

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO**  
**ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA**  
**MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

**JONILSON MARCEL SILVA ANELLI**

**JURIDICIDADE NA APLICAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DE  
BENS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO CONTRA PARTICULARES  
CONTRATANTES COM O ESTADO**

**BRASÍLIA / DF**

**2019**

**JONILSON MARCEL SILVA ANELLI**

**JURIDICIDADE NA APLICAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DE  
BENS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO CONTRA PARTICULARES  
CONTRATANTES COM O ESTADO**

Dissertação apresentada como requisito  
para a obtenção do título de Mestre em  
Constituição e Sociedade pelo Instituto  
Brasiliense de Direito Público – IDP.  
Orientador: Professor Dr. Rafael Silveira  
e Silva

Brasília / DF

2019

ANELLI, Jonilson Marcel Silva

Juridicidade na Aplicação da Medida Cautelar de Indisponibilidade de bens pelo Tribunal de Contas da União Contra Particulares Contratantes com o Estado / Jonilson Marcel Silva Anelli, 2019.

88 fl.

Dissertação (Mestrado) – Instituto Brasiliense de Direito Público.

Escola de Direito de Brasília, 2019.

Orientador: Rafael Silveira Silva

Inclui bibliografia.

1. Tribunal de Contas da União. 2. Medidas Cautelares. 3. Indisponibilidade de Bens. 4. Limites a aplicação das cautelares aos contratantes com o Estado. I. Rafael Silveira Silva (orientador). II. Instituto Brasiliense de Direito Público. III. Juridicidade na Aplicação de Medidas Cautelares pelo Tribunal de Contas da União Contra Particulares Contratantes com o Estado.

**JONILSON MARCEL SILVA ANELLI**

**JURIDICIDADE NA APLICAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DE  
BENS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO CONTRA PARTICULARES  
CONTRATANTES COM O ESTADO**

Dissertação apresentada como requisito  
para a obtenção do título de Mestre em  
Constituição e Sociedade pelo Instituto  
Brasiliense de Direito Público – IDP.  
Orientadora: Professor Dr. Rafael Silveira  
Silva.

Brasília/DF, 11 de dezembro de 2019.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Rafael Silveira Silva

Orientadora (IDP)

---

Prof. Dr. Fernando Hugo Rabello Miranda

Membro interno (IDP)

---

Prof. Dr. Clodoaldo Moreira dos Santos Júnior

Membro externo (UFG)

## DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus filhos Matheus Martins Anelli e Aquele(a) que virá, e também a minha esposa Juliana, por todo o amor que me fazem enxergar nesta vida.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço aos meus pais pela forma que me criaram, com dedicação amor, princípios e valores. A minha esposa Juliana por todo apoio na realização deste trabalho e ao nosso filho Matheus que me ensina tanto e me faz querer todos os dias ser uma pessoa melhor, e querer fazer deste um mundo melhor para ele e todos os que um dia irão nos suceder. A minha família de Brasília, tio Edson e primo André, pelo apoio incondicional e parceira.

Ao SEBRAE/MT, em especial a sua Diretoria executiva, agradeço muito por todo o apoio e por terem a mim confiado a gerência jurídica da entidade estadual.

Aos amigos e colegas do mestrado, pelo companheirismo, risadas e pelo tanto que aprendi com vocês, muito obrigado.

Não posso deixar de agradecer aos professores do IDP Brasília, por cada aula, cada seminário, cada trabalho, que me ajudaram a compreender a beleza do Direito.

Ao amigo e orientador Professor Doutor Rafael Silveira e Silva, pela honra de me permitir ser orientado por ele, pelo belo exemplo de magistério e de vida que pude assistir em suas aulas e, em especial, pelas preciosas orientações que permitiram a conclusão deste trabalho.

Agradeço principalmente a Deus pela vida, e por permitir estar vivo e, poder assim, vivenciar essa época em que está havendo a utilização do direito como ferramenta de mudança cultural na sociedade brasileira e que irá fazer deste um país melhor para os nossos filhos. Espero que este trabalho contribua de alguma forma para isso, e por isso agradeço a você que dedicou seu tempo a leitura deste trabalho.

## EPÍGRAFE

*"Se o Brasil for condenado, pelos meus representantes, a continuar a ser, diante do mundo, a fábula dos países miseráveis, risíveis e desprezíveis, não será porque eu não tenha exercido as minhas forças em bradar à nossa pátria."*

(Ruy Barbosa - OBRAS SELETAS DE RUY BARBOSA, Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1956. Pág. 271)

## RESUMO

O presente estudo investiga sobre a juridicidade na aplicação das medidas cautelares de indisponibilidade de bens e da desconsideração da personalidade jurídica pelo Tribunal de Contas da União, no exercício de sua atividade de controle externo com efeitos sobre particulares contratantes com o estado, nos casos onde os contratos ficam sob a suspeita de prática de ilícitos administrativos.

Parte-se da premissa de que o Tribunal, no exercício de sua missão institucional, possui sim a prerrogativa de aplicar medidas cautelares em processos de controle externo, no entanto, o objetivo deste trabalho é questionar se há limites jurídicos para a aplicação de tais penalidades, visto que, aparentemente estas não são derivados de textos normativos, estando dentre os poderes “implícitos” ao dever exercido pela entidade.

Para realizarmos tal análise, optou-se por discorrer sobre as funções histórico e constitucionais do Tribunal de Contas, que se faz com o objetivo de compreender os limites de poderes conferidos pelo legislador ao TCU.

Em seguida, faremos a análise do institui cautelar sob a ótica do Código de Processo Civil de 2015, vislumbrando seu caráter complementar de aplicação no processo administrativo e observar requisitos e limites a aplicação deste instituto quando aplicados pela instituição, em especial quanto as cautelares de indisponibilidade de bens e desconsideração da personalidade jurídica.

O núcleo final consistirá na análise dos argumentos contrários e argumentos favoráveis a aplicação das medidas cautelares pelo TCU, emanados pela doutrina e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Palavras Chave: Administração Pública. Tribunal de Contas da União. Controle Externo. Medidas cautelares. Poder Geral de Cautela. Teoria dos poderes implícitos.

## **ABSTRACT**

The present study investigates the caselessness in the application of precautionary measures for the unavailability of assets and the disregard of legal personality by the Federal Court of Auditors, in the exercise of its external control activity with effects on contractors with the state, in cases where contracts are under suspicion of administrative misconduct.

It is based on the premise that the Court, in the exercise of its institutional mission, has the prerogative to apply precautionary measures in external control proceedings, however, the objective of this work is to question whether there are legal limits for the application of such penalties, since apparently these are not derived from normative texts, being among the powers "implicit" to the duty exercised by the entity.

To carry out this analysis, we chose to discuss the historical and constitutional functions of the Court of Auditors, which is made with the objective of understanding the limits of powers conferred by the legislature to the TCU.

Next, we will make the analysis of the precautionary institution from the perspective of the Code of Civil Procedure 2015, envisioning its complementary character of application in the administrative process and to observe requirements and limits the application of this institute when applied by the institution, in particular as regards the precautionary of unavailability of assets and disregard of legal personality.

The final nucleus will consist in the analysis of the contrary arguments and arguments favorable to the application of precautionary measures by the TCU, emanated by the doctrine and jurisprudence of the Supreme Court.

Keywords: Public Administration. Court of Auditors of the Union. External Control. Precautionary measures. General Power of Caution. Theory of implicit powers.

## Sumário

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	1
<b>1 SOBRE A ORIGEM DAS COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO</b> .....	5
1.1 Do conceito de Poder Estatal .....	5
1.2 O poder no controle externo .....	7
1.3. O exercício do controle pelo Tribunais de Contas .....	9
1.4. O sistema de jurisdição una e o controle da administração pública .....	13
1.5. O dever de prestar contas ao TCU .....	17
1.6 Os processos de controle externo .....	21
<b>2 BREVE ESTUDO DAS MEDIDAS CAUTELARES</b> .....	24
2.1 O Perigo de dano sobre a mora no processo .....	24
2.2 As Cautelares no processo Civil – Conceitos .....	25
2.3 Requisitos das medidas cautelares .....	33
2.3.1 <i>Fumus boni iuris</i> .....	33
2.3.2 <i>Periculum in mora</i> .....	35
2.4 Os provimentos provisórios no Tribunal de Contas .....	36
<b>3 DOS PEDIDOS DE ANULAÇÃO DA CONCESSÃO DE CAUTELARES NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – ESTUDO DE CASOS</b> .....	38
3.1 O “Hard Case” MS nº 24.510/DF .....	39
3.2 O Estado do tema na Jurisprudência do Supremo - Das ações relacionadas à indisponibilidade de bens de particulares contratantes com o Estado .....	47
3.2.1 Mandado de Segurança nº 34.357/DF .....	48
3.2.2 Mandado de Segurança nº 34.392/DF .....	49
3.2.3 Mandado de Segurança nº 35.506/DF e Mandado de Segurança nº 35.920/DF .....	52
3.2.4 Mandado de Segurança nº 34.233/DF .....	53
3.2.5 Mandado de Segurança nº 34.738/DF .....	57
3.2.6 Mandado de Segurança nº 34.793/DF .....	59
3.2.7 Mandado de Segurança nº 35.623/DF .....	63
<b>4 LIMITAÇÕES A APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES DE INDISPONIBILIDADE DE BENS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO CONTRA PARTICULARES CONTRATANTES COM O ESTADO</b> .....	67
4.1 A ocorrência de uma indevida postergação do contraditório .....	69
4.2 A delimitação constitucional da competência do TCU .....	69

<b>4.3 Sobre a Inaplicabilidade do art. 44, §2º, da Lei 8.443/1992 aos particulares e impossibilidade de interpretação extensiva deste.....</b>	<b>70</b>
<b>4.4 A necessidade de recurso ao Judiciário para as medidas destinadas a atingir o patrimônio do particular (art. 61, da Lei 8.443/1992).....</b>	<b>74</b>
<b>4.5. Os limites aos efeitos da decisão do E. TCU no caso de fiscalização de contratos.....</b>	<b>76</b>
<b>4.6 O risco de dano inverso e irreversibilidade da cautelar .....</b>	<b>78</b>
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>80</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>83</b>

## INTRODUÇÃO

O Tribunal de Contas da União – TCU, no curso de processos de auditoria ou de tomada de contas, imbuídos de um legítimo interesse de agir cautelarmente para impedir a consumação de atos que possam causar prejuízo ao erário público, e também, para garantir a eficácia de suas decisões, tem se utilizado da medida cautelar que determina a indisponibilidade de bens de particulares, empresas privadas e pessoas físicas que contratam obras e serviços com as entidades fiscalizadas.

O objetivo desta dissertação é avaliar se a ordem jurídico-constitucional brasileira permite de fato, ao TCU decretar, por ato próprio dotado de autoexecutoriedade, medida cautelar tão excepcional quanto é a indisponibilidade de bens de particulares contratados da Administração Pública. Tais particulares têm levado, por meio de Mandados de Segurança, a questão ao Supremo Tribunal Federal, com argumentos de que a medida não lhes seria aplicada por ausência de previsão legal.

Para o desenvolvimento deste trabalho, partiremos da premissa de que a administração pública está submissa ao controle do Tribunal de Contas da União - TCU, e que, portanto cabe a tal entidade proceder a análise destes atos e contratos, julgando assim sua pertinência e legalidade, portanto, a aplicabilidade da jurisdição do TCU a particulares quando contratantes com a administração pública, ocorre nos processos de Tomada de Contas Especiais, ocasião na qual se deve verificar a ocorrência eventual de prejuízo ao erário, para assim quantificá-lo e, se possível, exigir seu ressarcimento por aqueles que lhe deram causa.

Atualmente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, já se manifestou de forma favorável a aplicação das medidas cautelares pelo TCU<sup>1</sup>, no entanto, naquela ocasião de fato, não nos parece ter ficado claro sobre quais os limites para aplicação destas cautelares, se é que existem, e, se, de fato seria possível aplicá-las contra empresas privadas, posto que a

---

<sup>1</sup> STF. MANDADO DE SEGURANÇA: MS 24.510/DF. Relatora: Ministra Ellen Gracie. DJ: 04/08/2004, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 27/08/2004. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2115148>> Acesso em 09 jul. de 2019.

decretação de tais medidas, por vezes acabam a decretar a própria morte civil de empresas, que, antes mesmo de serem citadas, passa a ter a constrição de seus bens, por vezes com efeito até contra seus administradores e sócios, vez que é comum a concomitância da aplicação da medida cautelar de desconsideração da personalidade jurídica.

O tema voltou a ganhar destaque recentemente, quando algumas das empresas construtoras que participaram em consórcio com principal empresa denunciada na operação “Lava Jato”, passaram a responder Processos de Tomada de Contas Especial no TCU, e, na maioria dos casos, o relator, de ofício e cautelarmente aplicou tais medidas cautelares, indisponibilizando bens e ao mesmo tempo, quebrando a personalidade jurídica da empresa. O bloqueio de bens determinado, em alguns dos casos, chegou a mais de 5 bilhões de reais.

Tais atos foram combatidos com os remédios constitucionais<sup>2</sup> recém impetrados na corte, que reacenderam o debate sobre a limitação da aplicação das cautelares. No caso exemplificado, ambos *whirts* tiveram suas liminares deferidas para suspender a aplicação das cautelares anteriormente deferidas pelo TCU, nas quais determinava-se a indisponibilidade de bens e desconsideração da personalidade jurídica incidentes sobre pessoas jurídicas contratantes com a administração pública.

Já na fundamentação da decisão liminar, o argumento do Ministro Relator demonstrou a importância e contemporaneidade do tema, quando afirmou: *“Nesse processo, deferi a medida de urgência, assentando a inexistência de respaldo normativo expreso para a providência, não havendo o Supremo ainda se pronunciado sobre a respectiva viabilidade no âmbito administrativo, particularmente sem contraditório prévio<sup>3</sup>.”*

---

<sup>2</sup> STF. MANDADO DE SEGURANÇA: MS 35.506/DF. Relator: Ministro MARCO AURÉLIO. DJ: 08/02/2018, Decisão monocrática, Data de Publicação: DJe 14/02/2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5343207>> Acesso em 09 jul. de 2019.;

<sup>3</sup> STF. MANDADO DE SEGURANÇA: MS 35.920/DF. Relator: Ministro MARCO AURÉLIO. DJ: 28/09/2018, Decisão monocrática, Data de Publicação: DJe 01/10/2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5524672>> Acesso em 09 jul. de 2019.

Nesta senda, o que se percebe é que de fato, há uma imprecisão dos limites do TCU na aplicação destas cautelares, principalmente quando incidente aos particulares contratantes com a administração pública. No momento, tal questão foi encaminhada pela Primeira Turma do STF ao Plenário, e está ainda sem previsão de data para julgamento.

É nesse contexto que pretendemos avaliar se há juridicidade para a aplicação de tais medidas cautelares pelo TCU aos particulares contratantes com a administração pública.

A motivação deste trabalho é justamente refletir sobre a aplicação destas cautelares, algumas vezes, tomadas sem a escuta da parte contrária e logo no início do processo e, por uma entidade que não possibilita a existência de um duplo grau de jurisdição, sendo que a própria ausência de possibilidade de revisão indica possível exercício de um poder excessivo que não é visto nem mesmo nas funções jurisdicionais do Estado.

Desse modo, o problema de pesquisa se traduz neste questionamento:

- *Quais os limites da competência constitucional do Tribunal de Contas na aplicação das medidas cautelares aos particulares contratantes com a administração pública?*
- *Estes limites possibilitam a aplicação das cautelares de indisponibilidade de bens ou de desconsideração da personalidade jurídica?*

Para tentar responder aos questionamentos, no primeiro capítulo, objetivamos dissertar quanto as principais teorias que tratam da natureza jurídica do Tribunal de Contas, iniciando com a análise das competências constitucionais e funções exercidas pela entidade para então trazer reflexão sobre a forma de avaliação da matéria “cautelares nas cortes de contas” pela doutrina e jurisprudência.

No segundo, o objetivo será compreender os limites de aplicação das medidas cautelares a luz do Código de Processo Civil de 2015, em especial, quanto aos requisitos de observância necessários a aplicação das medidas cautelares, com a finalidade de verificar-se a observância destes requisitos pela corte de contas quando de sua aplicação.

Por fim, no terceiro e quarto capítulo, passaremos a análise dos principais argumentos contrários e favoráveis a determinar a juridicidade da aplicação das medidas cautelares pelo TCU, analisando-se o aspecto da juridicidade e se a teoria dos poderes implícitos continua como resposta ilimitada ao poder do TCU para tal examinaremos a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que autorizou a aplicação de medidas cautelares pelo titular do controle externo.

Após percorrer os capítulos mencionados, objetiva-se, à guisa de conclusão, apresentar uma síntese do estudo desenvolvido.

Quanto à metodologia, não obstante a mescla do Direito administrativo e Constitucional, utilizaremos da argumentação como ferramenta linguística presente neste trabalho, o destaque predominante será o dogmatismo instrumental, com amparo no tripé: doutrina, jurisprudência e lei. Isso porque, muitos dos marcos teóricos deste trabalho, utilizará do tecnicismo da doutrina jurídica.

Por fim, vale recordar-se que esta dissertação, por experiência acadêmica de conclusão de mestrado, não terá a pretensão de estabelecer uma resposta tida por “aquela mais adequada ou mais correta”. Sendo nosso principal objetivo é estimular reflexões sobre a amplitude de poderes da corte de contas e suas consequências no Direito Administrativo e reflexos no Direito Empresarial.

## 1 SOBRE A ORIGEM DAS COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Como um primeiro passo na compreensão deste trabalho, optamos por uma contextualização dos conceitos relativos a organização e constituição do Estado, visto que tais conceitos são essenciais para compreensão das as normas que disciplinam a atuação do Tribunal de Contas da União – TCU e, para assim buscarmos respostas ou, ao menos, tentativas de respostas, que nos apontem se no processo histórico legislativo há definições objetivas para os limites jurídicos impostos ao Tribunal de Contas da União na aplicação de medidas cautelares à particulares, razão pela qual, é necessário primeiramente passarmos a análise dos poderes estatais.

### 1.1 Do conceito de Poder Estatal

Entendemos que é importante compreender que o Estado, enquanto instituição juspolítica, concentra poder de uma determinada sociedade organizada e o expressa circunscrito aos limites de eficácia permitidos ou delimitados em sua ordem jurídica, com objetivos, em geral de prover a realização dos fins que lhe foram determinados pela comunidade que o gerou.<sup>4</sup>

A soma dos poderes outorgados por tal sociedade, porquanto instituidora do Estado, recebe a denominação de poder Estatal, o qual também é denominado de Poder Público.<sup>5</sup>

Quando ouvimos a expressão de que o Estado de Direito no Brasil é um Estado Democrático, de fato o que se ouve é que “todo poder emana do povo”, e, desta forma é pelo povo exercido, seja diretamente ou por meio de representantes eleitos democraticamente.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> MOREIRA NETO, Diogo de. Curso de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 17.

<sup>5</sup> MOREIRA NETO, Diogo de. Curso de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 18.

<sup>6</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. In: BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da

Portanto democracia, como forma de Estado e de Governo, é máxime expressão do princípio da soberania popular. Seu conteúdo determina que o poder do Estado se articule de forma que tanto sua organização como seu exercício derivem sempre da vontade do povo ou possam lhe ser atribuídos.<sup>7</sup>

Nessa linha, para um legítimo exercício da democracia, o Estado depende de poderes para manter-se em pleno funcionamento.

O jurista Fábio Ulhoa Coelho<sup>8</sup> afirma que: “a expressão poder é importante conceito para explicar fenômeno comum à Política e ao Direito: a possibilidade de o homem, individual ou coletivamente, converter vontade em ato”.<sup>9</sup>

Nesta senda, compreendido que é a questão do uso do poder que permite legitimar as ações do Estado. Partimos da visão clássica da tripartição de poderes, a qual refere-se, como poderes estatais orgânicos o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário.

A cada um destes Poderes é atribuída um “poder” distinto. Assim, a competência jurisdicional é atributo do Poder Judiciário, enquanto que o Poder Legislativo é titular da competência legislativa ou também chamada de legiferante, e, o Poder Executivo desempenha a chamada competência executiva ou administrativa.<sup>10</sup>

---

República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2019.

<sup>7</sup> NERY JUNIOR, Nelson. ABOUD, Georges. Direito constitucional brasileiro [livro eletrônico]: Curso Completo. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

<sup>8</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. Direito e poder [livro eletrônico]: ensaio de epistemologia jurídica. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

<sup>9</sup> Ainda segundo o autor: “A norma jurídica, apesar de condicionada por fatores que independem da vontade humana (as forças produtivas e a luta de classes) e apesar de aparentar, em razão de sua reificação, uma independência em relação a essa vontade, é, em parte, produto de opções tomadas por homens concretos. A contradição dialética entre a vontade humana e os seus limites é a realidade da norma jurídica.” In: COELHO, Fábio Ulhoa. Direito e poder [livro eletrônico]: ensaio de epistemologia jurídica. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

<sup>10</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo [livro eletrônico] 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/91049397/v13/document/157101002/anchor/a-157100953>>. Acesso em 09 jul. 2019.

De acordo com a doutrina, a separação de poderes seria alicerçada em três pressupostos.

