição de 1988 foi um divisor de águas para o Tribunal de Contas por trazer um papel de bastião da democracia e dos direitos fundamentais e muitos instrumentos e funções foram atribuídos ao órgão para garantir a sua atuação com independência, autonomia e plenitude.

O controle exercido pelas Cortes de Contas deixou de ser de mera legalidade e passou a incluir também aspectos operacionais, patrimoniais, de legitimidade, de economicidade, de eficiência, de eficácia, de efetividade e de compatibilidade com os interesses públicos.

III.2-TRIBUNAL DE CONTAS COMO BASTIÃO DA DEMOCRACIA E SUAS FUNÇÕES POLÍTICAS

Segundo Moreira Neto (MOREIRA NETO, 2004), a democracia consolidada na Carta de 1988 reforçou as finanças públicas liberais voltadas aos interesses das sociedades e por isso devem ser submetidas à ação fiscalizadora dos Tribunais de Contas. As finanças públicas passaram a ser vistas como um instrumento da administração com foco no interesse público dissociando-se do alvedrio egoísta dos ordenadores de despesa.

A nova concepção democrática gerou como fruto a independência das Cortes de Contas não subalternas a nenhum órgão, o que lhes conferia ampla liberdade de exercer suas funções constitucionais.

Não é difícil perceber que o Tribunal de Contas passou a desempenhar funções técnicas sim, mas políticas também. É percebida sua função política, por exemplo, na fiscalização por iniciativa própria prevista no artigo 71, IV da CF/88 inspeções e auditorias envolvendo administradores e responsáveis por dinheiros públicos.

A iniciativa própria dá uma dinâmica importante ao órgão como reduto da democracia, pois, qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicatos (parágrafo 2º do art. 74 da CF/88) e todos aqueles fiscalizados pelo Tribunal de Contas (por exemplo, órgãos da administração direta e indireta) são legítimos para, na forma da lei, denunciarem irregularidades ou ilegalidades.

Ressalta-se que as ações dos Tribunais de Contas não são mera verificação de legalidade dos atos, fatores como eficiência, eficácia, efetividade, economicidade e predominância do interesse público são parâmetros de apreciação do órgão.

Outras funções política essenciais são as prevista nos incisos IX e X do artigo. Ao assinar prazo para que a qualquer dos entes públicos sob seus controle adote providências ao exato cumprimento da lei diante de uma ilegalidade é uma atuação autônoma que envolve inclusive aplicação de sanção por descumprimento. Essa atuação pode ser feita, por exemplo, contra as

Casas do Parlamento nacional diante de irregularidade. Isso só ratifica que o Tribunal de Contas tem sido muito mais do que um mero assistente do Legislativo como alguns persistem em defender.

A não há obediência à decisão que determina a adequação à lei e à constituição gera o dever/direito do Tribunal de Contas de sustar o ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado.

Bem, nada mais obvio que a comunicação da sustação já promovida e executada pelo próprio Tribunal de Contas em consonância com o modelo constitucional não indica qualquer exercício de subalternidade. Vale lembrar que tanto o Tribunal de Contas quanto o Parlamento têm como função o controle externo. A comunicação mais se parece como uma exigência de integração nos trabalhos afins dos órgãos legitimados ao controle externo.

Apenas para sustar contratos, a Constituição legitimou exclusivamente o Congresso Nacional. Porém, o ente público, utilizando-se do instituto da autotutela, pode por si promover as mudanças indicadas pela Corte de Contas. Mas a inércia do ente e do Congresso faz com que a competência para decidir a questão seja dada ao Tribunal de Contas.

Perante as linhas acima se verifica quão amplas e importantes são as funções políticas dos Tribunais de Contas que lhes servem para o cumprimento de seu papel de instrumento da democracia, da defesa dos dinheiros públicos e de agente contra a corrupção. “Tais tribunais tornaram-se instrumentos de inquestionável relevância na defesa dos postulados essenciais que informam a própria organização da Administração Pública.”(MARINELA, 2011, p.998)

III.3-ALGUMAS SEMELHANÇAS COM O PODER JUDICIÁRIO

Essa abertura à participação popular só é possível porque se está diante de um órgão com independência e sem subordinação, caso contrário seria “letra morta”. E justamente para garantir a indispensável imparcialidade, até porque entre as funções do Tribunal está a de julgar as contas dos administradores e responsáveis por dinheiros públicos e os que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público (art. 71, II da CF/88).

A Constituição ciente da importância do órgão e de sua autonomia na constituição do Estado Democrático de Direito, concedeu aos Tribunais de Contas as mesmas garantias institucionais

do Poder Judiciário, e o exercício, no que couber das atribuições do artigo 96 da CF/88 (artigo 73 da CF/88).

