

DOI: <https://doi.org/10.23925/ddem.i3.55373>

Licença Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional

CONTROLE PREVENTIVO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS COMO FORMA DE COMBATE A IRREGULARIDADES NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

PREVENTIVE CONTROL OF THE COURT OF AUDITORS AS A WAY OF FIGHTING
IRREGULARITIES IN PUBLIC ADMINISTRATION

Christianne de Carvalho Stroppa¹
Artur Giolito Melissopoulos²

RESUMO

O presente artigo analisa como se procede o controle preventivo feito pelos Tribunais de Contas, tendo como ênfase o Tribunal de Contas da União, e como esse controle poderia solucionar grande parte dos problemas relativos a desvios e danos ao erário em todo o Brasil. Ao analisar o arcabouço normativo que estabelece os deveres e poderes do TCU, somado à sua jurisprudência e artigos publicados ao longo dos anos sobre esta atuação, vemos a evolução do entendimento da Corte sobre a utilização dos procedimentos de controle preventivo, dado que a mera atuação educativa e o controle *à posteriori* não foram o suficiente para impedir irregularidades (em *latu sensu*, abarcando desde atos de improbidade até crimes contra à Administração Pública). O artigo se divide em dois eixos centrais: a explicação do que seria o controle preventivo e as medidas a serem tomadas em sede deste controle quando se encontra uma irregularidade. Dentro do exposto neste artigo, concluímos que a Corte de Contas Federal, além de possuir as competências e os poderes inerentes e necessários para a realização de um efetivo controle preventivo, deve o fazer como forma de evitar danos ao erário e até mesmo o engessamento dos investimentos públicos que podem ocorrer com uma eventual paralisação de uma obra devido à suspensão de um contrato por irregularidades. A pesquisa foi desenvolvida sob o método de abordagem hipotético-dedutivo, o procedimento comparativo, a técnica de documentação indireta, a pesquisa bibliográfica: em livros e periódicos jurídicos; documental; em legislação e em sites eletrônicos.

¹ Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes Soares da Rocha de Marília (1990). Doutora (2019) e Mestre (2013) em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2013). Assessora de Gabinete na Assessoria Jurídica de Controle Externo do Tribunal de Contas do Município de São Paulo. Ex-Assessora Jurídica na Secretaria da Saúde do Município de São Paulo. Ex-Procuradora da Universidade de São Paulo. Atualmente é Professora de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Professora Titular da Universidade Municipal de São Caetano do Sul. Membro associado do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo - IBDA, do Instituto de Direito Administrativo Paulista? IDAP e do Instituto dos Advogados de São Paulo? IASP. Ministra Simpósios e Treinamentos na área de Licitações e Contratos. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Administrativo, Constitucional e Municipal. É sócia do escritório Carvalho Stroppa Sociedade de Advogados, atuando profissionalmente nas áreas de Direito Administrativo, com enfoque especial em Licitações e Contratos. c.stroppa@uol.com.br. <https://orcid.org/0000-0002-0923-5012>.

² Especialista em Direitos Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo (2019). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2017). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Administrativo. artur.melissopoulos@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0003-3201-7707>.

Palavras-chave: Tribunal de contas; Controle preventivo; Poder Legislativo; Licitações; Auditorias.

ABSTRACT

This article analyzes how the preventive control carried out by the Courts of Auditors is carried out, with an emphasis on the Federal Courts of Auditors, and how this control could solve a large part of the problems related to deviations and damages to the treasury throughout Brazil. When analyzing the normative framework that establishes the duties and powers of the Federal Courts of Auditors, added to its jurisprudence and articles published over the years on about it, we see the evolution of the Court's understanding of the use of preventive control procedures, given that the mere educative action and a posteriori control were not enough to prevent irregularities (in *latu sensu*, ranging from acts of improbity to crimes against the Public Administration). The article is divided into two central axes: the explanation of what preventive control would be and the measures to be taken under this type of control when an irregularity is found. Within the exposed in this article, we conclude that the Federal Court of Auditors, in addition to having the competences and powers inherent and necessary to carry out an effective preventive control, must do so as a way to avoid damage to the treasury and even the immobilization of the public investments that may occur with an eventual stoppage of a work due to the suspension of a contract due to irregularities. The research was developed under the method of hypothetical-deductive approach, the comparative procedure, the indirect documentation technique, the bibliographical research: in books and periodicals; documentary; in legislation and on electronic sites

Keywords: Court of Auditors; Preventive control; Legislature; Bids; Audits.

INTRODUÇÃO

Como é característico dos ordenamentos constitucionais contemporâneos, o controle de contas dos órgãos estatais será realizado por órgão distinto destes, no caso, cabe ao Poder Legislativo, detentor do erário e do patrimônio público, realizar a fiscalização da Administração Pública ao geri-los, com auxílio do Tribunal de Contas.

Em virtude dos acontecimentos que ocorreram no Brasil na presente década, dos quais se tornou mais patente a ineficiência na fiscalização das licitações e expensas do erário, muito se questiona acerca das competências destes Tribunais, bem como o momento em que são exercidas, passando a serem foco de grandes controvérsias sobre seus poderes e sua atuação no controle da Administração Pública, assim como seus deveres e prerrogativas.

Mesmo que muito já se tenha discutido sobre os Tribunais de Contas, uma coisa é clara: é indiscutível seu papel para a lisura dos procedimentos administrativos e a salvaguarda do erário. Em verdade, a Corte de Contas possui maior conhecimento e mais mecanismos de controle do que o próprio Ministério Público e dos controles internos da Administração Pública.

Neste sentido, se faz necessário esclarecer como o Tribunal poderia, de forma preventiva, constatar irregularidades nos procedimentos licitatórios, com o intuito de coibir

práticas fraudulentas e ilegais, sanando as eventuais irregularidades e responsabilizando os infratores com auxílio dos órgãos de persecução competentes, além das próprias sanções que são de sua competência. A atuação preventiva se dará na supervisão dos atos da Administração e, em caso de irregularidade, medidas preventivas para se evitar danos e atos criminosos, seja com a mera adequação do ato ao ordenamento jurídico até a suspensão do ato.

A pesquisa foi desenvolvida sob o método de abordagem hipotético-dedutivo, o procedimento comparativo, a técnica de documentação indireta, a pesquisa bibliográfica: em livros e periódicos jurídicos; documental; em legislação e em sites eletrônicos, sem desconsiderar a experiência profissional dos autores.

1. DO CONTROLE PREVENTIVO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

A Administração Pública, direta ou indireta, assujeita-se a controles internos e externos. O interno é o controle exercido por órgãos da própria Administração, isto é, integrantes do aparelho do Poder Executivo³; por sua vez, o externo, é o efetuado por órgãos alheios à Administração.

O sistema de controle externo, conceituado por Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (2003, p. 24) como o “conjunto de ações de controle desenvolvidas por uma estrutura organizacional, com procedimentos, atividades e recursos próprios, não integrados na estrutura controlada, visando à fiscalização, verificação e correção dos atos”, compreende (i) o controle parlamentar direto; (ii) o controle exercido pelo Tribunal de Contas e (iii) o controle jurisdicional⁴.

