

Anexo I - Capa

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
Escola de Direito FGV DIREITO BRASÍLIA
LLM em Direito empresarial

GEIDE DAIANA CONCEIÇÃO MARQUES

**PODER GERAL DE CAUTELA NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA
UNIÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao curso de Pós-graduação lato sensu, nível
especialização, LLM Direito Empresarial da
FGV DIREITO BRASILIA.

Matrícula nº 064503/2016

Data 03/2018

Turma: 8

Anexo II – Folha de Aprovação

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

Escola de Direito FGV BRASILIA LLM em Direito Empresarial

Trabalho de Conclusão de Curso

Poder Geral de Cautela no âmbito de Tribunal de Contas da União

Elaborado por Geide Daiana Conceição Marques

Data: Março/ 2018

Coordenador da Pós-graduação Lato Sensu do FGV Law Program – Rafael Alves de Almeida

RESUMO

O presente caso gerador pesquisa a possibilidade de o Tribunal de Contas da União- TCU, no exercício de sua competência constitucional, executar, cautelarmente, a indisponibilidade e bloqueio de bens de empresas e de particulares - administradores das empresas, cujas condutas estão sendo objeto de processo administrativo fiscalizatório no âmbito deste tribunal.

A celeuma reside sobre a possibilidade de o Tribunal de Contas da União decretar de ofício determinadas medidas cautelares sem o aval do Judiciário, do Ministério Público (MP) ou da Advocacia-Geral da União (AGU), visando à execução de suas decisões no trâmite de processos em curso bem como, se, o mencionado Tribunal Administrativo goza de prerrogativas constitucionais relativas ao Poder Geral de Cautela atribuído constitucionalmente ao Poder Judiciário.

Outros pontos a serem abordados diz respeito à eficácia das decisões do TCU, seus aspectos processuais e os tipos de responsabilidades que estão submetidos os Agentes Públicos, as empresas e os particulares.

Assim, o Plenário do Supremo Tribunal Federal irá se deparar com uma questão bastante tormentosa, sobre os limites da competência do Tribunal de Contas da União no exercício de suas funções constitucionais e, como órgão independente e autônomo, no julgamento dos processos de contas.

SUMÁRIO

1. CASO GERADOR.....	5
2. COMPETENCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL ..	7
3. DA EFICACIA DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS	10
4. DAS REGRAS PROCESSUAIS NO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO	12
4.1 Do sigilo e do contraditório e ampla defesa no âmbito do Tribunal de Contas da União	12
5. PODER GERAL DE CAUTELA NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO	15
6. RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA PERANTE O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO	19
6.1 Da Competência	19
6.2 Breve abordagem Jurídica dos Tipos de Responsabilidade	20
6.2.1 Responsabilidade objetiva e subjetiva.....	20
6.3 Responsabilidade perante o Tribunal de Contas da União	21
6.3.1 Responsabilidade de Particulares e Terceiros Perante o Tribunal de Contas da União	22
7. DOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO	25
7.1. Tomadas de Contas Especial (TCE).....	25
8. CONCLUSÃO	28
9. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA.....	29

1. CASO GERADOR

O Caso Gerador tem origem no Supremo Tribunal Federal (STF), que em 17 de outubro de 2017, o ministro Marco Aurélio, relator do Mandado de Segurança (MS) n. 34410, que integra a Primeira Turma, submeteu a matéria ao colegiado, que, por sua vez, decidiu deslocar, para o Plenário do Supremo o julgamento sobre a possibilidade e competência do Tribunal de Contas da União (TCU) determinar o bloqueio e indisponibilidade de bens de executivos, particulares pessoas físicas responsáveis pela administração das empresas que contrataram com o Estado¹.

Segundo exige o Regimento Interno do STF, Artigo 22, parágrafo único, alínea b,² o deslocamento da matéria para o plenário foi proposto pelo relator, ministro Marco Aurélio, tendo em vista a relevância do caso bem como foi acompanhado por unanimidade pelos demais ministros da Turma, aduzindo nos seguintes termos: “A importância da matéria é ímpar, daí a proposta que faço desse deslocamento” afirmou o ministro³.

Ainda sobre o tema, o ministro Marco Aurélio já havia proferido liminares semelhantes, em três processos de sua relatoria em setembro de 2016, nos quais trata da mesma matéria, a fim de resguardar os direitos patrimoniais dos envolvidos, empresas e executivos. Segundo o posicionamento adotado, pelo eminente ministro, na decisão monocrática, no caso da indisponibilidade de bens, o TCU deveria apelar ao Judiciário para obter as ordens de bloqueio, não havendo fundamento legal para fazê-lo de ato próprio⁴.

¹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=359238> < acesso 20/02/2018>

² BRASIL. RISTF: “Art. 22. O Relator submeterá o feito ao julgamento do Plenário, quando houver relevante arguição de inconstitucionalidade ainda não decidida.(...);
b) quando, em razão da relevância da questão jurídica ou da necessidade de prevenir divergência entre as Turmas, convier pronunciamento do Plenário”.

³ Disponível em :< <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=359238>. acesso 20/02/2018

⁴ Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=359238>. acesso 20/02/2018

Para alcançar sua conclusão, os fundamentos levantados na decisão liminar, nos autos do MS n. 34410/PR, pelo ministro Marco Aurélio citou a Lei Orgânica do TCU (Lei 4.443/1992), foram que:

A norma versada no artigo 61, contido no capítulo que trata da aplicação de multas, exige que o Tribunal de Contas recorra ao Poder Judiciário, por meio do Ministério Público e da Advocacia-Geral da União, visando ao implemento da indisponibilidade de bens dos responsáveis julgados em débito⁵.

A decisão liminar no MS n. 34410 foi concedida aos impetrantes tendo em vista o risco de demora reverso. Entendeu o relator que a manutenção das decisões do TCU poderia levar à destruição das empresas envolvidas e à insolvência das pessoas físicas⁶. Uma das empresas que teve sua indisponibilidade de bens decretada está em processo de recuperação judicial.

Cabe mencionar que o ato coator questionado que deu ensejo ao deslocamento de competência para o plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) para apreciar a questão da possibilidade do Tribunal Contas da União determinar o bloqueio de Bens é proveniente de Acórdão n. 2.960/2015(TCU)-Plenário, referente ao processo de Acompanhamento n. 004.040/2011-2, em função de auditoria instaurada, cujo objeto era a verificação de regularidade nas obras de implantação da Refinaria Abreu e Lima (RNEST) no Município de Ipojuca/PE⁷.

No item 9.1 do mencionado acórdão do TCU, o plenário decidiu converter o “Processo de Acompanhamento” em Tomadas de Contas Especial (TCE), que é uma outra espécie de processo em que se busca verificar a responsabilidade dos envolvidos e, neste caso, quantificar o tamanho da amostra considerada para averiguar a existência de sobrepreço nos Contratos UHDT-Rnest⁸.