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p.962), os Tribunais de Contas são órgãos cujos poderes de administração própria são análogos ao dos Tribunais do Judiciário. Os Ministros do TCU receberam do texto constitucional (art.73, §3º) as mesmas prerrogativas e foram equiparados aos Ministros do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Segundo Ayres Britto “as atribuições do TCU são prerrogativas, e como tais, implicam o desfrute de condições especialmente propiciadoras do melhor desempenho possível das competências que a ele, TCU, foram constitucionalmente adjudicadas”. (BRITO, 2012, p.962)

III.4 -NATUREZA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

A Carta de 88, cerne e parâmetro de validade (KELSEN, 2013) de toda a ordem jurídica nacional dispôs sobre o Tribunal de Contas na Seção IX dentro do espaço reservado ao Poder Legislativo.

A pergunta objeto de divergência na doutrina e na jurisprudência é: qual a natureza do Tribunal de Contas segundo a Constituição?

Carlos Ayres Britto (2004) defende que o Tribunal de Contas, assim como o Ministério Público, é um órgão desvinculado dos Poderes do Estado com atuação e competências ímpares.

Sua tese segue amparada na própria Constituição que, segundo autor não descreve qualquer subalternidade funcional ou inferioridade hierárquica do Tribunal de Contas em relação ao Congresso Nacional.

Para Britto (2004) ver o Tribunal de Contas como órgão auxiliar do Congresso Nacional avulta sua “indispensabilidade ou rigorosa essencialidade do papel institucional”. Sendo que a atuação se dá junto ao Congresso Nacional ao lado, mas não em seu interior, as competências constitucionais de ambos não se confundem.

Descreve o Tribunal de Contas como órgão com autonomia e independência e que o auxílio prestado pelo Tribunal de Contas está para o Congresso Nacional tal como o Ministério Público está para o Judiciário(MOREIRA NETO).

Até porque a Constituição Federal no artigo 44, ao tratar da formação do Poder Legislativo, é taxativa e não inclui o Tribunal de Contas na composição do Poder.

A participação obrigatória do Ministério Público na Jurisdição está posta da mesma altura que o Tribunal de Contas participa do Controle Externo exercido pelo Legislativo. Ambos essenciais contudo com funções próprias e não subalternos. Tanto o Parquet quanto o Tribunal de Contas da União estão ligados diretamente à pessoa jurídica da União e não ligados a nenhum dos 3 (três) Poderes clássicos.

Basta citar os incisos III, VI e IX do artigo 71 da CF/88 para se ver que o Tribunal de Contas tem funções próprias suas. Essa defesa do Eminentíssimo autor proporciona a reflexão de que, como as competências estão expressas na Carta Constitucional como próprias do Tribunal de Contas, sendo um órgão classificado como independente(ALEXANDRINO, 2010, p.124).

Francisco Eduardo Carrilho Chaves⁵ encorpa o extenso grupo de doutrinadores que vêm semelhanças nas posições constitucionais dos Tribunais de Contas e do Ministério Público ao ponderar que:

“(…) se ambos fossem imaginados como pessoas naturais, o TCU teria os mesmos problemas existenciais do Ministério Público da União. Ambos detêm autonomia funcional, administrativa, financeira e orçamentária, bem como a Constituição não os integrou de forma expressa à estrutura administrativa de nenhum dos Poderes, mas é indiscutível que não são Poderes.”

Em discurso próximo ao de Britto, Valdecir Pascoal⁶ define certamente a independência dos Tribunais de contas e sua grande valoração dada pelo constituinte de 1988:

“(…)os Tribunais de Contas não são órgãos subordinados ou vinculados a este Poder. São órgãos administrativos de extração constitucional, com autonomia orçamentária e administrativa, aos quais a Constituição delegou a maior parte das competências atinentes ao controle externo da administração pública. Com efeito, ontologicamente, a titularidade do controle externo (função fiscalizadora) é do Poder Legislativo (representantes do povo), mas, seguindo o modelo concebido desde a sua criação, o constituinte de 1986/88 estabeleceu, ao longo dos artigos 31, 70 a 75 da atual Lei Maior, um rol de competências, cujo exame,

⁵ CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. **Controle Externo da Gestão Pública**. 2. Ed.. Niterói: Impetus. P. 95.

⁶ PASCOAL, Valdecir. O Poder Cautelar dos Tribunais de Contas. **Revista do Tribunal de Contas da União**. Brasil, ano 41, n 115, maio/agosto de 2009. Disponível em < <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2057618.PDF>>. Acesso em 23/12/2013.

sem maiores esforços hermenêuticos, aponta pela prevalência de atribuições privativas aos Tribunais de Contas, sem prejuízo de outras, a exemplo da emissão anual de Parecer Prévio (...).”

