

A cautelaridade nos tribunais de contas

Rachel Campos Pereira de Carvalho

Bacharela em Direito. Especialista em Direito Público e em Gestão Pública Contemporânea pela Puc Minas. Técnica do TCEMG.

Henrique de Paula Kleinsorge

Bacharel em Direito pela UFMG e em Relações Internacionais pela Puc Minas. Técnico do TCEMG.

Resumo: Este trabalho investiga a cautelaridade no processo dos tribunais de contas, adotando a teoria da processualidade ampla, segundo a qual o processo não é privativo da atividade jurisdicional, estando presente também no exercício da função administrativa. Para tanto, desenvolve-se a temática do processo de controle e trabalha-se sucintamente a teoria da cautelaridade no processo civil, delineando alguns elementos básicos para relacioná-los com a cautelaridade no processo de controle. Busca-se concluir se a cautelaridade no processo civil serve para dar suporte teórico à cautelaridade nos tribunais de contas e quais características da cautelaridade no processo civil podem ser aplicadas ao controle.

Palavras-chave: Cautelaridade. Processo de controle. Tribunais de contas.

1 INTRODUÇÃO

Os tribunais de contas são órgãos constitucionais aos quais compete o exercício do controle externo em auxílio ao Poder Legislativo, nos termos dos arts. 70-75 da Constituição da República. A conformação do desenvolvimento de suas funções com o Estado Democrático de Direito exige a observância do devido processo legal.

O processo nos tribunais de contas, neste ensaio denominado processo de controle, é modalidade de processo administrativo diferenciada das demais em razão de sua característica judicialiforme ou de seu “colorido” jurisdicional. A possibilidade de decretação de medidas cautelares em processo de controle é um dos instrumentos legais conferidos aos tribunais de contas para que sejam realizadas suas funções constitucionais.

A fim de investigar a aplicabilidade da teoria cautelar do processo civil ao processo nos tribunais de contas, este trabalho adota como marco teórico a processualidade ampla, defendida primordialmente pelo austríaco Adolfo Merkl¹, segundo a qual o processo deve estar presente no exercício de todas as funções do Estado, e não somente na função jurisdicional.

Pretende-se descobrir se a teoria da cautelaridade no processo civil dá suporte teórico às medidas cautelares decretadas pelos tribunais de contas, ou se estaríamos diante da necessidade de construção de uma teoria própria para o processo de controle. Nesse sentido, quais seriam as características da cautelaridade no processo civil aplicáveis ao processo de controle? As cautelares no âmbito das cortes de contas objetivariam assegurar somente a proteção de um direito violado ou de situação jurídica tutelável², ou também se destinariam a satisfazer o direito, realizando-o completamente no plano fático?

Para tanto, desenvolve-se sucintamente a teoria da processualidade ampla, que ampara o entendimento de que deverá haver processo no exercício das três funções de Estado. Na sequência, é feita uma abordagem das funções dos tribunais de contas e do processo administrativo de controle, delimitando as suas espécies. Então, analisa-se a cautelaridade no processo civil, estabelecendo sinteticamente as suas bases, pressupostos, conceitos e características, para, na seção seguinte, relacioná-la com a cautelaridade presente nos tribunais de contas e destacar suas particularidades.

2 A PROCESSUALIDADE AMPLA

Odete Medauar (2008, p. 18-21) destaca que a partir dos anos 20 do século XX começa a nascer a ideia de que a processualidade está ligada à atuação dos três Poderes do Estado. Segundo a jurista, a processualidade ampla é defendida tanto por processualistas como por administrativistas.

¹ Este teórico é citado por Odete Medauar, em sua obra *A processualidade no Direito Administrativo*, e por Celso Antônio Bandeira de Mello, em seu *Curso de Direito Administrativo*, como o precursor da ideia da processualidade nas três esferas de Poder. A teoria da processualidade ampla foi apropriada por estes autores.

² Para Marinoni (2001, p. 25), a tutela cautelar “assegura a tutela de um direito violado ou, em outro caso, assegura uma situação jurídica tutelável, ou seja, uma situação jurídica a ser tutelada através do chamado do processo principal.

Dentre os processualistas precursores da idéia de um núcleo processual, o mais citado é Carnelutti. No seu clássico *Sistema Del diritto processuale civile* (década de 30) afirma que se pode falar de um processo legislativo e de um processo administrativo, como uma série de atos para a formação de uma lei ou de um decreto. Nas *Istituzioni* (1956) diz que o termo *processo* serve para indicar um método para a formação ou para a aplicação do direito que tende a garantir um resultado bom, isto é, uma tal regulação do conflito de interesses que consiga realmente a paz e, portanto, seja justa e certa; em outro trecho afirma que existe um ato processual e um procedimento processual, assim como existe um ato e um procedimento civil, comercial, administrativo, constitucional e assim por diante.³

A processualidade ampla na doutrina administrativista foi inicialmente defendida pelo austríaco Adolfo Merkl, apontado por Medauar (2008, p. 22) como o pioneiro nas pesquisas sobre a essência do processo e da tese de que este não pode ser entendido como categoria própria da atividade jurisdicional. A esse respeito, esclarece Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 482):

