UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

ENRIQUE DE ABREU LEWANDOWSKI

ABRANGÊNCIA E LIMITES DA TUTELA CAUTELAR NOS TRIBUNAIS DE CONTAS

SÃO PAULO - SP

2022

ENRIQUE DE ABREU LEWANDOWSKI

ABRANGÊNCIA E LIMITES DA TUTELA CAUTELAR NOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Tese de Doutorado apresentado à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Área de concentração Direito Financeiro

Orientação: Prof. Titular Dr. Heleno Taveira Torres.

SÃO PAULO - SP

2022

FICHA CATALOGRÁFICA

Catalogação da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

---

Lewandowski, Enrique de Abreu
Abrangência e limites das decisões cautelares nos tribunais de contas; Enrique de Abreu Lewandowski; orientador Heleno Taveira Torres -- São Paulo, 2022.
244
Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito Direito Econômico, Financeiro e Tributário) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2022.
1. Tribunal de contas. 2. Poder geral de cautela.
I. Torres, Heleno Taveira, orient. II. Titulo.

FOLHA DE AVALIAÇÃO

Nome: LEWANDOWSKI, Enrique de Abreu

Título: Abrangência e limites da tutela cautelar nos tribunais de contas

Tese de doutorado apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de doutor em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora:

Professor: _____ ass.:_____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Professor: _____ ass.:_____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Professor: _____ ass.:_____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Professor: _____ ass.:_____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Professor: _____ ass.:_____

Instituição: _____

Julgamento: _____

AGRADECIMENTOS

Ao meu pai, pelas incontáveis lições e contribuições na vida pessoal, profissional e acadêmica.

À minha mãe, pelo contínuo apoio e por ter sido determinante em minha formação.

À minha esposa, pois sem ela nada disso seria possível.

RESUMO

LEWANDOWSKI, Enrique de Abreu. **Abrangência e limites da tutela cautelar dos tribunais de contas**. 2022. Tese (Doutorado em Direito – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.

A presente tese tem como objetivo central demonstrar que o poder geral de cautela do Tribunal de Contas da União e das cortes congêneres dos entes estaduais e municipais não é ilimitado. Os tribunais de contas têm crescido visivelmente em poder, não raro mediante a usurpação da função de outros órgãos, ao menos aparentemente, quer legislativos, quer judiciários, ou por meio da ocupação de espaços que não lhe são próprios, ultrapassando os lindes assinalados pelo legislador constituinte e ordinário. Após analisar a natureza jurídica dos tribunais de contas, suas competências e as normas processuais sobre medidas cautelares e as tutelas provisórias do código processual vigente, buscou-se estabelecer, baseado na legislação, jurisprudência e doutrina os limites ao exercício do poder cautelar das mencionadas cortes. Ao proferir suas decisões, os tribunais de contas são obrigados a observar não apenas os princípios basilares que regem a administração pública – nos processos e todas as demais medidas empreendidas–, mas também os padrões axiológicos e limites normativos da processualística brasileira.

Palavras-chave: Tribunais de contas. Poder cautelar. Princípios do direito administrativo brasileiro. Código de processo civil.

ABSTRACT

LEWANDOWSKI, Enrique de Abreu. **Scope and limits of injunctions of the Federal Courts of Auditors.** 2022. Thesis (Doctorate in Law – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2022.

The main objective of this thesis is to demonstrate that the general power to issue injunctions by Federal Court of Auditors and the similar courts of state and municipal entities is not unlimited. Courts of auditors have visibly grown in power, not infrequently through the usurpation of the function of other bodies, at least apparently, whether legislative or judicial, or through the occupation of areas that are not their own, surpassing the limits specified by legislators. After analyzing the legal nature of the different courts of auditors, their powers and the procedural rules on injunction and the provisional injunctions of the current procedural code, it was sought to establish, based on current legislation, caselaw and doctrine, the limits in which the aforementioned courts may exercise these precautionary measures. When rendering their decisions, the courts of auditors are obliged to observe not only the basic principles that govern public administration – in the proceedings and all other measures undertaken –, but also the axiological standards and normative limits of Brazilian procedural law.

Keywords: Courts of Accounts. Injunction orders. Principles of Brazilian administrative law. Code of civil procedure.

ABSTRAIT

LEWANDOWSKI, Enrique de Abreu. **Portée et limites de la mesure conservatoire de la cour des comptes**. 2022. Thèse (Doctorat en droit – Faculté de droit, Université de São Paulo, São Paulo, 2022.

L'objectif principal de cette thèse est de démontrer que le pouvoir général d'émettre des injonctions par la Cour des comptes fédérale et les tribunaux similaires des entités étatiques et municipales n'est pas illimité. Les cours des comptes ont visiblement gagné en puissance, souvent par usurpation de la fonction d'autres organes, législatifs ou judiciaires, ou par l'occupation d'espaces qui ne sont pas les leurs, dépassant les limites indiquées par le législateur. Après avoir analysé la nature juridique des cours des comptes, leurs attributions et les règles de procédure relatives aux mesures d´injonction et aux ordonnances provisoires du code de procédure en vigueur, le but a été d'établir, sur la base de la législation, de la jurisprudence et de la doctrine, les limites de ces cours à l'exercice du pouvoir d'injonction. En rendant leurs décisions, les cours des comptes sont tenues de respecter non seulement les principes fondamentaux qui régissent l'administration publique – dans les procédures et toutes les autres mesures prises –, mais aussi les normes axiologiques et les limites normatives du droit procédural brésilien.

Mots clés: Cours des comptes. Ordonnances d'injonction. Principes du droit administratif brésilien. Code de procédure civile.

SUMÁRIO

1. REFLEXÕES METODOLÓGICAS 13
2. NOTAS INTRODUTÓRIAS 17
3. TUTELAS JURÍDICAS E ADMINISTRATIVAS 20
3.1. Universalidade da jurisdição 20
3.2. Direito de ação 22
3.3. Ideia de processo 25
3.4. *Due process e fair trial* 27
3.5. Processo administrativo 31
3.5.1. Processo administrativo como garantia 33
3.5.2. Outros princípios regentes 36
3.5.3. Disciplina legal 39
3.5.4. Aplicação supletiva e subsidiária do CPC 41
3.5.5. Art. 15 do CPC nas Justiças Eleitoral e do Trabalho 43
3.5.6. Observância do CPC por órgãos autônomos 46
4. CONTROLE DOS GASTOS PÚBLICOS 48
4.1. Valores republicanos 48
4.2. Dever de prestar contas 51
4.3. Formas de controle 53
4.3.1. Responsabilidade solidária e controle popular 58
4.4. Tribunais de contas e auditorias 59
4.5. Histórico das cortes de contas no Brasil 61
4.6. Natureza do Tribunal de Contas da União 62
4.6.1. Cortes de contas estaduais e municipais 64
4.7. Decisões sem força de coisa julgada 65
4.7.1. Opiniões divergentes 69
4.7.2. Posição intermediária 72
4.8. Composição e atribuições 73
4.8.1. Ministério Público de Contas 77
4.8.2. Natureza do Ministério Público de Contas 79
4.8.3. Composição e atribuições do *Parquet* de Contas da União 82
4.9. Legalidade, legitimidade e economicidade 83
4.10. Espécies de processos 86
4.10.1. Julgamento de contas 87

4.10.2. Registro de atos de pessoal 91
4.10.3. Atividades fiscalizatórias 92
4.11. Sanções aplicáveis 95
4.12. Recursos contra decisões 97
4.13. Medidas cautelares nos tribunais de contas 98
5. PODER GERAL DE CAUTELA E TUTELA PROVISÓRIA 102
5.1. Modalidades de tutela 102
5.2. Medidas cautelares 104
5.3. Perspectiva comparatista 108
5.4. Fundamentos do poder geral de cautela 110
5.5. Cautelares na seara penal 113
5.6. Cautelares no processo administrativo 115
5.7. Poder geral de cautela no CPC de 1973 116
5.8. Evolução do instituto 117
5.9. Atual regramento das tutelas provisórias 119
5.9.1. Características e espécies das tutelas provisórias 122
5.9.2. Concessão da tutela *ex officio* 125
5.9.3. Recorribilidade das tutelas 127
5.9.4. Pagamento de custas 128
5.9.5. Eficácia, revogação e modificação 129
5.9.6. Efetivação das tutelas provisórias 131
5.9.7. Motivação, denegação, modificação e revogação 132
5.9.8. Competência para o deferimento da tutela 134
5.9.9. Especificidades e requisitos da tutela de urgência 135
5.9.10. Exigência de contracautela 139
5.9.11. Concessão inaudita altera parte 140
5.9.12. Reversibilidade da medida 141
5.9.13. Efetivação da tutela de urgência 142
5.9.14. Prejuízos decorrentes da tutela de urgência 144
5.9.15. Pedido de tutela antecipada antecedente 146
5.9.16. Estabilização da tutela antecipada 149
5.9.17. Aspectos procedimentais da tutela cautelar antecedente 151
5.9.18. Tutela de evidência 153

6. ENTENDIMENTO DA SUPREMA CORTE SOBRE O PODER CAUTELAR DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO 155
6.1. Fundamento legal e doutrinário 155
6.2. Considerações sobre as cautelares 157
6.3. Poder geral de cautela do Tribunal de Contas na do STF 159
6.3.1. Cautelares *inaudita altera parte* 160
6.3.2. Anulação de contratos 162
6.3.3. Quebra de sigilo bancário 163
6.3.4. Recálculo e retenção de valores licitados 165
6.3.5. Indisponibilidade de bens 167
6.3.5.1. Limites à decretação de indisponibilidade 169
6.3.5.2. Impossibilidade de prorrogação da indisponibilidade 170
6.3.6. Prescrição da pretensão punitiva 171
6.3.7. Desconsideração da personalidade jurídica 173
6.3.7.1. Polêmica sobre a desconsideração 176
7. PRESSUPOSTOS, REQUISITOS E LIMITES 181
7.1. Principiologia administrativa 181
7.2. Lógica do razoável 183
7.3. Razoabilidade e proporcionalidade 185
7.3.1. Distinção entre razoabilidade e proporcionalidade 187
7.3.2. Aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade no âmbito administrativo 190
7.3.3. Apanhado sobre os princípios da razoabilidade e proporcionalidade 191
7.4. Abrangência do controle pelo Tribunal de Contas da União 192
7.5. Instrumentos e processos 194
7.6. Sanções admitidas 194
7.7. Recursos admissíveis 195
7.8. Condições de procedibilidade 196
7.9. Pressupostos das cautelares 198
7.10. Medidas cautelares possíveis 201
7.11. Revogação, modificação e estabilização das tutelas 202
7.12. Limites à sustação e anulação de contratos 204
7.13. Vedação à quebra do sigilo bancário 204
7.14. Balizas para a indisponibilidade de bens 205

7.15. Prazo para a prescrição da pretensão punitiva.....206
7.16. Debates sobre a desconsideração da personalidade jurídica 206
7.17. Responsabilidade por tutelas indevidas.....208
8. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....213
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 222

1. REFLEXÕES METODOLÓGICAS

De início, como recomenda a boa praxe acadêmica, cumpre explicitar algumas das premissas metodológicas norteadoras do presente trabalho, o que, sabidamente, não é tarefa das mais fáceis dadas as notórias controvérsias que envolvem o debate em torno da epistemologia jurídica.[1] Antes mesmo de se adentrar nessa complexa – e talvez infindável discussão – convém tecer algumas considerações sobre o próprio conhecimento científico.

Nesse passo, a primeira constatação a fazer é que ele começa com a superação do pensamento mítico enquanto modelo de explicação do universo. Essa transição teve início com os antigos gregos, que "foram despojando progressivamente o *mythos* de todo valor religioso e metafísico", o qual acabou por representar "tudo o que não podia existir realmente", contrapondo-o, primeiro, ao *logos* e, depois, a *historia*, como instrumentos para compreender, exclusivamente por meio da razão, a realidade circundante.[2]

Os filósofos pré-socráticos, nos albores da civilização helênica, foram os primeiros a propor uma explicação racional para o cosmos e tudo aquilo que nele se contém, buscando superar o mito e o senso comum.[3] Por isso mesmo são considerados os precursores do pensamento científico. A partir das cogitações desses pensadores – um tanto quanto ingênuas, sob uma perspectiva contemporânea – foi possível aos homens compreender melhor o mundo no qual estão inseridos e, com isso, transformá-lo, a seu talante, para o bem ou para o mal.

De lá para cá, muitas centúrias se passaram. Civilizações importantes – como a grega, a romana e a medieval – viveram seu apogeu e crepúsculo, até que no Renascimento, com Copérnico, Bacon, Galileu, Descartes e Newton, dentre outros, e no Iluminismo, com Voltaire, D'Alembert, Diderot, Rousseau e D'Holbach, para mencionar apenas alguns, inaugurou-se uma visão racional, sistêmica, holística do universo, que permitiu a superação dos resquícios ainda remanescentes da antiga cosmovisão medieval, refém da superstição e da crendice.[4]

---

[1] REALE, Miguel. **O Direito como experiência**: introdução à epistemologia jurídica. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 1-7.

[2] ELIADE, Mircea. **Mito e realidade**. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006, p. 8-9.

[3] MACIEL JÚNIOR, Auterives. **Pré-socráticos**: a invenção da razão. São Paulo: Odysseus, 2003, p. 17. Segundo ele, esses primeiros filósofos "são, dúvida alguma, os inventores do *logos* – palavra grega que significa, discurso, palavra, razão".

[4] RÖD, Wolfgang. **O caminho da filosofia**. Brasília: Universidade de Brasília, 2004, p. 32-33. Diz o autor, a respeito dessa evolução: "A crença na retidão incondicional da imagem do mundo científico e no poder da razão […] dominou o pensamento do Iluminismo, por meio do qual a exigência de racionalização total foi aplicada até mesmo ao mundo da práxis, da ética, da economia e da política";

Talvez se deva a Descartes a primeira proposição de um método científico para a compreensão da realidade circundante, consistindo, possivelmente, a regra mais importante aquela que recomenda decompor as questões complexas em outras mais singelas, tantas vezes quantas forem necessárias, trilhando, a seguir, o caminho inverso, até voltar ao objeto inicial de estudo.[5]

Trata-se, em essência, de adotar a sistemática por ele sugerida, há cerca de cinco séculos, a qual requer que se empreenda, no mínimo, dois passos essenciais, a partir do célebre aforismo *cogito ergo sum*, pressuposto inicial que comprovaria a verossimilhança da própria existência: (i) "dividir cada uma das dificuldades [...] em tantas parcelas quantas possíveis e quantas necessárias fossem para melhor resolvê-las"; e (ii) "conduzir por ordem [os] pensamentos, começando pelos objetos mais simples e mais fáceis de conhecer, para subir, pouco a pouco, como por degraus, até o conhecimento dos mais compostos [...]".[6] Dá início, assim, a uma reformulação da lógica tradicional, oriunda do aristotelismo e tomismo, baseando-a, agora, numa suposta objetividade proporcionada pelas operações matemáticas e geométricas.[7]

Mas, como adverte Henri Lefrebvre, nenhum dado da realidade pode ser considerado isoladamente. "Isolar um fato" – diz o autor, "um fenômeno, e depois conservá-lo pelo entendimento nesse isolamento, é privá-lo de sentido, de explicação, de conteúdo". E continua: "É transformar a natureza [...] num acúmulo de objetos exteriores uns aos outros, num caos de fenômenos".[8]

É que o real somente pode ser compreendido em seu constante devir, por meio de uma abordagem dialética, única capaz de encontrar, sob a aparente estabilidade das coisas, aquilo que de essencial se oculta em seu permanente movimento, entrevisto já na antiguidade por Heráclito de Éfeso, para o qual "tudo flui", pois "não é possível entrar duas vezes no mesmo

---

[5] Essa orientação metodológica, é claro, encontra limite na seguinte recomendação de Albert Einstein: "Tudo deveria ser tornado tão simples quanto possível, mas não mais simples do que isso". In: RÓNAI, Paulo. **Dicionário universal nova fronteira de citações**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000, p.898.

[6] DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 23.

[7] HIRCHBERGER, Johannes. **História da filosofia moderna.** 2. ed. São Paulo: Herder, 1967. p. 111. Nessa passagem da obra o autor sublinha o "caráter matemático-geométrico do pensamento cartesiano". Bem mais tarde, tal sistemática foi adotada nas ciências sociais, a exemplo de DURKHEIM, Emile. **As regras do método sociológico.** 4. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1966, p. 25. Para o autor, pioneiro da sociologia moderna, preocupado em conferir uma "roupagem científica" a essa nova disciplina acadêmica, nos albores do século XX, assentou que "os fenômenos sociais são coisas e devem ser tratados como coisas".

[8] LEFEBVRE, Henri. **Lógica formal e lógica dialética**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1975, p. 238.

rio".[9] Aliás, segundo Caio Prado Júnior, essa sempre foi a questão central para a filosofia grega e seus herdeiros intelectuais, a saber: "a da *uniformidade na multiplicidade* e da *permanência no fluxo*".[10]

Tal modo de compreender as coisas aplica-se especialmente no mundo da cultura, ensina Miguel Reale, porquanto "resultante da natureza mesma do espírito, que atua constituindo valores positivos e negativos, em uma tensão perene entre o particular e o universal, o concreto e o abstrato, o estático e o dinâmico etc.".[11]

Nesse sentido, vale registrar a oportuna observação de Jacob Bronowski de que fazer ciência – seja qual for a área do conhecimento – não se resume a coletar fragmentos esparsos da realidade, de maneira a obter-se apenas um "conjunto de conjeturas soltas", mas deve, ao revés, constituir "um modo de ordenar eventos", incluídos em um sistema de previsão e articulados "num esqueleto de lei geral".[12]

Visto isso, cabe voltar à recorrente indagação formulada pelos juristas através dos tempos, desta feita na forma exposta por Karl Larenz: o que é, afinal, a ciência do Direito? Seria "uma atividade do espírito metodicamente dirigida à aquisição de conhecimentos?" Ou seria "apenas um saber organizado do que, numa certa comunidade jurídica, *hic et nunc*, é visto como 'Direito'?" Quem sabe, seria "uma simples 'técnica' ou 'tecnologia'", isto é, "um conjunto de instruções para resolver de maneira equitativa os casos jurídicos, de acordo com um certo número de regras? Talvez, cogita ele, por fim, seja "todas essas coisas ao mesmo tempo".[13] Embora sob a forma de perguntas, o autor deixa entrever – nas considerações introdutórias da obra onde disseca o assunto – que, pessoalmente, perfilha essa última opção.

De uma maneira mais assertiva, Recaséns Siches, com certeza pautado pela "*logica de lo razonable*", ferramenta hermenêutica por ele idealizada para interpretar o fenômeno jurídico em consonância com a realidade concreta na qual está inserido,[14] além de levar em conta sua dimensão axiológica e, ao mesmo tempo, instrumental, observa que, como o Direito é um

---

[9] COSTA, Alexandre. **Heráclito:** fragmentos contextualizados / tradução, apresentação e comentários. Rio de Janeiro: DIFEL, 2002, p. 241

[10] PRADO JÚNIOR, Caio. **Notas introdutórias à lógica dialética.** 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1968, p. 20, itálico no original.

[11] REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 1 vol. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1972, p 142.

[12] BRONOWSKI, Jacob. **O homem e a ciência**: o senso comum da ciência. Tradução de Neil Ribeiro da Silva. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1977, p. 97.

[13] LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José de Sousa e Brito e José Antonio Veloso. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1978, p. XI.

[14] SICHES, Luis Recaséns. **Nueva filosofia de la interpretación del derecho**. 2. ed. México: Porrúa, 1973, p. 277 e segs.

empreendimento humano de cunho eminentemente prático, não basta apenas cogitar acerca dos fins últimos que persegue, quer dizer, a concretização de determinados valores ou princípios, fazendo-se necessário, para bem entendê-lo, indagar também – e sobretudo – se os meios para atingi-los são eficazes.[15]

Talvez a solução mais adequada para essas todas essas difíceis questões seja aquela aventada por Eros Grau, que faz uma sutil distinção entre Direito e ciência do Direito.[16] Para ele, o primeiro "não é uma ciência, porém o objeto de uma ciência". Explica que o Direito tem caráter normativo, razão pela qual "prescreve", ao passo que a ciência, por apresentar um cunho investigativo, "descreve". Assim existiriam inúmeras "ciências" do Direito, cada uma com sua própria metalinguagem, variando conforme os distintos aspectos dele abordados.

Feitas tais considerações, cabe arrematá-las com o precioso conselho de Umberto Eco, segundo o qual uma pesquisa que pretenda ser científica precisa debruçar-se "sobre um objeto reconhecível e definido, de tal modo que seja igualmente reconhecível pelos outros", devendo dizer sobre ele "coisas que não tenham já sido ditas" ou, então, apresentá-lo sob outra ótica, sempre "útil aos outros", contendo "elementos para a confirmação e para a rejeição das hipóteses que apresenta".[17]

Partindo, pois, dessa perspectiva metodológica, a saber, aquela que percebe o Direito em seu aspecto multidimensional, integrado por fato, valor e norma,[18] e como um fenômeno permanentemente cambiante, no tempo e no espaço, o qual só pode ser apreendido por meio da lógica dialética,[19] única aparelhada para captar a "uniformidade na multiplicidade" e a "permanência no fluxo" acima mencionadas, cumpre explicitar, na sequência, de maneira sucinta, como convém fazê-lo numa exposição prefacial, a hipótese que norteou a pesquisa e o modo como se pretende comprová-la.[20]

---

[15] SICHES, Luis Recaséns. **Nueva filosofia de la interpretación del derecho**. 2. ed. México: Porrúa, 1973, p. 391.

[16] GRAU, Eros Roberto**. O direito posto e o direito pressuposto**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 36-37.

[17] ECO, Humberto. **Como se faz uma tese em ciências humanas**. 2. ed. Lisboa. Presença, 1977, p. 48-50.

[18] REALE, Miguel. **Fundamentos do direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais e Universidade de São Paulo, 1972, p. 320. Trata-se da tese com a qual o autor conquistou a cátedra de Filosofia do Direito na Faculdade de Direito da USP, em cuja conclusão assenta que a compreensão do Direito como uma realidade tridimensional, reúne, "em uma grande síntese, o real e o ideal, o fato, valor e a norma".

[19] LEFEBVRE, Henri. **Lógica formal e lógica dialética**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1975, p. 238. Diz o filósofo sobre essa lógica: "Deixando de isolar os fatos e os fenômenos, o método dialético reintegra-os *em seu movimento*: movimento interno, que provém deles mesmos, e movimento externo, que os envolve no devir universal" (itálico no original).

[20] BARROS, José D'Assunção. **As hipóteses nas ciências humanas**: aspectos metodológicos. Petrópolis: Vozes, 2017, p. 23 e segs. Nesse trecho da obra encontra-se a seguinte assertiva: "Uma hipótese é norteadora precisamente

2. NOTAS INTRODUTÓRIAS

A presente investigação partiu da hipótese segundo a qual o Tribunal de Contas da União (TCU) e as cortes congêneres dos entes estaduais e municipais foram ampliando, de forma paulatina e crescente, as respectivas competências, dentre as quais o deferimento de medidas cautelares, para a proteção dos bens e valores pertencentes à coletividade sob sua guarda, especialmente após a promulgação da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015).[21] Imaginou-se que tal expansão tem origem na crescente intolerância da sociedade em face da corrupção generalizada e da renitente malversação do patrimônio público, cuja origem remonta aos tempos coloniais.

Os tribunais de contas têm crescido visivelmente em poder, não raro mediante a usurpação da função de outros órgãos, ao menos aparentemente, quer legislativos, quer judiciários, ou por meio da ocupação de espaços que não lhe são próprios, ultrapassando os lindes assinalados pelo legislador constituinte e ordinário.

Tal alargamento da esfera de atuação dos tribunais de contas ou, segundo alguns, esse "protagonismo", vem gerando acerbas polêmicas. A falta de uma posição definitiva sobre o assunto faz com que cada vez mais o Judiciário e, em particular, o Supremo Tribunal Federal (STF) seja chamado a decidir sobre o alcance dos poderes que o TCU concede a si próprio. Não raro, as cortes de contas dos diferentes entes da Federação tem proferido decisões provisórias sob a justificativa, de modo geral – de modo geral e salvo exceções – sob a justificativa da necessidade de prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões.

É bem verdade que nossa Suprema Corte já reconheceu como legítima a imposição de medidas constritivas pelo TCU,[22] inclusive de natureza cautelar, decorrente das próprias atribuições que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/1988)[23] lhe outorgou. Contudo, deve-se lembrar que as decisões proferidas pelas cortes de contas nacionais

---

porque articula as diversas dimensões da pesquisa, funcionando como um verdadeiro ponto nodal onde se encontram o tema, a teoria, a metodologia e os materiais ou fontes da pesquisa.

[21] BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil.

[22] A titulo exemplificativo do entendimento do Supremo Tribunal Federal, cita-se o Mandado de Segurança nº 33.092/DF, cuja decisão foi assim ementada: "Mandado de Segurança. 2. Tribunal de Contas da União. Tomada de contas especial. 3. Dano ao patrimônio da Petrobras. Medida cautelar de indisponibilidade de bens dos responsáveis. 4. Poder geral de cautela reconhecido ao TCU como decorrência de suas atribuições constitucionais. 5. Observância dos requisitos legais para decretação da indisponibilidade de bens. 6. Medida que se impõe pela excepcional gravidade dos fatos apurados. Segurança denegada". MS 33092, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 24/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-160 DIVULG 14-08-2015 PUBLIC 17-08-2015.

[23] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Art. 70 e art. 71.

possuem natureza eminentemente administrativa, já que o órgão é desprovido de qualquer competência jurisdicional.[24]

Nesse tocante, considerando que a Constituição da República garante a previsibilidade da aplicação das normas jurídicas, as decisões administrativas tomadas pelos tribunais de conta devem prestigiar a proteção da confiança e da boa-fé objetiva, sobretudo nas decisões proferidas sob a égide do seu poder geral de cautela. Também devem ser sempre proferidas sob a perspectiva dos princípios da legalidade, legitimidade economicidade, dado que o conteúdo dos controles sobre as despesas públicas concentra-se em torno dos referidos princípios, inclusive quanto à aplicação de subvenções e renúncia de receitas.[25]

Nesse contexto, na tese de doutorado proposta, como indica o título, pretende-se estudar as competências dos tribunais de contas, especialmente a abrangência e os limites do seu poder geral de cautela ao proferir decisões, que decorreriam de dispositivos da Constituição CF/1988, dos art. 4º e 5º, dentre outros, da Lei nº 8.443/92,[26] bem como seu poder geral de cautela já reconhecido pela mais alta corte do Poder Judiciário.[27] Ao final, pretende-se provar que, apesar de dotados do poder geral de cautela, este não é ilimitado, não sendo dado às cortes de contas aplicar de maneira integral o novo regime das tutelas provisórias instituído pelo CPC/2015.

O tema é deveras instigante, em face do extraordinário protagonismo exercido, nos últimos tempos, por essas entidades, sobretudo pelo TCU, o qual, embora tecnicamente, a teor dos artigos 70 e 71 da CF/1988, ostente o caráter de órgão auxiliar do Congresso Nacional, porém sem qualquer inferioridade ou subalternidade funcional ao referido Poder,[28] vem proferindo decisões que mimetizam, em tudo, os processos judiciais, seja quanto à nomenclatura dos distintos feitos que neles tramitam, seja com relação aos ritos adotados, agindo como se integrantes do sistema judiciário fossem.

---

[24] OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Curso de direito financeiro**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 873. Em suas palavras: "Alguns autores de tomo consideram que o Tribunal de Contas tinha e tem função *jurisdicional.* Entendo jurisdicional o julgamento de litígios que venham a operar a *coisa julgada.* O mais, ou seja, aquilo que pode ser revisto e reapreciado por outro orgão não tem julga definitivamente, e, pois, a decisão que produz é administrativa. Suas decisões têm caráter de irretratabilidade ou estabilidade. Nesse sentido, apenas se vê competência administrativa no Tribunal de Contas".

[25] TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional financeiro**: teoria da constituição financeira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 453..

[26] BRASIL. **Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992**.

[27] Nos Estados e Municípios, onde tais cortes existem, referidas características encontrariam fundamento em legislação própria calcada no modelo federal.

[28] BRITTO. Carlos Ayres. O regime constitucional dos tribunais de contas. **Revista diálogo jurídico**. Salvador, v. I, n. 9, dez, 2011.

Trata-se de um fenômeno típico da época em que vivemos no País, na qual as distintas corporações buscam obter autonomia com relação aos órgãos a que se vinculam ou subordinam formalmente, à revelia da Constituição da República, em um mal disfarçado esforço de transformarem-se num verdadeiro "Poder do Estado", ombreando com aqueles três previstos por Montesquieu no século XVIII.

Mas, como toda ação, segundo as leis da Física clássica newtoniana, aplicável, *mutatis mutandis et servatis servandis*, aos fenômenos sociais, gera uma reação em sentido contrário,[29] o próprio ordenamento legal, revigorado pelo espírito democrático nele instilado pela nova sistemática constitucional inaugurada em 1988, e amparado por achegas doutrinárias e jurisprudenciais, logrou estabelecer limites ao poder geral de cautela – não raro extravagantes – dos tribunais de contas, os quais serão detalhados ao longo deste trabalho.

Ao fim e ao cabo dessas reflexões preambulares, na linha da recomendação de Umberto Eco, espera-se possa a presente investigação, mesmo tendo trilhado caminhos já percorridos por outros pesquisadores, desvendar novas perspectivas sobre o tema abordado, de maneira a apresentar alguma utilidade para tantos quantos dele queiram se inteirar.

[29] NEWTON, Issac. **Mathematical principles of natural philosophy.** London: Encyclopaedia Britannica, 1952, p. 25: "*To every action there is always opposed an equal reaction: or, the mutual actions of two bodies upon each other are always equal, and directed to contrary parts*".

3. TUTELAS JURÍDICAS E ADMINISTRATIVAS

3.1. Universalidade da jurisdição

A CF/1988, em seu art. 5º, XXXV, consigna que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Essa norma garante às pessoas, não apenas a tutela jurisdicional do Estado para a recomposição de um direito lesado, como também a concessão, por parte deste, de uma medida cautelar para conservar o bem objeto de um litígio, sobretudo, com vistas a assegurar o resultado útil do processo correspondente. Pela redação do dispositivo, fica claro que nenhuma controvérsia pode ser subtraída ao crivo estatal, motivo pelo qual se diz que ele abriga o denominado "princípio da universalidade da jurisdição".[30]

O conceito resulta de uma longa evolução histórica, tendo se consolidado paulatinamente à medida em que as desavenças pessoais deixaram de ser resolvidas segundo a expressão bíblica "olho por olho, dente por dente". A autotutela dos próprios direitos prevaleceu durante séculos até que a imposição das próprias razões, pela força, passou a constituir um ilícito.

Bem por isso, nosso Código Penal,[31] em seu art. 345, capitula como crime "o exercício arbitrário das próprias razões". Segundo a doutrina, "este tipo ganhou prestígio em época relativamente recente", ou seja, apenas "quando o Estado se fortifica e toma para si o monopólio do *ius dicere* surge a necessidade de tolher a atividade privada".[32]

Essa orientação, contudo, somente se generalizou com a emergência dos Estados Nacionais, no final da Idade Média, quando a ordem jurídica privada foi substituída por outra de extração régia, não mais meramente superior àquela, como no medievo, mas agora abrangente e exclusiva.[33] Tal evolução representou um verdadeiro marco civilizatório, eis que fez prevalecer a razão sobre a emoção, a moderação diante da violência, a lei contra o arbítrio. Com o fim da autotutela dos direitos, o Estado chamou para si a incumbência de resolver, em

[30] Ver sobre o tema RULLI JÚNIOR, Antônio. **Universalidade da jurisdição**. 2. ed. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

[31] BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal.

[32] FÜHRER. Roberto Ernesto Maximiliano e FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. **Código penal comentado**: incluindo anotações históricas, as correntes jurisprudenciais e a principal legislação correlata. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 666.

[33] LOPES, José Reinaldo de Lima Lopes. **O Direito na história**: lições introdutórias. São Paulo: Max Limonad, 2002, p.178-180. Ver também CICCO, Cláudio de. **História do direito e do pensamento jurídico**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 167-177.

caráter exclusivo, os conflitos de interesses entre os particulares e até mesmo aqueles surgidos entre estes e o próprio poder público. Passou, então, a deter o monopólio da jurisdição, isto é, da prerrogativa da *jurisdictio*, de "dizer o direito" aplicável numa situação concreta.[34] Cândido Rangel Dinamarco e outros destacam o caráter pacificador da jurisdição, pois, "ao decidir e imperativamente e impor suas decisões", o Estado consegue dirimir conflitos existentes (inclusive envolvendo o próprio Estado), decidindo sobre as pretensões apresentadas.[35]

É, de fato, *sui generis* tal múnus, que foi sendo avocado ao longo do tempo pelo Estado, pois este, ao desempenhá-lo, como anota Pierre Gothot, deve levar em conta, simultaneamente, dois fenômenos jurídicos, quais sejam: "[...] a regra, norma hipotética, geral e abstrata, de uma parte, a decisão, norma categórica, concreta e particularizada, de outra parte. Moisés e Salomão, Sólon e Minos".[36]

Com o passar do tempo, passou-se a entender que, mais do que uma prerrogativa ou faculdade de determinados agentes públicos, a saber, daqueles pertencentes ao estamento judicial, trata-se, a rigor, de um poder-dever imposto às autoridades estatais que a exercem. Por isso fala-se no "princípio da inafastabilidade da jurisdição".[37]

Desse princípio decorre que os juízes não podem deixar de resolver um litígio submetido à sua apreciação. Não lhes é dado concluir pelo *non liquet*.[38] Entre nós, tal corolário encontra-se contemplado no art. 140 do CPC/2015, que ostenta a seguinte dicção: "O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico".[39] É que

---

[34] YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1998, p.128. Interessantemente, o autor assenta que a jurisdição deve ser examinada sob um duplo aspecto: "primeiro, como função 'tipicamente' estatal; segundo, como função estatal 'típica' do Poder Judiciário".

[35] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; DINAMARCO, Cândido Rangel; e LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho **Teoria geral do processo**. 33. ed., ver. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 47. Sobre o tema, os autores ainda afirmam: "A pacificação mediante a eliminação de conflitos por uma decisão justa é o escopo magno da jurisdição e, por consequencia, de todo o sistema processual – uma vez que todo ele pode ser definido como a disciplina jurídica da jurisdição e seu exercício.

[36] GOTHOT, Pierre. Les silences du juge. In: PANIER, Christian e RINGELHEIM, Foulet (org.). **Les pouvoirs du judiciaire**. Bruxelles: Labor, 1988, p. 9. A referência a Moisés e Salomão, figuras bíblicas, bem assim a Sólon e Minos, personagens da antiguidade clássica, evoca a complementariedade entre a atuação do legislador e a do aplicador da lei.

[37] Sobre o tema, ver GERAIGE NETO, Zaiden. **O princípio da inafastabilidade da jurisdição**: art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

[38] Locução latina que significa "não está claro". Ver SIDOU, Othon J.M. (org.). **Dicionário jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 566. Segundo o verbete correspondente, "*non liquet*" significa: "Faculdade assegurada ao *iudex* de devolver a fórmula ao pretor que o nomeara, em face da da perplexidade na fase de conhecimento da *actio*".

[39] O art. 4º do Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 – lei de introdução às normas de Direito Brasileiro prescreve norma semelhante: Art. 4º "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios do direito".

o Judiciário, ao tomar conhecimento de uma controvérsia, resolvendo-a, substitui a própria vontade das partes, que não lograram compor-se espontaneamente.

Convém ressaltar, todavia, que apesar de inafastável, a jurisdição está sujeita ao princípio da inércia, quer dizer, o juiz só age quando provocado, sob pena de perder a imparcialidade e equidistância das partes. Tal conceito encontra-se consagrado no vetusto adágio latino *nemo iudex sine actore*.

É bem verdade que o princípio da inércia, também conhecido como princípio dispositivo,[40] atualmente não tem mais a força de outrora, porquanto se vê temperado pelo princípio inquisitivo, o qual permite, ou até mesmo exige, uma atitude mais dinâmica por parte do magistrado, sobretudo em matéria probatória, tendo em vista a celeridade e a efetividade da prestação jurisdicional.[41]

Embora tais poderes "instrutórios", segundo Guilherme Guimarães Feliciano, continuem sendo "uma das '*vexatae questiones*' ancilares do direito processual", hoje em dia não remanescem mais dúvidas de que, *verbi gratia*, a convocação de testemunhas "referidas" ou "do juízo", a produção *ex officio* de provas periciais "incidentais" ou "emprestadas", objetivando o atingimento da "verdade real", longe de representarem mero "impulso oficial", previsto em lei e aceito pela doutrina, constituem genuína "iniciativa" do juiz.[42]

3.2. Direito de ação

Deduzida uma pretensão em juízo, a parte tem o direito de receber uma resposta, isto é, uma sentença de mérito conforme o Direito e a Justiça, respeitados sempre os princípios constitucionais que disciplinam a atividade jurisdicional, a saber: juiz natural, devido processo legal, ampla defesa, contraditório, razoável duração do processo, publicidade, isonomia entre as partes, e motivação dos atos decisórios, entre outros.[43] Como ensina Cândido Rangel

[40] Ver LOPES, Maria Elizabeth de Casto. **O juiz e o princípio dispositivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

[41] De forma consentânea com essa evolução, o CPC/2015, em seu art. 2º, dispõe o seguinte: "O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei".

[42] FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Por um processo realmente efetivo**: tutela processual de direitos humanos fundamentais e inflexões no "due process of law". São Paulo: LTr, 2016, p. 740.

[43] CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini**. Teoria geral do processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 76 e segs. Ver também NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, *passim*.

Dinamarco "quando se fala em tutela jurisdicional não se pensa no meio, e sim no resultado útil da experiencia processual".[44]

Trata-se de um direito subjetivo público. Primeiro, porque pode ser exigido do Estado; depois, porque o interesse na composição do litígio não é apenas dos indivíduos em conflito, mas também da coletividade.[45] Cuida-se, ainda, de um direito autônomo, pois, embora objetive proteger um direito material, com ele não se confunde. Por isso, caracteriza-se como um direito abstrato, eis que independe do resultado final do processo. Configura, ademais, um direito genérico porque pode ser acionado por qualquer pessoa.

Mas, não obstante esteja previsto na CF/1988, o direito de ação é regulado pelo direito processual de natureza infraconstitucional. Isso quer dizer que, embora possa, em tese, ser exercido sem qualquer restrição, ele está sujeito a algumas condições.[46] Estas se resumem basicamente a três: legitimidade para a causa, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido.[47] Quando ausentes, ensejam a recusa ao pedido de tutela judicial, nos termos do art. 485, IV, do CPC/2015.[48]

José Roberto Bedaque, a propósito, explica que não se pode vislumbrar nessa previsão legal qualquer limitação à garantia constitucional de acesso à Justiça, a qual inadmite condicionamentos, tratando-se apenas de "exigências feitas pela técnica processual para tornar possível o julgamento de mérito", sob pena de tornar inútil a tramitação do feito. [49] Sobre essa questão, Luiz Guilherme Marinoni entende que não há como se admitir duas modalidades de ação, uma baseada em nossa Constituição vigente e outra no código processual, pois somente há uma ação. Entende o autor que, ainda quando não haja julgamento de mérito diante da ausência das condições de ação, existe o provimento jurisdicional, *in verbis:*

---

[44] DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela Jurisdicional. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 92, n. 322, p 31-32, 1996.