Em posição diametralmente oposta Carvalho Filho (2010) sustenta que o Tribunal de Contas é órgão integrante do Congresso Nacional cuja função é “auxiliá-lo no controle financeiro externo da Administração Pública (...)”, colocando as Cortes de Contas como subalternas ao Parlamento que servem para assessorá-lo quanto à sua especialidade técnica.

Por sua vez, Hely Lopes (2007) dispõe que os Tribunais de Contas “são órgãos independentes, entretanto, auxiliares dos Legislativos e colaboradores dos Executivos”. Para o autor⁷ o Tribunal de Contas é “órgão administrativo independente, de cooperação com o Poder Legislativo na fiscalização financeira e orçamentária”.

Caminhando na intermediária, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2010) entendem o Tribunal de Contas um órgão vinculado ao Poder Legislativo, mas não hierarquicamente inferior a ele. Sendo assim, o Tribunal de Contas atua com independência no exercício de suas funções constitucionalmente dispostas.

As posições doutrinárias expostas visam demonstrar a divergência doutrinária quanto ao tema. Contudo, a posição moderada que vê no órgão controlador um ente independente, anômalo, com funções políticas próprias, mas que faz parte do Legislativo, tende a predominar na jurisprudência do STF, conforme dizeres do Ministro Celso e Mello⁸:

Cabe enfatizar, neste ponto, uma vez mais, na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que inexistente qualquer vínculo de subordinação institucional dos Tribunais de Contas ao respectivo Poder Legislativo, eis que esses órgãos que auxiliam o Congresso Nacional, as Assembléias Legislativas, a Câmara Legislativa do Distrito Federal e as Câmaras Municipais **possuem, por expressa outorga constitucional, autonomia que lhes assegura o autogoverno, dispondo, ainda, os membros que os integram, de prerrogativas próprias, como os predicamentos inerentes à magistratura.**

Revela-se inteiramente falsa e completamente destituída de fundamento constitucional a idéia, de todo equivocada, de que os Tribunais de Contas seriam meros órgãos auxiliares do Poder Legislativo.

⁷ Ibidem p. 764.

⁸ ADIMC 4190/RJ. Relator: Ministro Celso de Mello. Decisão proferida em 01/07/2009.

Na realidade, **os Tribunais de Contas ostentam posição eminente na estrutura constitucional brasileira, não se achando subordinados, por qualquer vínculo de ordem hierárquica, ao Poder Legislativo**, de que não são órgãos delegatários nem organismos de mero assessoramento técnico. (Grifos nossos)

III.5- JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS

De fato, a Carta de 1988 no caput do artigo 73 descreve claramente que o Tribunal de Contas da União tem jurisdição em todo o território nacional. Essa questão, contudo é uma das mais controversas na doutrina.

Ayres Britto (2004) pontua que os Tribunais de Contas não exercem função jurisdicional do Estado, esta seria exclusiva dos órgãos do Poder Judiciário, uma vez que os artigos 127 da CF/88 ao falar da função jurisdicional não incluiu as Cortes de Contas.

Alexandrino e Paulo (2010) estabelecem que apesar “de serem chamados de “tribunais” as cortes de contas não exercem jurisdição, isto é, não dizem com definitividade o direito aplicável” ou seja, a legalidade, não o mérito⁹, de suas decisões podem ser revistas no Judiciário. Suas decisões não fazem coisa julgada material propriamente dita.

Cretella Júnior (2010) sobre o assunto coloca:

“As decisões do Tribunal de Contas não são decisões judiciárias, porque ele não julga. Não profere julgamento nem de natureza cível, nem de natureza penal. As decisões proferidas dizem respeito à regularidade intrínseca da conta, e não sobre a responsabilidade do exator ou pagador ou sobre a imputação dessa responsabilidade.

Com outro entendimento, obtempera De Plácido e Silva(1999) sobre jurisdição lato senso:

(...) em sentido lato, jurisdição quer significar todo poder ou autoridade conferida à pessoa, em virtude da qual pode conhecer de certos negócios públicos e os resolver. E neste poder, em que se estabelece a medida das atividades funcionais da pessoa, seja juiz ou autoridade de outra espécie, estão incluídas não somente as atribuições relativas à matéria, que deve ser trazida a seu conhecimento, mas ainda a extensão territorial, em que o mesmo poder se exercita.

⁹ Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1994. P. 101.

Caso entenda-se jurisdição é apenas a atividade jurisdicional exercida pelo Poder Judiciário, estará se cometendo o mesmo erro de se falar que apenas o Poder Legislativo cria normas de observância obrigatória ou que apenas o Executivo promove atos executivos.

