

**TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA**

**AJU: ASSESSORIA JURÍDICA**

**ORIGEM: GABINETE DA PRESIDÊNCIA**

**PROCESSO Nº 04112e19**

**PARECER Nº 00694-19**

**K.M.F. Nº 15/2019**

**EMENTA:** CONSULTA INTERNA. MEDIDA CAUTELAR. POSSIBILIDADE DE SOLICITAÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR EM TERMO DE OCORRÊNCIA. O Auditor de Controle Externo, no exercício de seu dever funcional, está autorizado a solicitar medida cautelar, por intermédio do dirigente da unidade, ao Superintendente de Controle Externo, que, uma vez anuindo, encaminhará a matéria ao Conselheiro Relator, cujo Município esteja a ele vinculado, nos critérios de agrupamento estabelecidos pela Resolução nº 1365/2018.

O Auditor de Controle Externo, Sr. Felipe M. B. Souto, por intermédio de expediente endereçado a este Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, aqui protocolado sob o nº 04112e19, solicita Consulta, em tese, referente à possibilidade de o Auditor de Controle Externo perante o Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia – TCM/BA, no uso das atribuições conferidas pelo art. *art. 22 da Resolução TCM nº 1.225/06*, solicitar medida liminar em Termo de Ocorrência.

Inicialmente, registre-se que **os pronunciamentos desta Unidade, nos processos de Consulta, são confeccionados sempre em tese**. Ademais, ressalte-se que, na casuística, tendo em vista as peculiaridades de cada situação posta, esta Corte de Contas, mediante decisão do Tribunal Pleno ou Câmara, pode emitir pronunciamento dissonante sobre o assunto ora tratado.

A princípio, pontuamos que a competência de atuação dos Tribunais de Contas encontra-se estabelecida na Constituição Federal, Seção IX – Da Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária, arts. 70 e 71, destacados *in verbis*:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas,

será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. 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, assumira obrigações de natureza pecuniária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

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

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

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;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

§ 1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

§ 2º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.

§ 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

§ 4º O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades.

No âmbito do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia (TCMBA), essas competências foram ratificadas mediante Lei Complementar Estadual nº 6, de 06 de dezembro de 1991 (Lei Orgânica do TCMBA), em seu art. 1º, a seguir transcrito:

**Art. 1º** - Ao Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, órgão de auxílio do controle externo a cargo das Câmaras Municipais; compete:

**I** - apreciar as contas prestadas anualmente pelos Chefes dos Poderes Executivo e Legislativo Municipais, mediante parecer prévio a ser elaborado no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contados a partir da data do seu recebimento;

**II** - julgar, no prazo de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias, a partir do término do exercício a que se refere, as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiro, bens e valores públicos da administração direta, das autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público, bem como as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário municipal;

**III** - promover tomada de contas, quando não prestadas no prazo legal;

**IV** - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público Municipal, executadas as nomeações para cargos em comissão ou designações para funções gratificadas;

**V** - julgar da legalidade das concessões das aposentadorias, transferências para a reserva, reformas e pensões, excluídas as melhorias posteriores;

**VI** - apreciar a legalidade, a legitimidade, a economicidade e a razoabilidade dos procedimentos licitatórios, contratos, convênios, ajustes ou termos, envolvendo concessões, cessões, doações e permissões de qualquer natureza, a título oneroso ou gratuito, de responsabilidade do Município, por qualquer de seus órgãos ou entidades da administração direta, indireta ou fundacional;

**VII** - realizar inspeções e auditorias de natureza contábil, orçamentária, operacional e patrimonial, inclusive quando requeridas pelo Poder Legislativo Municipal e por iniciativa de comissão técnica ou de inquérito;

**VIII** - representar o Poder Legislativo Municipal sobre as irregularidades e abusos apurados;

**IX** - prestar informações solicitadas pelo Poder Legislativo ou Executivo Municipal, relativamente à sua área de atuação;

**X** - fiscalizar a aplicação de qualquer recurso repassado pelos Municípios, mediante convênio, acordo, ajuste ou outro instrumento, para quaisquer tipos de entidades;

**XI** - fiscalizar as contas das empresas ou consórcios intermunicipais, de cujo capital o Município participe, de forma direta ou indireta, nos termos do acordo, convênio ou ato constitutivo;