Este notável mestre, já em 1927, demonstrava como incontestável lógica e inobjetable procedência que o processo não é fenômeno específico da função jurisdicional, mas ocorre na presença da lei, da sentença e do ato administrativo. São suas as seguintes palavras: “Todas as funções estatais e, em particular, todos os atos administrativos são metas que não podem ser alcançadas senão por determinados caminhos. Assim, a lei é a meta a que nos leva a via legislativa e os atos judiciais e administrativos são as metas a que nos conduzem o procedimento judicial e o administrativo”. Pouco além, aduziu: “A teoria processual tradicional considerava o ‘processo’ como propriedade da Justiça, identificando-o com o procedimento judicial (...) não é sustentável essa redução, porque o ‘processo’, por sua própria natureza, pode dar-se em todas as funções estatais (...)” Linhas acima observara que o fenômeno processual existe quando “o caminho que se percorre para chegar a ato constitui aplicação de uma norma jurídica que determina, em maior ou menor grau, não apenas a meta, mas também o próprio caminho, o qual, pelo objeto de sua normação, apresenta-se-nos como norma processual.

A preocupação do Direito Administrativo com a processualização do exercício da função administrativa se dá, consoante afirma Odete Medauar (2008, p. 19-20), num contexto de aproximação entre Administração e administrado, em razão do menor distanciamento entre Estado e sociedade; da necessidade de tornar conhecidos os modos de atuação administrativa, propiciando oportunidades para que o cidadão se faça ouvir; e da fixação de parâmetros para a atividade administrativa, em especial a discricionária.

De fato, a atuação administrativa divorciada do interesse público não se conforma com o Estado Democrático de Direito, no qual o poder político é legitimado pelo povo e no qual há limitação do poder estatal pela lei. Nesse contexto, destaca-se a lição de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2010, p. 58-59):

Consideramos que a dimensão atual e marcante do Estado Constitucional Democrático de Direito resulta da articulação dos princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, cujo entrelaçamento técnico e harmonioso se dá pelas

³ MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 21.

normas constitucionais. Para se chegar a essa conclusão, impõe-se perceber que a democracia, atualmente, mais do que forma de Estado e de governo, é um princípio consagrado nos modernos ordenamentos constitucionais como fonte de legitimação do exercício do poder, que tem origem no povo, daí o protótipo constitucional dos Estados Democráticos, ao se declarar que todo poder emana do povo [...]. [...] Ao princípio democrático se agrega o princípio do Estado de Direito, este informado por gama variada de idéias-mestras que lhe dão textura, verdadeiros subprincípios, na lição dantes transcrita de Larenz, albergados em normas expressas nas modernas Constituições, que determinam, direcionam e conformam as atividades do Estado, limitando-lhe o poder.

Dessa maneira, é imprescindível que o exercício da função administrativa se dê em observância às garantias constitucionais corporificadas no devido processo legal. É o que ocorre na atuação dos tribunais de contas, que têm no processo de controle o meio hábil de promover o exercício de sua função constitucional em conformação com o contraditório e a ampla defesa.

3 OS TRIBUNAIS DE CONTAS E O PROCESSO DE CONTROLE

O sistema de fiscalização no Brasil está assentado na dualidade do controle: o controle interno e o externo (MILESKY: 2011, p. 52). O controle interno é exercido pelo próprio órgão sobre suas pessoas e atividades. O controle externo, por sua vez, está a cargo do Poder Legislativo, com o auxílio dos tribunais de contas, que possuem competências constitucionalmente fixadas, exclusivas e indelegáveis.

Nessa linha de princípios, os tribunais de contas são órgãos vocacionados à proteção dos interesses públicos,⁴ compondo o sistema de controle externo, que pode ser conceituado, segundo Jorge Ulysses Jacoby (2005, p. 99), 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 de atos”.

Segundo Hely Lopes Meireles (2005, p. 686), os tribunais de contas desempenham funções técnicas opinativas (emissão de parecer prévio), verificadoras (auditorias), orientadoras (respostas a consultas) e “jurisdicionais administrativas” (julgamento das contas dos responsáveis por bens

⁴ Ainda que não seja tema deste trabalho, é preciso advertir sobre a necessidade de se fazer uma releitura sobre a expressão *interesse público*. No artigo intitulado *A Supremacia do Interesse Público no advento do Estado Democrático de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo*, Alexandre Santos de Aragão (2010, p. 2-4) busca demonstrar a necessidade de uma metodologia adequada para limitar a subjetividade do julgador e do administrador na aplicação do Direito Público fundado em uma Constituição pluralista, não podendo mais ser visto como garantidor do “interesse público” titularizado pelo Estado, mas sim como instrumento da garantia, pelo Estado, dos direitos fundamentais positivos ou negativos. Para ele, o interesse público e o interesse dos cidadãos, antes tidos como potencialmente antagônicos, passam a ser vistos como em princípio identificáveis. “Não há um interesse público abstratamente considerado que deva prevalecer sobre os interesses particulares eventualmente envolvidos. A tarefa regulatória do Estado é bem mais complexa do que a singela formulação de uma “supremacia do interesse público”. Vitor Rhein Schirato (2010, p. 14-15) assevera que a bipolaridade entre os interesses públicos e privados encontra perfeito assento na sociedade monoclasse do século XIX, mas não é compatível com o alargamento dos campos de atuação da Administração Pública, com o advento da sociedade pluriclasse em que são variados os interesses coletivos. Para o autor, não é mais possível se falar em apenas um interesse público, mas sim em uma variada gama de interesses coletivos dotados de legitimidade. “Em um regime constitucional baseado sobre um conjunto de direitos fundamentais, não se pode admitir que a realização de interesses privados seja dissociável da realização do interesse público.”