Inegavelmente cada um dos 03 (três) Poderes Clássicos de Montesquieu tem suas funções típicas, porém, como afirma Pontes de Miranda¹⁰, “(...) uma coisa é a distinção das funções do Estado em legislativa, executiva e judiciária e outra a separação absoluta dos poderes segundo tal critério distintivo”.

Assim aduz Jacoby¹¹ ao confirmar que “a separação das funções legislativa, administrativa e judiciária não é absoluta, nem é restrita aos órgãos do respectivo poder”.

Ou seja, por exemplo, o Congresso Nacional ao decidir pelo *impeachment* de um presidente está dizendo o direito no caso concreto, julgando de acordo com a Constituição e de forma atípica exercendo a função jurisdicional (não aquela judicial mas não deixa de ser jurisdição lato senso).

O Tribunal de Contas tem jurisdição, a Constituição foi clara nesse sentido. Deve-se recordar os postulados de Luís Roberto Barroso¹²: “Em matéria constitucional, é importante que se diga, o apego ao texto positivado não importa em reduzir o direito à norma, mas, ao contrário, em elevá-lo à condição de norma, pois ele tem sido menos do que isso.”

Não se pode ir contra o que a própria Constituição determina. Não é que se defenda a existência de uma jurisdição judicial para o Tribunal de Contas. Contudo, ao vê-lo como órgão anômalo e observar suas funções e características próprias¹³ não é possível negar-lhe sua jurisdição em matéria de sua competência com análise de legalidade e de mérito, se o fizer estar-se-á negando os postulados expressos e inequívocos da Constituição Federal.

¹⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Os fundamentos atuais do direito constitucional**. Rio de Janeiro: Technicas, 1932. P. 319.

¹¹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil – Jurisdição e Competência**. 2. Ed.. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

¹² BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação da Constituição**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹³ Cf. MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 5. Ed. rev., amp., reform. e atual.. Niterói: Impetus, 2011.

Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁴ no 15º Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil apresentou a seguinte perspectiva sobre a jurisdição das Cortes de Contas:

Passa-se que o poder, hoje, já não é mais contido eficientemente através desses mecanismos – meios de defesa do cidadão frente ao Estado, com mecanismos judiciais tradicionais - Daí a necessidade de conceber-se um poder controlador. Toda fórmula, dantes existente, revela-se, quiçá, perfeitamente apta a atender suas finalidade num Estado muito distante do Estado atual.

A Carta Maior concede aos Tribunais de Contas a função jurisdicional com o poder/dever de julgar em tomada ou prestação de contas os responsáveis pelos dinheiros públicos e equipara os Tribunais de Contas, seu funcionamento, suas características e as prerrogativas de seus membros aos tribunais do Poder Judiciário mas com peculiaridades, competências de julgamentos e amplíssimas funções políticas próprias.

A jurisdição dos Tribunais de Contas é diferente dos tribunais do Judiciário. Os primeiros julgam em casos dentro de sua competência de controle externo dos dinheiros públicos visam garantir a disposição responsável do dinheiro público pelos ordenadores de despesas, sua finalidade é pelo controle financeiro, contábil e orçamentário garantir que o dinheiro público atenda ao interesse público em última instância e fiscalizar a fim de as gestões públicas sejam responsáveis de modo a coibir a corrupção.

Como visto, a finalidade dos julgamentos dos Tribunais de Contas é totalmente diferente dos tribunais do Judiciário que buscam basicamente a solução de conflitos através da aplicação da lei, gerando convivência pacífica numa ordem jurídica justa.

A extensão da apuração do Tribunal de Contas ao julgar é muito mais ampla, pois ele não se baseia apenas na análise de legalidade como os tribunais judiciais, incluindo em seu julgamento parâmetros de conveniência e mérito como eficiência, eficácia, economicidade, interesse público entre outros.

Nessa esteira, pela inafastabilidade do Judiciário, caso uma decisão final do Tribunal de Contas seja objeto de litígio em órgão judicial, a análise desta corte só pode ser de legalidade e não

¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Função controladora do Tribunal de Contas**. In: Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil. 15 set. 1989. São Paulo. Conferência não publicada.

meritória. A parte da decisão que envolve questões meritórias não pode ser analisadas pelo Judiciário que não tem competência para tanto. Eduardo Carone(2001) ratifica o ora dito:

Quando se tratar de competência dos Tribunais de Contas ditadas pelo art. 71, II da Constituição da República, ou seja, de sua função jurisdicional, o Poder Judiciário não poderá rever suas decisões quanto ao mérito. A revisibilidade judicial das decisões dos Tribunais de Contas somente se dará quando estiverem elas contaminadas pelo abuso de poder, em qualquer de suas espécies, excesso de poder ou manifesta ilegalidade. A decisão do Tribunal de Contas, portanto, somente deixará de prevalecer quando o procedimento violar a inafastável garantia do devido processo legal ou a decisão contiver manifesta ilegalidade.