[45] SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 135. Nesse trabalho o autor observa, significativamente, o seguinte: "Invocar a jurisdição para a tutela de direito é também direito contra quem se age, contra quem se propõe a ação".

[46] NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 89. Segundo o autor, "o direito de ação é um direito cívico abstrato, vale dizer é um direito subjetivo à sentença *tout court*, seja essa de acolhimento ou de rejeição da pretensão, desde que preenchidas as condições da ação".

[47] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 51-60.

[48] Cf. nota 21, art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: [...] IV – verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo.

[49] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 242.

> Portanto, mesmo quando verificada a ausência de uma das chamadas 'condições de ação', é inegável que a jurisdição atuou e ação foi exercida. [...]
> Na verdade, caso as condições da ação fossem admitidas como requisitos da *existência* da ação, seria necessário explicar o que teria provocado a jurisdição e determinado a instauração do processo. Somente poderia ser a ação findada na Constituição. Nesse caso, a Constituição serviria apenas para garantir o ingresso em juízo, já que o prosseguimento da atividade do autor dependeria de outra ação, isto é, daquela cuja existência requer a presença das condições da ação. *Com isso, a função da constituição seria severamente reduzida, podendo-se dizer que o direito fundamental à tutela jurisdicional perderia praticamente quase todo o seu conteúdo.*[50]

Não se imagine, porém, que a jurisdição, uma vez deflagrada, resume-se a declarar direitos preexistentes, atribuindo-os ou restituindo-os aos seus titulares, segundo a clássica lição de Giuseppe Chiovenda, quem sabe inspirada na antiga máxima romana *Justitia est constans et perpetua voluntas suum cuique tribuere*, cunhada por Ulpiano.[51] Isso porque, para torná-la efetiva, não raro torna-se necessário lançar mão de "meios executivos", compreendidos como "as medidas que a lei permite aos órgãos jurisdicionais pôr em prática para o fim de obter que o credor logre praticamente o bem a que tem direito".[52]

Convém assinalar, ademais, que essa relevante função estatal, hoje, transcende a mera composição de litígios entre particulares ou entre estes e o Estado, "dando a cada um o que é seu". Conforme oportuna advertência de Luiz Guilherme Marinoni, "a jurisdição atualmente tem o dever de aplicar a lei na dimensão dos *direitos fundamentais*, fazendo sempre *o resgate dos valores substanciais neles contidos*".[53] Para o autor há nisso "um nítido *plus* em relação à teoria chiovendiana", porquanto, com tal concepção, fica superada a visão dos antigos doutrinadores que compreendiam a atividade jurisdicional tão somente como uma função pública direcionada à tutela de direitos subjetivos violados.[54]

O próprio "acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar o direito de todos".[55] Qualquer obstáculo que se oponha ao pleno acesso à prestação jurisdicional mostra-se, assim, desenganadamente inconstitucional, a

---

[50] MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo.** 4. ed. rev. e atual. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 184. Destaque no original.

[51] "Justiça é a vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu" ou, ainda, "Justiça é a vontade firme de dar sempre a cada um o que é seu". Ver VASCONCELLOS, Manoel da Cunha e *et al*. (trad.). **Digesto ou pandectas do Imperador Justiniano.** Vol. I. São Paulo: YK Editora, 2017, p. 63.

[52] CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil:** os conceitos fundamentais – a doutrina das ações.Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 288.

[53] MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo.** 4. ed. rev. e atual. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 144.

[54] Ibidem, loc. cit.

[55] CAPELETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabis, 1988, p.12.

exemplo do estabelecimento de taxas judiciárias exageradas ou da exigência de depósito em dinheiro para a interposição de recursos.

Além de abster-se de antepor quaisquer empecilhos a esse acesso, cumpre ao Estado agir proativamente de modo a facilitá-lo com os meios ao seu alcance, por exemplo, mediante isenção de custas processuais para os economicamente hipossuficientes e a manutenção de um corpo permanente de advogados públicos.[56]

3.3. Ideia de processo

A palavra "processo" vem do latim *processus*, que significa "curso" ou "marcha".[57] Do ponto de vista filosófico, identifica uma série de mudanças com "um certo grau de unidade ou princípio unificador".[58] Na acepção comum, envolve a ideia de movimento, de uma ação contínua e prolongada que se desloca regularmente em direção a um epílogo. [59]

Já sob uma perspectiva jurídica, processo corresponde a uma sequência de atos ou procedimentos empreendidos, *secundum ius*, para a composição de um litígio, por meio da jurisdição estatal.[60] Tem, portanto, um sentido eminentemente instrumental, teleológico ou finalístico, pois visa a promover a paz social sob o império da lei e do ideal de justiça. Nesse sentido Piero Calamandrei define o processo, seja ele civil ou penal, simplesmente, como um método, um "*metodo de razonamiento*", explicando, a seguir, que a própria ciência processual constitui uma metodologia, que se desenvolve por meio de etapas prefixadas e dialeticamente coordenadas, "com o fim de obter uma sentença justa".[61]

Trata-se, para Souto Maior Borges, antes de tudo, de um "diálogo canônico", porquanto submetido a cânones ou regras, por meio do qual determinada *quaestio juris et facti* é aclarada por um árbitro neutro, após audiência das partes, segundo o postulado *audiatur et*

---

[56] Cf. nota 23, ver, nesse sentido, a dicção do art. 5, LXXIV, da CF: "o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;".

[57] CUNHA, Antonio Geraldo da. **Dicionário etimológico nova fronteira da língua portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 636.

[58] HONDERICH, Ted (ed.). **The Oxford companion to philosophy**. Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 721.

[59] HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, verbete "processo".

[60] MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**: Teoria Geral do Processo Civil. Vol. I. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 8-9.

[61] CALAMANDREI, Piero. **Processo y democracia**: Conferências pronunciadas en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960, p.29-30.

altera pars.[62] Já Kazuo Watanabe ressalta a importância do processo como um procedimento, dando a necessária estrutura da relação jurídica processual.[63]

Cândido Rangel Dinamarco, de sua parte, com o apuro técnico que lhe é próprio, atribui ao vocábulo processo três acepções distintas, embora afins.[64] Primeiro, sob uma perspectiva institucional, "é um sistema de técnicas instaladas no plano do direito, coordenadas por uma ciência específica e destinadas a pacificar pessoas ou grupos de pessoas envolvidos em conflitos jurídicos". Nessa compreensão, designa um ramo específico do direito qual seja, o direito processual. Depois, pode ser entendido como um "método de trabalho referente ao exercício da jurisdição pelo juiz e dos poderes inerentes à ação e defesa, pelos sujeitos envolvidos no conflito". Finalmente, a expressão "designa a realidade fenomenológica da experiência dos juízes e das partes em relação a cada um dos incontáveis conflitos entre pessoas ou grupos, concretamente trazidos ao Estado-juiz em busca de tutela jurisdicional". À semelhança de Piero Calamandrei, Cândido Rangel Dinamarco conclui que cada processo, para ser "justo e équo", deve espelhar-se no modelo da Constituição e das leis, sob pena de não ser reputado como tal, caso dele se afaste.[65]

Os litígios entre as pessoas ou entre estas e o próprio Estado ou mesmo entre nações soberanas, pelo menos de uns tempos para cá, são habitualmente resolvidos por meio de um processo ou, em determinadas situações, mediante procedimentos alternativos de solução de controvérsias, autônomos ou heterônomos,[66] porém sempre informados por um conjunto de regras e fórmulas que assegurem, antes de tudo, a paridade de armas entre os contendores, que os juristas alemães chamam de *Waffengleichheit*.[67] Ademais, não se admite, no embate

---

[62] BORGES, José Souto Maior. **Contraditório no processo judicial (uma visão dialética)**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 70-71.

[63] WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. atual. São Paulo: Central de Publicações Juridicas, 1999, p. 122. Nas palavras do autor: "É o procedimento estabelecido em lei, como um *iter* a ser seguido para se atingir a meta, que preestabelece os atos, suas formas, os prazos, as posições subjetivas ativas e passiva, a dimensão temporal e tudo o mais que a relação jurídica processual, vale dizer, o processo, devera ter em sua manifestação em concreto", p. 122-123.

[64] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol. II. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 23-25.

[65] Ibidem, loc. cit.

[66] Sobre as formas alternativas de solução de controvérsias, veja-se TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2019, esp. p. 7-12. Quanto às disputas entre Estados nas cortes internacionais, confira-se WESTON, Burns H.; FALK, Richard A.; e D'AMATO Anthony A. (orgs.). **International law and world order**: A problem oriented coursebook. Saint Paul: West Publishing, 1980, esp. p. 200 e segs. Para as soluções pacíficas de litígios internacionais, examine-se SOARES, Guido Fernando da Silva. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 163-177.

[67] "O tratamento igualitário das partes" – já assentou o STF – "é a medula do devido processo legal". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 83255, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2003, DJ 12-03-2004 PP-00051 EMENT VOL-02143-03 PP-00652 RTJ VOL-00195-03 PP-00966.

processual, o emprego de artimanhas ou embustes para lograr vantagens, porquanto "a contenda em juízo deve desenvolver-se ao arrimo da ética e do primado da verdade, exigindo-se das partes [...] obediência aos princípios éticos da lealdade, da probidade e da boa-fé".[68]

Nesse sentido, conforme ensina Cândido Rangel Dinamarco e outros, a jurisdição se exerce através do processo, conceituando-se este como o "instrumento por meio do qual os órgãos jurisdicionais atuam para pacificar as pessoas conflitantes, eliminando os conflitos e fazendo cumprir o preceito jurídico pertinente a cada caso que lhes é apresentado em busca de solução".[69]

3.4. *Due process e fair trial*

O processo, mais do que, simplesmente, resolver um conflito de interesses, segundo as normas do direito positivo e com a observância de valores de cunho ético, precisa ser "justo e équo", nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, acima reproduzidas. O "justo processo", conforme decidido pelo STF, consubstancia verdadeiro "princípio":

> O princípio do devido processo legal, que lastreia todo o leque de garantias constitucionais voltadas para a efetividade dos processos jurisdicionais e administrativos, assegura que todo julgamento seja realizado com a observância das regras procedimentais previamente estabelecidas, e, além disso, representa uma exigência de *fair trial*, no sentido de garantir a participação equânime, justa, leal, enfim, sempre imbuída pela boa-fé e pela ética dos sujeitos processuais.
> A máxima do *fair trial* e uma das faces do princípio do devido processo legal positivado na CF/1988, a qual assegura o modelo garantista de jurisdição, voltado para a proteção efetiva dos direitos individuais e coletivos, e que sujeitos que dele participam, condição indispensável para a correção e legitimidade do conjunto de atos, relações e processos jurisdicionais e administrativos.
> Nesse sentido, tal princípio possui âmbito de proteção alargado, que exige o *fair trial* não apenas dentre aqueles que fazem parte da relação processual, ou que atuam diretamente no processo, mas de todo aparato jurisdicional, o que abrange indistintamente os sujeitos, instituições e órgãos, públicos e privados, que exercem, direta ou indiretamente, funções qualificadas constitucionalmente como essenciais à Justiça".[70]

A noção de um processo impregnado por valores que promovam a justiça e restrinjam o arbítrio é antiga, remontando à *Magna Charta Libertatum*, outorgada pelo rei inglês João Sem

---

[68] STOCO, Rui. **Abuso do direito e má-fé processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 80.

[69] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; DINAMARCO, Cândido Rangel; e LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho **Teoria geral do processo**. 33. ed., ver. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2021.

[70] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 529733, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 17/10/2006, DJ 01-12-2006 PP-00097 EMENT VOL-02258-06 PP-01174 LEXSTF v. 29, n. 339, 2007, p. 132-138.

Terra, em 1215.[71] Foi incorporada à Constituição dos Estados Unidos de 1787, na forma das Emendas V e XIV, promulgadas, respectivamente, em 1789 e 1868. A primeira delas consigna que "ninguém será privado da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal ". Já a segunda proibiu que os Estados-membros da Federação colocassem em prática "qualquer lei restringindo os privilégios e imunidades dos cidadãos" ou que privassem "qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo", ou, ainda, que negassem "a qualquer pessoa sob sua jurisdição igual proteção das leis". A somatória de tais preceitos redundou no conceito do *due process of law*, objeto de permanente elaboração e densificação por parte Suprema Corte daquele país.[72]

Vale ressaltar a tentativa feita pelo *Justice* Felix Frankfurter de resumi-lo e conferir-lhe determinado sentido, no caso *Joint of Anti-Fascist Refugee Comittee v. McGrath*, julgado em 1951.[73] O magistrado norte-americano nega que o *due process of law* resulte de "uma concepção técnica com um conteúdo fixo, que não se relaciona ao tempo, ao lugar e às circunstâncias", correspondendo, antes, "a um tratamento justo que se inseriu [...] em séculos de história constitucional anglo-americana e à sua civilização", identificando-se, sobretudo, com "uma atitude incisiva de honestidade entre um homem e outro, e mais especificamente, entre o indivíduo e o Estado".[74]

Essa importante franquia incorporou-se aos textos constitucionais e legais dos países democráticos. Em nossa Constituição encontra abrigo no art. 5º, LIV, com essa redação: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". Não se trata, por óbvio, de um processo legal qualquer, quer dizer, de um procedimento regido por normas

---

[71] LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 43.

[72] Para a evolução do principio do *due process* nos Estados Unidos da America, ver SULLIVAN, Thomas E.; MASSARO, Toni M. **The arc of due process in american constitutional law**. Oxford University Press, 2013, *passim*. Mencionado autor revela que as Cortes estadunidenses herdaram usos e costumes do *common law* inglês, passaram para uma analise historica e das leis e costumes desenvolvidos no país e, finalmente, diante dessa evolução, passaram a considerar noções abstratas de equidade e justiça como norteadoras do princípio.

[73] No original, "[D]ue process' unlike some legal rule, is not a technical conception with a fixed content unrelated to time, place and circumstances. Expressing as it does in its ultimate analysis respect enforced law for that feeling of just treatment which has been evolved through centuries of Anglo-American constitutional Histpry and civilization, 'due process' cannot be imprisoned within the treacherous limits of any formula. Representing a profound attitude of fairness between man and man, and more particularly between the individual and government, 'due process' is compounded of history, reason, the past course of decisions, and stout confi dence in the strength of the democratic faith which we profess. Due process is not a mechanical instrument. It is not a yardstick. It is a process. It is a delicate process of adjustment inescapably involving the exercise of judgment by those whom the Constitution entrusted with the unfolding of the process". **The arc of due process in american constitutional law**. Oxford University Press, 2013, p. 86-87.

[74] *Apud* BONAVIDES, Paulo, MIRANDA, Jorge, e AGRA, Walber de Moura (coords.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 2016.

formalmente prescritas. Ao contrário, para fazer jus à tradição que o conceito encerra deve observar alguns requisitos, no mínimo, aqueles expressos no art. 5º, L, da Lei Maior, que apresenta a seguinte dicção: "aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório, a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes". Como expõe Cândido Rangel Dinamarco e outros, a garantia do devido processo legal é um verdadeiro marco instransponível e constitui um "sistema de limitações ao exercício do poder [...] além dos quais não pode passar o próprio legislador, o administrador, nem o juiz, sob pena de violação ao próprio regime democrático constitucionalmente assegurado no Estado-de-Direito.[75]

Mas, para além disso, o *due process of law*, tanto no âmbito judicial quanto no administrativo, traz consigo a exigência do *fair trial*, ao qual já se fez alusão anteriormente, que assegura a participação justa, equânime e leal das partes, caracterizada pela boa-fé e pela ética de todos os sujeitos processuais. Uma decorrência lógica do devido processo é, por exemplo, a proibição que o nosso Texto Magno estabelece, em seu art. 5º, LVI, quanto ao uso das provas ilícitas. Cândido Rangel Dinamarco entende que o devido processo legal, em especial em seu aspecto substantivo, "em essência, constitui um vínculo autolimitativo do poder estatal como um todo, fornecendo meios de censurar a própria legislação e ditar a ilegitimidade de leis que afrontem as grandes bases do regime democrático".[76]

Assim, não é apenas no plano formal que o princípio do devido processo legal encontra expressão, ou seja, no denominado *procedural due process.* Isso porque não basta que os ritos, atos e prazos, explicitados em lei, sejam liturgicamente observados para que o *due process of law* se veja contemplado. É necessário também que, sob o aspecto material, certos cânones e valores sejam respeitados, de modo a corresponder ao *substantive due process*. Para André Ramos Tavares, o princípio em questão é mais do que "a garantia concedida à parte processual para utilizar-se da plenitude dos meios jurídicos existentes",[77] porquanto, em seu aspecto

[75] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; DINAMARCO, Cândido Rangel; e LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho **Teoria geral do processo**. 33. ed., ver. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 107.

[76] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil:** Vol. I. 9. ed., rev. e atual. segundo o Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 377. É interessante notar que o Autor identifica uma dificuldade da doutrina pátria em "conceituar e precisar os contornos" o devido processo legal, "justamente porque vaga e caracterizada por uma amplitude indeterminada e que não interessa determinar. A vagueza na determinação no conceito do *due process* não é um fenômeno nacional apenas. A doutrina estrangeira também nota

[77] TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 19. ed.São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 624.

material, o autor afirma que "diz respeito à necessidade de observar o critério da proporcionalidade, resguardando a vida, liberdade e a propriedade.[78]

Em um de seus últimos despachos, o Ministro Celso de Mello resumiu, sinteticamente, porém de forma muito feliz, tudo aquilo que hoje se considera compreendido na cláusula constitucional do devido processo legal, tanto em sua acepção formal quanto na substantiva, confira-se:

> A garantia constitucional do 'due process of law' abrange, em seu conteúdo material, elementos essenciais à sua própria configuração, entre os quais avultam, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis 'ex post facto'; (f) direito à igualdade entre as partes (paridade de armas e de tratamento processual); (g) direito de não ser investigado, acusado processado ou condenado com fundamento exclusivo em provas revestidas de ilicitude, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude derivada (RHC 90.376/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 93.050/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO); (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito à prova; (l) direito de ser presumido inocente (ADPF 144/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO) e, em consequência, de não ser tratado, pelos agentes do Estado, como se culpado fosse, antes do trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória (RTJ 176/805-806, Rel. Min. CELSO DE MELLO); e (m) direito de não se autoincriminar nem de ser constrangido a produzir provas contra si próprio.[79]

Com efeito, de nada adiantaria para as partes, em luta pela prevalência de seus direitos, que o processo judicial ou administrativo se limitasse a tramitar burocrática e mecanicamente. Sim, porque uma decisão final – ou mesmo interlocutória ou cautelar – que atente contra a realidade factual, os postulados da isonomia, da racionalidade ou da proporcionalidade, ou, ainda, que afronte os princípios gerais do direito, universalmente reconhecidos, embora possa estar formalmente correta do ponto de vista procedimental, a toda evidência, não se conforma ao devido processo legal considerado em sua dimensão substantiva. É nesse sentido que Luiz Guilherme Marinoni e outros afirmam que somente será prestada uma tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva – nos termos do artigo 5º, XXXV, da CF/1988 – caso haja uma

[78] TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 19. ed.São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 624.

[79] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 99289, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/06/2009, DJe-149 DIVULG 03-08-2011 PUBLIC 04-08-2011 EMENT VOL-02559-01 PP-00075 RTJ VOL-00226-01 PP-00529.

harmonização dos vários interesses que confluem na solução da controvérsia, "sejam eles estritamente processuais [...], sejam eles interesses ligados ao direito material [...]".[80]

Paulo de Barros Carvalho, sob outro ângulo, afirma que a Carta Constitucional vigente foi muito feliz ao eliminar quaisquer dúvidas quanto a aplicação do postulado do devido processo legal ao processo administrativo. Para ele, "a equiparação entre os litigantes no processo judicial e no procedimento administrativo emerge clara e límpida" na dicção do art. 5º LV, *in verbis: "*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". Conclui o autor que é inconcebível que atualmente alguém seja apenado, em qualquer esfera jurídica, "sem que lhe seja dado oferecer as razões que justifiquem ou expliquem seu comportamento".[81]

3.5. Processo administrativo

Se o processo no âmbito judicial equivale a um expediente para obter a satisfação de um direito próprio ou para resistir a uma pretensão alheia em sentido contrário – ao cabo de uma sucessão de atos procedimentais praticados em conformidade com a lei –[82] é possível também cogitar de outros tipos de processo, além daqueles que tramitam no âmbito judicial, como se anteviu acima.

Maria Silvia Zanella Di Pietro, nesse sentido, explica que, tomando-se a noção de processo em um sentido amplo, ou seja, como "uma série de atos coordenados para a realização dos fins estatais", surgem logo, numa primeira classificação, duas espécies distintas, a saber: "de um lado o processo legislativo, pelo qual o Estado elabora a lei, e, de outro, os processos judicial e administrativo, pelos quais o Estado aplica a lei".[83] Para a autora, os dois últimos distinguem-se quanto ao modo pelo qual são desencadeados.

---

[80] MARONINI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. Vol. 2. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 44.

[81] CARVALHO. Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 31. ed. rev. atual. São Paulo: Noeses, 2021, p. 170.

[82] Processo corresponde à sucessão ordenada de atos e ritos tendentes à formação e manifestação da vontade do Estado-juiz ou do Estado-administrador, os quais, considerados isoladamente, constituem o procedimento, palavra que deriva do latim *procedere*, que significa "proceder", "seguir em frente".

[83] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 765-766.

Por sua vez, Marçal Justen Filho traz importante lição ao diferenciar os procedimentos dos processos administrativos. Enquanto o primeiro "é essencialmente uma sucessão predeterminada de atos jurídicos, como uma espécie de itinerário a ser seguido", o segundo sempre envolve a solução de um litígio e caracteriza-se por ser "uma solução jurídica para a composição de conflitos de interesse [...] pela adoção de um procedimento que assegure o contraditório e a ampla defesa".[84] Além disso, o autor recomenda que a adoção de cautela para que seja evitada a identificação deste com o processo jurisdicional (não administrativo), uma vez que ambos possuem características que lhes são próprias e inconfundíveis.[85]

O processo judicial só se inicia mediante provocação, emergindo então uma relação trilateral: autor, réu e juiz. Diferentemente, o processo administrativo pode ser instaurado tanto por provocação do interessado, como por iniciativa da própria Administração, estabelecendo-se, então, em qualquer dos casos, uma relação dialógica, bilateral entre as partes. Num dos polos encontra-se o interessado, que formula uma pretensão, noutro a Administração, a qual comparece, não como um terceiro alheio à lide, "mas como parte que atua no próprio interesse e nos limites impostos por lei" para atingir os fins que lhe são próprios.[86]

É o que diz Massami Uyeda: "O juiz age, atuando a lei, ao passo que o administrador age em conformidade com a lei".[87] Ensina que o magistrado exerce uma atividade secundária, porque julga conflitos que se instauram entre terceiros, enquanto o administrador desempenha uma atividade primária, porquanto decide sobre sua própria atividade.[88] José Cretella Júnior explicita essa particularidade, assentando que a Administração integra o processo "não como Poder, que corresponde ao Estado, mas como gestora do interesse público",[89] agindo de ofício ou a pedido do administrado, particular ou servidor, para decidir sobre reclamações, solicitações e recursos, ou para prestar serviços, regular atividades e impor determinações. Uma vez instaurado o processo administrativo, estabelece-se "entre os sujeitos interessados vínculos juridicamente relevantes e juridicamente regulados", que compreendem "uma soma de direitos e obrigações [...], a partir do momento inicial até a decisão final".[90]

---

[84] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 196-197.

[85] Ibidem, p. 197.

[86] Ibidem, p. 766.

[87] UYEDA, Massami. **Da competência em matéria administrativa**. São Paulo: Ícone, 1995, p. 60.

[88] Ibidem, loc. cit.

[89] CRETELLA JÚNIOR, José. **Prática do processo administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 31.

[90] Ibidem, p. 32

O processo administrativo é uma espécie de autotutela ou autocontrole da administração sempre que esse procedimento tiver como objetivo o reconhecimento do direito subjetivos de uma das partes envolvidas em detrimento à outra cujo interesse é conflitante.[91] Trata-se, assim, como afirma Hugo de Brito Machado Segundo de "função administrativa atípica com feição jurisdicional" e que, por tal razão, "submete-se a princípios específicos, tais como o do devido processo legal e da ampla defesa e do contraditório.[92]

3.5.1. Processo administrativo como garantia

A CF/1988, de forma inovadora, estabeleceu importante garantia dos cidadãos em face do Estado, ao consignar, em seu art. 5º, LIV, que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". E assentou, mais, no inciso LV do mesmo dispositivo, que aos litigantes e acusados em geral, não apenas nos processos judiciais, mas também nos administrativos, "são assegurados o contraditório e a ampla defesa". Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari destacam que processo administrativo é um instrumento de garantia dos administrados em face de outros administrados e, mais importante, da própria Administração, por viabilizar uma atuação eficiente, justa e que, pela coparticipação, um maior controle da Administração.[93]

Celso Antonio Bandeira de Mello identifica o processo administrativo como um dos instrumentos de garantia mais importantes dos administrados ante as prerrogativas públicas.[94] Ao discorrer sobre o processo administrativo, Roque Antonio Carrazza bem observa que o devido processo legal está intimamente atrelado ao direito à ampla defesa e são inseparáveis, "de sorte que vulnerar um é o mesmo que ferir de morte o outro".[95] Para o autor, em qualquer processo administrativo, uma decisão juridicamente correta e nos estritos limites da lei somente depende de uma defesa eficaz baseada nos mencionados princípios.[96]

---

[91] MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo tributário**. 1. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2018, p. 34.

[92] Ibidem, loc. cit.

[93] FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adilson de Abreu. **Processo administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 31.

[94] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros 2021, p. 399.

[95] CARRAZZA. Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário.** 33. ed. rev., ampl. e atual. até a emenda constitucional nº 109/2021. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 382.

[96] Ibidem, p. 385.

Vale lembrar, por relevantes, as lições de Paulo de Barros Carvalho, que é categórico ao afirmar que "princípios são normas jurídicas carregadas de forte conotação axiológica, complementando que é "o nome que se dá a regras do direito positivo que introduzem valores relevantes para o sistema, influindo vigorosamente sobre a orientação de setores da ordem jurídica".[97] A doutrina estrangeira, de modo geral, identifica-os como normas de conduta que devem ser obrigatoriamente observadas, independentemente de estarem codificadas ou não, em razão de estabelecerem elementos essenciais da ordem legal e prescreverem fundamentos legais e valores essenciais do sistema legal.[98]

Heleno Taveira Torres define princípios, em feliz síntese, da seguinte maneira:

> Normas *lato sensu* de direito positivo que veiculam valores objetivos, relativos e vinculantes para todo o sistema jurídico, com ou sem limitação a específicas regras ou subsistemas, obrigam ao máximo de observância e efetividade e vedam qualquer conduta em sentido contrário ao seu âmbito normativo ou seu conteúdo especial.[99]

Apesar de os princípios também designarem normas dotadas de grande generalidade, estes não podem ser relativizados pois existem para proteger o cidadão contra os abusos de poder do Estado.[100] Contudo, não há dúvida que eles são normas vinculantes de observação e aplicação na máxima de sua possibilidade. A propósito, diz de Heleno Torres, que os princípios

---

[97] CARVALHO, Paulo de Barros. **Crédito-prêmio de IPI**: estudos e pareceres. Barueri: Manole, 2005, p. 270. Em importante lição, o autor divisa a palavra em quatro usos distintos: a) como norma jurídica de posição privilegiada e portadora de valor específico; b) como norma jurídica que estipula limites objetivos; c) como os valores insertos em regras jurídicas de posição privilegiada, mas considerados independentes das estruturas normativas; e d) como limite objetivo que estipulado em regras de forte hierarquia, tomado porém, sem levar em conta a estrutura da norma. Nos dois primeiros, temos "princípio como norma; nos dois últimos, princípios como valor ou como critério objetivo". **Curso de direito tributário**. 31. ed. rev. atual. São Paulo: Noeses, 2021, p. 161.

[98] CANANEA, Giacinto de la. **Due process of law beyond the state**: Requirements of administrative procedure, p. 157. Para uma visão da doutrina estrangeira sobre princípios, ver também GAJA, Giorgio. General Principles of Law. **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012 Vol. IV, pp. 370-378 e MONTALIVET, Pierre de. Principes généraux du droit. JurisClasseur Administratif, mars 2007, fasc. 38. Disponível em: (99+) Principes généraux du droit (1ère éd.) | Pierre de Montalivet - Academia.edu . Acesso em: 29 de maio de 2022.

[99] TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional financeiro**: teoria da constituição financeira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014, p. 99.

[100] MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Malheiros, 32. ed. 2015. p. 31. Em uma evolução desse pensamento, Luís Eduardo Schoueri, exemplificando o pensamento de uma corrente doutrinária, afirma que os princípios atuam como forças com vetores diversos, cuja resultante dará a direção que o ordenamento jurídico disporá a determinado fato jurídico. Deve-se ter em mente que um princípio não afasta a aplicação de outro, mas, em verdade, ambos se influenciam reciprocamente, de modo que eles nunca serão aplicados integralmente, pelo contrário, serão aplicados em harmonia, reduzindo a rigidez de um e de outro, a fim de assegurar que ambos sejam observados. Para essa corrente, princípios não se confundem com regras. Regras jurídicas se aplicam por completo ao passo em que princípios jurídicos não se aplicam de maneira automática e necessariamente quando as condições previstas para sua aplicação se manifestam. **Direito tributário**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 265-266.

são meios de identidade do ordenamento jurídico, cuja "eficácia é tão vinculante quanto a de qualquer outra forma de regra jurídica".[101]

Odete Medauar, de sua parte, explica que o princípio devido processo legal, desdobrado, especialmente, nas franquias do contraditório e da ampla defesa, consubstancia um princípio basilar do processo administrativo, que decorre da própria Lei Maior, embora existam outros decorrentes de elaboração doutrinária, jurisprudencial e legal.[102] Há ainda aqueles que, embora voltados à Administração em geral, também constituem vetores de observância obrigatória no processo administrativo, a exemplo daqueles acolhidos no art. 37, *caput*, do texto magno, a saber: os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Celso Antonio Bandeira de Mello, por sua vez, adverte a Administração Pública ainda está sujeita obrigatoriamente a inúmeros princípios que não estão listados no mencionado art. no art. 37, uns por constarem em outros artigos do texto constitucional e "outros, por serem implicações evidentes do próprio Estado de Direito e, pois, do sistema constitucional como um todo".[103]

Reportando-se especificamente ao contraditório, Odete Medauar leciona que tal princípio permite que a parte interessada no processo apresente seus pontos de vista ou arrazoados, em contraposição àqueles colocados pela parte adversa, no caso, a Administração. E o que é extremamente relevante: tal garantia deve "propiciar ao sujeito a ciência de dados, fatos, argumentos, documentos, a cujo teor ou interpretação pode reagir, apresentando, por seu lado, outros dados, fatos, argumentos, documentos".[104] Celso Antonio Bandeira de Mello identifica que não cabe à Administração Pública privar da liberdade ou propriedade – que não precisa ser completa – de um administrado sem que haja um processo formal regular e sem que lhe seja oferecido a "oportunidade de contraditório e ampla defesa".[105]

Nas palavras de Edmir Netto de Araújo, trata-se de um "diálogo", que consubstancia "a bilateralidade de audiência, ou a ciência bilateral dos atos do processo e a possibilidade de

---

[101] TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional tributário e segurança jurídica**: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2. ed. 2012, p. 511.

[102] MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Forum, 2018, p. 164.

[103] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros 2021, p. 81. Estes são os princípios citados: (i) supremacia do interesse publico sobre o interesse privado; (ii) legalidade; (iii) finalidade; (iv) razoabilidade; (v) proporcionalidade; (vi) motivação; (vii) impessoalidade; (viii) publicidade; (ix) devido processo legal e ampla defesa; (x) moralidade administrativa; (xi) controle judicial dos atos administrativos; (xii) responsabilidade do Estado por atos administrativos; (xiii) boa administraçao; e (xiv) segurança jurídica.

[104] MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Forum, 2018, p. 164.

[105] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. op. cit., p. 101.

impugná-los".[106] Já a ampla defesa, explica, consubstancia um valor plasmado ao longo de lutas multisseculares, travadas pelos povos contra o arbítrio dos governantes, compreendendo o direito de resistir a pretensões adversas, com todos os recursos legais possíveis, inclusive antecipando-se à prolação do ato decisório.[107]

Outro não é o entendimento de abalizados doutrinadores, para os quais, citando julgados do STF, a partir do advento da CF/1988, "o direito à defesa e ao contraditório tem plena aplicação não apenas em relação aos processos judiciais, mas também em relação aos procedimentos administrativos em geral".[108]

De fato, como anota Egon Bockman Moreira, "o processo administrativo significa meio ativo de exercício e garantia de direitos dos particulares, que têm condições de participar e controlar a sequência predefinida de atos anteriores ao provimento final", sem que os atos administrativos percam suas características essenciais, quais sejam, presunção de legitimidade, exigibilidade e autoexecutoriedade.[109] Uma distinção importante é feita por Hugo de Brito Machado Segundo ao reconhecer que embora regidos por um "núcleo comum de princípios constitucionais processuais" aplicáveis tanto ao processo judicial quanto ao processo administrativo, existem princípios específicos que regem essa última categoria processual.[110]

3.5.2. Outros princípios regentes

Além dos axiomas acima mencionados, que derivam da própria Constituição, de acordo com Odete Medauar existem ainda outros que merecem destaque, quais sejam, os princípios da oficialidade, da verdade material, do formalismo moderado e da razoável duração do processo.[111] O primeiro corresponde à responsabilidade cometida à Administração de zelar pelo regular e contínuo andamento do processo, independentemente de provocação das partes, fazendo com que este alcance a sua conclusão, sem maiores delongas. Por sua vez, o segundo diz respeito à exigência de que as decisões sejam tomadas "com base nos fatos, tais como se

---

[106] ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 917-918.

[107] Ibidem, loc. cit.

[108] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, COELHO, Inocêncio Mártires e MENDES, Gilmar Ferreira**. Curso de Direito Constitucional**. 4.ª ed. São Paulo: Saraiva. p. 604 e segs.

[109] MOREIRA, Egon Bockman. **Processo administrativo**: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 69.

[110] MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo tributário**. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2018, p. 43.

[111] MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Forum, 2018, p. 167-168.

apresentam na realidade". O terceiro significa que os ritos e procedimentos devem ser aplicados de maneira flexível e razoável, evitando que as formas "sejam vistas como fim em si mesmas, desligadas das verdadeiras finalidades do processo". E por fim, o quarto está relacionado com a eficiência do processo, contudo, "não implica o sacrifício do contraditório, ampla defesa, devido processo legal, pautando-se pela proporcionalidade a conciliação de todos".[112]

Em outra obra, a citada autora passou a mencionar também o princípio da confiança legítima, consagrado em vários ordenamentos jurídicos, especialmente do Velho Mundo, com destaque para o alemão e o suíço, e que, ademais, integra a jurisprudência da Corte de Justiça da Comunidade Europeia. Em sua visão, cuida-se de um valor que não se confunde com a preservação do direito adquirido, o qual, de resto, encontra abrigo, entre nós, na Lei Maior. Esclarece que, com tal postulado, busca-se defender "direitos em vias de constituição ou suscetíveis de se constituir", além de compreender "compromissos da Administração que geraram, no cidadão, esperanças fundadas", impedindo mudanças normativas ou procedimentais abruptas ou radicais cujas "consequências revelam-se chocantes".[113]

Esse princípio desdobra-se em dois aspectos, um objetivo, expresso na ideia de segurança jurídica, e outro subjetivo, equivalendo ao conceito de proteção da confiança, denominados pela doutrina alemã, respectivamente, de *Reschtssicherheit* e *Vertrauensshutz*.[114] Numa apertada síntese, consideradas ambas as dimensões, significa que Administração, em todas as suas atividades, tem a obrigação de agir de boa-fé, atendo-se aos rumos por ela previamente indicados ou sugeridos, sendo-lhe vedado – assim como ocorre com os particulares nas relações interpessoais – *venire contra factum proprium*,[115] de maneira a evitar que os administrados vejam frustradas as suas legítimas expectativas.[116]

Heleno Taveira Torres, nessa linha, assenta "que o Estado está obrigado a garantir a todos a persistência de um ordenamento jurídico com elevado grau de segurança e de confiabilidade permanente".[117] E complementa afirmando que, particularmente em um Estado

---

[112] MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Forum, 2018, p. 167-168.

[113] Idem. **Direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 246-247.

[114] Cf. os verbetes correspondentes em AVENARIUS, Hermann. **Kleines rechswörterbuch**. Freiburg: Herder, 1981.

[115] A expressão *venire contra factum proprium* expressa a proibição de comportamentos contraditórios ou antinômicos, seja entre particulares, seja entre estes e o Estado, seja ainda deste em relação àqueles, derivando da vetusta regra *pacta sunt servanda.*

[116] FLEINER, Thomas. Cantonal and Federal Administrative Law. In: ANSAY, Turgut e WALLACE JUNIOR, Don. **Introduction to Swiss Law**. 2. ed. The Hague: Kluwer Law International, 2004, p. 40.

[117] TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Tributário e segurança jurídica**: metódica da segurança jurídica no Sistema Constitucional Tributário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 22.

Democrático de Direito, tal como o agasalhado na CF/1988, tais valores representam verdadeiros "núcleos funcionais", operando "mediante as funções de certeza, confiabilidade e estabilidade sistêmicas".[118] Em outras palavras, integram a própria essência desse novo – e superior – modo de organização política do povo, encontrando expressão "na estabilidade controlada das relações e expectativas de direitos e obrigações e na garantia de direitos e liberdades fundamentais".[119]

A fertilidade imaginativa dos estudiosos do direito processual administrativo logrou desvendar ainda outros postulados tidos como de observância obrigatória,[120] e que, a rigor, fazem pleno sentido à luz da nova sistemática constitucional, quais sejam, os princípios do julgador natural, da revisibilidade, da proibição da *reformatio in pejus*, da celeridade e da razoável duração do processo e, ainda, da gratuidade.[121]

O primeiro, que deriva do princípio da igualdade, encontra abrigo, mais proximamente, na fórmula estabelecida no art. 5º, LIII, da CF/1988, segundo a qual "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente". Com isso, exclui-se a possibilidade de juízos *ad hoc*, *ex post facto* e de exceção ou parciais. Já o segundo refere-se à possibilidade de revisão de decisões adversas, com o mesmo sentido da garantia do duplo grau de jurisdição,[122] assegurada nos procedimentos cíveis e penais.

---

[118] TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Tributário e segurança jurídica**: metódica da segurança jurídica no Sistema Constitucional Tributário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 22.

[119] Ibidem, p. 23.

[120] A título exemplificativo, Sérgio Ferraz e Adilson de Abreu Dallari listam os seguintes princípios do processo administrativo: (i) igualdade e impessoalidade; (ii) legalidade; (iii) finalidade; (iv) motivação; (v) razoabilidade; (vi) proporcionalidade; (vii) moralidade; (viii) ampla defesa; (ix) contraditorio; (x) segurança jurídica; (xi) interesse público; (xii) eficiência; (xiii) informalidade; (xiv) boa-fé; (xv) publicidade; (xvi) oficialidade; (xvii) verdade material; (xviii) duplo grau de jurisdição administrativa. **Processo administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 84-139. Por sua vez, Egon Bockmann Moreira identifica os seguintes princípios regentes: (i) legalidade (proporcionalidade e razoabilidade); (ii) isonomia; (iii) moralidade (boa-fé e imparcialidade); (iv) publicidade; (v) responsabilidade objetiva; (vi) eficiência; (ix) princípio da ampla defesa e do contraditorio. **Processo administrativo**: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 83-165.