e valores públicos). Há também que se destacar a função constitucional homologatória, por meio da qual compete à Corte de Contas a concessão ou a negativa de registro de atos de admissão, aposentadorias, reformas e pensões.

Com efeito, no desempenho da função de controle externo, compete aos tribunais de contas, nos termos do art. 71 da Constituição da República: apreciar as contas apresentadas pelo chefe do Executivo, mediante parecer prévio, que instruirá o julgamento destas pelo Legislativo; julgar as contas de todos os responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, bem como daqueles que derem causa à perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário; apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal na Administração Pública, a qualquer título, excetuadas as nomeações para cargos de provimento em comissão; apreciar, para fins de registro, a legalidade das concessões, pela Administração Pública, de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento do ato concessório; realizar inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, operacional e patrimonial; fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais; fiscalizar o repasse de recursos mediante convênio, acordo ou instrumento congêneres; prestar as informações solicitadas pelo Poder Legislativo; aplicar sanções previstas em lei aos responsáveis, quando for o caso; assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se constatada ilegalidade; sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão ao Legislativo; representar ao poder competente sobre as ilegalidades ou abusos apurados. Compete ainda aos tribunais de contas decidir sobre denúncia que lhe seja encaminhada por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato, conforme o § 2º do art. 74 da CF.

Destaca-se que as competências constitucionalmente estabelecidas são destinadas ao Tribunal de Contas da União (TCU), devendo as constituições estaduais prever as atribuições dos respectivos tribunais de contas, observado o princípio da simetria.

Para que o exercício dessas competências seja compatível com o Estado Democrático de Direito, é imprescindível que os tribunais de contas observem o princípio do devido processo legal, no qual seja oferecida oportunidade ao interessado de intervir no processo antes de ele ser afetado pela decisão.

Nessa linha de princípios, o processo administrativo constitui instrumento de garantia dos administrados ante as prerrogativas públicas, pois, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 491):

Concorre para uma decisão mais bem informada, mais conseqüente, mais responsável, auxiliando, assim, a eleição da melhor solução para os interesses públicos em causa, pois a Administração não se faz de costas para os interessados, mas, pelo contrário, toma em conta aspectos relevantes por eles salientados e que, de outro modo, não seriam, talvez, sequer vislumbrados.

O processo de controle é regido pelas leis orgânicas dos tribunais de contas, pelos respectivos regimentos internos, e, subsidiariamente, por via de regra, pelas leis de processo administrativo e

pelo Código de Processo Civil. São essas normas que autorizam as cortes de contas a lançarem mão de provimentos cautelares no exercício de sua função constitucional.

4 A CAUTELARIDADE NO PROCESSO CIVIL

Para desenvolver o tema da cautelaridade no processo penal, Flaviane de Magalhães Barros e Felipe Daniel Amorim Machado (2011, p. 13-17) retomam as bases sobre as quais foi construída a teoria da cautelaridade no processo civil. No presente ensaio, também é preciso revisitar os fundamentos sobre os quais foi desenvolvida a teoria da cautelaridade no processo civil, para relacioná-la com o processo administrativo de controle.

Ensinam Barros e Machado (2011, p. 13) que a análise da cautelaridade parte inicialmente da distinção entre processo cautelar e medida cautelar, que se dá em razão de sua localização: o processo cautelar é autônomo, enquanto que a medida cautelar é incidental.

A teoria da cautelaridade tem como marco os estudos de Chiovenda, Carnelutti e Calamandrei, sendo que este último foi o responsável por sua primeira sistematização (BARROS; MACHADO, 2011, p. 13).

Com efeito, Calamandrei (2000, p. 210) concebeu o procedimento cautelar como instrumento de proteção à jurisdição. Para ele, “as medidas cautelares são predispostas, mais do que pelos interesses dos indivíduos, pelo interesse da administração da justiça, das quais garantem o bom funcionamento e, também se poderia dizer, o bom nome”.