Destaca-se que no exercício de sua jurisdição o Tribunal de Contas faz inclusive controle de constitucionalidade (respeitada a obediência à cláusula de reserva de Plenário do artigo 97 da CF/88) dentro de suas competências e peculiaridades. Hoje esse posicionamento é firme na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que deu origem à súmula nº 347:

O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.

Muito embora suas competências e funções tenham distinções, tanto os tribunais do Judiciário como os Tribunais de Contas, na prática têm função jurisdicional pois ambos nada mais fazem do que exercer a função de dar atuação à vontade concreta da lei, cada qual em sua matéria de competência (jurisdição por Chiovenda, 1935),.

Tendo em vista o estudado, não restam dúvidas sobre a existência da jurisdição dos Tribunais de Contas nos processos de sua competência com as peculiaridades que permeiam a natureza específica dos órgãos em estudo.

IV-PODER GERAL DE CAUTELA NOS TRIBUNAIS DE CONTAS

IV.1- CARACTERÍSTICAS DA TUTELA CAUTELAR

A doutrina clássica de Calamandrei (1945) assegura que a tutela cautelar se destina a dar efetividade à jurisdição e ao processo. Então se percebe como elementar da tutela cautelar a busca da efetividade, e o ambiente ideal para seu desenvolvimento é durante processo no exercício da jurisdição.

No entanto surge a pergunta, a tutela cautelar tem o objetivo primário de proteger o direito material ou o efetivo exercício da jurisdição?

A resposta é dada por Marinoni e Arenhart (2008) ao lembrarem Chiovenda e dizerem que a função da jurisdição é atuar a vontade da lei, dessa forma, a tutela que é instrumento de garantia o pleno exercício da função jurisdicional obviamente não poderia ser concebida como tutela do direito mas sim como tutela a serviço do direito que visa garantir a efetividade da atuação da vontade da lei que é a finalidade do processo.

Sob esse enfoque percebe-se com a doutrina clássica que a tutela cautelar não é um direito da parte, mas sim um direito do Estado, imprescindível, segundo Calamandrei (1999) para que a própria jurisdição garanta a seriedade e a utilidade de sua função.

É impossível falar de processo e jurisdição sem falar em efetividade. O processo quando perde seu objeto fica sem razão de existir. Por isso a importância da tutela cautelar que garante a efetividade da decisão e o correto andamento do processo. Assegura-se o direito ao tempo que regula a situação material das partes a fim de que haja efetividade da decisão final definitiva (THEODORO JUNIOR, 2002)

Isto posto, a tutela cautelar é uma tutela assecuratória da tutela principal do direito material ou mesmo da situação jurídica tutelável. Portanto, ela deriva da própria função jurisdicional, não é autônoma, visa garantir a efetividade do processo e o exercício pleno da jurisdição.

Imprescindível realçar com Humberto Theodoro (2002) que a tutela cautelar não é fruto da voluntariedade do julgador e sim da verificação de uma necessidade no caso concreto. Impera na decisão uma ponderação entre os valores da necessidade e da segurança jurídica.

Na prática, o julgador deve também se certificar da presença dos elementos necessário à concessão da tutela cautelar, qual sejam: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

IV.2 -TUTELA CAUTELAR NA JURISDIÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

No processo administrativo que tramita nas Cortes de Contas impera a ordem constitucional de respeitar os princípios do contraditório e da ampla defesa, legalidade, segurança jurídica, juiz natural, imparcialidade e todos aqueles que lhes forem compatíveis.

Além disso, restou solidificado o entendimento de que os Tribunais de Contas exercem jurisdição no exercício de suas competências constitucionais.

Dessa forma, a jurisdição do Tribunal de Contas também deve ser garantida. Seu exercício regular e o processo o qual percorre para dizer o direito no caso concreto são regulamentados em leis próprias.

Fora demonstrada a importância essencial de se ter efetividade no processo em andamento no Tribunal de Contas a fim de que se concretize sua jurisdição. O objeto em jogo será sempre o dinheiro público e todas as atividades essenciais e pessoas que dependem dele.

Imagine-se que os bens de particulares em litígio são extremamente valorizados pelo ordenamento pátrio, maior ainda o valor dos bens da população, do dinheiro que fomenta a concretização dos deveres do Estado e os direitos das pessoas.

Mesmo em se tratando de uma jurisdição diferente, negar-lhe efetividade seria o mesmo que “rasgar o texto constitucional” e tornar-lhe obsoleta, ineficaz um mero artefato representativo sem nenhuma eficácia.