[121] PETIAN, Angélica. **Regime jurídico dos processos administrativos ampliativos e restritivos de direito**. São Paulo: Malheiros, 2011, *passim*.

[122] Ver sobre o tema SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Duplo grau de jurisdição**: conteúdo e alcance constitucional. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 101. Para a autora, trata-se de uma verdadeira garantia fundamental, mencionada em diversos artigos do texto magno. Alguns, todavia, entendem que ela se encontra implícita no postulado do *due process of law*. Outros, ainda, pensam que deriva do art. 8º, 2, do Pacto de São José da Costa Rica, o qual, prestigiando a presunção de inocência, assegura às pessoas o "direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal". Por isso, concluem que o preceito se aplica apenas à seara penal. Há também aqueles que negam que o duplo grau de jurisdição tenha assento constitucional, sustentando que sua existência decorre, exclusivamente, de eventual previsão na legislação ordinária. Enfim, a matéria é controvertida, não havendo ainda consenso em torno dela, nem mesmo no STF.

Admitida a possibilidade de revisão das decisões administrativas, segue-se o terceiro princípio, que proíbe o agravamento da situação processual do administrado, em grau de recurso.[123] A celeridade e a razoável duração dos processos judiciais e administrativos, de sua parte, passaram constituir um direito fundamental, a partir da promulgação da EC 45 de 2004.[124] Por fim, a gratuidade, que corresponde à ausência de ônus econômicos para os particulares, mostra-se imperativa, conforme Angélica Petian, quando se trata de processos administrativos restritivos de direito.[125]

Estes últimos são definidos como "aqueles que diminuem a esfera jurídica do destinatário, causando-lhe gravame, seja porque impõem um novo dever ou restrição, seja porque estendem um dever já existente, ou, ainda, suprimem um direito existente".[126] Em tais hipóteses, segundo ela, também incidem, necessariamente, os precitados princípios da ampla defesa e da oficialidade, sem prejuízo dos demais já referidos – todos derivados do sobreprincípio devido processo legal –, os quais regem os processos ampliativos de direito, "preordenados a alargar a esfera jurídica do destinatário, causando-lhe um efeito favorável".[127]

3.5.3. Disciplina legal

O processo administrativo encontra-se disciplinado, no âmbito da Administração Federal, direta e indireta, pela Lei nº 9.784/1999,[128] mediante a qual procurou-se sistematizar a evolução doutrinária e jurisprudencial acerca da temática. Como observado por Celso Antonio Bandeira de Mello, apesar de "abranger quaisquer interessados no processo administrativo" no âmbito da Administração direta e indireta, inclusive órgãos dos Poderes Legislativo e

---

[123] Aqui tem-se a reprodução da regra *ne reformatio in pejus*, abrigada no art. 617 do CPP, que proíbe o agravamento da pena em recurso exclusivo da defesa. Cf., sobre o tema, RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 967-968. Para o autor, o referido postulado decorre do brocardo jurídico *nemo iudex sine actore* e, também, da vedação do julgamento *ultra* ou *extra petita*.

[124] BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**.

Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências.

[125] PETIAN, Angélica. **Regime jurídico dos processos administrativos ampliativos e restritivos de direito**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 231-232

[126] Ibidem, p. 213.

[127] Ibidem, p. 214 a 230 e p. 170.

[128] BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.** Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

Judiciários, a lei em questão aplica-se subsidiariamente aos processos administrativos específicos e regidos por leis próprias.[129]

Com efeito, esse diploma, consignou, logo em seu art. 2º, além dos princípios listados no texto constitucional, que a Administração Pública observará, além de outros, os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. E, no parágrafo único, especificou os seguintes "critérios", "ora protetoras dos administrados, ora simplesmente qualificadoras da índole processo administrativo,"[130] que precisam ser observados:

> I - atuação conforme a lei e o Direito; II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei; III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades; IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé; V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição; VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público; VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão; VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados; IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados; X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio; XI - proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei; XII - impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados; e XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.[131]

A referida Lei, interessantemente, dedica um capítulo especial à motivação dos atos administrativos, nos quais se incluem, por evidente, os atos processuais. A motivação – conforme consta do art. 50 – é sempre obrigatória, com a "indicação dos fatos e fundamentos jurídicos", de forma "clara, explícita e congruente", em especial quando: (i) "neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses"; (ii) "imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções"; (iii) "decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública"; (iv) "dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório"; (v) "decidam recursos administrativos"; (vi)

---

[129] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros 2021, p. 420. Sobre o alcance e proteção, o autor assim identifica os interessados: "(I) os que o iniciam como titulares de direitos ou interesses individuais ou no direito de representação, como (II) os que, sem o haverem iniciado, têm direitos ou interesses que possam ser por eles afetados, e assim também (III) organizaçoes e associações representativas no tocante a direitos e interesses coletivos e mais (IV) pessoas ou associações legalmente constituidas quanto a direitos ou interesses difusos (art. 9º)", loc. cit.

[130] Ibidem, p. 422.

[131] Cf. nota 128, art 2º, parag. único.

"decorram de reexame de ofício"; (vi) "deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais"; e (vii) "importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo".

Para Antonio Carlos de Araújo Cintra, embora seja intuitivo que a motivação pode variar de caso para caso, dependendo do ato específico a ser justificado, é possível estabelecer um "esquema básico" para aferir a suficiência desta. Nesse sentido, assevera que ela deve indicar "as premissas de direito e de fato em que se apoia o ato motivado, com menção às normas legais aplicadas, sua interpretação e, eventualmente, a razão da não aplicação de outras".[132] E mais: quando houver necessidade – quer, sempre que o raciocínio se revelar mais complexo –, "o agente público deve justificar as regras de inferência através das quais passou das premissas à conclusão".[133]

Para Egon Bockmann Moreira, a motivação das decisões é essencial à ampla defesa, pois possibilita ao administrado conformar-se ou recorrer das decisões proferidas pela Administração. Adicionalmente, o autor manifesta-se sobre a extrema importância do devido processo legal, dado que "assegura submissão da Administração a prévios e conhecidos ritos processuais e observância de limitações substanciais" em todas as ocasiões em que o particular pode ter seus bens ou liberdade restringidos.[134]

3.5.4. Aplicação supletiva e subsidiária do CPC

O CPC/2015 trouxe em seu bojo importante novidade ao explicitar, no art. 15, que suas disposições se aplicam, supletiva e subsidiariamente, aos processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, desde que, por óbvio, com eles sejam compatíveis, e conquanto exista alguma lacuna a ser colmatada. Para Humberto Theodoro Júnior, com isso, conferiu-se ao novo *Codex* o relevante papel "de funcionar como principal fonte do direito processual no ordenamento jurídico brasileiro", permitindo o preenchimento de brechas normativas eventualmente existentes nos demais diplomas da mesma espécie.[135]

---

[132] CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Motivo e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p.127.

[133] Ibidem, p. 127-128.

[134] MOREIRA, Egon Bockman. **Processo administrativo**: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 385.

[135] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Vol. I., 61. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 105.

A aplicação supletiva, convém notar, constitui um *plus* com relação à subsidiária. Jose Miguel Garcia Medina elucida a distinção entre esses dois conceitos: "naquele caso, está-se a *suprir* a ausência de disciplina na lei omissa; a aplicação subsidiária, por sua vez, é *auxiliar*, operando como que a dar sentido a uma disposição legal menos precisa".[136] Ambas as possibilidades estão previstas no preceito em comento.

Essa explicação é complementada por Nelson Nery Júnior e Rosa Nery, os quais esclarecem que há aplicação supletiva quando existir omissão absoluta ou lacuna plena, adotando-se, então, integralmente, o instituto regulado no CPC.[137] Já a aplicação subsidiária se dá quando ocorrer omissão relativa ou lacuna parcial, hipótese em que o instituto será utilizado "naquilo que for compatível com o sistema processual lacunoso".[138] A aplicação subsidiária é importante ao permitir uma possibilidade de enriquecimento ao se realizar a análise sob ou outro viés, extraindo-se um sentido diferente ao se aplicar os princípios fundamentais do processo civil.[139]

A propósito, vale trazer à consideração o primoroso estudo de Maria Helena Diniz sobre as lacunas no direito, no qual ensina que os sistemas legais são sempre lacunosos, porque "a vida social apresenta nuanças infinitas nas condutas compartidas, mudam-se as necessidades com os progressos, de maneira que seria impossível que as normas jurídicas regulamentassem toda a sorte de comportamento".[140] Mas ao mesmo tempo – e paradoxalmente – assinala que inexistem verdadeiras lacunas, porquanto "o próprio dinamismo do direito mobiliza soluções que serviriam de base para qualquer decisão".[141] Explica o paradoxo assinalando que "sempre haverá um direito para quaisquer relações que se instaurem no convívio social, por mais intrincadas, heterogêneas ou excêntricas que seja, fechando-se o sistema".[142]

De fato, entre nós, disso cuidou, embora genericamente, a conhecida Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a qual veio a lume por meio do Decreto-lei 4.657/1942 (conhecida antigamente como Lei de Introdução ao Código Civil), alterado em parte pela Lei 12.376/2010, ao prever, em seu art. 4º, como uma das técnicas para colmatar lacunas, que o

---

[136] MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código Civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 82, itálico no original.

[137] NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado.** 18. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, p. 86-87.

[138] Ibidem, p. 87.

[139] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al*. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 75.

[140] DINIZ, Maria Helena. **As lacunas do direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 117.

[141] Ibidem, loc. cit.

[142] Ibidem, p. 117-118.

juiz, quando a lei for omissa, "decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito". A essa metodologia indicada pelo texto legal, é preciso agregar a oportuna lembrança de Eros Roberto Grau, segundo a qual toda a interpretação "é uma *prudência*, o *saber prático*, *a phronesis*, [143] à qual se refere Aristóteles".[144]

Teresa Arruda Alvim Wambier em conjunto com outros autores entendem que essa novel previsão legal, qual seja, a do art. 15 do CPC/2015, é positiva, pois contribuirá para uniformizar procedimentos nos distintos sistemas processuais sobretudo na área trabalhista, onde, segundo entendem, é efetivada a desconsideração da pessoa jurídica, "sem muitos cuidados, chegando-se, às vezes, a ofender de modo flagrante a Constituição Federal.[145]

Mas não é apenas no tocante à harmonização de procedimentos que a supracitada inovação surtirá efeitos. Há vários avanços que haverão de ser incorporados, de pronto e sem maiores problemas, inclusive e especialmente no âmbito administrativo, a exemplo da prática de atos processuais por meio eletrônico (arts. 193 a 196), da ampliação das provas admissíveis (art. 369), da uniformização da jurisprudência e do respeito aos precedentes (arts. 926 a 928) e da sistemática das tutelas provisórias (arts. 294 a 311), observadas, nesse último caso, com o devido rigor, as especificidades de cada esfera normativa.

3.5.5. Art. 15 do CPC nas Justiças Eleitoral e do Trabalho

Como foi assinalado, o art. 15 do novo CPC/2015 autoriza a aplicação supletiva e subsidiária de suas normas aos processos eleitoral, trabalhista e administrativo. Já se viu também que esse preceito representou uma tentativa – por todos os títulos louvável – de unificar, o tanto quanto possível, os procedimentos, prazos e recursos praticados nas várias jurisdições especializadas.

Um dos principais objetivos que norteou as atividades dos elaboradores do novo código processual consistiu na obrigatoriedade da adoção, nos distintos processos, dos princípios basilares do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, abrigados na

---

[143] *Phronesis.* HONDERICH, Ted (ed.). **The Oxford companion to philosophy**. Oxford/NewYork: Oxford University Press, 1995. A expressão era empregada pelos antigos gregos como sinônimo de sabedoria prática, denotando a inteligência e higidez dos juízos, sobretudo em contextos empíricos. Contrapunha-se à ideia de *sophia*, usualmente relacionada a um conhecimento eminentemente teórico.

[144] GRAU, Eros. **La doppia destrutturazione del dirito**: una teoria brasiliana sull'interpretazione. Milano: Unicopli, 2000, p. 66, itálico no original.

[145] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al*. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 75.

CF/1988, até porque "têm caráter cogente, não indicando meras opções de políticas legislativas que o elaborador da lei processual possa adotar, ou não, segundo o modelo preferido".[146]

Aliás, nem poderiam pairar maiores dúvidas quanto à observância compulsória desses postulados, até porque configuram "cláusulas pétreas" do texto constitucional, visto que integram o rol de direitos e garantias fundamentais das pessoas. As perplexidades, todavia, começam a aflorar quando se trata do emprego de instrumentos mais específicos, como as distintas tutelas provisórias cogitadas na novel legislação processual.

Há os que manifestam reservas quanto à plena aplicabilidade dos novos institutos em outras searas do direito. É o caso de Jaqueline Mielke Silva e Roger Fischer, não obstante concordem que, sob a égide do Código de Processo Civil de 1973,[147] "sempre se reconheceu a subsidiariedade da legislação processual nas ações eleitorais".[148] Observam, ademais, que agora, além de sua aplicação subsidiária, tradicionalmente aceita, embora sempre como um "critério limitador", tem-se a possibilidade de seu emprego supletivo, condição que abre "um novo espaço de interdisciplinaridade entre o processo jurisdicional eleitoral e o processo civil". Apesar disso, advertem que não se mostra possível converter o CPC/2015 em um "dogma da ordinariedade".[149]

Por essa razão admitem a concessão, em certos casos, de tutelas provisórias de urgência incidentais, com caráter antecipatório, nos termos dos arts. 294 a 299 e 300 a 302 do código processual vigente. Contudo, guardam reserva quanto à eventual possibilidade de aplicação da tutela de evidência na esfera eleitoral, conquanto reconheçam que, nas situações descritas no art. 311, II, do CPC/2015,[150] tal hipótese certamente terá de ser contemplada no dia a dia dos operadores do Direito.

Existem, todavia, aqueles que dão como certa a adoção das tutelas provisórias estabelecidas no CPC/2015, a exemplo de José Jairo Gomes, o qual argumenta que tais

---

[146] MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito processual constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 28.

[147] BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código Civil. Este diploma legal foi revogado pela Lei nº 43.105/2015.

[148] SILVA, Jaqueline Mielke e FISCHER, Roger. A (in) compatibilidade da tutela provisória prevista no NCPC no âmbito do direito processual eleitoral. In: TAVARES, André Ramos, AGRA, Walber de Moura e PEREIRA, Luiz Fernando (coords.). **O direito eleitoral e o novo Código de Processo Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 265.

[149] Ibidem, loc. cit.

[150] SILVA, Jaqueline Mielke e FISCHER, Roger. A (in) compatibilidade da tutela provisória prevista no NCPC no âmbito do direito processual eleitoral. In: TAVARES, André Ramos, AGRA, Walber de Moura e PEREIRA, Luiz Fernando (coords.). **O direito eleitoral e o novo Código de Processo Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 265. Os autores referem-se à hipótese em que "as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e se houve tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante".

instrumentos contribuem para dar concreção à necessidade de uma prestação jurisdicional rápida e eficaz, na medida em que a "efetividade do processo adquire especial relevo nos domínios eleitorais, porquanto nessa seara a celeridade é regra de ouro: a eleição deve ser concluída dentro de determinado período, assim como – por exigência do princípio republicano – o mandato tem prazo certo para ser exercido".[151]

Com relação ao âmbito trabalhista, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT),[152] de longa data, em seu art. 769 estabelece que nos "casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho", exceto no que com ele conflitarem". Também o art. 889 do mesmo texto normativo, registra que "os preceitos que regem o processo dos executivos fiscais para a cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública Federal", aplicam-se aos "trâmites e incidentes" da execução trabalhista, salvo naquilo que com ele não contravierem.

No primeiro caso, há apenas uma incidência subsidiária das normas do CPC/2015, ou seja, quando ocorrer uma lacuna parcial na legislação trabalhista. Já no segundo, há uma adoção *in integrum* da sistemática do executivo fiscal da União pela Justiça Laboral, *ex vi legis*, mediante a ressalva quanto a eventuais incompatibilidades. Essas disposições, convém ressaltar, são tradicionalmente vistas com reserva por parte dos doutrinadores, sob a alegação de que "é mister sempre ter presentes o espírito que anima toda a legislação trabalhista e as peculiaridades do processo laboral", especialmente porque a "prevalência da norma trabalhista sobre a norma adjetiva comum pressupõe que a primeira é mais favorável ao trabalhador".[153]

Não obstante, quanto se trata do poder geral de cautela do magistrado trabalhista, diante da parcimônia ou mesmo da inadequação do art. 765 da CLT, que lhe possibilita a adoção de qualquer diligência necessária para o rápido andamento da causa no tocante à disciplina a matéria, os especialistas não relutam em procurar apoio na processualística civil e até mesmo no CPC italiano, inspirado nas lições de Carnelutti, para afirmar que "o juiz poderá determinar as medidas cautelares que *julgar adequadas*, mostrando um critério subjetivo conferido ao juiz pela lei".[154]

---

[151] GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 678.

[152] BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.art. 769

[153] SAAD, Eduardo Gabriel. **Consolidação das Leis do Trabalho comentada**. 48. ed. São Paulo: LTR, 2015, p. 1042-1043.

[154] MARTINS, Sergio Pinto. **Direito processual do trabalho**: doutrina e prática forense. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 591, itálico no original.

Buscando uniformizar entendimento, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Instrução Normativa 39/2016 que dispõe, no que interessa, o seguinte:

> Art. 1º. Aplica-se o Código de Processo Civil, subsidiária e supletivamente, ao Processo do Trabalho, em caso de omissão e desde que haja compatibilidade com as normas e princípios de Direito Processual do Trabalho, na forma dos arts. 769 e 889 da CLT e do art. 15 da Lei 13.105/2015.[155]

3.5.6. Observância do CPC por órgãos autônomos

Como dito acima, o art. 15 do CPC/2015 explicitou que, além de disciplinar a jurisdição civil, deveria também servir de principal instrumento de uniformização do direito processual pátrio.[156] Cândido Rangel Dinamarco se mostra alinhado com essa afirmação quando entende que o objetivo do citado artigo é possibilitar que não apenas princípios, mas também normas e técnicas processuais sejam utilizadas por outras áreas do direito, inclusive nos processos administrativos de forma supletiva e subsidiária.[157]

Os tribunais de contas valem-se, para prolatar suas decisões, de processos administrativos, razão pela qual as considerações acima quanto à incidência das normas do processo civil comum nos procedimentos internos desses órgãos afiguram-se plenamente válidas, abrindo-se, em consequência, a possibilidade de que adotem também, naquilo que for cabível, a nova sistemática relativa às tutelas provisórias.[158] Uma pertinente ressalva é feita por Diogo Ribeiro Ferreira, que entende que a aplicação das normas do CPC/2015 aos processos administrativos em curso nos tribunais de contas "devem ser aplicadas *cum granum salis"*.[159] Há verdade nessa relevante observação haja vista as particularidades de seus procedimentos e processos administrativos, que não guardam identidade com o processo jurisdicional civil.

Em que pese tal ressalva, é possível constatar que, não obstante a autorização legal de aplicação subsidiária e supletiva do novo CPC – e antes mesmo de seu advento, isto é, pelo

---

[155] TRIBUNAL SUPERIOR TRABALHO. **Instrução normativa nº 39, de 15 de março de 2016**. Dispõe sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, de forma não exaustiva.

[156] Cf. nota 135.

[157] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Comentários ao Codigo de Processo Civil (art. 1º a 69)**: das normas processuais civis e da função jurisdicional. v. I, São Paulo: Saraiva, 2018, p. 150.

[158] Esta questão será tratada em topico específico.

[159] FERREIRA, Diogo Ribeiro. Novo Código de Processo Civil e sua aplicação pelo tribunal de contas: distribuição dinâmica do ônus da prova e principios do devido processo legal e da verdade material. In: MAIA, Renata C. Vieira; FERREIRA, Diogo Ribeiro. **Processo civil aplicado aos tribunais de contas: novas tendência a partir do CPC de 2015**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 145.

menos desde a promulgação da Lei 9.784/1999[160] –, determinados órgãos estatais dotados de autonomia funcional e administrativa têm demonstrado uma perceptível recalcitrância em observar aquilo que se contém em tais textos normativos.

Nessa linha, os já mencionados Sérgio Ferraz e Adilson Dallari fazem oportuna crítica ao próprio TCU, ao Ministério Público e ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), dentre outros entes assemelhados, afirmando que estes revelam "um comportamento um tanto dúbio" quanto ao cumprimento dos princípios e regras inerentes aos processos administrativos, em cujo bojo tomam as respectivas decisões, relativamente aos quais "não são e nem podem ser imunes", apesar de dotados de "especialíssima autonomia".[161]

Essa é também a preocupação de Giuseppe Giamundo Neto que, amparado em Hélio Saul Mileski, explica que o TCU exerce suas funções de controle por meio de processos administrativos, os quais tramitam segundo "ritos e procedimentos legais que asseguram uma sequência minimamente previsível e controlável das atividades do órgão", impedindo com isso a prática de arbitrariedades.[162] As formalidades essenciais que este deve respeitar, com destaque para a exigência de observar rigorosamente o contraditório e a ampla defesa, permitem, segundo este autor, a "verificação e controle de suas atividade pelo Poder Judiciário, pelo Poder Legislativo e interessados em geral".[163]

[160] Cf. nota 133.

[161] FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adilson de Abreu. **Processo Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 40-41.

[162] GIAMUNDO NETO, Giuseppe. **As garantias do processo no Tribunal de Contas da União**. Princípios Constitucionais, Código de Processo Civil/2015 e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro LINDB. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, p. 67.

[163] Ibidem, loc. cit.

4. CONTROLE DOS GASTOS PÚBLICOS

4.1. Valores republicanos

A República é uma forma de governo que surgiu, originalmente, na Roma Antiga, no início do século V a. C., em substituição à Realeza, identificando algo que pertence a todos, *res publica*, ou ao povo, *res populi*, em oposição àqueles bens sob o domínio de particulares, *res privata*, ou das famílias, *res familiaris*.[164]

Ela findou no principado de Augusto, inaugurado no ano de 27 da era pagã, depois que César, contrariando o espírito da constituição republicana, acabou acumulando os títulos e as funções de *dictator*, *imperator*, *tribunus* e *pontifex maximus*, fazendo dele "uma figura similar à de um monarca".[165]

Cícero, jurista, escritor e filósofo romano, definiu a República como a "coisa do povo, considerada tal, não todos os homens de qualquer modo congregados, mas a reunião que tem seu fundamento no consentimento jurídico e na utilidade comum".[166] Tratava-se, para o pensador romano, antes de tudo, de uma comunidade de interesses baseada na lei.[167]

Em linhas gerais, a República correspondia ao regime político que os gregos antigos denominavam de *politeia*, ambas desenvolvidas mais ou menos na mesma época histórica, encerrando a ideia de participação dos cidadãos na gestão da *polis*.[168] Desde então, o conceito sofreu uma longa evolução, embora tenha conservado, grosso modo, os fundamentos axiológicos que lhe deram origem.[169]

Bem mais tarde, com o advento das ideias iluministas, potencializadas pelas insurreições liberais-burguesas do século XVIII, especialmente a partir dos escritos de

---

[164] BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. São Paulo: EDIPRO, 2017, *passim*. Nesta obra o autor estuda o tema "partindo da filosofia grega para chegar até o limiar da era contemporânea", p.10.

[165] República Romana. In: BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política.** Brasília: UNB, 1991, p. 1009-1114.

[166] CÍCERO. **República.** Liv. I, 25.

[167] Para um estudo sobre a transição da democracia grega para a república romana, v. CAMPOS, German Jose Bidart. **El regimen político: de la "politeia" a la "res publica***"*. Buenos Aires: EDIAR, 1979, *passim*.

[168] ARISTÓTELES. **Política.** Liv. III, I, onde o Estagirita assentou que cidadão é "aquele que tem uma parte legal na autoridade deliberativa".

[169] LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Reflexões em torno do princípio republicano. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 100, 2005.

Rousseau,[170] o conceito de República incorporou o dogma da soberania popular, bem assim os valores liberdade e igualdade,[171] desdobrados no lema *liberté*, *équalité*, *fraternité* da Revolução Francesa de 1789.[172]

Por fim, sobretudo depois da fundação dos Estados Unidos da América, a ideia de República passou a abrigar a noção de temporariedade dos mandatos e responsabilidade dos governantes. Para Madison, Jay e Hamilton, listados entre os *Founding Fathers* daquele país, cuida-se de um governo "que deriva todos os seus poderes, direta e indiretamente, da grande massa do povo, sendo administrado por pessoas que exercem suas funções voluntariamente, durante um limitado período de tempo ou enquanto agirem bem".[173]

Segundo o já clássico conceito elaborado por Geraldo Ataliba, nessa forma de governo, "os exercentes das funções políticas (executivas e legislativas), representam o povo e decidem em seu nome, fazendo-o com responsabilidade, eletivamente e mediante mandatos renováveis periodicamente".[174]

O atributo basilar da responsabilidade, essencial para a correta caracterização do princípio republicano, não diz respeito apenas aos mandatários eleitos, aos governantes propriamente ditos, mas abarca todos aqueles que exercem funções públicas, permanentes ou transitórias, segundo os postulados que os anglo-saxões denominam de *responsiveness*, isto é, a obrigação de atender às expectativas da sociedade, e de *accountability*, ou seja, o dever de prestar contas, ambos impregnados de elevado conteúdo ético.[175] Moacir Marques da Silva resume de maneira satisfatória o conceito de *accountabilty:* "é a obrigação de prestar contas, decorrente de uma responsabilidade que tenha sido delegada, presumindo-se a existência de

---

[170] Com destaque para as obras **Discurso sobre a origem e fundamentos da desigualdade entre os homens** e **Do contrato social**. Desta última, vale ressaltar o Capítulo VI, que trata do pacto social sobre o qual repousa o Estado.

[171] Ver, sobre a influência do escritor genebrino sobre o movimento revolucionário de 1789, na França, DURANT, Will e Ariel. **Rousseau and revolution**. New York: Simon and Schuster, 1967, especialmente p. 887-892.

[172] Interessantemente, permanece constando do art. 2º da Constituição francesa de 1958, ainda hoje em vigor, o seguinte: "A divisa da República é: Liberdade, Igualdade e Fraternidade". Acerca dos fundamentos axiológicos dessa carta política, v. BURDEAU, Georges. **Droit constitutionel et institutions politiques**, 17. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1976, 450-451

[173] HAMILTON, Alexander, MADISON, James e JAY, John. **The federalist papers: No. 39**. Disponível em: https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed39.asp. Acesso em 25 jun. 2022. No original: "If we resort for a criterion to the different principles on which different forms of government are established, we may define a republic to be, or at least may bestow that name on, a government which derives all its powers directly or indirectly from the great body of the people, and is administered by persons holding their offices during pleasure, for a limited period, or during good behavior".

[174] ATALIBA, Geraldo. **República e constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 13.

[175] SILVA, Virgílio Afonso. **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: EDUSP, 2021, p. 84. O autor faz menção ao dever de transparência, como um dos valores ínsitos no conceito de República, ao lado, por exemplo, da ideia da responsabilidade dos agentes políticos.

duas partes: uma que delega a responsabilidade e outra que a aceita, com o atendimento de relatar a forma pela qual tenha diso executada".[176]

Estudando de forma mais vertical o supracitado conceito de *accountability*, Marianna Montebello Willeman, amparada em doutrina estrangeira, explica que ele se desdobra em dois aspectos: *answerability* e *enforcement*. O primeiro identifica "a sujeição de todo aquele que exerce alguma parcela de poder político a exigências de transparência e motivação"; já o segundo corresponde "à capacidade de as agências de *accountability* aplicarem sanções aos agentes que tenham violado seus deveres públicos".[177] E complementa a sua explanação conforme segue:

> Envolve, assim, o direito de exigir informações confiáveis e compreensíveis acerca de decisões adotadas na esfera pública e, também, o direito de receber explicações e o correspondente dever de autoridades públicas justificarem, a partir de válidas razões, suas condutas.
> [...]
> Com efeito, o fundamento que norteia a ideia de *accountability* é a necessidade de se controlar o poder político, e não o objetivo de eliminá-lo e / ou de se substituir a ele. Instituições de *accountability* buscam limitar, disciplinar e restringir o exercício da autoridade política, prevenindo arbitrariedades e procurando assegurar que sua atuação ocorra de maneira alinhada a regras e procedimentos previamente estabelecidos".[178]

Para Sergio Sérvulo da Cunha, tal obrigação decorre igualmente do princípio da moralidade administrativa, o qual, segundo pensa, nem precisaria estar inscrito no *caput* do art. 37 da CF/1988,[179] dado o seu caráter pré-jurídico, "estruturante de toda e qualquer instituição", significando que os agentes estatais não estão obrigados, tão somente, a cumprir a lei, mas também a agir "com probidade e decência", sempre em busca do bem comum, além de observar as "regras de respeito e civilidade" em seu relacionamento com os particulares e demais agentes.[180]

---

[176] SILVA, Moacir Marques da. **Controle externo das contas públicas**: processo nos tribunais de contas do Brasil. São Paulo: Atlas, 2014, p. 44.

[177] WILLEMAN, Marianna Montebello. **Accountability democrática e o desenho institucional dos Tribunais de Contas no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 49.

[178] Ibidem, p. 50-51.

[179] Cf. nota 23, art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[180] CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Ética**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 336. Ver também sobre o tema RANGEL JÚNIOR, Hamilton. **Princípio da moralidade institucional.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 194. O autor, em boa hora, adverte que, "assim como ocorre com a má-fé, **jamais se presuma a imoralidade institucional**, sob pena de transformar-se o tema em espécie de obstinação ideológica, canal fecundo para moralismos, estes institucionalmente imorais, já que se traduz na arbitrariedade e desconfiança subjetiva sobre o imperativo objetivo de que se presuma a boa-fé" (negrito no original).

Em feliz síntese, depois fazer um aprofundado estudo das definições mais importantes sobre essa peculiar forma de convivência política, em que os aspectos supra destacados foram ventilados sob diferentes enfoques, Fernando Facury Scaff conceitua "como *republicano o Estado* que for juridicamente estruturado de modo a permitir que o governo aja em prol do bem comum, *aplicando à coisa pública uma função social, em busca da efetivação dos direitos fundamentais, com respeito à lei*.[181]

4.2. Dever de prestar contas

O dever de prestar contas, amplamente considerado, não por acaso, passou a ser incorporado ao nosso ordenamento político-jurídico com a superação do dogma abrigado na Constituição de 1824, segundo a qual a pessoa Imperador era "inviolável e sagrada".[182] Desde a primeira Constituição republicana em 1891, passando por todos os textos constitucionais a partir dela, havia previsão de alguma tipo de fiscalização e controle sobre os gastos públicos. Entretanto, a grande novidade somente se deu entre nós com a Carta de 1988, ao alcançar a tanto a administração direta quanto a indireta. Anteriormente, o controle era bem restrito e a fiscalização somente era exercida sobre a administração centralizada. [183]

É o que se passa entre nós. De acordo com José Afonso da Silva, o dever de prestar contas no âmbito da Administração Pública, direta e indireta, representa um dos princípios fundamentais da ordem constitucional brasileira, encontrando-se textualmente mencionado no art. 34, VII, d, da CF/1988.[184] E prestam contas, insista-se, todos os agentes públicos, definidos como todos "aqueles que desempenham uma atividade estatal, seja em caráter temporário ou definitivo", dividindo-se em três categorias: (i) agentes políticos; (ii) servidores públicos, e (iii)

---

[181] SCAFF, Fernando Facury. **Orçamento republicano e liberdade igual:** ensaio sobre direito financeiro, república e direitos fundamentais no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 127, itálico no original. O autor complementa sua definição afirmando que a busca da efetivação dos direitos fundamentais "deve ocorrer de *forma isonômica,* através da *ampliação das liberdades reais,* em busca de uma *liberdade igual*.

[182] BRASIL. **Constituição Política do Império do Brazil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824**. Art. 99. Com efeito, todas as cartas republicanas que se seguiram a ela previram que o Chefe de Estado pode perder o mandato e os direitos políticos caso cometa um crime de responsabilidade sem prejuízo de outras sanções, sujeita-se ao denominado *impeachment*, cuja origem é a expressão latina *impedicare*, que tem o sentido de "impedir o movimento", encontrando-se previsto nos arts. 52 e 85 do texto constitucional vigente, tipificado e regulado na Lei 1.079/1950, sobretudo quanto aos seus aspectos procedimentais.

[183] OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Curso de direito financeiro.** 7. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015, p 718.

[184] SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 773.

particulares em colaboração com a Administração.[185] Hely Lopes Meirelles e José Emmanuel Burle Filho tratam essa obrigação como "decorrencia natural da administração [...] porque a gestão se refere aos bens e interesses das coletividade e assume o caráter de *munus publico,* isto é, um encargo para com a comunidade".[186]

Aqui convém sublinhar, novamente, o quanto já foi registrado antes: não apenas os agentes eleitos, mas todos os agentes do Estado, sejam quais forem os entes governamentais a que pertençam ou mesmo o nível hierárquico onde estejam situados, se agirem em desacordo com os ditames legais, ou se atuaram em desconformidade com os padrões éticos inerentes ao múnus público por eles exercido, incorrem em sanções políticas, administrativas, civis ou criminais, isolada ou cumulativamente. Como observa Fernando Facury Scaff, essa obrigação de prestar contas, consagrada parágrafo único do art. 70 de nossa atual constituição, figurando como verdadeiro cânone dos direitos humanos desde 1789, com o advento da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, se assemelha à um *toque de midas:* "quem tocar em dinheiro público, ou relativo à renuncias fiscais, estará alcançado pela obrigação de prestar contas".[187]

É certo que, segundo o renomado publicista francês Leon, os agentes públicos, nos limites das respectivas competências, por definição, atuam com total autonomia, quer dizer, não estão submetidos a vontade dos governantes, sujeitando-se tão somente à lei.[188] No entanto, completa o autor, os distintos ordenamentos jurídicos preveem "certas medidas para garantir dentro do possível o respeito à lei e o fiel cumprimento da missão que lhes é confiada".[189]

A título de exemplo, vale lembrar que, para incorrer nas severas sanções previstas na Lei nº 8.429/1992 – lei de improbidade administrativa–, basta que o agente público, servidor ou não, eleito, nomeado, designado ou contratado, ainda que transitoriamente e sem remuneração, por ação ou omissão, atente contra os princípios da administração pública, violando "os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições",

---

[185] TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 1159.

[186] MEIRELLES, Hely Lopes*;* BURLE FILHO, José Emmanuel*.* **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. atual até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 119.

[187] SCAFF, Fernando Facury. **Orçamento republicano e liberdade igual:** ensaio sobre direito financeiro, república e direitos fundamentais no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2020. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 447, itálico no original.

[188] DUGUIT, Léon. **L' État, les gouvernants et les agents**. Paris: Dalloz, 2005, p. 458.

[189] Ibidem, p. 458.

independentemente de eventual dano ao erário.[190] É preciso, porém, para caracterizar a prática da improbidade administrativa, que fiquem demonstrados o dolo ou a culpa grave do agente, consubstanciados na "conduta desonesta, ardilosa ou denotativa de falta de probidade".[191] Essa prática ilícita, sublinha-se, também pode ser levada a cabo por um particular "que induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta", incorrendo nas mesmas penas cominadas ao agente faltoso, ressalvadas aquelas próprias ao cargo exercido por este.[192]

4.3. Formas de controle

Pelas razões acima enunciadas criou-se, entre nós, "um conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos por meio dos quais se exerce o poder de fiscalização e de revisão da atividade administrativa em qualquer das esferas de poder".[193] Fernando Facury Scaff identifica o "*controle* como instrumento tipicamente republicano, pois quem assume as incumbências públicas tem de prestar contas de seus atos ao povo, uma vez que trabalha *em função* do povo".[194]

Vale lembrar que, para fins de fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial descrita no art. 71 da CF/1988, existem dois tipos de controle: o interno e o externo.[195] O primeiro deles equivale ao controle interno,[196] desempenhado pela

---

[190] BRASIL. **Lei 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Conhecida como "Lei de Improbidade Administrativa", arts. 1º, 2º e 11.

[191] PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada**: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 101. Nesse sentido vale transcrever, por todos, excerto do acórdão do Superior Tribunal de Justiça, cujo entendimento espelha decisões reiteradas daquela Corte, conforme segue: "[a] conduta do agente, nos casos dos arts. 9º e 11 da Lei 8.429/92, há de ser sempre dolosa, por mais complexa que seja a demonstração desse elemento subjetivo; nas hipóteses do art. 10 da Lei 8.429/92, cogita-se que possa ser culposa, mas em nenhuma das hipóteses legais se diz que possa a conduta do agente ser considerada apenas do ponto de vista objetivo, gerando a responsabilidade objetiva". AgRg no AREsp 567.988/PR, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, j. em 05/05/2016.

[192] Cf. nota 190, art. 3º.

[193] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p.1005.

[194] SCAFF, Fernando Facury. **Orçamento republicano e liberdade igual:** ensaio sobre direito financeiro, república e direitos fundamentais no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 423, itálico no original.

[195] Ibidem, p. 719-720.

[196] A Controladoria-Geral da União é o principal órgão controle interno da Administração Pública Federal, nos termos da Lei 10.683/2003.

própria Administração, em especial por meio do poder de autotutela,[197] a ser acionado pelos órgãos hierarquicamente superiores sobre os inferiores ou mesmo por estes, de forma espontânea ou quando provocados.[198] Não obstante, Jorge Ulysses Jaocby Fernandes entende que esse autocontrole administrativo deve ser limitado pela questão temporal, o qual "diz respeito a possibilidade de prescrição e decadência do direito de controlar", como tambem pela natureza, que "diz respeito à categoria dos atos passiveis de controle.[199]

Os art. 70 e 74 da Constituição vigente determinam que o controle interno incumbe a todos os três orgão do Poder e seus respectivos órgãos. Todos devem manter um sistema interno de controle dadas as próprias particularidades e, ao mesmo tempo, para fins de coordenação e uniformização, devem compartilhar as informaçoes com os demais órgão.

Ademais, esse deve ser exercido de maneira prévia, concomitante e subsequente, conforme determina o art. 77 da Lei nº 4.320/1964.[200] A imposição de integração fica ainda mais explícita quando o texto constitucional estabelece que os responsaveis pelo controle interno comuniquem ao TCU (e demais cortes de contas dos entes federados) qualquer irregularidade ou ilegalidade assim que elas se tornarem conhecidas, sob pena de responsabilidade solidária (art. 74, § 1º). Fernando Facury Scaff, com razão, considera tal norma coerente com o sistema de controle, "pois visa impedir que o controle interno sirva de *biombo* para esconder eventuais irregulareidades identificadas em seu mister.[201]

Em relação ao segundo tipo de controle, qual seja, o externo, Ismar Viana apresenta didática definição relativamenet ao mesmo:

> O Controle externo da Adninistração Pública se caracteriza por ser realizado por órgão que não seja aquele a quem é atribuída a prática do ato controlado, com vistas a garantir a preservação do princípio fundamental da separação dos poderes, nos termos do artigo 2º da CRFB/1988, constituindo, pois, mecanismo do sistema de freios e contrapesos, que busca preservar, em última análise, o fundamento da representatividade democrática a que alude o parágrafo único do artigo 1º da Lei Maior da República, que outorga ao povo a titularidade do poder, visto não apenas

[197] O STF editou duas súmulas a respeito do poder de autotutela. Primeiramente, a Súmula 346: "A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos". Depois, a Súmula 473: "A administração pode revogar seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-lo, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial".