O Primeiro destes, consiste na diferenciação de estruturas organizacionais estatais. Ou seja, existem diferentes conjuntos de órgãos e cada uma das estruturas organizacionais que são dotadas de uma margem de autonomia e ausência de subordinação à outra. Ou seja, haveria entre estes uma espécie de separação “estrutural” de poderes, tal expressão indica que os poderes do Estado são assim, atribuídos a organizações de bens e pessoas diversas, autônomas entre si.<sup>11</sup>

A segunda diferenciação ocorre entre funções estatais, e é relacionada a sua consistência material. A doutrina denomina o fenômeno de separação “funcional” de poderes, o que significa que os poderes do Estado são diferenciados segundo sua natureza, atributos ou efeitos<sup>12</sup>.

Por fim, o terceiro e último pressuposto, refere-se à atribuição organizacional (“Poder”) de um tipo diverso de função, ou seja, cada estrutura orgânica seria titular de competências diversas, portanto, cabe a cada uma delas o exercício de uma única função diferenciada e específica<sup>13</sup>.

Por fim, entendemos que a separação dos poderes e seus atributos, serão conceitos fundamentais para compreendermos o exercício do poder pelos órgãos de controle externo e para responder às problematizações de pesquisa suscitadas, razão pela qual, buscaremos a seguir estudá-los a seguir com maior profundidade.

## 1.2 O poder no controle externo

A existência de poderes separados é essencial para que possa haver mecanismos de controle entre eles. Nossa Administração Pública submete-se

---

<sup>11</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo [livro eletrônico] 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/91049397/v13/document/157101002/anchor/a-157100953>>. Acesso em 09 jul. 2019.

<sup>12</sup> Op. Cit.

<sup>13</sup> Op.Cit.

a vários tipos de controle, os quais classificam-se de acordo com o órgão que a exerce.

Assim, é comum haver controle administrativo, judicial e o legislativo. O primeiro destes é denominado de controle interno, sendo que os outros dois, são modalidades de controle externo, exercidos por um poder sobre o outro.<sup>14</sup>

A inserção constitucional do Tribunal de Contas<sup>15</sup> demonstra que, embora este desfrute de algumas prerrogativas que lhe permitam atuar com independência em relação ao próprio Legislativo, deve-lhe prestar auxílio na fiscalização das entidades executivas, significando, isto, que, no exercício de suas atribuições, exerce controle externo sobre outro Poder.

Por outras palavras, é a fiscalização contábil, financeira e orçamentária, modalidade de controle externo, a cargo do Congresso Nacional, nos expressos termos do art. 70 da Constituição.<sup>16</sup>

O poder legislativo executa seu controle político, quando analisa os aspectos relativos à legalidade, oportunidade e conveniência de decisões e atos administrativos, tal como ocorre na eventual sustação de atos normativos do Poder Executivo que extrapolem seu poder regulamentar, ou possibilidade de apuração de irregularidades pelas Comissões Parlamentares de Inquéritos.<sup>17</sup>

Já o exercício do controle financeiro se desenvolve por meio dos instrumentos legais de planejamento orçamentário da Administração Pública, como quando ocorre a limitação ao endividamento público e a fiscalização dos gastos do Governo, ou quando se fixa limites às despesas e estima-se as receitas.<sup>18</sup>

---

<sup>14</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O papel dos tribunais de contas no controle dos contratos administrativos. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 15, n. 82, p. 15-48, nov./dez. 2013. p. 01.

<sup>15</sup> Conforme art. 70 ao 75 da Constituição Federal. In: BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. <Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2019.

<sup>16</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O papel dos tribunais de contas no controle dos contratos administrativos. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 15, n. 82, p. 15-48, nov./dez. 2013. p. 02.

<sup>17</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 823.

<sup>18</sup> Op. Cit.

O que se percebe é que os sistemas de freios e contrapesos adotado na divisão dos Poderes, são uma espécie de consequência mais imediata do mecanismo de controle externo.

Comunga neste sentido a opinião de José Maurício Conti, o qual defende que: “os sistemas de controle constituem-se em importante mecanismo de limitação dos poderes do Estado, colaborando no sistema de freios e contrapesos e evitando que ocorra abuso de poder<sup>19</sup>”.

De fato, o que se observa é que apenas o controle interno, aquele realizado pelo mesmo agente responsável pelas ações, não se mostra como suficiente para a garantia de uma governança republicana. Razão pela qual, a presença de órgãos externos, que fazem as vezes de avaliar a gestão, podem propiciar certo equilíbrio necessário, bem como a segurança na gestão dos recursos públicos, resguardando assim o interesse coletivo.

### **1.3. O exercício do controle pelo Tribunais de Contas**

Permita-nos neste tópico, realizar uma pequena digressão histórica, para buscarmos assim esclarecer o posicionamento do controle exercido pelo Tribunal de Contas na estrutura de organização do Poder.

Para isso, rememoramos que no Brasil, o controle dos gastos públicos iniciou com a instituição do Império do Brasil<sup>20</sup>, logo após a aclamação de D. Pedro como imperador do Brasil em 1822, o país começava então a viver sua própria história, necessitando organizar-se de forma política e administrativa.

Ao mesmo tempo, o país já sentia a influência da aristocracia intelectual, formada em grande parte nas universidades europeias, com destaque para a Universidade de Coimbra, que traziam as novas teorias do mundo europeu, entre as quais o constitucionalismo, a democracia e o liberalismo econômico<sup>21</sup>,

---

<sup>19</sup> CONTI, José Maurício. A autonomia financeira do Poder Judiciário. São Paulo: MP. Ed., 2006. p. 109.

<sup>20</sup> SILVA, Artur Adolfo Cotias. O Tribunal de Contas da União na história do Brasil : evolução histórica, política e administrativa (1890 - 1998). Brasil. Tribunal de Contas da União. Prêmio Serzedello Corrêa 1998 : Monografias Vencedoras / Tribunal de Contas da União. — Brasília : TCU, Instituto Serzedello Corrêa, 1999. p.21.

<sup>21</sup> Op. Cit. p. 26.

tal influência, por meio da atividade parlamentar recém instituída, viria a transformar o processo de controle de gastos públicos no Brasil.

A Constituição Imperial de 1824, embora fosse uma constituição outorgada<sup>22</sup>, já expressava em seu artigo 170, as primeiras linhas do que viria a ser a estruturação do Tribunal de Contas, o fazendo nas seguintes palavras: “*A Receita e a Despesa da Fazenda Nacional será encarregada a um Tribunal, debaixo do nome de Thesouro Nacional (...)*”.

De igual modo, outra importante referência feita no texto constitucional também foi expressa no artigo 172, o qual estipulou:

*“O Ministro de Estado da Fazenda, havendo recebido dos outros Ministros os orçamentos relativos ás despesas das suas Repartições, apresentará na Camara dos Deputados annualmente, logo que esta estiver reunida, um Balanço geral da receita e despesa do Thesouro Nacional do anno antecedente, e igualmente o orçamento geral de todas as despesas publicas do anno futuro, e da importancia de todas as contribuições, e rendas publicas.”<sup>23</sup>*

Observamos que as primeiras tentativas de se implementar o controle da gestão pública no Brasil, ocorreram com a criação da entidade que viria a ser o responsável pela análise e julgamento das contas e contratações públicas.

No entanto, a efetiva implantação desta entidade pouco avançou, de modo que foi somente com o fim da monarquia, que novo projeto de autoria de Rui Barbosa<sup>24</sup>, à época Ministro da Fazenda do Governo Provisório, na tentativa de consolidar as diversas correntes de pensamento sobre entidades de controle semelhantes existentes na Itália, França, Bélgica, Estados Unidos, entre outros, que, baseando-se, principalmente, no antigo projeto de Alves Branco, adormecido desde 1845, se propôs o que viria a ser o Decreto nº 966-A, de 07 de novembro de 1890<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 29 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.7.

<sup>23</sup> BRASIL. Constituição Política do império do Brazil (de 25 de março de 1824). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>. Acesso em: 12 jul. 2019.

<sup>24</sup> SILVA, Artur Adolfo Cotias. O Tribunal de Contas da União na história do Brasil : evolução histórica, política e administrativa (1890 - 1998). Brasil. Tribunal de Contas da União. Prêmio Serzedello Corrêa 1998 : Monografias Vencedoras / Tribunal de Contas da União. — Brasília : TCU, Instituto Serzedello Corrêa, 1999. p.36.

<sup>25</sup> BRASIL. Decreto nº 966-A, de 7 de novembro de 1890. Crêa um Tribunal de Contas para o exame, revisão e julgamento dos actos concernentes á receita e despesa da Republica. Disponível em:

Logo no ano seguinte, especificamente na Primeira Constituição do período republicano, em 1891<sup>26</sup>, se iniciou a consolidação da importância constitucional do Tribunal de Contas.

É interessante observarmos ainda, que mesmo após o status constitucional de 1891, foi somente em 17 de janeiro de 1893 que ocorreu a inauguração da instituição, obtida graças ao empenho de Serzedello Corrêa<sup>27</sup>, quando exerceu o cargo de Ministro da Fazenda, no Governo de Floriano Peixoto.

Fato interessante ocorreu durante a sessão de inauguração, na oportunidade Serzedello, convidado a tomar a cadeira da presidência proferiu o célebre discurso no qual felicitava: “o país e a República pelo estabelecimento de uma instituição que será a garantia de boa administração e o maior embaraço que poderão encontrar os governos para a prática de abusos no que diz respeito a dinheiros públicos<sup>28</sup>.”

Após muitos governos e Constituições brasileiras, observamos um enorme aperfeiçoamento do Tribunal, o qual passou a possuir representações em todas as unidades da federação, em obediência ao art. 73 da CF/88, o qual definiu que a sede do TCU é localizada no Distrito Federal, e que o ente tem quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional.

O art. 7º do Regimento Interno do TCU<sup>29</sup> menciona que aquele Tribunal de Contas possui os seguintes órgãos: o Plenário, a Primeira e a Segunda Câmaras, o Presidente, as Comissões, de caráter permanente ou temporário,

---

<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-966-a-7-novembro-1890-553450-publicacaooriginal-71409-pe.html>>. Acesso em: 12 jul. 2019.

<sup>26</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 753

<sup>27</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. História do TCU. Disponível em: <[http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/institucional/conheca\\_tcu/historia](http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/institucional/conheca_tcu/historia)>. Acesso em: 12 jul. 2019.

<sup>28</sup> SILVA, Artur Adolfo Cotias. O Tribunal de Contas da União na história do Brasil : evolução histórica, política e administrativa (1890 - 1998). Brasil. Tribunal de Contas da União. Prêmio Serzedello Corrêa 1998 : Monografias Vencedoras / Tribunal de Contas da União. — Brasília : TCU, Instituto Serzedello Corrêa, 1999. p.36.

<sup>29</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Regimento Interno. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/normativos/regimentos-internos/>>. Acesso em: 12 jul. 2019.

e a Corregedoria. Cada uma das Câmaras é composta por 04 (quatro) Ministros e 02 (dois) auditores, também chamados de Ministros-Substitutos, sendo uma delas presidida pelo Vice-Presidente do TCU e a outra pelo Ministro decano do tribunal.

Em cada uma das Câmaras oficia um representante do Ministério Público de Contas. As competências do Plenário e das Câmaras estão definidas nos artigos 15 a 17 do RITCU.

O TCU é integrado por 09 (nove) Ministros, sendo 06 (seis) escolhidos pelo Congresso Nacional e os outros 03 (três) pelo Presidente da República.<sup>30</sup> Todos devem preencher os requisitos de idade entre 35 e 65 anos, idoneidade moral e reputação ilibada, notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública e mais de dez anos de atividade profissional que exija algum desses conhecimentos, conforme o art. 73 da CF/88.

Dos Ministros escolhidos pelo Presidente da República, apenas 01 (um) é de sua livre escolha. Os outros 02 (dois) nomes são escolhidos após a indicação do TCU em lista tríplice, composta por membros da carreira de auditor do Tribunal ou do Ministério Público de Contas, toda essa estrutura, serve ao exercício da função fiscalizatória do Poder Legislativo, embora não subordinado ao mesmo.

Ou seja, o atual status da função fiscalizatória exercido pelo poder legislativo, ocorre com o auxílio do Tribunal de Contas, sendo que este auxílio é extremamente importante para fins de se evitar uma eventual contaminação de caráter político, ou seja, presta o tribunal de contas essencial auxílio técnico para validar os atos praticados na fiscalização.

Importante ainda, destacar a autonomia e independência, que a Constituição deu ao TCU para atuação. Nesta senda, é o pensamento do Professor Marçal Justen Filho:

*“É irrelevante que a Constituição tenha mantido o Ministério Público como integrante do Poder Executivo e o Tribunal de Contas como*

---

<sup>30</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Regimento Interno. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/normativos/regimentos-internos/>>. Acesso em: 12 jul. 2019.

*órgão auxiliar do Poder Legislativo. Ambos são dotados de funções próprias, inconfundíveis e privativas. As atribuições do Ministério Público e do Tribunal de Contas não podem ser exercitadas senão por eles próprios. Mais ainda, ambas as instituições têm estrutura organizacional própria e autônoma, e seus exercentes são dotados de garantias destinadas a assegurar seu funcionamento independente e o controle sobre os outros poderes. Enfim, são estruturas organizacionais autônomas a que correspondem funções inconfundíveis. Tudo o que caracteriza a existência de um “poder” está presente na disciplina constitucional do Ministério Público e do Tribunal de Contas. Só não têm a denominação formal de Poder.”<sup>31</sup>*

O que se conclui é que apesar de historicamente ligado ao legislativo, a atual Constituição Federal não subordinou o TCU a nenhum órgão dos três Poderes, justamente por conta do perfil da história da instituição, do dever de fiscalizar com independência, o qual lhe impede tal enquadramento de subordinação. O que nos leva a outro questionamento importante, sobre se desta forma haveria uma jurisdição administrativa exercida pelo Tribunal de Contas, cujo tema tratamos no tópico a seguir.

#### **1.4. O sistema de jurisdição una e o controle da administração pública**

É importante recordarmos que há um monopólio do Poder Judiciário no Brasil. Tal monopólio é representado pelo brocardo “*una lex, una jurisdictio*”, e determina uma centralização da jurisdição, a qual não lhe pode ser retirada nem pela própria lei, uma vez que é outorgada por mandamento constitucional expresso (“a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”).<sup>32</sup>

Neste sentido, é possível afirmar que o nosso sistema é contrário do sistema de jurisdição da França, país em que prevalece o sistema duplo de jurisdição, havendo lá o contencioso administrativo ao lado do contencioso

---

<sup>31</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo [livro eletrônico] 5. ed. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/91049397/v13/document/157101002/anchor/a-157100953>>. Acesso em 09 jul. 2019.

<sup>32</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 830.

judiciário. O tema, nos faz refletir sobre questão doutrinária controversa, a qual diz respeito a uma existência ou não de jurisdição exercida pelo Tribunal de Contas. Neste sentido, José Cretela Júnior escreve que:

*“Terminologia ou nomenclatura dúbia, inadequada, para não dizer imprópria ou incorreta, eis o primeiro fator que influi sobre a posição dos que defendem a natureza (jurisdicional do Tribunal de Contas. Em primeiro lugar, o próprio termo "Tribunal" leva a pensar, num primeiro momento, que se trata de colegiado de segundo grau, mas, nesse caso, qual é a primeira instância ou primeiro grau de jurisdição a ele correspondente? Existiu, ou existe, no Brasil, algum colegiado judicante de primeiro grau? E, caso existisse, qual o segundo grau de jurisdição correspondente ao Tribunal de Contas, caso este fosse colegiado de inferior instância, com função jurisdicional?”<sup>33</sup>*

Ainda Segundo o autor<sup>34</sup>, até mesmo a constituição utilizou-se inadequadamente das expressões, julgar, julgamento, jurisdição para expressar sobre o Tribunal de Contas. Além de que, seus membros possuem mesmas prerrogativas dos Ministros do Tribunal Federal de Recursos, a exemplo da vitaliciedade, inamovibilidade e da irredutibilidade dos vencimentos.

A título de exemplo, do uso da citada expressão, citamos o art. 73, caput<sup>35</sup>, da Constituição, o qual estabelece que o TCU exerceria uma espécie de “jurisdição administrativa”.

Afirmando sua posição, José Cretela Júnior, afirma que função judicante é exclusiva do Poder judiciário, vejamos:

*“Somente quem confunde "administração" com "jurisdição" e "função administrativa" com "função jurisdicional" poderá sustentar que as decisões dos Tribunais de Contas do Brasil são de natureza judicante.*

---

<sup>33</sup> CRETELA JUNIOR, José. Natureza Jurídica das decisões do Tribunal de Contas. Revista de inf. Legisl. Brasília a.24. n. 94. Abr./jun. 1997. p. 184-185.

<sup>34</sup> Op. Cit. p. 185.

<sup>35</sup> “Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96”. In: BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. <Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2019.

*Na realidade, nem uma das muitas e relevantes atribuições da Corte de Contas entre nós é de natureza jurisdicional. A Corte de Contas não julga. não tem funções judicantes, não é órgão integrante do Poder Judiciário, pois todas as suas funções, sem exceção, são de natureza administrativa.<sup>36</sup>*

Portanto para o autor, seria inapropriado dizer que o TCU possui jurisdição, pois somente o Poder Judiciário possui competência para dizer o direito. Ainda segundo Cretela, as decisões dos Tribunais de Contas são decisões administrativas e o máximo que fazem é coisa julgada administrativa.

Em sentido contrário, na posição de quem defende o entendimento sobre a existência de jurisdição do TCU, temos a lição do professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, segundo o qual o texto constitucional não admitiria ambiguidades, além de que, em vários momentos a CF/88 admitiu exceções ao monopólio da jurisdição exercido pelo Poder Judiciário, transferindo tal competência a outros órgãos. Neste sentido:

*“A disposição do art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal tem por destinatário o legislador infraconstitucional, mas não veda que a própria Constituição, em dispositivo a ser coordenado, imponha o exercício da função jurisdicional a outro órgão, não integrante do Poder Judiciário, ou, mais contundentemente, estabeleça que um determinado tipo de questão não seja objeto de apreciação judicial.”<sup>37</sup>*

O referido autor afirma ainda que:

*“o exercício da função de julgar não é restrito ao poder judiciário. Os tribunais de contas possuem a competência constitucional de julgar contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos. Os termos julgamento, jurisdição e judicatura, utilizados na Constituição brasileira em relação aos tribunais de contas, não podem ter outro significado que não corresponda ao exercício da jurisdição, o qual só é efetivo se produzir coisa julgada.”<sup>38</sup>*

---

<sup>36</sup> CRETELA JUNIOR, José. Natureza Jurídica das decisões do Tribunal de Contas. Revista de inf. Legisl. Brasília a.24. n. 94. Abr./jun. 1897. p. 183.

<sup>37</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Tribunais de contas do Brasil: jurisdição e competência. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 129.

<sup>38</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Tribunais de contas do Brasil: jurisdição e competência. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p 226

Importa aqui esclarecer que a expressão coisa julgada, para o Direito Administrativo, não equivale ao mesmo léxico de utilização pelo Judiciário, posto que para aquele ramo do Direito (administrativo), significa somente que a decisão está irretroatável pela Administração<sup>39</sup>, razão pela qual é possível compreender a posição do professor Jacoby, de que haveria uma jurisdição do TCU, em razão da coisa julgada administrativa.

A coisa julgada administrativa encontra ainda respaldo na Jurisprudência do STF<sup>40</sup>, conforme se demonstrará com maior profundidade no capítulo três deste estudo, demonstrando que existiria um limite para a atuação do Judiciário na análise dos julgados efetuados pelos Tribunais de Contas. A possibilidade de revisar as decisões da corte de contas, apenas admite-se nos casos relacionados aos aspectos formais ou, havendo manifesta ilegalidade ou abusividade, sendo vedado a análise de mérito ou avaliação de conveniência e oportunidade.

Importa ainda esclarecermos que, em nossa modesta opinião, a jurisdição exercida pelo Poder Judiciário não se confunde com a errônea nomenclatura aplicada a denominada jurisdição do Tribunal de Contas. Além disso, a coisa julgada administrativa jamais pode impedir a manifestação ou anulabilidade de ato administrativos viciados, cabendo sempre ao judiciário a palavra final, respeitando-se assim a harmonia que deve haver entre os poderes.

Para compreender melhor a forma de atuação do Tribunal de Contas, é importante ainda, estudarmos sobre o dever de prestar-lhe contas, o que faremos no tópico a seguir.

---

<sup>39</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 820

<sup>40</sup> STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 663078/RS. Relator: Ministro ROBERTO BARROSO. DJ: 31/03/2017, 1ª Turma, Data de Publicação: 25/04/2017. Disponível em: < www.stf.jus.br> Acesso em 10 jul. de 2019.

### 1.5. O dever de prestar contas ao TCU

Junto com o direito de administrar bens e interesses alheios, se faz acompanhar o dever de prestar contas à sociedade<sup>41</sup>, conforme visto no tópico 1.3 acima, o Regime Democrático ocasionou o arranjo das atividades estatais em prol do bem estar social, tornando essencial a fiscalização da atividade financeira e patrimonial do Estado para fins de salvaguarda do interesse coletivo.