Nesses termos, os Tribunais de Contas são órgãos constitucionais aos quais compete o exercício do controle externo em auxílio ao Poder Legislativo, nos termos dos arts. 70 a 75 da Constituição Federal de 1988.

A Constituição da República, em seu art. 2º, através de norma de observância obrigatória – no que couber – aos demais entes da Federação, estabelece a coexistência harmônica e independente dos Poderes da União, consagrando, assim, o afamado princípio da separação dos Poderes.

Mais à frente, ao dispor sobre as atribuições do Presidente da República, partilhando, assim, as ditas funções estatais dentre os aludidos Poderes, estabelece que cabe ao Chefe do

³ Ou do Poder Legislativo ou do Poder Judiciário, quando estiverem eles agindo no exercício de sua atípica função administrativa.

⁴ Odete Medauar (2012, p. 43) destaca que, “desprovido de um ou mais elementos caracterizadores do controle em sentido restrito, poder-se-ia cogitar do chamado controle extraorgânico ou controle social, inserido dentre os controles em sentido amplo, realizado, por exemplo, pelo povo, imprensa etc.”

Poder Executivo da União, privativamente, o exercício da direção superior da administração federal, com auxílio dos Ministros de Estado (ex vi de seu art. 84, inciso II). Ou seja, é lição comezinha de direito constitucional que a atividade administrativa foi atribuída como *função típica* ao Poder Executivo.

Mas, como corolário do *princípio republicano*, a própria Constituição também se encarrega de fixar mecanismos de controle dos Poderes uns sobre os outros, dando concreção à teoria dos freios e contrapesos (*checks and balances*). E, assim, estabelece como uma das funções típicas do Poder Legislativo o *controle externo* da Administração Pública sob os *critérios político e financeiro* (CARVALHO FILHO, 2021, p. 1085) – este último exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, nos termos do artigo 71 da Constituição de 1988.

A toda prova, portanto, para que haja equilíbrio entre os poderes – no exercício do *controle do poder pelo poder* e sem prejuízo da separação harmônica e da independência recíproca que constituem *princípio estruturante* da República Federativa do Brasil – faz-se imprescindível reconhecer a existência de *núcleos fundamentais e intangíveis* nas funções estatais cominadas aos ditos Poderes. Daí porque a mesma proteção que confere a inalterabilidade da *coisa julgada* que é fruto da *função típica* do Poder Judiciário, e que torna defeso restringir a decisão do Poder Legislativo acerca da conveniência da *edição de novas leis*, também obsta a incursão no *mérito do ato administrativo*⁵ senão pela própria Administração Pública.

É bem verdade, porém, que a intangibilidade do mérito do ato administrativo não é por assim dizer absoluta. A proteção não afasta de toda e qualquer sorte o exame do juízo de conveniência e oportunidade, pois há muito já se reconhece que o controle externo exercido pelo Poder Legislativo com auxílio do Tribunal de Contas pode se dar tanto sob o aspecto de legalidade como de legitimidade⁶ e economicidade⁷, que, a rigor, abarcam em certa medida o mérito do ato.

⁵ “Mérito do ato é o campo de liberdade suposto na lei e que efetivamente venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação vertente, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, ante a impossibilidade de ser objetivamente identificada qual delas seria a única adequada” (BANDEIRA DE MELLO, 2021, p. 918). O mesmo não se diga quanto à discricionariedade, porquanto, enquanto exercício de competência administrativa se sujeita à sindicabilidade.

⁶ “*Legitimidade*. Quando se distingue legitimidade de legalidade, é exatamente para sublinhar que aquela concerne à substância do ato o ato legítimo não observa apenas as formas prescritas ou não defesas pela lei, mas também em sua substância se ajusta a esta, assim como aos princípios não-jurídicos da boa administração” (FERREIRA FILHO, 1992, p. 125).

⁷ “*Economicidade*. Aqui se autoriza a apreciação se o ato foi realizado de modo a obter o resultado a custo adequado, razoável, não necessariamente ao menor custo possível” (FERREIRA FILHO, 1992, p. 125).

Sendo assim, imperativo que o *adentrar o mérito do ato administrativo* não importe em negativa do *núcleo fundamental* que constitui o instrumento de concreção do *princípio estruturante da Separação dos Poderes*⁸.

Consoante fixado acima, a intangibilidade do mérito do ato administrativo não é absoluta; a sua proteção não afasta de toda e qualquer sorte o exame do juízo de conveniência e oportunidade, pois há muito já se reconhece que o *controle externo* pode se dar tanto sob o aspecto de legalidade como de legitimidade e economicidade.

No que diz respeito à *atuação dos Tribunais de Contas no exercício do controle externo* ou, em outras palavras, às competências de controle dos Tribunais de Contas, Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara (2013, p. 182) destacam que é preciso considerar três noções bastante simples:

a) *Objeto da fiscalização* – como o conjunto de fatos, atos e procedimentos da Administração Pública ou de terceiros que o Tribunal examina e, a seguir, avalia, positiva ou negativamente;

b) *Parâmetro de fiscalização* – referência que o Tribunal adota para avaliar positiva ou negativamente certo objeto;

c) *Produto da fiscalização* – os atos que o Tribunal produz em decorrência dos procedimentos que realiza.

Os autores concluem, então, que a fiscalização do Tribunal de Contas é bem ampla no que se refere a seu objeto e parâmetro, mas, de outra sorte, muito condicionada quanto a seu produto, ou seja, quanto ao seu poder de comandar. Por suas palavras:

(...) a fiscalização do Tribunal pode ter por **objeto quase tudo** que se relaciona à Administração Pública. É que, além da fiscalização financeira, orçamentária, contábil e patrimonial – matérias sob a jurisdição específica do Tribunal de Contas –, cabe-lhe, no exercício da fiscalização operacional, um exame do todo, do conjunto da atuação administrativa (CF, art. 70, caput).

Os **parâmetros** que o Tribunal pode usar em sua avaliação também são muito variados, não se restringindo à legalidade, pois se estendem também, como dita o art. 70, caput, da CF, à economicidade e à legitimidade (ou, para usar fórmula mais consagrada no debate internacional, à economicidade, à eficiência e à efetividade). (SUNDFELD e CÂMARA, 2013, p.182) – grifos nossos.

No mesmo diapasão, Helio Saul Mileski (2003, p. 249) assevera que o controle com base na *legitimidade* pressupõe uma fiscalização pautada não só pelas normas legais, porquanto

⁸ Ao tratar sobre o controle da Administração, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO ressalva a limitação, advertindo que o “controle pode ser de legalidade ou de mérito, conforme o aspecto da atividade administrativa a ser controlada. O primeiro pode ser exercido pelos três Poderes; o segundo cabe à própria Administração e, com limitações, ao Poder Legislativo” (DI PIETRO, 2020. p. 933).

estruturada na *moralidade*. A legitimidade identificar-se-ia com os valores, princípios e fins que regem a ação administrativa, enfim, com o interesse público. Desse modo, aproxima-se do sentido de justiça, de racionalidade no exercício da atividade financeira.

Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara (2013, p. 183-184) defendem, ainda, que

os atos de comando que o Tribunal pode produzir são a aplicação de sanções (CF, art. 71, VIII), a sustação de atos (CF, art. 71, X, e §1º) e o registro de certos atos de pessoal (CF, art. 71, III). Não lhe cabe dar ordens cogentes em geral às autoridades administrativas, anular diretamente atos ou contratos, nem suspender ou sustar contratos (pois isto é tarefa do Legislativo – CF, art. 71, §1º)⁹.

E “esses atos de comando só podem ser editados para correção ou punição de irregularidades (‘ilegalidades’), em virtude da avaliação do Tribunal de que uma violação de norma jurídica está em curso ou foi cometida (CF, art. 71, VIII e IX)”.

Em complemento, vale registrar o que adverte Guilherme Corona Rodrigues Lima (2018, p. 52), para quem, o caput do art. 113 da Lei Federal nº 8.666/93,

(...) em consonância com o que dispõem o artigo 71 e seguintes da Constituição Federal, em especial seu inciso IX, confere ao Tribunal de Contas a função de realizar, quando provocado e nos limites de sua competência, o controle das despesas decorrentes de todos os instrumentos previstos na Lei 8.666/93, imputando à Administração Pública o ônus da prova da legalidade de seu proceder na prática dos atos administrativos previstas na Lei de Licitações.

(...), o §2º do artigo 113 da Lei de Licitações traz a previsão legal acerca da possibilidade de controle ou exame prévio de editais de licitações, por parte dos Tribunais de Contas, bem como a possibilidade de tais órgãos de controle imporem medidas corretivas ao órgão licitante, que está obrigado, nos limites que se demonstrará, a observá-los na condução do certame.

Assim, embora discutida na doutrina¹⁰, comungamos do entendimento de que a missão constitucional dos Tribunais de Contas

(...) abarca o controle da licitação porque esta culmina em um contrato administrativo e gera despesa. A dicção constitucional ‘contratos’ deve ser lida com toda a força normativa que a Constituição reservou à função fiscalizatória dos tribunais de contas, devendo abarcar a fase prévia que antecede a conclusão do contrato, as licitações, mormente seu edital, um dos maiores responsáveis pelos desvios administrativos na realização da despesa

⁹ André Luiz Freire ressalta que, embora o “Tribunal de Contas da União possa declarar a ilegalidade de atos administrativos unilaterais e sustar a sua execução, a Constituição de 1988 estabeleceu que, em relação aos contratos administrativos, ‘o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo, as medidas cabíveis’” (FREIRE, 2008, p. 167).

¹⁰¹⁰ Lembra Marcio dos Santos Barros que “O exame dos editais pelo Tribunal de Contas tem sido objeto de inúmeros questionamentos. Alguns entendem que, por se tratar de fiscalização a priori, não deveria ser realizada, pois o Tribunal de Contas realizaria, apenas, fiscalização a posteriori – quando as despesas já ocorreram – ou, no máximo, de maneira concomitante, nos casos de inspeções ou auditorias. (BARROS, 2005, p. 542).

pública. Não pode controlar a juridicidade de um contrato administrativo se não se puder controlar os atos que o originam (BIM, 2006, p. 363-386).

Por outro lado, destaca-se que o TCU (e as Cortes de Contas num geral) possui grande atuação *a posteriori* no controle dos atos e contratos, por meio de prestações e tomadas de contas dos administradores em especial, assim como em outros mecanismos elencados na Lei Orgânica do TCU (“LOTUCU”) e em seu Regimento Interno (“RI”), como levantamentos, auditorias e monitoramentos (visto que os três procuram fiscalizar os atos já emitidos e a gestão sendo realizada, então, por este motivo, podemos considerá-los também espécie de controle concomitante ao ato).

Contudo, o interesse está no controle feito antes da atuação administrativa. Em outras palavras, antes da publicação do ato ou, em alguns casos, antes que ele irradie todos os seus efeitos. Portanto, tem-se por controle preventivo aquele com vistas em garantir a lisura do ato ou contrato administrativo tanto pela legitimidade quanto pela economicidade e operacionalidade, para que se evite, desta forma, desvios de finalidade e danos ao erário.

Em que pese, até a Constituição de 67,

o controle prévio correspondeu ao núcleo do sistema de fiscalização dos atos e contratos (...). Este se baseava no chamado sistema de registro prévio, com base no qual a administração, antes de celebrar atos e contratos, os submetia ao Tribunal de Contas, para que este apreciasse sua legalidade, com especial ênfase na verificação de sua adequação com a lei orçamentária. Como desdobramento desse controle, o ato/contrato poderia ser simplesmente registrado, vetado de forma absoluta, ou registrado sob protesto (DAL POZZO, 2008, pp. 55 e 56).

Com o advento do regime militar, todo este controle passou a ser posterior e somente para os atos que eram submetidos ao TCU.

Com o advento da CF/88, o TCU voltou à sua posição de órgão constitucional de relevância para a democracia e para a boa gestão pública. Foi aumentado o rol de atribuições e o escopo de suas fiscalizações, bem como seus deveres-poderes. O controle preventivo voltou a constar no bojo dessas atribuições, permitindo uma atuação mais incisiva por parte da Corte de Contas frente a Administração Pública.

Isto posto, e, como já dito, considerando os procedimentos descritos no item anterior, cabe agora ver quais deles são passíveis de serem utilizados em sede de controle preventivo e como se dará o seu processamento e resultado, bem como as discussões acerca da atuação do TCU nesta espécie de controle.

1.1. Espécies e procedimentos

Primeiramente, necessário analisar quais procedimentos de julgamento de contas são passíveis de serem utilizados em sede de controle preventivo.

Como já dito, as prestações ou tomadas de contas se dão no final de cada ano, como forma de controle posterior aos atos já exarados e contratos celebrados ao longo do ano. Contudo, uma das espécies previstas no RI tem utilização também na forma preventiva: a tomada de contas especial.

Por tomada de contas especial temos os

procedimentos adotados diante da omissão do dever de prestar contas, da ocorrência de desfalques ou desvios ou da prática de ato de que resulte prejuízo ao erário. São instaurados pelo Tribunal, quando a irregularidade é detectada em suas fiscalizações, ou pela autoridade administrativa que tiver ciência do ato irregular. Destinam-se a apurar fatos, quantificar danos e identificar responsáveis. (DAL POZZO, 2008, pp. 110 e 111).

Nesta linha, podemos entender que o TCU poderia, ao tomar ciência de qualquer tipo de irregularidade em algum de seus procedimentos de fiscalização ou através de denúncia, seja por parte da autoridade administrativa, seja por denúncia de cidadão ou interessado, instaurar a tomada de contas especial em face do responsável pela irregularidade não só com o intuito de apurá-la, mas também de coibi-la. Note-se que este procedimento também se opera a posteriori dos atos, quando há a omissão do dever de prestar contas, ou concomitantemente a eles, quando a irregularidade é detectada no decorrer da irradiação de efeitos do ato.

Agora, vejamos quais seriam os procedimentos fiscalizatórios que se dão no bojo do controle preventivo do TCU.