Contudo, a noção de procedimento cautelar como meio de proteção à jurisdição foi superada por Ovídio Batista da Silva (2009, p. 72-81), que estruturou a garantia ao direito substancial de cautela como o objetivo dos provimentos cautelares. Sobre esse aspecto, disserta Luiz Guilherme Marinoni (2011):

Contrapondo-se à teoria clássica — que, repita-se, não relacionava a função jurisdicional com a tutela do direito material —, surgiu a teoria que atribuiu à função cautelar a proteção de um direito aparentemente submetido a perigo de dano iminente. Nesta direção, a tutela cautelar não protege o processo, mas sim o direito. Ovídio Batista conseguiu demonstrar a superioridade dessa teoria, ao evidenciar que a tutela marcada pela “provisoriedade” — qualidade que advém da sumariedade da cognição e significa contradição da “definitividade” da tutela prestada ao final do processo — nem sempre é uma tutela cautelar. O que define a cautelaridade não é a provisoriedade ou a circunstância de a tutela ser concedida no curso do processo de conhecimento, mas sim a sua função diante do direito material. A tutela que satisfaz o direito material, ainda que no curso do processo — tutela antecipatória —, não pode ser confundida com a tutela cautelar, pois esta última não tem o escopo de realizar ou satisfazer o direito, apenas assegurá-lo.

Partindo do pressuposto de que o direito à tutela cautelar situa-se no plano do direito material — não podendo ser considerado mera técnica processual a garantir a efetividade do processo —, Marinoni e Arenhart (2011, p. 25) esclarecem que “se a tutela cautelar é instrumento de algo, ela somente pode ser instrumento para **assegurar a viabilidade da obtenção da tutela do direito ou**

para assegurar uma situação jurídica tutelável, conforme o caso” (grifo original). Em outras palavras, destacam os autores que a tutela cautelar se destina então a assegurar a frutuosidade da tutela do direito material, que depende da técnica condenatória (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 28).

Para definir a tutela cautelar, Silva (2009, p. 81-102) desenvolve cinco pressupostos, a saber: sumariedade da cognição, iminência de dano irreparável, temporariedade, situação cautelanda e sentença mandamental.

Como se sabe, a tutela cautelar se dá no plano da cognição sumária, que, em contraponto à cognição exauriente existente no procedimento ordinário, funda-se na aparência do direito, segundo um juízo de probabilidade, verossimilhança ou, conforme a tradicional locução, na presença do *fumus boni iuris*. Isso porque a cognição exauriente não se compatibiliza com a urgência, diante do necessário aprofundamento do contraditório e desenrolar do procedimento ordinário. Sobre a cognição sumária, estabelece Marinoni e Arenhart (2011, p. 31-32):

Ao emitir o provimento baseado em cognição sumária, o juiz nada declara sobre a tutela devida ao direito, limitando-se a afirmar a probabilidade de sua concessão, de modo que, ao aprofundar a cognição, poderá chegar à conclusão de que a tutela do direito que havia sido suposta como provável não pode ser concedida.

Ovídio Batista prefere utilizar a expressão *iminência de dano irreparável* ao que a doutrina denomina *periculum in mora*, “uma vez que a sumariedade da cognição (*fumus boni iuris*) é, em verdade, determinada pela situação de dano iminente a que se encontra o exposto o *direito provável* a ser protegido pela tutela cautelar”. Explica este autor (2009, p. 86) que a expressão *periculum in mora*, desde o direito medieval, vincula-se ao conceito de execução provisional.

Marinoni e Arenhart (2011, p. 30), por sua vez, asseveram não haver razão para a identificação do perigo de dano com o *periculum in mora* (perigo da demora), como se ambos tivessem o mesmo significado. Para ele, o perigo de dano faz surgir o perigo na demora do processo, constituindo uma relação de causa e efeito. Nesse contexto, não bastaria alegar a existência do perigo da demora, sendo imprescindível comprovar a existência de sua causa, ou seja, o perigo de dano que leva ao *periculum in mora*. Entretanto, como também destaca o autor, é comum falar-se em *periculum in mora* e em “receio de ineficácia do provimento final” para caracterizar as tutelas urgentes.

Ovídio Batista (2009, p. 91-92) destaca, como terceiro pressuposto, que a tutela cautelar é temporária porque deve ter a mesma duração da situação de perigo a que esteja exposto o interesse tutelado e porque a sentença cautelar não produz coisa julgada material.

Já o quarto elemento propugnado por Ovídio Batista constitui a situação que se pretende garantir com a medida cautelar. Para o autor, a situação cautelanda é:

objetivamente identificável com um direito subjetivo, uma pretensão, ou ação, ou mesmo uma eventual exceção da parte que o postula; ou até mesmo como ocorre nas ações (de direito material) sem direito subjetivo, capaz de ser identificada com um *interesse*

juridicamente protegido, mas não reconhecido pela ordem jurídica como um direito subjetivo.

Por fim, destaca Ovídio Batista (2009, p. 98) que tutela cautelar só é possível mediante uma sentença que contenha “mais ordem do que julgamento, mais império do que cognição”.

Em sua sistematização da teoria da cautelaridade, Calamandrei (2000, p. 64) incluiu nos provimentos cautelares aqueles provimentos que denominou antecipatórios da decisão final de mérito, que têm em si presente a característica da satisfatividade, de dar à parte o bem jurídico almejado, mediante cognição sumária.

Mais uma vez, coube a Ovídio Batista (2009, p. 13) demonstrar que não se confundem a tutela cautelar e a tutela antecipatória satisfativa. Para ele, esta ultrapassa o campo da cautelaridade, na medida em que naquela o “Direito encontra realização, ainda que provisória”, enquanto os verdadeiros provimentos cautelares destinam-se a assegurar a futura satisfação do direito afirmado pelo requerente.