[198] REALE, Miguel. **Revogação e anulamento do ato administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 37-46.

[199] JACOBY FERNANDES, Jorge Ulysses. **Tribunais de contas do Brasil**: jurisdição e competência. 4. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 71.

[200] BRASIL. **Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964**. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e contrôle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

[201] SCAFF, Fernando Facury. **Orçamento republicano e liberdade igual:** ensaio sobre direito financeiro, república e direitos fundamentais no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 449, itálico no original.

> sob o vies político, mas sob o viés de exercício de competências outorgadas às instituições republicanas.[202]

Exercido pelo Congresso Nacional, com auxílio do TCU, o controle externo é realizado sob um prisma mais abrangente, que transcende o mero exame da legalidade do ato administrativo, podendo ingressar na análise de sua legitimidade, economicidade,[203] não lhe sendo lícito, porém, adentrar no âmago da decisão política que o colocou em prática, desde que em conformidade com a boa prática administrativa. Cabe aqui destacar interessante posição de Carlos Ayres Brito, o qual defende "que as Casas de Contas se constituem em tribunais de tomo político e administrativo a um só tempo. Político, nos termos da Constituição; administrativo, nos termos da Lei".[204]

Na linha das opiniões prevalentes, vale trazer à colação o abalizado entendimento abaixo transcrito de Ricardo Lobo Torres:

> "O aspecto político do controle se estende também ao Tribunal de Contas, que, sobre exercer fiscalização identica à do Congresso quanto à legalidade e economicidade da gestão financeira, precisa dotar as suas decisões do mesmo conteúdo e extensão dos atos administrativos que controla, sem todavia, substituir as decisões da política economica pelas suas preferências. Há que se distinguir entre controle dos objetivos das decisões políticas, vedado à Corte de Contas, e o controle das contas dos órgãos políticos ou das premissas constitucionais (legalidade e economicidade) das decisões políticas, plenamente compatíveis com a nova estrutura democrática do País.[205]

Cumpre notar, ademais, que o controle exercido pelo Parlamento – *et pour cause* – é de natureza politica, o qual nem sempre é exercido com a intermediação das cortes de contas, como, por exemplo, quando age para "sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa", bem assim para

---

[202] VIANA, Ismar. **Fundamentos do processo de controle externo**: uma interpretação sistematizada do texto constitucional aplicada à processualização das competências dos tribunais de contas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p33.

[203] D'ENTREVES, Alexandre Passerin. **Légalité et légitimité**. In: BASTID, Paul *et al.* **L'idée de légimité**. Paris: Presses Universitaires de France, 1967, p. 41. Para o autor, interessantemente, "a noção de direito, para ser verdadeiramente completa", deve levar em conta não apenas a opinião do jurista, do juiz ou do legislador, mas também a do "bom cidadão para quem o direito parece composto de regras não apenas válidas como também obrigatórias". Com isso, quer dizer que aferir a legitimidade de um ato significa, antes de tudo, verificar se foi praticado em conformidade com o senso comum, com prudência e com razoabilidade.

[204] BRITO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos tribunais de contas. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 9, dez 2001, p. 10.

[205] TORRES, Ricardo Lobo. A legitimidade democrática e o tribunal de contas**. Revista de Direito Administrativo,** Rio de Janeiro, nº 194, out,/dez. 1993, p. 40.

"fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta" (art. 71, V e X, da CF).[206]

Há situações, no entanto, em que não há como prescindir do auxílio do órgão técnico. É o caso do controle da execução orçamentária, o qual cabe aos tribunais de contas competentes, nos vários níveis governamentais, a teor do art. 81 da Lei 4.320/1964, "que deverão verificar a probidade da administração, a guarda e legal emprego dos dinheiros públicos e o cumprimento da Lei de Orçamento".[207]

O mesmo acontece com controle judicial, que se restringe a analisar se o ato está ou não amoldado à Constituição e a lei. Ao Judiciário é vedado pronunciar-se sobre a sua conveniência, oportunidade, eficiência ou justiça, isto é, nada pode ele cogitar acerca do mérito administrativo, salvo se o ato estiver maculado por um vício de vontade ou for incompatível com os pressupostos fáticos que alegadamente lhe deram origem.[208]

Cabe ainda ao Judiciário glosar os atos administrativos que configurem abuso de poder,[209] denominado pela doutrina francesa de *détournement de pouvoir*, pela espanhola de

---

[206] Acerca do exercicio do controle político, cabe trazer as lições de Fernando Facury Scaff: "Deve-se observar que a compreensão de 'controle político' não é correleta a um julgamento 'à margem da lei'. É mecessario que as normas jurídicas sejam obedecidas, não só no aspecto procedimental, mas também no material. Todas as garantias *processuais* devem ser respeitadasm como a de 'ampla defesa' e do 'contraditório', dentre outras, bem como deve haver tambem plena justificação e fundamentação juridica *de mérito* para que o controle político seja exercido. Isso implica em afirmar que, a despeito de ser um julgamento *político*, e necessário que sejam amplamente amparado em aspectos *jurídicos*, procedimentais e materiais. Dito isso, o que resta de *político* nesse julgamento pelo Poder Leguslativo? Em primeiro lugar, o orgao julgador, que *não é imparcial*, pois sujeita-se aos sabores e ventos da política partidária, onde exisem bancadas políticas e coalizões partidárias e declarados jogos de interesses. Em segundo lugar, diz respeito à governabilidade, ao controle dos rumos decisorios adotados pelo governo cujas contas estão sendo julgadas. Trata-se de julgamento *politico*, com balizas *juridicas*, procedimentais e materiais. Esse aspecto faz com que o julgamento político pelo Poder Legislativo possa ser anulado pelo Poder Judiciário, caso alguma dessas balizas jurídicas seja violada". **Orçamento republicano e liberdade igual:** ensaio sobre direito financeiro, república e direitos fundamentais no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 471, itálico no original).

[207] CONTI, José Maurício (Coord.). **Orçamentos públicos**: a Lei 4.320/1964 comentada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 242.

[208] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 940. Nas palavras do autor: "Finalmente, este proceder do Judiciário não elimina a discricionariedade e nem pode fazê-lo, pena de agravo à prórpia lei, Deveras, à perquiriçao judicial nunca assistirá ir alem dos limites de significação objetivamente, desentranháveis da norma legal, conquanto valendo-se desassobradamente das vias mencionadas. O campo para apreciação meramente subjetiva – seja por conter-se no interior das significaçoes efetivamente possíveis de um conceito legal fluido e impreciso, seja por dizer com a simples conveniência ou oportunidade de um ato – permanece exclusivo do administrador e indevassável pelo juiz, sem o quê haveria substituição de um pelo outro, a dizer, invasão de funções que se poria às testilhas com o próprio princípio da independência dos Poderes, consagrado no art. 2º da Lei Maior".

[209] No STF essa tese é pacífica, constando de inúmeras decisões. Ver, por todas, a seguinte: "EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ILEGALIDADE DO ATO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO DO SERVIDOR NO QUADRO DA POLÍCIA MILITAR. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INEXISTÊNCIA. 1. Ato administrativo vinculado. Indeferimento do pedido de reintegração do servidor na Corporação. Ilegalidade por não terem sido observados os direitos e garantias individuais assegurados pela

desviación de poder, pela italiana de *sviameo di potere*, e pela estadunidense de *abuse of discretion*. Esse ilícito administrativo desdobra-se em duas espécies: (i) excesso de poder, quando o agente público ultrapassa os limites de suas competências ou atribuições; e (ii) desvio de finalidade, quando o ato é praticado com propósitos diversos daqueles previstos pela lei.[210]

Convém sublinhar, ainda, que o texto constitucional dotou o povo de um importante instrumento de controle, porquanto assegurou que "qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural" (art. 5º, LXXIII, da CF). De qualquer modo, como lembra Antonio Carlos Cintra do Amaral, "em qualquer hipótese há necessidade de que o ato inválido seja assim qualificado por um órgão judicial competente para isso".[211]

Aqui vale lembrar a oportuna advertência de Heleno Taveira Torres quanto àquilo que considera um dos maiores desafios da atualidade, representado pela conjugação do "ativismo judicial" com o "neoconstitucionalismo", o qual precisa, segundo entende, ser urgentemente controlado, pois acaba ensejando "a captura da política pelo Judiciário".[212] Como consequência do princípio da separação dos poderes, pondera que, "sobre as escolhas políticas, é defeso aos tribunais interferirem no mérito reservado à decisão democrática dos eleitos pelo voto popular, ressalvado o caso de ato inconstitucional".[213]

Assim, recomenda que os juízes devem observar, como "regra permanente", a autocontenção, que a doutrina norte-americana chama de *judicial self-restraint*.[214] A essa crítica não podem ficar imunes os órgãos técnicos de controle, em especial os tribunais de contas, os quais, não raro, acabam se imiscuindo no próprio mérito das políticas públicas legitimamente adotadas por governantes e administradores.

Constituição Federal. 2. Reexame da decisão administrativa pelo Poder Judiciário. Ofensa ao princípio da separação de poderes. Inexistência. A Carta Federal conferiu ao Poder Judiciário a função precípua de controlar os excessos cometidos em qualquer das esferas governamentais, quando estes incidirem em abuso de poder ou desvios inconstitucionais. Precedente. Agravo regimental não provido. RE 259335 AgR, Relator(a): MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 08/08/2000, DJ 07-12-2000 PP-00022 EMENT VOL-02015-07 PP-01426.

[210] MEIRELLES, Hely Lopes; e BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. atual até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 120-124.

[211] AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. **Extinção do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 66. Embora o autor tenha tecido o comentário à luz da Constituição de 1967 e da Lei 4.717/1965, ainda em vigor, suas observações continuam válidas, pois a sistemática da ação popular não se alterou.

[212] TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional financeiro**: Teoria da constituição financeira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 152-153.

[213] Ibidem, p. 156.

[214] Ibidem, loc. cit.

4.3.1. Responsabilidade solidária e controle popular

Vale registrar, conforme dito acima, que os responsáveis pelo controle interno dos distintos Poderes são obrigados a dar ciência ao TCU de qualquer malfeito de que tiverem ciência, sob pena de responsabilidade solidária. Por outro lado, qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato pode, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades ao TCU (art. 74, § 2º, da CF/1988). Essa participação popular, intensificada pela Carta Magna vigente, "significa um verdadeiro fortalecimento da democracia,"[215] como bem observado por Heleno Taveira Torres.

Todavia, existindo ou não lei regulamentadora, nada impede seja a denúncia apresentada com base no direito constitucional de petição (art. 5º, XXXI, a, da CF/1988), o qual, de resto, independe de qualquer formalidade e mesmo do pagamento de taxas. É que, o "controle social deve ser institucionalizado com o extremo cuidado de não engessá-lo, sob pena de se extinguir a sua vitalidade".[216] Por isso, as cortes de contas, cuja ação fiscalizatória pode, inclusive, ser desencadeada de ofício, terá de conhecer da denúncia obrigatoriamente, seja qual for a forma de que se reveste, salvo, é claro, se ostentar caráter emulatório.[217]

Aqui se está diante de uma das modalidades que a atual Constituição abriu para a participação popular dos cidadãos e de suas entidades representativas no âmbito da política, sem a necessidade de intermediários, característica do Estado Democrático de Direito. Com efeito, logo em seu art. 1º, parágrafo único, encontra-se consignado que todo o poder emana do povo, sendo exercido "por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição".[218] Dentre as distintas espécies de participação direta da cidadania na gestão da

---

[215] TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional financeiro**: Teoria da constituição financeira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 457.

[216] FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 472.

[217] "Emulação", em sentido jurídico, significa, segundo FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, s/d, significa: "Rivalidade que leva alguém a, abusando de seu direito, recorrer à justiça só com o fim de satisfazer sentimentos inferiores, e infligir vexames outrem".

[218] Cf. nota 23, 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.

coisa pública, destacam-se o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular, previstos no art. 14, I, II e III, do texto constitucional.[219]

Cuida-se, no dizer de José Joaquim Gomes Canotilho, de "democratizar a democracia através da participação", permitindo que as pessoas comuns possam, de algum modo, influir nos processos de tomada decisão.[220] Essa possibilidade de participação popular, para além da votação em eleições periódicas, é característica da "natureza aberta e inclusiva" da democracia contemporânea, cujo funcionamento exige a presença de, pelo menos, três pressupostos básicos: "a inexistência de segredo, a publicidade da informação e a transparência dos processos".[221]

De sua parte, Dalmo de Abreu Dallari esclarece que "a participação política pode ser eventual ou organizada, afigurando-se igualmente válidas essas duas formas, desde que exercidas com a consciência e responsabilidade exigidas pelo bem comum".[222] Dessa advertência resulta que não se admite a formulação de representações por ilegalidades ou irregularidades, perante os tribunais de contas, com propósitos subalternos, as quais, caso assim sejam caracterizadas, podem configurar o crime de denunciação caluniosa, previsto no art. 339 do Código Penal,[223] ou dar ensejo a indenizações por dano moral, com fundamento no art. 186 do Código Civil.[224]

4.4. Tribunais de contas e auditorias

A origem dos tribunais de contas remonta ao final da Idade Média, quando o desenvolvimento de uma economia monetária, embora ainda incipiente, permitiu que os impostos passassem a ser pagos pelos súditos aos monarcas, não mais em bens ou produtos,

---

[219] Cf. nota 23, art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular..

[220] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1983, p. 356-357.

[221] SÁNCHEZ, Alfonso Ayala e POLANCO, José Ramón Hernandes. Los presupuestos participativos, una estrategia de dialogo entre ciudadanos y autoridades. In: SÁNCHEZ, Alfonso Ayala (coord.). **Nuevas avenidas de la democracia contemporánea**. México: UNAM, 2014, p. 76.

[222] DALLARI, Dalmo de Abreu. **O que é participação política**. São Paulo: Brasiliense, 1983, p. 50.

[223] Cf. nota 26, art. 339 Dar causa à instauração de inquérito policial, de procedimento investigatório criminal, de processo judicial, de processo administrativo disciplinar, de inquérito civil ou de ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime, infração ético-disciplinar ou ato ímprobo de que o sabe inocente.

[224] BRASIL. **Lei nº 10.406, de janeiro de 2002**. Institui o Codigo Civil. Art. 186 Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

mas em dinheiro, cuja arrecadação e aplicação ficou a cargo de funcionários responsáveis pela gestão das finanças reais.[225]

Assim, surgiram na França as denominadas *cour de comptes* e, na Itália, as chamadas *corte dei conti*, instalando-se órgãos análogos na Alemanha e Bélgica, com outras denominações, que depois se disseminaram por outros países, todos eles incumbidos de fiscalizar a aplicação dos recursos públicos e a atuação dos agentes governamentais.[226]

Existem países em que essa atribuição é conferida a auditorias ou a controladorias-gerais, como ocorre no modelo anglo-saxão, adotado nos Estados Unidos e no Reino Unido, que se limitam, como regra, ao controle interno da atividade administrativa. Já outros a cometem a órgãos colegiados, notadamente a tribunais de contas, em geral vinculados ao Legislativo, com uma atuação mais ampla, a qual inclui não só a fiscalização externa dos gastos públicos como também a correção de irregularidades e, eventualmente, a aplicação de sanções, sistemática essa acolhida na Europa continental e na América-Latina.[227]

Os especialistas denominam o primeiro desses controles de "modelo de Westminster", explicando que, neste, auditores, atuando monocrática ou colegiadamente, porém sem nenhuma competência resolutiva ou sancionatória própria, agem "normalmente por meio de recomendações (*follow ups*) dirigidas ao Parlamento".[228]

O segundo é chamado de "modelo napoleônico", caracterizado pela existência de órgãos autônomos e independentes, que atuam na franja da clássica separação dos poderes, embora mais próximos do Legislativo.[229] São dotados de "competências decisórias próprias", exercendo um "controle quase-judicial", que não se limita à mera expedição de recomendações.[230]

---

[225] Ver sobre o tema HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. 13. ed. São Paulo: Zahar, 1977, p. 78-92.

[226] BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 564-570. Segundo o autor, a *Court de Comptes* francesa foi reformada e aperfeiçoada por Napoleão Bonaparte, mediante lei datada de 16/09/1807, "com a atribuição de controle posterior sobre as finanças do país e das administrações locais", além de colher "em suas malhas as instituições de direito privado que recebem subvenções e auxílios do governo" (grifei). Acrescenta que tal modelo difundiu-se no mundo, "a começar pela Bélgica e Itália, onde a influência bonapartina penetrou pelas baionetas".

[227] Acerca dos distintos modelos, ver FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 942-943. Sobre a organização e processo de cortes de contas no Direito Comparado, ver SALLES, Alexandre, Aroeira. **O processo nos tribunais de contas**: contraditório, ampla defesa e a necessária reforma da Lei Orgânica do TCU. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 172-183.

[228] WILLEMAN, Marianna Montebello. **Accountability democrática e o desenho institucional dos tribunais de contas no brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 101-109.

[229] Ibidem, loc. cit..

[230] Ibidem, loc. cit.

Há ainda um *tertium genus*, qual seja, o "modelo de *audit board*", de cunho híbrido, desempenhado por uma instância deliberativa colegiada, sem poderes terminativos, aproximando-se mais do modelo de Westminster do que do napoleônico, porquanto funciona como uma espécie de órgão "de apoio à supervisão parlamentar".[231]

O Brasil adotou, em razão de afinidades doutrinárias e até mesmo pela proximidade física, o modelo latino-americano, conferindo ao TCU e demais órgãos congêneres nas esferas estadual e municipal, além da "prerrogativa de fiscalizar, atribuições de natureza corretiva e sancionatória", a competência de "suspender atos ou contratos e punir gestores".[232] Entretanto, não há um modelo que pode ser identificado como melhor ou mais eficiente. O modelo de controle externo das diferentes jurisdições variam em conformidade com as diretrizes constitucionais e normas legais vigentes, as quais alteram "o perfil institucional do órgão externo de controle, a natureza jurídica de suas decisões, a matéria objeto de análise, o universo de sujeitos controlados, o momento da verificação e os efeitos produzidos".[233]

4.5. Histórico das cortes de contas no Brasil

A primeira iniciativa da qual se tem notícia acerca da criação de órgãos de controle de contas em nosso País remonta ao longínquo ano de 1680, quando foram estabelecidas as Juntas das Fazendas das Capitanias e a Junta da Fazenda do Rio de Janeiro para o acompanhamento das movimentações de valores destinados aos cofres da coroa lusitana. Bem mais tarde, em 1808, por iniciativa de D. João VI, refugiado no Brasil em razão da invasão de Portugal pelas tropas napoleônicas, criou-se o Erário Régio. Na mesma ocasião, instituiu-se o Conselho da Fazenda, cuja atribuição básica era fiscalizar a execução da despesa pública.

Com o advento da primeira Constituição imperial de 1824, logo após a independência, esse órgão transformou-se no Tesouro da Fazenda. Dois anos depois, em 1826, o Visconde de Barbacena, Felisberto Caldeira Brandt, e José Inácio Borges, apresentaram um projeto de lei no Senado para criar o Tribunal de Contas.

---

[231] WILLEMAN, Marianna Montebello. **Accountability democrática e o desenho institucional dos tribunais de contas no brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 101-109.

[232] FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo.** 5 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 942-943.

[233] SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jachintho Arruda. Competências de controle dos tribunais de contas – possibilidades e limites. IN: SUNDFELD, Carlos Ari (org.).**Contratações públicas e seus controle**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 190-191.

Não obstante, a implantação do primeiro TCU somente ocorreu com a edição do Decreto 966-A, de 07 de novembro de 1890, proposto por Rui Barbosa.

Mais tarde, a primeira Constituição republicana, promulgada em 1891, instituiu o Tribunal de Contas da União, no art. 89, mas apenas instalado 1893. Sua competência consistia em "liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso". Os seus membros, segundo o referido dispositivo, seriam nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Senado, e somente perderiam seus cargos por sentença.

Com Constituição de 1934, as competências do TCU, foram ampliadas, sendo-lhe outorgada a atribuição de proceder ao acompanhamento da execução orçamentária, ao julgamento das contas dos responsáveis por bens e dinheiro público, registrando previamente as despesas e os contratos. Competia, ainda, ao órgão ofertar parecer prévio sobre as contas do Presidente da República.

A Constituição de 1937 nada inovou quanto às competências do Tribunal de Contas, salvo no tocante à retirada da atribuição de oferecer parecer prévio acerca das contas presidenciais, o que encontra explicação na exacerbação dos poderes do Chefe do Executivo promovida por essa carta política, que instaurou o regime autocrático do Estado Novo.

Com o advento da Constituição de 1946, as competências anteriores foram mantidas, acrescentando-se a incumbência de apreciar a legalidade das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, que se justificava pela ampliação da previdência social pública.

A Constituição de 1967 promoveu um enfraquecimento do Tribunal de Contas, que retirou dele a atribuição de examinar e julgar previamente os atos e contratos geradores de despesas. Não obstante, foi preservada a competência de apontar falhas e irregularidades que, caso mantidas, ensejariam representação ao Congresso Nacional. Também foi excluída a sua competência para julgar a legalidade das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, restando-lhe apenas a incumbência de registrá-las.

4.6. Natureza do Tribunal de Contas da União

No Brasil, segundo decorre do art. 71 da CF/1988, o TCU é um órgão auxiliar do Congresso Nacional, embora com ele não se confunda, porquanto é contemplado com poder de

administração própria, análogo ao das cortes que integram o Judiciário,[234] sendo certo que ainda existe muita discussão sobre a exata natureza e as distintas feições das cortes de contas nacionais. Flavio Garcia Cabral alinha-se com parcela da doutrina, ao afirmar que o TCU – assim como as demais cortes de contas –, por ostentar competências exclusivas que lhe são asseguradas em nossa Constituição não deve subordinação "a nenhum dos Poderes clássicos, embora atue com eles de forma cooperativa, em especial ao Poder Legislativo, mas sem que isso prejudique uma atuação conjunta com os demais poderes"[235]

Não obstante, porém, muitos queiram conferir-lhe uma existência totalmente autônoma, desvinculada do Legislativo, o TCU, entre nós, constitui, efetivamente, um órgão auxiliar daquele, porque, como explica Edmir Netto de Araújo, em posição que reflete parte representativa da doutrina, "o **titular** do controle externo, contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial do Estado **não é** o Tribunal de Contas da União, mas **o *Congresso Nacional*** (art. 70, CF)".[236] Em sintonia com tal entendimento posição, e alinhada com a posição majoritária, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, divide o controle efetuado pelo Poder Legislativo entre controle político e controle financeiro, não deixa qualquer dúvida quanto a titularidade efetiva do Poder Legislativo do controle externo.[237] Essa é também a opinião de outros renomados autores como Hely Lopes Meirelles[238] e Diógenes Gasparini.[239]

Contudo, como notam Carlos Ari Sundfeld e Jachintho Arruda Câmara, mesmo sendo o TCU auxiliar do Poder Legislativo, sua importância e posição no ordenamento legal é indiscutível o impede de desempenhar suas competências próprias de maneira autônoma.[240] Ademais, em que pese o fato de estar funcionalmente vinculado ao Legislativo, segundo registra Philip Gil França, "não se observa qualquer hierarquia na relação com essa função do Estado

---

[234] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros 2021, p. 894.

[235] CABRAL, Flavio Garcia. **O tribunal de contas da União na CF/1988**. São Paulo: Editora Verbatim, 2014, p. 142.

[236] ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 5.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1205-1206, negrito e itálico no original.

[237] DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito administrativo.** 29. ed. rev e atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 887-889.

[238] MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. atual até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 842. Os autores identificam os tribunais de contas como responsáveis pelo "controle externo da administração financeira, orçamentária e agora gestão fiscal" e "como orgãos independentes, mas auxiliares dos Legislativos e colaboradores dos Executivos".

[239] GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 965.

[240] SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jachintho Arruda. Competências de controle dos tribunais de contas – possibilidades e limites. IN: SUNDFELD, Carlos Ari (org.).**Contratações públicas e seus controle**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 179.

em virtude da natureza de fiscalização imparcial de suas atividades".[241] Reforçam essa posição Afonso Gomes Aguiar e Marcio Paiva de Aguiar, para os quais não há qualquer subordinação do TCU ao Congresso Nacional, pois alegar qualquer submissão ao Poder Legislativo Federal "não é uma interpretação que se harmoniza com a dicção dos demais dispositivos da Carta Magna concernentes ao TCU".[242]

Nesse passo é importante registrar que, apesar de aquinhoado com o atributo do autogoverno, o TCU não é dotado de poder jurisdicional, conforme será detalhado mais a frente, cujo exercício compete exclusivamente aos magistrados togados. Na definição do já mencionado Edmir Netto de Araújo, cuida-se tão somente de um "órgão administrativo, parajudicial, funcionalmente autônomo, cuja função consiste em exercer o controle externo, fático e jurídico, sobre a execução financeiro-orçamentária, em face dos três Poderes do Estado, com decisões sem a definitividade judicial".[243]

4.6.1. Cortes de contas estaduais e municipais

Todas as disposições da Lei Maior relativas ao TCU, especialmente quanto à sua organização, composição e atividade fiscalizatória, aplicam-se, *mutatis mutandis*, às cortes e conselhos de contas das entidades político-administrativas que integram a Federação (art. 75, CF).

Aqui trata-se, segundo José Afonso da Silva, da manifestação de um dos "princípios extensíveis", ainda remanescentes na Lei Maior vigente – os quais abundavam na Carta decaída –, que estabelecem limites ao poder de auto-organização dos Estados, estendendo a estes, no caso, uma "competência organizativa da União".[244] De outra parte, há os que afirmam que tal correspondência decorre do princípio da simetria constitucional,[245] o qual, em contrapartida,

---

[241] FRANÇA, Phillip Gil. **O controle da administração pública**: tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p, 87.

[242] AGUIAR, Afonso Gomes; AGUIAR, Marcio Paiva de. **O tribunal de contas na ordem constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 22.

[243] ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1205- 1206.

[244] SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**, 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 477.

[245] Tal princípio, porém, deve ser aplicado *cum grano salis*, observando-se a prudente advertência feita pelo Supremo Tribunal Federal, consubstanciada em trecho de julgado a seguir transcrito: "No desate de causas afins, recorre a Corte, com frequência, ao chamado princípio ou regra da simetria, que é construção pretoriana tendente a garantir, quanto aos aspectos reputados substanciais, homogeneidade na disciplina normativa da separação, independência e harmonia dos poderes, nos três planos federativos. Seu fundamento mais direto está no art. 25 da CF e no art. 11 de seu ADCT, que determinam aos Estados-membros a observância dos princípios da Constituição da República. Se a garantia de simetria no traçado normativo das linhas essenciais dos entes da Federação,

impede que os tribunais de contas dos entes federados exerçam quaisquer competências ou atribuições que não tenham sido expressamente outorgadas ao TCU pela CF/88.[246]

Nesse sentido, afigura-se emblemático o excerto de julgado do Supremo Tribunal Federal abaixo transcrito:

> O poder constituinte outorgado aos Estados-membros sofre as limitações jurídicas impostas pela Constituição da República. Os Estados-membros organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem (CF, art. 25), submetendo-se, no entanto, quanto ao exercício dessa prerrogativa institucional (essencialmente limitada em sua extensão), aos condicionamentos normativos impostos pela CF, pois é nessa que reside o núcleo de emanação (e de restrição) que informa e dá substância ao poder constituinte decorrente que a Lei Fundamental da República confere a essas unidades regionais da Federação.[247]

Jorge Ulysses Jacoby Fernandes é certeiro ao afirmar que, em respeito ao modelo federativo adotado por nossa República, os tribunais de contas dos entes federados, como a ressalva de respeitar as próprias restrições impostas pelo texto constitucional, "devem efetivamente seguir o paradigma federal como ocorre em relação às demais instituições [...] podendo inovar para além do mínimo definido pela Constituição Federal".[248]

4.7. Decisões sem força de coisa julgada

Inobstante sua indiscutível relevância como órgão responsável pela fiscalização da boa aplicação dos bens e valores provenientes do patrimônio público, as decisões do TCU "não detém a *força coercitiva* da sentença judiciária, nem fazem, em qualquer caso, *coisa julgada*, no sentido técnico processual da palavra".[249] Isso porque são exaradas em processos de cunho administrativo e não judicial. Tal opinião é corroborada por Zanella Di Pietro, para a qual "não

---

mediante revelação dos princípios sensíveis que moldam a tripartição de poderes e o pacto federativo, deveras protege o esquema jurídico-constitucional concebido pelo poder constituinte, é preciso guardar, em sua formulação conceitual e aplicação prática, particular cuidado com os riscos de descaracterização da própria estrutura federativa que lhe é inerente". ADI 4298 MC, Relator(a): CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 07/10/2009, DJe-223 DIVULG 26-11-2009 PUBLIC 27-11-2009 EMENT VOL-02384-01 PP-00093 RTJ VOL-00220-01 PP-00220).

[246] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 1.080.

[247] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 507, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 14/02/1996, DJ 08-08-2003 PP-00085 EMENT VOL-02118-01 PP-00001.

[248] JACOBY FERNANDES, Jorge Ulysses. **Tribunais de contas do Brasil**: jurisdição e competência. 4. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 647.

[249] ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1206, itálico no original.

pode a Administração proferir decisões com força de coisa julgada, pois ninguém pode ser juiz e parte ao mesmo tempo ou ninguém pode ser juiz em causa própria".[250] Para a autora, "a expressão coisa julgada, no Direito Administrativo, não tem o mesmo sentido que no Direito Judiciário. Ela significa apenas que a decisão se tornou irretratável pela própria Administração".[251] Sobre a questão, José Cretella Junior posiciona-se da seguinte forma:

> 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. 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 suas funções, sem exceção, são de natureza administrativa.[252]

Essa assertiva também encontra eco em Agustin Gordillo, para quem "não se pode nunca limitar a revisão judicial dos atos administrativos, com base numa suposta atividade jurisdicional exercida previamente pela Administração".[253] Explica que apenas a coisa julgada resultante de ato emanado de um juiz, quando dele não caibam mais recursos, é que adquire foros de imutabilidade. Segundo ele, o ato administrativo "é sempre relativo porque a Administração pode revogá-lo em certos casos excepcionais, por exemplo, quando se trata de favorecer o interessado, corrigindo algum erro do ato ou quando ele padece de um vício grave ou grosseiro etc.".[254]

A partir desse entendimento, Sérgio Ferraz e Adilson Dallari concluem "que a própria ideia de coisa julgada administrativa sempre foi um *punctum dolens*", acrescentando, mais, ser

---

[250] DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito administrativo**. 29. ed. rev e atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 776.

[251] DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito administrativo**. op. cit., p. 893.

[252] CRETELLA JÚNIOR, José. Natureza jurídica das deciões do tribunal de contas. **Revista de Direito Administrativo**, *[S. l.]*, v. 166, p. 1–16, 1986. DOI: 10.12660/rda.v166.1986.45315. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45315. Acesso em: 20 mar. 2022. O autor, de forma contundente, continua: "Os que defendem a colocação contrária, ou seja, a tese de que o Tribunal de Contas julga, desempenha funções judicantes, supõem ser as *funções judicantes* 'mais nobres' ou 'mais relevantes' que as *funções administrativas* e procuram alinhar argumentos para demonstrar a validade da colocação adotada. Das três funções do Estado – a de julgar, a de legislar e a de administrar –, nenhuma é mais importante' do que a outra, nenhuma é 'mais nobre' ou 'menos nobre'. Todas as três dignificam seus membros, desde que incensurável desempenho. Os juristas que procuram defender a posição que atribui *natureza jurisdicional* às decisões dos Tribunais de Contas raciocinam globalmente, sem analisar uma a uma cada atribuição para verificar e concluir dessa análise que as atribuições dessas Cortes, pela forma e pelo conteúdo, são de *natureza administrativa*, tais como a emissão de pareceres sobre contas que o chefe do Executivo presta, anualmente, a elaboração de relatório sobre o exercício fimmceiro encerrado, o registro e a fiscalização da legalidade dos contratos, das aposentadorias, das reformas e pensões, a verificação das contas dos responsáveis por dinheiros e bens públicos, bem como a apreciação das contas dos administradores das entidades autárquicas". Texto conforme o original.

[253] GORDILLO, Agustin. **Princípios gerais de direito público**. Tradução de Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p.147.

[254] Ibidem, p. 149.

meramente relativa a própria noção de "*final enforcing power*" das decisões da Administração, seja porque passíveis de reexame judicial a qualquer tempo, seja diante da ampla possibilidade de sua autorrevisão, seja, ainda, em face do dever de anulá-las quando se mostrarem maculadas por vícios.[255] Consideram, inclusive, "discutível a utilidade do conceito de 'preclusão"', por operar apenas contra o administrado.[256]

Convém recordar que a revogação de um ato pela própria Administração não só é possível, como ocorre com bastante frequência, mesmo porque também constitui uma manifestação de vontade do Estado, só que em sentido contrário da que lhe deu origem. Ela acontece "por motivo de conveniência ou quando verificado, posteriormente, o erro, a fraude ou qualquer vício que justifique a invalidação".[257]

De acordo com João Antunes dos Santos Neto, quando a Administração se depara com um ato tisnado por um vício insanável, esta tem o dever de anulá-lo *ex officio*, pois sua atividade está rigorosamente vinculada à lei, "de modo a lhe ser vedado agir *praeter legem*, *ultra legem* ou *contra legem*".[258] Dai porque todos os atos estatais são, em princípio, sindicáveis pelo Judiciário, inclusive e especialmente aqueles praticados no bojo de processos administrativos, dentre os quais se incluem aqueles que tramitam nos tribunais de contas.

Segundo os já mencionados Hely Lopes Meirelles e José Emmanuel Burle Filho, as cortes de contas, embora pratiquem várias ações de cunho impositivo, como, por exemplo, fixar multas a título de sanção, sustar a execução de atos impugnados, imputar débitos para o ressarcimento de danos, exercendo, inclusive, o poder cautelar, não lhes é permitido, nem mesmo, "promover a execução de suas decisões", pois essa "legitimidade é da pessoa do jurídica à qual pertence o agente".[259]

Em idêntico sentido, Giuseppe Giamundo Neto revela que, embora as decisões do TCU devam ser observadas e cumpridas por toda a Administração, porquanto derivadas de competências diretamente outorgadas pelo texto constitucional, a doutrina pátria, malgrado algumas divergências pontuais, entende que não escapam ao crivo do Judiciário, o qual detém

---

[255] FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adilson de Abreu. **Processo administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 70.

[256] Ibidem, loc. cit.

[257] CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Teoria dos atos administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 191-192

[258] SANTOS NETO, João Antunes dos. **Da anulação *ex officio* do ato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 227.

[259] MEIRELLES, Hely Lopes*;* BURLE FILHO, José Emmanuel*.* **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. atual até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 843.

sempre a última palavra, "podendo alcançar, para além dos vícios de procedimento e de formalidade do ato, o próprio mérito da decisão administrativa, seja ela de julgamento de contas ou de qualquer outra espécie, uma vez verificado erro ou ilegalidade".[260]

Outra voz abalizada nesse sentido é a de José dos Santos Carvalho Filho. Reportando-se e uma determinação do TCU – depois revertida pelo STF – que suspendeu o pagamento de parcelas remuneratórias incorporadas aos proventos de servidores públicos, por decisão judicial transitada em julgado, assenta o seguinte: "Se o Judiciário, como Poder definidor de controvérsias, define posição e a reveste com o manto da *res iudicata*, nenhuma alternativa remanesce para a Corte de Contas: cabe-lhe apenas respeitá-la e cumpri-la".[261] Como destaca Celso Antonio Bandeira de Mello, "o Poder Judiciário[...] controla, *in concreto*, a legitimidade dos comportamentos da Administração Pública, anulando suas condutas ilegítimas, compelindo-a àquelas que seriam obrigatórias e condenando-a a indenizar os lesados, quando for o caso".[262]

Em idêntico diapasão, Fernando Facury Scaff bem observa que as cortes de contas não são meros tribunais de passagem, pois possuem a "função de dizer o direito em última instância administrativa, mas não fazendo *coisa julgada*".[263] Nesse ponto, Regis Fernandes de Oliveira é didático ao afirmar as decisões do TCU e seus congêneres não operam a coisa julgada. Apesar de reconhecer as decisões possuem um caráter de estabilidade e irretratabilidade, o "Tribunal de Contas tem função apenas administrativa" uma vez que a função jurisdicional em seu sentido técnico deve se referir apenas às decisões "com força de definitividade, isto é, inapreciáveis por qualquer outro órgão".[264]

---

[260] GIAMUNDO NETO, Giuseppe. **As garantias do processo no Tribunal de Contas da União**: princípios constitucionais, Código de Processo Civil/2015 e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro LINDB. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, p. 64-65. O autor também arrima sua conclusão em um aresto do Superior Tribunal Justiça segundo o qual as decisões do TCU "têm caráter técnico-administrativo, não encerrando atividade judicante, o que resulta na impossibilidade de suas decisões produzirem coisa julgada e, por consequência, não vincula a atividade do Poder Judiciário, sendo passíveis de revisão por este Poder, máxime em face do princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, à luz do art. 5º, XXXV da CF/88" (REsp n. 1.032.732/CE, relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 19/11/2009, DJe de 3/12/2009).

[261] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 1081.

[262] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros 2021, p. 896, itálico no original.

[263] SCAFF, Fernando Facury. **Orçamento republicano e liberdade igual**: ensaio sobre direito financeiro, república e direitos fundamentais no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 450, itálico no original.

[264] OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Curso de direito financeiro.** 7. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015, p. 872-873.

4.7.1. Opiniões divergentes

Conquanto minoritários, existem aqueles que acreditam que o TCU e as demais cortes homólogas dos distintos entes federativos detém, efetivamente, o poder de julgar.[265] Esse é a opinião de, por exemplo, de Renata C. Vieira Maia, que cita, em abono da tese, o MS 24.510,[266] decidido pelo STF, bem assim o entendimento de Fernando Gonzaga Jayme, para o qual o TCU "exerce função jurisdicional, no julgamento das contas dos responsáveis por recursos públicos", considerada, por ele, em oposição à maioria dos autores, justamente (ou paradoxalmente, dada a ênfase da posição de Edmir Netto de Araújo, acima referida) a sua definitividade.[267]

Em aprofundado estudo sobre o tema, Alexandre Aroeira Salles faz uma interpretação sistêmica do vocábulo "julgar" contido no art. 71, II da CF/1988, concluindo que o poder constituinte originário de 1988 outorgou a função judicante "para o Congresso, ao julgar as contas do Presidente da República (artigo 49, inciso IX) e para o TCU, ao julgar as contas dos demais responsáveis pelo erário (artigo 71, inciso II)".[268] O autor afirma ainda que todas as demais competências listadas nos demais incisos do art. 71 ostentam natureza administrativa.[269] Sua posição passa por uma interpretação literal do comando normativo para afirmar que o verbo julgar não foi um erro do constituinte, bem como por uma análise quanto ao seu aspecto material, para assentar, dentre outras conclusões, que não há violação à tripartição de poderes, nem ao monopólio da função jurisdicional do Poder Judiciário, pois inexiste prejuízo ao conceito da coisa julgada, uma vez que definitividade administrativa das decisões apenas significa que elas constituem títulos executivos.[270]

Em posição de destaque na defesa da função jurisdicional pura dos tribunais de conta também está Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, baseando-se nas lições de Seabra Fagundes e

---

[265] MAIA, Renata C. Vieira. As tutelas provisórias de urgência no CPC/2015 e sua repercussão no âmbito dos tribunais de contas. In: MAIA, Renata C. Vieira e FERREIRA, Diogo Ribeiro (coords.) **Processo civil aplicado aos tribunais de contas**: novas tendência a partir do CPC de 2015. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 67-84.