⁵ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=359238_> Acesso em: 20/02/2018>

⁶ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=359238>> Acesso em: 20/02/2018

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS n° 34410/STF. Partes: JOSE ADELMARIO PINHEIRO FILHO E OUTRO(A/S) vs Tribunal de Contas da União. Instaurado em 12/09/2016

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS n° 34410/STF. Partes: JOSE ADELMARIO PINHEIRO FILHO E OUTRO(A/S) vs Tribunal de Contas da União. Instaurado em 12/09/2016

Portanto, o processo de Tomadas de Contas Especial é um processo autônomo, instaurado no âmbito do TCU. O objeto do TC tinha por escopo a apuração de indícios de sobrepreço ou superfaturamento nos referidos contratos, a qualificação, o suposto dano e a identificação dos responsáveis.

Os causídicos dos impetrantes argumentaram que tecnicamente ainda não havia a quantificação e apuração dos prejuízos ao erário em números⁹ para justificar o prévio bloqueio de bens nas pessoas físicas e da empresa.

Assim, em face do acordão, aos executivos da empresa, o TCU determinou, cautelarmente, a indisponibilidade dos bens pelo prazo de 1 (um) ano com fundamento no art. 44, § 2º, da lei 8.443/92¹⁰ e nos artigos 273 e 274 do Regimento Interno no TCU¹¹.

No tocante à responsabilização financeira atribuída aos administradores, segundo o acordão 2.260/2015-Plenário/TCU, capítulo IX, itens 115 e 125 os valores encapados pela decisão e atualizados até 02 de agosto de 2016, representavam o total de R\$ 628.735.715,08 (seiscentos e vinte e oito milhões, setecentos e trinta e cinco mil e setecentos e quinze reais e oito centavos) em relação ao contrato 0800.0053456.09-2 (UDA) e R\$1.465.914.760,78 (um bilhão, quatrocentos e sessenta e cinco milhões, novecentos e quatorze mil, setecentos e sessenta reais e setenta e oito centavos) em relação ao contrato 0800.0055148.09-2 (UHDT)¹².

2. COMPETENCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS nº 34410/STF. Partes: JOSE ADELMARIO PINHEIRO FILHO E OUTRO(A/S) vs Tribunal de Contas da União. Instaurado em 12/09/2016

¹⁰ BRASIL. Lei orgânica do Tribunal de Contas. “Art. 44. No início ou no curso de qualquer apuração, o Tribunal, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, determinará, cautelarmente, o afastamento temporário do responsável, se existirem indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções, possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao Erário ou inviabilizar o seu ressarcimento. (...)”

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

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS nº 34410/STF. Partes: JOSE ADELMARIO PINHEIRO FILHO E OUTRO(A/S) x Tribunal de Contas da União. Instaurado em 12/09/2016

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS nº 34410/STF. Partes: JOSE ADELMARIO PINHEIRO FILHO E OUTRO(A/S) x Tribunal de Contas da União. Instaurado em 12/09/2016

Nos termos do artigo 70, da Constituição Federal de 1988, afirma que compete ao Congresso Nacional a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, no que concerne à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação de subvenções e renúncia de receitas, na qualidade de controle externo, além do controle interno de cada poder ¹³.

O TCU possui competências próprias e que não são pertinentes a nenhum outro órgão, conforme dispositivo constitucional. Essas competências têm funções fiscalizatórias (auditorias, diligências); opinativas (parecer prévio sobre contas do Presidente da República); julgadora (contas dos responsáveis por bens e dinheiro públicos e prejuízos ao erário); sancionadora (recolhimento de débitos, aplicação de multa); corretiva (sustação de atos irregulares); consultiva (sobre assuntos da competência do tribunal); informativa (prestar informações sobre trabalhos realizados para o principal destinatário que é o congresso nacional; função ouvidora (denúncia feita por cidadão, partido político, representação feita pelo controle interno; função normativa (editar normas)¹⁴.

Ainda sobre a competência do Tribunal de Contas da União, cabe ao referido órgão apurar a responsabilidade dos agentes públicos e particulares, o parágrafo único do artigo 70 da CF aduz: “Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária”.

Outrossim, deve o referido Tribunal auxiliar no controle externo, a cargo do Congresso Nacional, nos termos do artigo 71, da Constituição Federal de 1988.

Nesses termos, conforme pode se depreender a partir de uma leitura constitucional pormenorizada das competências do Tribunal de Contas da União, ao mesmo cabe o controle interno e externo dos atos administrativos no tocante à legalidade dos atos, mormente no que se refere aos atos de índole financeira e econômica praticados pelo Estado¹⁵.

¹³ BRASIL. Constituição Federal. Artigos. 70 e 71

¹⁴ LIMA, Luiz Henrique. Controle Externo. Teoria e Jurisprudência no Tribunal de Contas. São Paulo. 6 edº. 2015. .p 525.

¹⁵ Disponível em : <<http://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/9969.pdf>- responsabilidade dos agentes públicos a luz dos tribunais de contas > acesso 27/02/2018

Assim, afirma Antônio Roque Citadini, jurista e conselheiro do Tribunal de Contas de São Paulo, que justifica:

Os Tribunais de Contas surgem com a preocupação do controle de legalidade dos atos de índole financeira da Administração. Esta forma de controle, em que o órgão de fiscalização verifica se a Administração aplicou corretamente a lei, é a proposta primária que fez o Estado criar os Tribunais de Contas. (...) Envolvendo-se cada vez mais em atividades complexas no mundo dos negócios, o Estado levou os Tribunais a objetivarem novas formas de controle da execução das leis orçamentárias, procurando apreciar não apenas a legalidade do ato da Administração, mas também o seu resultado econômico¹⁶.

Segundo parte da doutrina o Tribunal de Contas da União atua de forma autônoma, não sendo submetido hierarquicamente a qualquer estrutura de poder, defendendo que o respectivo Tribunal não integra nem o executivo, o legislativo e o judiciário. A jurisprudência pátria o reconhece como um órgão independente no exercício de suas funções¹⁷.

Neste sentido, pronunciou-se o STF na ADIn no 1.140-5, Rel Sydney Sanches:¹⁸

Não são, entretanto, as cortes de contas órgãos subordinados ou dependentes do Poder Legislativo, tendo em vista que dispõem de autonomia administrativa e financeira, nos termos, do art. 73, caput, da Constituição Federal, que lhes confere as atribuições previstas em seu art. 96, relativas ao Poder Judiciário.

Outra parte da doutrina entende que o TCU faz parte do Legislativo, conforme preleciona o mestre Aliomar Baleeiro¹⁹: “O Tribunal de Contas, no sistema de freios e contrapesos da Constituição é instrumento técnico do Congresso”.

No entanto, por ser um órgão administrativo, não há dúvidas de que a sua estrutura organizacional não faz parte do judiciário e as decisões proferidas no âmbito do TCU não fazem coisa julgada administrativa, uma vez que não são imutáveis, seja pelo princípio de autotutela da administração (Súmula nº 473 do STF²⁰), seja pelo recurso ao Poder Judiciário:

¹⁶ Disponível em: < <http://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/9969.pdf> > acesso 26/02/2018

¹⁷ Disponível em: < <http://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/9969.pdf> > acesso 26/02/2018

¹⁸ Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/9969.pdf>> acesso 26/02/2018

¹⁹ Disponível em : <<http://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/9969.pdf>> acesso 26/02/2018

²⁰ LIMA, Luiz Henrique. **Controle Externo**. Teoria e Jurisprudência no Tribunal de Contas. São Paulo. 6 edº . 2015 .p 350,

Sumula n. 473: A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Assim, apesar de suas decisões serem de caráter eminentemente administrativo, prevê o próprio regimento interno do Tribunal de Contas da União que o mesmo detém várias competências privativas do judiciário, inclusive na adoção de medidas cautelares de ofício.