Os levantamentos e as auditorias possuem características marcantes de controle concomitante e posterior, visto se darem na forma de fiscalização de atos de gestão já consumados e para, no caso da primeira, angariar informações acerca do funcionamento interno do órgão a ser fiscalizado, podendo ser considerada, portanto, como uma fase preparatória para outros procedimentos ou um ato de mero expediente. Contudo, nada impede que, durante um ou outra, seja identificada irregularidade no nascedouro do ato/contrato, de modo a ensejar a requisição para que sejam adotadas providências pelo órgão ou entidade para sanar a irregularidade (por força do art. 71, IX da CF/88), sem o prejuízo de também instaurar tomada de contas especial.

Nesta linha, o caso de controle preventivo por meio de auditoria no Acórdão nº 2007/2017-Plenário (TCU. Acórdão nº 2007/2017-Plenário. Relator: Min. Benjamin Zymler.

Plenário. Data da Sessão: 13/09/2017.), que deixou claro que o controle preventivo de licitações de nada se relaciona com o controle do contrato administrativo ou com as decisões tomadas *interna corporis* pela Administração:

A Constituição não atribuiu ao TCU competência para exercer controle prévio sobre contratos administrativos, nos moldes do regime constitucional anterior – em que se condicionava a eficácia dos contratos à deliberação do TCU -, nem o poder para substituir a Administração na atividade de promover a gestão pública, de modo a dizer previamente qual é a melhor alternativa que o gestor público deve adotar. Cabe ao Tribunal o controle preventivo, na etapa de licitação, e o posterior, isto é, aquele exercido concomitantemente ou após a execução do contrato, possibilitando, nos dois primeiros casos, a sustação da despesa sempre que detectada qualquer irregularidade, respeitados os papéis atribuídos ao TCU e ao Congresso Nacional pela Constituição. (grifos nosso)

As espécies que possuem notada utilização no controle preventivo são as inspeções e os acompanhamentos, sendo este último controle preventivo por excelência.

No que tange as inspeções, sua utilização com o intuito de se prevenir desvios e danos ao erário se dá na apuração de denúncias ou representações (sejam quaisquer forem as fontes). Contudo, este instrumento presume a inércia da Corte de Contas num primeiro momento, pois seria necessário que terceiro provocasse o TCU de modo a iniciar o procedimento preventivo, pois, do contrário, as inspeções têm o escopo de somente esclarecer omissões e obscuridades na prestação de informações requeridas pelo TCU ou aquelas que devem ser prestadas de ofício.

Por sua vez, e como já dito, os acompanhamentos são a manifestação mais clara do que se trata por controle preventivo do TCU, pois é através deles que a Corte fiscaliza os editais, contrato e atos dos órgãos e entidades da Administração Pública Direta e Indireta que são publicados no diário oficial, com o intuito de se controlar a legitimidade, economicidade, eficiência e eficácia dos atos praticados, assim como para os atos de gestão dos administradores. Trata-se, portanto, da atividade mais relevante do TCU como forma de garantir a boa gestão e o correto dispêndio das verbas públicas.

Resta claro, desta forma, que, dentre todas as formas elencadas anteriormente para o controle preventivo, o acompanhamento é o mais importante, pois o TCU pode, desde o início, impedir qualquer tipo de desvio ou dano ao se analisar, por exemplo, o edital de uma licitação que já demonstra de plano superfaturamento ou, também, um ato de concessão que não possua embasamento legal para tanto.

A assertiva acima também se extrai do Acórdão nº 5940/2016-Segunda Câmara do TCU (TCU. Acórdão 5940/2016. Relator: Min. Marcos Bemquerer. Segunda Câmara. Data da Sessão: 17/05/2016.), que, em sede de relatório de acompanhamento, deixou claro que o que se espera com este tipo de

fiscalização é o “incremento da economia, eficiência, eficácia, efetividade de órgão ou entidade da administração pública: o acompanhamento concomitante das transferências federais a entidades conveniadas mostra-se um controle preventivo, o que possibilita o combate a desperdícios, a utilização irregular dos recursos públicos e o não alcance do objetivo do programa/ação/projeto.

Não se retira a importância dos demais, visto também serem formas importantes de controle, mas muitos deles padecem do mesmo problema: se dão somente quando o ato já se consuma ou já irradiou efeitos no mundo jurídico, já que a grande maioria dos instrumentos dispostos no RI se prezam apenas a controlar os atos a posteriori ou até concomitante, o que já poderia acarretar na concretização de irregularidades e danos ao erário, que podem ser de difícil reparação quando se tratam de crimes financeiros, visto que os valores são “lavados” em *off-shores* e mascarados em contas de terceiros, o que dificulta apreensão dos mesmos e a reparação do dano pela Corte unicamente, sendo necessária a intervenção do Ministério Público Federal e do Poder Judiciário, que acarreta em um maior tempo de apuração que pode dificultar cada vez mais o ressarcimento do erário.

Ocorre que, como se passará a explicar, todos estes instrumentos eram subutilizados pela Corte nos anos precedentes a 2011-2015, nos quais o TCU alterou substancialmente sua forma de interpretação e atuação de seus deveres constitucionais.

1.2. Problemas com o controle preventivo

Em pesquisa feita em revista publicada pelo próprio Tribunal de Contas da União no ano de 2006 (SOUSA JUNIOR *et al.*, 2006), que contava com artigos produzidos pelos participantes do Curso de Especialização em Direito Público e Controle Externo na Universidade de Brasília (voltado para analistas de controle externo da própria Corte), viu-se uma verdadeira cápsula do tempo acerca de como a Corte de Contas Federal entendia que deveria ser a sua atuação preventiva frente a Administração Pública.

O que se extrai da grande maioria dos artigos é um início de preocupação acerca das notícias de desvios na Administração e a decorrente necessidade de se ampliar o controle preventivo sobre a mesma, contudo, são tímidas as providências sugeridas. Em muitos casos, se tem a ingênua ideia de que a utilização de programa de avaliações e educação dos gestores seriam suficientes para coibir práticas de corrupção e improbidade, ocorre que, em pleno ano de 2017, após os desdobramentos das investigações, em especial a da Operação Lava-Jato, constata-se que sequer surtiram efeito.

O artigo de Márcia Bittencourt da Costa (SOUSA JUNIOR *et al.*, 2006, p. 111 - 128) bem traz a realidade vivida pelo TCU à época, visto que não se identificava a quantidade desejada de procedimentos de controle preventivo de licitações e contratos em face da atuação da Administração Pública. É bem verdade que há grande quantidade de atos e contratos a serem analisados em uma base diária, mas, como bem elucida a autora,

(...) [o] efeito da impossibilidade material de se fiscalizar todo o universo de licitações e contratos diariamente realizados por órgãos e entidade públicas federais pode ser minimizado mediante amostragem, desde que todos esses órgãos e entidade sejam sistematicamente e periodicamente submetidos a acompanhamento. (SOUSA JUNIOR *et al.*, 2006, p. 123)

(...)