[266] Mas, com a devida vênia, o STF não empregou essa expressão, tendo se limitado apenas a afirmar na ementa do referido *mandamus*, redigida pela relatora Ministra Ellen Gracie, que o TCU "possui legitimidade para a expedição de medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir efetividade a suas decisões".

[267] JAYME, Fernando Gonzaga. A competência jurisdicional dos tribunais de contas do Brasil. **Revista do Tribunal de Contas- RTTC**, Belo Horizonte, ano 2, n. 1, set. 2011, p.150-151.

[268] SALLES, Alexandre, Aroeira. **O processo nos tribunais de contas**: contraditório, ampla defesa e a necessária reforma da Lei Orgânica do TCU. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 60.

[269] Ibidem, loc. cit.

[270] Ibidem, p. 38-49.

Pontes de Miranda, entre outros,[271] ao afirmar que "no atual modelo constitucional positivo, ficou indelevelmente definido o exercício da função jurisdicional pelos Tribunais de Contas".[272] Mencionado autor ainda vai mais longe quando defende a existência de uma limitação à revisibilidade judicial das decisões proferidas pelas cortes de contas.[273]

Já Licurgo Mourão e Diego Ribeiro Ferreira vão além, defendendo que os ministros, conselheiros e auditores dos tribunais de contas são verdadeiros "Magistrados de Contas" especializados nas matérias contábil, financeira, orçamentária operacional e patrimonial, acrescentando que "qualquer interpretação visando mitigar o alcance das 'atribuições da judicatura'" tem por base "odiosa discriminação" e argumentos excessivamente conservadores e a argumentos de poder e submissão funcional".[274]

A citada Renata Maia sublinha, mais, na linha por ela defendida, que a Constituição contempla duas hipóteses em que a função judicante se dá fora da esfera do Judiciário, quais sejam: (i) no art. 52, que atribui ao Senado Federal a função de "julgar", mediante processo de *impeachment*, determinadas autoridades, dentre as quais o Presidente da República; e (ii) no art. 71, II, que outorga ao TCU a competência de "julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direita e indireta". Tal é também a opinião de Denise Mariano de Paula e Evandro Martins Guerra, para os quais esses dois órgãos "exercem função jurisdicional especial", pois "têm competência para decidir em caráter definitivo, em suas competências exclusivas".[275]

Impende assinalar, contudo, que o *impeachment*, embora tenha uma feição judicialiforme, configura, *prima facie*, um processo de cunho político, sobretudo porque levado a efeito pelo Senado da República, órgão que, reconhecidamente, não integra o Judiciário. Gilmar Mendes, nesse sentido, é taxativo em afirmar que a Câmara Alta, ao assumir tal

---

[271] JACOBY FERNANDES, Jorge Ulysses. **Tribunais de contas do Brasil**: jurisdição e competência. 4. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 120-156.

[272] Ibidem, p. 147.

[273] JACOBY FERNANDES, Jorge Ulysses. Limites à revisibilidade judicial das decisões dos Tribunais de Contas. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, n. 70, p. 39-71, out/dez. 1996.

[274] MOURÃO, Licurgo; FERREIRA, Diogo Barbosa. A atuação constitucional dos tribunais de contas e de seus magistrados (composição, atuação e deliberações): de Eisenhower a Zé Geraldo. In: LIMA, Luiz Henrique (coord.). **Tribunais de contas**: temas polêmicos na visão de Ministros e Conselheiros Substitutos. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 128.

[275] DE PAULA, Denise Mariano e GUERRA, Evandro Martins. A função jurisdicional dos tribunais de contas. In: MAIA, Renata C. Vieira; FERREIRA, Diogo Ribeiro. **Processo civil aplicado aos tribunais de contas: novas tendência a partir do CPC de 2015**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 119.

responsabilidade, transmuda-se em um "Tribunal político",[276] possuindo as suas sanções idêntica natureza.[277]

O mesmo ocorre com a expressão "julgar", mencionada pela Lei Maior quando se refere a uma das múltiplas atribuições do TCU. Uadi Lammêgo Bulos bem esclarece a questão ao destacar a índole administrativa de suas decisões, calcado no princípio do monopólio ou da unicidade da jurisdição, fazendo alusão ao brocardo latino *una lex*, *una jurisdictio*.[278]

Ademais, o Judiciário, quando mais não seja, pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, pode apreciar todos os atos da Administração Pública, inclusive quanto à sua motivação, mesmo daqueles caracterizados como discricionários, embora lhe seja vedado ingressar nos aspectos de conveniência e oportunidade.[279] Em posição contrária, todavia, que reflete a daqueles que defendem a função jurisdicional do TCU, Fernando Gonzaga Jayme entende que a revisão judicial é limitada e as decisões exaradas pelas cortes de contas serão consideradas nulas apenas quando "o processo de contas que estiver contaminado pelo abuso de poder, isto é, que violar o *due process of law"*.[280]

Não raro a glosa também é realizada à luz dos critérios de razoabilidade ou proporcionalidade, sobretudo quando a questão é levada ao Supremo Tribunal Federal. A opinião no sentido da ampla sindicabilidade dos atos administrativos, pelo Judiciário, salvo no tocante ao mérito destes, quer dizer, quanto aos aspectos subjetivos da decisão ou propriamente políticos, aparenta ser unânime entre os especialistas.[281]

---

[276] MENDES. Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 970.

[277] No HC 69.647-3, ajuizado no STF, o Ministro Celso de Mello exarou o seguinte despacho: "O impeachment – enquanto prerrogativa institucional do Poder Legislativo – configura sanção de índole político-administrativa, destinada a operar, de modo legítimo, a destituição constitucional do Presidente da República" (DJU de 5/8/1992).

[278] BULOS, Uadi, Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 951.

[279] DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito administrativo**. 29. ed. rev e atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 900. Em sentido semelhante, Andre Ramos de Carvalho entende que "embora não se possa caracterizá-lo como órgão com 'autonomia funcional e institucional' [...] suas decisões não podem ser tomadas nem são passíveis de revisão por motivos de conveniencia ou oportunidade". **Curso de direito constitucional**. 19. ed.São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 1027.

[280] JAYME, Fernando Gonzaga. A competência jurisdicional dos tribunais de contas do Brasil. **Revista do Tribunal de Contas- RTTC**, Belo Horizonte, ano 2, n. 1, set. 2011, p.150-151. Nas palavras do Autor: "Ao afirma que os Tribunais de Contas desempenham função jurisdicional especial, não se diz que ficam os seus julgadores excluidos da apreciação do Poder Judiciário, por força do disposto no art. 5º, inc. XXXV da Constituição Da Republica. Entretanto, restringe-se a apreciação judicial. Somente o processo de contas que estiver contamidao pelo abuso de poder, isto é, que violar o *due process of law* é que poderá ter sua nulidade decretada pelo Poder Judiciário, na vigencte ordem constitucional, jamais sendo permitido a este Poder reexaminar o merito das decisoes emandadas da Corte de Contas.

[281] Mesmo quanto a este aspecto especifico Edmir Netto de Araújo, Curso de Direito Administrativo, cit., p. 1210, diz que os atos podem, sim, ser examinadas pelo Judiciário, sobretudo "decisões de mérito que acobertam desvio de poder". Ver LAUBADÈRE, André de. **Manuel de droit administratif**. Paris; Librairie Générale de Droit et de

Lucia Valle Figueiredo atesta, enfaticamente, em idêntico diapasão, que "a possibilidade de controle jurisdicional" – da Administração – "é a mola propulsora do Estado de Direito".[282] Por isso, os atos dos tribunais de contas, que ostentam – para a grande maioria dos especialistas – cunho tipicamente administrativo, em contraste com as decisões judiciais transitadas em julgado, não possuem a propalada definitividade, como destacado anteriormente, salvo no âmbito interno destes, uma vez esgotados os recursos que lhe são próprios, porquanto sempre poderão ser reapreciados pelo Judiciário de forma abrangente.[283]

Como um último argumento, pode-se asseverar que, ainda que a Lei Maior tenha deferido aos integrantes das cortes de contas as mesmas garantias dos juízes, aqueles com estes não se confundem, pois se tais "motivos fossem levados às suas últimas consequências [...] integrariam a estrutura do Judiciário, o que afrontaria a ordem constitucional pátria, a qual não os admite no elenco do art. 92".[284]

4.7.2. Posição intermediária

Existe, é verdade, uma posição intermediária, significativamente veiculada por Lucas Rocha Furtado, Subprocurador-Geral do *Parquet* atuante junto ao TCU, para o qual "o conceito de jurisdição não se mostra tão estranho às atividades dos Tribunais de Contas", compreensão que, logo em seguida esclarece, dizendo tratar-se de uma "jurisdição administrativa".[285] Chega a essa conclusão porque entende que as cortes de contas não fazem parte do rol dos órgãos integrantes do Judiciário e, mais, porque as decisões delas regem-se pelo Direito Administrativo e Constitucional e não pelas normas processuais. Por isso – arrimado em Benjamin Zymler – aproxima-se da posição defendida por Edmir Netto de Araújo, antes registrada, na linha de que se cuida de uma função parajudicial.[286]

Jurisprudence, 1974, p. 113-114. O doutrinador francês, em uma definição que se tornou clássica, explica: "Há desvio de poder quando uma decisão é tomada com uma finalidade distinta daquela que lhe é própria".

[282] FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Controle jurisdicional da administração pública. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Curitiba, n. 6, 2001.

[283] Segundo o STF: "Cabe ao Poder Judiciário a análise da legalidade e constitucionalidade dos atos dos três Poderes constitucionais, e, em vislumbrando mácula no ato impugnado, afastar a sua aplicação. AI 640272 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 02/10/2007, DJe-134 DIVULG 30-10-2007 PUBLIC 31-10-2007 DJ 31-10-2007 PP-00086 EMENT VOL-02296-09 PP-01890.

[284] JAYME, Fernando Gonzaga. A competência jurisdicional dos tribunais de contas do Brasil. **Revista do Tribunal de Contas- RTTC**, Belo Horizonte, ano 2, n. 1, set. 2011, p. 900.

[285] FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 962.

[286] Ibidem, loc. cit.

Sustenta, em complemento, que as decisões das cortes de contas, "não obstante sua natureza administrativa, encontram-se em patamar jurídico mais elevado que os demais atos administrativos", justamente em razão de sua autoexecutoriedade, a qual teria sido reconhecida – como de fato foi – pelo STF. Por isso, advoga, em consonância com que tais atos devem ser objeto de uma análise menos invasiva por parte do Judiciário, cuja ação se há de resumir-se tão somente a "verificar a ocorrência de ilegalidades na condução do processo conduzido pelo Tribunal ou de decisões absurdamente contrárias ao direito", restituindo, nessas hipóteses, os autos à origem para a prática de novo ato.[287]

Ocorre, porém, que todos os atos da Administração Pública, como regra, também são dotados de autoexecutoriedade, o que, inclusive, autoriza o recurso à força para colocá-los em prática,[288] não constituindo tal atributo, por si só, um *distinguishing* apto a conferir às cortes de contas uma posição privilegiada, de modo a ombreá-las às instâncias judiciais.

4.8. Composição e atribuições

O TCU, com sede no Distrito Federal, quadro próprio, autonomia administrativa e jurisdição em todo o território nacional, é composto por nove membros, intitulados Ministros (art. 73, *caput*, da CF/1988), os quais devem ter, como requisito para a investidura, entre 35 e 65 anos de idade, ostentar idoneidade moral e reputação ilibada, além de possuir notórios conhecimentos jurídicos ou contábeis, econômicos, financeiros ou de administração, contando com, pelo menos, dez anos de efetivo exercício profissional nessas áreas (art. 73, § 1º, da CF/1988).

Um terço deles é escolhido pelo Presidente da República e aprovado pelo Senado Federal, a partir de nomes que compõem uma lista tríplice elaborada pelo próprio TCU, segundo os critérios de antiguidade e merecimento, integrada por auditores e membros do Ministério Público que nele atuam, sendo os dois terços restantes indicados pelo Congresso Nacional (art. 73, § 2º, da CF/1988). Depois de empossados, os membros da Corte de Contas têm as mesmas

[287] FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 963.

[288] Ver GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2008,. p.77. O autor, amparado em Hely Lopes Meyrelles, Celso Antônio Bandeira de Mello e Cretella Júnior, dentre outros, assevera o seguinte: "Os atos que dissolvem uma passeata ou reunião ou os que requisitam bens durante o estado de calamidade pública ou, ainda, os que determinam a destruição de alimentos impróprios para o consumo público são portadores dessa qualidade, isto é, são auto-executórios. A Administração Pública executa-os independentemente de qualquer recurso ao Judiciário e, se for o caso, mediante o uso da força".

garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do superior Tribunal de Justiça (art. 73, § 2º, da CF/1988).

O art. 73, § 4º faz menção ao auditor,[289] que deverão substituir os ministros do tribunal ou conselheiro nas demais cortes de contas. Jorge Ulysses Jacoby Fernandes ensina que os auditores possuem duas funções: (i) a extraordinária, que, como determina o texto constitucional, consiste em substituir o titular em casos de "impedimentos eventuais e não eventuais"; e (ii) a ordinária, que consiste em "participar do plenário ou da câmara e relatar processos definidos especificamente nos regimentos internos como de sua competência, que pode abranger a relatoria dos processos de contas, consultas, denúncias, representações, auditorias, inspeções e outras.[290] O autor também indica a existência dos servidores, essências na função de fiscalização.[291]

As funções do TCU estão expressas no art. 71 da CF/1988 e, nele, é possível identificar exatamente o que o tribunal efetivamente faz. André Rosilho traz classificação interessante sobre tais atividades, preferindo, para fins didáticos, identificar as competências da seguinte forma: "(1) *editar normas;* (2) *praticar atos sancionatórios*; (3) *praticar atos de comando*; (4) *levantar dados e produzir informações*; (5) *formular orientações gerais*; (6) *representar*".[292]

De maneira semelhante, Lucas Rocha Furtado, em feliz apanhado, sintetiza as atribuições constitucionais, legais e regimentais do TCU nas seguintes: (i) atribuição opinativa ou consultiva; (ii) atribuição fiscalizadora; (iii) atribuição julgadora; (iv) atribuição registradora; (v) atribuição sancionadora; e (vi) atribuição corretiva.[293] Tais competências, conforme classifica Hélio Saul Mileski caracterizam-se por serem próprias, exclusivas e indelegáveis, nos seguintes termos:

> 1º Próprias: porque são peculiares aos procedimentos de controle. Trata-se de competências que envolvem atividades autenticas de controle, com a finalidade de vigiar, acompanhar e julgar a regularidade dos atos e atividades financeiras controlados.
>
> 2º Exclusivas: porque são competências constitucionais destinadas tão-somente para o Tribunal de Contas e não podem ser exercidas por nenhum outro órgão ou Poder, mesmo o Poder Legislativo.

[289] O Supremo Tribunal Federal definiu que o cargo de auditor deve ser provido por concurso público, ver

[290] JACOBY FERNANDES, Jorge Ulysses. **Tribunais de contas do Brasil**: jurisdição e competência. 4. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 670.

[291] Ibidem, p. 672.

[292] ROSILHO, André. **Tribunal de Contas da União**: competências, jurisdição e instrumentos de controle. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 120, itálico no original.

[293] FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo.** 5 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 952-954.

> 3º Indelegáveis: porque são competências que envolvem atividade de controle da atividade financeira do Estado, sendo por isso de exercício privado do Poder Público, cuja execução também é privativa do Tribunal de Contas, não podendo ser delegada a qualquer dos Poderes ou a outra organização, pública ou privada.[294]

Dentre as atribuições mais relevantes do TCU figura a elaboração de parecer prévio sobre as contas do Presidente da República, antes de seu julgamento pelo Congresso Nacional (art. 71, I, da CF/1988), acarretando a eventual rejeição, segundo a Lei Complementar 64/1990, com a redação que lhe deu a Lei Complementar 134/ 2010, a grave sanção de inelegibilidade do Chefe do Poder Executivo para as eleições que se realizarem nos cinco anos subsequentes à decisão (art. 1º, I, g).[295]

Numa observação que se faz *a latere*, vale trazer à baila, a propósito dessa importante função, a advertência de Celso Antonio Bandeira de Mello, para quem ela "tem sido tradicional e erroneamente confundida com a apreciação substancial das contas do Governo, em geral, de sorte que, absurdamente, nas órbitas estaduais ou municipais, tribunais de contas destas esferas têm rejeitado contas de Governador ou Prefeito, por atos que, muitas vezes, não lhes podem ser diretamente imputáveis".[296] Apesar do parecer não ser vinculante, ele é imprescindível, pois traz transparência à Administração, servindo como instrumento para se aprimorar a gestão pública, e tem grande peso e força por ser documento técnico.[297]

Ou seja, parecer, no caso, quer dizer opinião técnica, que, a toda a evidência, não se confunde com a competência exclusiva que detém os parlamentares de aprovar ou rejeitar as contas da autoridade executiva máxima nas respectivas esferas político-administrativas, sobretudo considerada a altíssima discricionariedade dos atos típicos de governo. Aqui – e em

---

[294] MILESKI, Helio Saul. O controle da gestão pública. In: COSTA, Luiz Bernardo Dias. **Tribunal de contas**: evolução e principais atribuiçoes no Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 100.

[295] BRASIL. **Lei Complementar nº 64, de maio de 1990**. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Art. 1º São inelegíveis: I - para qualquer cargo: [...] g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição".

[296] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2021, p.895 (nota 3).

[297] ROSILHO, André. **Tribunal de Contas da União**: competências, jurisdição e instrumentos de controle. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 304-305.

outras situações a serem destacadas adiante – vale a exclamação atribuída ao renomado pintor Apeles, que viveu na Grécia antiga: *ne supra crepidam sutor iudicaret"*.[298]

O exercício de tais atribuições decorre não apenas da CF/1988, como também da Lei LOTCU e, ainda, do Regimento Interno da Corte (RITCU).[299] Uma das atribuições mais relevantes do Tribunal de Contas corresponde à fiscalização do cumprimento da Lei Complementar 101/2000,[300] que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal.[301]

Como se vê, são bastante abrangentes as atribuições do TCU, implementadas a partir da nova sistemática constitucional. E isso porque, há tempos, tendo em conta os notórios e reiterados desmandos praticados no emprego de verbas públicas, chegou-se à conclusão de que o "controle tradicional, passivo e letárgico, enfaticamente repressivo e formalista, revela-se desatento e oneroso", fazendo-se necessário perquirir se aqueles que dele fizeram uso, especialmente os agentes administrativos, hierarquizaram bem suas escolhas, ou seja, "com eficiência, economicidade, eficácia, prevenção e precaução, de modo a favorecer que a Constituição administre".[302]

Não obstante, Carlos Ari Sundfeld e Jachintho Arruda Câmara alertam que apesar do objeto e parâmetro das fiscalizações (suas competências constitucionais) serem amplos e abrangerem quase a totalidade do que se relaciona à Administração Pública, existe forte limitação jurídica quanto às consequências da fiscalização das cortes de contas:[303]

---

[298] A frase significando "um sapateiro não deve julgar além do sapato", relatada por Plínio, o velho, em sua *Naturalis Historia*, teria sido proferida por Apeles, ao admoestar um sapateiro que ousara criticar a reprodução de um calçado num quadro pintado por aquele.

[299] 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.

[300] BRASIL. **Lei Complementar nº 101, 04 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências.

[301] Ademais, outas atribuições dos tribunais de contas também se encontram previstas também na Lei nº 8.666/1993, que disciplina as licitações, na Lei nº 8.730/1993, que obriga os agentes públicos a apresentar a declaração de bens e rendas, na Lei nº 9.424/1996, que dispõe sobre o fundo de valorização do ensino fundamental e do magistério, na Lei nº 9.491/1997, que trata do programa de desestatização e na Lei nº 10.336/2001, alterada pela Lei nº 10.866/2004, que institui a contribuição no domínio econômico sobre petróleo, gás, álcool etílico e derivados.

[302] FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 456-457.

[303] SUNDFELD, Carlos Ari;CÂMARA, Jachintho Arruda. Competências de controle dos tribunais de contas – possibilidades e limites. IN: SUNDFELD, Carlos Ari (org.).**Contratações públicas e seus controle**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 182.

> São três os fatores de restrição ao poder de comando do Tribunal de Contas. O primeiro tem a ver com os *tipos de comando*: o Tribunal não pode dar qualquer tipo de ordem, constituindo ou desconstituindo direitos e deveres. O segundo fator diz respeito aos *motivos do comando:* o Tribunal só pode emitir comando se constatar ilegalidades, não por outros motivos. O terceiro fator tem a ver com o *objeto da fiscalização*: o poder de comando do Tribunal só existe se a ilegalidade apurada for em matéria financeira, orçamentária, contábil ou patrimonial, mas não por conta de ilegalidades em outras matérias administrativas, examinadas no âmbito da ampla fiscalização operacional.
>
> Em relação àquilo sobre o que o Tribunal de Contas não tem o poder direto de comandar, cabe-lhe apenas encaminhar suas avaliações para o conhecimento público (CF, art. 71, VII) e representar às autoridades competentes (CF, art. 71, XI).[304]

4.8.1. Ministério Público de Contas

O Ministério Público, com o advento da CF/1988, consolidou uma série de avanços institucionais que já vinha conquistando, paulatinamente, sob a égide das Cartas anteriores, em especial no tocante à defesa dos direitos difusos e coletivos, com destaque para a custódia do meio ambiente, inaugurada de forma pioneira pela Lei 7.347/1985.[305] Especificamente quanto à defesa do erário, o texto magno, dentre outras relevantes funções institucionais, cometeu-lhe a atribuição de "promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social" (art. 129, III, da CF/1988).

Com efeito, apenas com o novo regime constitucional é que o *Parquet* ganhou autonomia funcional e administrativa, assegurando-se a seus membros as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios, ao mesmo tempo em que lhes foram impostas diversas restrições quanto à sua atuação, seja na esfera pública, seja na privada (art. 127, § 2º, e 128, § 5º, I e II, da CF/1988).

A instituição completou, no dizer de Rogério Bastos Arantes, um processo "bidimensional de independência", levado a efeito, de um lado, "positivamente por meio de mecanismos de autogoverno da instituição e de garantias contra a intervenção de outros poderes", e, de outro, "negativamente, por meio da 'limpeza' de funções 'estranhas' à missão mais nobre da instituição e da proibição a seus integrantes de exercerem funções desvinculadas

---

[304] SUNDFELD, Carlos Ari;CÂMARA, Jachintho Arruda. Competências de controle dos tribunais de contas – possibilidades e limites. IN: SUNDFELD, Carlos Ari (org.).**Contratações públicas e seus controle**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 182-183.

[305]MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 154 e 155. O autor, embora reconhecendo a importância da Lei 7.347/1985, observa que a atuação do *Parquet* nesse campo somente ganhou a necessária amplitude com a promulgação do novo texto constitucional, especialmente à vista do que se contém no art. 129, III.

da carreira".[306] Tal processo permitiu que promotores e procuradores passassem a atuar com grande desenvoltura, enfrentando "pressões externas e até mesmo internas, advindas de extratos superiores da instituição".[307]

O Ministério Público de Contas também logrou obter alguns avanços, embora mais modestos, possivelmente impulsionado pela capacidade de articulação exibida pelo Ministério Público comum no processo constituinte. Mas o progresso que alcançou foi relativamente modesto, ou seja, não se mostrou muito evidente, razão pela qual conclusões acerca de sua natureza e seu regime jurídico singulares somente podem ser extraídas a partir de um exame mais acurado das menções que o texto magno faz à instituição.

Cumpre lembrar, inicialmente, que a Carta de 1967, alterada pela Emenda Constitucional 1/1969, apenas fez uma única e genérica referência a este Ministério Público especial, em seu art. 73, § 5º, estabelecendo que compete ao Tribunal de Contas, de oficio, ou por provocação daquele órgão ou, ainda, "das auditorias financeiras e orçamentárias e demais órgãos auxiliares, tomar providências quando "verificar a ilegalidade de qualquer despesa, inclusive as decorrentes de contratos, aposentadorias, reformas e pensões".[308]

Esse despojamento no trato da matéria, o qual, aliás, se estendia ao próprio Tribunal, explica-se pelo fato de que, para o regime autoritário vigente à época, o controle mais abrangente e vertical das contas estatais jamais representou uma prioridade.

Embora sem grande prodigalidade, a atual Constituição faz duas referências significativas ao *Parquet* de Contas. Uma, no art. 73, § 2º, I, assentando que, no terço de ministros da Corte de Contas escolhido pelo Presidente da República, com a aprovação do Senado Federal, dois serão indicados "alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal". Outra, no art. 130, em que os constituintes repetiram a locução adverbial "junto" para consignar que, aos membros desse *Parquet* diferenciado, "junto aos Tribunais de Contas", aplicam-se as disposições referentes ao Ministério Público em geral, "pertinentes a direitos, vedações e forma de investidura".

---

[306] ARANTES, Rogério Bastos. **Ministério Público e política no Brasil**. São Paulo: EDUC/FAPESP, 2002, p. 76.

[307] Ibidem, p. 80.

[308] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**.

4.8.2. Natureza do Ministério Público de Contas

Para Carlos Ayres Brito, a Lei Maior ao empregar a palavra "junto", pretendeu "resolver um impasse surgido com a legenda da Constituição anterior, porque se está junto é porque não está dentro, está ao lado, numa linguagem bem coloquial, ali no oitão da casa, mas não no interior dela".[309]

O Ministro aposentado do STF também extrai outra consequência lógico-jurídica da expressão "membros", concluindo, a partir dela, que estes só podem ser integrantes de uma instituição separada do Tribunal de Contas. Por isso, arremata que ela não se confunde com a própria Corte. E finaliza: "Se o Ministério Público de Contas está fora do Ministério Público tradicional, também está fora do próprio Tribunal de Contas, em que o Ministério atua ou oficia", desempenhando, em consequência, "uma função essencial ao controle externo".[310]

Para o autor, o Ministério Público de Contas não se confunde e nem integra o Tribunal junto ao qual atua. Ainda que se tenha como válida tal assertiva, resta indagar, ainda, se ele faz parte do Ministério Público comum. Tudo indica que não, porquanto o art. 128 da Lei Maior não o arrola entre os órgãos que compõem este último, limitando-se a mencionar os distintos ramos do *Parquet*, tanto da União, como dos entes federados, nos incisos I e II, respectivamente. Não obstante, como já registrado, a teor do art. 130, os membros do Ministério Público de Contas têm a mesma forma de investidura, ostentando direitos e vedações idênticos aos dos integrantes do *Parquet* comum, embora com estes não se identifiquem.

O Ministério Público especial, de fato, possui um âmbito de atuação próprio, que não se confunde o do Ministério Público comum, pois dele não faz parte. Mas não é apenas isso: aquele atua exclusivamente como fiscal da lei no âmbito que lhe é próprio, ao passo que o *Parquet* ordinário possui atribuições bem mais abrangentes, as quais decorrem do disposto no art. 127 da CF/88.

Como assentou o Ministro Celso de Mello, em voto proferido na ADI 2.884/RJ, julgada pelo Supremo em 2/12/2004, o referido dispositivo constitucional "reflete uma solução de compromisso adotada pelo legislador constituinte brasileiro, que preferiu não outorgar, ao Ministério Público comum as funções de atuação perante os Tribunais de Contas, optando, ao

[309] BRITTO, Carlos Ayres. O Regime Jurídico do Ministério Público de Contas. **Ministério Público de Contas**: perspectivas doutrinárias de seu estatuto jurídico. Belo Horizonte: Fórum/Associação do Ministério Público de Contas. 2017. p. 27-28.

[310] Ibidem, loc. cit.

contrário, por atribuir esse relevante encargo a agentes estatais qualificados, deferindo-lhes um *status* jurídico especial", caracterizado, sobretudo, pela independência funcional.

Monique Chequer, ao estudar essa distinção relativamente às atribuições dos dois órgãos, refuta a tese segundo a qual o Ministério Público de Contas – por ser considerado especial e porque foi excluído do preceito constitucional onde são arrolados os órgãos que integram o MP ordinário – não corresponderia a um "verdadeiro" Ministério Público, na acepção corrente e técnica do conceito.[311] Nesse sentido, consigna o seguinte:

> "Se a atividade precípua do Tribunal de Contas é a relevante tarefa de fiscalização e controle, com zelo ao erário e patrimônio público, é inconcebível imaginar que aqui não estão presentes aspectos da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, a legitimar a atuação do Ministério Público especial", nos termos dos artigos 127 e 129 da CRFB/88".[312]

Seja como for, convém sublinhar que a atuação desse Ministério Público diferenciado encontra-se disciplinada na Lei 8.443/1992, a qual corresponde à LOTCU, o que, em princípio, demonstraria a sua especialidade com relação ao *Parquet* comum – da União e dos Estados –, cujo *modus operandi* acha-se regulado, respectivamente, na Lei Complementar 75/1993 e na Lei 8.625/1993.

Diante da controvérsia, Lucas Rocha Furtado, ele próprio integrante do MP de Contas, indaga: "Afinal, os procuradores que irão atuar junto ao TCU são do Ministério Público Federal, designados pelo Procurador-Geral da República, ou constituem carreira específica, integrante da estrutura administrativa do Tribunal?".[313] Respondendo à questão, assenta que os membros desse *Parquet* especial, embora, de fato, integrem a estrutura administrativa da Corte de Contas, são dotados de independência funcional, não se submetendo, por essa razão, hierarquicamente, a nenhuma autoridade seja interna, seja externa, no exercício de suas atribuições, nem mesmo ao próprio Procurador-Geral da Corte.[314] Patrick Bezerra Mesquita, em complemento, apesar

---

[311] CHEKER, Monique. **Ministério Público junto ao Tribunal de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 124.

[312] Ibidem.

[313] FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo.** 5.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 946.

[314] Ibidem, p. 946. Nessa linha, cabe destacar a decisão doa Supremo Tribunal Federal seguinte: "O Ministério Público que atua perante o TCU qualifica-se como órgão de extração constitucional, eis que a sua existência jurídica resulta de expressa previsão normativa constante da Carta Política (art. 73, par. 2., I, e art. 130), sendo indiferente, para efeito de sua configuração jurídico-institucional, a circunstância de não constar do rol taxativo inscrito no art. 128, I, da Constituição, que define a estrutura orgânica do Ministério Público da União. - O Ministério Público junto ao TCU não dispõe de fisionomia institucional própria e, não obstante as expressivas garantias de ordem subjetiva concedidas aos seus Procuradores pela própria Constituição (art. 130), encontra-se consolidado na "intimidade estrutural" dessa Corte de Contas, que se acha investida - até mesmo em função do poder de autogoverno que lhe confere a Carta Política (art. 73, caput, in fine) – da prerrogativa de fazer instaurar o processo legislativo concernente a sua organização, a sua estruturação interna, a definição do seu quadro de pessoal e a criação dos cargos respectivos. - Só cabe lei complementar, no sistema de direito positivo brasileiro,

de reconhecer que o texto constitucional não tornou obrigatória a autonomia institucional desse corpo dentro dos tribunais de contas, afirma ser inadmissível qualquer interpretação que venha a reduzir a maior independência institucional possível.[315]

A conformação do MP que atua junto ao TCU, como já decidiu a Suprema Corte, estende-se, por simetria, aos Ministérios Públicos de Contas das unidades federadas, valendo lembrar que, apesar desse entendimento, alguns deles, de forma inconstitucional, ainda são integrados por procuradores do Estado, membros do *Parquet* comum ou servidores comuns não concursados.

Com efeito, no julgamento da ADI 3.307/MT, o STF decidiu no sentido da observância obrigatória do modelo federal de composição do TCU pelos Estados.[316] O STF também não admite a mera transposição de servidores ocupantes de cargos diversos, estranhos aos tribunais

quando formalmente reclamada a sua edição por norma constitucional explicita. A especificidade do Ministério Público que atua perante o TCU, e cuja existência se projeta num domínio institucional absolutamente diverso daquele em que se insere o Ministério Público da União, faz com que a regulação de sua organização, a discriminação de suas atribuições e a definição de seu estatuto sejam passiveis de veiculação mediante simples lei ordinária, eis que a edição de lei complementar e reclamada, no que concerne ao Parquet, tão-somente para a disciplinarão normativa do Ministério Público comum (CF, art. 128, par. 5.). - A cláusula de garantia inscrita no art. 130 da Constituição não se reveste de conteúdo orgânico-institucional. Acha-se vocacionada, no âmbito de sua destinação tutelar, a proteger os membros do Ministério Público especial no relevante desempenho de suas funções perante os Tribunais de Contas. Esse preceito da Lei Fundamental da República submete os integrantes do MP junto aos Tribunais de Contas ao mesmo estatuto jurídico que rege, no que concerne a direitos, vedações e forma de investidura no cargo, os membros do Ministério Público comum. ADI 789, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 26/05/1994, DJ 19-12-1994 PP-35180 EMENT VOL-01772-02 PP-00236.

[315] MESQUITA, Patrick Bezerra. Ministerio publico de contas brasileiro: ser ou não ser, eis a questão. IN ASSOCIAÇÃO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS. **Ministério publico de contas**: perspectivas doutrinárias do seu estado jurídico. Belo Horizonte: Forúm, 2017, p. 253. Diz o autor: "Na verdade, por qualquer ângulo que se ponha a questão, e seja qual for a metodologia, os princípios, os elementos ou as técnicas interpretativas usadas, a conclusao não pode ser outra que não reconhecer que, se foi criado um Ministério Público com atuaçao nos Tribunais de Contas, gozará este, até por imperativo terminológico, das mesmas características essenciais do Ministério Publico com atuação no Poder Judiciário. Do contrario, não haveria razão de prevê-lo na seção referente aos Tribunais de Contas", p. 252.

[316] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES POR MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. SIMETRIA OBRIGATÓRIA COM O MODELO NACIONAL. 1. A Lei Complementar mato-grossense n. 11/1991 foi revogada pela Lei Complementar n. 269, que estabeleceu a organização do Tribunal de Contas daquele Estado. Prejuízo, neste ponto, da Ação. 2. O Ministério Público Especial, cujas atividades funcionais sejam restritas ao âmbito dos Tribunais de Contas, não se confunde nem integra o Ministério Público comum. 3. É obrigatória a adoção, pelos Estados, do modelo federal de organização do Tribunal de Contas da União e do Ministério Público que perante ele atua. Aplicação do princípio da simetria. 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada parcialmente julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da expressão "exercício privativo das funções do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas", constante do art. 106, inc. VIII, da Constituição do Mato Grosso e do art. 16, § 1º, inc. III, da Lei Complementar n. 27/1993 daquele mesmo Estado. ADI 3307, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 02/02/2009, DJe-099 DIVULG 28-05-2009 PUBLIC 29-05-2009 EMENT VOL-02362-05 PP-00820 LEXSTF v. 31, n. 365, 2009, p. 46-62

de contas, para aqueles correspondentes aos de membro do Ministério Púbico especial, sem concurso público.[317]

Nesse passo, convém ressaltar que a Suprema Corte também decidiu que o princípio da simetria do modelo federal do TCU, em especial do respectivo Ministério Público, aplica-se apenas aos tribunais de contas estaduais e dos municípios, excetuando-se desse entendimento o Tribunal de Contas do Município de São Paulo e do Rio de Janeiro, ao argumento de que estes, pré-existentes à CF/1988, foram por esta inteiramente absorvidos, preservada a sua natureza *sui generis* enquanto órgãos de controle remanescentes do modelo anteriormente vigente.[318]

4.8.3. Composição e atribuições do *Parquet* de Contas da União

Retornando à disciplina legal da instituição, convém registar que, acordo com o art. 80 da LOTCU, o MP de Contas junto ao TCU, ao qual se aplicam os princípios institucionais da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional, é composto de um procurador-geral, três subprocuradores-gerais e quatro procuradores, nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros, bacharéis em direito, que ingressam na carreira mediante concurso público.

Competem ao procurador-geral e, por delegação deste, aos subprocuradores-gerais e procuradores, as seguintes atribuições, nos termos do art. 81 e 82 da LOTCU, além de outras estabelecidas no Regimento Interno: (i) requerer as medidas de interesse da Justiça, da Administração e do Erário; (ii) manifestar-se, verbalmente ou por escrito, em todos os assuntos

---

[317] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI CONTRA O ART. 16 DO ADCT DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ, QUE TRANSFORMA, NA APOSENTADORIA, OS PROCURADORES DO TRIBUNAL DE CONTAS EM PROCURADORES DE JUSTIÇA, VINCULANDO-OS AO MINISTÉRIO PÚBLICO. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA. AFRONTA AOS ARTS. 37, II, 73, § 2º, I, e 130 DA CF. I - Segundo precedente do STF (ADI 789/DF), os Procuradores das Cortes de Contas são ligados administrativamente a elas, sem qualquer vínculo com o Ministério Público comum. II - Além de violar os arts. 73, § 2º, I, e 130, da Constituição Federal, a conversão automática dos cargos de Procurador do Tribunal de Contas dos Municípios para os de Procurador de Justiça - cuja investidura depende de prévia aprovação em concurso público de provas e títulos - ofende também o art. 37, II, do texto magno. III - Ação direta julgada procedente. ADI 3315, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 06/03/2008, DJe-065 DIVULG 10-04-2008 PUBLIC 11-04-2008 EMENT VOL-02314-02 PP-00412 RTJ VOL-00205-01 PP-00100 LEXSTF v. 30, n. 356, 2008, p. 85-92.

[318] Tal compreensão viu-se consagrada no julgamento da ADPF 272/DF, realizado em 25/03/2021 pelo Plenário do STF, de relatoria da Ministra Cármem Lúcia, no qual se ressaltou a inexistência de paralelismo entre o modelo federal representado pelo TCU e o do Tribunal de Contas do Município paulistano, pois a organização peculiar deste foi considerada mais uma das assimetrias constitucionais toleradas pelo texto constitucional, à semelhança do que ocorre, *verbi gratia*, com a ausência de um Poder Judiciário, um Ministério Público e uma Polícia Militar na esfera municipal. Como resultado, julgou-se improcedente a ação, de maneira a não reconhecer omissão legislativa por não ter sido criado o Ministério Público especial no Tribunal de Contas do Município de São Paulo.

sujeitos à decisão do Tribunal; (iii) promover junto à Advocacia-Geral da União ou, conforme o caso, perante os dirigentes das entidades jurisdicionadas, a cobrança judicial de dívidas e o arresto dos bens dos responsáveis julgados em débito; e (iv) interpor os recursos permitidos em lei.

De especial relevo são as atribuições do Ministério Público de Contas, previstas no art. 44 do LOTCU, no sentido de requerer o afastamento, cautelar e temporário, dos responsáveis por irregularidade na gestão de verbas públicas, assim como a indisponibilidade de seus bens, suficientes para ressarcir os danos que lhes são imputados, por prazo não superior a um ano. *Mutatis mutandis*, tais regras aplicam-se aos MPs de Contas dos entes federados.