**XII** - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade despesa, irregularidade de contas ou descumprimento de suas decisões, as sanções previstas nesta Lei;

**XIII** - assinar prazo de até 30 (trinta) dias para que o órgão ou entidade adote as providências apontadas para o exato cumprimento da lei ou correção de irregularidades;

**XIV** - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara Municipal;

**XV** - oferecer parecer conclusivo, no prazo de 30 (trinta) dias, a respeito da solicitação feita pela comissão competente da Câmara Municipal, em vista de indícios de despesa não-autorizada, ainda que sob a forma de investimento não-programado, quando a autoridade governamental responsável não prestar os esclarecimentos reclamados ou, se prestados, tenham sido considerados insuficientes;

**XVI** - representar ao Poder Executivo Estadual, nos casos previstos de intervenção do Estado no Município;

**XVII** - representar à repartição pública federal ou estadual pelo bloqueio das transferências de recursos destinados ao Município que, não apresentar tempestivamente contas anuais ou que as tenha prestado com graves irregularidades, até que sejam sanadas;

**XVIII** - expedir certidão de regularidade das prestações de contas para fim de investidura em cargo comissionado ;

**XIX** - representar à Câmara Municipal pela instauração de processo de responsabilidade administrativa do Prefeito ou de sua Mesa, bem como ao Ministério Público, nos casos de crime que detectar;

**XX** - decidir sobre denúncia que lhe seja encaminhada por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato, na forma prevista nesta Lei;

**XXI** - decidir sobre consulta que lhe seja formulada por autoridade competente a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes a matéria de sua competência, na forma estabelecida em Regimento Interno;

**XXII** - orientar os municípios quanto a problema legais financeiros, orçamentários ou outros, que digam respeito às funções do Tribunal de Contas dos Municípios;

**XXIII** - proceder a diligências para obtenção de elementos necessários à apreciação dos processos nos prazos por ele fixados;

**XXIV** - promover a realização de inspeção e diligência para obtenção de esclarecimentos indispensáveis à apreciação de processos, deduzindo-se, dos prazos previstos nos Incisos I e II deste artigo, o tempo necessário à efetivação das mesmas;

**XXV** - expedir normas e instruções sobre prazos e formas de apresentação das prestações de contas e dos documentos que as deverão constituir bem como sobre assuntos funcionais, organizacionais ou outros similares;

**XXVI** - eleger o Presidente e o vice-Presidente do órgão e Presidentes de suas Câmaras dando-lhe, a todos posse;

**XXVII** - propor ao Poder Legislativo estadual a criação, modificação ou extinção de cargos do seu quadro de pessoal, bem como a fixação de seus respectivos vencimentos e salários, inclusive os de seus membros;

**XXVIII** - organizar seus serviços funcionalmente e, por seu Presidente, prover os cargos do quadro de pessoal, bem como nomear, contratar, promover, dispensar, exonerar, demitir e aposentar seus servidores e conceder-lhes férias, licenças e vantagens previstas no estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado da Bahia ou em legislação específica, quando for o caso;

**XXIX** - elaborar sua proposta orçamentária, aprovar e fazer publicar o seu orçamento analítico e respectivas alterações;

- XXX - criar e instalar setores regionais, objetivando a descentralização e interiorização de seus serviços;
- XXXI - elaborar e alterar o seu Regimento Interno;
- XXXII - realizar suas próprias despesas;
- XXXIII - conceder licenças, férias e vantagens aos Conselheiros, na forma da legislação em vigor;
- XXXIV - constituir comissões e grupos de trabalho;
- XXXV - julgar os recursos contra atos administrativos do Presidente do Tribunal de Contas dos Municípios.