Assim, o dever de prestar contas previsto na Constituição Federal, incide sobre várias hipóteses relacionadas à esfera patrimonial, conforme destaques à redação o art. 70 do texto constitucional:

*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, assuma obrigações de natureza pecuniária.** (grifo nosso)*

Ainda, sobre o dever de prestar contas à sociedade, destacamos importante reflexão do jurista Helio Saul Mileski:

“Como o dever jurídico de prestar contas foi elevado à categoria de norma constitucional, com a finalidade de tornar juridicamente responsável todo aquele que utilizar, arrecadar, guardar, gerenciar ou administrar dinheiros, bens e valores públicos, este estabelecimento de obrigatoriedade de prestação de contas constitui-se em fator essencial do sistema de fiscalização, sem exclusão de qualquer pessoa ou agente público, com o objetivo de dar condições materiais para os órgãos de controle, exercerem a sua atribuição constitucional de avaliação sobre a regularidade das contas públicas.”<sup>42</sup>

<sup>41</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 115-116.

<sup>42</sup> MILESKI, Helio Saul. O controle da gestão pública. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 279.

A doutrina e artigos citados, permitem concluir que é a origem dos recursos que define a quem se deve ser prestadas contas. Assim, todos aqueles que exercem qualquer tipo de função pública ou privada e na qual sejam responsáveis pela utilização, arrecadação, guarda, gerenciamento ou administração de bens e valores públicos federais têm a obrigação de prestar contas da administração e gestão desse patrimônio ao TCU.

Destaca-se ainda, pelos mesmos excertos de texto citados, que o TCU tem o dever de realizar a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial de todos os órgãos e entidades da administração direta e indireta da União, e dos responsáveis por bens e valores públicos federais quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas.

A compreensão sobre o dever de prestar contas é de fundamental importância para a compreensão do tema deste trabalho, em especial para a reflexão sobre a possibilidade das decisões do TCU abarcarem patrimônio de particular conforme, o que será mais bem abordado nos capítulos três e quatro deste trabalho.

Ainda, sobre as competências constitucionais do TCU, destaca-se a possibilidade de efetivar sustação de ato administrativo quando impugnado, prevista no art. 71, inciso X<sup>43</sup>, da CF/88. Acerca dessa competência, Luís Roberto Barroso destaca, a importância de que esta seja exercida observado o devido processo legal:

*Mesmo a sustação, nos casos em que admitida, não pode prescindir da observância do devido processo legal, notadamente quando o ato em questão houver criado situação jurídica subjetiva em favor de terceiros. [...] o Tribunal de Contas não tem, em qualquer hipótese, competência para invalidar um ato administrativo. Poderá, se for o caso, sustá-lo, mas, havendo direitos subjetivos envolvidos, terá de observar o devido processo legal, que há de incluir, por evidente, a audiência do interessado para a defesa do ato ou de sua posição*

---

<sup>43</sup> Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...) X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal; In: BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. <Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2019.

*jurídica. O arbítrio não é legítimo, mesmo quando exercido sob o manto da moralidade.*<sup>44</sup>

Destarte, o que se conclui é que, caso o TCU, no exercício de suas funções, identificar alguma ilegalidade, este deverá assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, corrigindo, revogando ou anulando o ato impugnado com base no princípio da autotutela. Somente depois de não atendido é que o TCU sustará a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal.

A sustação realizada pelo Tribunal de Contas retira a eficácia do ato administrativo que ainda continua no mundo jurídico, sem, contudo, produzir nenhum efeito, e caso o ato sustado seja corrigido poderá voltar a produzir efeitos.

Uma diferença primordial entre a sustação e anulação é a possibilidade de correção do ato. Quando o ato é anulado, ele não mais pode ser corrigido, uma vez que foi extirpado do mundo jurídico. Já quando ocorre a sustação, uma vez que o ato ainda se encontra no mundo jurídico, ele pode vir a ser corrigido e voltar a gerar seus efeitos.<sup>45</sup>

Nesse aspecto, percebe-se a principal diferença da sustação em relação à anulação, uma vez que a anulação compete apenas ao órgão ou entidade que produziu o ato e ao Poder Judiciário, ocasionando a extinção do ato administrativo retroagindo seus efeitos ao momento de sua prática.

Importante competência a se destacar é a de sustação de contratos administrativos. Apesar dos levantamentos preliminares acerca de eventuais ilegalidades ou irregularidades detectadas nos contratos administrativos serem feitos por aquela Corte de Contas, a providência para sustar um contrato é exercida diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará ao Poder competente as medidas cabíveis.

---

<sup>44</sup> BARROSO, Luís Roberto. Temas de direito constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 237

<sup>45</sup> AGUIAR, Ubiratan Diniz de; ALBUQUERQUE, Marcio André Santos de; MEDEIROS, Paulo Henrique Ramos. *A administração pública sob a perspectiva do controle interno*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 238.

Em nenhuma hipótese tem o Tribunal competência para invalidar atos administrativos negociais, contratuais ou não, nem tampouco tem competência para sustar contrato celebrado pela Administração. Esta competência é do Poder Legislativo, titular do controle externo, ou do Judiciário, se provocado adequadamente.<sup>46</sup>

No mesmo sentido, José Afonso da Silva<sup>47</sup> menciona que, se o TCU, ao analisar o contrato administrativo, constatar ilegalidade ou irregularidade, deve representar ao Congresso Nacional, solicitando a sustação que, no caso, é ato de estrita competência deste último.

Portanto, de acordo com o entendimento de José Afonso, caberia ao Congresso solicitar, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis. Mas, se o Congresso ou o Poder Executivo no prazo de noventa dias, não efetivarem as medidas referidas acima, aí sim, poderia o Tribunal decidir a respeito (art. 71, §§ 1º e 2º).

Portanto, se o Congresso tiver tomado as providências a seu cargo e decidido não sustar os contratos, o TCU nada poderá fazer após decorrido o prazo de noventa dias, pois o Congresso Nacional exerceu a sua competência constitucional.

Somente se o Congresso Nacional ou o respectivo Poder tiverem se mantido inertes, não tomando as devidas providências é que, depois de decorrido o prazo de noventa dias, o TCU decidirá a respeito da sustação do contrato.

Diferentemente de quando ocorre a sustação de ato administrativo em que a comunicação da decisão é dirigida à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal separadamente, quando o TCU susta um contrato administrativo após a inércia do Congresso Nacional e do Poder competente, a comunicação da decisão é feita ao Congresso Nacional e à autoridade de nível ministerial competente, conforme estabelece o art. 251, §4º, do RITCU.

---

<sup>46</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 240

<sup>47</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.756.

Ganha especial destaque a compreensão sobre as competências do TCU, e os poderes de anulabilidade de atos administrativos, tema essencial para o esclarecimento que se deseja chegar nos capítulos que trataremos dos limites de competência da corte de contas.

Outro ponto de fundamental importância a elucidação da investigação proposta neste trabalho, é a compreensão sobre o trâmite processual na corte de contas, razão pela qual passamos a seguir a tecer algumas considerações colhidas sobre o tema.

### **1.6 Os processos de controle externo**

Para que os Tribunais de Contas possam desempenhar a sua função de controle externo, é necessário instrumentalizar as informações obtidas por ele, para se alcançar um resultado conclusivo.

Tal forma de instrumentalização se dá por meio de processo, no qual deve-se ter a observância das garantias constitucionais ao devido processo legal, sendo imprescindíveis para o exercício do direito de defesa pelos interessados perante os Tribunais de Contas.<sup>48</sup>

Neste caminho, os processos de controle externo dos Tribunais de Contas seriam uma espécie peculiar de processo, vez que “na ciência jurídica, quando se fala do gênero processo e suas espécies, vem à mente o processo judicial, o legislativo e o administrativo. Entretanto, uma quarta espécie há de ser considerada – o processo de contas”.<sup>49</sup>

A instrução e julgamento dos processos de controle externo no TCU é bem parecida com a que ocorre nos processos nos tribunais judiciais. Tal forma

---

<sup>48</sup> Súmula Vinculante nº 3: 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 beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão. In: STF. SÚMULA VINCULANTE Nº3. DJe nº 31 de 06/06/2007, p. 1. DJ de 06/06/2007, p. 1. DOU de 06/06/2007, p. 1. Data de Aprovação: Sessão Plenária de 30/05/2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=3.NUME.%20E%20S.FLSV.&b ase=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 27/10/2019.

<sup>49</sup> SARQUIS, Alexandre Manir Figueiredo; CESTARI, Renata Constante. *Direito processual de contas: manual de boas práticas processuais de contas*. Revista do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 55, p. 44-49, ago. 2013. Disponível em: <[http://www.tcm.rj.gov.br/Noticias/10777/Revista\\_TCMRJ\\_55.pdf](http://www.tcm.rj.gov.br/Noticias/10777/Revista_TCMRJ_55.pdf)>. Acesso em: 11 set. 2019.

de instrução possui regramento próprio, disposta em seu Regimento Interno e na LOTCU, sendo ainda utilizada de forma subsidiária as leis de processo administrativo federal e, também o Código de Processo Civil.

A instrução dos processos de controle externo se inicia pelo quadro técnico de pessoal do TCU, seguida de parecer do Ministério Público de Contas. Porém, quem preside a instrução e o julgamento do processo é o relator, que pode ser um Ministro ou um auditor, designado mediante sorteio.

O auditor, também chamado de Ministro-Substituto, pode presidir a instrução dos processos a ele distribuídos relatando-os, mas só terá direito a voto quando efetivamente estiverem substituindo algum Ministro, nos termos do art. 128 do RITCU<sup>50</sup>.

Dentre os processos que tramitam no TCU, existe o de Tomada de Contas Especial, tal processo é uma modalidade específica de de controle externo, bastante utilizado pelo TCU para identificar responsáveis por danos causados ao Erário e, se for o caso, determinar o ressarcimento do prejuízo apurado e aplicar multa, tendo suas decisões a natureza jurídica de título executivo extrajudicial.

Para a maioria dos autores, os processos que tramitam perante os Tribunais de Contas têm natureza administrativa e são decididos por heterocomposição, obedecem, portanto a cláusula do devido processo legal.<sup>51</sup>

Nessa mesma direção de pensamento, cita-se o entendimento de José dos Santos Carvalho Filho<sup>52</sup>, o qual nos explica que os processos de controle externo tramitam nos Tribunais de Contas são processos administrativos

---

<sup>50</sup> Art. 128. Qualquer ministro ou ministro-substituto convocado poderá apresentar por escrito, no prazo de quarenta e oito horas, a sua declaração de voto, que será anexada ao processo, desde que faça comunicação nesse sentido, logo após a proclamação do resultado. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Regimento Interno. Disponível em: < <https://portal.tcu.gov.br/normativos/regimentos-internos/>>. Acesso em: 12 jul. 2019.

<sup>51</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 80.

<sup>52</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 25. ed. São Paulo: Altas, 2012, p. 963-964.

classificados de acordo com o seu objeto, pois visam proporcionar um ato administrativo final que espelhe o resultado desse controle.

Destacamos, o pensamento de Odete Medauar<sup>53</sup>, no qual nos esclarece que o estudo das peculiaridades relacionadas ao processo administrativo compete ao Direito Administrativo, pois essa atividade faz parte do exercício da função administrativa.

Conforme veremos no capítulo três, o processo de Tomada de Contas Especial, é a forma mais usual de processo no qual há a incidência de medidas cautelares disposta contra particulares contratantes com o Estado. Razão pela qual, a compreensão da natureza jurídica das decisões do tribunal e, também a exequibilidade de suas decisões com status de título executivo extrajudicial, contribuem para as dúvidas que são lançadas no presente trabalho.

Assim, estando finalizada a explanação sobre as principais características do TCU, passaremos a uma breve digressão ao Estudo das cautelares no capítulo seguinte.

---

<sup>53</sup> MEDAUAR, Odete. A processualidade no direito administrativo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 27.

## 2 BREVE ESTUDO DAS MEDIDAS CAUTELARES

Prefacialmente, esclarecemos que o estudo das Cautelares no presente trabalho se mostrou como necessário para a compreensão de sua utilização e utilidade perante os Tribunais de Contas. As características que destacamos neste capítulo são aquelas que julgamos serem as principais para as guias de conclusão que imaginamos chegar relacionado ao tema do trabalho.

### 2.1 O Perigo de dano sobre a mora no processo

A mora processual não é privilégio exclusivo da atividade judiciária, sendo que também ocorre na tramitação de processos administrativos e nos processos de controle externo.

A ferramenta processual adotada para evitar-se eventuais prejuízos ou ainda decisões inúteis, nestes casos, segue a mesma receita que se aplica na jurisdição processual civil, qual seja, a necessidade da aplicação de medidas cautelares. Pois, como dizia Ruy Barbosa, *“justiça atrasada não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta”*<sup>54</sup>, fato é que a lentidão na tramitação processual, demonstram não apenas um desprestígio as formas consensuais de resolução de litígios, como também acabam valorizando a aplicação de técnicas antecipatórias nos mais variados processos.

Também como ocorre no processo judicial comum, no âmbito dos Tribunais de Contas as decisões que possuem caráter provisório, precisam ao final ser confirmadas por uma decisão definitiva, tais antecipações são comumente chamadas de “medidas cautelares”.

Tal nomenclatura é inspirada no Código de Processo Civil brasileiro, (Lei Federal nº13.105), publicado em 16/03/2015 e com vigência iniciada um ano

---

<sup>54</sup> Barbosa, Rui. Oração aos moços/Rui Barbosa; edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. – 5. ed. – Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997. p.40. Disponível em: <[http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/ruibarbosa/FCRB\\_RuiBarbosa\\_Oracao\\_aos\\_mocos.pdf](http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/ruibarbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf)>. Acesso em: 11 jun. 2019.

após sua promulgação. Neste diploma a tutela provisória está prevista em seu Livro V, a partir do artigo 294.<sup>55</sup>

Assim, para que possamos melhor compreender a aplicabilidade das cautelares no processo de controle externo, acreditamos que seja necessário, ainda que de forma breve, explicitar as principais linhas de pensamento que permitiram a evolução das medidas cautelares, razão pela qual, passaremos a discorrer, sem qualquer pretensão de esgotamento do tema, sobre a sua evolução na processualística civil.

## 2.2 As Cautelares no processo Civil – Conceitos

Os provimentos provisórios, costumam ser classificados como medidas fundadas em cognição sumária, deste modo, estes contrapõem-se então à outra espécie de provimento: o definitivo, este último é baseado comumente em um processo de conhecimento. Dentro da Processualista civil, é intrínseca a relação entre os termos “provisório” e “sumário”.<sup>56</sup>

Os primeiros estudos sobre cautelares no Brasil, são inspirados na doutrina italiana cujo principal expoente foi o Jurista Piero Calamandrei, o doutrinador inspirado nas mesmas concepções desenvolvidas no continente europeu, importou boa parte dos conceitos sem muito temperamento, o que acabou por ocasionar a repetição de alguns equívocos.<sup>57</sup>

Por exemplo, no estudo da tutela cautelar, a doutrina italiana trouxe por equivalentes a cognição sumária e da tutela antecipatória à teoria da tutela cautelar, o que representou segundo Mitidiero: *“imprecisão teórica com raízes profundas na historiografia conceitual do processo civil e da qual grande parte da processualística contemporânea ainda não conseguiu se desvencilhar.”*<sup>58</sup>

---

<sup>55</sup> BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em 11. Jun. 2019.

<sup>56</sup> SCAPIN, Romano. A Expedição de Provimentos provisórios pelos Tribunais de Contas. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 119.

<sup>57</sup> op.cit. p. 120.

<sup>58</sup> MITIDIERO, Daniel. Antecipação da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. p. 19.

As ideias de Calamandrei influenciaram fortemente os estudos processualistas no Brasil, inclusive no aspecto da criação legislativa, em várias das concepções que marcaram a elaboração do Código de Processo Civil de 1973, não obstante tal código ter, no que tange as cautelares, buscado inspiração nas ideias do Italiano Francesco Carnelutti<sup>59</sup>.

Para Carnelutti, a cautelaridade não deveria ser compreendida, do ponto de vista conceitual, como um provimento e sim como um processo, devendo este ser classificado em três espécies distintas: os inibitórios, o restitutivo e o antecipatório<sup>60</sup>.

Assim, durante muito tempo a doutrina clássica classificou toda tutela prestada de forma sumária como sendo uma espécie de “*tutela cautelar*”, tal confusão conceitual, de acordo com o professor Daniel Mitidiero<sup>61</sup>, levou a um enraizamento destas concepções na cultura processual brasileira, de modo que, ainda de acordo como o autor, é comum, inclusive nos dias atuais, confundir-se o conceito até no âmbito das Cortes Superiores.

Ainda, segundo Luiz Guilherme Marinoni<sup>62</sup>, a doutrina clássica entendia que a tutela cautelar não seria um direito da parte, mas sim um direito do Estado, imprescindível para que a própria jurisdição garanta à seriedade e a utilidade de sua função. No entanto, o autor afirma discordar da assertiva visto que na concepção da obra, revelam que a tutela cautelar é direito da parte, e que está correlacionada com o próprio direito à tutela o do direito. É, em razão desse direito, que a jurisdição tem o dever de dar tutela cautelar a parte o que tem seu direito à tutela do direito submetido há perigo de dano.

---

<sup>59</sup> SCAPIN, Romano. A Expedição de Provimentos provisórios pelos Tribunais de Contas. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 121.

<sup>60</sup> Op.cit. p. 122.

<sup>61</sup> MITIDIERO, Daniel. Antecipação da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. p.18.

<sup>62</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de processo civil, volume 4: processo cautelar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 2008 . p. 22.

Escreve ainda em mesmo sentido, o professor Alexandre Freitas Câmara<sup>63</sup> quando relaciona a medida cautelar como forma de prestação jurisdicional apta a assegurar a efetividade de um futuro processo, sendo, portanto, meio de se realizar o direito substancial afirmado pelo demandante.

Assim, é possível compreender o conceito de tutela cautelar como sendo forma de proteção jurisdicional não satisfativa e mediata, visto que, garantirá o direito invocado, para satisfazê-lo em momento posterior.

Em tal conceito pode-se afirmar que Câmara, se filia ao entendimento da doutrina clássica, visto que para o autor “o processo cautelar é instrumento do instrumento, e se apresenta como instrumento de realização de outro processo, sendo este, por seu turno, instrumento de atuação do direito substancial”.<sup>64</sup>

Na visão de Humberto Theodoro Júnior<sup>65</sup>, o conceito de cautelares está ligado a uma espécie de “providência a ser tomada pelo órgão judicial para eliminar uma situação de perigo para direito ou interesse de um litigante”, serve para conservar o estado de fato ou de direito que envolve as partes, pelo tempo necessário ao transcurso do processo principal.

Famoso por contrapor-se a teoria clássica, o jurista Ovídio A. Baptista da Silva, expressava que toda atividade jurisdicional tem como função assegurar os direitos e interesses das partes. Segundo o autor: “a tutela cautelar é uma forma particular de proteção jurisdicional predisposta a assegurar, preventivamente, a efetiva realização dos direitos subjetivos ou de outras formas de interesses reconhecidos pela ordem jurídica como legítimos”.<sup>66</sup>

---

<sup>63</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. São Paulo: Atlas, 3.v, 2013. p. 21

<sup>64</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. São Paulo: Atlas, 3.v, 2013. p. 10.

<sup>65</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 503

<sup>66</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Teoria Geral do Processo Civil. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 307.

Em outras palavras, o autor entende que, da mesma forma que a teoria clássica, a tutela cautelar é uma espécie de proteção jurisdicional não satisfativa, e sim preventiva.

O que diferencia o entendimento trazido acima por Ovídio Batista, é que, enquanto a doutrina clássica entende que a tutela cautelar tem por objetivo garantir maior eficiência no processo de conhecimento ou de execução, para o autor a tutela cautelar objetiva assegurar a efetiva realização do próprio direito.

O código de 1973 também foi alvo das críticas de Ovídio Baptista da Silva<sup>67</sup>, o autor defendeu a alteração do critério utilizado para o estudo da tutela cautelar: passando do aspecto estrutural para o funcional.

O estudo das cautelares a partir da função, possibilitaram a grande parte da doutrina uma melhor compreensão do tema, sistematizando-o. Neste período passou-se a perceber através dos estudos de Ovídio Baptista, que nem toda tutela provisória e sumária deveria ser classificada como tutela cautelar, havendo também uma outra espécie de tutela, denominada de tutela antecipada.

A sistematização proposta por Ovídio, denominou a tutela provisória e sumária como gênero da “tutela de urgência”, que se dividiu em duas espécies distintas: a tutela cautelar e a tutela satisfativa antecipada. Sobre tais aspectos evolutivos, Marinoni escreve que:

Ovídio Baptista da Silva conseguiu demonstrar a superioridade desta teoria, ao evidenciar que a tutela marcada pela característica da “provisoriidade” – qualidade que advém da sumariedade da cognição e significa a contradição da “definitividade” da tutela prestada ao final do processo – nem sempre é uma tutela cautelar. O que define a cautelaridade não é a provisoriedade ou a circunstância de a tutela ser concedida no curso do processo de conhecimento, mas sim a sua função diante do direito material. A tutela que satisfaz o direito material, ainda que no curso do processo – tutela antecipatória –, não

---

<sup>67</sup> As primeiras críticas de Ovídio Batista da Silva foram escritas no livro: *As ações cautelares e o novo processo civil*, em 1973. Op. Cit. SCAPIN, Romano. *A Expedição de Provimentos provisórios pelos Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 125.

pode ser confundida com a tutela cautelar, pois esta última não tem o escopo de realizar ou satisfazer o direito, mas apenas o de assegurá-lo.<sup>68</sup>

Vemos até aqui que a função da tutela cautelar possui várias conotações que possibilitam, inclusive diferenciá-la de outras medidas anteriores ao provimento judicial final que têm o caráter de satisfação do direito invocado.