O Código de Processo Civil estabeleceu, desde sua edição, procedimentos cautelares específicos, tais como o arresto, o sequestro, a caução, a busca e apreensão, entre outros. O legislador reconheceu, porém, a impossibilidade de prever procedimentos nominados para todas as situações concretamente verificáveis, o que legitimou o desenvolvimento da teoria do poder geral de cautela, o qual, conforme lição de Ovídio Batista (2009, p. 17), pode ser concebido de dois modos:

Um deles, indicado por Calamandrei, corresponde ao conceito de medida cautelar como ‘pólicia judiciária’ ou como o grupo de poderes que o juiz exerce para disciplinar a boa marcha do processo, preservando-lhe de todos os possíveis percalços que possam prejudicar-lhe a função e utilidade final de seu resultado. São, [...], as simples medidas cautelares, tomadas pelo magistrado no curso de uma demanda de conhecimento ou de execução.

A segunda acepção do “Poder Cautelar Geral” deriva, para Silva (2009, p. 117-118), do disposto no art. 798 do Código de Processo Civil (CPC), que autoriza a adoção, pelo juiz, de medidas provisórias diversas das medidas cautelares nominadas, quando constatado fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação. Trata-se, assim, de autorização para que o juiz permita a instauração de procedimentos cautelares inespecíficos, bem como a adoção de medidas cautelares inominadas.

Marinoni (2011, p. 100-101), por sua vez, ao analisar o teor dos arts. 798-799 do CPC, afirma:

Tais normas abrem oportunidade à utilização do procedimento adequado ao “caso concreto cautelar”, ou melhor, à construção da ação cautelar adequada ao caso concreto. Evidencia-se, mediante estas normas, não apenas que o legislador não pode instituir tantos procedimentos quantas são as necessidades de segurança, mas, sobretudo, que estas necessidades variam conforme as particularidades concretas, e, assim, que não há alternativa a não ser deixar uma válvula de escape para a utilização da técnica processual adequada à situação concreta.

Questão importante refere-se à possibilidade de as medidas cautelares inespecíficas serem decretadas *ex officio*. Ovídio Batista (2009, p. 118) considera o entendimento de Pestana de Aguiar, para o qual está o juiz autorizado a agir de ofício apenas em casos especialíssimos, taxativamente indicados em lei. Cita, ainda, em sentido oposto, as lições de Humberto Theodoro Júnior. Segundo ele, como o Estado também tem direitos e poderes processuais passíveis de violação ou de serem postos em risco pela conduta das partes, o juiz poderá prevenir essas lesões “adotando as medidas cautelares compatíveis, sem que tenha de aguardar a iniciativa ou provocação da parte prejudicada”.

Partindo do disposto no art. 797 do CPC — que dispõe que “só em casos especiais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem audiência das partes” —, Marinoni e Arenhart (2011, p. 107-108) ensinam que:

se a tutela de segurança pode ser concedida de ofício em casos previstos na lei, não há como não permiti-la nas situações concretas que, embora não adivinhadas pelo legislador, igualmente justificam a atuação oficiosa do juiz. Raciocinar de forma contrária seria negar a principal característica do processo contemporâneo, deixando-se de admitir a utilização da técnica processual conforme as necessidades do caso concreto, em sinal de nítido obstáculo à realização do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

Esses autores estabelecem, entretanto, como pressupostos para a concessão da tutela cautelar de ofício: a ausência de tempo para o juiz ouvir as partes; a situação de urgência não ser do conhecimento da parte que pode ser prejudicada; a presença de *fumus boni iuris* acompanhado de risco à efetividade da tutela do direito constatável *prima facie*; bem como a preexistência de ação instaurada, na qual se pede a tutela do direito ameaçada de se tornar infrutífera (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 109).

Com base nos conceitos discutidos, tentar-se-á desenvolver a relação da teoria da cautelaridade do processo civil com a presente no processo de controle.

5 A CAUTELARIDADE NOS TRIBUNAIS DE CONTAS

A notória e tradicional lentidão da justiça, que levou Calamandrei (2000) a sistematizar a clássica teoria da cautelaridade, não é uma particularidade do processo jurisdicional. Também na seara do processo administrativo a demora natural da decisão final pode tornar o direito não efetivo, causando prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação, o que enseja a necessidade de construir técnicas que sejam capazes de conter o efeito “corrosivo” do tempo sobre os direitos⁵.

Especificamente no âmbito de atuação dos tribunais de contas, a demora do provimento final pode trazer danos à sociedade, na medida em que os interesses tutelados pelo órgão de controle

⁵ Para Cândido Rangel Dinamarco (2004), a realidade sobre a qual se fundam os dispositivos legais que instituem as medidas de urgência no ordenamento jurídico é “o tempo como fator de corrosão de direitos”. “Quando compreendemos que tanto as medidas cautelares como as antecipações de tutela se inserem nesse contexto de neutralização dos males do decurso do tempo antes que os direitos hajam sido reconhecidos e satisfeitos, teremos encontrado a chave para nossas dúvidas conceituais e o caminho há de conduzir à solução dos problemas práticos associados a elas.”

compreendem o interesse público na ótima aplicação dos recursos públicos, na execução das políticas públicas em conformidade com o estabelecido em lei, na obediência às normas constitucionais e legais; enfim, na gestão adequada da coisa pública. É nesse contexto que se destacam os provimentos cautelares no processo de controle, pretendendo identificá-los com as medidas estabelecidas pela teoria da cautelaridade no processo civil.