4.9. Legalidade, legitimidade e economicidade

Em pedagógico resumo, José dos Santos Carvalho Filho assenta que o controle externo, contábil, financeiro, orçamentário operacional e patrimonial, exercido pelo Congresso Nacional, com o auxílio do TCU, materializa-se sob cinco aspectos distintos: (i) quanto à legalidade, analisando o fiel cumprimento da lei; (ii) quanto à legitimidade, exercendo um exame externo de mérito, à luz das boas práticas administrativas; (iii) quanto à economicidade, escrutinando a "a existência ou não dos princípios da adequação e da compatibilidade, referentes às despesas públicas"; (iv) quanto à aplicação de subvenções, avaliando se foram investidas "de forma econômica, criteriosa e não perdulária"; e (v) quanto à renúncia de receitas, atentando para o caráter excepcional da ação ou omissão do administrador que deixa "de receber recursos que vão ser vertidos para a própria coletividade".[319]

Os dois últimos aspectos são autoexplicativos, ao passo que os três primeiros podem suscitar alguma dúvida hermenêutica, ao menos numa primeira leitura. Tal não deveria ocorrer com relação ao controle de legalidade, pois parece evidente que, por meio deste, avalia-se se os atos daqueles que lidam com dinheiro, bens ou valores públicos foram realizados em conformidade com os cânones constitucionais e legais. Já os no que tange a economicidade e legitimidade, Andre Rosilho alerta sobre as dificuldades de definir os contornos de tais parâmetros, uma vez que "não ensejam avaliações propriamente jurídicas, baseadas no binômio legal/ilegal (ou, mais genericamente, permitido/proibido)", porquanto compreendem

[319] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 1076 -1078.

"avaliações de outra natureza – econômica (custo/benefício), política, (adequado/inadequado), filosófica (justo/injusto) etc.".[320]

Heleno Taveira Torres, por sua vez, faz observação importante ao comentar que a apuração da legalidade deve ser realizado "ao longo de toda a atividade financeira do Estado, o que abarca tanto a lei institutiva da despesa quanto a autorização orçamentária específica e, bem assim, as leis relativas ao procedimento da despesa, no seu aspecto técnico, e sua inserção no sistema contábil da entidade pública".[321]

Sobre o controle de legalidade, Jorge Ulysses Jacoby Fernandes aduz que os tribunais de contas podem, em exame de legalidade, anular o ato ou determinar que a autoridade competente tome as providencias necessárias.[322] Para o autor, a segunda opção é sempre mais recomendável, pois:

> a) submete a decisão do tribunal ao juízo da autoridade destinatária da ordem que pode, *sponte própria*, reconhecer a ilegalidade e refazer o ato;
> b) é mais segura, porque a autoridade destinatária da ordem conhece os fatos adventícios àqueles examinados pelo tribunal e pode avaliar os reflexos sobre direitos posteriores;
> c) é mais jurídica, porque é inerente a essa via a possibilidade de recurso da determinação do tribunal, ao próprio tribunal, além de, eventualmente, ser permitida a impetração de ação judicial mandamental.[323]

Já o controle de legitimidade pode ensejar alguma perplexidade, porquanto, embora conceitualmente próximo do controle de legalidade, mostra-se bem mais abrangente. De início, tal perspectiva não se contenta em placitar qualquer conduta que se enquadre nos marcos da lei. Aqui, trata-se de empreender uma análise qualitativa da gestão dos recursos que provém do erário.

No dizer de Regis Fernandes de Oliveira, tal controle corresponde "à circunstância de estar ou não o dispêndio público aplicado onde se faz necessário".[324] Não é dado ao administrador, acrescenta, em meio a várias opções, "escolher a pior", nem tampouco "apenas

---

[320] ROSILHO, André. **Tribunal de Contas da União**: competências, jurisdição e instrumentos de controle. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 125.

[321] TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional financeiro**: teoria da constituição financeira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014, p. 454.

[322] JACOBY FERNANDES, Jorge Ulysses. **Tribunais de contas do Brasil**: jurisdição e competência. 4. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 52.

[323] Ibidem, p. 53.

[324] OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Curso de direito financeiro.** 7. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015, p. 871.

a razoável, mas aquela através da qual irá atingir os interesses públicos".[325] É, nas palavras de Heleno Taveira Torres, o controle "realizado sobre o administrador público, quanto à conformidade com as finalidades e o atingimento dos fins constitucionais do Estado, por meio das despesas públicas".[326]

Quanto ao controle sob o viés da economicidade, Regis Fernandes de Oliveira deixa implícito que este deve envolver uma certa dose de sensatez. Com efeito, não se cuida de exigir, acriticamente, do gestor que contrate bens ou serviços pelos preços mais baixos do mercado, devendo ele, ao revés, adquirir aqueles mais condizentes com a situação real com que se depara. Em palavras textuais, "significa a apuração, no caso concreto, da obtenção do melhor proveito com o mínimo de despesa".[327]

Ricardo Lobo Torres identifica a importância do controle da economicidade por ela transcender "o mero controle da economia de gastos, entendida como o aperto ou diminuição de despesa, pois abrange também a receita, na qual aparece como efetividade na realização das entradas orçamentárias".[328] De maneira complementar Heleno Taveira Torres afirma que a busca pela legitimidade deve ser permanente, de maneira que a "Administração Pública possa, pelos meios menos gravosos, atingir seus objetivos na maior abrangência possível".[329]

Tais controles, portanto, não se limitam apenas a um exame meramente formal dos gastos públicos, abarcando igualmente os seus aspectos substantivos, chegando mesmo a tangenciar o próprio mérito dos dispêndios, ao menos quanto às suas externalidades. [330] É que, como anota Francisco Jucá, amparado em Celso Bastos, "o ato de gestão, além de legal, porque em conformidade com a ordem jurídica, há de ser também legítimo e, assim, conforme os valores fundamentais da sociedade, praticado com eficiência e sem desperdício de recursos".[331]

---

[325] OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Curso de direito financeiro.** 7. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015, p. 871.

[326] TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional financeiro**: teoria da constituição financeira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014, p. 454.

[327] OLIVEIRA, Regis Fernandes. op. cit., loc. cit.

[328] TORRES, Ricardo Lobo. O tribunal de Contas e o controle de legalidade, economicidade e legitimidade. **Revista de informações legislativas.** Brasília, v. 31, n. 121, jan./mar. 1994, p. 267. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176237. Acesso em: 22 de jan. de 2022.

[329] TORRES, Heleno Taveira. op. cit., p. 455.

[330] "Externalidades" correspondem, *grosso modo*, aos efeitos políticos, sociais, econômicos e, até mesmo, ambientais indiretamente causados por ações empreendidas por agentes públicos ou privados. Cf. sobre o tema, o verbete Economias externas. In: SANDRONI, Paulo. **Novíssimo dicionário de economia**. 11. ed. São Paulo: Best Seller, 2003.

[331] JUCÁ, Francisco Pedro. **Finanças públicas e democracia**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 114.

Não obstante a considerável amplitude do controle externo exercido pelos tribunais de contas, ele não enseja, segundo adverte Marçal Justen Filho, a supressão do princípio da separação dos poderes e muito menos a redução da autonomia que estes possuem para o desempenho das respectivas funções. Nesse sentido, assenta, enfaticamente, o seguinte: "É vedado que, a pretexto de exercitar controle-fiscalização, um órgão pretenda assumir o exercício de competências reservadas a outrem pela Constituição ou pela lei".[332] Essa constatação, embora reconhecidamente válida para os atos administrativos vinculados,[333] afirma-se com maior razão no caso dos atos discricionários, nos quais "a lei não predetermina a conduta que a Administração deve adotar num caso concreto", sendo facultado ao agente público "decidir entre agir ou não agir, agir por uma ou outra forma".[334]

4.10. Espécies de processos

Em que pese a existência de inúmeros textos normativos extravagantes, que dispõem sobre regras processuais no âmbito do TCU, a matéria encontra-se regulamentada, basicamente, em sua LITCU e no respectivo RITCU. Não há uniformidade na identificação dos tipos de processos nos tribunais de contas e em suma, três categorias de processos: (i) julgamento de contas, incluindo pareceres sobre as contas do Chefe do Poder Executivo; (ii) registros de atos de pessoal; e (iii) atos de fiscalização.[335] Para fins didáticos, a doutrina costuma categorizar os processos em razão do objeto em análise e por muitas vezes inclui os atos de fiscalização

[332] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1075.

[333] OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Ato administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 64. Para o autor, tratando-se de ato vinculado, "o administrador deve atender à norma que predetermina ou regula sua emissão".

[334] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991, p. 56.

[335] A título exemplificativo da ausência de uniformidade, Giuseppe Giamundo Neto divide os processos do TCU em: "(i) processo de julgamento de contas; processo opinativo sobre as contas do Chefe do Poder Executivo; (iii) processo de apreciação de atos de pessoal; e (iv) processo de fiscalização em sentido estrito". **As garantias do processo no Tribunal de Contas da União:** princípios constitucionais, Código de Processo Civil/2015 e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro LINDB. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, p. 68. Já Samy Wurman entende que cada função do TCU correponde não apenas a uma competencia, mas também a um tipo de processo, são eles: "contas (tomada ou prestação de contas e tomada de contas especial); fiscalização (levantamento de auditoria, auditoria, inspeção, monitoramento e acompanhamento; denúncia; representação; solicitação de informações; pessoal (admissões, apodentadorias e pensões) recurso (reconsideração, de reexame, de revisão, embargos de declaração e agravs); consulta e contas do Governo" **Controle externo do TCU**. Brasília: Vestcon, 2006, p. 42. Por fim, Lucas Furtado Rocha lista os seguintes tipos: (i) julgamento de contas; (ii) fiscalizações diversas; e (iii) registros de aposentadorias, pensões, reformas e atos de admissão. **Curso de direito administrativo.** 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 956 e segs.

(auditoria, inspeção, representação e denúncia) como espécies do gênero do processo administrativo.[336]

4.10.1. Julgamento de contas

Os processos enquadrados na primeira categoria derivam do dever de prestar contas previsto no art. 70 da CF/1988, que incumbe a "qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bem e valores públicos". As contas, por sua vez, subdividem-se em especiais ou anuais ou ordinárias. Estas últimas, por sua vez em particular, podem ser de duas espécies: (i) contas de governo, que são prestadas nos termos dos arts. 49, IX, e 71, I, da CF/1988; e (ii) contas de gestão, cuja sistemática é definida segundo o disposto no art. 71, II, da CF/1988.

As contas de governo, a teor do texto constitucional, a princípio, dizem respeito apenas àquelas pertinentes ao Presidente da República. No entanto, de acordo com a Lei de Reponsabilidade Fiscal,[337] incluem também as contas dos presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, da Suprema Corte, dos demais tribunais superiores e do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, bem assim as do chefe do Ministério Público da União. O seu escrutínio diz respeito somente aos aspectos gerais da execução orçamentária, não se detendo sobre atos, contratos, licitações ou concursos específicos. Tal exame é relegado ao exame das contas de gestão. As demais cortes de contas dos diferentes entes federativos, por simetria com o comando a qual se sujeita as autoridades federais, julgam as contas dos chefes do executivo e assim por diante.

No caso da análise das contas do Chefe do Poder Executivo, aos tribunais de contas é deixada apenas a função de fornecer os elementos técnico-jurídicos para o Poder Legislativo, órgão responsável pelo efetivo julgamento. Hélio Saul Mileski ressalta que o parecer prévio das contas é fundamental e demonstra a unidade do controle externo, pois as competências de cada órgão não são excludentes, mas complementares por possuírem unidade de objetivos.[338] Diz

[336] MILESKI, Helio Saul. **O controle da gestão pública**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 398.

[337] Cf. nota 310. Art. 56 e 57. Helio Saul Mileske contribui com interessante posição sobre o objetivo da Lei de Responsabilidade Fiscal. Diz o autor que mencionada lei "busca viabilizar o alcance do desenvolvimento sustentável, contendo normas que objetivam estabelecer uam gestão fiscal com responsabilidade, a qual deve ser dirigida por por uma ação planejada e transparente, no sentido de prevenir riscos e corrigir desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas publicas, orientando e regulamentando o sistema de controle para uma ação de acompanhamento". **O controle da gestão pública**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 325.

[338] MILESKI, Helio Saul. **O controle da gestão pública**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 308.

que, ao "emitir parecer prévio sobre as contas prestadas, uma atividade opinativa e de assessoramento, que fornece os elementos técnicos necessários à formação de um juízo político por parte do Poder Legislativo, tendo em conta ser sua competência de julgamento" as cortes de contas estão cumprindo com seus objetivos e funções fiscalizadoras.[339]

De outra banda, Jorge Ulysses Fernando Jacoby que apesar de opinativo, o parecer prévio, apesar de meramente opinativo, fundamentado "na legalidade, legitimidade, economicidade, eficiência, mas conservando sua natureza de parecer e não decisão" é indispensável e caso o Poder Legislativo venha a julgar as contas sem a manifestação previa dos tribunais de contas, o julgamento será nulo.[340]

O art. 31 da CF/1988 regulamenta o controle externo de maneira um pouco distinta quanto aos demais entes federativos e de certa maneira, tem de ser interpretado em conjunto com as demais normas relacionadas ao controle contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial. Diferentemente do que ocorre nas outras esferas, o parecer prévio caracteriza-se como uma decisão vinculativa que somente deixará de prevalecer caso ela venha a ser revogada por dois terços dos membros da Câmara Municipal.[341] A escolha por este modelo pelo constituinte originário deu-se em razão da realidade particular dos municípios brasileiros, cuja capacidade administrativa é reduzida,[342] verificando-se que o prefeito atua não apenas como condutor político do município, mas também como ordenador de despesas.[343]

---

[339] MILESKI, Helio Saul. **O controle da gestão pública**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 308.

[340] JACOBY FERNANDES, Jorge Ulysses. **Tribunais de contas do Brasil**: jurisdição e competência. 4. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 329-330.

[341] A questão foi decidida pelo Supremo Tribunal Federal no RE 848.826/CE, cuja decisão foi assim ementada: Ementa: "[...] I - Compete à Câmara Municipal o julgamento das contas do chefe do Poder Executivo municipal, com o auxílio dos Tribunais de Contas, que emitirão parecer prévio, cuja eficácia impositiva subsiste e somente deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da casa legislativa (CF, art. 31, § 2º). II - O Constituinte de 1988 optou por atribuir, indistintamente, o julgamento de todas as contas de responsabilidade dos prefeitos municipais aos vereadores, em respeito à relação de equilíbrio que deve existir entre os Poderes da República ("checks and balances"). III - A Constituição Federal revela que o órgão competente para lavrar a decisão irrecorrível a que faz referência o art. 1°, I, g, da LC 64/1990, dada pela LC 135/ 2010, é a Câmara Municipal, e não o Tribunal de Contas. IV - Tese adotada pelo Plenário da Corte: "Para fins do art. 1º, inciso I, alínea g, da Lei Complementar 64, de 18 de maio de 1990, alterado pela Lei Complementar 135, de 4 de junho de 2010, a apreciação das contas de prefeito, tanto as de governo quanto as de gestão, será exercida pelas Câmaras Municipais, com o auxílio dos Tribunais de Contas competentes, cujo parecer prévio somente deixará de prevalecer por decisão de 2/3 dos vereadores". V - Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 848826, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Relator(a) p/ Acórdão: RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 10/08/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-187 DIVULG 23-08-2017 PUBLIC 24-08-2017)".

[342] MILESKI, Helio Saul. **O controle da gestão pública**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 317-318.

[343] GIAMUNDO NETO, Giuseppe. **As garantias do processo no Tribunal de Contas da União**. Princípios Constitucionais, Código de Processo Civil/2015 e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro LINDB. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, p. 69.

Por sua vez, a análise das contas anuais ou ordinárias de gestão encontra-se regulada na LOTCU e no RITCU, sendo disciplinada de forma mais minudente na Instrução Normativa nº 84/2020.[344] De acordo como este texto normativo, o exame recai sobre dois principais aspectos: o exame de conformidade e de desempenho. Referida norma define da seguinte maneira a prestação de contas e a tomada de contas:

> Prestação de contas é o instrumento de gestão pública mediante o qual os administradores e, quando apropriado, os responsáveis pela governança e pelos atos de gestão de órgãos, entidades ou fundos dos poderes da União apresentam e divulgam informações e análises quantitativas e qualitativas dos resultados da gestão orçamentária, financeira, operacional e patrimonial do exercício, com vistas ao controle social e ao controle institucional previsto nos artigos 70, 71 e 74 da Constituição Federal.
> Tomada de contas é o instrumento de controle externo mediante o qual o Tribunal de Contas da União apura a ocorrência de indícios de irregularidades ou conjunto de irregularidades materialmente relevantes ou que apresentem risco de impacto relevante na gestão, que não envolvam débito, com a finalidade de apurar os fatos e promover a responsabilização dos integrantes do rol de responsáveis ou do agente público que tenha concorrido para a ocorrência, definido nos termos desta instrução normativa.[345]

Diferentemente da apreciação de contas para emissão do parecer prévio, as cortes de contas, nesses casos, são competentes para proferir decisões "impositivas, vinculantes, dispensando, para tanto, aval, concordância ou julgamento de outro órgão qualquer".[346]

A tomada de contas especiais, por seu turno, está prevista no art. 8º. da LOTCU, que institui o processo de tomada de contas especial, cuja instauração se dá na hipótese de "omissão do dever de prestar contas, da não comprovação da aplicação de recursos repassados pela União [...], da ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos, ou, ainda, da prática de ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao erário", caso a autoridade administrativa competente não tiver tomado providências "para a apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano".

Se a autoridade administrativa não desencadear a apuração que lhe compete, o TCU, de acordo com o § 1º do referido dispositivo, instaurará, ele próprio, a tomada contas especial, nos termos da Instrução Normativa 71/2012. Constitui pressuposto para a abertura do processo,

---

[344] TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Instrução Normativa TCU nº 84, de 22 de abril de 2020**. Estabelece normas para a tomada e prestação de contas dos administradores e responsáveis da administração pública federal, para fins de julgamento pelo Tribunal de Contas da União, nos termos do art. 7º da Lei 8.443, de 1992, e revoga as Instruções Normativas TCU 63 e 72, de 1º de setembro de 2010 e de 15 de maio de 2013, respectivamente.

[345] Cf. nota 349. Respecitvamente, § 1º e § 2º do art. 1º da Instrução Normativa nº 84/2020.

[346] ROSILHO, André. **Tribunal de Contas da União**: competências, jurisdição e instrumentos de controle. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 162.

nos termos do art. 5º desse regulamento, "a existência de elementos fáticos e jurídicos que indiquem a omissão no dever de prestar contas e/ou dano ou indício de dano ao erário". Além disso, é preciso identificar os agentes públicos omissos ou os supostos responsáveis pelo prejuízo, bem assim a situação que lhe deu origem, sempre com base em documentos, narrativas ou outros elementos probatórios. Não obstante, no momento de instauração não é necessário que se tenha certeza da ocorrência de qualquer irregularidade, bastando meros indícios para o início do processo, até porque, a apuração dos fatos é um dos objetivos da tomada de contas especial, sempre, porém, com a estrita observância dos princípios do contraditório e ampla defesa.[347]

Em todos os processos de contas, ordinárias ou especiais, o Tribunal ou o relator, na hipótese de constatar a ocorrência de irregularidade, de acordo com o art. 12 da LOTCU, em decisão preliminar: (i) identificará o responsável pelo dano causado ao erário, bem assim os que respondem solidariamente; (ii) ordenará a sua citação para apresentar a defesa ou recolher a quantia devida, no prazo regimental, se houver débito; (iii) caso não haja débito, determinará a audiência dos imputados, para que apresentem "razões de justificativa"; ou (iv) adotará outras providências.

Na sequência, as contas, quaisquer que sejam elas, depois de apresentada a defesa, são submetidas a julgamento pelo colegiado, o qual poderá considerá-las regulares, regulares com ressalva ou irregulares.[348] No primeiro caso, tal ocorrerá "quando expressarem de forma clara e objetiva, a exatidão dos demonstrativos contábeis, a legalidade, a legitimidade e a

---

[347] GIAMUNDO NETO, Giuseppe. **As garantias do processo no Tribunal de Contas da União**. Princípios Constitucionais, Código de Processo Civil/2015 e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro LINDB. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, p. 71.

[348] Cf. nota 26, art. 12. Ronaldo Chadid, citando Luiz Bernardo Costa Dias, detalha os resultados do julgamento da seguinte maneira: "**Regulares**: as contas que expressarem, de forma clara e objetiva, a exatidão dos demonstrativos contábeis, a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestao do responsável, possibilitando a baixa de responsabilidade dos administradores no registro dos órgãos de contabilidade. **Regulares com ressalva**: serão julgadas as contas que evidenciarem impropriedade ou qualquer outra falta de natureza formal de que não resulte dano ao erário. Quando as contas apresentarem falhas, cuja importancia não é de molde a macularglobalidade [sic] das contas, mas é merecedora de advertência ou até mesmo de multa, as contas serão julgadas regulares, havendo baixa na responsabilidade dos responsáveis, mas com as ressalvas e penalidades pertinentes às falhas apontadas. Como exemplo, pode-se citar que não restou dano ao erário; não houver desfalque ou alcance; a matemática das contas não fecha. O que ocorreu, portanto, foi erro de natureza formal. **Irregulares**: quando for comprovada a omissão no dever de prestar contas, a prática de ato de gestão ilegalm ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentaria, operacional ou patrimonial, o dano ao erário decorrente de ato de ilegítimo ou antieconômico ou desfalque ou desvio de dinheiros, bens e valores públicos, e por decisão do Tribunal, ainda poderão as contars ser julgadas irregulares, no caso de reincidência no descumprimento de determinação que o responsável tenha tido ciência, feita em processo de tomada ou prestação de contas. Poderá aplicar multa, alem de outras penalidades administrativas previstas em lei, sem prejuízo do envio dos autos ao Ministério Público". (**A função social do Tribunal de Contas no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 177, destaques no original).

economicidade dos atos de gestão do responsável"; no segundo, "quando evidenciarem impropriedade ou qualquer outra falta de que não resulte dano ao erário"; no último, quando houver omissão no dever de prestar contas, prática de ato ilegal, ilegítimo, antieconômico ou contrário às normas contábeis, dentre outras ilicitudes.[349]

Verificada a hipótese de dano ao erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico ou, ainda, de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos, o Tribunal remeterá, conforme estabelece o art. 16, § 3º, da Lei 8.443/1992, cópia da documentação pertinente ao Ministério Público da União para o ajuizamento das ações civis e criminais cabíveis.

Alexandre Aroeira Salles destaca uma questão interessante sobre a posição dos prestadores de contas e o devido processo legal. Diz o autor que o sujeito obrigado a prestar contas é inicialmente responsável pelo ônus da prova, comprovando que a despesa estava em conformidade como parâmetros legais. Contudo, caso o responsável pela análise não concordar com as contas prestadas, o ônus da prova se inverte, "incumbindo aqueles que as recusaram provar suas razões".[350]

4.10.2. Registro de atos de pessoal

Conforme determinado pelo art. 71, III da CF/1988, o TCU é competente para a "apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título," incluindo-se os atos de admissão, aposentadorias, reformas e pensões. Tal controle apenas não é exercido no tocante às nomeações para cargos de provimento em comissão.

O processo de análise da legalidade do ato será instaurado somente após a autoridade administrativa responsável pela admissão de pessoal ou de concessão de aposentadoria, reforma ou pensão, tiver submetido a questão ao respectivo órgão de controle interno, que, por sua vez, emitirá parecer sobre a legalidade dos referidos atos, tornando-os disponíveis à apreciação do tribunal, nos termos do art. 260 do RITCU. Constatada qualquer irregularidade, não saneadas durante o exame por meio de diligências, será reconhecida a ilegalidade do ato e determinada a negativa do registro e a interrupção de qualquer pagamento.[351]

---

[349] FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo.** 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 959.

[350] SALLES, Alexandre, Aroeira. **O processo nos tribunais de contas**: contraditório, ampla defesa e a necessária reforma da Lei Orgânica do TCU. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 196.

[351] Cf. nota 299, art. 259-263 do RITCU.

4.10.3. Atividades fiscalizatórias

Para cumprimento de sua missão constitucional, o TCU possui importantes instrumentos para exercer de maneira plena sua função fiscalizadora, a qual, como determinado pelo RITCU, terão por objeto "a legalidade, a economicidade, a legitimidade, a eficiência, a eficácia e a efetividade de atos, contratos e fatos administrativos.[352] Os instrumentos de fiscalização dos quais se vale essa corte de contas são: (i) levantamentos; (ii) auditorias; (iii) inspeções; (iv) acompanhamentos; e (v) monitoramentos. A LOTCU outorgou competência para o próprio TCU fixasse as normas relativas ao processo de fiscalização desse órgão.

Como se sabe, o TCU pode realizar fiscalizações por iniciativa própria ou por provocação do Congresso Nacional,[353] desencadeada por algum de seus órgãos constitucionalmente legitimados. Não obstante, pode ser acionado mediante denúncias[354] ou por meio de representações, efetuadas por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato, as quais consubstanciam instrumentos de fiscalização que decorrem do controle social da Administração Pública, conforme anteriormente mencionado. O RITCU, convém sublinhar, para garantir o pleno exercício desse direito assegurado na Constituição aos integrantes da sociedade civil,[355] estabelece que o "denunciante não se sujeitará a nenhuma sanção administrativa, cível ou penal em decorrência da denúncia, salvo em caso de comprovada má-fé"

As representações, de seu turno, tal como as denúncias, veiculam ilegalidades ou irregularidades, só que, como regra, são subscritas pelo Ministério Público, parlamentares federais, estaduais e distritais, juízes, servidores públicos, autoridades diversas e outros órgãos e entidades listados nos incisos do art. 237 do RICTU.[356] Além dessa modalidade de

---

[352] Cf. nota 299, art. 230 do RITCU.

[353] Cf. nota 299, art. 231 e art. 232 do RITCU.

[354] Cf. nota 299, art. 234, art. 235, e art. 236 do RITCU.

[355] Sociedade Civil. In: BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política.** Brasília: UNB, 1991. A expressão teve, ao longo dos séculos, significados distintos. Originalmente, "sociedade civil" (*societas civilis*) contrapunha-se à "sociedade natural" (*societas naturalis*), correspondendo à noção de *polis* ou de *civitas*, isto é, ao Estado propriamente dito. Atualmente, segundo a tradição marxista, equivale ao conjunto de indivíduos, grupos e classes sociais que interagem à margem do Estado.

[356] Cf. nota 299. art. 237. Segundo o artigo em questão, possuem legitimidade para representar ao Tribunal de Contas da União: (i) o Ministério Público da União, (ii) os órgãos de controle interno(iii) os senadores da República, deputados federais, estaduais e distritais, juízes, servidores públicos e outras autoridades que comuniquem a ocorrência de irregularidades de que tenham conhecimento em virtude do cargo que ocupem; (iv) os tribunais de contas dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, as câmaras municipais e os ministérios

representação, regimentalmente regulada, existe ainda uma outra, conforme lembra Lucas Rocha Furtado,[357] prevista na Lei de Licitações, onde consta que "qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar aos órgãos de controle interno ou ao tribunal de contas competente contra irregularidades na aplicação desta Lei".[358]

Como instrumentos de caráter exploratório, que antecedem o aprofundamento das fiscalizações, surgem os levantamentos, previstos no art. 238 do RITCU, os quais se destinam, basicamente, a conhecer melhor o modo como se organizam e funcionam os órgãos e entidades sob a jurisdição da Corte de Contas, com ênfase em seus sistemas, programas projetos e atividades.

As auditorias, por sua vez, têm como escopo apurar, não apenas meras ilegalidades, o que pode ser feito, segundo o supracitado autor, mediante simples inspeção, mas verificar se os gestores públicos atuaram, *verbi gratia*, "de forma adequada, tanto do ponto de vista da legalidade quanto do desempenho".[359] Elas estão reguladas no art. 239 do RITCU, o qual inclui, ainda, dentre os objetivos das auditorias, o exame da legitimidade dos atos de gestão.

Já as inspeções, previstas no art. 240 do RITCU, destinam-se a "suprir omissões e lacunas nas informações, esclarecer dúvidas ou apurar denúncias ou representações quanto à legalidade, à legalidade e à economicidade de fatos da administração e de atos administrativos", de forma consentânea com a amplitude da fiscalização que o texto constitucional outorga ao Tribunal de Contas.

Jorge Ulysses Fernando Jacoby realça a importância da auditoria, que ao lado da inspeção, são competências previstas no próprio texto constitucional.[360] O autor expõe de maneira didáticas as diferenças entre os dois procedimentos:

> A auditoria operacional visa avaliar o conjunto de operações e indicar os procedimentos que devem ser revistos, objetivando o aperfeiçoamento das atividades para a consecução da missão institucional, servindo muito mais à Administração que pretenda uma radiografia de sua *performance*; a inspeção volta-se para a verificação

públicos estaduais; (v) as equipes de inspeção ou de auditoria; (vi) as unidades técnicas do Tribunal; e (vii) outros órgãos, entidades ou pessoas que detenham essa prerrogativa por força de lei específica.

[357] FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo.** 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 976. Cabe mencionar que o autor havia feito tal comentário quando ainda a Lei nº 8.666, de junho de 1993 estava vigente. Contudo, a nova Lei das Licitações traz dispositivo muito semelhante.

[358] BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei das licitações e contratos administrativos, art. 170.

[359] FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo.** 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 972.

[360] JACOBY FERNANDES, Jorge Ulysses. **Tribunais de contas do Brasil**: jurisdição e competência. 4. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 303.

> de informações necessárias à regularidade dos juízos firmados em sede de controle, equivalendo muitas vezes às diligências.[361]

Ronaldo Chadid, de seu lado, destaca que as auditorias e inspeções são de "fundamental importância, porquanto não sofrem qualquer limitação constitucional ou legal acerca do exercício desta competência.[362] Continua asseverando que são muitas as vantagens dos mencionados procedimentos pois caso alguma irregularidade ou ilegalidade seja identificada, permite-se "uma ação pedagógica, de forma que a equipe técnica *in loco* pode orientar o jurisdicionado acerca da forma correta de se executar as atividades e, por obvio, não se pode negar que a presença constante da fiscalização no órgão acaba por coibir atos ilícitos".[363]

Os acompanhamentos, de seu turno, constituem fiscalizações que se desenvolvem por um período determinado, com o objetivo de examinar os atos de gestão sob o ângulo da legalidade, legitimidade e desempenho dos responsáveis, por meio, por exemplo, do exame de documentos e informações ou de visitas técnicas, independendo da existência de processo autuado, podendo ser objeto de delegação de competência, nos termos dos arts. 241 e 242 do RITCU.

Por fim tem-se os monitoramentos, nomeados no art. 243 do RITCU, que se prestam a verificar o cumprimento de deliberações do Tribunal e os resultados delas resultantes. Isso porque, como já se viu, o TCU, além de exercer a atividade de fiscalização para apurar ilegalidades e irregularidades, possui também a atribuição de expedir determinações aos responsáveis para que elas sejam corrigidas, inclusive sob pena da aplicação de sanções.

As auditorias, acompanhamentos e monitoramentos, intervenções que apresentam maior envergadura, observam um plano de fiscalização, elaborado pela Presidência e aprovado pelo plenário, nos termos do art. 244, do RITCU. De outra parte, os levantamentos e inspeções, procedimentos mais simples e rotineiros, independem de programação, podendo ser determinados pelo próprio plenário, por uma das câmaras, pelo relator ou, ainda, pelo Presidente da Corte, no recesso, conforme estabelece o art. 244, § 2º, do RITCU. Já as denúncias e representações devem ter curso imediato, logo depois de protocoladas não se admitindo sejam

[361] JACOBY FERNANDES, Jorge Ulysses. **Tribunais de contas do Brasil**: jurisdição e competência. 4. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 303.

[362] CHADID, Ronaldo. **A função social do tribunal de contas no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, 182.

[363] Ibidem, loc cit.

arquivadas ou rejeitadas de plano, salvo se manifestamente improcedentes, porém sempre mediante despacho fundamentado (Arts. 234, § 2º, e 235, parágrafo único, do RITCU).

Por fim, é importante destacar que, para exercer as atividades de fiscalização, os servidores do Tribunal são dotados de uma série de prerrogativas listadas no RITCU, dentre as quais o livre ingresso em órgãos e entidades sob sua fiscalização, o acesso a processos, documentos e informações necessários ao cumprimento de seu mister, a competência para requerer, por escrito, os dados de que precisem, fixando prazo para tanto. No caso de descumprimento, a Corte poderá aplicar multa ao responsável ou determinar o afastamento temporário das funções que exerce, quando a conduta implicar obstrução da atividade fiscalizatória ou possa acarretar danos continuados ao erário.

4.11. Sanções aplicáveis

O TCU, com fundamento no texto constitucional e nas leis que regem sua atuação, pode manejar uma série de sanções contra os responsáveis pela malversação de recursos públicos.[364] André Rosilho, amparado nas lições de Marcia Pelegrini e Eduardo Jordão, informa que a atribuição sancionadora do TCU ganhou outro peso com a promulgação da CF/1988, pois anteriormente ela estava prevista apenas em normas infraconstitucionais[365] Ao dotar a Corte de Contas com essa nova competência – que nunca ocorrerá em sede de controle prévio, mas apenas por meio de controle concomitante e *a posterior* – a Constituição "conferiu-lhe poder para indiretamente interferir em atividades da Administração, induzindo comportamentos e práticas, com a finalidade de zelar por sua legalidade",[366] como também, de modo significativamente mais limitado, para interferir diretamente em atividades administrativas, nesse caso por meio da prática de atos de comando".[367]

Dentre elas a imposição das penas de multa (art. 71, VIII, da CF/1988 e arts. 57 e 58 da LOTCU), variável em função da magnitude do ilícito cometido; de inabilitação do responsável pela prática de infração grave para o exercício de cargo em comissão ou função de

[364] FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo.** 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 954-956 e segs.

[365] ROSILHO, André. **Tribunal de Contas da União**: competências, jurisdição e instrumentos de controle. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 184.

[366] ROSILHO, André. **Tribunal de Contas da União**: competências, jurisdição e instrumentos de controle. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 184.

[367] Ibidem, p. 184-185.

confiança, por cinco a oito anos (art. 60 da LOTCU); e de inidoneidade do licitante fraudador para participar, pelo prazo de até cinco anos, de licitações (art. 46 LOTCU), tudo sem prejuízo das penalidades administrativas imponíveis pelas autoridades competentes.

Assim, é possível constatar que uma lesão ao erário pode ensejar, além de consequências no âmbito do TCU, outras sanções de natureza civil, penal e administrativa. As primeiras estão previstas no Código Civil e no Código Penal, ao passo que as últimas encontram-se arroladas na Lei 8.112/1990, que também trata do processo disciplinar (art. 143 e segs.).[368]

Inobstante a incomunicabilidade entre essas distintas esferas normativas, a Corte de Contas está autorizada a aplicar, como já se viu, a pena de inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança. Também pode determinar, por força do art. 28, I, da LOTCU como alternativa à execução judicial, "o desconto integral ou parcelado da dívida nos vencimentos, salários ou proventos do responsável, observados os limites previstos na legislação aplicável".

Cumpre notar, ainda, que, a teor do art. 71, § 3º, da CF/88, as decisões do Tribunal das quais resultem imputação de débito ou multa "terão eficácia de título executivo". Não é dado, porém, ao TCU executá-lo diretamente, conforme pacífico entendimento do STF,[369] que acabou sendo consolidado no julgamento do ARE 823347 RG, de cujo acórdão extrai-se o seguinte trecho:

> A questão constitucional discutida nos autos é a possibilidade de execução das decisões de condenação patrimonial proferidas pelos Tribunais de Contas por iniciativa do Ministério Público, atuante ou não junto às Cortes de Contas, seja federal, seja estadual. [...]
>
> Logo, há significativa relevância da controvérsia, nos termos da repercussão geral, e respectivas vertentes jurídica, política, econômica e social.
>
> Ademais, há pelo menos mais de uma década, o tema vem sendo objeto de atenção do Supremo Tribunal Federal, a partir de julgamentos do Plenário, de ambas as Turmas e por decisões monocráticas. [...]
>
> Ante o exposto, manifesto-me pela existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada e pela reafirmação da jurisprudência desta Corte, a fim de assentar que, quanto às condenações patrimoniais impostas pelos Tribunais de Contas

[368] BRASIL. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

[369] Confiram-se os seguintes precedentes de ambas as Turmas desta Corte: RE-AgR 525.663, rel. Min. Dias Toffoli, DJe 13.10.2011; AI-AgR 826.676, rel. Min. Gilmar Mendes, DJE 24.2.2011; AI-AgR 765.470, rel. Min. Rosa Weber, DJe 19.2.2013; ARE-AgR 720.742, rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 4.4.2013; RE-AgR 606.306, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 27.11.2013; e RE-AgR 791.575, rel. Min. Marco Aurélio, DJe 27.6.2014

(art. 71, §3º, CFRB/88), somente o ente público beneficiário possui legitimidade ativa para a propositura da respectiva execução.[370]

4.12. Recursos contra decisões

Os recursos contra as decisões do TCU estão previstos na LOTCU e no RITCU, especialmente no art. 277 deste último, o qual arrola os seguintes: (i) recurso de reconsideração; (ii) pedido de reexame; (iii) embargos de declaração; (iv) recurso de revisão; e (iv) agravo. A interposição desses apelos suspende os efeitos da decisão recorrida, salvo quando se tratar do recurso de revisão e do agravo.[371]

O recurso de reconsideração pode ser interposto pela parte ou pelo Ministério Público, em processo de prestação ou tomada de contas, inclusive especial, para apreciação do colegiado.[372] Já o pedido de reexame é cabível em face de decisão de mérito proferida em processo relativo a registro e fiscalização de atos e contratos.[373] De sua parte, os embargos de declaração, tal como ocorre no processo civil e penal, podem ser manejados para aclarar obscuridade, omissão ou contradição em acórdão do Tribunal.[374] Contra decisão definitiva em processo de prestação ou tomada de contas, inclusive especial, cabe recurso de revisão, a ser examinado pelo plenário, tendo natureza semelhante à ação rescisória de que trata o CPC/2015.[375] Finalmente, o agravo, que serve para afrontar medida cautelar ou despacho decisório do Presidente do Tribunal, de presidente de câmara ou de relator, desfavorável à parte. Estes, uma vez protocolado o recurso, poderão ou reconsiderar o *decisum*, ou remetê-lo à apreciação do colegiado.[376]

O prazo para a interposição do recurso de reconsideração e do pedido de reexame é de quinze dias; de dez dias para os embargos de declaração; e de cinco dias para o recurso de revisão e o agravo.[377] Salvo no caso da revisão, os prazos são contados da data em que o interessado tiver sido cientificado da decisão impugnável ou da publicação do edital no Diário

[370] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 823347 RG, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 02/10/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-211 DIVULG 24-10-2014 PUBLIC 28-10-2014

[371] FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 984.

[372] Cf. nota 299, art. 285 do RICTU.

[373] Cf. nota 299, art. 286 do RICTU.

[374] Cf. nota 299, art. 287 do RICTU.

[375] Cf. nota 299, art. 288 do RICTU.

[376] Cf. nota 299, art. 289 do RICTU.

[377] FURTADO, Lucas Rocha. op. cit., p. 985.

Oficial da União, quando a parte não é localizada. Em se tratando do recurso de revisão, o prazo começa a fluir sempre da data de publicação do acórdão no DOU.[378]

4.13. Medidas cautelares nos tribunais de contas

Nas situações que exijam uma ação rápida e eficaz para impedir um prejuízo iminente aos cofres públicos, o TCU poderá ser expedir medidas cautelares consubstanciadas, dentre outras, na suspensão do ato ou do procedimento impugnado, até que seja decidida a questão de fundo sob exame. Tais medidas têm como fundamento o art. 71, X, da CF/1988, os arts. 44 a 45 da LOTCU e, ainda, os arts. 273 a 276 do RITCU. Também a Resolução TCU 36/1995 explicita as cautelares cujo manejo é permitido à Corte de Contas, nos arts. 18 a 21, sendo emblemática a redação desse último dispositivo. Confira-se:

> Sempre que as circunstâncias evidenciarem a necessidade de pronta atuação do Tribunal, para evitar danos iminentes ao erário, poderá o relator, mediante despacho fundamentado, determinar a sustação do procedimento questionado, devendo o despacho ser submetido à apreciação do Plenário na primeira sessão ordinária seguinte.