É importante destacar que quando a Constituição diz caber ao Tribunal de Contas auxiliar o Poder Legislativo, no exercício da sua função de controle externo, **não está dizendo ser ele mero órgão auxiliar, mas sim que o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, não se fará senão com o auxílio do Tribunal de Contas, prestigiando a participação deste como inafastável e imprescindível, sem daí se deduzir um vínculo de subalternidade hierárquica.**

Tanto assim, que o Constituinte consignou no artigo 73 a necessidade das Cortes de Contas terem seu próprio quadro de pessoal e jurisdição em todo território nacional. O renomado jurista, ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Britto, publicou por meio eletrônico (<https://franciscofalconi.wordpress.com/2010/05/23/a-natureza-juridica-dos-tribunais-de-contas-na-otica-de-carlos-ayres-britto/>), *post* referente a natureza jurídica dos Tribunais de Contas, cujo fragmento destacamos a seguir:

“É certo que a Constituição Federal afirma que o Tribunal de Contas da União auxilia o Congresso Nacional em sua função fiscalizadora (art. 71, *caput*); porém, o referido auxílio **não significa subordinação e sim cooperação**, tal como faz o Ministério Público em relação ao Poder Judiciário.”.

Também não é correto afirmar que o Tribunal de Contas seja órgão meramente técnico, que apenas emite parecer. Ora, entre tantas competências importantes a ele adjudicadas pela Constituição, a referência a parecer comparece apenas em uma oportunidade: quando da prestação de contas anual do Chefe do Executivo, bem como das contas de gestão deste, pelo entendimento exarado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) no RE 848826. No mais, o Tribunal de Contas DECIDE, e não mereceria o nome de tribunal se não fosse para exercer competências decisórias.

Nesse diapasão, entende a jurisprudência e a doutrina que o Tribunal de Contas tem legitimidade para tomar medida cautelar a fim de prevenir a ocorrência de lesão ao erário

ou a direito alheio, bem como garantir a efetividade de suas decisões. Isto porque, o exercício do poder de cautela, pelo Tribunal de Contas, destina-se a garantir o exercício das suas competências e atribuições constitucionais estabelecidas pelo art. 71 da Carta Magna.

As medidas cautelares se tornam indispensáveis e imprescindíveis à efetividade de forma tempestiva da atuação dos Tribunais de Contas, preservando, inclusive 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 afastar, comprometer e frustrar o resultado definitivo do exame da controvérsia.

A expedição de medidas cautelares já foi reconhecida em reiteradas decisões do STF, realçados a seguir:

**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. 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 ÉXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL PERTINENTE A 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. DECISÃO: Trata-se de mandado de segurança, com pedido de medida cautelar, impetrado contra deliberação, que, emanada do E. Tribunal de Contas da União (Processo TC-008.538/2006-0) (...)**

**(STF – MS: 26547 DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 23/05/2007, Data de Publicação: DJ 29/05/2007 PP-00033) (g.n)**

**MEDIDA CAUTELAR EM MANDADO DE SEGURANÇA 34.446 DISTRITO FEDERAL**

**RELATORA : MIN. ROSA WEBER**

**IMPTE.(S) :CONSTRUTORA QUEIROZ GALVÃO S/A**



**ADV.(A/S) :ALEXANDRE AROEIRA SALLES E OUTRO(A/S)**

**IMPDO.(A/S) :TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**

**ADV.(A/S) :ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

MANDADO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TEORIA DOS PODERES CONSTITUCIONAIS IMPLÍCITOS. PODER GERAL DE CAUTELA DAS CORTES DE CONTAS. DECRETAÇÃO DE INDISPONIBILIDADE DE BENS DE PARTICULAR CONTRATANTE COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, PELO PRAZO DE UM ANO, PARA ASSEGURAR O RESULTADO ÚTIL DA APURAÇÃO DE EVENTUAL PREJUÍZO AO ERÁRIO. ART. 44, § 2º, DA LEI Nº 8.443/1992. RESSALVA DA AUTORIDADE IMPETRADA QUANTO AOS BENS FINANCEIROS NECESSÁRIOS À PRESERVAÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL. SUBSEQUENTE DECISÃO DO RELATOR DO TC Nº 026.832/2016-0, QUE, SOB PRETEXTO DE DAR CUMPRIMENTO AO DELIBERADO PELO PLENÁRIO DO TCU, DETERMINOU A INDISPONIBILIDADE IRRESTRITA DOS ATIVOS FINANCEIROS DA IMPETRANTE. PRESENÇA, NO ASPECTO, DOS REQUISITOS DO ART. 7º, III, DA LEI Nº 12.016/2009. MEDIDA LIMINAR DEFERIDA EM PARTE.

**Vistos etc.**

[...]