Positivamente, nos termos do art. 44 da Lei Orgânica do TCU, a decretação de medida cautelar tem lugar em qualquer fase do processo administrativo, por impulso oficial ou mediante requerimento do Ministério Público, para determinar o afastamento temporário do responsável quando existir indícios consistentes de que ele venha a prejudicar ou inviabilizar os atos processuais, causar novos danos ao erário ou impedir seu ressarcimento, ou para decretar a indisponibilidade dos bens do responsável, por até um ano, para garantir o ressarcimento dos danos em apuração.

Não há, no âmbito federal, dispositivo legal que autorize a decretação de medida cautelar com base no poder geral de cautela do TCU. Isso não quer dizer, contudo, que tal providência não seja possível, isso porque o Supremo Tribunal Federal reconheceu, com base na teoria dos poderes implícitos, a possibilidade deste órgão de controle, no exercício de suas competências constitucionais, determinar medidas cautelares que não estejam previstas em sua lei orgânica, tais como paralisação de procedimentos licitatórios e concursos públicos, como se vê dos trechos extraídos do acórdão do MS 26.547-7/DF,⁶ que, fazendo referência ao precedente firmado no Mandado de Segurança n. 24.510-7/DF,⁷ estabeleceu:

EMENTA: TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PODER GERAL DE CAUTELA. LEGITIMIDADE. DOCTRINA DOS PODERES IMPLÍCITOS. PRECEDENTE (STF). CONSEQUENTE POSSIBILIDADE DE O TRIBUNAL DE CONTAS EXPEDIR PROVIMENTOS CAUTELARES, MESMO SEM AUDIÊNCIA DA PARTE CONTRÁRIA, DESDE QUE MEDIANTE DECISÃO FUNDAMENTADA.

[...]

3. O TCU tem legitimidade para expedição de medidas cautelares, a fim de prevenir a ocorrência de lesão ao erário ou a direito alheio, bem como garantir a efetividade de suas decisões, consoante entendimento firmado pelo STF.

[...]

Com efeito, impende reconhecer, desde logo, que assiste, ao Tribunal de Contas, poder geral de cautela. Trata-se de prerrogativa institucional que decorre, por implicitude, das atribuições que a Constituição expressamente outorgou à Corte de Contas. Entendo, por isso mesmo, que o poder cautelar também compõe a esfera de atribuições institucionais do Tribunal de Contas, pois se acha instrumentalmente vocacionado a tornar efetivo o exercício, por essa Alta Corte, das múltiplas e relevantes competências que lhe foram diretamente outorgadas pelo próprio texto da Constituição da República.

⁶ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=603028>>. Acesso em: 19 out. 2011.

⁷ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86146>>. Acesso em: 17 out. 2011.

Isso significa que a atribuição de poderes explícitos, ao Tribunal de Contas, tais como enunciados no art. 71 da Lei Fundamental da República, supõe que se reconheça, a essa Corte, ainda que por implicitude, **a possibilidade de conceder provimentos cautelares vocacionados a conferir real efetividade às suas deliberações finais, permitindo, assim, que se neutralizem situações de lesividade, atual ou iminente, ao erário.**

[...]

Na realidade, o exercício do poder de cautela, pelo Tribunal de Contas, destina-se a garantir a própria utilidade da deliberação final a ser por ele tomada, em ordem a impedir que o eventual retardamento na apreciação do mérito da questão suscitada culmine por afetar, comprometer e frustrar o resultado definitivo do exame da controvérsia.

[...]

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).

[...]

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.**

[...] (grifo nosso)

Em Minas Gerais, a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado dedicou seu Capítulo II (arts. 95-97) às medidas cautelares. Assim, “no início ou no curso de qualquer apuração, havendo fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio ou risco de ineficácia da decisão de mérito, o Tribunal poderá, de ofício ou mediante provocação, determinar medidas cautelares”⁸. Além deste capítulo, a lei instituiu, por meio de seu art. 60, autorização específica para a suspensão dos procedimentos licitatórios:

Art. 60. O Tribunal poderá suspender, de ofício ou a pedido, liminarmente, o procedimento licitatório, até a data da assinatura do respectivo contrato ou da entrega do bem ou do serviço, caso sejam constatadas ilegalidades, observando-se, no que couber, o disposto no Capítulo II do Título IV desta Lei Complementar.

A decretação de medidas cautelares pelos tribunais de contas é instituída pelo ordenamento jurídico para garantir a efetividade da ação de controle e/ou prevenir a ocorrência de lesão ao erário ou a direito alheio. Tais medidas podem ser instauradas de ofício ou por provocação, em todos os processos sujeitos a julgamento.

⁸ Art. 95, *caput*, da Lei Orgânica do Tribunal de Contas.