Ora, se o exame dessas contratações já estivesse sendo realizado de forma preventiva, inibir-se-iam muitas das irregularidades efetivamente levadas a efeito, e sem a necessidade de uma força-tarefa. (SOUSA JUNIOR *et al.*, 2006, p. 123)

Ao final, a autora elenca quatro formas de melhorar as fiscalizações a cargo do TCU, mas novamente esbarra no caráter finalístico da fiscalização, apenas em busca do resultado e da punição de transgressores, sem se quer mencionar qualquer tipo de medida cautelar com o fito de efetivamente prevenir que o pior ocorra, assim como também enfatiza o caráter educativo da Corte, o que deveria ser a atuação primária dela.

Na mesma linha da idealização da função corretiva e informativa do TCU, o artigo de Vilmar Agapito Teixeira (SOUSA JUNIOR *et al.*, 2006, p. 333 - 356). O autor expõe perfeitamente como era a mentalidade da época acerca do controle preventivo, entendendo que o TCU, quando realiza suas fiscalizações e, quando necessário, pune os infratores, teria também a oportunidade de orientar os responsáveis para a aplicação e efetivação de melhores práticas para coibir atos de corrupção e improbidade. Na visão dele “[a] prevenção não é um caminho alternativo, mas complementar aos mecanismos do ciclo de repressão” (SOUSA JUNIOR *et al.*, 2006, p. 341), somando o fato de que

(...) [a] vertente que se abre mais forte ao TCU e demais órgãos de controle é educativa, que compreende iniciativas para fortalecer a boa governança, promover a ética do servidos, mas principalmente despertar a consciência cívica e criar novas formas de participação (SOUSA JUNIOR *et al.*, 2006, p. 343).

Mesmo entendimento se extrai do externado por Márcia Pelegrini (2008), que em 2008 já demonstrava

(...) [a] tendência do modelo atual [do ano de 2008] é a de cada vez mais investir no controle de gestão, onde é possível a verificação de indicadores de eficiência e eficácia dos atos controlados. Todavia, na prática, ainda se

observa excessiva concentração de ações voltadas ao controle meramente formal (PELEGRINI, 2008, p. 106).

De toda forma, vê-se que a mera ação informativa e educacional e o mero controle formal ou até os índices de eficiência não foram suficientes para coibir práticas de corrupção, improbidade e de desvio de verbas públicas.

Em suma, a função informativa e educacional do TCU frente a sociedade e a máquina pública é de suma importância, mas deve ser tida como ação secundária da Corte, que deve investir a maior parte de seus esforços na repressão de condutas irregulares e até na prevenção das mesmas em sede de atos fiscalizatório e cautelares assim como na análise material dos atos e contratos, não em uma análise meramente formal e superficial e na publicação de guias de melhores práticas e de boa gestão. Isso é o que se retira do novo posicionamento do TCU insculpido no Acórdão nº 2540/2015-Plenário (TCU. Acórdão nº 2540/2015. Relator: Min. Augusto Sherman. Plenário. Data da Sessão: 14/10/2015), que deixa claro que o Tribunal passou a realizar controles preventivos em contratações de obras, no âmbito das fiscalizações integrantes do Fiscobras (Relatório de Consolidação das Fiscalizações de Obras Públicas), e no Acórdão nº 829/2015-Segunda Câmara (TCU. Acórdão nº 829/2015. Relator: Min. Raimundo Carreiro. Segunda Câmara. Data da Sessão: 03/03/2015), em que a punição severa de gestores faltosos serve como próprio controle preventivo, inibindo novas condutas irregulares.

Feitas estas ponderações, importante identificar as medidas cautelares e as sanções a serem tomadas pelo Tribunal de Contas da União quando se verificam a ocorrência de irregularidades que necessitam ser estancadas e/ou sanadas de forma rápida, como o meio mais eficaz de se evitar danos ao erário e desvios.

2. MEDIDAS A SEREM TOMADAS EM CASO DE IRREGULARIDADES

Como visto, o TCU dispõe de grande rol de procedimentos com vistas a controlar a atividade administrativa, seja através do julgamento das contas dos responsáveis pelo despenho de verbas, seja através de fiscalizações, *in loco* ou não, dos órgãos e entidades da Administração Pública Direta e Indireta¹¹.

Por outro lado, parte destes procedimentos tem a função de controlar a Administração de forma preventiva, com a finalidade de se evitar desvios e danos irreparáveis ao erário.

¹¹ No que se inclui aqueles que utilizam recursos públicos em geral.

Não obstante, para que a Corte de Contas Federal possa simplesmente atuar de forma educativa, necessária a utilização de medidas cautelares e sanções para se garantir o cumprimento da lei.

Portanto, oportuna a análise das medidas cautelares a serem adotadas pelo Tribunal de Contas da União quando este verifica irregularidades, de forma a dar caráter coativo as suas decisões.

2.1. Cautelares

Primeiramente, importante traçar um paralelo entre o direito penal e o direito sancionatório, característico do direito administrativo. Em apertada síntese, o primeiro visa a punição das infrações da lei penal com a reprimenda corporal, ou seja, pune aqueles que cometem crimes com o cerceamento de sua liberdade através da prisão ou de outras formas previstas na legislação penal, que podem ou não afetar a pessoa do infrator ou seus bens. Por sua vez, o direito sancionatório visa afetar o infrator tão somente em seus bens, seja através do sequestro deste ou da conversão da sanção em multa. Desta forma, não poderia a Corte de Contas aplicar penas de detenção ou reclusão visto não serem de sua competência nem jurisdição, cabendo somente ao poder judiciário através de juízos penais.

Isto posto, pode-se dizer que o TCU, quando age em sede de medidas cautelares, se debruça não somente em sua Lei Orgânica, que disciplina a matéria de forma geral nos arts. 44 e 45, e em seu Regimento Interno, que dispõe, especificamente, como se darão as medidas cautelares nos arts. 273 a 276, mas também na legislação penal, civil e administrativa, visto que nada impede a aplicação subsidiária destas legislações de forma a complementar e melhor fundamentar as decisões cautelares, segundo os termos do art. 298 do próprio RI.

Não obstante, deve-se também considerar que a aplicação analógica de dispositivos processuais penais alheios ao RI não configura analogia in malam partem em sede dos processos sancionatório, pois não se trata de aplicação de lei material penal, e sim de lei processual, que permite, inclusive, a sua alteração no decorrer dos procedimentos caso ocorra a promulgação de nova lei processual penal.

Portanto, teremos a aplicação de uma medida cautelar como forma de garantir a boa instrução do processo ou garantir seu resultado útil. Como bem ensina Pedro Henrique Demercian (2014, p. 301), “[a]s medidas cautelares adotadas pela legislação processual têm como finalidade a garantia da satisfação de certas obrigações ao término do processo”.

No caso do processo sancionatório do TCU, podemos dizer que estas medidas cautelares recaíram sobre os bens do réu, como forma de garantir o cumprimento das sanções que porventura possam ser impostas ou para garantir a produção de determinada prova.

Como bem ensina referido processualista, as medidas cautelares

(...) [t]êm como características a provisoriedade, por que vigoram até que se tornem (ou não) definitivas, e a instrumentalidade, pois são medidas adotadas apenas como um meio para garantir a execução das definitivas. Estas ‘cautelares’ visam evitar o dano que adviria da espera da decisão definitiva (DEMERCIAN; MALULY, 2014, p. 301).