Ainda nas palavras do processualista *"a tutela cautelar, portanto, protege o direito e não o processo, como muitos entendem"*<sup>69</sup>, e, para justificar a compreensão da tutela cautelar como instrumental a um direito, o autor aponta que *"a tutela cautelar é uma forma de proteção jurisdicional que, em virtude da situação de urgência, determinada por circunstâncias especiais, deve tutelar a simples aparência do direito posto em estado de risco de dano iminente"*.<sup>70</sup>

O que se pode depreender da análise evolutiva do estudo do processo civil, foi que a doutrina classificava todos os provimentos provisórios apenas como cautelares, sendo que a inovação foi classificá-los de acordo com a urgência, abrindo-se assim um novo tipo de tutela cautelar: a satisfativa antecipada.

Outra significativa contribuição ao tema foi revelada pelo processualista Marinoni, ao acrescentar que os provimentos provisórios não se restringem aos casos de tutela de urgência, uma vez que devem ser compreendidos como expressão do direito fundamental à tutela adequada e efetiva. De acordo com o autor, a técnica antecipatória viabilizadora da utilização de provimentos provisórios no processo não teria como objetivo apenas resolver o problema causado pelo perigo da demora no provimento jurisdicional, e sim teria uma função de distribuir de forma isonômica o ônus do tempo no processo. Essa distribuição poderia ocorrer tanto em face da alegação de urgência (perigo de

---

<sup>68</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de processo civil, volume 4: processo cautelar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008. p.20.

<sup>69</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência). 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000. vol. 3, p. 49.

<sup>70</sup> Idem, ibidem.

ilícito ou perigo de dano) como em face da necessidade de outorgar o devido valor à evidência do direito posto em juízo (tutela de evidência).<sup>71</sup>

Sobre a democratização do processo e seu resultado para a efetiva tutela de direitos, Marinoni assevera que<sup>72</sup>:

De qualquer forma, é indiscutível que a expansão da cautelar inominada significou um fenômeno de democratização do processo e de efetiva tutelabilidade jurisdicional dos direitos. Se o direito material é dependente, em nível de efetividade, do direito processual, uma sociedade plural e democrática obviamente não pode conviver com o mito da uniformidade procedimental e, desta maneira, com um processo civil indiferente às diversas posições sociais e situações de direito material.

De acordo com Daniel Amorim<sup>73</sup>, tornou-se tradicional na doutrina jurídica brasileira a distinção da tutela cautelar e da tutela antecipada como fundamento na explicação de que a primeira assegura o resultado útil do processo, enquanto a segunda satisfaz faticamente o direito da parte.

A lição que ficou marcada no CPC de 1973, é de que a tutela cautelar garante para satisfazer e a tutela antecipada satisfaz para garantir<sup>74</sup>, tal evolução possibilitou que o requisito de urgência (*periculum in mora*) pudesse ser dispensado em determinados casos para utilização da técnica antecipatória, posto que a tutela de evidência também passou a autorizar o uso dos provimentos provisórios.

---

<sup>71</sup> MITIDIÉRO, Daniel. Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.51.

<sup>72</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de processo civil, volume 4: processo cautelar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008. p.22.

<sup>73</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p.1338.

<sup>74</sup> Pontes de Miranda, Comentários, v. 12, p. 14-15. Op.cit: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p.1338.

É justamente para garantir a conservação de um estado de fato, ou de direito perante o tempo necessário para o a conclusão do processo de conhecimento ou executivo e que passa a ter cabimento a função cautelar.<sup>75</sup>

Ou seja, a medida cautelar não tem por objetivo satisfazer a pretensão da lide, servindo como forma de *“prevenção contra o risco de dano imediato que afeta o interesse litigioso da parte e que compromete a eventual eficácia da tutela definitiva a ser alcançada no processo de mérito”*.<sup>76</sup>

Importante notarmos ainda que no que concerne às tutelas provisórias, o Novo Código de Processo Civil Brasileiro<sup>77</sup>, não repetiu a mesma estrutura do Código de Processo Civil de 1973, posto que inovou ao conferir tratamento unificador às tutelas provisórias, prevendo-as na Parte Geral, no Livro V, que contém o Título I – Disposições Gerais (arts. 294 a 299), o Título II – Da tutela de Urgência (arts. 300 a 310) e o Título III – Da Tutela de Evidência (art. 311). Percebe-se, portanto, que a tutela provisória é concebida como gênero que se ramificou-se nas espécies das tutelas de urgência e de evidência.

Outra inovação foi a enumeração, a título exemplificativo e a consubstanciação dos procedimentos cautelares específicos elencados no então CPC/73<sup>78</sup> (arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem) no art. 301, o qual teve acréscimo da expressão “qualquer outra medida idônea para a asseguaração do direito”, que, de algum modo, reproduz o art. 799, CPC/73 quando dispunha *“(...) poderá o juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução”*.

Igualmente, pode-se inferir a existência de procedimentos cautelares específicos elencados na Parte Especial do NCPC, destacando-se a produção

---

<sup>75</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 504.

<sup>76</sup> Idem, ibidem.

<sup>77</sup> BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em 11. Jun. 2019.

<sup>78</sup> BRASIL. Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5869impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm)>. Acesso em 11. Jun. 2019.

antecipada de prova (arts. 381 a 383), a exibição de documento ou coisa (arts. 396 a 404), a homologação do penhor legal (arts. 703 a 706), bem como as notificações, interpelações e protestos que integram os procedimentos de jurisdição voluntária (arts. 726 a 729), sem esquecermos de que outras providências cautelares estão disciplinadas ao longo do diploma processual.

Com relação a tutela provisória de urgência, é importante destacar uma subdivisão que há entre tutela cautelar e a tutela antecipada, as quais podem ser requeridas em caráter antecedente ou incidental (art. 294, par. único).

A função da tutela de urgência é neutralizar os possíveis obstáculos que ensejariam perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, causados pela própria duração regular do devido processo judicial.

O processo de conhecimento clássico, cujo modelo foi reproduzido pelo texto original do CPC/73, preocupou-se demasiadamente com a tutela dos direitos patrimoniais, manifestando forte tendência à ordinarização e exigindo que a intervenção do Estado na esfera de direitos do réu se desse somente após a coisa julgada, quando se tivesse certeza jurídica, de modo que é possível afirmar que ignorou a tutela dos bens não patrimoniais e as tutelas preventivas.

Em sede constitucional, pela disposição insculpida no art. 5º, inc. XXXV, da CF<sup>79</sup>, está contemplada a garantia de acesso à ordem jurídica justa, assegurando-se o direito à prestação jurisdicional adequada, célere e efetiva.

Essa perspectiva foi corroborada pela Emenda Constitucional 45/2004, ao prever como garantia fundamental a razoável duração do processo (art. 5º, inc. LXXVIII, CF), tal garantia foi reproduzida no NCPC, seja pela determinação de que o processo civil deve-se ser ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais da República (NCPC, art. 1º), como também pelo direito a uma solução integral do mérito em tempo razoável (NCPC, art. 4º).

---

<sup>79</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 11. Jun. 2019.

Outra mudança substancial do novo Código, diz respeito a expressão “tutela provisória”, como visto podemos observar da redação do código, ela é rotineiramente utilizada para identificar as situações em que devem ser utilizados provimentos provisórios justamente em decorrência da técnica antecipatória.

Conforme sistematização proposta pelo legislador no art. 294, a tutela provisória resultante da técnica antecipatória pode fundamentar-se em urgência ou evidência. A tutela de urgência se divide em duas espécies: cautelar e antecipada/satisfativa. Assim, denominam-se provimentos provisórios todas as decisões processuais sumárias fundadas na técnica antecipatória, que atendam às tutelas de urgência e da evidência, de modo que é possível perceber uma adaptação do novo código a evolução dos estudos dos processualistas brasileiros quanto ao tema<sup>80</sup>.

Deste modo, após a conceituação da tutela e dos provimentos no processo civil, passamos a verificar a possibilidade ou não de sua aplicação nos processos dos tribunais de contas.

Ainda na ótica do Direito Processual Civil, é necessário tratarmos, mesmo que brevemente, sobre os requisitos para a concessão das medidas cautelares. O que faremos no tópico a seguir.

## **2.3 Requisitos das medidas cautelares**

### **2.3.1 *Fumus boni iuris***

A fumaça do bom direito, também conhecida pelo brocardo latino *fumus boni iuris*, constitui requisito indispensável à concessão da medida cautelar, e pode ser definido como a probabilidade ou verossimilhança da tutela do direito material. Portanto, para a aceitação do pedido de tutela acautelatória, não poderá haver menos que possibilidade ou “verossimilhança”, ou seja, para a

---

<sup>80</sup> SCAPIN, Romano. A Expedição de Provimentos provisórios pelos Tribunais de Contas. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 131.

parte obter a tutela cautelar, deve a parte requerente comprovar ao magistrado que, muito provavelmente, a tutela do direito deve lhe ser outorgada.<sup>81</sup>

Ademais, a admissão de um juízo de convicção com base em mera probabilidade, ou seja, em uma cognição não exauriente, fundamenta-se no segundo requisito para a tutela de segurança, que é chamado de perigo de dano. Isso porque, um aprofundamento do contraditório e da cognição no tempo do processo poderia tornar a tutela cautelar um instrumento absolutamente inútil, incompatível com as exigências impostas pela tutela cautelar.<sup>82</sup>

Georges Abboud, ao tratar de como a doutrina entendia a necessidade de prova incontroversa no antigo CPC e tecer comentários ao novo texto à época ainda em proposição, afirmou que:

(...) parece não haver mais sustentação para a doutrina que entendia que a incontrovérsia dos fatos era um exemplo de direito evidente. Agora, consoante firmado pelo projeto aprovado na Câmara, a tutela de evidência é aquela prevista nos casos do seu art. 306. Nesse dispositivo, consta que a tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo na demora, quando ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu e também quando as alegações de fato puderem ser provadas apenas documentalmente e houver tese firmada sobre a matéria em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.<sup>83</sup>

Ou seja, a fumaça do bom direito permanece, no atual código, como requisito para a concessão de medida cautelar, sendo que o conceito desta,

---

<sup>81</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de processo civil, volume 4: processo cautelar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008. p.29.

<sup>82</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Teoria Geral do Processo Civil. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 315.

<sup>83</sup> ABBOUD, Georges; NERY JUNIOR, Nelson. *Doutrina, Processos e Procedimentos - Direito processual civil novo CPC*. Ed. Em e-book baseada na 1. Ed. Impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. indeterminada. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/103664202/v25/document/108155662/anchor/a-107942717>>. Acesso em 28/10/2019.

embora varie pouco entre as doutrinas, leva-nos crer em suma, que o que deve ser demonstrado pelo requerente e o encaixe do caso ao direito em petição.

Outro requisito, essencial para demonstrar a necessidade de concessão de medidas cautelares é o perigo da demora. Vamos a ele.

### **2.3.2 Periculum in mora**

De acordo com Alexandre Freitas Câmara, a corrente doutrinária clássica, expõe o perigo da demora, ou *periculum in mora*, como um requisito essencial à concessão da medida cautelar, sendo eu deve estar presente quando “houver fundado receio de que a efetividade de um processo venha a sofrer dano irreparável, ou de difícil reparação, em razão do tempo necessário para que possa ser entregue a tutela jurisdicional nele buscada”.<sup>84</sup>

Em uma linha doutrinária divergente, há entendimento de que tal requisito impõe a necessidade de comprovação da existência de um estado perigoso, ou que fosse capaz de ameaçar o direito material da parte, ou seja, de tornar ineficaz a tutela do direito, “seja por ato voluntário da outra parte, seja em decorrência até mesmo de ato de terceiro ou de algum fato natural”.<sup>85</sup>

Ainda, segundo Ovídio A. Baptista da Silva, na narrativa de perigo de dano iminente ou de difícil reparação é importante destacar tanto os casos de risco de se causar um dano realmente irreparável, como também demonstrar-se as hipóteses em que a situação de perigo possa vir a provocar um dano de difícil reparação.<sup>86</sup>

Luiz Guilherme Marinoni<sup>87</sup> observa que “o perigo de dano deve ser fundado em elementos objetivos, capazes de serem expostos de forma

---

<sup>84</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. São Paulo: Atlas, 3.v, 2013. p. 43

<sup>85</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Teoria Geral do Processo Civil. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 309.

<sup>86</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Teoria Geral do Processo Civil. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 311.

<sup>87</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de processo civil, volume 4: processo cautelar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008. p.28.

racional, e não em meras conjecturas de ordem subjetiva”. Ilustra, ainda, que “para a outorga da providência de urgência bastará que a parte demonstre a probabilidade da ocorrência do dano afirmado, não sendo necessário que demonstre, em cognição exauriente, essa ocorrência”.<sup>88</sup>

Após tratarmos, ainda que de forma sintética, sobre os requisitos para concessão das cautelares, entendemos como essencial a compreensão de como as cautelares são concedidas nos Tribunais de contas, tema que será tratado no tópico seguinte.

## 2.4 Os provimentos provisórios no Tribunal de Contas

Há ainda pouca produção doutrinária sobre os provimentos provisórios nas cortes de contas. O que se observa, é que a produção acadêmica do tema, tem optado por dois tipos de abordagem, que variam entre a legislativa e a jurisprudencial.

Na primeira, afirma-se a possibilidade da utilização das cautelares, em razão do disposto na Lei Orgânica do TCU<sup>89</sup>, que de forma explícita em seu artigo 44, prevê que:

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. (grifo nosso)

E, do mesmo modo no art. 273 do Regimento Interno da Corte<sup>90</sup>, também há a seguinte previsão:

---

<sup>88</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de processo civil, volume 4: processo cautelar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008. p.28.

<sup>89</sup> BRASIL. Lei nº 8.443 de 16 de julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8443.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8443.htm)>. Acesso em 13. Jun. 2019.

<sup>90</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Resolução TCU nº 246 de 30 de novembro de 2011. Altera o Regimento Interno do Tribunal de Contas da União aprovado pela Resolução TCU nº 155 de 4 de dezembro de 2002. Disponível em: < <https://portal.tcu.gov.br/normativos/regimentos-internos/>> Acesso em 13. Jun. 2019.

No início ou no curso de qualquer apuração, o Plenário, de ofício, por sugestão de unidade técnica ou de equipe de fiscalização ou a requerimento do Ministério Público, determinará, cautelarmente, nos termos do art. 44 da Lei nº 8.443, de 1992, 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.

Sobre o objeto deste trabalho, a previsão que ampara a possibilidade de decretação de indisponibilidade de bens, está no mesmo art. 44, em seu parágrafo 2º, onde ficou expresso que:

§ 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.(grifo nosso)

E, também no Regimento Interno, a previsão do art. 274, trouxe a possibilidade de decretação de indisponibilidade de bens:

Art. 274. Nas mesmas circunstâncias do artigo anterior, poderá o Plenário, sem prejuízo das medidas previstas nos arts. 270 e 275, 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, nos termos do § 2º do art. 44 da Lei nº 8.443, de 1992.

A primeira observação que podemos lançar, especialmente sobre esse tipo de abordagem legislativa, é que a utilização da interpretação gramatical não nos traz clareza suficiente para afirmarmos se a aplicação da cautelar de indisponibilidade de bens atinge inclusive os particulares contratantes com a administração pública. A redação parece-nos apontar aos danos causados por agente público, razão pela qual a primeira interpretação seria de que tal cautelar é direcionada apenas aos agentes públicos.

A segunda observação, é de que não nos parece totalmente correto, embora seja a opção encontrada em grande parte dos artigos produzidos no tema, a utilização da nomenclatura cautelar, para classificar a sustação de um ato, procedimento ou contratos impugnados pelo controle externo.

Considerando-se as distinções doutrinárias entre tutela cautelar e satisfativa apresentadas, o ato administrativo praticado pelo tribunal de sustação de ato ilegal, representando a satisfação de direito coletivo tutelado pelo processo de contas, não se encaixaria como uma espécie de cautelar<sup>91</sup>.

Outro ponto comum a essa abordagem, é que grande parte dos autores consultados conferem ao julgamento realizado no MS nº 24.510/DF<sup>92</sup>, pelo plenário da corte, a configuração de *leading case* afirmativo da competência implícita da corte de contas. Considerando a importância deste julgado paradigma, faremos no capítulo a seguir (tópico 3) uma breve exposição deste e de outras ações na qual se discutiu ou ainda se discute a competência do TCU para a edição de cautelares, em especial a se a cautelar em espécie denominada de indisponibilidade de bens abarcaria também os contratantes com o Estado.

### **3 DOS PEDIDOS DE ANULAÇÃO DA CONCESSÃO DE CAUTELARES NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – ESTUDO DE CASOS**

Conforme explanamos na conclusão do capítulo anterior, após analisarmos a estrutura organizacional do Tribunal de Contas da União, sua localização na estrutura do poder, bem como, de forma breve relembremos importantes conceitos das medidas cautelares, este ponto do trabalho têm por objetivo realizar uma análise de casos submetidos a Suprema Corte brasileira,

---

<sup>91</sup> SCAPIN, Romano. A Expedição de Provisórios pelos Tribunais de Contas. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 132.

<sup>92</sup> STF. MANDADO DE SEGURANÇA: MS 24.510/DF. Relatora: Ministra Ellen Gracie. DJ: 04/08/2004, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 27/08/2004. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2115148>> Acesso em 09 jul. de 2019.

em que se pediu a anulação da aplicação de medidas cautelares. O objetivo desta análise é verificar como o STF tem decidido sobre a possibilidade de concessão de cautelares pelo TCU, e, se tais medidas podem ser impostas aos particulares, da mesma forma como vem sendo impostas aos agentes públicos. Vamos aos casos.

### **3.1 O “Hard Case” MS nº 24.510/DF<sup>93</sup>**

O manejo do remédio constitucional desta ação tinha por objeto requerer a suspensão de uma medida cautelar aplicada pelo TCU, a qual determinava a suspensão de um certame licitatório que objetivava a contratação para a CODESP (Cia de Docas do Estado de São Paulo) de escritórios de advocacia para acompanhamento de processos nos Tribunais Superiores e órgãos administrativos na Capital Federal, em razão de representação derivada da discordância de cláusulas contratuais, cuja impugnação alegava-se sem resposta até então.

Uma das licitantes concorrentes impetrou o mandado de segurança alegando direito líquido e certo à imediata retomada do procedimento de concorrência, arguindo, entre outros motivos, a ausência de competência do Tribunal de Contas para conceder medida cautelar, e foi este o ponto da controversa sobre a qual debruçaram-se os ministros do Supremo.

A autoridade impetrada, nas suas informações, em resumo, afirmou que: a) o processo de licitação não está na fase final; b) ocorreram irregularidades no procedimento de tomada de preços; c) a decisão do TCU foi motivada; d) a posição processual do impetrante, na representação que tramita no TCU, com base na interpretação extensiva, é apenas de terceiro interessado, assemelhada à figura da assistência simples; e) o impetrante não é parte legítima para propor a presente ação, uma vez que tem o direito de licitar, não

---

<sup>93</sup> STF. MANDADO DE SEGURANÇA: MS 24.510/DF. Relatora: Ministra Ellen Gracie. DJ: 04/08/2004, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 27/08/2004. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2115148>> Acesso em 09 jul. de 2019.

o direito a uma licitação específica maculada por vícios cuja extensão e efeitos estão pendentes de julgamento no Tribunal de Contas; f) o TCU tem poder geral de cautela e é competente para fiscalizar e julgar temas inerentes a licitações e contratos. g) não há direito material do impetrante a ser tutelado e eventuais prejuízos à CODESP não podem justificar danos maiores das irregularidades indiciárias que motivaram a decisão da Corte de Contas; h) o TCU não determinou a retenção de qualquer caução, mas apenas a suspensão do certame, até o juízo de mérito.

O parecer da Procuradoria geral da República – PGR, foi apresentado no sentido de não dar provimento as alegações da impetrante, destacando que haveria uma competência das cortes de constas para exame dos editais de licitação, conforme preceitua o art. 113 da lei nº 8.666/1993<sup>94</sup>, o qual converge com a competência constitucional de “assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada a ilegalidade”.<sup>95</sup>

O parecer ministerial manifestou ainda que:

(...) se as cortes de contas têm legitimidade para determinar que os órgãos ou entidade da Administração interessada adotem as medidas necessárias ao exato cumprimento da lei, com maior propriedade, possuem legitimidade para a expedição de medidas cautelares, como a ora impugnada, a fim de prevenir a ocorrência de lesão ao erário ou a direito alheio, bem como garantir a efetividade de suas decisões.

O citado parecer pugnava pelo não conhecimento, ou se julgado o mérito, pela denegação da ordem.

---

<sup>94</sup> Art. 113. *O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.* In: BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 DE junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm)>. Acesso em 13. nov. 2019.

<sup>95</sup> Conforme art. 71, inciso IX, da CF/88. In: BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 11. Jun. 2019.