**22.** À luz da teoria dos poderes implícitos, cuja origem remonta ao caso *McCulloch v. Maryland*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América no ano de 1819, a Constituição, quando confere atribuição a determinado órgão estatal, assegura, correlatamente, ainda que de modo não expresso, os meios necessários para o seu efetivo cumprimento.

**23.** Nessa perspectiva, as atribuições constitucionais conferidas ao Tribunal de Contas da União pressupõem a outorga de poder geral de cautela àquele órgão (...)

**MANDADO DE SEGURANÇA 24.510-7 DISTRITO FEDERAL**

**RELATORA : MIN. ELLEN GRACIE**

**IMPETRANTE(S) :NASCIMENTO CURI ADVOGADOS ASSOCIADOS**

**ADVOGADO(A/S) :LUIS ANTONIO NASCIMENTO CURI E OUTRO(A/S)**

**IMPETRADO(A/S) :TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**

PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. IMPUGNAÇÃO. COMPETÊNCIA DO TCU. CAUTELARES. CONTRADITÓRIO. AUSÊNCIA DE INSTRUÇÃO. 1- Os participantes de licitação têm direito à fiel observância do procedimento estabelecido na lei e podem impugná-lo administrativa ou judicialmente. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada. 2- Inexistência de direito líquido e certo. O Tribunal de Contas da União tem competência para fiscalizar procedimentos de licitação, determinar suspensão cautelar (artigos 4º e 113, § 1º e 2º da Lei nº 8.666/93), examinar editais de licitação publicados e, nos termos do art. 276 do seu Regimento Interno, possui legitimidade para a expedição de medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões. 3- A decisão encontra-se fundamentada nos documentos acostados aos autos da Representação e na legislação aplicável. 4- Violação ao contraditório e falta de instrução não caracterizadas. Denegada a ordem. (MS 24510, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 19/11/2003, DJ 19-03-2004 PP-00018 EMENT VOL-02144-02 PP00491 RTJ VOL-00191-03 PP-00956)

Em voto proferido no mencionado MS nº 24.510, o Ministro Celso de Mello, anotou:

“Entendo, Senhor Presidente, 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.**

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 lhe reconheça, ainda que por implicitude, a titularidade de meios destinados a viabilizar a adoção de medidas cautelares vocacionadas a conferir real efetividade às suas deliberações finais, permitindo, assim, que se neutralizem situações de lesividade, atual ou iminente, ao erário público.

Impende considerar, no ponto, em ordem a **legitimar esse entendimento, a formulação que se fez em torno dos poderes implícitos, cuja doutrina, construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no célebre caso McCULLOCH v. MARYLAND (1819), enfatiza que a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos.**

Cabe assinalar, ante a sua extrema pertinência, o autorizado magistério de MARCELO CAETANO ('Direito Constitucional', vol. II/12-13, item n. 9, 1978, Forense), cuja observação, no tema, referindo-se aos processos de hermenêutica constitucional, assinala que, 'Em relação aos poderes dos órgãos ou das pessoas físicas ou jurídicas, admite-se, por exemplo, a interpretação extensiva, sobretudo pela determinação dos poderes que estejam implícitos noutros expressamente atribuídos' (grifei).

Esta Suprema Corte, ao exercer o seu poder de indagação constitucional – consoante adverte CASTRO NUNES ('Teoria e Prática do Poder Judiciário', p. 641/650, 1943, Forense) - deve ter presente, sempre, essa técnica lógico-racional, fundada na teoria jurídica dos poderes implícitos, para, através dela, conferir eficácia real ao conteúdo e ao exercício de dada competência constitucional, como a de que ora se cuida, consideradas as atribuições do Tribunal de Contas da União, tais como expressamente relacionadas no art. 71 da Constituição da República.

**É por isso que entendo revestir-se de integral legitimidade constitucional a atribuição de índole cautelar, que, reconhecida com apoio na teoria dos poderes implícitos, permite, ao Tribunal de Contas da União, adotar as medidas necessárias ao fiel cumprimento de suas funções institucionais e ao pleno exercício das competências que lhe foram outorgadas, diretamente, pela própria Constituição da República.**

Não fora assim, e desde que adotada, na espécie, uma indevida perspectiva reducionista, esvaziar-se-iam, por completo, as atribuições constitucionais expressamente conferidas ao Tribunal de Contas da União."