Se para bens privados a efetividade é imprescindível, então para ações que envolvam bens públicos e todo o arcabouço de necessidades e pessoas que deles dependam essa necessidade é certamente muito maior. Ainda mais quando se tem envolvidos alguns agentes com responsabilidade constitucional de agir apenas segundo a lei e a primazia do interesse público.

A jurisprudência do guardião da Constituição, o Supremo Tribunal Federal, é serena quanto ao tema e ao entendimento de que o TCU e os demais Tribunais de Contas (pelo princípio da simetria cunhado no artigo 75 da CF/88) dispõem de legitimidade para expedirem tutelas cautelares seja para prevenir lesão ao erário ou a particular ou para garantir a efetividade das decisões por tais órgãos proferidas.

Não fosse o bastante, o Supremo afirma que as cautelares podem ser concedidas sem oitiva (*inaudita altera parte*)¹⁵, com fundamentação que a justifique, de acordo com a necessidade do caso, o que seria uma antecipação da tutela cautelar.

¹⁵ Conforme decisão do Ministro do STF, Celso de Mello, no Mandado de Segurança com pedido de medida cautelar nº 26547 MC/DF- DISTRITO FEDERAL, publicada no dia 29/05/2007

O STF vê na possibilidade da concessão de tutela cautelar pelos Tribunais de Contas uma decorrência da outorga constitucional de poderes implícitos a tais Cortes, tendo por base o artigo 71 da CF/88. Assim expôs a Corte Constitucional¹⁶:

PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. IMPUGNAÇÃO. COMPETÊNCIA DO TCU. CAUTELARES. CONTRADITÓRIO. AUSÊNCIA DE INSTRUÇÃO. 1- Omissis. 2- Inexistência de direito líquido e certo. O Tribunal de Contas da União tem competência para fiscalizar procedimentos de licitação, determinar suspensão cautelar (artigos 4º e 113, § 1º e 2º da Lei nº 8.666/93), examinar editais de licitação publicados e, nos termos do art. 276 do seu Regimento Interno, possui legitimidade para a expedição de medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões).

A justificativa da teoria dos poderes implícitos que em síntese diz que quem pode mais pode menos, tem origem nos Estados Unidos no caso *McCulloch v. Maryland* (1819).

Nesse diapasão, o artigo 71 ao outorgar diversas atribuições ao Tribunal de Contas da União também obrigou reconhecer a outorga implícita de todos os meios e instrumentos necessários para que se tenha a realização integral e eficiente de suas funções.

Por efeito, todas as vezes em que se torne indispensável agir para garantir a efetividade de suas decisões os Tribunais de Contas poderão se utilizar das tutelas cautelares.

Em outras palavras, deriva expressamente do exercício de sua função jurisdicional a tutela cautelar necessária a garantir a efetividade imprescindível ao processo e indispensável à jurisdição do Tribunal de Contas.

Em verdade, cabe esclarecer que, nos parece que a jurisdição do Tribunal de Contas seria muito além do julgamento dos ordenadores de despesas e responsáveis, incluiria as funções políticas da Corte no exercício do Controle Externo de sua competência. Tal qual o órgão que o exerce, a jurisdição de tais órgãos de controle é anômala e com características próprias.

André Ramos Tavares¹⁷ critica a utilização da teoria dos poderes implícitos na justificativa do poder geral de cautela dos Tribunais de Contas. Para o autor seria mais adequado “uma

¹⁶ Mandado de Segurança nº 24510 de 2003. Relatora: Ministra Ellen Gracie

¹⁷ TAVARES, André Ramos. **O Tribunal de Contas e a tutela cautelar**. Disponível em <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/o-tribunal-de-contas-e-a-tutela-cautelar/11740>>. Acesso em 15/12/2013.

interpretação constitucionalmente adequada, entre o regime típico da jurisdição-judicial e o regime reconhecido às atividades próprias do Tribunal de Contas, tendo em vista a finalidade constitucional a ser atingida”.

IV.2.1- Características marcantes da Tutela Cautelar nos Tribunais de Contas

O poder geral de cautela dos Tribunais de Contas não está previsto na Constituição expressamente, mas em leis orgânicas e regimentos internos. Por exemplo, no TCU¹⁸ está no artigo 276 do Regimento Interno.

A primeira característica da tutela cautelar que, em verdade, surge da própria característica da jurisdição atípica do Tribunal de Contas é o fato que, ao contrário dos juízes do Judiciário, as Cortes de Contas podem agir de ofício.

O controle externo é executado pelos auditores de controle externo que por meio de auditorias e outros instrumentos de fiscalização colhem os achados de auditoria que são indícios de irregularidades e iniciam o processo no Tribunal.