Sobre este poder-dever que tem o Tribunal de Contas da União em emanar medidas cautelares de ofício que possa repercutir na esfera de interesses dos cidadãos e em seus direitos individuais, que o Supremo Tribunal irá se debruçar. De modo que surge o seguinte questionamento: existe reserva legal por parte do Tribunal de Contas da União em antecipar o mérito e emitir cautelares de ofício pelo plenário com o auxílio de suas secretarias, que são órgãos técnicos, visando preservar e garantir os danos ainda a serem apurados ao erário público em processo de Tomada de Contas Especial?

3. DA EFICACIA DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS

A Constituição Federal no Art. 71, §3º define que as decisões do Tribunal de Contas da União que resultem em imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo extrajudicial.

Todavia, não compete às cortes de contas procederem à execução de suas decisões. De modo que, em obediência ao princípio da simetria, iguais características teriam as decisões dos Tribunais de Contas dos Estados e dos TCMs, conforme aduz o autor Luiz Henrique Lima²¹.

No mesmo sentido se posicionou o Supremo Tribunal Federal, ao proclamar a inconstitucionalidade do inciso XI do Art. 68 da Constituição do Estado de Sergipe, que atribuía ao Tribunal de Contas Estadual a competência para “executar suas próprias decisões que implique imputação de débito ou multa”:

²¹ LIMA, Luiz Henrique. Controle Externo. Teoria e Jurisprudência no Tribunal de Contas. São Paulo. 6 edº. 2015.185

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SERGIPE. COMPETÊNCIA PARA EXECUTAR SUAS PRÓPRIAS DECISÕES: IMPOSSIBILIDADE. NORMA PERMISSIVA CONTIDA NA CARTA ESTADUAL. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. As decisões das Cortes de Contas que impõem condenação patrimonial aos responsáveis por irregularidades no uso de bens públicos têm eficácia de título executivo (CF, artigo 71, § 3º). Não podem, contudo, ser executadas por iniciativa do próprio Tribunal de Contas, seja diretamente ou por meio do Ministério Público que atua perante ele. Ausência de titularidade, legitimidade e interesse imediato e concreto. 2. A ação de cobrança somente pode ser proposta pelo ente público beneficiário da condenação imposta pelo Tribunal de Contas, por intermédio de seus procuradores que atuam junto ao órgão jurisdicional competente. 3. Norma inserida na Constituição do Estado de Sergipe, que permite ao Tribunal de Contas local executar suas próprias decisões (CE, artigo 68, XI). Competência não contemplada no modelo federal. Declaração de inconstitucionalidade, incidenter tantum, por violação ao princípio da simetria (CF, artigo 75). Recurso extraordinário não conhecido.
(RE 223037, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 02/05/2002, DJ 02-08-2002 PP-00061 EMENT VOL-02076-06 PP-01061)

Como observado neste julgado o Supremo Tribunal Federal (STF) manteve o acórdão do Tribunal de Justiça Estadual que reconheceu a ilegitimidade ativa do Tribunal de Contas do Estado para propor a ação contra ex-prefeito municipal, fundado em título executivo extrajudicial proveniente de decisão proferida pela própria corte de contas.

Assevera o autor Luiz Henrique Lima, retromencionado, que os títulos executivos extrajudiciais proferidos pelos tribunais de contas devem ser executados pelos órgãos da Administração Pública, como a Advocacia-Geral da União, no âmbito federal, e das Procuradorias dos Estados e Municípios, nos Estaduais e Municipais, respectivamente. Ressalta-se que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Resp. 1.109.433 - SE, reconheceu a competência do Ministério público como legitimado para a propositura da ação de execução de título extrajudicial oriundo do Tribunal de Contas do Estado.

Em relação ao Tribunal de Contas da União, o regimento interno prevê da seguinte forma:

Art. 275. O Plenário poderá solicitar, por intermédio do Ministério Público junto ao Tribunal, na forma do inciso V do art. 62, à Advocacia-Geral da União ou, conforme o caso, aos dirigentes das entidades que lhe sejam jurisdicionadas, as medidas necessárias ao arresto dos bens dos responsáveis julgados em débito, devendo ser ouvido quanto à liberação dos bens arrestados e sua restituição, nos termos do art. 61 da Lei nº 8.443, de 1992.

Segundo o próprio Regimento Interno do TCU, resta evidente que o referido Tribunal administrativo, necessita provocar o Ministério Público junto ao Tribunal, e a Advocacia da União, para que as cautelares sejam executadas. Ocorre que o Regimento diz, “julgados em débito”, e não em processos em trâmite, ou em curso, sem o julgamento de mérito definitivo.

Ocorre que em relação à indisponibilidade de bens previstas no art. 44, parágrafo 2º, da LOTCU²², a praxe no âmbito daquele tribunal é que é despidendo recorrer ao Ministério Público e a Advocacia Geral da União para a aplicabilidade da medida, se a mesma for declarada de ofício.

Impende frisar, que as medidas cautelares têm por características normativas serem medidas extremas e restritivas de direitos para a parte no processo. Em um processo judicial, há cautelares de ofício proferidas por juízes de direito, sendo que a regra é a possibilidade do contraditório e de ampla defesa para que todas as partes se manifestem nos autos, conforme prevê disposição constitucional²³. A mesma regra deve valer para os tribunais administrativos, a garantia do contraditório e da ampla defesa às partes, pois se trata de medidas de caráter sancionatório, tendo o direito da parte se manifestar nos autos sempre que tiver a oportunidade nos autos.

4. DAS REGRAS PROCESSUAIS NO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

4.1 Do sigilo e do contraditório e ampla defesa no âmbito do Tribunal de Contas da União

É sabido que as medidas cautelares são normas processuais, sendo que, nos termos do art. 298 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União (RITCU), podem em seus julgados aplicar, e no que couber, utilizar as normas processuais: “Aplicam-se subsidiariamente no

²² Art. 44. No início ou no curso de qualquer apuração, o Tribunal, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, determinará, cautelarmente, o afastamento temporário do responsável, se existirem indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções, possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao Erário ou inviabilizar o seu ressarcimento.

²³BRASIL. Constituição Federal/88 Art. 5º LV – “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”;

Tribunal as disposições das normas processuais em vigor, no que couber e desde que compatíveis com a Lei Orgânica”.

Porém, no Regimento Interno do Tribunal de Contas da União não há garantias de participação do advogado ou litigante nos processos. Consequentemente há uma mitigação do contraditório e da ampla defesa nos processos sob a competência do Tribunal de Contas da União. A sustentação oral em Plenário, inclusive, não é exclusiva do causídico²⁴ diferentemente dos Tribunais Superiores do Judiciário, que exigem, em regra, capacidade postulatória para a sustentação oral²⁵.