De acordo com supramencionado preceito da Lei Maior, o TCU, no desempenho da atribuição de auxiliar o Congresso Nacional, que realiza o controle externo das contas públicas, poderá "sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal". Existe, portanto, uma autorização constitucional ampla para que a Corte de Contas atue, cautelarmente, em defesa do erário, respeitado, como é evidente, o devido processo legal.

De fato, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao erário, ao interesse público, ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, o plenário, o relator ou o presidente da Corte, este durante os períodos de recesso, nos termos do art. 45 da LOTCU e do art. 276 do RITCU, poderão,[379] de ofício ou mediante provocação, expedir medida cautelar, mesmo sem a prévia oitiva da parte, determinando a suspensão do ato ou do procedimento impugnado, até que seja decidida a questão de fundo. E as medidas cautelares, segundo o art. 159, VI, do RITCU, terão tramitação preferencial.

---

[378] FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 985.

[379] Cf. notas 26 e 309, respectivamente.

O TCU está, portanto, autorizado a decretar cautelares inespecíficas, *ex officio*, apropriadas para cada uma das situações concretas com as quais se defronte, ou seja, sem provocação de quem quer que seja, em caso de urgência, ficando, até mesmo, dispensado de ouvir o interessado, desde que a ciência deste possa, de alguma forma, frustrar a medida. Nessa hipótese, convém assentar, não há propriamente uma supressão do direito ao contraditório – e nem seria possível, pois este corresponde a um mandamento constitucional - ocorrendo apenas o seu diferimento para um momento posterior, no qual a ampla defesa será oportunamente exercida.

Já o art. 44 da LOTCU, reproduzido e desdobrado no art. 273 do RITCU,[380] facultou ao Tribunal determinar, cautelarmente, no início ou no curso de qualquer apuração, de ofício ou a pedido do MP, "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".

O § 2º desse mesmo dispositivo, que é replicado no art. 274 do RITCU, autoriza o plenário da Corte, observadas as mesmas circunstâncias, a decretar, por prazo não superior a um ano, a indisponibilidade de bens do responsável, na medida necessária a assegurar o ressarcimento dos danos em apuração.

Como se vê, tanto na hipótese anterior, como nesta última, as medidas previstas, embora drásticas, só podem ser decretadas por tempo determinado, sendo escusado dizer que devem estar sempre devidamente fundamentadas quanto aos seus pressupostos fáticos e jurídicos, sob pena de nulidade. É porque, sob o novo regime constitucional, tanto os atos judiciais, como os administrativos são nulos de pleno direito se não estiverem acompanhadas de motivação adequada.[381]

Interessantemente, o TCU, nos termos do art. 61 da LOTCU em questão e do art. 275 de seu RITCU,[382] não está autorizado a decretar o arresto dos bens dos responsáveis julgados em débito, [383] devendo o plenário solicitar ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União

[380] Cf. notas 26 e 309, respectivamente.

[381] Tratando-se de decisões tomadas no âmbito judicial tal consequência decorre, diretamente, do art. 93, IX e X, da CF/1988. Cuidando-se de atos administrativos, inclusive aqueles de natureza processual, esse corolário resulta dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, abrigados no art. 37, *caput*, CF/1988, bem assim do art. 50 da Lei Federal 9.784/1999, sobretudo quando, nos termos de seus incisos I e II, "neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses", ou "imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções".

[382] Cf. notas 26 e 309, respectivamente.

[383] Ver Arresto. In: FRANÇA, Rubens Limongi (coord.). **Enciclopédia Saraiva do direito**. São Paulo: Saraiva, 1978. Para avaliar-se a magnitude do gravame causado por esse tipo de cautelar, vale destacar a distinção entre

ou aos dirigentes das entidades sob sua jurisdição que empreendam as providências necessárias perante o Judiciário. Tal previsão se explica porque essa medida – que implica uma limitação mais severa sobre o direito de propriedade do atingido – só pode ser decretada por um juiz togado, guardião dos direitos e garantias fundamentais das pessoas.[384]

De acordo com o art. 75 da CF/1988, as normas correspondentes ao TCU aplicam-se, *mutatis mutandis*, "à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios". Por essa razão, afigura-se possível o manejo de medidas cautelares pelos órgãos de controle externo de todos os entes federados, desde que tal esteja previsto nas legislações locais e nos respectivos regimentos internos.

Há, no entanto, aqueles que defendem, com amparo no conceito de "competência complementar", desenvolvido pelo jurista português Gomes Canotilho, a desnecessidade de previsão legislativa para a expedição de cautelares, veiculando o argumento segundo o qual "mesmo que não houvesse regulamentação sobre a concessão da cautelar, em virtude da urgência e do perigo de dano, ainda assim é possível conceber que essas providências possam ser tomadas no âmbito do Tribunal de Contas, aplicando-se supletivamente do CPC/2015".[385] João Antonio da Silva Filho, na mesma linha, defende que as medidas cautelares no âmbito das cortes de contas se justificam diante do comando constitucional que preconiza a eficiência na proteção ao erário, mostrando-se legitima, ainda que não positivadas expressamente, para tornarem efetivo o princípio da supremacia do interesse público.[386]

Andre Ramos Tavares, por seu lado, sustenta que o poder geral de cautela das cortes de contas, conforme já reconhecido pela nossa Suprema Corte, decorre da teoria dos poderem implícitos, uma vez que responsáveis os pelo controle externos podem "no exercício de suas competências constitucionais – dai ser importante saber que estas competências são *numerus*

---

dois institutos assemelhados. Confira-se: "enquanto o sequestro é a tomada da coisa sobre que versa o litígio, o arresto abrange não a coisa determinada, mas as do devedor suficientes para o pagamento do que é devido".

[384] Nas ações ajuizadas pelo Partido Socialista Brasileiro (ADI 5881), pela Associação Brasileira de Atacadistas e Distribuidores de Produtos Industrializados (ADI 5886), pela Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil (ADI 5890), pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (ADI 5925), pela Confederação Nacional da Indústria (ADI 5931) e pela Confederação Nacional do Transporte (ADI 5932), julgadas em 9/12/2020 pelo STF, cuja tese vencedora foi redigida pelo Ministro Luiz Roberto Barroso, ficou assentado o seguinte: "A intervenção drástica sobre o direito de propriedade exige a intervenção do Poder Judiciário".

[385] MAIA, Renata C. Vieira. As tutelas provisórias de urgência no CPC/2015 e sua repercussão no âmbito dos tribunais de contas. In: MAIA, Renata C. Vieira e FERREIRA, Diogo Ribeiro (coords.) **Processo civil aplicado aos tribunais de contas**: novas tendência a partir do CPC de 2015. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 67-84.

[386] SILVA FILHO, João Antonio da. **Tribunais de contas no estado democártico de direito e os desafios do controle externo**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019, p. 118.

clausus –, determinar *medidas cautelares* [...]". [387] Já Helio Saul Mileski reconhece que " a medida liminar acautelatória assumiu grande relevância nas ações de controle realizadas pelo Tribunal de Contas", existindo, entretanto, limites ao seu uso pelas cortes de contas.

Esse entendimento é o mesmo de André Rosilho, o qual reconhece que a autorização legal conferida ao TCU para atuação cautelar é restrita, uma vez que mencionado órgão, "mesmo sendo responsavel pela preservação da legalidade dos gastos públicos, não recebeu função de intervir diretamente na atividade administrativa sempre que, na sua avaliação, ocorresse a prática contrária a lei ou à eficiência na gestão pública.[388]

Esses entendimentos parecem amoldar-se melhor à importante missão de defender o erário cometida às cortes de contas, que traz implícita uma autorização para que estes ajam pronta e eficazmente, em situações de urgência, lançando mão de todas as medidas legais hábeis para atingir tal desiderato, quando mais não seja com base no poder de polícia do qual são dotados os órgãos administrativos em geral, como assentado alhures neste trabalho. Não obstante, terão de observar, estritamente, o devido processo legal, constitucionalmente previsto, com todos os seus consectários.

[387] TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 1029, itálico no original. Entretanto, é importante frisar que o autor faz uma ressalva quanto ao uso da teoria dos poderes implícitos. Em suas palavras: "Entebdo o uso da teoria dos poderes implicitos como não plenamente satisfatória, devendo-se proceder a uma aproximação, como ampari em uma interpretação constitucionalmente adequada, entre o regime típico da jurisdição-judicial e o regime reconhecido as atividades proprias do Tribunal de Contas, tendo em vista a finalidade constitucional a ser atingida. Assim que se legitima, adequadamente, o poder e as medidas cautelares dos tribunais de contas". Ibidem, p. 1029-1039.

[388] ROSILHO, André. **Tribunal de Contas da União**: competências, jurisdição e instrumentos de controle. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 261.

5. PODER GERAL DE CAUTELA E TUTELA PROVISÓRIA

5.1. Modalidades de tutela

Tal como ocorre sempre que se tenta classificar um instituto jurídico, existem diversas correntes que classificam de maneira diferente os tipos de tutela jurisdicional.

José Frederico Marques explica, em uma visão clássica, que existem duas espécies de tutelas jurisdicionais: (i) aquela que resolve definitivamente um litígio por meio de uma sentença prolatada no bojo de um processo de conhecimento ou de cognição; e (ii) aqueloutra que exige o cumprimento da sanção imposta numa sentença condenatória em decisão exarada dentro de um processo executório ou de execução forçada.[389] Mas esclarece, oportunamente, que o processo de conhecimento não é apenas condenatório, porquanto é possível identificar, ainda, duas subespécies, a saber: um processo declaratório e um processo constitutivo.[390] No primeiro, o interessado não pretende obter uma sanção contra alguém, mas apenas afastar dúvidas e incertezas quanto a determinada relação jurídico-material, obtendo, em consequência, uma declaração judicial, negativa ou positiva, relativamente a uma eventual obrigação dela decorrente.[391] Já no segundo, não se alvitra, nas palavras do eminente processualista, uma *sanctio iuris*, nem um pronunciamento de cunho declaratório, porém "a constituição, mudança ou extinção de uma situação jurídica".[392]

Explica, na sequência, que há ainda um *tertium genus*, representado pela tutela cautelar, correspondendo a uma atividade judicial acessória no tocante às acima nominadas.[393] Ela se presta a impedir que a demora no desfecho da lide venha a prejudicar a entrega do bem litigioso, assumindo, assim, o caráter de uma atividade instrumental com relação ao processo de conhecimento ou de execução, cujos resultados busca assegurar. Interessantemente, o autor repudia a tradicional divisão da jurisdição em contenciosa e voluntária, pois entende que, nesta

[389] MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**: teoria geral do processo civil. Vol. I. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 133-134.

[390] Ibidem, 134-136.

[391] Ibidem, loc. cit.

[392] Ibidem, loc. cit.

[393] Ibidem, p. 136-137

última, por inexistir um litígio, ocorre, simplesmente, uma administração judicial de interesses privados.[394]

José Frederico Marques apresenta também outra importante contribuição quanto às diferentes espécies de cognição realizada nos distintos procedimentos. No procedimento comum de conhecimento, o litígio a ser composto é examinado "em toda a sua extensão, dentro, é claro, nos limites demarcados no pedido".[395] Nele confere-se ao juiz os poderes clássicos correspondentes à *notio*, *vocatio*, *coercio* e *iudicium*,[396] aos quais se pode acrescentar a *executio*, não mencionada pelo autor.[397] Fala-se, então, em cognição plena. Contudo, tratando-se de procedimentos especiais, como é o caso do mandado de segurança, segundo o exemplo que traz à baila, dá-se uma cognição incompleta ou limitada, não havendo exame exaustivo da lide. Esse é, precisamente, o caso das cautelares, nas quais se exige uma resposta expedita do magistrado para acudir a casos urgentes.

Na mesma linha, porém de forma mais simples e direta, José Roberto Bedaque ensina que as tutelas jurisdicionais dividem-se em dois grandes grupos: aquelas que resolvem definitivamente os conflitos emergentes "no plano das relações da vida" e as que ensejam soluções urgentes e provisórias para que as primeiras possam atingir o seu objetivo "de aplicação das regras substanciais e de pacificação".[398]

Traz ainda uma outra categorização, classificando as tutelas sob o prisma da profundidade da cognição e da urgência.[399] Menciona, primeiramente, a cognição exauriente própria daquelas ordinariamente levadas a efeito para a solução de controvérsias submetidas ao Judiciário. Depois, faz alusão às tutelas de urgência, antecedidas por uma cognição sumária, as quais, por sua vez, podem ser bipartidas em definitivas e provisórias. Aquelas configuram medidas que antecipam o resultado final do litígio, ao passo que estas visam a garantir que ele seja atingido sem maiores percalços. Ambas, caracterizadas pela provisoriedade e instrumentalidade, enquadram-se em uma única categoria, qual seja, a das tutelas cautelares.

---

[394] MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**: teoria geral do processo civil. Vol. I. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 137.

[395] Ibidem, p. 7-9.

[396] Ibidem, 1976, p. 8.

[397] A *notio* (conhecimento) compreende o poder de conhecer dos litígios; a *vocatio* (chamamento) corresponde à faculdade de obrigar o comparecimento em juízo daqueles cuja presença é considerada necessária; a *coertio* (coerção) abrange todas as medidas coercitivas para o bom andamento do processo; o *juditium* (julgamento) consubstancia a conclusão da prestação jurisdicional; e, por fim, a *executio* (execução) consiste no cumprimento da sentença.

[398] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipativa**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 267,

[399] Ibidem, p. 267-268.

Embora as duas tutelas sejam inseridas pelo autor na mesma categoria, porquanto objetivam, em última análise, conferir efetividade ao processo e evitar perda de tempo desnecessária, entende necessário advertir que a "tutela de urgência, precedida de cognição sumária e de caráter definitivo, representa mecanismo excepcional para a solução das controvérsias, uma vez que acaba limitando garantias fundamentais do processo".[400]

Atualmente, a doutrina contemporânea parece se afastar das classificações anteriores. Revisando seu posicionamento anterior, Cassio Scarpinella Bueno afirma que não há mais como tentar encaixar os efeitos práticos dos tipos dos processos em uma classificação estanque, geralmente chamadas de classificação ternária ou quinaria.[401] Propõe, desse modo, que são necessários novos critérios para "descrever adequada e suficientemente uma nova realidade jurídica [...] do modelo constitucional".[402] É necessário, continua o autor, "entender o processo civil com *instrumento* do direito material; como *meio*, e não como fim".[403]

Nesse sentido, dentre as modernas classificações possíveis, a doutrina pátria concebeu as tutelas jurisdicionais diferenciadas, onde importam os meios para o alcance dos resultados pretendidos. Cândido Rangel Dinamarco e outros identificam as tutelas diferenciadas como "certos meios processuais particularmente qualificados com vista à produção de resultados adequados à espécie de litígios, ou de *crises jurídicas* trazidas ao conhecimento e decisão pelo juiz, inclusive com vista à maior *celeridade* na oferta de resultados" [404] e, afirmam, ainda, que "a *tempestividade* é a razão que leva a lei a instituir esses instrumentos mais céleres e indicar as hipóteses em que cada um deles é adequado".[405]

5.2. Medidas cautelares

Enquanto as partes atuam no processo em conformidade com os direitos e garantias que o texto constitucional e a legislação processual lhes assegura – normalmente na qualidade

[400] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipativa**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 269.

[401] BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. Vol. 1: teoria geral do direito processual civil – parte geral do Código de Processo Civil. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 373-374.

[402] Ibidem, p. 374.

[403] Ibidem, 378, itálico no original.

[404] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; DINAMARCO, Cândido Rangel; e LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho **Teoria geral do processo**. 33. ed., ver. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 553, itálicos no original.

[405] Ibidem, loc. cit.

de particulares e em defesa de interesses privados –,[406] o juiz representa o próprio Estado, encarnando a soberania popular quando profere suas decisões. Bem por isso, na Itália, os pronunciamentos judiciais consignam em seu texto: "*La sentenza è pronunciata in nome del popolo italiano*".

Para poder decidir imperativamente, impondo a vontade da lei aos litigantes, o juiz precisa exercer sua autoridade de forma incontrastável, dentro, é claro, dos limites estabelecidos pelo próprio ordenamento jurídico, o qual, inclusive, prevê a revisão de suas decisões pela via recursal. "Daí" – explica Cândido Rangel Dinamarco – "os grandes poderes que o juiz tem no processo, cada um dos quais se resolve na *capacidade de produzir efeitos sobre a esfera jurídica das partes*",[407] incluindo, dentre outros, o recebimento e a rejeição de petições, a designação de dia e hora das audiências, a convocação compulsória de partes e testemunhas, o deferimento e o indeferimento de provas e, em especial, a imposição de medidas cautelares.

Tais medidas, requeridas e deferidas antes ou durante o processo, destinam-se a assegurar que este chegue a bom termo, protegendo o direito nele discutido dos efeitos corrosivos da passagem do tempo, tendo em conta apenas a presença do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, mediante uma cognição sumária. Segundo os teóricos italianos, elas objetivam garantir a *fruttuosità* da demanda, quer dizer, a sua capacidade de produzir frutos. Por isso, não possuem um caráter autônomo, constituindo provimentos judiciais de cunho instrumental, que resultam de uma cognição meramente sumária daquilo que se contém nos autos.

José Frederico Marques faz uma interessante consideração acerca da dificuldade em apressar-se o tempo processual. Diz ele que o processo, por constituir um *actum trium personarum*,[408] integrado por autor, réu e juiz, cujo objetivo é dar a cada um o que é seu, não pode ser acelerado, ou seja, não comporta queima de etapas. Para o autor, a "*dilatio temporis*, entre o pedido inicial e a entrega, pelo juiz ou tribunal, da prestação jurisdicional, não tem

---

[406] Também os entes públicos, quando litigam em juízo, defendem interesses próprios (e, por vezes, até coletivos), integrando a lide como uma das partes da relação processual, embora possam gozar de certos privilégios decorrentes da condição especial que ostentam.

[407] DINAMARCO, Cândido Rangel.. **Instituições de direito processual civil**. Vol. II. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 207, itálico no original.

[408] MARQUES, José Frederico. **Manual de processo civil**: processo de execução. processo cautelar – parte geral. Vol. IV. 5ed. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 323. Expressão atribuída ao jurista italiano Búlgaro, pertencente à Escola de Glosadores ou de Bolonha, do século XII, que, inspirado no teatro, definiu o processo como um ato encenado por três personagens, autor, juiz e réu, cunhando a famosa frase *judicium est actum trium personarum: actoris, judicis et rei*. Sobre a referida escola veja-se ROLIM, Luiz Antonio. **Instituições de direito romano**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.111-112.

condições de ser desfeita ou eliminada".[409] Por isso, explica, é preciso que os "os efeitos lesivos, de caráter irreparável, que possam advir da dilação ou demora processual", sejam obviados mediante medidas apropriadas, previstas na própria legislação.[410]

Por essa razão, lembra Cândido Rangel Dinamarco, as decisões proferidas em sede cautelar não fazem coisa julgada material,[411] conforme se verá adiante em maior detalhe, pois constituem simples "medidas de apoio ao processo", quer dizer, vigoram enquanto persistir o feito principal e com ele se extinguem, perdendo a eficácia.[412]

O mesmo ocorre com as antecipações de tutela, as quais, da mesma forma, configuram medidas de urgência, "porque também são tomadas sem fundamento em juízos de certeza, podendo ser revogadas ou alteradas a qualquer tempo".[413] É que elas se arrimam em um exame meramente perfunctório da situação fática e jurídica retratada nos autos, exigindo apenas, para o seu deferimento, a presença do *fummus boni iuris*, isto é, da fumaça do bom direito, e do *periculum in mora*, ou seja, do perigo na demora. Ademais, são concedidas segundo a cláusula *rebus sic stantibus*.[414]

E, de modo a que não se cultivem maiores ilusões quanto o real propósito dessas medidas, cumpre trazer à baila a pragmática advertência de Piero Calamandrei, para quem elas colocam o julgador diante do seguinte dilema: "entre o fazer depressa mas mal, e o fazer bem feito mas devagar". Logo em seguida, porém, esclarece que as cautelares "objetivam antes de tudo a celeridade, deixando que o problema do bem e do mal, isto é da justiça intrínseca do procedimento, seja resolvido sucessivamente com a necessária ponderação nas repousadas formas do procedimento ordinário".[415]

---

[409] MARQUES, José Frederico. **Manual de processo civil**: processo de execução. processo cautelar - parte geral. Vol. IV. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 323.

[410] Ibidem, loc.cit.

[411] A *coisa julgada material* torna imutável e indiscutível a sentença, que não fica mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário, distinguindo-se da *coisa julgada formal*, que corresponde à impossibilidade de modificação da sentença no mesmo processo, como consequência da preclusão dos recursos. A primeira é, portanto mais ampla do que a segunda, pois impede a rediscussão do mérito ou da parte substantiva da demanda.

[412] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol. III. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 308.

[413] Ibidem, loc. cit..

[414] O vocabulário jurídico virtual do Supremo Tribunal Federal, a propósito, consigna o seguinte: "*Rebus Sic Stantibus* pode ser lido como 'estando as coisas assim' ou 'enquanto as coisas estão assim'. Deriva da fórmula *contractus qui habent tractum sucessivum et dependentium de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*. Esta expressão tem origem no Direito Canônico e é empregada para designar o princípio da imprevisão, segundo o qual a ocorrência de fato imprevisto e imprevisível posterior à celebração do contrato diferido ou de cumprimento sucessivo implica alteração nas condições da sua execução".

[415] CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Campinas: Servanda, 2000, p. 40.

Em outras palavras, nada se antecipa acerca do direito buscado ao final do processo, que só é definido após uma cognição exauriente, precedida do competente contraditório entre as partes. As medidas cautelares constituem, pois, basicamente, um instrumento processual destinado a mitigar os danos que o decurso do tempo pode causar ao direito buscado em juízo. Como bem observa o referido processualista peninsular:

> Em um ordenamento processual puramente ideal, no qual o procedimento definitivo pudesse sempre ser instantâneo, de modo que, no mesmo momento no qual o que tem direito apresentasse o pedido, logo pudesse ser-lhe feita justiça de modo pleno e adequado ao caso, não existiria mais lugar para os procedimentos cautelares.[416]

Por isso mesmo, tais medidas caracterizam-se pela sua provisoriedade, instrumentalidade e subsidiariedade em relação ao procedimento principal, que ruma em direção a uma decisão judicial terminativa marcada pela definitividade. Nessa linha, Calamandrei oferece uma concisa, porém didática, definição do procedimento cautelar, caracterizando-o como a "*antecipação provisória de certos efeitos do procedimento definitivo, dirigida a prevenir o dano que poderia derivar do atraso deste*".[417]

Oferecendo uma visão contemporânea, porém sem se afastar em demasia das lições de Calamandrei, Daniel Mitidiero destaca que "*a tutela cautelar* visa à proteção *assecuratória* de um *direito* submetido ao *perigo de dano irreparável ou de difícil reparação"* [418] perdurará enquanto durar o perigo, ou seja, "enquanto não se alterarem os pressupostos fáticos-jurídicos que suportaram sua prolação".[419]

É importante repisar que o poder geral de cautela, dada a sua natureza, somente pode ser acionado pelo juiz na ausência de outros instrumentos hábeis para preservar o direito, inclusive aqueles de caráter ordinário que lhe permitam apressar o desfecho do processo. Outra possibilidade de manejar tal poder ocorre quando as cautelares nominadas, embora em tese cabíveis, não podem ser implementadas, porquanto inviável o preenchimento de seus requisitos.

De qualquer maneira, estando o juiz diante de iminência de concretizar-se um dano, seja em razão do decurso do tempo, seja por um motivo atribuível a alguma das partes, não pode ele deixar de agir, sendo-lhe, vedado, porém, invocar apenas a demora ou só fazer alusão

---

[416] CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Campinas: Servanda, 2000, p. 39-40.

[417] Ibidem, p. 42-43, itálico no original.

[418] MITIDIERO, Daniel. **Antecipação de tutela**: da cautelar à técnica antecipatória. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil 2019, p. 54.

[419] Ibidem, loc. cit.

a um risco abstrato. Cumpre-lhe identificar, concretamente, o prejuízo antevisto, bem como a utilidade da intervenção antecipada, "sem o quê a tutela cautelar inominada se transformaria em via sumária de solução de conflitos", adverte José Roberto Bedaque.[420]

Da mesma forma pensa Vicente Greco Filho, segundo o qual a constrição judicial, "para não ser abusiva, deve guardar relação lógica e *de proximidade* com a satisfação do direito pleiteado em caráter principal".[421] Com isso, mostram-se impróprias as medidas para a preservação de um direito que só se vislumbra remotamente ou que ainda dependa do processo de conhecimento ou mesmo de uma futura execução para materializar-se. Em situações como essas a tutela só pode ser deferida em caráter excepcionalíssimo e sempre acompanhada de motivação em que esse aspecto venha a ser adequadamente destacado.[422]

5.3. Perspectiva comparatista

José Roberto Bedaque observa que os distintos sistemas jurídicos adotam as técnicas decisórias acima mencionadas, surgindo, contudo, diferenças sensíveis quando se compara a *civil law* com a *commom law*, em particular no tocante à tipicidade ou atipicidade das medidas cautelares potencialmente empregáveis.[423] Neste último sistema, tendo em conta a inexistência ou mesmo a exiguidade de medidas predeterminadas, conferiu-se ao juiz o poder de escolha quanto às providências mais adequadas para solucionar questões urgentes que emergem em cada situação concreta.[424]

Tanto nos Estados Unidos como no Reino Unido, o magistrado lança mão do instituto denominado *comptemp of court* para garantir a efetividade da jurisdição.[425] Por outro lado, nos sistemas da *civil law* há uma espécie de hibridismo, prevendo-se o emprego de tutelas específicas, sem que, com isso, se impeça o juiz de agir nos casos em que elas não estejam adredemente previstas.

---

[420] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipativa**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. p.231.

[421] GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileir***o*. vol. 3, cit. p. 155, itálico no original.

[422] Ibidem, loc. cit.

[423] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. op. cit., p. 37.

[424] Ibidem, loc. cit.

[425] Ibidem, loc. cit.

A expressão *contempt*, em sua acepção mais simples, significa "desobediência às regras, ordens ou procedimentos de uma corte ou um corpo legislativo".[426] Estudando a temática sob uma perspectiva comparatista, Ada Pellegrini Grinover, ensina que o instituto se desdobra, no direito anglo-saxão, em duas vertentes: uma criminal e outra civil.[427] A primeira compreende a aplicação de sanções penais, ao passo que a segunda abrange a imposição de obrigações de fazer ou de não fazer às partes. Em ambas as hipóteses, que incluem também a repressão a quaisquer condutas desrespeitosas para com o tribunal, podem ser infligidas, aos recalcitrantes, distintas penalidades, como prisão, multa e perda de faculdades processuais.

Esmiuçando o tema, José Roberto Bedaque anota o seguinte:

> Ao lado desse poder geral (*imperium iudicis*), existem as *injunctions* (*mandatory* e *prohibitory injunction*)[428] com a função particularmente cautelar, pois concedidas em caráter provisório (*interlocutory injunctions*), após avaliação comparativa dos danos causados às partes com a concessão ou não da medida (*balance of convenience*).[429]

Continua esclarecendo que no direito anglo-saxão outorga-se ao juiz uma grande margem de discricionariedade no concernente às medidas de urgência, mas nos países que adotam a *civil law* a propensão "é de tipificar as modalidades de tutela cautelar, mediante previsão das situações que comportam a proteção assecuratória".[430]

Assim, existem na Europa continental, em particular no direito francês, italiano, espanhol, não só medidas específicas predeterminadas na legislação processual, como também "regras genéricas e subsidiárias destinadas à proteção de situações não reguladas de forma

---

[426] ROSS, Martin J. e ROSS, Jeffrey Steven. **Handbook of everyday law**. 4ª ed. New York: Fawcett Crest, 1982, p. 361. O *Legal Information Institute* da Cornell Law School define o instituto da seguinte maneira: "Contempt of court, also referred to simply as "contempt," is the disobedience of an order of a court. It is also conduct tending to obstruct or interfere with the orderly administration of justice. Under the Federal Rules of Civil Procedure (FRCP) Rule 70, a party that fails to perform a specific act, in accordance with a judgement by a court, can be charged with contempt. The purpose of recognizing contempt of court is to secure the dignity of the courts and the uninterrupted and unimpeded administration of justice." Disponível em: https://www.law.cornell.edu/wex/contempt_of_court. Acesso em 03 jul. 2022.

[427] GRINOVER, Ada Pellegrini. Paixão e morte do "contemp of court" brasileiro (art. 14 do Código de Processo Civil). In: CALMON, Eliana; e BULOS, Uadi Lammêgo (coords). **Direito processual**: inovações e perspectivas. Estudos em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 4-6.

[428] *Injunction*. In: MARTIN, Elizabeth A. (ed.). **Dictionary of Law**. 5ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2003. A expressão inglesa representa: "Um remédio na forma de uma ordem da corte endereçada a uma pessoa particular que a proíbe de fazer ou continuar praticando determinado ato (*prohibitory injunction*) ou determina que pratique determinado ato (*mandatory injunction*)".

[429] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipativa**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 37.

[430] Ibidem, p. 40.

específica",[431] todas contemplando provimentos judiciais de caráter conservativo e também outros de conteúdo satisfativo.

Humberto Theodoro Junior, explorando esse último aspecto, após fazer um exame, *à vol d'oiseau*, dos distintos sistemas continentais, centra-se no francês, para informar que este contempla três medidas do gênero: (i) *mesures d'attente*, destinadas a resguardar determinada situação litigiosa do perigo de dano, sem ingressar no mérito da demanda; (ii) *mesures provisoires qui anticipent sur le jugement*, voltadas a satisfazer imediatamente, embora de forma provisória, o direito do litigante; e (iii) *mesures provisoires qui antecipent sur l'execution*, vocacionadas a antecipar provisoriamente a execução, embora ainda pendente de recurso.[432]

Faz ainda menção especial ao dispositivo do Código de Processo Civil português, que tratava da temática, atualmente abrigado no art. 362, 1, com a idêntica redação, confirmada pela Lei 14, de 26 de junho de 2013, cujo teor é o seguinte:

> Sempre que alguém mostre fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito, pode requerer a providência conservatória ou antecipatória concretamente adequada a assegurar a efetividade do direito ameaçado.

Como se constata, a partir de um exame ainda que perfunctório dos principais sistemas jurídicos, ao menos daqueles com os quais nossa processualística tem mais contato, os provimentos judiciais antecipados podem ser específicos ou genéricos, apresentando tanto uma função conservadora, quanto satisfativa, tal como o faz, agora, de forma explícita e sistemática, o novo Código de Processo Civil.

5.4. Fundamentos do poder geral de cautela

Como o ordenamento jurídico, por evidente, não pode prever todas as situações de perigo nas quais seja cabível a concessão de cautelar para resguardar um bem ou direito que corre o risco de perecer ao final de um processo, dotou-se os magistrados do poder geral de cautela, quando não lhes é possível aplicar alguma das medidas específicas previstas na

[431] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipativa**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 42.

[432] THEODORO JÚNIOR, Humberto. Fungibilidade entre medida cautelar e medida antecipatória. In: CALMON, Eliana; e BULOS, Uadi Lammêgo (coords). **Direito processual**: inovações e perspectivas. Estudos em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 277.

legislação processual. Essa faculdade de que estão investidos os juízes,[433] qual seja, a de empreender as todas as providências necessárias para preservar o resultado útil da lide, independentemente de previsão legal expressa ou mesmo de pedido da parte, decorre do já mencionado art. 5º, inciso XXXV, da Carta Magna, o qual dispõe, relembre-se, que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Tal preceito garante aos jurisdicionados que seus direitos serão sempre assegurados, ainda que provisoriamente, por uma tutela cautelar, quando for o caso, sendo lícito aos juízes, inclusive, agir de ofício para lograr tal objetivo.[434] Isso porque ela, conforme comentam Cândido Dinamarco Rangel e outros:

> deve ser lida como portadora do propósito de oferecer tutelas jurisdicionais que sejam *adequadas* segundo o direito (decisões justas), que *efetivamente* produzam os resultados desejados (efetividade) e que cheguem *em tempo*, antes que os direitos pereçam ou sejam deteriorados ou insuportavelmente enfraquecidos (tempestividade).[435]

A tutela cautelar, como lembra José Roberto Bedaque, consubstancia um "componente essencial da atividade jurisdicional do Estado, eis que constitui importante instrumento de sua efetividade".[436] Caso inexistisse, seria considerável o risco de ineficácia do processo, em face da natural demora da entrega da prestação final. Por essa razão, "integra a garantia constitucional do amplo acesso à justiça e da ampla defesa".[437] Oportuna, nesse sentido, as observações de Daniel Mitidiero destacando que a tutela cautelar não visa resguardar o processo, mas é, efetivamente, "uma proteção jurisdicional que visa resguardar o direito à outra tutela", assegurando sua eventual satisfação.[438]

Inicialmente, esse poder genérico de natureza cautelar atribuído ao juiz, bem assim os provimentos específicos previstos na legislação processual para superar os riscos inerentes a

---

[433] Talvez, aqui, fosse melhor em falar de um *poder-dever*.

[434] MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.510. Nesse sentido, consigna o comentarista: "Pode o órgão jurisdicional conceder medidas cautelares *ex officio*, a fim de assegurar que os efeitos do ato que realizou ou está realizando se produzam. [...] Esse 'poder geral', no caso, relaciona-se à direção material do processo, o qual decorre do art. 139, IV, do CPC, onde "está escrito que ao juiz incumbe tomar medidas necessárias *para assegurar* o cumprimento de ordem judicial", itálico no original.

[435] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; DINAMARCO, Cândido Rangel; e LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho **Teoria geral do processo**. 33. ed., ver. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 529, itálicos no original.

[436] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipativa**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 229.

[437] Ibidem, loc. cit.

[438] MITIDIERO, Daniel. **Antecipação de tutela**: da cautelar à técnica antecipatória. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil 2019, p. 62-63.

uma dada situação, estavam circunscritos à manutenção do *statu quo*, de modo a conservar o direito sob ameaça. Pouco a pouco, porém, passou-se a admitir que essa singular atuação judicial abarcasse também o direito material buscado num litígio, falando-se, então, em cautelares satisfativas, ainda que provisórias.

Trata-se de uma concepção, vale lembrar, muito antiga, que remonta aos primórdios do Direito Romano. Foi desenvolvida por volta de meados da época republicana, como uma criação pretoriana, para proteger o possuidor de boa-fé contra a usurpação da coisa possuída por terceiros, mediante violência, enquanto a pendência jurídica não fosse resolvida. Na ausência de fórmulas legais adequadas – eis que estas, àquela altura, somente existiam para assegurar o *dominium ex jure quiritium*,[439] mediante a tradicional ação de reivindicação –, o pretor, criativamente, lançava mão, "em nome de seus poderes gerais de polícia, de um outro meio, o *interdit*", conforme explica Michel Villey.[440]

Como regra, a legislação processual dos distintos países prevê um conjunto de medidas típicas, expressamente nominadas, para atingir tal desiderato, sem, contudo, excluir a possibilidade de atuação judicial na ausência de um remédio específico para evitar o perigo de lesão grave ou de difícil reparação.

Tal faculdade conferida aos magistrados, segundo Vicente Greco Filho, configura um "poder integrativo da eficácia global da atividade jurisdicional", mesmo porque nenhum legislador tem condição de prever as inúmeras situações da vida cotidiana que merecem proteção jurisdicional, antes de esgotada plenamente a jurisdição.[441] Por tal razão, deixa-se ao prudente arbítrio do juiz a avaliação da presença do perigo de dano a ser neutralizado por uma medida cautelar. No entanto, alerta que o poder geral de cautela, embora amplo, não é ilimitado ou arbitrário, devendo "manter-se nos estritos termos da essência das medidas cautelares, qual seja a provisoriedade, a proteção direta ou indireta a um direito que pode ser deferido no futuro e sua real necessidade".[442]

---

[439] Trata-se da propriedade dos *quirites*, cidadãos romanos originários, única conhecida no período pré-clássico.
[440] VILLEY, Michel. **Direito Romano**. Lisboa: Arcádia, 1973, p. 135-138.
[441] GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 154.
[442] Ibidem, p.157.

5.5. Cautelares na seara penal

As medidas cautelares também encontram abrigo no processo penal, figurando a prisão preventiva como a mais drástica de todas. Trata-se da privação da liberdade de uma pessoa, antes da sentença condenatória, que tem como pressupostos mínimos "a prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado", segundo dispõe o art. 312 do Código de Processo Penal (CPP).[443] De acordo, ainda, com esse mesmo dispositivo ela "poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal".

Todas cautelares no processo penal, embora sujeitas à ampla discricionariedade do juiz, devem pautar-se pelo trinômio necessidade, adequação e proporcionalidade, lembra Anello Aufiero.[444] Quer dizer: (i) só podem ser implementadas diante da inexistência alternativas menos gravosas; (ii) precisam ser aptas para atingir a finalidade almejada; e (iii) não podem ser mais severas do que a pena prevista para a conduta ilícita.

Assim como no processo civil, na jurisdição penal exige-se também a presença da fumaça do bom direito, denominado *fumus comissi delicti*, traduzido por indícios da prática do delito, e o perigo na demora, chamado *periculum libertatis*, revelador do risco que a liberdade do acusado pode representar para a sociedade ou o bom andamento do processo.[445]

O *fumus commisi delicti* e o *periculum libertatis* constituem pressupostos inafastáveis para decretação de medidas cautelares na seara criminal, as quais podem, inclusive, ser adotadas na fase pré-processual. Segundo Paulo Rangel, amparado em Aury Lopes Júnior, "mister se faz que haja um perigo na liberdade do réu a justificar sua prisão e não perigo na demora da prestação jurisdicional", assim como "a fumaça deve ser do cometimento do delito e não do bom direito".[446]

Com efeito, é preciso, diz Renato Brasileiro de Lima, "que o juiz verifique que a conduta supostamente praticada pelo agente é típica, ilícita e culpável, apontando as provas em que se baseia sua convicção". Já no tocante à materialidade exige-se um juízo de certeza, cumulado com a presença do "indício suficiente de autoria".

---

[443] BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo enal.

[444] AUFIERO, Aniello. **Prisão, medidas cautelares e liberdade provisória**. Manaus: Aufiero, 2011, p. 38-40.

[445] BOMFIM, Edilson Mougenot. **Código Penal anotado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 578-579.

[446] RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 776.

A lei processual penal é rigorosa quanto à existência do *periculum libertatis*, pois, uma vez constatado o *fumus comissi delicti*, exige-se, nos termos do supracitado art. 312, a presença de pelo menos um dos requisitos nele listados, quais sejam - vale repetir - a garantia da ordem pública ou econômica, a conveniência da instrução criminal ou a garantia da aplicação da lei penal, não havendo "necessidade de cumulação dos mesmos, bastando que um deles esteja presente para que a medida seja decretada".[447]

Ainda assim, considerada a magnitude constitucional do *jus libertatis* e da presunção de inocência, antes da decretação da preventiva, o juiz precisa evidenciar, nos termos do art. 310, II do CPP,[448] que as medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319,[449] se mostram "inadequadas ou insuficientes".