Para todos os tipos de cautelares são necessários dois requisitos para sua concessão, quais sejam, *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, com vistas em “assegurar que a medida não é fundamentada por motivos estranho ao interesse público” (DEMERCIAN; MALULY, 2014, p. 199). Neste ponto, importante trazer a definição de Cássio Scarpinella Bueno (2015, p. 233) de que, como se extrai do art. 305 do CPC/15, é necessário “indicar ‘a lide, seu fundamento e a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar’. Também o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo deve ser demonstrado”. Como bem explica o autor, as expressões “exposição sumária do direito” e “perigo de dano” ou “risco ao resultado útil do processo” são as mesmas correspondentes aos consagrados brocados latinos *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, respectivamente. Desta forma, a Corte de Contas, ao analisar a possibilidade de decretação de medida cautelar frente a uma irregularidade, deverá analisar se no caso está presente o direito, qual seja, a possibilidade de danos ao erário ou qualquer outra irregularidade, e que esta possa realmente se concretizar (como dano real) ou que, caso não seja cautelarmente parada, possa causar risco ao resultado útil do processo.

Ademais, devido aos deveres outorgados à Corte de Contas pela Constituição Federal, este possui o chamado poder geral de cautela (decorrência lógica do dever geral de cautela), o que possibilita a aplicação de medidas cautelares em seus procedimentos seja aquelas explícitas na LOTCU ou em seu RI, seja as implícitas em decorrência da teoria dos poderes implícitos (que já foi reconhecido pela jurisprudência do STF, reconhecendo o poder geral de cautela da Corte de Contas nos acórdãos paradigmas do MS nº 24.510/DF, de relatoria da Min. Ellen

Gracie¹², do MS nº 26.094/DF, de relatoria do Min. Dias Toffoli¹³ e do MS 32.494-MC/DF, de relatoria do Min. Celso de Mello¹⁴).

No tocante às espécies de procedimento cautelar previstas no Regimento Interno do Tribunal de Contas da União¹⁵ e os demais procedimento passíveis de serem utilizados em legislações alienígenas a esta, destaca-se que o Título VIII do RI/TCU trata sobre as medidas cautelares a serem adotadas pela Corte nos casos em que se verifique: (i) urgência (para que seja tomada a medida); (ii) fundado receio de grave lesão ao erário, ao interesse público; ou (iii) de risco de ineficácia da decisão de mérito da Corte. Note-se que o RI, que regulamenta as disposições do LOTCU, traz apenas duas medidas cautelares em seu bojo.

A primeira medida disposta no RI, disposta no art. 273, é o afastamento temporário do responsável de forma cautelar, “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”. Esta medida, muito similar àquela que se extrai do parágrafo único do art. 20 da Lei de Improbidade Administrativa, visa tão somente evitar que o responsável, que muitas vezes pode ser o chefe do respectivo órgão

¹² STF. MS nº 24.510/DF. Relatora: Min. Ellen Gracie. Tribunal Pleno. DJ 19/03/2004 – “EMENTA: PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. IMPUGNAÇÃO. COMPETÊNCIA DO TCU. CAUTELARES. CONTRADITÓRIO. AUSÊNCIA DE INSTRUÇÃO. 1- Os participantes de licitação têm direito à fiel observância do procedimento estabelecido na lei e podem impugná-lo administrativa ou judicialmente. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada. 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). 3- A decisão encontra-se fundamentada nos documentos acostados aos autos da Representação e na legislação aplicável. 4- Violação ao contraditório e falta de instrução não caracterizadas. Denegada a ordem”.

¹³ STF. MS nº 26.094/DF. Relator: Min. Dias Toffoli. Decisão Monocrática. DJ 15/02/2011.

¹⁴ STF. MS nº 32.494-MC/DF. Relatora: Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. DJ 13/11/2013 – “EMENTA: PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO E DESCONSIDERAÇÃO EXPANSIVA DA PERSONALIDADE JURÍDICA. “DISREGARD DOCTRINE” E RESERVA DE JURISDIÇÃO: EXAME DA POSSIBILIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, MEDIANTE ATO PRÓPRIO, AGINDO “PRO DOMO SUA”, DESCONSIDERAR A PERSONALIDADE CIVIL DA EMPRESA, EM ORDEM A COIBIR SITUAÇÕES CONFIGURADORAS DE ABUSO DE DIREITO OU DE FRAUDE. A COMPETÊNCIA INSTITUCIONAL DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E A DOUTRINA DOS PODERES IMPLÍCITOS. INDISPENSABILIDADE, OU NÃO, DE LEI QUE VIABILIZE A INCIDÊNCIA DA TÉCNICA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM SEDE ADMINISTRATIVA. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: SUPERAÇÃO DE PARADIGMA TEÓRICO FUNDADO NA DOUTRINA TRADICIONAL? O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA: VALOR CONSTITUCIONAL REVESTIDO DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, CONDICIONANTE DA LEGITIMIDADE E DA VALIDADE DOS ATOS ESTATAIS. O ADVENTO DA LEI Nº 12.846/2013 (ART. 5º, IV, “e”, E ART. 14), AINDA EM PERÍODO DE “VACATIO LEGIS”. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E O POSTULADO DA INTRANSCENDÊNCIA DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS E DAS MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. MAGISTÉRIO DA DOUTRINA. JURISPRUDÊNCIA. PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DA PRETENSÃO CAUTELAR E CONFIGURAÇÃO DO “PERICULUM IN MORA”. MEDIDA LIMINAR DEFERIDA”.

¹⁵ Sobre as medidas cautelares utilizadas pelo Tribunal de Contas da União, destaca-se importante análise feita por Flávio Garcia Cabral (CABRAL, 2021, pp. 160-168)

ou entidade, ou simplesmente detém certa influência de poder interno e externo, obstrua a instrução processual, seja por intimidar testemunhas, seja por destruir provas.

Como bem elucida Débora Assis Pacheco Andrade (2016, p. 59 - 61), a adoção desta medida cautelar é condicionada

(...) [a]os casos em que há indícios suficientes de que o agente público está dificultando a fiscalização ou de que a conduta do responsável poderá acarretar a ampliação dos danos. Embora não se exija a demonstração cumulativa desses indícios [dispostos no art. 44 da LOTCU e no art. 273 do RI/TCU], é imprescindível a presença de pelo menos um deles para legitimar o ato perpetrado pelo TCU e descaracterizar eventual arbitrariedade ou afronta a direitos e garantias individuais.

Por sua vez, a segunda medida, disposta no art. 274, se preza a regulamentar a decretação indisponibilidade de bens (também muito similar à pena a ser sentenciada em sede de Ação de Improbidade Administrativa), exigindo, como expresso no início do dispositivo, as mesmas circunstâncias do artigo anterior (existência de “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”). Esta indisponibilidade se dará por prazo não superior a um ano e recairá somente sobre tantos quanto forem os bens considerados bastantes para ressarcir os danos em apuração na fiscalização.

No mais, importante notar que a disposição do art. 276 permite a tomada de medida cautelar *inaudita altera pars* (sem a oitiva da parte responsável), contudo, mediante a devida fundamentação e somente nos casos de “urgência, de fundado receio de grave lesão ao erário, ao interesse público, ou de risco de ineficácia da decisão de mérito”, podendo determinar, junto das demais providências, a suspensão do ato ou do contrato, sendo que, neste último, deverá ser notificado o Congresso Nacional para fins do art. 71, § 1º da CF/88.