Outro ponto que merece destaque é que muito das informações produzidas no âmbito do Tribunal de Contas da União, possuem um grau de sigilo controlado, no termos da Resolução 254/2013 (TCU) que “Dispõe sobre a classificação da informação quanto à confidencialidade no âmbito do Tribunal de Contas da União”. Então, à parte não é possível em determinados processos, ter acesso pleno às informações produzidas internamente no tribunal por suas unidades técnicas, secretarias e gabinetes, por exemplo. A explicação é que algumas dessas informações são revestidas de proteção ao sigilo fiscal, bancário e comercial. Assim, existe certa diminuição do contraditório e da ampla defesa no âmbito do Tribunal de Contas da União em determinadas espécies de processos administrativos, em função da proteção ao sigilo, pois conforme foi mencionado uma vez que não é possível às partes terem o acesso adequado as informações como no âmbito do Judiciário, a parte também não poderá se defender adequadamente na forma da lei processual.

Sobre o conhecimento do processo pelas partes, o próprio TCU regula a emissão de cópia e vista dos processos²⁶. Conforme informações produzidas no *site* eletrônico: “Não será concedida vista ou fornecida cópia de peças da etapa de instrução antes de emitido o parecer conclusivo do titular da unidade técnica”.

²⁴ BRASIL. Regimento Interno do Tribunal de Contas (RITCU). Art. 168: “No julgamento ou apreciação de processo, ressalvada a hipótese prevista no § 9º, as partes poderão produzir sustentação oral, após a apresentação, ainda que resumida, do relatório e antes da leitura do voto resumido do relator, pessoalmente ou por procurador devidamente constituído, desde que a tenham requerido ao Presidente do respectivo colegiado até quatro horas antes do início da sessão, cabendo ao referido Presidente autorizar, excepcionalmente, a produção de sustentação oral nos casos em que houver pedido fora do prazo estabelecido. § 1º O requerimento da parte será apreciado pelo Presidente do respectivo colegiado, devendo ser dada ciência da respectiva decisão ao dirigente da unidade responsável pelo secretariado das sessões”.

²⁵ DIDIER Jr. Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. Ed 14º ed. 2017.p74

²⁶ Disponível em: < <http://portal.tcu.gov.br/e-tcu/vista-de-processos/vista-e-copia-de-processos.htm>> acesso 01/03/2018.

Na forma do art. 289 do RITCU:

Poderão ser indeferidos os pedidos de vista ou cópia se existir motivo justo ou, estando no dia de julgamento do processo, não houver tempo suficiente para a concessão de vista ou extração de cópias. Do despacho que indeferir o pedido cabe agravo.

Poderá ser fornecida cópia de processo, julgado ou não, mesmo de natureza sigilosa, ressalvados os documentos e informações protegidos por sigilo fiscal, bancário, comercial ou outros previstos em lei, a dirigente que comprove, de forma objetiva, a necessidade das informações para defesa do órgão ou entidade federal, estadual ou municipal.

Segundo a jurisprudência, no entendimento do Supremo Tribunal Federal, o contraditório e a ampla defesa podem ser mitigados em se tratando de processo administrativo no âmbito do Tribunal de Contas da União. No processo de tomada de contas especial, que é aquele processo em que se apura a responsabilidade por ocorrência de dano à administração pública federal a fim de obter o respectivo ressarcimento, o Supremo Tribunal Federal entende que o contraditório e a ampla defesa não precisam ser obedecidos de forma rigorosa, como nos processos que anulem ou revoguem os atos administrativos e que deu ensejo à súmula vinculante n. 3:

A exigibilidade do contraditório pressupõe o envolvimento, no processo administrativo, de acusado ou de litígio. Descabe observá-lo em julgamento implementado pelo Tribunal de Contas da União ante auditoria realizada em órgão público. (MS 31344, Relator Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, julgamento em 23.4.2013, DJe de 14.5.2013)

(...) Súmula Vinculante 3 se dirige, única e exclusivamente, às decisões do Tribunal de Contas da União que anulem ou revoguem atos administrativos que beneficiem algum interessado, situação esta absolutamente diversa das tomadas de contas, procedimento próprio em que a Corte de Contas verifica a regularidade da utilização das verbas públicas pelos responsáveis. (Rcl 6396 AgR, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgamento em 21.10.2009, DJe de 13.11.2009).

Deste modo é possível depreender que é muito controverso o exercício das garantias do contraditório e da ampla defesa nos processos administrativos no âmbito do Tribunal de Contas da União. Em alguns tipos de processos administrativos aqueles princípios devem ser amplamente observados²⁷, em outros podem ser mitigados. Mas, e quando os envolvidos, as

²⁷ Brasil. Súmula Vinculante nº 3/STF : Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que

partes, no caso, particulares pessoas físicas, sofrem medidas cautelares de ofício pelo Tribunal de Contas da União sem o devido contraditório? Ou seja, sem que as partes sejam devidamente ouvidas nos autos, sem nenhum procedimento específico de atuação? E quando há a executoriedade de uma decisão de bloqueio e indisponibilidade de bens, sem que as partes tivessem se pronunciado anteriormente, como foi o caso no MS n. 34410 em que o Supremo Tribunal Federal deslocou a competência para o Plenário?

5. PODER GERAL DE CAUTELA NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

O presente trabalho não tem a intenção de abordar as mudanças no tocante às cautelares no Código de Processo Civil de 2015, apenas abordar a natureza jurídica das mesmas de forma lato sensu bem como fazer uma breve abordagem acerca da aplicabilidade no âmbito do Tribunal de Contas da União.

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXXV reconheceu ao Poder Judiciário o Poder Geral de Cautela tendo em vista o princípio da inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário: “ a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Em suma, em uma visão processualista, por Poder Geral de Cautela depreende-se como o poder que tem o Juiz de Direito de conceder a tutela cautelar de ofício visando resguardar e proteger o direito de uma das partes acerca do objeto do processo. O escopo é evitar e/ou minimizar o perigo que a demora no trâmite do processo pode causar a uma das partes até a espera do provimento final. No caso do Tribunal de Contas da União o Poder Geral de Cautela estaria vinculado a evitar e minimizar prejuízos ao erário público.

Malgrado não seja o poder geral cautelar previsto dentro das competências constitucionais do Tribunal de Contas da União (TCU), tanto o Regimento Interno deste Tribunal como a doutrina e jurisprudência pátrias versam sobre o assunto.

beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

Prevê o Regimento Interno do Tribunal da seguinte forma:

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

§ 1º O despacho do relator ou do Presidente, de que trata o caput, bem como a revisão da cautelar concedida, nos termos do § 5º deste artigo, será submetido ao Plenário na primeira sessão subsequente.

§ 2º Se o Plenário, o Presidente ou o relator entender que antes de ser adotada a medida cautelar deva o responsável ser ouvido, o prazo para a resposta será de até cinco dias úteis.

§ 3º A decisão do Plenário, do Presidente ou do relator que adotar a medida cautelar determinará também a oitiva da parte, para que se pronuncie em até quinze dias, ressalvada a hipótese do parágrafo anterior.

§ 4º Nas hipóteses de que trata este artigo, as devidas notificações e demais comunicações do Tribunal e, quando for o caso, a resposta do responsável ou interessado poderão ser encaminhadas por telegrama, fac-símile ou outro meio eletrônico, sempre com confirmação de recebimento, com posterior remessa do original, no prazo de até cinco dias, iniciando-se a contagem do prazo a partir da mencionada confirmação do recebimento.