A Relatora do caso, Ministra Ellen Gracie, reconheceu a legitimidade do impetrante assegurada a todos quantos participem de licitação de ver observada o respeito aos pertinentes procedimentos, assegurado no art. 4º da lei 8.666/1993<sup>96</sup>, na sequência adotou as razões do parecer da PGR, como voto determinando a denegação da ordem postulada.

No entanto, houve divergência por parte do Ministro Carlos Ayres Britto, o qual, em voto, afirmou que entendia faltar a corte de contas competência para a sustar a realização de licitações administrativas.

Em síntese o Ministro defendeu observância das disposições constitucionais quanto ao rito de procedimentos a ser seguido pelo TCU, apontando que o ente, ao verificar eventual ilegalidade deveria assinar prazo para sua correção, obedecendo assim expressamente o disposto no art. 71, inciso IX <sup>97</sup>da CF/88.

Defendeu ainda o ministro divergente que, caso a ilegalidade não fosse corrigida, aí sim, poderia sustar a execução o ato impugnado, comunicando sua decisão às duas Casas do Congresso Nacional, aplicando-se o disposto no inciso X<sup>98</sup>, do mesmo artigo. Ainda na visão do ministro as consequências da constatação da ilegalidade também devem seguir a previsão constitucional relativa as competências dos Tribunais de Contas, qual seja, a de se determinar a aplicação das sanções previstas em lei, conforme preceitua o art.

---

<sup>96</sup> Art. 4º Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos. In: BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 DE junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm)>. Acesso em 13. nov. 2019.

<sup>97</sup> Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...) IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade. In: BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 21 nov. 2019.

<sup>98</sup> Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...) X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal. In: Op. Cit.

71, inciso VIII<sup>99</sup> da CF/88 e a representação ao poder competente para apuração e aplicação das penalidades, na forma do inciso XI<sup>100</sup> do mesmo dispositivo.

O ministro discordante, fez ainda considerações sobre a sustentação oral realizada, afirmando que não ser o TCU mero órgão auxiliar, mas sim de controle externo, a cargo do Congresso Nacional, o qual não se fará senão como o auxílio do TCU, de modo que resta comprovada o prestígio a participação desse Tribunal “verdadeiramente tida pela Constituição como inafastável e imprescindível, sem daí se deduzir um vínculo de subalternidade hierárquica”.

O voto divergente causou intensos debates que estão registrados no acórdão. O primeiro a questionar, Ministro Joaquim Barbosa, indagou ao Ministro Carlos Ayres Britto se não haveria uma contradição em seu voto, face ao reconhecimento do papel do tribunal e a interpretação literal da constituição que apregoou, ou então se não deveria ser declarada a inconstitucionalidade da lei de licitações, em específico no dispositivo que conferiu ao Tribunal de Contas a atribuição de suspender licitações.

O Ministro Ayres respondeu que a lei de licitações outorgou o poder para sustar contratos, no entanto, no mesmo instante houve interpelação da ministra Gracie, a qual alertou que o art. 113<sup>101</sup> fazia menção há “demais instrumentos

---

<sup>99</sup> Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...) 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. In: op. cit.

<sup>100</sup> Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...) XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados. In: op. cit.

<sup>101</sup> Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto. In: BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 DE junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm)>. Acesso em 23. nov. 2019.

regidos por esta lei”, ou seja, estaria também incluso a suspensão de editais de licitação.

Na sequência o Ministro Sepúlveda Pertence, questionou “Quer dizer, ele tem o poder de julgar a representação, mas não tem o poder cautelar eventualmente necessário?”, e ainda “denunciada a ilegalidade, não tem o Tribunal o poder implícito de sustar o procedimento administrativo até verificar a ilegalidade e, conseqüentemente, determinar a correção?”, ao passo que respondeu o Ministro Ayres que: as competências constitucionalmente deferidas ao Tribunal de contas da União foram deferidas em *numerus clausu*, em número fechado. E, que entre essas competências não figura a de sustentação de procedimento licitatório.

Ato contínuo, também passou a ser questionado pelo Ministro Cesar Peluso: “Vossa Excelência está propondo aguardar até que seja aplicada a sanção? Quer esperar a consumação do ilícito, a apuração da irregularidade, para, só então, intervir o Tribunal, aplicando as sanções quando pode prevenir o erário?”. Ao que o Ministro respondeu: “Ele não tem poder cautelar” e ainda, “Não, deve ele assinar prazo”. Assumindo assim a postura de interpretação gramatical da constituição de que o Tribunal de contas deveria representar ao Poder Competente.

Após o término dos debates, outros votos foram apresentados. O primeiro na sequência foi o Ministro Cezar Peluso, que pugnou pela denegação da ordem, afirmando que pela aplicação dos princípios da legalidade e da moralidade, além da analogia estabelecida com o Poder Jurisdicional, pela qual entendeu que o TCU teria o dever de prevenir situações danosas ao erário. Usando o bordão “é melhor prevenir do que remediar”.

O Ministro Gilmar Mendes, expressou que a experiência da corte não permitiria afirmar que a competências da corte de contas seria exaustivo. Que o texto constitucional não logra exaurir as questões de modo que se deve fazer uma interpretação sistemática, e que o poder cautelar estaria em uma de suas competências implícitas, razão pela qual pugnou pela denegação da segurança.

Na sequência, proferiu voto o Ministro Carlos Velloso, o qual, igualmente acompanhou a relatora, afirmando que também entendia, pelo dever de quem julga garantir a eficiência decisão que proferirá afinal.

O voto final ficou a cargo do Ministro Celso de Mello, extensamente fundamentado, iniciou afirmando que o poder cautelar também compõe a esfera de atribuições institucionais do Tribunal de Contas, pois se acha instrumentalmente vocacionado a tornar efetivo as múltiplas competências que lhe foram outorgadas pelo texto constitucional.

Que além dos poderes explícitos, tais como enunciados no art. 71 da Carta Magna, é necessário reconhecer ainda que por implicitude, a titularidade dos meios destinado a viabilizar a adoção de medidas cautelares vocacionadas a conferir real efetividade às deliberações finais, permitindo assim que se neutralizem situações de lesividade atual ou iminente ao erário público.

Citou que na doutrina construída pela Suprema Corte americana quando do julgamento do caso *McCulloch vs. Maryland* (1819), sustentou-se 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."

Utilizando-se dos ensinamentos de Marcelo Caetano (Direito Constitucional, v. II, p. 12-13, item n. 9, 1978, Forense), o voto expressou 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".

Afirmou que se não fosse a possibilidade de interpretação de poderes implícitos, esvaziar-se-iam, por completo, as atribuições constitucionais conferidas ao Tribunal de Contas da União.

Finalizou com uma citação que denominou de "lição definitiva" de autoria de Ruy Barbosa, in: "Comentários à Constituição Federal Brasileira", vol. I/203-225, coligidos e ordenados por Homero Pires, 1932, Saraiva, afirmando que nele há uma precisa abordagem da teoria dos poderes implícitos:

**Não são** as Constituições **enumerações** das faculdades atribuídas aos poderes dos Estados. **Traçam elas uma figura geral do regime**, dos seus caracteres capitais, **enumeram** as atribuições principais de cada ramo da soberania nacional e **deixam à interpretação** e ao critério de cada um dos poderes constituídos, no uso dessas funções, **a escolha dos meios e instrumentos** com que os tem de exercer a cada atribuição conferida. **A cada um dos órgãos** da soberania nacional do nosso regime, **corresponde, implicitamente**, mas inegavelmente, **o direito ao uso dos meios necessários**, dos instrumentos convenientes ao bom desempenho da missão que lhe é conferida. Nos Estados Unidos, é, desde Marshall, que essa verdade se afirma, não só para o nosso regime, mas para todos os regimes. Essa verdade fundada pelo bom senso é a de que — em se querendo **os fins**, se não de querer, necessariamente, **os meios**; a de que se conferimos a uma autoridade uma função, **implicitamente** lhe conferimos os meios eficazes para exercer essas funções. **Quer dizer** (princípio indiscutível) que, **uma vez conferida** uma atribuição, **nela se consideram envolvidos todos os meios necessários** para a sua execução regular. **Este**, o princípio; **esta** a regra. Trata-se, portanto, de uma verdade que se estriba ao mesmo tempo em dois fundamentos inabaláveis, fundamento da razão geral, do senso universal, da verdade evidente em toda a parte — **o princípio de que a concessão dos fins importa a concessão dos meios (...)**. **A questão**, portanto, **é saber da legitimidade** quanto ao fim que se tem em mira. **Verificada** a legitimidade deste fim, **todos os meios** que forem apropriados a ele, **todos os meios** que a ele forem claramente adaptáveis, **todos os meios** que não forem proibidos pela Constituição, **implicitamente se têm concedido** ao uso da autoridade **a quem se conferiu** o poder. (Grifos do original preservados).

Finalizou o voto acolhendo o parecer ministerial, fundamentando-se no binômio utilidade/necessidade, para reconhecer que a tutela cautelar é um instrumento necessário e compatível como sistema de controle externo, em cuja concretização o Tribunal de contas desempenha, como protagonista autônomo, um dos mais relevantes papéis constitucionais deferidos aos órgãos e às instituições estatais, razão pela qual denegou a ordem acompanhando o voto da relatora.

A ementa do acórdão foi formulada da seguinte maneira:

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 42 e 113, § 1º e 2º 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.

O que se percebe da breve exposição deste julgamento, é que ficou claro a partir deste case, a possibilidade de expedição de cautelares pelos Tribunais de Contas, considerando que a Suprema Corte, ao exercer o seu poder de indagação constitucional 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, como expressamente relacionadas no art. 71 da Constituição da República.

Essa compreensão também voltou a ser confirmada pelo Supremo Tribunal Federal nos julgamentos do MS 26.094/DF<sup>102</sup>, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, e do MS 26.547-MC/DF<sup>103</sup>, Rel. Min. CELSO DE MELLO,

---

<sup>102</sup> STF. MANDADO DE SEGURANÇA: MS 26094/DF. Relator: Ministro Dias Tofolli. DJ: 10/02/2011, Data de Publicação: 15/02/2011. Disponível em: < www.stf.jus.br> Acesso em 25 nov. de 2019.

<sup>103</sup> STF. AG. REG. NA MEDIDA CAUTELAR NO MANDADO DE SEGURANÇA: MS 26.547 MC-AgR/DF. Relator: Min. CELSO DE MELLO. Tribunal Pleno. DJ 06/06/2007, Data de Publicação: 24/09/2009.

reafirmando o entendimento da corte da utilização da Teoria dos poderes implícitos, a qual reconhece que a Alta Corte de Contas dispõe dos meios necessários à plena concretização de suas atribuições constitucionais, ainda que não referidos, explicitamente, no texto da Lei Fundamental.

Ocorre, que embora a ementa tenha expressado os objetivos para os quais se permite a expedição de medidas cautelares, quais sejam: “prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões”. Foi justamente da leitura deste caso que surgiram os traços iniciais que formulam os questionamentos do presente trabalho:

1. *É possível a aplicação das cautelares de indisponibilidade de bens de particulares pelos Tribunais de Contas? E*
2. *Tal possibilidade violaria os princípios constitucionais que regem o Direito Administrativo Sancionador?*

As perguntas demonstraram-se ainda mais relevantes, ao passo de que na pesquisa primária realizada, percebeu-se que a questão ainda não havia sido decidida de forma colegiada pelo Supremo, havendo o deferimento de algumas liminares em alguns Mandados de Segurança, ora obrigando o TCU a suspender as cautelares de indisponibilidade de bens anteriormente aplicadas, ora mantendo-as. Afinal, a teoria dos poderes implícitos também não seria passível de alguns refinamentos, especialmente no que tange à garantia da juridicidade as ações dos órgãos da administração pública?

### **3.2 O Estado do tema na Jurisprudência do Supremo - Das ações relacionadas à indisponibilidade de bens de particulares contratantes com o Estado**

A busca por estas ações, mostrou-se relevante para a continuidade da pesquisa, e, esclarecemos desde já que em nenhum momento nosso objetivo foi esgotar por completo todas as ações em trâmite do tema, razão pela qual na busca de jurisprudência realizada com os termos: “TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO e PODER GERAL DE CAUTELA”, localizou-se as ações a seguir,

---

sobre as quais, passaremos a tecer breves considerações, a respeito dos argumentos de impetração, respostas dos pedidos de informação e razões de deferimento liminar, tudo com o objetivo de entender o estado da questão na doutrina e jurisprudência do Supremo.

Outro ponto a esclarecer, é que a busca se restringiu ao Supremo Tribunal Federal, em razão da competência da corte, e da opção feita de recorte necessário compreender a questão apenas no âmbito da Corte de Contas da União, alertamos aos leitores e futuros pesquisadores que há possibilidade de expandir, ou até mesmo restringir a pesquisa as cortes estaduais, sendo que verificamos que nos tribunais Estaduais a uma grande divergência com relação ao tema.

### **3.2.1 Mandado de Segurança nº 34.357/DF<sup>104</sup>**

Síntese do Case: Mandado de Segurança impetrado por uma das famosas construtoras mencionadas na Operação Lava Jato, que se insurgiu contra o acórdão nº 2.109/2016 do TCU, no qual se determinava a indisponibilidade cautelar de bens até o limite de R\$ 2.104.650.475,86 (dois bilhões, cento e quatro milhões, seiscentos e cinquenta mil, quatrocentos e setenta e cinco reais e oitenta e seis centavos), valor estimado pelo Tribunal de Contas como sendo o prejuízo ao erário.

O Relator, Ministro Marco Aurélio, na decisão liminar, afirmou já ter se manifestado em outras ocasiões, sobre seu:

(...) não reconhecimento a órgão administrativo, como é o Tribunal de Contas – auxiliar do Congresso Nacional, no controle da Administração Pública -, poder dessa natureza. Percebam: não se está afirmar a ausência do poder geral de cautela do Tribunal de Contas, e, sim, que essa atribuição possui limites dentro dos quais não se encontra o bloquear, por ato próprio, dotado de auto

---

<sup>104</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 34.357/DF. Impetrante: Construtora Norberto Odebrecht S/A. Impetrado: Tribunal de Contas da União – TCU. Relator: Min. Marco Aurélio, Decisão liminar. 31 ago. 2016. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 22 nov. 2019.

executoriedade, os bens de particulares contratantes com a Administração Pública.

Citando outros precedentes o Relator Ministro Dias Tofolli, referendou seu entendimento de que, com fundamento no artigo 71 da Carta da República, não há viabilidade de atuação do TCU para proferir sustação de contratos. Relatando ainda que no julgamento do MS nº 24.379<sup>105</sup> – Relator Ministro Dias Tofolli, também assentou descaber sanção ao particular.

A liminar levou em consideração ainda a ocorrência do denominado perigo na demora reverso, pois a manutenção da medida cautelar pode sujeitar a empresa à uma sentença de morte civil. Ademais, o relator considerou que o ressarcimento por eventuais prejuízos causados ao erário depende da permanência da construtora em atividade, razão pela qual o Ministro deferiu a liminar.

Em 28 de agosto de 2018 a Turma, ao analisar o pedido, viu por bem afetar a impetração ao Pleno, razão pela qual, ele encontra-se até a presente data, pendente de julgamento de mérito.

### **3.2.2 Mandado de Segurança nº 34.392/DF<sup>106</sup>**

A lide tem relação com a Demanda anterior especificada no MS 34.357/DF, inclusive um dos pedidos feitos foi sua distribuição e julgamento por dependência à aquela ação em razão de conexão, embora a impetrante seja outra das famosas construtoras, a ato coator é o mesmo acórdão nº 109/2016, assim como o valor do bloqueio determinado pelo TCU: R\$ 2.104.650.475,86 (dois bilhões, cento e quatro milhões, seiscentos e cinquenta mil, quatrocentos e setenta e cinco reais e oitenta e seis centavos), relativos a

---

<sup>105</sup> STF. MANDADO DE SEGURANÇA: MS 24.379/DF. Relator: Ministro Dias Tofolli. Primeira Turma. DJ: 22/09/2015, Data de Publicação: 16/10/2015. Disponível em: < [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)> Acesso em 25 nov. de 2019.

<sup>106</sup> STF. MANDADO DE SEGURANÇA: MS 34.392/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 16/08/2018, Data de Publicação: 21/08/2018. Disponível em: < [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)> Acesso em 25 nov. de 2019.

salvaguarda do interesse público durante a apuração de superfaturamento nos contratos de implantação da Refinaria Abreu e Lima, no Estado de Pernambuco.

O relator, Ministro Marco Aurélio, utilizou-se exatamente dos mesmos fundamentos expostos no item anterior para a concessão da liminar.

É importante destacar que a decretação de indisponibilidade de bens ocorrida no acórdão do TCU (ato coator), determinou bloqueio da mesma cifra bilionária, qual seja do valor total estimado de danos a todos os supostos envolvidos, tanto pessoas físicas como jurídicas, conforme podemos depreender do item 9.1 do citado acórdão TCU:

(...) 9.1. Decretar cautelarmente, com fundamento art. 44, §2º, da Lei nº 8.443/1992, c/c arts. 273 e 274 do Regimento Interno deste Tribunal, pelo prazo de 01 (um) ano, a indisponibilidade de bens dos responsáveis a seguir relacionados, devendo esta medida alcançar todos os bens considerados necessários para garantir o integral ressarcimento dos débitos em apuração imputados a cada responsável.

O que se observa, é que houve a determinação de indisponibilidade de bens, inclusive com bloqueio de contas e ativos financeiros atingindo individualmente cada um dos interessados no processo, o quê, em tese, daria uma ordem de bloqueio de mais de vinte e quatro bilhões de reais somando-se todas as pessoas citadas, valor este muito acima do total dos contratos em apuração, que é de aproximadamente quatro bilhões e meio de reais, ou seja, o bloqueio determinou, quase cinco vezes o valor total do contrato executado. Razão pela qual, em nossa opinião o Ministro foi assertivo na decisão de concessão da medida de segurança.

Sob o nosso ponto de vista contribuíram com o deferimento da liminar, uma possível inexistência, no caso concreto, dos requisitos legais exigidos para a sua adoção, considerando que nos termos do §2º, do art. 44, a decretação da indisponibilidade de bens poderia se dar “Nas mesmas circunstâncias do caput deste artigo e do parágrafo anterior”.

A redação trazida ao caput do art. 44 condiciona as medidas nele previstas à existência de “indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções, possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao Erário ou inviabilizar o seu ressarcimento”.

Portanto, para que haja a decretação de indisponibilidade exige-se que haja indícios suficientes de que o prosseguimento do responsável em suas funções poderá acarretar (a) retardamento ou criação de dificuldades na realização de auditoria ou inspeção; (b) novos danos ao Erário ou (c) a inviabilização de eventual ressarcimento.

A análise deste acórdão, assim como do ato coator, não nos permite concluir pela presença de tais requisitos no caso concreto. Aliás, em todos os casos analisados abaixo, nenhum deles há perigo concreto, a decisão do TCU, objetiva viabilizar a reparação ao erário, acautelando-se ao desfazimento de bens por parte dos investigados.

Ou seja, as medidas foram tomadas em momento processual no qual não seria possível apurar a exata extensão da responsabilidade de cada envolvido.

Em alguns casos o acórdão do TCU limitou-se a indicar que “há de se verificar eventuais iniciativas para desfazimento patrimonial pelos responsáveis com o intuito de obstar o ressarcimento aos cofres públicos, situação em que, caso confirmada, justifica que o Tribunal tome todas as providências cabíveis para assegurar a maior compensação possível dos prejuízos identificados”, afirmando assim que o periculum in mora estaria “implícito, em vista da magnitude do débito a ser imputado aos responsáveis”.

Enfim, o processo aguarda encaminhamento ao plenário para julgamento do mérito, sendo que o debate certamente trará preciosas lições.

### **3.2.3 Mandado de Segurança nº 35.506/DF<sup>107</sup> e Mandado de Segurança nº 35.920/DF<sup>108</sup>**

O Ato coator de ambos os casos é o acórdão TCU Nº2.014/2017, o qual determinou a indisponibilidade cautelar, pelo prazo de um ano, de ativos no montante equivalente a R\$ 653.058.328,50 (seiscentos e cinquenta e três milhões, cinquenta e oito mil trezentos e vinte e oito reais), de cada uma das impetrantes, bem como decretada a desconsideração de suas personalidades jurídicas.

Observa-se que no processo de TC - Tomada de Contas Especial nº 034.902/2015-5, destinado à quantificação e apuração final de responsabilidade do contrato havido entre a Petróleo Brasileiro S.A. e o Consórcio TUC Construções, para o desenvolvimento de plantas de Utilidade do Complexo Petroquímico do Rio de Janeiro – COMPERJ, na qual as impetrantes participaram como uma das consorciadas na execução de serviços, ocorreu que outras empresas do consórcio admitiram irregularidades, participando de acordos de leniência, fato que levou, supostamente sem provas do envolvimento das impetrantes, a responsabilização destas fundada em simples solidariedade entre todos os membros do consórcio.

O Relator, na análise da liminar, citou os precedentes MS nº 34.357 e MS nº 34.392, arguindo novamente não reconhecer a um órgão administrativo possibilidade de aplicação de cautelares de indisponibilidade de bens à particulares contratantes com o Estado, ressaltando que a Lei Orgânica do

---

<sup>107</sup> STF. MC MANDADO DE SEGURANÇA: MS 35.506/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 08/02/2018, Data de Publicação: 09/02/2018. Disponível em: < [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)> Acesso em 25 nov. de 2019.