Do exposto, é inequívoco revestir-se os Tribunais de Contas de integral legitimidade constitucional a atribuição de índole cautelar, que aliada a teoria dos poderes implícitos (deferimento ao órgão estatal os meios necessários à integral realização dos fins a que lhe foram atribuídos), permite, ao Tribunal de Contas, adotar as medidas necessárias ao fiel cumprimento de suas funções institucionais e ao pleno exercício das competências que lhe foram outorgadas pela própria Constituição da República.

O próprio modelo brasileiro de fiscalização financeira e orçamentária, em cuja concretização o Tribunal de Contas desempenha como protagonista autônomo,



apresenta-se a tutela cautelar como instrumento processual necessário e compatível com o sistema de controle externo.

Dito isto, passemos ao exame da consulta.

1. O Auditor de Controle Externo, no exercício de seu dever funcional, está autorizado a solicitar medida cautelar – inclusive *inaudita altera pars* – ao Relator quando da lavratura de Termo de Ocorrência?
2. O Auditor de Controle Externo, quando da lavratura de Termo de Ocorrência, pode solicitar ao Relator ou Pleno, mediante Medida Cautelar:
  - a) suspensão de licitação?
  - b) sustação de ato administrativo dos gestores?
  - c) suspensão de pagamento ou execução orçamentária?
  - d) que o Tribunal tome as providencias, nos termos do art. 71, §1º da Constituição Federal, para sustação de contrato?
  - e) suspensão de reajuste de preços?
3. A Medida Liminar em Termo de Ocorrência pode buscar a cessação de danos, irregularidade e ilegalidades que se prolongaram no tempo (por anos), mas que não foram/puderam ser objeto de atuação do Tribunal de Contas anteriormente? Ou seja, a Liminar pode buscar interromper continuação/agravamento do dano?
4. A *Teoria dos Poderes Implícitos* é extensível aos auditores de controle externo quanto à Medida Liminar em Termo de Ocorrência? Isto é, a utilização de medida liminar em termo de ocorrência seria ferramenta imanente ao exercício funcional próprio do auditor de controle externo, ainda que não previsto expressamente em norma *interna corporis* ou legislação específica?

Consoante já explanado anteriormente, O TCMBBA tem legitimidade constitucional 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, mesmo que não previsto expressamente em norma interna desta Casa.

É por oportuno registrar que esse assento encontra-se **previsto na Proposta do novel Regimento Interno desta Corte de Contas**, conforme destacado a seguir:

#### **DAS MEDIDAS CAUTELARES**

**Art. 201.** Em caso de fundado receio de grave lesão ao erário, ao direito alheio ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, o Tribunal poderá, de ofício ou mediante provocação, determinar medidas cautelares.

**Art. 202.** Em caso de comprovada urgência, as medidas cautelares poderão ser determinadas por decisão monocrática, devendo ser submetidas à apreciação do Tribunal, pelo Relator ou, na hipótese de sua ausência, pelo Presidente do correspondente Colegiado, até a terceira sessão seguinte após a decisão, sob pena de perda de eficácia.

**§ 1º** Na ausência ou inexistência de Relator, compete ao Presidente do Tribunal a adoção de medidas cautelares urgentes.

**§ 2º** A medida cautelar poderá ser determinada incidentalmente ou antes da instauração do processo administrativo, nessa hipótese o processo deverá ser iniciado no prazo de 30 (trinta) dias.

**Art.203.** O ato que ordenar a medida cautelar será fundamentado e dele será dada ciência aos interessados, para que se pronuncie até a sessão de apreciação da medida cautelar pelo Colegiado, sem prejuízo da interposição de Pedido de Reconsideração.

**§1º** Poderão ser adotadas medidas cautelares sem prévia oitiva do responsável ou do interessado quando a efetividade da medida proposta puder ser obstruída pelo conhecimento antecedente do incidente pela parte, sem prejuízo da sua manifestação ou de procurador devidamente constituído por intermédio de sustentação oral ou outro meio de defesa, durante a sessão a qual o Colegiado promoverá a apreciação da medida.