Para André Rosilhos²⁸, o poder geral de cautela do Tribunal de Contas da União é para atos específicos, não estaria abrangendo por exemplo o poder de “sustar procedimentos”. Neste caso, para o mencionado autor, os referidos dispositivos do regimento interno, seriam, inclusive, eivados de inconstitucionalidade, pois não há previsão na legislação. Argumenta André Rosilhos que a possibilidade de o Tribunal sustar atos advém e só se configura na medida em que o órgão da administração fiscalizada não atenda dentro de um prazo assinalado, corrigindo o ato no sentido de sanar as eventuais irregularidades, na forma do Art. IX e X da Constituição Federal²⁹. Assim, não poderia o Tribunal de Contas da União, determinar cautelarmente a sustação de atos, sem anteriormente conceder ao órgão a possibilidade de correição.

Além disso, afirma aquele autor que a adoção de medidas cautelares pelo Tribunal obrigatoriamente teria de obedecer ao rito delineado pela Constituição nos incisos IX e X do seu art. 71. Isto é, a sustação de atos necessariamente teria que ser precedida: 1) da

²⁸ ROSILHOS, André. Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União. Tese Doutorado em Direito-Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo. 2016. p 257

²⁹ *Op cit.* p. 257

identificação, pelo TCU, de práticas que, inseridas no campo financeiro em sentido amplo, seriam, na sua visão, ilegais (Art 71, IX, da Constituição); 2) da abertura de prazo para que a administração tivesse a oportunidade de sanar as alegadas ilicitudes; e 3) da persistência das supostas ilicitudes após transcurso de prazo assinado pelo Tribunal³⁰.

A Mera constatação de “urgência ou de “ fundado receio de grave lesão ao erário ao interesse público, ou de risco de ineficácia da decisão de mérito” não seriam suficientes para autorizar a prática de atos de comando cautelares pelo Tribunal. Isso não quer dizer que, nesses casos, o TCU tenha que ficar inerte, assistindo passivo, à consolidação do cenário que julga ser atentatório ao interesse público. Munido de informações e dos dados de que dispõe, ele pode, e deve exercer sua ampla competência para representar (provocando autoridades e órgãos de controle a agir) e para orientar (alertando a administração e seus gestores sobre práticas que avalia serem incorretas ou antijurídicas e propondo, soluções e medidas concretas).

O Supremo Tribunal Federal, em determinadas situações, a despeito de algumas opiniões contrárias e isoladas como a do antigo Ministro Ayres Brito (que sustentava que o TCU não tem poder geral de cautela), firmou o entendimento que aquele órgão administrativo tem competência para proferir medidas cautelares no uso de suas atribuições, como no processo licitatório³¹:

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.

Denegada a ordem.

(MS 24510 ED, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 04/08/2004, DJ 27-08-2004 PP-00052 EMENT VOL-02161-01 PP-00157)

³⁰ *Op Cit* p. 253

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (MS 24510 ED, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 04/08/2004, DJ 27-08-2004 PP-00052 EMENT VOL-02161-01 PP-00157)

EMENTA: TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PODER GERAL DE CAUTELA. LEGITIMIDADE. DOUTRINA DOS PODERES IMPLÍCITOS. PRECEDENTE (STF). CONSEQÜENTE POSSIBILIDADE DE O TRIBUNAL DE CONTAS EXPEDIR PROVIMENTOS CAUTELARES, MESMO SEM AUDIÊNCIA DA PARTE CONTRÁRIA, DESDE QUE MEDIANTE DECISÃO FUNDAMENTADA. DELIBERAÇÃO DO TCU, QUE, AO DEFERIR A MEDIDA CAUTELAR, JUSTIFICOU, EXTENSAMENTE, A OUTORGA DESSE PROVIMENTO DE URGÊNCIA. PREOCUPAÇÃO DA CORTE DE CONTAS EM ATENDER, COM TAL CONDUTA, A EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL PERTINENTE À NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES ESTATAIS. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO EM CUJO ÂMBITO TERIAM SIDO OBSERVADAS AS GARANTIAS INERENTES À CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO “DUE PROCESS OF LAW”. DELIBERAÇÃO FINAL DO TCU QUE SE LIMITOU A DETERMINAR, AO DIRETOR-PRESIDENTE DA CODEBA (SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA), A INVALIDAÇÃO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO E DO CONTRATO CELEBRADO COM A EMPRESA A QUEM SE ADJUDICOU O OBJETO DA LICITAÇÃO. INTELIGÊNCIA DA NORMA INSCRITA NO ART. 71, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO. APARENTE OBSERVÂNCIA, PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, NO CASO EM EXAME, DO PRECEDENTE QUE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FIRMOU A RESPEITO DO SENTIDO E DO ALCANCE DESSE PRECEITO CONSTITUCIONAL (MS 23.550/DF, REL. P/ ACÓRDÃO O MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE). INVIABILIDADE DA CONCESSÃO, NO CASO, DA MEDIDA LIMINAR PRETENDIDA, EIS QUE NÃO ATENDIDOS, CUMULATIVAMENTE, OS PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DE SEU DEFERIMENTO. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA.

(MS 26547 MC-AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2007, DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009 EMENT VOL-02375-02 PP-00835)

Assim, considerando a competência do Supremo Tribunal Federal em declarar se os atos administrativos estão em consonância com a Constituição Federal, denota-se que, malgrado indiretamente, pois se tratava de um Mandado de Segurança, corroborou a tese de que o TCU goza de prerrogativas referentes ao poder geral de cautela, logo que o artigo 276 do RITCU não estaria eivado de inconstitucionalidade³².

³² ROSILHOS, André. **Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União**. Tese Doutorado em Direito. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 255. 2016.

Ainda na linha de argumentação de André Rosilhos³³, o STF se equivocou ao decidir desta maneira, pois a Constituição Federal não só silenciou como não delimitou de maneira expressa, conferi-lo sob o argumento de quem dar os fins tem que dar os meios, importaria, para o mencionado autor, em desfigurar as escolhas do constituinte³⁴. O autor ainda relata que a decisão proferida no MS 24510 foi simples e pontual e que não refletiria a opinião de todos os julgadores em uma decisão mais ampla³⁵.

Prova do argumento de André Rosilhos é que a relevância da matéria arguida no âmbito do Mandado de Segurança n. 34410, que provocou o deslocamento da competência da Primeira Turma para o Plenário traz à tona nova celeuma sobre o tema neste tribunal, haja vista que impediu que as liminares expedidas por meio do Acórdão n. 2109/2016/TCU em face de particulares, no caso, executivos das empresas que fizeram a contratação com a administração pública, fossem executadas por ausência de legitimidade do Tribunal de Contas da União quanto a sua executividade, na visão do Relator do caso.

6. RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA PERANTE O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

6.1 Da Competência

Acerca da competência para o julgamento e responsabilidade dos agentes que de alguma forma causem prejuízos ao erário, prevê o texto constitucional:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...)

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

³³ *Op. cit.*, pág. 255

³⁴ *Op. cit.* pág. 255

³⁵ *Op cit.* pág. 255

Dessa forma, caberá ao respectivo tribunal ao julgar as contas dos agentes, aferir a responsabilidade daqueles que causaram prejuízos ao erário público federal, haja vista a jurisdição do TCU.