<sup>108</sup> STF. MC MANDADO DE SEGURANÇA: MS 35.920/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 26/09/2018, Data de Publicação: 02/10/2018. Disponível em: < [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)> Acesso em 25 nov. de 2019.

TCU, objetivou, na ótica do relator, punir o agente público, não abarcando o particular.

Referendou os mesmos argumentos esposados no deferimento das liminares nos Mandados de Segurança citados resolveu por deferir a liminar, permitindo ao impetrante a livre movimentação de bens e suspensão da determinação atinente ao levantamento da própria personalidade jurídica.

A liminar foi agravada pela União e encontra-se pendente até a presente data o julgamento do agravo e do mérito.

Os julgados acima demonstram a posição do Ministro Marco Aurélio, posição ainda isolada no Supremo, de que não é possível a concessão de Medidas Cautelares nos processos de Tomada de Contas Especiais do TCU, atingindo patrimônio de particulares, em razão da ausência de legalidade para a prática do ato, o qual, segundo a posição defendida nas decisões colacionadas, não estão na órbita de competência do TCU. Na busca de um contraponto a pesquisa também se debruçou sobre as manifestações favoráveis a concessão da cautelar contra particulares contratantes com o Estado, de modo que, julgamos também importante trazer algumas destas decisões para compreensão das razões que a justificariam, o que será realizado no tópico a seguir.

### **3.2.4 Mandado de Segurança nº 34.233/DF<sup>109</sup>**

Este Mandado de Segurança, apesar de ser o único no qual o impetrante é pessoa física, foi incluído no recorte da pesquisa, pois serve minimamente de norte para tratar de uma das possíveis limitações da medida cautelar de indisponibilidade de bens aplicada pelo TCU, qual seja, a não renovação desta em prazo superior a um ano.

---

<sup>109</sup> STF. AGR-SEGUNDO EM MANDADO DE SEGURANÇA: AGR-SEGUNDO MS 34.233/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ: 25/05/2018, Data de Publicação: 20/06/2018. Disponível em: < [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)> Acesso em 25 nov. de 2019.

O caso, foi a segunda tentativa do impetrante, que ocupou cargo de direção da Petrobrás, de ver seus bens desbloqueados. O novo pedido fundamenta-se em suposta inércia do TCU em finalizar o processo, mantendo assim os bens bloqueados a mais de dois anos. Verifica-se que a nova cautelar adotada no ato coator emanado pelo TCU, utilizou como fundamento para renovação: *“novos fatos observados nos autos e medidas protetórias processuais adotadas pelos deferentes”*<sup>110</sup>.

Assim, sustentou o impetrante, em síntese, que o Tribunal de Contas da União não teria expressado amparo legal para fundamentar a sua decisão de renovar por mais um ano a indisponibilidade de bens do requerente. Aduziu, ainda, que o art. 44, § 2º, da Lei Orgânica do TCU (Lei 8.443/92) limita expressamente o bloqueio de bens a prazo não superior a um ano. Assim, sustenta que a renovação, por mais um ano, da indisponibilidade de bens do impetrante constitui feito ilícito. Argumenta-se, também, que não existe suporte fático-probatório para endossar essa renovação do bloqueio cautelar de bens e que o acórdão do TCU violou seus direitos ao duplo grau de jurisdição e à razoável duração do processo.

Assim, pediu liminarmente, o desbloqueio parcial de seus bens, para fins de retiradas mensais no valor de R\$10.000,00 (dez mil reais) e, no mérito, requer a anulação do ato coator, emitindo-se ordem de desbloqueio dos bens constrictos cautelarmente pelo TCU.

Na primeira decisão liminar da lavra do Ministro Gilmar Mendes, o Relator negou o pedido liminar, afirmando a ocorrência de fato superveniente no curso do processo, derivado de relatório do TCU, amplamente divulgado pela mídia, o qual indicou superfaturamento de R\$ 2,1 bilhões em dois grandes grupos de contratos de obras da refinaria Abreu e Lima. Diante dessa irregularidade, a Corte determinou cautelarmente o bloqueio de bens de 4 empresas e 8 pessoas, inclusive o impetrante (vide item 9.1 do Acórdão 2.109/2016 do Plenário). Esse fato superveniente tornaria inócua eventual concessão de medida liminar neste processo, uma vez que a determinação de indisponibilidade de bens do impetrante permaneceria hígida, agora por um

---

<sup>110</sup> Decisão expressa no Agravo aos Embargos de Declaração processo TC 005.406/2013-7.

novo motivo diverso do primeiro, estando ausente, segundo ele o periculum in mora.

No entanto, menos de trinta dias da primeira decisão, o Ministro reviu a mesma, argumentou que, embora haja possibilidade da decretação cautelar da medida de indisponibilidade de bens pelo Tribunal de Contas da União dispõe de autorização legal expressa (art. 44, § 2º, da Lei 8.443/92), como forma de prover o órgão de instrumentos garantidores da própria utilidade de suas deliberações finais, essa autorização encontra limites. A mesma legislação que autoriza, limita sua aplicação a prazo máximo de um ano.

Assim, entendeu o ministro que:

(...)nem lei, tampouco o RI/TCU, facultaram à Corte de Contas a possibilidade de renovação da medida constritiva com fundamento nos mesmos fatos. Pelo contrário, observo que o diploma legal foi peremptório ao afirmar que o bloqueio dos bens se daria por prazo não superior a um ano. Isso porque inexistente ressalva quanto à possibilidade de prorrogação ou renovação da medida cautelar de indisponibilidade, tendo em vista que se trata de ato estatal danoso à livre disposição do patrimônio de qualquer cidadão, o qual atinge o núcleo essencial do direito à propriedade (art. 5º, XXII e LIV, da CF). Não custa enaltecer que o direito de propriedade envolve as faculdades de dispor, gozar, usufruir e reaver o bem objeto de seu domínio. Qualquer medida restritiva desse direito fundamental deve se ater à interpretação restritiva, já que atinge núcleo essencial da proteção constitucional.

Prevaleceria assim o Direito ao uso e gozo da propriedade, sendo que as decisões administrativas, devem ser observadas em caráter restritivo. Outros dois trechos da decisão merecem especial destaque, pelas preciosas lições com que a excepcionalidade deverá ser tratada:

(...) não se pode esquecer que as decisões proferidas pelo Tribunal de Contas possuem natureza eminentemente administrativa, já que o órgão é desprovido de caráter jurisdicional. Assim, apesar de entender que é legítima a imposição da medida constritiva pela Corte de Contas, é necessário que se ressalte a natureza excepcional da cautelar, que deve ser utilizada de acordo com os preceitos legais e constitucionais, não sendo razoável que perdure por tempo

indeterminado. Assim, há higidez constitucional na limitação temporária do direito de propriedade, contanto que tal restrição não ultrapasse o lapso temporal taxativamente descrito na legislação, cuja interpretação deve ser restrita, de sorte a não permitir sua prorrogação pelos mesmos fundamentos.

(...) Nesse momento, tal medida pode ser implementada no âmbito do Poder Judiciário sem que se observe nenhuma violação ao núcleo essencial do direito de propriedade, mormente porque a renovação no âmbito administrativo envolve atribuição do próprio TCU, que não findou o processo administrativo no interstício legal correlato à indisponibilidade. Os princípios da eficiência (art. 37, caput, da CF) e da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF) são considerados regras matrizes do Estado democrático de Direito – os quais se aplicam à administração pública, incluindo o TCU – e devem nortear a celeridade do julgamento de processos administrativos que restrinjam o âmago de proteção dos direitos fundamentais, mais notadamente aqueles que possuem prazo de vigência máxima prevista em lei.

Com base nestes argumentos, o que se percebe, é a construção de um primeiro limite ao direito administrativo sancionador manejado pelo TCU, através de medidas cautelares, no qual, sopesada o dever de eficiência e razoável duração do processo e o direito de propriedade, prevaleceu este último, com a ressalva de que na ótica do julgador, seria possível a decretação de renovação da cautelar, se acaso tivesse sido expedido por ente do judiciário.

Com estes fundamentos, em uma segunda decisão liminar, o Ministro Gilmar Mendes decidiu por conceder a Segurança e determinar o desbloqueio de bens do impetrante, em razão de ter passado lapso temporal acima do previsto em lei, como tempo limite a cautelar pelo TCU.

Da decisão se interpôs agravo Regimental, e a Segunda Turma do Supremo no julgamento deste, por maioria de votos, manteve o deferimento da liminar. O voto do Ministro Gilmar Mendes pelo deferimento, foi acompanhado pelos Ministros Edson Fachin e Ricardo Lewandowski.

Também é importante dar destaque aos votos divergentes acompanhado de relatoria do Ministro Dias Tofoli e acompanhado pelo Ministro Celso de Mello, os quais opinaram que o Poder Geral de Cautela, não pode encontrar obstáculos a sua efetivação e que quando houver observância aos princípios da motivação, da adequação e da razoabilidade, é considerada legítima a prorrogação da cautelar pelo TCU.

Por fim, a PGR manifestou seu não interesse na apresentação de novos recursos, tendo trânsito em julgado a decisão.

O placar apertado, e a fundamentação contrária invocando a supremacia do interesse público, sem qualquer limitação, podem demonstrar que os limites às cautelares, como o que se fez observar no presente caso, dificilmente serão vislumbrados novamente.

Os próximos casos, demonstram o entendimento da Suprema Corte, de permitir a utilização da medida Cautelar de indisponibilidade de bens a empresas contraentes com o Estado. Vamos a eles:

### **3.2.5 Mandado de Segurança nº 34.738/DF<sup>111</sup>**

Este Mandado de Segurança, foi impetrado com o objetivo de efetuar a anulação de um julgamento preliminar do Tribunal de Contas da União, que resultou na decretação de indisponibilidade de bens da impetrante no valor de aproximadamente R\$ 567 (quinhentos e sessenta e sete milhões de reais).

A impetrante é uma sociedade administradora de fundos de investimentos, responsável pela gestão dos fundos de Pensão dos Correios, a qual foi acusada de má-gestão dos ativos, resultando no processo de tomada de contas especial e na medida cautelar narrada antes mesmo da atuação dos processos individuais e da efetiva apuração das responsabilidades.

---

<sup>111</sup> STF. LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA: MS 34.738/DF. Relator: Ministro Roberto Barroso. DJ: 11/04/2017, Data de Publicação: 19/04/2017. Disponível em: < [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br) > Acesso em 25 nov. de 2019.

O Ministro Roberto Barroso, esclareceu em seu voto que vê legitimidade para o TCU fiscalizar sociedades da espécie da impetrante, as quais, apesar de particulares, administraram fundo de investimento que tinha por cotista exclusivo o fundo de pensão Postalis, e, para a efetivação dessa fiscalização poderia inclusive aplicar medidas cautelares. No entanto, entendeu que no caso concreto, a medida cautelar **seria desprovida de razoabilidade.**

Observou o ministro que o acórdão do TCU que decretou a indisponibilidade de bens da impetrante, determinou:

“a autuação de processos apartados de tomada de contas especial para apurar, individualmente, as irregularidades mencionadas nos tópicos II, III, IV e V do voto que fundamenta a presente decisão, autorizando, desde logo, a anexação, por cópia, de toda documentação necessária à instrução desses processos, bem como a realização da citação dos seguintes responsáveis (...)” (doc.56, fl. 150).

Razão pela qual, o Ministro argumentou que vislumbrou que a apuração de responsabilidade da impetrante se apresenta ainda num estágio bastante incipiente, não lhe tendo sido concedida até esse momento sequer a oportunidade de se manifestar sobre a apuração do TCU. O tema, por outro lado, é bastante complexo, envolvendo intrincada análise sobre o (des)cumprimento das obrigações contratuais assumidas pela impetrante frente ao Postalis.

Nesse contexto, entendeu por ser desproporcional a decretação, **de modo tão antecipado**, preenchido assim o *periculum in mora*, por considerar ainda que o bloqueio da quantia requerida pelo TCU, certamente prejudica o funcionamento regular das atividades da impetrante.

Alertou ao fim de que caso a impetrante realiza-se grandes movimentações financeiras ou patrimoniais vultuosos, certamente a decisão de deferimento da liminar poderia ser revista. O Processo ainda não teve seu julgamento de mérito concluído.

O que se conclui até então do julgado citado, é que outro limite começa a transparecer, qual seja, de que as cautelares não fazem sentido em processo

tão inicial, no qual sequer há qualquer individualização das condutas e citação ou manifestação dos acusados.

### **3.2.6 Mandado de Segurança nº 34.793/DF<sup>112</sup>**

O Ministro Edson Fachin, no julgamento do MS 34.793/DF, também esboçou um outro possível limite a edição das medidas cautelares pelo Tribunal de Contas da União, o que ocorreu no julgamento liminar do mandado de Segurança impetrado por uma empresa de engenharia em Recuperação Judicial, com o objetivo de invalidar o acórdão do TCU no processo TC nº 009.834/2010-9, o qual destinava-se a analisar supostos desvios nos contratos firmados para a execução das unidades que compõe o Núcleo de processamento de óleo bruto da refinaria do complexo petroquímico do Rio de Janeiro – COMPERJ.

Argumentou o impetrante que o Tribunal teria ingerência apenas para a decretação de cautelares que afetassem o patrimônio de gestores públicos, e que somente o judiciário teria legitimação para a decretação destas medidas à particulares. Ainda, sustentou que não há motivação individualizada para justificar a conduta extrema decretada, sem qualquer oitiva da parte. E que, se encontra em recuperação judicial, razão pela qual a competência exclusiva para decretar medida cautelar é do juízo falimentar, nos termos do art.6º, §3º da Lei 11.101/2005.

O ministro Fachin, esclareceu em seu julgamento que à alegação de que o Tribunal de Contas da União não detém competência para decretar cautelarmente, inaudita altera pars, a indisponibilidade de bens suficientes para garantir o ressarcimento do erário, porque o artigo 44 da lei nº 8.443/1992

---

<sup>112</sup> STF. MC EM MANDADO DE SEGURANÇA: MS 34.793/DF. Relator: Ministro Edson Fachin. DJ: 29/06/2017, Data de Publicação: 31/07/2017. Disponível em: < [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br) > Acesso em 25 nov. de 2019.

dirigir-se-ia somente aos responsáveis pelo dinheiro público, e não aos particulares, de que o STF já assentara em julgados anteriores a plena possibilidade de que a Corte de Contas, no cumprimento de seu mister constitucional, possui competência para decretar a indisponibilidade de bens, diante de circunstâncias graves e que se justifiquem pela necessidade de proteção efetiva ao patrimônio público.

Destacou decisão da Ministra Rosa Weber, quando da decisão de concessão parcial da medida liminar nos autos de MS nº 34.446<sup>113</sup>, argumentou que:

“o fator preponderante, sob a ótica constitucional, para definir a sujeição de determinada pessoa, física ou jurídica, pública ou privada, à atividade fiscalizatória do TCU, diz com a origem dos recursos por ela utilizados, arrecadados, gerenciados ou administrados (art. 70, parágrafo único, da Magna Carta)”.

Logo, destacou depreender da análise do rol constitucional, previsto no art. 70, no qual se descreve as atribuições do Tribunal de Contas da União, ser claramente perceptível que também se enquadram como responsáveis pela aplicação dos recursos públicos os particulares que contratem com a Administração, e que a possibilidade de edição de medida cautelar se coadunaria com a disposição da redação do artigo 44, §2º, da lei nº 8.443/1992, e, dispondo o próprio texto constitucional acerca daqueles que podem ter contas e mesmo condutas averiguadas pelo Tribunal de Contas da União, razão pela qual não vislumbrou nas normas citadas qualquer *discrímen* que permita a conclusão pela impossibilidade de decretar-se a medida cautelar de indisponibilidade de bens em face de empresa particular, que ao contratar com a Administração, viu seu contrato submetido à auditoria que detectou fortes indícios de sobrepreço e fraude à licitação.

---

<sup>113</sup> STF. MC EM MANDADO DE SEGURANÇA: MS 34.446/DF. Relator: Ministra Rosa Weber. DJ: 22/11/2016, Data de Publicação: 25/11/2016. Disponível em: < [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br) > Acesso em 25 nov. de 2019.

Destacou o Ministro como sendo, graves os fatos sob aferição da Corte de Contas, que detectou a ocorrência de sobrepreço de R\$ 104.388.883,35 (cento e quatro milhões, trezentos e oitenta e oito mil, oitocentos e oitenta e três reais e trinta e cinco centavos) no contrato firmado pela ora Impetrante, além de denúncias envolvendo pagamento de propina e informações privilegiadas para vencer o procedimento licitatório, e que a a gravidade do dano eventualmente causado à Petrobras, e portanto ao erário, além da possibilidade de violação de diversos princípios constitucionais, possibilitariam à justificação suficiente, ao menos nessa fase processual, da adoção da medida cautelar de indisponibilidade de bens por parte do Tribunal de Contas da União, a qual, embora excepcional, parece-se adequar-se à busca da satisfação do dano causado ao patrimônio público, caso confirmada pela Corte sua efetiva ocorrência.

Outro ponto de destaque no julgamento diz respeito ao entendimento do Ministro sobre a não necessidade de que se evidencie, de plano, a dissipação do patrimônio da pessoa física ou jurídica para a decretação cautelar da indisponibilidade dos bens. Para corroborar o entendimento, citou novamente trecho da decisão da Min. Rosa Weber, no já citado MS 34.446<sup>114</sup>:

“Corroborar esse raciocínio a compreensão de que o risco de inviabilização do ressarcimento ao erário, ínsito à previsão do art. 44, § 2º, da Lei 8.443/1992, não exige prova de que a pessoa sob fiscalização do Tribunal de Contas da União esteja efetivamente praticando atos de desbaratamento patrimonial.

Exigir prova nesse sentido esvaziaria a medida em tela, pois, até a colheita de elementos comprobatórios da prática de atos de dissipação do patrimônio, este já estaria parcial ou totalmente comprometido, de molde a prejudicar a consecução do objetivo do dispositivo em comento, qual seja, o de preservar a utilidade de futuros pronunciamentos do TCU.”

Assim, rejeitou os dois primeiros argumentos do Impetrante.

---

<sup>114</sup> Op. cit.

No entanto, reconheceu o Ministro que o presente caso a impetrante apresentou uma peculiaridade, que inibe a atuação direta do Tribunal de Contas da União, na imposição de medida constritiva do patrimônio da Impetrante. Qual seja, o singular fato de que desde outubro de 2015, estar homologado o Plano de Recuperação Judicial da empresa, nos termos da Lei nº 11.101/2005, sendo o juízo da falência, responsável pelo acompanhamento do cumprimento do Plano, é o juízo competente para resolver questões referentes ao patrimônio da empresa recuperanda, conforme se depreende de leitura do artigo 6º da Lei nº 11.101/2005<sup>115</sup>.

Em que pese a ordem emanada do Tribunal de Contas possuir natureza administrativa, e não judicial, em sentido estrito, a medida cautelar aplicada representou uma restrição ao uso e disposição dos bens da empresa, bens esses que estão, no momento, vinculados ao cumprimento do Plano de Recuperação Judicial.

Razão pela qual, entendeu o Ministro que, por se encontrar a Impetrante em recuperação judicial, há necessidade de apreciação judicial do pleito para a indisponibilidade dos bens da empresa, aferição essa a ser realizada pelo juízo responsável pelo acompanhamento do cumprimento do Plano, não se admitindo que outro Juízo, além daquele detentor da competência para acompanhamento do cumprimento do Plano de Recuperação Judicial, possa, promover medidas constritivas do patrimônio de empresa submetida ao regime da recuperação judicial, não parece lógico que o Tribunal de Contas possa impor e executar medida semelhante, colocando em risco a solvência da empresa e abrindo a possibilidade de convolação da recuperação judicial em falência, diante da impossibilidade de saneamento da saúde financeira da pessoa jurídica, além de estabelecer privilégio a crédito em eventual detrimento do rol previsto pela legislação.

---

<sup>115</sup> Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário. In: BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm)>. Acesso em 26 nov. 2019.

Por estas razões concedeu parcialmente a medida liminar pleiteada, suspendendo em parte a eficácia do ato coator atacado (Acórdão nº 632/2017), e determinar ao Tribunal de Contas da União que, pretendendo efetivar a medida cautelar de indisponibilidade de bens em face da Impetrante, requirite à Advocacia-Geral da União que formule o pedido perante a 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central Cível da Comarca de São Paulo, competente para apreciar medidas de constrição patrimonial contra a empresa em recuperação judicial.

Assim, nova limitação a edição das cautelares foi ventilada pela citada decisão liminar no Supremo, qual seja, a impossibilidade de edição de cautelar contra empresas que estejam em recuperação judicial.

### **3.2.7 Mandado de Segurança nº 35.623/DF<sup>116</sup>**

O Ministro Gilmar Mendes, no presente caso, reafirmou seu entendimento de que há competência do Supremo para a edição de medidas Cautelares contra particulares contratantes com o Estado.