Desta forma, tem-se que o TCU possui ampla gama de medida cautelares que visem a devida apuração em sede de procedimentos cautelares assim como assegurem a eficácia de sua decisão de mérito, tudo com base na Constituição Federal e o nos deveres-poderes concedidos pelo legislador ordinário em sede de sua Lei Orgânica.

Do exposto, de suma importância ressaltar que, em decorrência de seus deveres, os poderes conferidos ao TCU pela Constituição Federal e pela LOTCU configuram verdadeiro poder geral de cautela, como reconhecido pelo STF em sede do já citado julgamento do paradigmático MS nº 24.510/DF, de relatoria da Min. Ellen Gracie, garantindo a legitimidade do TCU de se utilizar de instrumentos hábeis a lhe assegurar os deveres que lhe foram outorgados pela CF bem como a eficácia de seus procedimentos.

Nesta mesma linha, inclusive tendo sido citado o MS *supra*, o julgamento recente do STF¹⁶ acerca da determinação da indisponibilidade de bens sem oitiva prévia dos responsáveis no caso do acórdão do TCU (TCU. Acórdão nº 1927/2014-Plenário. Relator: Min. José Jorge. Plenário. Data da Sessão: 23/07/2014) acerca da compra da refinaria norte-americana *Pasadena Refining System Inc.* pela subsidiária norte-americana da Petrobrás S.A. também se tornou um grande paradigma em relação aos poderes cautelares do TCU, tendo o Min. Relator Gilmar Mendes, em consonância com jurisprudência pacífica do STJ, se manifestado pela legitimidade da cautelar tomada pela Corte de Contas, acrescentando que, segundo o julgamento de outro MS, de relatoria do Min. Celso de Mello¹⁷, o fato de não haver a prévia oitiva dos responsáveis per se não viola o devido processo legal:

Vale referir, ainda, que se revela processualmente lícito, ao Tribunal de Contas, conceder provimentos cautelares “inaudita altera parte”, sem que incida, com essa conduta, em desrespeito à garantia constitucional do contraditório.

É que esse procedimento se mostra consentâneo com a própria natureza da tutela cautelar, cujo deferimento, pelo Tribunal de Contas, sem a audiência da parte contrária, muitas vezes se justifica em situação de urgência ou de possível frustração da deliberação final dessa mesma Corte de Contas, com risco de grave comprometimento para o interesse público.

Não se pode ignorar que os provimentos de natureza cautelar - em especial aqueles qualificados pela nota de urgência - acham-se instrumentalmente vocacionados a conferir efetividade ao julgamento final resultante do processo principal, assegurando-se, desse modo, não obstante em caráter provisório, plena eficácia e utilidade à tutela estatal a ser prestada pelo próprio Tribunal de Contas da União.

2.2. Sancionatórias

Resta a análise de quais serão as sanções aplicáveis pela Corte de Contas Federal caso, de fato, se apure irregularidade que culmine em sanção ao seu responsável.

A sanção é um dos instrumentos colocados à disposição do Tribunal de Contas pelo legislador constituinte, no sentido de que este bem realize o controle das contas públicas. Sem a possibilidade de impor sanções certamente suas funções

¹⁶ STF. MS nº 33.092/DF. Relator: Min. Gilmar Mendes. Segunda Turma. DJe 14/08/2015 – “EMENTA: Mandado de Segurança. 2. Tribunal de Contas da União. Tomada de contas especial. 3. Dano ao patrimônio da Petrobras. Medida cautelar de indisponibilidade de bens dos responsáveis. 4. Poder geral de cautela reconhecido ao TCU como decorrência de suas atribuições constitucionais. 5. Observância dos requisitos legais para decretação da indisponibilidade de bens. 6. Medida que se impõe pela excepcional gravidade dos fatos apurados. Segurança denegada”.

¹⁷ STF. MS nº 26.547/DF. Relator: Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. DJe 24/09/2009 – “EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - MEDIDA LIMINAR INDEFERIDA - DECISÃO FUNDAMENTADA - ATO DECISÓRIO INSUSCETÍVEL DE IMPUGNAÇÃO RECURSAL (SÚMULA 622/STF) - RECURSO NÃO CONHECIDO. - Não cabe recurso de agravo contra decisão do Relator, que, motivadamente, defere ou indefere pedido de medida liminar formulado em sede de mandado de segurança impetrado, originariamente, perante o Supremo Tribunal Federal. Precedentes”.

se esvaziariam porque se trata de elemento que impõe ao administrador o cumprimento das obrigações determinadas. Nesse sentido, diz Hélio Saul Mileski que '(...) Não havendo sanção, na prática, qualquer decisão do órgão de controle resultaria em mera recomendação' (PELEGRINI, 2008, p. 107).

São as sanções, portanto, os meios pelos quais o TCU da coercitividade as suas decisões, de modo as tornarem cogentes a todos os administradores sob sua jurisdição.

A respeito da natureza de tais sanções, elas se enquadram

(...) [n]a espécie de sanção administrativa, porque são aplicadas por autoridade administrativa, porém no exercício da função controladora, que embora revele a natureza administrativa de seus atos, não é a função administrativa propriamente dita, de executar a lei de ofício, mas de fiscalizar a adequada execução pelos órgãos dos Poderes do Estado e de todos aqueles que estão sob sua jurisdição (PELEGRINI, 2008, p. 110).

Quanto aos fundamentos para tais, se extrai da LOTCU, em seu Capítulo V, de forma geral, que caberá à Corte de Contas a aplicação de multas para aquele que causar dano ao erário (arts. 57 a 59) e, não obstante a estas, nos casos em que a maioria absoluta dos Ministros considerar grave a infração cometida, a pena de inabilitação, de cinco a oito anos, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública, seja Direta ou Indireta (art. 60).

Por sua vez, o RI/TCU dispõe que a multa poderá ser de até cem por cento do valor do dano ao erário (art. 267), gradando as situações conforme a gravidade do ato (art. 268). Quanto a inabilitação, há reprodução fiel do dispositivo da LOTCU (art. 270) e acrescenta-se a possibilidade de declarar a idoneidade de licitante nos casos em que se comprova fraude a licitação, impossibilitando-o de participar de licitações federais por até cinco anos nos termos do art. 46 da LOTCU (art. 271).

Importante notar que a multa do TCU se enquadra como multa-sanção, visto o caráter reparador nela inculcado para reaver os valores desviados e danosos ao erário. Por se tratar ela de sanção, é claro que sob ela se enseja o contraditório e ampla defesa, de modo a garantir a realidade dos fatos antes de se condenar o responsável ao seu pagamento. Logo, não se vislumbra, diferentemente das medidas cautelares, a possibilidade de aplicação de sanção sem prévia oitiva do responsável, visto que a primeira se dá de forma provisória, enquanto a segunda se dá em caráter definitivo ao final do procedimento fiscalizatório ou de julgamento de contas.