**§2º** Se o Relator ou Presidente do Colegiado entender que antes de ser adotada a medida cautelar seja necessária a manifestação do responsável ou do interessado, o prazo para esse pronunciamento será de 05 (cinco) dias úteis.

**Art. 204.** A medida cautelar será adequada e proporcional ao objetivo visado pela Administração e terá prazo de duração compatível com a finalidade para a qual foi instituída, não superior a 90 (noventa) dias, podendo ser prorrogado uma única vez pelo mesmo período.

**Art. 205.** As medidas cautelares, que poderão ser propostas pelo Relator ou pelo Representante do Ministério Público, abrangerão, entre outras situações:

I- suspensão de licitação;

II- sustação de pagamento;

III- suspensão de realização de concurso ou processo seletivo;

IV- recomendação à autoridade superior competente, sob pena de responsabilidade solidária, do 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;

V- sustação de ato administrativo.

**Parágrafo único.** Poderão, também, propor a adoção de medida cautelar o denunciante e o Superintendente de Controle Externo, inclusive mediante a provocação de dirigentes de unidades técnicas. (g.n)

Pois bem, enquanto permanecer essa lacuna regimental, orienta, esta Unidade Jurídica, que devem ser adotados os dispositivos supramencionados, uma vez oriundos de ampla discussão pela Comissão Técnica designada especialmente para esse fim, até que decisão ulterior seja estabelecida.

Conforme disposto na Proposta Regimental, art. 205, os pedidos de medidas cautelares abrangerão, entre outras situações:

I - suspensão de licitação;

II - sustação de pagamento;

III - suspensão de realização de concurso ou processo seletivo;

IV - recomendação à autoridade superior competente, sob pena de responsabilidade solidária, do 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;

V - sustação de ato administrativo.

Parágrafo único. Poderão, também, propor a adoção de medida cautelar o denunciante e o Superintendente de Controle Externo, inclusive mediante a provocação de dirigentes de unidades técnicas.

Veja que o parágrafo único do art. 205 da Proposta Regimental, o Superintendente de Controle Externo, inclusive mediante a provocação de dirigentes de unidades técnicas, poderá propor adoção de medida cautelar.

Portanto, há possibilidade do Auditor de Controle Externo, no exercício de suas funções, uma vez verificada a existência de irregularidades, pedir providências acautelatórias, por intermédio do dirigente da unidade técnica que esteja subordinado, encaminhando o pedido ao Superintendente de Controle Externo.

A Lei Estadual 13.205, de 17 de dezembro de 2014, que dispôs sobre a estrutura técnico-administrativa do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, dentre outros, definiu em seu art. 6º, §1º, II, as atribuições do Auditor Estadual de Controle Externo, a saber:

**II - Auditor Estadual de Controle Externo** - com atribuições de **desenvolver atividades auditoriais de nível superior**, englobando também coordenação, supervisão e execução de serviços de auditoria, bem como elaboração de estudos, pesquisas e informações de caráter transdisciplinar e **emissão de pareceres e relatórios** conjuntos nas áreas jurídica, contábil, financeira, econômica, administrativa, de tecnologia da informação e de planejamento; (g.n)

Entende-se como atividades de auditoria, o procedimento de fiscalização com a finalidade de:

a) avaliar a legalidade, legitimidade, economicidade, razoabilidade, eficiência, eficácia e efetividade da gestão de recursos públicos, bem como da execução e resultados alcançados pelas políticas e programas públicos;

b) avaliar as operações, atividades, sistemas de gerenciamento e controle interno;

c) conhecer a organização e o funcionamento dos órgãos e entidades da administração direta, indireta e fundacional dos Municípios, bem como dos fundos e demais instituições que lhe sejam jurisdicionadas, quanto aos aspectos contábeis, financeiros, orçamentários, operacionais e patrimoniais;

Englobam também as atividades de Inspeção, que visam:

a) suprir omissões, falhas ou dúvidas e esclarecer aspectos atinentes a atos, documentos ou processos em exame;

b) obter dados ou informações preliminares sobre a procedência de fatos relacionados a denúncias ou representações;

c) avaliar a legalidade, legitimidade, economicidade e razoabilidade dos contratos administrativos;

d) verificar o cumprimento de decisões do Tribunal.