O impetrante, também objetivava a anulação de decisão cautelar do TCU que indisponibilizou bens enquanto pessoa física, responsável pela assinatura dos instrumentos contratuais celebrados com o Estado, na época em que exerceu o cargo de Diretor de uma Construtora. A indisponibilidade de bens atingiu a esfera de R\$ 37.396.525,97 (trinta e sete milhões, trezentos e noventa e seis mil quinhentos e vinte e cinco reais e noventa e sete centavos).

Gilmar Mendes citou o entendimento derivado da interpretação conjunta dos art. 70 da CF c/c art. 16 §2º da Lei orgânica do TCU, destacando inclusive precedentes da corte onde restou decidido que competiria à corte de contas

---

<sup>116</sup> STF. MANDADO DE SEGURANÇA: MS 35.623/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ: 08/03/2019, Data de Publicação: 12/03/2019. Disponível em: < [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br) > Acesso em 25 nov. de 2019.

fixar a responsabilidade solidária do agente público que praticou o ato irregular e do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado, afirmando que, é franqueado ao TCU, na fiscalização de contratos, ao proceder à tomada de contas especial, aplicar sanção a *“terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado”*.

Por estas razões, entendeu o Ministro que não lhe parece razoável excluir da incidência das medidas cautelares impostas pelo TCU os particulares que possam ter causado prejuízo ao erário. Assim, o que deve determinar a sujeição de pessoa física ou jurídica à atividade fiscalizatória da Corte de Contas é a origem dos recursos por ela utilizados. Corrobora esse entendimento o disposto no art. 5º (inciso II) da Lei do TCU, regra matriz interpretativa, o qual dispõe que a jurisdição da Corte de Contas abrange, entre outros, todos aqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte em danos ao erário.

Assim, entendeu que os particulares que contratem com a Administração também se enquadram como sendo “responsáveis pela aplicação dos recursos públicos”. No caso concreto, o TCU havia assentado na decisão cautelar que haveria indícios da participação do impetrante em esquema fraudulento. E que, apesar de não ter sido ele o responsável pela assinatura do contrato, toda a formalização e negociação do esquema que acarretou o superfaturamento da obra, teria ocorrido sob suas ordens e comando, na condição de diretor-geral da construtora.

Por estas razões, em sendo admitida a legitimidade passiva de particulares nos processos de controle externo, deve ser admitida, de igual forma, sua sujeição às medidas cautelares que busquem preservar a efetividade do processo final.

\*\*\*

Em vias de conclusão deste capítulo, o que podemos destacar da pesquisa feita, é que ainda nos parece bastante recente a posição do Supremo Tribunal Federal de não permitir a utilização das Medidas Cautelares pelo

Tribunal de Contas da União, considerando que as posições majoritárias vislumbram tal possibilidade fundamentada nas teorias dos poderes implícitos e na Supremacia do Interesse público. No entanto, o objeto de pesquisa ainda não restou satisfeito, posto que não encontramos ainda um julgamento colegiado pelo Supremo Tribunal Federal que de fato enfrente supostas violações ao direito fundamental a propriedade e ao exercício das atividades econômicas, os quais perecem quando ocorrem a decretação das cautelares.

Outro ponto que não há manifestação é a forma como estas cautelares vem sendo aplicadas, contra todos, em valores que superam em muito o previsto para indenização, aplicando-se restrições milionárias, sem qualquer sopesamento ou análise do próprio patrimônio do indivíduo, e por vezes acompanhada de quebra da personalidade jurídica.

Sem dúvida que se reconhece a importância das ações do Tribunal de Contas, que tem a missão de resgatar, ou, ao menos tentar resgatar ao patrimônio público tão dilapidado por inúmeros casos de corrupção, e reaver ao menos migalhas do que nos foi suprimido. No entanto, não é surpresa notar que esta pesquisa não encontrou sequer uma medida cautelar que fosse incidente sobre patrimônio de partidos políticos, ou dos grandes políticos.

Parece que a nova “caça às bruxas” têm mirado os funcionários públicos e em especial a iniciativa privada e, se esquecido de quem foi o orquestrador de todo o esquema, conforme já comprovado nos julgamentos da operação lava-jato.<sup>117</sup>

Dadas essas breves considerações, temos que demonstrar algumas razões pelas quais o Supremo ainda precisa se manifestar de forma expressa sobre as causas que de fato impeçam a aplicação das cautelares ao particular, impondo limites sobre o uso desses instrumentos. É sobre isso que explanaremos no último capítulo que segue.

---

<sup>117</sup> Sobre o tema, recomendamos a leitura do artigo publicado pelo G1, no qual se vê as conexões da Lava Jato. In: G1. CONEXÕES DA LAVA JATO - Lista reúne informações sobre todos os réus da Lava Jato e suas conexões nos processos. Publicado em: 17/11/2015, atualizado em 11/01/2019. <[http://especiais.g1.globo.com/politica/2015/lava-jato/conexoes-da-lava-jato/?\\_ga=2.35996900.550005310.1574636351-2013583930.1562804748](http://especiais.g1.globo.com/politica/2015/lava-jato/conexoes-da-lava-jato/?_ga=2.35996900.550005310.1574636351-2013583930.1562804748)>. Acesso em: 28/11/2019.



#### **4 LIMITAÇÕES A APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES DE INDISPONIBILIDADE DE BENS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO CONTRA PARTICULARES CONTRATANTES COM O ESTADO**

Característica comum ressaltada em vários dos julgados analisados no capítulo três, diz respeito ao reconhecimento da natureza jurídica das decisões emanadas pelos Tribunais de Contas, reconhecido pelo Supremo como decisões administrativas, conforme destaque do trecho a seguir: “(...) *não se pode esquecer que as decisões proferidas pelo Tribunal de Contas possuem natureza eminentemente administrativa, já que o órgão é desprovido de caráter jurisdicional.*”<sup>118</sup>

Um primeiro ponto de observação verificado na pesquisa, é de que o Supremo Tribunal Federal, não parece ter analisado ainda, sob a ótica de validade dos atos administrativos, se as decisões cautelares que restringem o patrimônio privado de empresas contratantes com o Estado, atende a todos os requisitos de validade do ato administrativo.

Os autores Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Romeu Felipe Bacellar Filho, Ricardo Marcondes Martins, em recente obra que trata do tema dizem que para realizarmos a conceituação de ato administrativo, é necessário pressupor a conceituação da função administrativa. Esta pressupõe a conceituação de função pública, que, por sua vez, pressupõe a conceituação de interesse público. Os autores citados conceituam o interesse público da seguinte forma:

“Isoladamente considerado, o particular possui interesses próprios, privados – eis a dimensão privada do interesse privado –; considerado enquanto partícipe de uma sociedade, possui interesses públicos – eis a dimensão pública do interesse privado. Os interesses públicos também são interesses privados, mas qualificados por sua “dimensão pública”. Ocorre que se for deixado ao seu livre-arbítrio, o particular tem a tendência de desprezar o

---

<sup>118</sup> STF. AGR-SEGUNDO EM MANDADO DE SEGURANÇA: AGR-SEGUNDO MS 34.233/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ: 25/05/2018, Data de Publicação: 20/06/2018. Disponível em: < [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br) > Acesso em 25 nov. de 2019.

interesse público. Em economia se diz que o particular tende a posicionar-se como um carona (free-rider): se puder não pagar tributos, ele não os paga na expectativa de que outros o façam. Dessa forma, ele terá mais dinheiro para gastar com seus próprios interesses e, simultaneamente, terá os benefícios decorrentes das obras e atividades públicas, custeadas com os impostos pagos pelos demais. Evidentemente, se todos agirem assim, o interesse público deixa de ser adequadamente satisfeito. Essa inclinação egoísta dos particulares obrigou-os a constituir um ente para a tutela do interesse público: daí a criação do Estado. O Estado não é um fim em si mesmo: não é um Leviatã criado para oprimir os particulares. O Estado é um meio de realização do interesse privado, foi criado pelos seres humanos para que estes sejam, todos, na maior medida possível, felizes. Com efeito: o Estado é um instrumento para realização máxima da felicidade das pessoas. Sua razão de ser é a realização do interesse público, expressão que costuma gerar equívocos desastrosos”.<sup>119</sup> (sem grifos no original)

Os equívocos citados pelos autores, seriam primeiro, supor que haja um interesse estatal próprio, autônomo em relação aos interesses privados e segundo supor que na apuração do interesse a ser tutelado pelo Estado, seja possível desprezar o interesse privado.<sup>120</sup>

É interessante notar que, baseado neste conceito a definição do interesse público, dos particulares enquanto partícipes de uma sociedade, leva em consideração o interesse privado desses particulares. E assim o faz pela óbvia razão de que o particular não deixa de tê-lo ao se inserir na sociedade e, por evidente, não tem interesse de que seus interesses privados sejam obstados. Assim, seu interesse enquanto partícipe da sociedade (dimensão pública do interesse privado) leva necessariamente em consideração seus interesses privados (dimensão privada do interesse privado).

---

<sup>119</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. Tratado de direito administrativo [livro eletrônico]: ato administrativo e procedimento administrativo. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/100965035/v2/page/RB-4.2>>. Acesso em: 28/11/2019.

<sup>120</sup> Op. cit.

É justamente sobre esta ótica de interesse público que entendemos que não se justifica a utilização de medidas cautelares contra particulares, aplicadas pelo TCU, pois ao aplicá-la a corte de contas desconsidera alguns aspectos. Vamos a eles:

#### **4.1 A ocorrência de uma indevida postergação do contraditório**

Observamos que as medidas cautelares impugnadas, juntadas aos processos da pesquisa como ato coator, demonstraram que em grande medida, estas foram tomadas de modo a postergar qualquer possibilidade de contraditório para momento posterior à adoção da medida de indisponibilidade de bens.

Isso demonstra que na adoção deste tipo de medidas não estariam sendo respeitadas as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, o que, poderia levar a uma invalidação do ato impugnado.

#### **4.2 A delimitação constitucional da competência do TCU**

Outro ponto que é minimizado nas decisões pesquisadas, sob o argumento de preservação do interesse público, é a ausência de fundamento normativo para que o TCU promover a determinação de indisponibilidade de bens de particulares. Com todo o respeito, a atuação da E. Corte de Contas, e aos votos pesquisados, entendemos que o TCU deveria se ater aos limites estabelecidos pela Constituição e pela Lei.

Isto porque os processos administrativos no âmbito do TCU, como no âmbito de toda a Administração, devem respeito aos princípios que norteiam a atividade administrativa, especialmente aqueles relativos à aplicação de sanções pelo Estado.

Nesta senda, conforme já expresso neste trabalho, o art. 71 da Constituição Federal delimita com clareza as competências do Tribunal de Contas da União, sendo que o dispositivo constitucional contempla dois incisos que atribuem ao TCU competência para:

“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;

(...)

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”.<sup>121</sup>

Considerando que a Constituição atribuiu ao TCU competência expressamente relacionada à proteção das contas públicas e à preservação do erário. As expressões “dano ao erário” e “prejuízo ao erário” seriam, em nossa modesta opinião, reveladoras de que o TCU não pode atuar em todo e qualquer caso, mas apenas quando identificar a ocorrência de dano ou prejuízo aos cofres públicos.

Ademais, também entendemos que os dispositivos constitucionais estabelecem que se submetem à atividade fiscalizadora do TCU os “administradores” e os “demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos”. A menção a responsáveis e administradores, com o máximo de respeito a posições contrárias, não nos parece referentes aos particulares, mas aos agentes públicos responsáveis pelas contas públicas das entidades da administração direta ou indireta.

#### **4.3 Sobre a Inaplicabilidade do art. 44, §2º, da Lei 8.443/1992 aos particulares e impossibilidade de interpretação extensiva deste**

O falecimento de competência para realização do ato, possível causa de anulabilidade do mesmo, parece-nos ser confirmado pelo regime estabelecido pela Lei Orgânica do Tribunal - Lei 8.443/1992<sup>122</sup>, na parte em que estabelece expressamente qual a abrangência da “jurisdição” do TCU.

Observamos que, entre os diversos incisos do art. 5º, estão arrolados aqueles que se submetem à fiscalização e determinações do TCU, referindo-se sempre a agentes públicos ou aqueles que recebam recursos públicos, com a obrigação de prestar contas de sua utilização.

<sup>121</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 28 nov. 2019.

<sup>122</sup> BRASIL. Lei nº 8.443 de 16 de julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8443.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8443.htm)>. Acesso em 28 nov. 2019.

Em consonância com essas previsões, o art. 6º estabelece que “Estão sujeitas à tomada de contas e, ressalvado o disposto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, só por decisão do Tribunal de Contas da União podem ser liberadas dessa responsabilidade as pessoas indicadas nos incisos I a VI do art. 5º desta Lei”.<sup>123</sup>

Por outro lado, ao tratar da fiscalização de atos e contratos, a Lei 8.443/1992 estabelece no art. 44 o seguinte:

“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.

§ 1º Estará solidariamente responsável a autoridade superior competente que, no prazo determinado pelo Tribunal, deixar de atender à determinação prevista no caput deste artigo.

§ 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”.<sup>124</sup> (sem grifos no original)

No que respeita à medida de indisponibilidade de bens, a Lei 8.443/1992 estabelece que a medida poderá ser adotada em face do “responsável”, que exerça funções públicas. Essa nos parece ser a mais provável interpretação a se compatibilizar com o estabelecido no caput do art. 44 e com as previsões contidas nos arts. 5º e 6º da Lei 8.443/1992.

Assim sendo, como primeira tentativa de resposta aos questionamentos implícitos do tema descrito em capa, não nos parece haver juridicidade para a aplicação da indisponibilidade de bens a particular ou empresa contratada pela

---

<sup>123</sup> Op. cit.

<sup>124</sup> Op. cit.

Administração, posto que, nos termos do estabelecido pela Lei 8.443/1992, a medida é aplicável ao responsável, ou seja, aquele que exerce função pública.

Observa-se que coaduna tal entendimento, a seguinte decisão do Supremo: “A norma inserta no artigo 44 da Lei n. 8.443, de 16 de julho de 1992, não se aplica as sociedades civis. Pressupõe o exercício de função pública e o fato de a pessoa jurídica estar integrada a Administração”.<sup>125</sup>

Além da decisão retrocitada, percebe-se que a mesma guisa conclusiva, serviu como fundamento à decisão do Ministro Marco Aurélio analisada no item (3.2.1) deste trabalho, cujo trecho destacamos:

“2. O cerne da questão está na possibilidade jurídica, ou não, de o Tribunal de Contas da União impor cautelar de indisponibilidade de bens em desfavor de particular. Quanto ao tema, já me manifestei em outras ocasiões, tendo assentado não reconhecer a órgão administrativo, como é o Tribunal de Contas – auxiliar do Congresso Nacional, no controle da Administração Pública –, poder dessa natureza. Percebam: não se está a afirmar a ausência do poder geral de cautela do Tribunal de Contas, e, sim, que essa atribuição possui limites dentro dos quais não se encontra o de bloquear, por ato próprio, dotado de autoexecutoriedade, os bens de particulares contratantes com a Administração Pública. Destaco a impropriedade de justificação da medida com base no artigo 44 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União. O dispositivo está voltado à disciplina da atuação do responsável pelo contrato, servidor público, não a particular. O exame da Lei nº 8.443/1992 respalda o entendimento. O preceito encontra-se na Seção IV, a qual regula a fiscalização de atos e contratos dos quais resulte receita ou despesa, realizados pelos “responsáveis sujeitos à sua jurisdição”. A lei direciona a servidor público, não a particular. No julgamento dos mandados de segurança nº 23.550, da minha relatoria, e nº 29.599, relator o ministro Dias Toffoli, tive a oportunidade de consignar, com fundamento no artigo 71 da Carta da República, norma básica regente da atuação do Tribunal de Contas, a inviabilidade de sustação de contrato. Em voto proferido no mandado de

---

<sup>125</sup> STF. MANDADO DE SEGURANÇA: MS 21.636/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno. DJ: 11/03/1993, Data de Publicação: 19/05/1993. Disponível em: < [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br) > Acesso em 25 nov. de 2019.

segurança nº 24.379, também relatado pelo ministro Dias Toffoli, assentei descaber a imposição de sanção ao particular. O caso sob exame não difere dos citados, sendo forçosa a conclusão pela impossibilidade de determinação, pelo Tribunal de Contas, de medida cautelar constritiva de direitos, de efeitos práticos tão gravosos como a indisponibilidade de bens, verdadeira sanção patrimonial antecipada”.<sup>126</sup>

Ademais, ressalta-se que ao nosso ver haveria uma impossibilidade de interpretação extensiva da previsão contida no §2º, do art. 44, da Lei 8.443/1992, vez que se trata de providências concretas que atingem diretamente o patrimônio do responsável, a sua interpretação deve ser restrita. A determinação de indisponibilidade pode ser adotada apenas nos estritos termos estabelecidos pela Lei, dada a gravidade da medida que atinge diretamente Direitos Fundamentais da Pessoa.<sup>127</sup>

Nesse sentido, destacamos que o STF já decidiu que as competências do TCU devem estar estritamente previstas em Lei, não se admitindo uma interpretação extensiva, sobretudo quando se estiver diante de direitos e garantias fundamentais dos cidadãos:

“Mandado de Segurança. Tribunal de Contas da União. Banco Central do Brasil. Operações financeiras. Sigilo. 1. A Lei Complementar nº 105, de 10/1/01, não conferiu ao Tribunal de Contas da União poderes para determinar a quebra do sigilo bancário de dados constantes do Banco Central do Brasil. O legislador conferiu esses poderes ao Poder Judiciário (art. 3º), ao Poder Legislativo Federal (art. 4º), bem como às Comissões Parlamentares de Inquérito, após prévia aprovação do pedido pelo Plenário da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do plenário de suas respectivas comissões parlamentares de inquérito (§§ 1º e 2º do art. 4º). 2. Embora as atividades do TCU, por sua natureza, verificação de contas e até mesmo o julgamento das

---

<sup>126</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 34.357/DF. Impetrante: Construtora Norberto Odebrecht S/A. Impetrado: Tribunal de Contas da União – TCU. Relator: Min. Marco Aurélio, Decisão liminar. 31 ago. 2016. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 22 nov. 2019.

<sup>127</sup> Art. 5º *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXII - é garantido o direito de propriedade.* In: BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 21 nov. 2019.

contas das pessoas enumeradas no artigo 71, II, da Constituição Federal, justifiquem a eventual quebra de sigilo, não houve essa determinação na lei específica que tratou do tema, não cabendo a interpretação extensiva, mormente porque há princípio constitucional que protege a intimidade e a vida privada, art. 5º, X, da Constituição Federal, no qual está inserida a garantia ao sigilo bancário. 3. Ordem concedida para afastar as determinações do acórdão nº 72/96 - TCU - 2ª Câmara (fl. 31), bem como as penalidades impostas ao impetrante no Acórdão nº 54/97 - TCU – Plenário”.<sup>128</sup> (sem grifos no original)

Portanto, reafirmamos que não há aplicabilidade do art. §2º, do art. 44, da Lei 8.443/1992 à particulares contratantes com o Estado, sendo que não deverá prevalecer a interpretação extensiva desta legislação, da forma como vem sendo aplicada pelo TCU e atualmente referendada pelo Supremo, conforme destacamos no capítulo três.

#### **4.4 A necessidade de recurso ao Judiciário para as medidas destinadas a atingir o patrimônio do particular (art. 61, da Lei 8.443/1992)**

É importante sempre esclarecer que, o que estamos a defender no presente trabalho, não é, em nenhuma hipótese, o acobertamento a crimes, a impunidade, a perpetuação da corrupção, pelo contrário, o que defendemos com veemência é que todo este câncer estúpido, que ainda não nos permitiu ser um país decente, seja extirpado e que os culpados, após julgamento, sejam devidamente punidos, e que essa punição obedeça os estritos limites de sua culpabilidade, pois, o que se apregoa aqui, é que estas ações sejam praticas na forma do direito, até mesmo para fins de se evitar anulações destas quando ilegalmente realizadas.

Para isso, um dos caminhos, onde seriam respeitados os princípios do Devido Processo Legal, se daria pela observância pela Corte de Contas do dispositivo expresso no art. 61, da Lei 8.443/1992, o qual, aliás, ao nosso ver confirma que não

---

<sup>128</sup> STF. MANDADO DE SEGURANÇA: MS 22.801/DF. Relator: Ministro Menezes Direito. Tribunal Pleno. DJ: 17/12/2007, Data de Publicação: 13/03/2008. Disponível em: < [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br) > Acesso em: 25 nov. de 2019.

cabe ao próprio TCU adotar medidas destinadas ao bloqueio ou arresto dos bens dos responsáveis contra os quais se repute haver débito, vejamos:

“Art. 61. O Tribunal poderá, por intermédio do Ministério Público, solicitar 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”.

Reafirmamos que a leitura do dispositivo acima confirma que, para a adoção de medidas específicas em face daqueles considerados responsáveis por débitos, o TCU deveria solicitar providências para a obtenção de arresto de bens, recorrendo ao Judiciário.

Assim, observamos que tal previsão é coerente com a universalidade da jurisdição (art. 5º, inc. XXXV) e com o reconhecimento de que medidas que impliquem ingerência sobre o patrimônio do particular são de competência do Poder Judiciário, salvo expressa previsão legal, os quais, ao nosso ver ainda não existentes.

Aliás, isso é uma decorrência da própria natureza da decisão final a ser proferida pelo TCU, pois, conforme expressamos no capítulo um deste trabalho, na tomada de contas especial, quando se reputa existente algum débito a decisão do TCU não poderia atingir diretamente o patrimônio do particular, visto que não há uma autoexecutoriedade destas.