É na execução de suas sanções que se encontra a grande fragilidade do Tribunal de Contas. Pela dicção do §3º do art. 71 da CF/88, as decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo. Aqui se dá grande celeuma sobre qual tipo de título executivo se trata: para aqueles que entendem que o TCU detém jurisdição própria, o

tratar-se-ia, pois, de título executivo judicial, visto ser exarado de órgão jurisdicional, ensejando cumprimento de sentença perante o Poder Judiciário, o único com competência legal para tanto; por sua vez, para aqueles que entendem que as decisões proferidas pelo TCU tem natureza de decisões administrativas, tratar-se-ia de título executivo extrajudicial, passível de execução forçada frente ao Poder Judiciário.

É contraditório e no mínimo questionável considerar que se trata de título executivo extrajudicial, pois tal entendimento permitiria a execução do título frente a juiz monocrático no Poder Judiciário e ensejando cognição sumária, com novo contraditório e ampla defesa no que cabe a execução judicial de títulos extrajudiciais.

Uma vez que sob a jurisdição do TCU, há contraditório e ampla defesa em todos os seus procedimentos, com os recursos e provas a eles em direito admitidos, assim como o julgamento por órgão colegiado (portanto, com relator, revisor e terceiro) e a atuação concomitante do Ministério Público de Contas, possível anotar a impossibilidade de reapreciação da matéria, em sua totalidade, na cognição sumária de uma execução forçada judicial por um juiz monocrático e sem a atuação do Ministério Público, equiparando, a grosso modo, a análise da decisão do TCU à análise de um mero cheque.

E, não só devido a isto, também se vislumbra a dificuldade enfrentada pela Corte de Contas para executar suas decisões, visto que necessita da atuação da Advocacia-Geral da União para tanto ou da entidade pública dotada de personalidade jurídica própria, beneficiada pelo título executivo, pois o Ministério Público de Contas não possui legitimidade, assim como o próprio TCU, para ingressar em juízo para executar as decisões.

Como bem elucida Nagib Chaul Martinez (SOUSA JUNIOR *et al.*, 2006, p. 479),

(...) [t]al sistemática acarreta dois malefícios de cunho social. De um lado, por espriar o sentimento de impunidade por parte dos maus gestores público, o que incentiva a corrupção; e, de outro, ao imprimir o mesmo sentimento de impunidade na sociedade, faz todo o sistema cair em descrédito.

Logo, resta clara a ineficácia dos acórdãos exarados pelo TCU, haja vista que a execução e o reaver dos valores públicos desviados ficam condicionados à vontade de órgãos e entidades alheios à Corte, que podem ou não executar os respectivos títulos, podendo, assim, beneficiar os infratores que podem vir a sair ilesos do procedimento sancionatório da Corte de Contas.

CONCLUSÃO

Não obstante a discussão acerca da natureza jurídica da atuação do Tribunal de Contas da União (e dos Tribunais de Contas em geral), certo que, de conformidade com as competências previstas na Constituição Federal de 1988 e a ampliação das atividades dos órgãos de controle, em especial do TCU, pacífico no Direito brasileiro a possibilidade de adotar medidas cautelares para assegurar os deveres a ele concedidos pela CF/88 e para garantir a eficácia de seus procedimentos, evitando maiores danos ao erário, tendo até suporte nas decisões da Suprema Corte.

Por outro lado, evidencia-se que as Cortes de Contas são verdadeiros órgãos essenciais à democracia moderna, visto cuidarem de algo que é de interesse de todos, ou seja, da quantidade e, principalmente, da qualidade dos gastos públicos.

Como consequência, não se pode negar que, ao lado de uma atuação repressiva, merece destaque sua atuação preventiva, porquanto mais apta a impedir atos de lesão aos cofres públicos.

Nesse contexto, ao lado da legitimidade do exercício do poder geral de cautela, bem como da natureza e amplitude das sanções aplicadas, destaca-se que o TCU tem optado por conhecer e examinar os instrumentos convocatórios antes de serem tornados públicos. Isso faz com que participe ativamente do processo de validação desses instrumentos, evitando que as licitações e os contratos correspondentes venham a ser objeto de paralisação.

Como bem explica o Conselheiro Dimas Ramalho do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (RAMALHO, 2021)

O foco da instrução processual reside na identificação de omissões e inconsistências graves, requisições excessivas, injustificadas ou desnecessárias com potencial para restringir a participação e a ampla competitividade do certame, ou que dificultem e inviabilizem a formulação de propostas, comprometendo as condições para a obtenção da proposta mais vantajosa.

Como se verifica, são inúmeras as formas pelas quais o TCU pode exercer sua competência, o que implica ser necessário analisá-las caso a caso, para que se identifique o limite de sua atuação.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Débora de Assis Pacheco. **Limites do controle do Tribunal de Contas da União sobre contratações públicas**. Tese (Mestrado) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Orientador: Clovis Beznos. São Paulo, 2016.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.
- BARROS, Marcio dos Santos. **Comentários sobre licitações e contratos administrativos**. Belo Horizonte: NDJ, 2005.
- BIM, Eduardo Fortunato. **O Poder geral de cautela dos Tribunais de Contas nas licitações e nos contratos administrativos**. Interesse Público – IP. Belo Horizonte, n. 36, p. 363-386, mar./abr. 2006.
- CABRAL, Flávio Garcia. **Medidas cautelares administrativas: regime jurídico da cautelaridade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2021.
- DAL POZZO, Gabriela Tomaselli Gonçalves. **As Funções do Tribunal de Contas e o Estado de Direito**. Tese (Mestrado) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Orientadora: Maria Garcia. São Paulo, 2008.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal**. 9ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.
- FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à constituição brasileira de 1988**. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 1992.
- FREIRE, André Luiz. **Manutenção e retirada dos contratos administrativos inválidos**. São Paulo; Malheiros, 2008.
- LIMA, Guilherme Corona Rodrigues. **O controle prévio dos editais de licitação pelos tribunais de contas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- MAGALHÃES JUNIOR, Antônio Silvío. **O Controle Externo da Administração Pública pelo Tribunal de Contas**, p. 13 apud DAL POZZO, Gabriela Tomaselli Gonçalves. **As Funções do Tribunal de Contas e o Estado de Direito**. Tese (Mestrado) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Orientadora: Maria Garcia. São Paulo, 2008.

MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MILESKI, Helio Saul. **O controle da gestão pública**, São Paulo: RT, 2003.

PELEGRINI, Márcia. **A competência sancionatória do Tribunal de Contas no exercício da função controladora – contornos constitucionais**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Orientadora: Lucia Valle Figueiredo.

RAMALHO, Dimas. **Controle Externo Preventivo. São Paulo: Tribunal de Contas do Estado de São Paulo**, 2021. Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/publicacoes/artigo-controlado-externo-preventivo-dimas-ramalho>.

SCARPINELLA BUENO, Cássio. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo de Sousa Junior, organizador; Arsênio José da Costa Dantes ... [et al.]. **Sociedade democrática, direito público e controle externo**. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ary e CÂMARA, Jacintho Arruda. **Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites**. In SUNDFELD, Carlos Ary (Org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013.

Recebido – 24/08/2021

Aprovado – 04/09/2021