Ademais, tendo em vista a independência entre instancias nas searas civil, penal e administrativa, ao Tribunal de Contas da União só cabe o julgamento dos processos na esfera administrativa, ou seja, na reparação aos prejuízos ao erário causados à esfera pública federal. Eventuais indícios de cometimentos de ilícitos penais cabe o Tribunal de Contas da União comunicar e fornecer elementos à Policia Federal e ao Ministério Público Federal para a devida apuração e qualificação das condutas criminosas, o que comumente acontece nas recomendações dos acórdãos proferidos em Plenário.

6.2 Breve Abordagem Jurídica dos Tipos de Responsabilidade

Sobre os três tipos de responsabilidade os quais podem ser submetidos os agentes públicos, há três tipos: civil, penal e administrativa.

Em todos os tipos, as quais se discorre, a responsabilidade, em regra, pressupõe o cometimento de um ato ilícito, ou seja, uma conduta em desacordo com o ordenamento jurídico existente, ofensivo às leis e aos princípios jurídicos estabelecidos em uma sociedade.³⁶

No entanto, para se perquirir a responsabilidade a qual o agente ou gestor dos recursos públicos estará submetido, é necessário verificar o bem jurídico atingido pela conduta ilícita, a legislação violada, a natureza das sanções e a condição do agente.

6.2.1 Responsabilidade objetiva e subjetiva

³⁶ NETTO, G. B.; SHERRER, M. M. ; JUNIOR, P.V.L.; TORRES, R. L. **Responsabilização de Agentes segundo a Jurisprudência do TCU**: uma abordagem a partir de licitações e contratos. Instituto Serzedello Correa. pag 5. 2013.

Na responsabilidade subjetiva, além dos elementos essenciais para caracterização da responsabilidade (ato ilícito, nexos causal, dano), o elemento “culpa” exsurge como fator principal. No Código Civil de 2002 a via regra é pela responsabilidade subjetiva, salvo, conforme prevê o art. 927, parágrafo único, nos casos especificados em lei ou quando a atividade normalmente exercida pelo autor do dano, por sua natureza, implicar riscos a outrem, que se aplica a denominada responsabilidade objetiva.

Portanto, conforme observado, nos termos do artigo 927 do CC, parágrafo único, na responsabilidade objetiva, não é necessário, para a caracterização da responsabilização, que seja observada a “culpa” do agente, tão somente o “nexo causal” e o “dano” como elementos particulares, caracterizados por lei, ou pela atividade do agente causador.

A seu turno, a responsabilidade objetiva tem fundamento constitucional, prevista no artigo 37 da CF:

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

6.3 Responsabilidade perante o Tribunal de Contas da União

A responsabilidade dos agentes públicos se apura no âmbito do Tribunal de Contas da União é de responsabilidade subjetiva, pautada no dolo ou culpa e em três elementos: ação ou omissão, nexos de causalidade e culpa em sentido amplo³⁷.

Nesse sentido eis a Jurisprudência do respectivo Tribunal:

A responsabilidade dos jurisdicionados perante o TCU é de natureza subjetiva, caracterizada mediante a presença de simples culpa stricto sensu, sendo desnecessária a caracterização de conduta dolosa ou má-fé do gestor

³⁷ NETTO, G. B.; SHERRER, M. M. ; JUNIOR, P.V.L.; TORRES, R. L. **Responsabilização de Agentes segundo a Jurisprudência do TCU**: uma abordagem a partir de licitações e contratos. Instituto Serzedello Correa. pag 9. 2013.

para que este seja responsabilizado. Desse modo, é suficiente a quantificação do dano, a identificação da conduta do responsável que caracterize sua culpa, seja por imprudência, imperícia ou negligência, e a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta culposa (stricto sensu) e a irregularidade que ocasionou o dano ao erário.

BRASIL. TCU. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL (TCE) nº 006.166/2007-2 . Acórdão 635/2017-Plenário 05/04/2017| Relator: AROLDO CEDRAZ. Ata 11/2017

No âmbito dos processos do TCU, a responsabilidade dos administradores de recursos públicos, com base no art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, é de natureza subjetiva, seguindo a regra geral da responsabilidade civil. Portanto, são exigidos, simultaneamente, três pressupostos para a responsabilização do gestor: i) ato ilícito na gestão dos recursos públicos; ii) conduta dolosa ou culposa; iii) nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente. Deve ser verificada, ainda, a ocorrência de eventual excludente de culpabilidade, tal como inexigibilidade de conduta diversa ou ausência de potencial conhecimento da ilicitude.

BRASIL. TCU. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL (TCE) nº 000.630/2012-8. Acórdão 2781/2016-Plenário 01/11/2016. Relator: BENJAMIN ZYMLER. Ata 44/2016

A responsabilidade pelo dano no âmbito do TCU é subjetiva, de modo que para a imputação de débito devem ser avaliadas a conduta do agente, a culpa em sentido amplo (culpa em sentido estrito ou dolo), o dano e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

BRASIL. TCU. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL (TCE) nº 010.837/2000-8. Acórdão 1465/2016-Plenário 08/06/2016. Relator: BENJAMIN ZYMLER. Ata 21/2016.

A responsabilidade dos gestores perante o TCU, por ser de natureza subjetiva, pode se originar de conduta comissiva ou omissiva, dolosa ou culposa, cujo resultado seja a violação dos deveres impostos pelo regime de direito público aplicável àqueles que administram recursos da União.

BRASIL. TCU. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL (TCE) nº 004.667/2012-3. Acórdão 1316/2016-Plenário 25/05/2016. Relator: ANA ARRAES . Ata 18/2016

6.3.1 Responsabilidade de Particulares e Terceiros Perante o Tribunal de Contas da União

Segundo Jurisprudência consolidada no âmbito do Tribunal de Contas da União (TCU) é possível a responsabilização do controle externo de terceiros e particulares que causaram danos ao Erário Público.

Todavia, no tocante aos particulares, diferentemente do que ocorre em relação aos agentes públicos, é necessário que seja verificada a ocorrência de dano material, como elemento caracterizador da responsabilidade. Desses termos afirma os autores Guilherme e outros:³⁸

Enquanto no ramo cível é imprescindível a existência de um dano ou prejuízo em decorrência do ato ilícito, sem a qual não haveria responsabilidade, sob a ótica dos tribunais de contas o dano não é um elemento essencial para a responsabilização. Pode haver prática de irregularidades que não geraram prejuízo financeiro ao erário, mas que ensejarão a responsabilidade do gestor público, com a aplicação da devida pena, em razão da gravidade e da reprovabilidade da conduta.

O dano material somente é requisito para uma das espécies processuais, que é a Tomada de Contas Especial, cuja instauração se dá para a apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano (conforme dispõe o art. 8º da Lei Orgânica do TCU).

Neste sentido eis os julgados proferidos no âmbito do Tribunal de Contas da União:

Enunciado: Responsabilidade/Débito/ Agente privado.

O agente particular que tenha dado causa a dano ao erário está sujeito à jurisdição do TCU, independentemente de ter atuado em conjunto com agente da Administração Pública, conforme o art. 71, inciso II, da Constituição Federal. Cabe ao Tribunal delimitar as situações em que os particulares estão sujeitos a sua jurisdição.