Vale lembrar que as decisões do TCU fazem a constituição de título executivo extrajudicial na forma prevista no art. 71, §3º, da CF/88 e arts. 23, inc. III, alínea ‘b’ e 24, da Lei 8.443/1992, cabendo à entidade interessada a sua execução judicial. Nesse sentido. Sobre a não autoexecutoriedade, o STF já expressou o seguinte entendimento:

“Agravo regimental no recurso extraordinário. Administrativo. Tribunal de Contas do Estado. Imputação de multa a autoridade municipal. Execução de título executivo extrajudicial. Impossibilidade. Ausência de leg. Precedentes. 1. O Tribunal Pleno desta Corte, no julgamento do RE nº 223.037/SE, Relator o Ministro Maurício Corrêa, assentou que somente o ente da Administração Pública prejudicado possui legitimidade para executar títulos executivos extrajudiciais cujos débitos hajam sido

imputados por Cortes de Contas no desempenho de seu mister constitucional. 2. Agravo regimental não provido”.<sup>129</sup>

“Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Legitimidade para executar multa imposta pelo Tribunal de Contas do Estado (TCE). 3. O artigo 71, § 3º, da Constituição Federal não outorgou ao TCE legitimidade para executar suas decisões das quais resulte imputação de débito ou multa. 4. Competência do titular do crédito constituído a partir da decisão o ente público prejudicado. 5. Agravo regimental a que se nega provimento”.<sup>130</sup>

Da leitura dos textos legislativos e de Jurisprudência, é possível concluirmos que, se a decisão definitiva e exauriente a ser adotada pelo TCU é apta a gerar tão somente um título executivo extrajudicial, o qual deverá ser executado perante o Poder Judiciário, por igual medida, para que sejam adotadas medidas de excussão de bens do devedor, parece-nos evidente que não haveria competência para que o TCU adote-se administrativamente, sem qualquer possibilidade de recurso ao Judiciário medidas acautelatórias graves, que atinjam os bens dos particulares.

#### **4.5. Os limites aos efeitos da decisão do E. TCU no caso de fiscalização de contratos**

Há, ainda uma outra limitação, capaz de demonstrar a invalidade da aplicação da cautelares de indisponibilidade de bens, aplicada pelo TCU aos particulares, o qual envolve um debate sobre o exercício de competência fiscalizatória do TCU sobre contratos, o qual, ao nosso ver encontraria limites específico no texto constitucional.

---

<sup>129</sup> STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 525663/AC. Relator: Ministro Dias Toffoli. Primeira Turma. DJ: 30/08/2011, Data de Publicação: 13/10/2011. Disponível em: < [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)> Acesso em 25 nov. de 2019.

<sup>130</sup> STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: AI 826676 AgR. Relator: Gilmar Mendes. Segunda Turma. DJ: 08/02/2011, Data de Publicação: 23/02/2011. Disponível em: < [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)> Acesso em 25 nov. de 2019.

Recordemos o disposto nos termos do art. 71, §1º, da Constituição, onde se diz: “No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis”.<sup>131</sup>

Portanto, no caso da fiscalização de contratos, ao nosso ver o TCU não poderia adotar, como vem fazendo medidas destinadas à sustação do contrato objeto de fiscalização. Deveria ele primeiramente comunicar o Congresso Nacional, que adotará diretamente o ato, solicitando ao Poder Executivo a adoção das medidas correspondentes.

A previsão constitucional insere-se no regime de distribuição de competências (*checks and balances*) entre o Legislativo, Executivo e Judiciário (art. 2º, da CF/88), conforme explícito com mais detalhes no capítulo um deste trabalho, e pressupõe que o controle externo exercido pelo Congresso Nacional “será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União” (art. 71, caput, da CF/88).

No mesmo sentido, vale destacar as lições de Maria: Sylvia Zanella di Pietro:

Há que se observar que “sustar” não significa invalidar. Nem o Tribunal de Contas, nem o Congresso Nacional podem tirar do mundo jurídico um ato ou contrato praticado pela Administração, sob pena de infringência ao princípio da separação de poderes. “Sustar” significa “fazer parar, interromper, suspender”. Não é por outra razão que o §1º do art. 71 prevê a sustação do contrato pelo Congresso Nacional, mas, em seguida, estabelece que as “medidas cabíveis” devem ser tomadas pelo Poder Executivo. É este que deve invalidar o contrato administrativo, dando cumprimento à decisão política adotada pelo Congresso Nacional.<sup>132</sup>

A opinião da autora citada, encontra amparo também na Lei 8.443/1992 estabelece que “No caso de contrato, o Tribunal, se não atendido, comunicará o fato

---

<sup>131</sup> Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...)§ 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. In: BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 21 nov. 2019.

<sup>132</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O papel dos tribunais de contas no controle dos contratos administrativos. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 15, n. 82, p. 15-48, nov./dez. 2013.

ao Congresso Nacional, a quem compete adotar o ato de sustação e solicitar, de imediato, ao Poder Executivo, as medidas cabíveis” (art. 45, §2º).

Portanto, em nossa opinião o TCU não detém competência para adotar ele próprio medidas destinadas à sustação de contratos, pois, nos termos da Constituição e da Lei 8.443/1992, cabe tão somente ao Congresso Nacional solicitar ao Executivo a adoção das medidas adequadas, uma vez que haja reconhecimento definitivo de irregularidade em contrato sob fiscalização.

Por consequência, se o TCU não pode invalidar contratos ou desfazê-los, tampouco poderia adotar medidas acautelatórias que tenham por pressuposto o desfazimento do estabelecido em contratos.

#### **4.6 O risco de dano inverso e irreversibilidade da cautelar**

Para finalizarmos os limites que nos parecem desconsiderados na ordem de indisponibilidade exarada pelo TCU, destacamos o grave risco de dano inverso.

Conforme exposto nos acórdãos pesquisados em vários dos casos em análise, a medida cautelar aplicada determinava a decretação da indisponibilidade de bens de titularidade em valores gigantescos, em cifras que ultrapassavam inclusive o valor do contrato realizado com a administração pública.

Não localizamos em nenhum momento uma ponderação do agente, quanto a dimensão econômica dos valores e a gravidade da providência, as quais ao nosso ver podem acarretar elevado risco de irreversibilidade da providência.

Ou seja, se eventualmente ficar comprovado a ausência de conduta culposa pelas empresas e pessoas que atingidas pela indisponibilidade, raramente seria possível o retorno ao status anterior, considerando a grande probabilidade de danos irreversíveis, que se projetarão sobre terceiros, e, que podem acarretar na verdade, em uma inviabilização das atividades da empresa afetada.

Como resultado prático corre-se o risco de haver paralisação das empresas que não conseguirem movimentar patrimônios, e honrar com seus credores, acarretando ainda uma possível ausência da continuidade de recebimento de créditos e realização de novos negócios.

Portanto, a própria decretação da indisponibilidade dos bens não parece ser a providência mais adequada a produzir o resultado pretendido, a qual consiste em assegurar a satisfação de eventual e futuro ressarcimento. Muito pelo contrário, poderá produzir resultado oposto, o que violaria as exigências derivadas dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, consagrados pela Constituição.

## CONCLUSÃO

Ao chegarmos ao fim da presente pesquisa, passamos ao resumo das linhas percorridas e conclusões alcançadas em cada uma das etapas.

Rememoramos que na primeira parte, capítulo um, traçamos uma análise dos poderes estatais, com o objetivo de localizarmos o TCU na estrutura organizacional de poder, ancorados na teoria da tripartição dos poderes, foi explicitado a importância histórica e constitucional do Tribunal de Contas da União, bem como, descrita suas principais funções, características e forma de exercício do Poder que lhe foi outorgado.

O objetivo foi encontrar uma adequada classificação as atividades estatais relacionadas ao controle externo no Estado Brasileiro, refletindo sobre as competências do sistema jurisdicional, e se a forma de atuação da Corte de Contas lhe permitiria atuação contra particulares contratantes com o Estado.

No Segundo Capítulo, nosso trabalho analisou de forma sintética os estudos que foram desenvolvidos pelos processualistas cíveis, para estabelecermos as técnicas processuais que seriam adequadas para a proteção do direito de cognição exauriente, refletindo a importância das cautelares para a garantia destes direitos que não podem aguardar.

Foi possível ali descrevermos que os mesmos preceitos teóricos são utilizados no processo de contas, o que foi examinado na terceira parte do trabalho, quando passamos a pesquisa dos precedentes do Supremo Tribunal Federal, e a forma de tratamento da matéria, dando especial destaque a análise dos casos em que, se tenta, ou tentava-se a anulação das cautelares deferidas pelo TCU, que atingiam patrimônios de particulares.

Na análise da Jurisprudência da Suprema Corte, foi possível percebermos que o tema ainda é bastante nebuloso, sem uma análise em definitivo pelo Pleno, embora esteja pautado para tal.

Diante da nebulosidade, existem decisões contrárias e favoráveis, sendo que as contrárias se baseiam principalmente na teoria dos poderes implícitos, pela qual se afirma que não poderia ser dado ao Tribunal de Contas o Poder de jogar, sem que lhe fosse dado igual prerrogativa de fazer garantir a eficácia de suas decisões, além de argumentos que trazem a prevalência do interesse público sobre o particular. Na análise dos argumentos favoráveis, os quais, ainda em minoria, parece-nos que a questão foi analisada com maior sobriedade, onde buscando-se a interpretação histórico normativa, bem como a analógica não se vislumbrou a transferência de tal poder ao Tribunal de Contas.

No Capítulo final, assumimos nossa preocupação com relação a forma como o tema vem sendo tratado, lançando reflexões que nos parecem ainda não abordadas de forma direta pelo Supremo Tribunal, e que precisam ser respondidas para traduzir alguma segurança jurídica as relações comerciais.

É justamente a necessidade de Segurança jurídica, que embasa a reflexão de conclusão. Afinal, será que os empresários, cientes dos riscos de verem a qualquer momento, bloqueados seus bens, em razão de suspeitas que eventualmente recaiam sobre os contratos de fornecimento do Governo, manteriam o fornecimento? Será que com todo o garantismo o governo continuaria a ser um cliente atraente? Isso seria ou não transferido ao custo da contratação somando-se ao já dispendioso “custo-Brasil”? Além das dessas questões objetivas, a Justiça está sendo realizada? O combate aos ilícitos deve ser realizado a qualquer custo, inclusive contra garantias resguardadas na nossa Constituição?

As reflexões trazidas neste trabalho tiveram por objetivo trazer algumas luzes sobre a forma mais equilibrada para o uso das cautelres. Coube neste espaço refletir e ponderar entre as interpretações existentes, assumindo que um lado não parece estar completamente respaldado pelo melhor Direito.

Longe de defender a impunidade, nesta dissertação tivemos como maior propósito argumentar que as ações do Estado estabeleçam maior diálogo com o Poder jurisdicional, que é existente justamente para dar cabo a tais

situações, e que, nele sejam permitidas a garantia de ampla defesa contraditório e as fases recursais. Não acreditamos que em resposta a lentidão do Poder judiciário, outro poder lhe assumira vez, buscando satisfazer a sede de justiça da nação, pois se assim pensarmos, passaremos também a permitir outras formas de usurpação de poder, e estaremos a um passo do fim da democracia, na forma que a conhecemos hoje.

## BIBLIOGRAFIA

ABBOUD, Georges; NERY JUNIOR, Nelson. **Direito constitucional brasileiro [livro eletrônico]: Curso Completo**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ABBOUD, Georges; NERY JUNIOR, Nelson. ***Doutrina, Processos e Procedimentos - Direito processual civil novo CPC***. Ed. Em e-book baseada na 1. Ed. Impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. indeterminada. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/103664202/v25/document/108155662/anchor/a-107942717>>. Acesso em 28/10/2019.

AGUIAR, Ubiratan Diniz de; ALBUQUERQUE, Marcio André Santos de; MEDEIROS, Paulo Henrique Ramos. ***A administração pública sob a perspectiva do controle interno***. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Tratado de direito administrativo [livro eletrônico]: ato administrativo e procedimento administrativo**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/100965035/v2/page/RB-4.2>>. Acesso em: 28/11/2019.

Barbosa, Rui. **Oração aos moços/Rui Barbosa; edição popular anotada por Adriano da Gama Kury**. – 5. ed. – Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997. p.40. Disponível em: <[http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/ruibarbosa/FCRB\\_Ruibarbosa\\_Oracao\\_aos\\_mocos.pdf](http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/ruibarbosa/FCRB_Ruibarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf)>. Acesso em: 11 jun. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Resolução TCU nº 246 de 30 de novembro de 2011. Altera o Regimento Interno do Tribunal de Contas da União aprovado pela Resolução TCU nº 155 de 4 de dezembro de 2002**. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/normativos/regimentos-internos/>> Acesso em 13. Jun. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> . Acesso em 21 nov. 2019.

BRASIL. **Constituição Política do império do Brazil (de 25 de março de 1824)**. Disponível em: <

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>. Acesso em: 12 jul. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 966-A, de 7 de novembro de 1890. Crêa um Tribunal de Contas para o exame, revisão e julgamento dos actos concernentes á receita e despesa da Republica.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-966-a-7-novembro-1890-553450-publicacaooriginal-71409-pe.html>>. Acesso em: 12 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm)>. Acesso em 26 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em 11. Jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5869impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm)>. Acesso em 11. Jun. 2019.e

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm)>. Acesso em 13. nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 34.357/DF.** Impetrante: Construtora Norberto Odebrecht S/A. Impetrado: Tribunal de Contas da União – TCU. Relator: Min. Marco Aurélio, Decisão liminar. 31 ago. 2016. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 22 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **História do TCU.** Disponível em: <[http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/institucional/conheca\\_tcu/historia](http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/institucional/conheca_tcu/historia)>. Acesso em: 12 jul. 2019.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União. Regimento Interno.** Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/normativos/regimentos-internos/>>. Acesso em: 12 jul. 2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil.** São Paulo: Atlas, 3.v, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito e poder [livro eletrônico]: ensaio de epistemologia jurídica.** 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

CONTI, José Maurício. **A autonomia financeira do Poder Judiciário.** São Paulo: MP. Ed., 2006.

CRETELA JUNIOR, José. **Natureza Jurídica das decisões do Tribunal de Contas.** Revista de inf. Legisl. Brasília a.24. n. 94. Abr./jun. 1897.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **O papel dos tribunais de contas no controle dos contratos administrativos.** Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 15, n. 82, p. 1548, nov./dez. 2013.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento.** 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de contas do Brasil: jurisdição e competência.** 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

FURTADO, José de Ribamar Caldas. **Controle de legalidade em medidas cautelares dos Tribunais de Contas.** Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 6, n. 66, jun. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=40827>>. Acesso em: 19 jul. 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo [livro eletrônico]** 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/91049397/v13/document/157101002/anchor/a-157100953>>. Acesso em 09 jul. 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil, volume 4: processo cautelar.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 27.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

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

MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela cautelar à técnica antecipatória.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 29 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

OLIVEIRA, Antônio Flávio de. **Aplicação de sanções da Lei nº 8.666/1993 e desconsideração da personalidade jurídica**. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 11, n.126, p. 45-53, jun. 2012.

PETIAN, Angélica. **A aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica às sanções administrativas**. Interesse Público - IP, Belo Horizonte, ano 12, n. 61, maio/jun. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=67694>>. Acesso em: 19 jul. 2019.

SALLES, Alexandre Aroeira; FERREIRA, Francisco Freitas de Melo Franco. **Fundamentos e limites da medida cautelar de indisponibilidade de bens decretada pelo Tribunal de Contas da União contra particulares contratados da Administração Pública**. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 16, n. 188, p. 9-15, out. 2016.

SARQUIS, Alexandre Manir Figueiredo; CESTARI, Renata Constante. **Direito processual de contas: manual de boas práticas processuais de contas**. Revista do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, v. 55, p. 44-49, ago. 2013. Disponível em: <[http://www.tcm.rj.gov.br/Noticias/10777/Revista\\_TCMRJ\\_55.pdf](http://www.tcm.rj.gov.br/Noticias/10777/Revista_TCMRJ_55.pdf)>. Acesso em: 11 set. 2019.

SCAPIN, Romano. **A Expedição de Provimentos provisórios pelos Tribunais de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 121.

SILVA, Artur Adolfo Cotias. **O Tribunal de Contas da União na história do Brasil : evolução histórica, política e administrativa (1890 - 1998)**. Brasil. Tribunal de Contas da União. Prêmio Serzedello Corrêa 1998 : Monografias Vencedoras / Tribunal de Contas da União. — Brasília : TCU, Instituto Serzedello Corrêa, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência)**. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Teoria Geral do Processo Civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

STF. **AG. REG. NA MEDIDA CAUTELAR NO MANDADO DE SEGURANÇA: MS 26.547 MC-AgR/DF**. Relator: Min. CELSO DE MELLO. Tribunal Pleno. DJ 06/06/2007, , Data de Publicação: 24/09/2009.

**STF. AGR-SEGUNDO EM MANDADO DE SEGURANÇA: AGR-SEGUNDO MS 34.233/DF.** Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ: 25/05/2018, Data de Publicação: 20/06/2018. Disponível em: < [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)> Acesso em 25 nov. de 2019.

**STF. MANDADO DE SEGURANÇA: MS 21.636/DF.** Relator: Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno. DJ: 11/03/1993, Data de Publicação: 19/05/1993. Disponível em: < [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)> Acesso em 25 nov. de 2019.

**STF. MANDADO DE SEGURANÇA: MS 22.801/DF.** Relator: Ministro Menezes Direito. Tribunal Pleno. DJ: 17/12/2007, Data de Publicação: 13/03/2008. Disponível em: < [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)> Acesso em 25 nov. de 2019.

**STF. MANDADO DE SEGURANÇA: MS 24.379/DF.** Relator: Ministro Dias Tofolli. Primeira Turma. DJ: 22/09/2015, Data de Publicação: 16/10/2015. Disponível em: < [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)> Acesso em 25 nov. de 2019.

**STF. MANDADO DE SEGURANÇA: MS 24.510/DF.** Relatora: Ministra Ellen Gracie. DJ: 04/08/2004, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 27/08/2004. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2115148>> Acesso em 09 jul. de 2019.

**STF. MANDADO DE SEGURANÇA: MS 26.094/DF.** Relator: Ministro Dias Tofolli. DJ: 10/02/2011, Data de Publicação: 15/02/2011. Disponível em: < [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)> Acesso em 25 nov. de 2019.

**STF. MANDADO DE SEGURANÇA: MS 34.392/DF.** Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 16/08/2018, Data de Publicação: 21/08/2018. Disponível em: < [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)> Acesso em 25 nov. de 2019.

**STF. MANDADO DE SEGURANÇA: MS 35.506/DF.** Relator: Ministro MARCO AURÉLIO. DJ: 08/02/2018, Decisão monocrática, Data de Publicação: DJe 14/02/2018. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5343207>> Acesso em 09 jul. de 2019.;

**STF. MANDADO DE SEGURANÇA: MS 35.623/DF.** Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ: 08/03/2019, Data de Publicação: 12/03/2019. Disponível em: < [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)> Acesso em 25 nov. de 2019.

**STF. MANDADO DE SEGURANÇA: MS 35.920/DF.** Relator: Ministro MARCO AURÉLIO. DJ: 28/09/2018, Decisão monocrática, Data de Publicação: DJe 01/10/2018. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5524672>> Acesso em 09 jul. de 2019.

**STF. MC EM MANDADO DE SEGURANÇA: MS 34.446/DF.** Relator: Ministra Rosa Weber. DJ: 22/11/2016, Data de Publicação: 25/11/2016. Disponível em: < [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)> Acesso em 25 nov. de 2019.

**STF. MC EM MANDADO DE SEGURANÇA: MS 34.738/DF.** Relator: Ministro Roberto Barroso. DJ: 11/04/2017, Data de Publicação: 19/04/2017. Disponível em: < [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)> Acesso em 25 nov. de 2019.

**STF. MC EM MANDADO DE SEGURANÇA: MS 34.793/DF.** Relator: Ministro Edson Fachin. DJ: 29/06/2017, Data de Publicação: 31/07/2017. Disponível em: < [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)> Acesso em 25 nov. de 2019.

**STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: AI 826676 AgR.** Relator: Gilmar Mendes. Segunda Turma. DJ: 08/02/2011, Data de Publicação: 23/02/2011. Disponível em: < [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)> Acesso em 25 nov. de 2019.

**STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 525663/AC.** Relator: Ministro Dias Toffoli. Primeira Turma. DJ: 30/08/2011, Data de Publicação: 13/10/2011. Disponível em: < [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)> Acesso em 25 nov. de 2019.

**STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 663078/RS.** Relator: Ministro ROBERTO BARROSO. DJ: 31/03/2017, 1ª Turma, Data de Publicação: 25/04/2017. Disponível em: < [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)> Acesso em 10 jul. de 2019.

**STF. SÚMULA VINCULANTE Nº3.** DJe nº 31 de 06/06/2007, p. 1. DJ de 06/06/2007, p. 1. DOU de 06/06/2007, p. 1. Data de Aprovação: Sessão Plenária de 30/05/2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=3.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 27/10/2019.

**THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência.** Rio de Janeiro: Forense, 2011.