Tais medidas são muito comuns em denúncias e representações, diante da verificação preliminar de ilegalidades nos procedimentos administrativos, que se não paralisados antes de ser proferida a decisão final, podem causar dano ao erário ou comprometer o interesse público, causando prejuízo à sociedade.

Para transportar a teoria da cautelaridade do processo civil para o processo de controle, leva-se em conta o universo da denúncia prevista no art. 74, § 2º, da Constituição da República, segundo o qual qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para apresentar denúncia ao tribunal de contas sobre atos ilegais sujeitos a sua competência. As conclusões encontradas para na denúncia podem ser consideradas para os demais processos de controle.

No exercício do controle social, o denunciante pode imputar a existência de ilegalidade, por exemplo, em licitação, alegando o comprometimento da legalidade, isonomia, competitividade ou vantajosidade. Nesse prisma, o denunciante pode requerer a decretação de medida cautelar para que se paralise a realização do procedimento licitatório até que se decida sobre o mérito da questão suscitada. Independentemente do pedido, pode o Tribunal determinar a suspensão do ato que considerar ilegal.

O primeiro ponto a ser discutido compreende a existência ou não, nos tribunais de contas, de processo cautelar, tal qual formulado pela teoria no processo civil. Considerando a distinção firmada entre processo e medida cautelar, em que o processo é autônomo e a medida é incidental, haveria possibilidade de falar em processo cautelar na esfera de atuação das cortes de contas?

Ainda que no plano prático o mais comum seja a decretação de medidas cautelares incidentais, não se vê nenhum óbice em que seja constituído processo cautelar autônomo, vinculado a futuro processo principal, considerando-se a previsão específica em lei ou a aplicação subsidiária do CPC.

Assim, antes da interposição da denúncia imputando ilegal determinado ato/procedimento administrativo e pleiteando sua anulação, pode ser interposto processo cautelar autônomo com pedido de suspensão imediata dos seus efeitos, até que seja interposto o processo principal e decidido o mérito.

Também no processo de controle pode-se descartar a compreensão de que a tutela cautelar serviria à proteção da jurisdição, para desenvolver a moderna ideia de que, também no âmbito dos tribunais de contas, a cautelaridade destina-se à garantia do direito material, que, *in casu*, refere-se sempre aos interesses públicos.

No plano de discussão doutrinária sobre o processo de controle, destaca-se que não se tem conhecimento acerca da preocupação teórica em diferenciar a medida cautelar genuína — ou, para a doutrina processualista civil, tutela cautelar, que é aquela que objetiva assegurar o direito — das medidas cautelares satisfativas, que são aquelas que satisfazem imediatamente o direito — a exemplo da antecipação de tutela —, realizando-o completamente no plano fático.

Em denúncia, ao paralisar cautelarmente a sequência de procedimento licitatório considerado ilegal, estaria o Tribunal de Contas satisfazendo a pretensão do denunciante, dando-lhe aquilo que ele pretendia obter mediante a decisão final ou assegurando a tutela do direito a ser concedida mediante o provimento final? A tutela, nesse caso, caracterizar-se-ia como cautelar ou como satisfativa?

Não há como negar que no plano prático muitas vezes as medidas cautelares decretadas em processo de controle cumprem mais a função de satisfazer do que propriamente a de assegurar. Nesse sentido, não se vê óbice à decretação de medidas cautelares de cunho satisfativo, ainda que não esteja institucionalizada a antecipação de tutela na esfera do processo de controle. Isso porque as normas do CPC aplicam-se subsidiariamente ao processo nos tribunais de contas. Assim, não havendo disposição específica que vede a concessão de provimento cautelar satisfativo, nada obsta a medida.

Além do mais, a lógica da cautelaridade no processo de controle é a garantia da eficácia e da efetividade da ação de controle, evitando a ocorrência de ofensa aos interesses públicos verificadas no caso concreto. Logo, se para garantir tais interesses houver necessidade de satisfazer o direito, não se vislumbram razões para vedar a concessão de medida cautelar satisfativa.

Do mesmo modo, transplantam-se da teoria da cautelaridade do processo civil para o processo de controle os pressupostos desenvolvidos por Ovídio Batista (2009, p. 81-102).

A medida cautelar decretada pelas cortes de contas se dá em cognição sumária, pois se fundamenta no juízo de probabilidade ou verossimilhança, nos termos da verificação do *fumus boni iuris*. Contrapondo-se à cognição exauriente que será desenvolvida até o final do curso do processo e que não se compatibiliza com a urgência, a cognição sumária permite ao julgador determinar a suspensão do ato impugnado, com base em elementos superficiais, ao detectar a aparência de verdade e a probabilidade de que o direito vindicado seja devido.

Além do *fumus boni iuris*, deve estar presente o *periculum in mora*, ou, como prefere Silva (2009, p. 86), deve estar caracterizada uma situação de dano irreparável iminente ao direito provável a ser protegido pela tutela cautelar. No âmbito do processo de controle significa dizer que a ilegalidade examinada pelo Tribunal de Contas para ensejar a decretação de uma medida cautelar deve ser capaz de provocar dano irreparável ou de difícil reparação. Esse dano deve ser iminente, a exemplo de um edital de licitação que contém uma cláusula direcionada a permitir a participação de apenas uma empresa no certame, ofendendo a competitividade. Nesse caso, diante da iminente abertura e julgamento das propostas, se a medida cautelar não for decretada, o provimento de mérito, ao final, poderá não ser capaz de conter o dano, diante do possível esgotamento da execução do contrato.