BRASIL. TCU. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL (TCE) nº 019.985/2014-2. Acórdão 10261/2017-Primeira Câmara. Data 01/11/2017. Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES

Enunciado: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL/ Responsabilidade/ Julgamento de contas, Agente privado/ Desconsideração da personalidade jurídica/débito

O TCU pode julgar de forma direta, sem necessidade de desconsideração da personalidade jurídica, as contas de sócios de empresa que participaram ativamente de irregularidade da qual resultou prejuízo ao erário, uma vez que os arts. 70, parágrafo único, e 71, inciso II, da Constituição Federal não faz distinção entre agentes públicos ou particulares para fins de recomposição de débito.

BRASIL. TCU. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL (TCE) nº 014.145/2012-0. Acórdão 2193/2017 – Plenário/Data da sessão 04/10/2017/Relator BENJAMIN ZYMLER

Enunciado: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL/RESPONSABILIDADE/SOLIDARIEDADE/DEBITO

A solidariedade por eventual débito não se limita às partes que celebram ajustes com a Administração, pois o terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática de determinado ato, de qualquer modo tenha concorrido para o cometimento de dano aos cofres públicos pode ser

³⁸ NETTO, G. B.; SHERRER, M. M. ; JUNIOR, P.V.L.; TORRES, R. L. **Responsabilização de Agentes segundo a Jurisprudência do TCU**: uma abordagem a partir de licitações e contratos. Instituto Serzedello Correa.

responsabilizado concomitantemente com o gestor de recursos públicos federais (art. 16, § 2º, da Lei 8.443/1992).

BRASIL. TCU. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL (TCE) nº 004.085/2002-2. Acórdão 2387/2011-Primeira Câmara. Relator: Valmir Campello Acórdão. Data da sessão: 14/09/2011

Além da ocorrência do Dano, como ensejador da responsabilidade, entende o Tribunal de Contas da União que o terceiro deverá agir em conluio com o agente público para apuração da responsabilidade administrativa. Sendo, inclusive, da competência deste tribunal fazer a respectiva dispensa do processo de Tomada de Contas Especial, caso não seja verificada a participação de um agente público:

SÚMULA TCU 187: Sem prejuízo da adoção, pelas autoridades ou pelos órgãos competentes, nas instâncias, próprias e distintas, das medidas administrativas, civis e penais cabíveis, dispensa-se, a juízo do Tribunal de Contas, a tomada de contas especial, quando houver dano ou prejuízo financeiro ou patrimonial, causado por pessoa estranha ao serviço público e sem conluio com servidor da Administração Direta ou Indireta e de Fundação instituída ou mantida pelo Poder Público, e, ainda, de qualquer outra entidade que gerencie recursos públicos, independentemente de sua natureza jurídica ou do nível quantitativo de participação no capital social.

Portanto, dúvidas não há de que terceiros e particulares alheios à administração pública podem ter a responsabilidade administrativa investigada pelo TCU, nos termos do que prevê o Artigo 16 da Lei 8.443/92, de Improbidade Administrativa:

Art. 16. As contas serão julgadas:

(...)

III - irregulares, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências: a) omissão no dever de prestar contas; b) prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial; c) dano ao erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ao antieconômico; d) desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos. § 1º O Tribunal poderá julgar irregulares as contas no caso de reincidência no descumprimento de determinação de que o responsável tenha tido ciência, feita em processo de tomada ou prestação de contas. § 2º Nas hipóteses do inciso III, alíneas c e d deste artigo, o Tribunal, ao julgar irregulares as contas, fixará a responsabilidade solidária: a) do agente público que praticou o ato irregular, e **b) do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado.**

7. DOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

7.1. Tomadas de Contas Especial (TCE)

O Caso Gerador em questão, os particulares, executivos da empresa objeto de Fiscalização pelo TCU no processo de Acompanhamento 004.040/2011-2 impetraram o MS 34410 no Supremo Tribunal Federal, em face do acórdão n. 2960/2015 que determinou de ofício, por meio do poder geral de cautela, a indisponibilidade dos seus bens particulares tendo em vista a futura quantificação do dano a ser constatada no processo de Tomada de Contas Especial.

Ademais, uma das determinações do Acórdão foi a abertura de Tomadas de Contas Especial (TCE), que, a despeito de ter sido aberto em vista de um processo anterior, é um processo autônomo que apura a responsabilização dos agentes públicos e de particulares, gera, portanto, título executivo extrajudicial, e conseqüentemente, da dívida líquida e exigível, nos termos do art. 71, § 3º, da CF/88.

Questiona-se o porquê da quantificação do dano apurado agora em processo autônomo e ora determinado em outro processo. Conforme observado, nestes processos administrativos, é necessária a ocorrência de dano, mas no caso em apreço, haverá somente a delimitação do dano, uma vez já apurada, mas não quantificada. Ademais, é necessário esclarecer que existe uma diferença entre dano e débito, pois nem todo o dano constatado em processo administrativo é de ordem financeira.

Nos termos do que dispõe o Art 2º da INSTRUÇÃO NORMATIVA TCU 71/2012³⁹:

A tomada de contas especial é um processo administrativo devidamente formalizado, com rito próprio, para apurar responsabilidade por ocorrência de dano à administração pública federal a fim de obter o respectivo ressarcimento.

³⁹ BRASIL. Instrução Normativa TCU “Dispõe sobre a instauração, a organização e o encaminhamento ao Tribunal de Contas da União dos processos de tomada de contas especial”. Publicada em 22/11/12.

O art. 8º da Lei 8.443/1992⁴⁰ exige como pressupostos as seguintes irregularidades para a instauração do referido processo de Tomada de Contas Especial: omissão no dever de prestar contas; não comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União; ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos; prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao erário⁴¹.

Existem duas formas de instauração da Tomada de Contas Especial (TCE). Em regra é instaurada pela própria unidade jurisdicionada em face dos agentes públicos bem como é permitida a instauração quando oriunda de conversão de outros processos de controle externo, tais como, denúncia, representação, inspeção, auditoria e processos de registro de atos de pessoal (art. 47 da Lei 8.443/92)⁴².

Para devida instauração e instrução do processo de Tomada de Contas Especial, deve a peça instrutória, nos termos da Lei Orgânica do TCU, conter:

I - descrição detalhada da situação que deu origem ao dano, lastreada em documentos, narrativas e outros elementos probatórios que deem suporte à comprovação de sua ocorrência;

II - exame da suficiência e da adequação das informações, contidas em pareceres de agentes públicos, quanto à identificação e quantificação do dano;

III - evidenciação da relação entre a situação que deu origem ao dano e a conduta ilegal, ilegítima ou antieconômica da pessoa física ou jurídica a quem se imputa a obrigação de ressarcir os cofres públicos, por ter causado ou concorrido para a ocorrência de dano.

A TCE, no âmbito no TCU, possui fases distintas internas e externas. Na etapa instrutória, segundo a jurisprudência do respectivo tribunal, não é necessário garantir o contraditório e a ampla defesa do investigado, diferentemente da fase decisória, em que são garantidos o contraditório e a ampla defesa, com a possibilidade de interposição de recursos.

Nesses termos, eis a jurisprudência do Tribunal de Contas da União:

⁴⁰ BRASIL. Lei nº 8.443/92: “Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências”. Data da Publicação 16/08/92.