Tais auditores em geral têm em lei garantida a sua independência funcional e sem vínculo de subordinação quanto aos seus pareceres e entendimentos. Então diante de uma denúncia, por exemplo, instaura-se procedimento a ser analisado e investigado por uma equipe de auditoria.

Caso durante as auditorias ordinárias, por exemplo, um Auditor perceba alguma irregularidade que estava fora do seu plano de atuação, tal agente público pode por si só provocar o Tribunal de Contas a agir desde que obedeça aos requisitos legais.

Assim, até mesmo a estrutura do Tribunal de Contas foi organizada a fim de que o órgão possa agir por iniciativa própria de seu corpo técnico e mesmo de órgãos internos como secretarias de controle externo.

¹⁸ Art. 276. O Plenário, o relator, ou, na hipótese do art. 28, inciso XVI, o Presidente, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, poderá, de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar, com ou sem a prévia oitiva da parte, determinando, entre outras providências, a suspensão do ato ou do procedimento impugnado, até que o Tribunal decida sobre o mérito da questão suscitada, nos termos do art. 45 da Lei nº 8.443, de 1992.

Essa separação de atividades garante a imparcialidade dos Conselheiros e Auditores substitutos dos Conselheiros os quais agirão como verdadeiros juízes. Por consequência, mesmo que o Tribunal aja por iniciativa própria a imparcialidade de seus julgados se mantém preservada.

Assim como no Judiciário e, principalmente em se tratando de bens públicos, o Tribunal de Contas pode conceder de ofício cautelar ao analisar no processo principal situação em que verifique tal necessidade.

Outra característica que deriva da jurisdição atípica do Tribunal de Contas é que mesmo que terceiro denuncie uma irregularidade que pessoalmente lhe beneficiará, a Corte de Contas analisará o caso sempre em função de sua finalidade de proteção ao erário e do fiel cumprimento da lei e de suas funções constitucionais, só tutelando direito de terceiro acidentalmente, em consequência da defesa do interesse público, ou seja, nunca como fim de sua ação.

Carvalho Filho¹⁹ entende que o “poder de cautela também há depender do descumprimento oportuno da recomendação prévia dirigida ao administrativo, relacionando-o aos incisos IX e X do artigo 71, de forma a limitar sua incidência”.

Data máxima vênia, o entendimento do ilustre autor no mínimo contradiz a jurisprudência pacífica do STF e denota uma realidade distante daquela vivida pelos Tribunais de Contas.

Como exaustivamente visto as funções do Tribunal de Contas são muito mais largas e a estreitar a tutela cautelar na interpretação do autor não nos parece ter coerência com o todo constitucional e com as funções desempenhadas pela Corte de Contas.

Inolvidável que as funções do Tribunal de Contas são muito específicas, no entanto diante de situações urgentes deve o órgão expedir decisões fundamentadas que imponham medidas cautelares que garantam o cumprimento de suas funções.

São exemplos de medidas cautelares comuns nas Cortes de Contas: suspensão temporária de processo licitatório, afastamento temporário de dirigente, arresto e indisponibilidade de bens (ex. quando o condenado está dissipando seu patrimônio a fim de evitar o cumprimento de sua condenação em devolução de valores ao erário), suspensão de atos.

¹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23. Ed. ver, ampl. e atual., 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P. 1098.

V-CONCLUSÃO

Inequivocamente o constituinte de 1988 quis fazer dos entes públicos em estudo órgãos independentes com função de fiscalização e defesa do interesse público agindo no combate à corrupção que assola o país. Essa conclusão é extraída da observação das disposições do texto de 1988.

Independente de se entender o Tribunal de Contas como fazendo parte do Poder Legislativo ou como Poder a parte da mesma forma que o Ministério Público, algo que já se consolidou é sua independência e a inexistência de hierarquia entre tal órgão e as casas legislativas.

Seu papel superlativo destacado na Carta de 1988 afasta qualquer tentativa de qualificar os Tribunais de Contas como órgãos auxiliares do Parlamento. Auxiliares não julgam o hierarquicamente superiores tampouco têm independência em todos os sentidos (organizacional, financeira, servidores, etc) e funções políticas próprias.

Os Tribunais de Contas possuem uma jurisdição atípica com características próprias que derivam em muito de suas funções constitucionais, de sua constituição como órgão anômalo e mesmo de suas finalidades essenciais de garantir a proteção ao erário, o acesso da população ao controle das contas dos administradores e do fortalecimento da democracia, dos direitos fundamentais (principalmente os sociais) e das leis e constituição que fazem do Brasil um Estado de Direito.

Essa jurisdição do órgão de controle em comento só será eficaz se munida de instrumentos que a garantam e em última instância solidifiquem o cumprimento das funções constitucionais do órgão que lhe detêm.