A particularidade que reside na análise do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* no processo de controle é que ambos devem se referir aos interesses públicos, não sendo relevante, isoladamente, a consideração da ofensa ao direito e do prejuízo na esfera privada.

A medida cautelar decretada no processo de controle também se reveste da característica da temporariedade, pois deve ter a mesma duração da situação de perigo a que se encontrava exposto o direito.

Pode-se imaginar, no exemplo desenvolvido, que aquela cláusula editalícia que fundamentara a concessão da medida cautelar seja expurgada do edital pelo próprio ente licitante, no exercício da autotutela. Nesse caso, restaria corrigida a ilegalidade ensejadora da suspensão do certame e seria possível o levantamento da ordem de paralisação, com a continuidade dos trabalhos. Na mesma vertente, poderia ser mantida a medida cautelar até o provimento final, quando, com base nas provas produzidas ao longo da instrução, o julgador entendesse inexistente a ilegalidade antes alegada, determinando a liberação do procedimento licitatório.

A situação cautelandada enseja a decretação da medida cautelar no âmbito do processo de controle é aquela capaz de ser identificada como ofensiva à legalidade em sentido amplo no âmbito da competência dos tribunais de contas.

Por todas as razões expostas, pode-se concluir que a teoria da cautelaridade serve para dar suporte teórico às medidas cautelares no âmbito dos tribunais de contas, impondo-se, contudo, que sejam trabalhadas teoricamente as particularidades do processo de controle.

6 CONCLUSÃO

Partindo do ponto em que se pode compreender o processo como inerente ao exercício da função administrativa, desenvolvendo-se a temática do processo de controle, este trabalho relacionou a teoria da cautelaridade do processo civil com a cautelaridade nos tribunais de contas.

Para tanto, abordou sucintamente as bases teóricas da processualidade ampla, desenvolveu-se a temática do Tribunal de Contas e seu processo de controle, analisando na sequência a teoria da cautelaridade do processo civil e a cautelaridade nas cortes de contas.

Assim, é possível a interposição tanto de medida cautelar — incidental — quanto de processo cautelar autônomo no âmbito das cortes de contas.

Pode-se concluir que não é cabível no processo de controle a clássica compreensão de que a tutela cautelar serviria à proteção do processo e da jurisdição, já que a cautelaridade nos tribunais de contas destina-se a garantir a eficácia e a eficiência da ação de controle para proteger o interesse público concretamente aferido.

Do mesmo modo, chegou-se à conclusão de que pode ser concedida a tutela satisfativa no âmbito das cortes de contas, se a medida for necessária para garantir o interesse público evidenciado no caso concreto.

Lançando mão dos cinco pressupostos do processo cautelar desenvolvidos por Ovídio Batista da Silva (2009), concluiu-se que todos — sumariada da cognição, iminência de dano irreparável,

temporariedade, situação cautelanda e sentença mandamental — podem ser aplicados ao processo de controle.

Com isso, evidencia-se que a teoria da cautelaridade, embora construída para o processo civil, pode dar suporte teórico à cautelaridade no processo de controle, sem prejuízo da construção de teorias relativas às peculiaridades da relação processual nos tribunais de contas.

REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. *A supremacia do interesse público no advento do estado de direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo*. In: SARMENTO, Daniel. (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BARROS, Flaviane de Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. *Prisão e medidas cautelares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Tradução de Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000.
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. Estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 1997.
- JACOBY, Jorge Ulysses. *Tribunais de contas do Brasil — Jurisdição e Competência*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo cautelar*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- _____. *Antecipação de tutela*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- SCHIRATO, Vitor Rhein. O processo administrativo como instrumento do Estado de Direito e da democracia. In MEDAUAR, Odete. *Atuais rumos do processo administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- SILVA, Ovídio Batista da. *Do processo cautelar*. 4. ed. Forense: 2009.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MELLO, Shirlei Silmara de Freitas. *Tutela cautelar no processo administrativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

MILESKEY, Helio Saul. *O controle da gestão pública*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2011.

TAVARES, Fernando Horta. Tempo e Processo. In: GALUPPO, Marcelo Campos (org.). *O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2006.

Abstract: This paper investigates the use of provisional remedies in audit processes, adopting a comprehensive theory of processuality. According to this theory, processes are not restricted to jurisdictional activity, but they are also present in the administrative function. This work develops the theme of the audit processes and deals with the theory of provisional remedies in civil proceedings, highlighting some basic elements in order to relate them with provisional remedies in audit processes. The aim is to conclude: whether the provisional remedies in civil proceedings is able to give theoretical support to provisional remedies in Audit Courts; and which characteristics of these remedies could be applied to the audit processes.

Keywords: Provisional remedies. Audit processes. Audit courts.

Data de recebimento: 2 maio 2012

Data de aceite para publicação: 16 maio 2012