⁴¹ Disponível em : <http://portal.tcu.gov.br/contas/tomada-de-contas-especial/conheca-a-tomada-de-contas-especial.htm> <acesso 05/03/2018

⁴² BRASIL. Instrução Normativa TCU “Dispõe sobre a instauração, a organização e o encaminhamento ao Tribunal de Contas da União dos processos de tomada de contas especial”. Publicada em 22/11/12.

A decisão que determina a instauração de tomada de contas especial tem natureza preliminar, sem caráter punitivo, inexistindo, portanto, obrigação legal para que o TCU ofereça contraditório prévio, inclusive no caso de desconsideração da personalidade jurídica para a citação de sócios e administradores de empresas envolvidas em atos ilícitos.

(BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2736/2017. Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 6/12/2017. Publicado 29/01/2018

A ausência de notificação do responsável na fase interna do processo de tomada de contas especial não implica vício, porquanto a fase interna constitui procedimento inquisitório de coleta de provas, assemelhado ao inquérito policial, e a fase externa, que se inicia com a autuação do processo no TCU, é que garante o direito à ampla defesa e ao contraditório.

(BRASIL. Tribunal de Contas da União. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL (TCE)nº 006.605/2011-5. Acórdão nº 653/2017. Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 24/01/2017. Publicado 13/02/2017).

Não há prejuízo ao exercício do contraditório e da ampla defesa em razão do não chamamento do responsável aos autos na fase interna da tomada de contas especial, pois nessa etapa, em que se coletam evidências para fins de apuração dos fatos e das responsabilidades, não há uma relação processual constituída. A garantia ao direito de defesa ocorre na fase externa, com a citação válida do responsável. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 4938/2016. Plenário. Relator: Ministro Bruno Dantas. Sessão de 26/07/2016. Publicado 13/02/2017).

“O processo de tomada de contas especiais, a instauração do contraditório, para fins de condenação por parte do TCU, ocorre na fase externa, por meio da regular citação pelo Tribunal, sendo irrelevante a ocorrência ou não de notificação anterior pelo órgão concedente”.

(BRASIL. Tribunal de Contas da União. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL (TCE). 037.944/2011-8 Acórdão nº 1522/2016. Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 26/07/2016. Publicado 13/02/2017.

Consoante mencionado, no Tribunal de Contas da União, na TCE o contraditório e a ampla defesa só podem ser exercidos pela parte durante determinada fase instrutória. Resta esclarecer que tanto na Lei Orgânica que rege o Tribunal de Contas da União como no Regimento Interno, apesar da não previsão de atuação de advogados expressamente, é bastante comum a atuação de causídicos na respectiva corte de contas.

Sobre as conclusões da Tomada de Contas Especial, esta prevê como sanções: declaração de inidoneidade do particular para licitar ou contratar com a administração; declaração de

inabilitação para o exercício de cargo ou função pública; comunicação ao Ministério Público Federal e solicitação do arresto de bens para garantir o ressarcimento.

Além dos recursos cabíveis, no âmbito interno, pode ainda a parte recorrer ao Judiciário diante da previsão constitucional, art. 5º XXXV⁴³, que prevê a inafastabilidade do Poder Judiciário. Muito embora não exista coisa julgada administrativa nos processos administrativos, pode o judiciário analisar a legalidade destes atos, não podendo ingressar no juízo de mérito.

Portanto, denota-se que, tanto pelo regimento interno do Tribunal de Contas da União que prevê a interposição de recursos, como pela possibilidade de controle de legalidade dos atos administrativos pelo judiciário, podem as partes do processo se insurgirem contra as decisões emanadas pelo Tribunal de Contas da União.

8. CONCLUSÃO

O presente caso gerador objetivou realizar algumas discussões sobre os limites e possibilidades da competência do Tribunal de Contas da União regulada pela Constituição Federal de 1988, mormente no que diz respeito ao poder geral de cautela e sobre a eficácia das decisões na esfera dos jurisdicionados bem como a responsabilidade que os agentes públicos e particulares são submetidos no respectivo tribunal administrativo.

Existem dois pontos que merecem ser esclarecidos dentro deste tema. Um é sobre a interpretação que o próprio Tribunal de Contas da União faz de suas competências institucionais no exercício do poder de controle externo, uma vez que, conforme argumenta André Rosilhos, “estaria o TCU interpretando suas competências de modo a expandir suas possibilidades de controle?⁴⁴”.

⁴³ BRASIL, Constituição Federal. Art. 5, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

⁴⁴ ROSILHOS, André. **Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União**. Tese Doutorado em Direito-Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo. 2016. p 06.

O outro ponto é sobre quais são os reais limites constitucionais a ser definido pelo Supremo Tribunal Federal como interprete da Constituição acerca do Tribunal de Contas da União, já que, no passado, em julgamento isolado⁴⁵ reconheceu o exercício do poder de cautela ao respectivo tribunal administrativo, baseando-se na Teoria dos Poderes implícitos norte-americana⁴⁶, cuja atribuição de uma competência e prerrogativa pelo texto constitucional a determinado órgão ou instituição, também lhe confere, implicitamente, os meios necessários para a consecução desta atividade. Todavia, hodiernamente, a Primeira Turma do STF encaminhou ao plenário nova discussão acerca da matéria, considerando a sua relevância.

Igualmente, é importante destacar que o atual cenário político e econômico trouxe à baila uma maior atuação por parte do Tribunal de Contas da União no seu papel fiscalizador, haja vista que muitas empreiteiras estão sendo investigadas por danos ao erário público federal, em vários escândalos de corrupção envolvendo inclusive o Governo Federal, impondo ao TCU novos desafios nos desempenho de suas atividades.

Assim, considerando os diferentes papéis dos Tribunais Administrativos e dos Tribunais Judiciais no ordenamento jurídico pátrio, bem como a suas respectivas competências, é que se julga necessário colocar uma “pá de cal” no tema no tocante aos limites do Poder Cautelar no âmbito do TCU, haja vista que diversos procedimentos adotados neste tribunal, no mais das vezes, em face da obrigação do dever de sigilo, não permite aos investigados e fiscalizados o completo exercício do contraditório e da ampla defesa no tribunal. Assim, até que ponto a esfera pública deve prevalecer sobre a esfera privada na defesa dos direitos subjetivos?

Espera-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal dirima tal questão com o escopo de garantir segurança jurídica aos seus julgados, protegendo os interesses públicos, a sociedade e, principalmente, o núcleo central dos direitos individuais.

9. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 24510 ED, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 04/08/2004, DJ 27-08-2004 PP-00052 EMENT VOL-02161-01 PP-00157

⁴⁶ Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,teoria-dos-poderes-implicitos-e-seu-desvirtuamento-em-favor-do-poder-investigatorio-do-ministerio-publico,42810.html> acesso em 03/08/2018

DIDIER Jr. Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil..* 14º ed. Salvador. 2017.

LIMA, Luiz Henrique. *Controle Externo. Teoria e Jurisprudência no Tribunal de Contas.* 6 edº São Paulo. 2015

NETTO, G. B.; SHERRER, M. M. ; JUNIOR, P.V.L.; TORRES, R. L. *Responsabilização de Agentes segundo a Jurisprudência do TCU:uma abordagem a partir de licitações e contratos.* Instituto Serzedello Correa.

ROSILHOS, André. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União.* Tese Doutorado em Direito-Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo. 2016.