Da necessidade de fortalecer e tornar eficaz a jurisprudência dos Tribunais de Contas surge o seu poder geral de cautela que visa dar efetividade ao seu processo e permitir que se diga o direito e se cumpra o que a lei determina.

A tutela cautelar é justificada pela Teoria dos poderes implícitos na razão de quem pode mais pode menos e também é justificada pela própria singularidade e funções constitucionais do órgão de controle, seu regime típico, suas atividades próprias e finalidades constitucionais a serem atingidas.

Essa atuação da tutela cautelar nas Cortes de Contas permite ações prévias e concomitantes mais eficazes porque evitam a consolidação ou mesmo o acontecimento do dano ao erário. Tal instituto consagra eficácia à atuação e concede condições de cumprimento dos deveres constitucionais.

VI - REFERÊNCIAS

- 1 MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 30. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.
- 2 KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 3. Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.
- 3 ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 18. Ed. rev. Atual.. Rio de Janeiro: Método, 2010.
- 4 MEIRELLES, Hely Lopes. Atual. por AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo**. 33. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- 5 GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- 6 CAMPELO, Valmir. O Tribunal de Contas no Ordenamento Brasileiro. **O Novo Tribunal de Contas. Órgão Protetor dos Direitos Fundamentais**. 2 Ed. Ampl.. Belo Horizonte: Fórum, 2004.P. 159 e seguintes.
- 7 HISTÓRICO. **Portal do Tribunal de Contas da União**. Disponível em http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/institucional/conheca_tcu/historia. Acesso em: 20 dez. 2013.
- 8 SOUSA, Alfredo José de et. al. **O Novo Tribunal de Contas. Órgão Protetor dos Direitos Fundamentais**. 2 Ed. Ampl.. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- 9 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil – Jurisdição e Competência**. 2. Ed.. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- 10 BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- 11 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23. Ed. ver, ampl. e atual., 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- 12 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- 13 MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 5. Ed. rev., amp., reform. e atual.. Niterói: Impetus, 2011.

- 14 ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2012.
- 15 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil – V. 4 – Processo Cautelar**. 5. Tir.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- 16 BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. **O Novo Tribunal de Contas. Órgão Protetor dos Direitos Fundamentais**. 2 Ed. Ampl.. Belo Horizonte: Fórum, 2004.P. 175 e seguintes.
- 17 PASCOAL, Valdecir. O Poder Cautelar dos Tribunais de Contas. **Revista do Tribunal de Contas da União**. Brasil, ano 41, n 115, maio/agosto de 2009. Disponível em <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2057618.PDF>>. Acesso em 23/12/2013.
- 18 PASCOAL, Valdecir. O Poder Cautelar dos Tribunais de Contas. **Revista do Tribunal de Contas da União**. Brasil, ano 41, n 115, maio/agosto de 2009. Disponível em <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2057618.PDF>>. Acesso em 23/12/2013.
- 19 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo Cautelar**. 20. Ed.. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2002.
- 20 RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Processual Civil**. 5. Ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- 21 ASSOCIAÇÃO DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL. **Tribunal de Contas – Defesa do interesse público e combate à corrupção**. Anais do XXIV Congresso Nacional dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil: Comemoração dos 50 anos do Tribunal de Contas do Rio Grande do Norte. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- 22 CUNHA JUNIOR, Dirley da Cunha; NOVELINO, Marcelo. 3. Ed rev., ampl. e atual.. **Constituição Federal para concursos**. Salvador: Juspodvm, 2012.
- 23 GUERRA, Sidney, MERÇON, Gustavo. **Direito Constitucional aplicado à Função Legislativa**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.
- 24 TAVARES, André Ramos. **O Tribunal de Contas e a tutela cautelar**. Disponível em <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/o-tribunal-de-contas-e-a-tutela-cautelar/11740>>. Acesso em 15/12/2013.
- 25 CARVALHO, Rachel Campos Pereira de; KLEINSORGE, Henrique de Paula. **A cautelaridade nos Tribunais de Contas**. Disponível em <http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1531.pdf>. Acesso em 15/12/2013.
- 26 BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1994.
- 27 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Os fundamentos atuais do direito constitucional**. Rio de Janeiro: Technicas, 1932.

- 28 BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação da Constituição**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- 29 COSTA JÚNIOR, Eduardo Carone. As funções jurisdicional e opinativa do Tribunal – Distinção e relevância para a compreensão da natureza jurídica do parecer prévio sobre as contas anuais dos prefeitos. **Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais**. Belo Horizonte, Vol. 39, n. 2, abr./jun. 2001. P. 100.
- 30 CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. **Controle Externo da Gestão Pública**. 2. Ed.. Niterói: Impetus. P. 95.
- 31 CALAMANDREI, Piero. **Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares**. Buenos Aires: EBA, 1945.