**Durante os trabalhos de fiscalização, os servidores comunicarão a seu superior hierárquico as irregularidades que, por sua gravidade, devam ser objeto de providências imediatas do Tribunal.**

**No caso da necessidade de pedido de medida cautelar por entender haver indício de prática de atos e procedimentos que possam resultar em iminente dano ao erário ou ao patrimônio público, deverá o órgão técnico formular o pedido por meio de relatório fundamentado, acompanhado de documentos probatórios robustos, a demonstrar o dano retromencionado, não bastando apenas a notícia do fato, tendo em vista se tratar de medida excepcional e urgente que pode produzir efeitos imediatos.**

Questiona o consultante se poderia utilizar de medida liminar em termo de ocorrência.

A Resolução TCM nº 1225/06, que dispõe sobre denúncia e termo de ocorrência, estabeleceu em seus arts. 22 e 23, ora transcritos

**Art. 22. O fato identificado por técnicos deste Tribunal, que exija atuação imediata,** visando impedir a sua continuidade, deverá ser comunicado à competente Coordenadoria de Controle Externo sob o **título de Termo de Ocorrência.**

**Art. 23.** O "Termo de Ocorrência" de que trata o artigo anterior **terá rito processual administrativo idêntico ao dos processos de denúncia,** assim sendo considerado para todos os efeitos, tendo a forma discriminada no Anexo IV a esta Resolução. (g.n)

Portanto, o Termo de Ocorrência é uma peça redigida por técnicos deste Tribunal, utilizado quando identificados fatos que exijam atuação imediata, formando um processo autônomo com rito administrativo idêntico ao de denúncia.

Pois bem, a Proposta do Novo Regimento Interno prevê (parágrafo único do art. 205) que a medida cautelar poderá ser proposta por denunciante. Nessa linha, pela similaridade entre a denúncia e o termo de ocorrência, e por também ser cabível a provocação de medida cautelar mediante dirigentes de unidades técnicas, **não se vislumbra óbice na utilização de medida cautelar em termo de ocorrência.**

É importante observar que o pedido de cautelar formulado pelo órgão técnico deve ser submetido ao Superintendente de Controle Externo, com trâmite de urgência, que encaminhará a matéria ao Conselheiro Relator, cujo o Município esteja a ele vinculado, nos critérios de agrupamento estabelecidos pela Resolução nº 1365/2018.

**Por tudo exposto, conclui-se:**

1) O Auditor de Controle Externo, no exercício de seu dever funcional, está autorizado a solicitar medida cautelar, por intermédio do dirigente da unidade, ao Superintendente de Controle Externo, que, uma vez anuindo, encaminhará a matéria ao Conselheiro Relator, cujo Município esteja a ele vinculado, nos critérios de agrupamento estabelecidos pela Resolução nº 1365/2018.

2) As propostas de medidas cautelares poderão abranger, entre outras situações: I - suspensão de licitação; II - sustação de pagamento; III - suspensão de realização de concurso ou processo seletivo; IV - recomendação à autoridade superior competente, sob pena de responsabilidade solidária, do 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; V - sustação de ato administrativo.

3) Não se vislumbra óbice na utilização de medida cautelar em termo de ocorrência, tendo em vista a previsibilidade deste em norma que disciplina a denúncia, qual seja Resolução TCM nº 1225/06, norma esta que tem sido utilizada na adoção de medidas cautelares, hodiernamente neste Tribunal de Contas.

4) Há possibilidade de utilização de medida cautelar em termo de ocorrência para sustar (interromper) execução de atos ou de procedimentos administrativos eivados de ilegalidade que não foram objetos de atuação do Tribunal de Contas anteriormente.

5) É inequívoco revestir-se os Tribunais de Contas de integral legitimidade constitucional a atribuição de índole cautelar, que aliada a teoria dos poderes implícitos, permite, ao Tribunal de Contas, adotar as medidas necessárias ao fiel cumprimento de suas funções institucionais e ao pleno exercício das competências que lhe foram outorgadas pela própria Constituição da República. A competência e legitimidade dos Tribunais de Contas para a expedição de medidas cautelares foram reconhecidas pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em reiteradas decisões.

Remeto às considerações superiores.

É o parecer.

Salvador, 04 abril de 2019.

Karina Menezes Franco  
Assessora Jurídica  
Auditora de Controle Externo