Como se vê, os pressupostos, na seara processual penal, diferem bastante dos adotados na esfera processual civil e administrativa. A semelhança entre tais campos consiste na proibição de invocar-se abstratamente a lei para a decretação de medidas excepcionais e a necessidade de fundamentá-las adequadamente.

Para Nereu José Giacomolli fundamentar significa "explicar e justificar, racionalmente, a motivação fática e jurídica do convencimento, em determinado sentido", complementando que não basta uma simples declaração de ciência daquilo que se contém nos autos, nem uma simples explicitação da vontade subjetiva do magistrado, sendo necessária "a demonstração argumentativa (*ratio discendi*)" das razões de fato e de direito que motivam a prisão.[450]

Em suma, o poder de cautela cometido aos magistrados, tanto o geral como aquele exercido por meio de medidas específicas, em todos os ramos do direito, tem como balizas a necessidade, a adequação, a proporcionalidade e a provisoriedade dos provimentos judiciais correspondentes. A primeira significa que as medidas de urgência só podem ser adotadas como *ultima ratio*, à falta de outras providências que possam substituí-las. Já a segunda exige que sua escolha recaia sobre aquelas que melhor correspondam ao objetivo perseguido. Por sua vez, a terceira supõe que reflitam um equilíbrio entre meios e fins. A quarta indica que sobrevida delas

---

[447] FONSECA, André Luiz Filo-Creão Garcia da. **Medidas cautelares no processo penal**: comentários à Lei 12.403/2011. Porto Alegre: Núria Fabris, 2015, p. 82

[448] Cf. nota 472.

[449] Dentre as medidas cautelares diversas da prisão preventiva figuram, dentre outras, o comparecimento periódico em juízo, a proibição de ausentar-se da comarca e o recolhimento domiciliar no período noturno, além da restrição ao exercício de direitos.

[450] GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 15.

está condicionada à salvaguarda do bem objeto do processo principal, deixando de subsistir, em geral, com a superveniência da sentença.

5.6. Cautelares no processo administrativo

Um importante aspecto, o qual ainda precisa ser ventilado, consiste em que o processo administrativo – antes mesmo de formalmente instaurado – comporta o deferimento de medidas de urgência, por parte da Administração Pública, ou "providências acauteladoras", conforme as denomina o art. 45 da citada Lei 9784/1999, em situações excepcionais, quando devidamente evidenciado o "risco iminente". E pode implementá-las mesmo sem a prévia manifestação do interessado, "pena de tornar imprestável sua ação e lesar o interesse público posto em jogo.[451] Essa faculdade do administrador não deriva apenas do citado texto normativo, mas deflui - também e especialmente - do poder de polícia que lhe é inerente.[452]

Isso significa que, embora seja condição necessária para o desencadeamento de uma ação estatal, a instauração do competente processo administrativo pode, dependendo das circunstâncias, ser adiada para um instante posterior ao provimento cautelar. Segundo o citado Egon Bockman Moreira, nessas hipóteses, "o que ocorre é uma alteração momentânea e excepcional do momento de instalação do devido processo, justamente em razão da cruciante necessidade de se atender às peculiaridades do interesse público, tal como configurado em concreto".[453]

Sérgio Ferraz e Adilson de Abreu Dallari alertam, contudo, que restrições cautelares de direitos impostas de inopino, sem a audiência dos administrados que as suportam, "somente são compatíveis com a ordem jurídica em circunstâncias excepcionais, quando efetivamente *indispensáveis* para a salvaguarda de outros direitos ou valores também amparados pelo Direito,

[451] MOREIRA, Egon Bockman. **Processo administrativo**: Princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 280.

[452] BEZNOS, Clovis. **Poder de polícia**. São Paulo: Revista dos Tribunais; 1979, p. 76. O autor define o poder de polícia como "a atividade administrativa, exercitada sob previsão legal, com fundamento numa supremacia geral da Administração, e que tem por objeto ou reconhecer os confins dos direitos, através de um processo, meramente interpretativo, quando derivada de uma competência vinculada, ou delinear os contornos dos direitos, assegurados no sistema normativo, quando resultante de uma competência discricionária, a fim de adequá-los aos demais valores albergados no mesmo sistema, impondo aos administrados uma obrigação de não fazer".

[453] MOREIRA, Egon Bockman. op. cit., p. 281.

e mesmo assim, quando adotadas na exata medida do necessário para tais fins e sem excessos".[454]

Oportunamente, lembram que as medidas de urgência não são empreendidas apenas em benefício da Administração, podendo ser requeridas também por quaisquer interessados. Admitem, inclusive, a sua concessão de ofício, em todos os graus de jurisdição administrativa, podendo "consistir não só em determinações emergenciais [...], quanto em quaisquer providencias vocacionadas à garantia da efetividade do processo e do pleno atendimento ao interesse público primário".[455]

5.7. Poder geral de cautela no CPC de 1973

O Código de Processo Civil de 1973 contemplava um Livro específico para regular o processo cautelar, distinguindo as cautelares nominadas, arroladas no próprio texto legal, das inominadas, deixadas ao alvedrio do juiz, por meio das quais exercia o seu poder geral de cautela.

No código decaído, o poder geral de cautela encontrava arrimo no art. 798,[456] o qual autorizava o juiz a adotar as medidas assecuratórias que considerasse mais adequadas para a proteção expedita de um direito sob risco de perecimento, mesmo que não coincidentes com aquelas requeridas pelas partes, sendo-lhe lícito, inclusive, empreendê-las de ofício.[457]

Já quanto à antecipação da tutela, o art. 273 do código revogado, como observa Cândido Dinamarco, contemplava tão somente (i) "a *antecipação-remédio*, cabível para preservar a parte de danos irreparáveis ou de difícil reparação" e (ii) "a *antecipação-sanção*,

---

[454] FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adilson de Abreu. **Processo administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 177, itálico no original.

[455] Ibidem, p. 181-184.

[456] CF. nota 147, art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar medidas provisórias que jugar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

[457] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 328. Nesse aspecto anota o autor: "No processo civil moderno, que exalta a necessidade de obter *resultados*, incrementam-se os poderes do juiz no sentido de suprir deficiências das partes e seus procuradores […] e de empenhar-se na imposição do cumprimento das obrigações, especialmente das de fazer ou de não-fazer, inclusive mediante atos de pressão psicológica sobre o obrigado (CPC art. 461)", itálico no original.

que constitui reação da ordem jurídica aos abusos de direito no processo, praticados inclusive mediante expedientes protelatórios", sempre com um "*intuito acelerador*".[458]

A processualística antiga, no entanto, segundo o professor, silenciava quanto à responsabilidade objetiva daquele que requeria as cautelares afinal frustradas, bem assim ao momento no qual estas poderiam ser requeridas ou, ainda, à possível antecipação provisória e, por meio delas, do próprio mérito da causa. Por isso, antes mesmo do advento da nova codificação, entendia que era chegada a hora de integrar as medidas cautelares e antecipatórias em um mesmo gênero de tutela de urgência. Essas inovações foram timidamente introduzidas ao longo dos anos até sua efetivação no CPC/2015.

Por derradeiro, vale insistir que, na sistemática anterior, tal como ocorre na atual, não obstante tivesse o poder cautelar geral, como fim último – assim como tem atualmente –, assegurar a efetividade do processo, é dizer, a preservação, *in integrum*, do bem da vida buscado em juízo, jamais se facultou ao magistrado exercê-lo de modo imotivado ou arbitrário. Ao revés, sempre se exigiu que fosse levado a efeito de maneira objetiva, quer dizer, em conformidade com a situação concreta sob apreciação, e com estrita observância dos limites traçados pela própria legislação processual.

5.8. Evolução do instituto

O CPC/2015 cuidou da tutela provisória a partir do art. 294 e seguintes, mostrando-se bastante inovador quanto ao tema em relação ao código processual decaído, objeto da Lei. É certo, todavia, que as mudanças incorporadas à nova sistemática processual foram fruto de uma longa evolução, valendo ressaltar aquela operada pela Lei 8.952/1994, que incorporou ao antigo CPC o art. 273 e parágrafos e, também, o art. 461, § 3º,[459] de maneira a atender "a necessidade

[458] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**, Tomo. II, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 901.

[459] Cf. nota 147, art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. [...] §3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada".

de generalização da antecipação de tutela às situações tidas comuns".[460] Com isso, permitiu-se ao juiz expedir provimentos por meio de cognição sumária, à margem ou no bojo de ações específicas, desde que presentes os requisitos previstos nos referidos dispositivos, com o fim básico de evitar dano irreparável ou de difícil reparação ou, ainda, de assegurar o resultado prático da obrigação de fazer ou não fazer.

Depois sobreveio a Lei 10.444/2002, a qual trouxe como principal inovação a regra da fungibilidade entre a tutela cautelar e a antecipada, clarificada, em especial, pela redação do § 7º do art. 273.[461] Com essa inovação, o legislador atendeu às críticas da doutrina e à necessidade de superar problemas de ordem prática, surgidos no dia a dia da jurisdição, que somente foram melhor equacionados com o advento da citada Lei 13.105/2015. Para Daniel Mitidieri, essas inovações significativas inauguraram uma nova fase na processualística pátria ao reconduzir, corretamente, "a cautelaridade à tutela ou ao provimento",[462] diferenciando a tutela satisfativa e tutela cautelar e, "em especial na compreensão do processo como um instrumento par realização adequada, efetiva, e tempestiva tutela jurisdicional dos direitos".[463]

Vale ressaltar, por oportuno, que, para além dos diversos avanços trazidos pelo CPC/2015, talvez o seu principal mérito tenha sido o de incorporar, ou melhor, o de emprestar concreção aos postulados que regem o processo abrigados na Constituição de 1988. Tal desiderato foi explicitado, com todas as letras, na "Exposição de Motivos do Anteprojeto", de cujo texto consta que "é na lei ordinária e em outras normas de escalão inferior que se explicita a promessa de realização dos valores encampados pelos princípios constitucionais".

Seguramente, o mais importante deles, pelo menos no que concerne aos provimentos cautelares, é aquele explicitado no art. 5º, XXXV, já ressaltado anteriormente, segundo o qual cabe ao Judiciário apreciar qualquer "lesão ou ameaça a direito". Fica claro, a partir dessa dicção – sobretudo considerada a expressão constante da última parte do dispositivo – que incumbe aos membros desse Poder, em todos os seus escalões, do juiz substituto de primeiro

---

[460] PAVONI, Mariana Melo de Carvalho. Tutela provisória: a técnica da antecipação a serviço da efetividade da jurisdição. In: BUENO, Cassio Scarpinella *et al*. **Tutela provisória no CPC**: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 373.

[461] BRASIL. **Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2022**. Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil. Art. 273 [...] § 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

[462] MITIDIERO, Daniel. **Antecipação de tutela**: da cautelar à técnica antecipatória. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil 2019, p. 104.

[463] Ibidem, loc. cit.

grau ao ministro do Supremo Tribunal Federal, impedir o perecimento do bem que se busca proteger mediante uma ação judicial.

5.9. Atual regramento das tutelas provisórias

O Código de Processo Civil de 1973 previa, basicamente, dois tipos de tutelas, a saber: a tutela antecipada e a tutela cautelar.

Por meio da primeira, de caráter antecipatório, regrada no art. 273, o juiz podia deferir, total ou parcialmente, a tutela pedida na inicial, desde que houvesse prova inequívoca acerca do alegado e estivesse presente o receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Também poderia concedê-la quando verificasse abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

A tutela cautelar, por sua vez, encontrava-se disciplinada no Livro III do Código de 1973, sob a rubrica "Do Processo Cautelar". Nele estavam previstas as distintas modalidades cautelares, cujo deferimento dependia da presença do *fumus bom iuris* e do *periculum in mora,* em vernáculo, da fumaça do bom direito e do perigo na demora. Com elas objetivava-se garantir a efetividade do direito buscado ao final do processo, colocando-o a salvo de situações que pudessem levá-lo ao perecimento ou, quiçá, a um depauperamento, representado por uma sensível perda de valor.

O CPC/2015 promoveu uma unificação da tutela antecipada e a cautelar, agora denominadas de tutelas provisórias, cuja nota distintiva é a possibilidade de seu deferimento, após mera cognição sumária, fundada num juízo de probabilidade, sempre passível de reapreciação antes de prolatada a decisão final.[464] É certo, todavia, que as mudanças incorporadas à nova sistemática processual foram fruto de uma longa evolução, de maneira a atender "a necessidade de generalização da antecipação de tutela às situações tidas comuns".[465]

Em suma, o legislador agrupou a tutela antecipada e a cautelar, acrescentando, ao par destas, o que denominou de tutela de evidência. Esta é concedida não mais a partir da possibilidade da ocorrência de um dano, mas com base em elementos que levem o juiz a

[464] MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 307.

[465] PAVONI, Mariana Melo de Carvalho. Tutela provisória: a técnica da antecipação a serviço da efetividade da jurisdição. In: BUENO, Cassio Scarpinella *et al*. **Tutela provisória no CPC**: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 373.

acreditar que o direito pleiteado realmente existe. Dito de outra maneira, cuida-se de uma técnica processual que permite ao magistrado conceder a tutela requerida pelo autor, quando perceba, *primo ictu oculi*, que os fatos constitutivos do direito pleiteado se mostram incontroversos, nas hipóteses listadas no art. 311 do Código vigente.

O que distingue a tutela de evidência da tutela de urgência é que nesta é preciso evidenciar o risco de dano, já naquela tal não é preciso,[466] bastando comprovar a higidez do direito ou demonstrar "o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte". Em outras palavras, a distinção reside "no fundamento que a justifica".[467]

Com isso, permitiu-se ao juiz expedir provimentos por meio de cognição sumária, à margem ou no bojo de ações específicas, desde que presentes os requisitos previstos nos referidos dispositivos, com o fim básico de evitar dano irreparável ou de difícil reparação ou, ainda, de assegurar o resultado prático da obrigação de fazer ou não fazer. Como esclarecem Cândido Rangel Dinamarco e outros, as tutelas provisórias estão sempre relacionadas ao decurso do tempo e não devem se perpetuar no mundo jurídico, podendo ser revogadas ou modificadas a qualquer tempo, porquanto "para sua concessão basta uma *instrução sumária*, que não oferece ao juiz *certeza* da existência do direito do autor, mas somente uma idônea *probabilidade,* a que a doutrina denomina de *fumus bonis juris"*.[468] Cassio Spinelli Bueno apresenta didática definição das tutelas provisórias:

> [O] conjunto de técnicas que permite ao magistrado, na presença de determinados pressupostos, que gravitam em torno da presença da "urgência" ou da "evidência", prestar tutela jurisdicional, antecedente ou incidentalmente, com base em decisão instável (por isso, *provisória*) apta a *assegurar* e/ou *satisfazer,* desde logo, a pretensão do autor, até mesmo de maneira liminar, isto é, sem a prévia oitiva do réu.[469]

O CPC/2015 promoveu significativa alteração na disciplina das medidas cautelares, em comparação com o que dispunha nesse aspecto a legislação processual revogada, inclusive quanto ao chamado "poder geral de cautela do juiz", ao incorporar em seu texto a evolução doutrinária e jurisprudencial sobre a matéria.

---

[466] Segundo o *caput* do art. 311, a tutela de evidência "será concedida independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo".

[467] BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. Vol. 1: teoria geral do direito processual civil – parte geral do Código de Processo Civil. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 701.

[468] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; DINAMARCO, Cândido Rangel; e LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho **Teoria geral do processo**. 33. ed., ver. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 530, itálico no original.

[469] BUENO, Cassio Scarpinella. op. cit., p. 700.

Quanto a esse último ponto, o código processual vigente, ao contrário do que fazia o anterior, não se limita mais a mencionar a possibilidade de o juiz valer-se de uma medida cautelar atípica, quando inadequados os procedimentos específicos enumerados em seu texto.[470] Agora, é permitido ao magistrado levar a cabo, de forma ampla, quaisquer medidas que assegurem o resultado útil do processo.[471]

Uma das principais novidades introduzidas pelo legislador consistiu em aglutinar as várias ações cautelares existentes na sistemática decaída, de modo a contemplar apenas uma única medida de urgência, atípica, seja ela antecedente ou incidente.[472]

O novo Código classifica as tutelas de urgência em dois tipos, quais sejam, a antecedente e a incidente, que a rigor não apresentam qualquer distinção ontológica. Simplesmente, dizem respeito ao momento em que são requeridas, isto é, antes ou depois de iniciada a lide. A antecedente pode ser pleiteada em face de uma situação de urgência que impeça a parte de formular, de imediato, o pleito principal, tendo por objetivo, justamente, adiantar ou preservar o direito a ser defendido em juízo. A tutela incidental, por sua vez, é requerida no bojo de um processo já iniciado, a qualquer tempo, seja na petição inicial ou até mesmo em grau de recurso, visando a obtenção dos mesmos efeitos da tutela antecedente.

A unificação das tutelas buscou, por um lado, simplificar a complexidade dos procedimentos adotados na sistemática processual decaída e, por outro, cuidou de incorporar a metodologia mais simples e eficaz albergada na legislação estrangeira, bem assim a evolução acadêmica e jurisprudencial acerca do tema, englobando todas as tutelas de emergência dentro do âmbito cautelar.

Uma outra novidade importante consistiu na extinção de grande parte das medidas cautelares nominadas antes existentes, de maneira a simplificar o processo, eliminando também uma série de procedimentos específicos, de modo a outorgar maior margem de manobra ao juiz para a salvaguarda de bens jurídicos sob risco, em atenção à miríade de situações específicas com as quais se depara em seu cotidiano.

---

[470] Cf. nota 147, art. 798 Além dos procedimentos cautelares específicos que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

[471] Cf. nota 21, art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.

[472] Convém distinguir, desde logo, a tutela provisória da definitiva. Esta resulta de uma cognição exauriente dos elementos de fato e de direito contidos no processo, sendo outorgada pelo juiz após extenso debate da causa, assegurando-se às partes o exercício do contraditório e da ampla defesa, que o texto constitucional lhes assegura.

É certo, porém, que algumas cautelares nominadas continuam a subsistir, mas disciplinadas em locais diversos. A produção antecipada de provas, a exibição de documentos e a justificação foram trasladadas para a Parte Especial, Livro I, Título I, Capítulo XII, intitulado "Das provas", já outras passaram a integrar os distintos capítulos do Título III, nos quais figuram, com destaque, as ações possessórias e os seus mandados proibitórios, a exemplo do constante no art. 567.[473]

De qualquer modo, em se tratando de tutelas de urgência, como consigna da Exposição de Motivos do CPC/2015, "adotou-se a regra no sentido de que basta à parte a demonstração do *fumus boni iuris* e do perigo de ineficácia da prestação jurisdicional para que a providência pleiteada deva ser deferida. [474]

Isso significa que, com o advento da nova codificação, os juízes passaram a dispor, mais do que de um poder geral de cautela, em verdade, de um "poder geral de urgência", como se verá mais à frente, cujos requisitos são, *tout court*, a presença da fumaça do bom direito e o perigo na demora, permitindo seja ele exercitado não só quando requerido pelas partes, como também *ex officio*, caso o entendam conveniente para a preservação do bem litigioso, com fundamento no art. 297, *caput*, do atual CPC. Sempre, contudo, conforme já exigia a sistemática anterior, por meio de decisão devidamente fundamentada, e observada, ainda, a necessidade, a proporcionalidade e a provisoriedade da tutela. Essa matéria será examinada com maior detalhe mais adiante.

5.9.1. Características e espécies das tutelas provisórias

As tutelas provisórias encontram-se regradas nos arts. 294 e seguintes do CPC/2015, representando uma relevante sistematização da matéria, considerada a sua evolução doutrinária e jurisprudencial e, também, a necessidade de dinamizar a jurisdição, adaptando-a, sobretudo, ao novo direito fundamental à "razoável duração do processo, com os meios que garantam a celeridade na sua tramitação", acrescentado à Lei Maior pela EC 45 de 2004.

---

[473] Cf. nota 21, art. 567. O possuidor direto ou indireto que tenha justo receio de ser molestado na posse poderá requerer ao juiz que o segure da turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório, em que se comine ao réu determinada pena pecuniária, caso transgrida o preceito.

[474] Cf. nota 21. é o que consta, expressamente, do art. 300, *caput*, cuja redação é a seguinte: "A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo".

Três são as características das tutelas provisórias, segundo Fredie Didier Júnior e outros: (i) a sumariedade da cognição, pois o magistrado, ao decidir, elabora um juízo de mera probabilidade do direito, a partir de um exame perfuntório dos fatos; (ii) a precariedade da decisão, porquanto, embora sua eficácia se mantenha ao longo do processo, ela pode ser contrariada, revogada ou modificada a qualquer tempo; e (iii) a inaptidão para formar coisa julgada, eis que fundada numa cognição meramente contingente e, por definição, efêmera.[475]

Ademais, o novo CPC, logo no primeiro dispositivo que trata das tutelas provisórias, qual seja, o art. 294, adianta dois importantes esclarecimentos: (i) que essas medidas têm como fundamento ou a urgência ou a evidência; e (ii) que elas podem ser deferidas, cautelar ou antecipadamente, de forma antecedente ou incidental.

A partir de uma rápida leitura do referido artigo surge imediatamente uma primeira dificuldade hermenêutica, isto é, a de compreender corretamente a distinção entre a tutela provisória de urgência cautelar e a tutela provisória de urgência antecipada.

Embora tecendo críticas à nomenclatura empregada pelo legislador, os citados Fredie Didier Júnior e outros afirmam que a tutela antecipada seria aquela que, embora provisória, revogável e modificável a qualquer tempo, adianta os efeitos da tutela satisfativa definitiva, assegurando, desde logo, a fruição do bem da vida buscado em juízo.[476] Já a tutela cautelar propriamente dita corresponderia àquela que antecipa os efeitos de tutela definitiva não-satisfativa, justificando-se apenas "diante de uma situação de urgência do direito a ser acautelado, que exija a sua preservação imediata, garantindo a sua futura e eventual satisfação".[477]

De qualquer modo, ainda que seja possível distinguir nuances entre as duas tutelas, Tereza Arruda Alvim Wambier e outros enfatizam a sua identidade do ponto de vista ontológico. Confira-se:

> A tutela cautelar e a tutela antecipada, na terminologia do NCPC são espécies do mesmo gênero (tutela de urgência) com muitos aspectos similares. Ambas estão caracterizadas por uma cognição sumária, são revogáveis e provisórias e estão precipuamente vocacionadas a neutralizar os males do tempo no processo judicial, mesmo que por meio de técnicas distintas, uma *preservando* (cautelar) e outra *satisfazendo* (antecipada). [478]

---

[475] DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al*. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada, antecipação dos efeitos da tutela. Vol. 2. 11ª ed. Salvador: Jus Podium, 2016, p. 582.

[476] DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al*. op. cit., p. 582-583.

[477] Ibidem, loc. cit.

[478] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al*. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por

Outra perplexidade emerge quando se lê o parágrafo único do mencionado preceito, o qual dá a entender que ele se refere apenas à tutela de urgência. No entanto, José Miguel Garcia Medina assevera "que tanto a tutela de evidência quanto a de urgência (esta, antecipada ou cautelar) poderá ser concedida em caráter antecedente ou incidental, isso é, antes de apresentado o pedido 'principal' (cujos efeitos se vão antecipar, ou cuja produção de efeitos se pretende garantir) ou quando já realizado tal pedido".[479]

O tema, porém, comporta controvérsias. Segundo Fredie Didier Júnior e outros: "É importante repetir: só as tutelas provisórias *de urgência* podem ser requeridas em caráter antecedente. É a urgência que justifica sua formulação antes mesmo do pedido de tutela definitiva. A tutela provisória *de evidência* não pode ser requerida em caráter antecedente".[480] Explicam que, neste último caso, "o interessado ingressa com um processo pleiteando, desde o início, tutelas provisórias e definitiva ou ingressa com um processo pleiteando apenas a tutela definitiva e, no seu curso, pede a tutela provisória".[481]

Realmente, parece que a posição destes autores faz mais sentido, pois, como se verá adiante, a tutela provisória de urgência, desde que evidenciado o perigo de dano iminente, pode prescindir da demonstração da plena solidez do direito pleiteado, sempre necessária quando se trata da tutela provisória de evidência.

Com efeito, a tutela de urgência tem como fundamento essencial o *periculum in mora*, ou seja, a possibilidade de frustrar-se, pelo decurso do tempo, a decisão buscada ao final do processo. Já a tutela de evidência arrima-se, de forma praticamente exclusiva, no alto grau de probabilidade do direito pleiteado, quer dizer, na densidade da prova apresentada, cuja satisfação, ao cabo do processo, é antevista pelo julgador.

Quanto a esta última, Nelson Nery e Rosa Maria Nery assentam tratar-se de um instituto que tem em conta o "direito evidente", à semelhança daquele que autoriza o ajuizamento do mandado de segurança, no qual a prova é pré-constituída, dispensando por isso, até mesmo, a demonstração do *fumus boni iuris*.[482]

---

artigo, cit., p.488, grifos e itálico no original.

[479] MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código Civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 481.

[480] DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al*. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada, antecipação dos efeitos da tutela. Vol. 2. 11. ed. Salvador: Jus Podium, 2016, p. 585, itálico no original.

[481] Ibidem, op. cit., p. 585.

[482] NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 18. ed. São

Em que pesem tais particularidades, superando a antiga dicotomia entre as duas formas de provimento judicial assentada no código anterior, os idealizadores do CPC/2015 unificaram o regime jurídico de ambas as tutelas, conferindo-lhes tratamento único, eis que estão, invariavelmente, ligadas pelos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, embora ambos possam variar em intensidade nas duas espécies.

A partir da leitura de Humberto Theodoro Júnior, afigura-se possível imaginar que há uma espécie de *continuum* no tocante à presença dos requisitos das tutelas provisórias, sobretudo quando examinados à luz do princípio da proporcionalidade, pois "o que se passa é que quanto mais verossímil o direito, menos rigorosa se apresenta a exigência do risco de dano; e quanto mais grave o perigo de uma lesão extrema irreparável, mais se atenua o rigor na exigência do *fumus boni iuris*".[483]

Por isso, é admissível que um provimento judicial tenha como escopo, unicamente, a "tutela do *fumus* extremado", sem que seja preciso demonstrar o perigo de dano, tal como ocorre na tutela da evidência; em contrapartida, impõe-se, não raro, a "tutela do perigo extremado", de amplo emprego na legislação ambiental, com fundamento no princípio da precaução, a qual dispensa maiores considerações acerca do direito envolvido.[484] No dia-a-dia forense, contudo, as tutelas provisórias levam em linha de conta tanto o *periculum in mora*, quanto o *fumus boni iuris*, variando apenas o peso que o julgador empresta a cada um desses requisitos, ao sopesá-los em face das exigências de um caso concreto.

5.9.2. Concessão da tutela *ex officio*

Outro aspecto controverso a ser examinado consiste em saber se a tutela provisória pode ser concedida de ofício ou se exige requerimento do interessado. Alguns – na verdade a maioria dos processualistas – entendem que, como regra, é vedada a expedição da medida pelo juiz, *sponte propria*, sob os seguintes argumentos: primeiro, porque o art. 295 dispõe, expressamente, que a tutela será "requerida"; depois, porque uma tal conduta violaria a "regra da congruência",[485] de acordo com a qual, em atenção aos arts. 141 e 492 do CPC/2015, o

Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, p. 830-831.

[483] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Vol. I. 61.ª ed. Rio de Janeiro; Forense, 2020, p. 612.

[484] Ibidem, p. 612-613.

[485] DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al*. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada, antecipação dos efeitos da tutela. Vol. 2. 11. ed. Salvador: Jus

julgador, "ao decidir, deve ater-se aos pedidos das partes e somente a eles, não podendo ir além, para conceder mais ou coisa diversa, nem podendo deixar de analisar qualquer um deles".[486]

Outra razão impeditiva seria a de que "a efetivação da tutela provisória se dá sob responsabilidade objetiva do beneficiário",[487] que responde pelos prejuízos causados à parte contrária, caso esta seja cassada ou reformada, a teor do art. 302 do Código. Para certos autores, o novo *Codex* abrigaria mecanismos "que podem assegurar a efetividade do processo, sem prejuízo do princípio dispositivo ou da cooperação", possibilitando "ao juiz indagar à parte se, diante da situação narrada, teria interesse em obter uma tutela de urgência".[488] Com a devida vênia, porém, um tal procedimento poderia postergar indevidamente a expedição de uma medida de urgência ou mesmo alertar a parte contrária, colocando em risco o bem a ser protegido.

Diversamente dos que negam a possibilidade da expedição de tutelas *ex officio*, há aqueles que, como Daniel Mitidiero, defendem a inocorrência de qualquer ofensa aos mencionados preceitos, desde que a decisão encontre amparo em questões da própria da causa trazidas pelas partes.[489] Na mesma linha, Cássio Scarpinella Bueno consigna que a falta de requerimento não poderá impedir o juiz "de realizar o valor efetividade, sobretudo naqueles casos em que a situação fática reclamar a tutela jurisdicional urgente".[490]

Essas últimas posições, em que pesem as respeitáveis opiniões em contrário, afiguram-se mais plausíveis. Isso porque o juiz jamais pode eximir-se de decidir,[491] especialmente quando confrontado com uma situação de emergência que possa comprometer o resultado útil do processo, ainda que a tutela não haja sido requerida pelo representante da parte beneficiária, quer por desídia, quer ignorância, sendo inclusive lícito ao julgador, com amparo no poder geral

---

Podium, 2016. Nas notas de rodapé 90, 91 e 93, os autores demonstram que a grande maioria dos autores coloca-se contra a expedição de tutelas provisórias *ex officio*.

[486] DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al*. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada, antecipação dos efeitos da tutela. Vol. 2. 11. ed. Salvador: Jus Podium, 2016. p. 366.

[487] Ibidem, p. 607.

[488] ALI, Anwar Mohamed *et al*. Aspectos controvertidos da tutela provisória no Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. vol. 292. São Paulo: Thomson Reuters, Jun/2019, p. 8.

[489] *Apud* DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al*. op. cit., p. 606, nota de rodapé 93.

[490] Ibidem, p. 606.

[491] Tal decorre não apenas do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, insculpido no art. 5º, XXXV, da CF, como também da regra expressa no art. 140 do CPC: "O juiz não se exime de decidir sob alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico". No mesmo diapasão, o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB (Decreto-lei 4.657/42), estabelece que: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".

de cautela, "criar providências de segurança, fora dos casos já arrolados pelo Código", eis que este não tratou de preordená-las segundo um conteúdo determinado e específico.[492]

5.9.3. Recorribilidade das tutelas

Mais uma questão interessante aparece quando se especula sobre a recorribilidade das tutelas provisórias. Aqui, é o próprio CPC/2015 que oferece as respostas. De fato, se a medida é outorgada no bojo de uma sentença, o recurso cabível é a apelação, a teor do art. 1009, §§ 1º e 3º.[493] Como regra, a apelação tem efeito suspensivo, salvo se - dentre outras hipóteses - confirme, conceda ou revogue tutela provisória, segundo dispõe o art. 1012, § 1º, V, do CPC/2018, situação em que a sentença começa a produzir efeitos imediatamente.[494] Por outro lado, se a medida é concedida ou denegada em decisão interlocutória, o recurso para atacá-la é o agravo de instrumento, conforme estabelece o art. 1015, I, do CPC/2015,[495] podendo o relator ao qual foi distribuído atribuir-lhe efeito suspensivo ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, nos termos do art. 1019, I, do CPC/2015.[496]

Quando a tutela é deferida no tribunal por um de seus membros, cabe agravo interno para atacar a decisão, com base no art. 1.021.[497] De outra parte, se for outorgada por meio de um acórdão, cabe recurso especial perante o STJ para reexame dos pressupostos da medida,[498]

---

[492] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Vol. I. 61. ed. Rio de Janeiro; Forense, 2020, p. 640.

[493] Cf. nota 21, art. 1009. Da sentença cabe apelação. § 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão, e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões. [...] § 3º O disposto no caput deste artigo aplica-se mesmo quando as questões mencionadas no art. 1.015 integram capítulo da sentença.

[494] Cf. nota 21, art. 1.012. A apelação terá efeito suspensivo. § 1º Além de outras hipóteses previstas em lei, começa a produzir efeitos imediatamente a sentença que: […] V- confirma, concede ou revoga tutela provisória.

[495] Cf. nota 21, art. 1015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: I – tutelas provisórias".

[496] Cf. nota 21, art. 1019. Recebido o agravo de instrumento no Tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o relator, no prazo de 5 (cinco) dias: I - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando-a ao juiz.

[497] Cf. nota 21, art. 1021. Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas quanto ao processamento as regras do regimento interno do tribunal."

[498] DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al*. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada, antecipação dos efeitos da tutela. Vol. 2. 11. ed. Salvador: Jus Podium, 2016, p. 600.

não tendo lugar a interposição de recurso extraordinário, em face da súmula 735 da jurisprudência predominante do STF.[499]

5.9.4. Pagamento de custas

Não há falar em recolhimento de custas quando a tutela provisória é requerida incidentalmente, nos expressos termos do art. 295 do CPC/2015.[500] É que, com a nova disciplina processual, não se cogita mais de medidas cautelares incidentais autônomas, como no regime anterior, as quais eram – ou podiam ser – pleiteadas e decididas em um processo separado.

Com efeito, segundo o regramento atual, as tutelas provisórias, desde que atendidos os respectivos requisitos, não exigem mais a propositura de ação independente, podendo ser examinadas *incidenter tantum*, razão pela qual prescindem de uma autuação *ex novo*, com o recolhimento de custas e o cumprimento de outros consectários legais, a exemplo da citação da parte contrária. Isso porque o CPC/2015 não estabeleceu um procedimento específico para requerer a tutela, bastando que o interessado atravesse uma simples petição nos próprios autos do processo principal.[501]

As custas, porém, são devidas quando a tutela é pleiteada em caráter antecedente, devendo, então, corresponder ao valor da causa, considerado o pedido final, conforme estabelece o art. 303, § 4º, do *Codex.* É que, como lembra Cândido Rangel Dinamarco, além dos gastos gerais que o Estado assume com a manutenção do aparelho Judiciário, ele incorre também em um custo específico relativo a cada processo, "representado pelas despesas que sua realização ocasiona".[502]

Por isso, para cada ação ajuizada *ab ovo* será necessário o recolhimento de custas,[503] sempre que possível proporcionais à dimensão material do direito nela pleiteado,[504] de modo a

---

[499] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. "Não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar."

[500] Cf. nota 21, art. 295. A tutela provisória requerida em caráter incidental independe do pagamento de custas."

[501] NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado.** 18. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, p. 836.

[502] DINAMARCO, Candido, Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. Tomo I. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 171.

[503] As custas judiciais, *lato sensu*, a teor dos art. 77 do Código Tributário Nacional, têm a natureza jurídica de taxas, por constituírem um serviço público específico e divisível. Para uma especificação do conceito de custas, v. a nota de rodapé 40.

[504] Cf. nota 21, art. 291. A toda causa será atribuído valor certo, ainda que não tenha conteúdo econômico imediatamente aferível." Esse valor deverá constar da petição inicial e servirá, dentre outras coisas, para o cálculo

ressarcir adequadamente o erário, pouco importando o número de incidentes processuais suscitados, cujas despesas, a princípio, já estão contempladas no cálculo realizado *initio litis*, [505]salvo se acarretarem um gasto extraordinário, a exemplo da remuneração de peritos, leiloeiros ou tradutores.[506] Nessa hipótese, a parte que requerer o ato deverá antecipar o seu pagamento, procedendo da mesma forma caso tal lhe seja determinado pelo juiz, de ofício ou a pedido do Ministério Público, conforme dispõe o art. 82 do CPC/2015.[507]

5.9.5. Eficácia, revogação e modificação

Como regra, a tutela provisória, seja ela de urgência ou de evidência, mantém a sua eficácia ao longo do processo, inclusive durante a suspensão deste,[508] podendo, contudo, ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, conforme dispõe o art. 296 do CPC/2015.[509] Suspenso o processo, ela pode ser levantada, mas isso só ocorre mediante decisão judicial expressa.

---

do valor das custas, seja para a propositura da ação, seja para a interposição de recurso. É interessante notar que o art. 292, § 3º, do CPC, dispõe o seguinte: "O juiz corrigirá, de ofício e por arbitramento, o valor da causa quando verificar que não corresponde ao conteúdo patrimonial em discussão ou se o proveito econômico perseguido pelo autor, caso em que se procederá ao recolhimento das custas correspondentes". Também ao réu é dado impugnar o valor da causa, segundo o art. 293. do *Codex*.

[505] Trata-se da obrigação de efetuar o chamado "preparo", previsto no art. 257 do CPC de 1973, que falava em feito a ser "preparado no cartório em que deu entrada". O Código vigente, em seu art. 290, alude a "pagamento das custas e despesas de ingresso em 15 dias", sob pena de cancelamento da distribuição.

[506] A Associação dos Advogados de São Paulo, de forma bastante elucidativa, faz uma distinção entre custas, taxas e despesas. Confira-se: "Custas processuais são valores devidos pelas partes ao Estado em razão dos serviços judiciários prestados na tramitação das ações. Dentro desses valores estão as taxas judiciárias e as despesas processuais. De acordo com a Lei Estadual paulista nº 11.608/03, a 'taxa judiciária abrange todos os atos processuais, inclusive os relativos aos serviços de distribuidor, contador, partidor, de hastas públicas, da Secretaria dos Tribunais, bem como as despesas com registros, intimações e publicações'. Já as despesas são os valores de natureza não tributária, para remuneração de atos necessários ao andamento processual, como, por exemplo, honorários de peritos, despesas postais para citações e intimações, comissão de leiloeiro, entre outras previstas no parágrafo único do artigo 2º da referida Lei". Disponível em: https://www.aasp.org.br/noticias/tjsp-custas-processuais-entenda-o-que-sao-e-saiba-como-calcular/. Acesso em: 29 de jan. de 2020.

[507] Cf. nota 21, art. 82. Salvo as disposições concernentes à gratuidade da justiça, incumbe às partes prover as despesas dos atos que realizarem ou requererem no processo, antecipando-lhes o pagamento, desde o início até a sentença final ou, na execução, até plena satisfação do direito reconhecido no título. § 1º Incumbe ao autor adiantar as despesas relativas a ato cuja realização o juiz determinar de ofício ou a requerimento do Ministério Público, quando sua intervenção ocorrer como fiscal da ordem jurídica. § 2º A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou.

[508] Cf. nota 21, as hipóteses de suspensão do processo estão estabelecidas no art. 313 do CPC.

[509] Cf. nota 21, art. 296. A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada. Parágrafo único. Salvo decisão judicial em contrário, a tutela provisória conservará a eficácia durante a suspensão do processo.

Vale lembrar que, em geral, a tutela provisória é deferida por meio de uma decisão interlocutória, a qual, como visto, é atacável por meio de agravo de instrumento, que não tem efeito suspensivo, salvo se o relator ou o colegiado do tribunal para o qual é dirigido o recurso conceder a medida. Da mesma forma, como já assentado acima, a tutela provisória conferida em um dos capítulos da sentença também não tem efeito suspensivo,[510] surtindo efeitos imediatos, os quais perduram até o encerramento da lide. Claro, desde que a sentença seja de provimento, porque se for de improcedência a tutela provisória deixa de subsistir, ainda que sujeita a apelação. A solução do legislador não poderia ser diferente, pois, caso contrário, "conduziria à absurda situação de dar prevalência a uma decisão provisória, fundada em cognição sumária, sobre uma decisão definitiva, plasmada em cognição exauriente".[511]

Prolatada a sentença de improcedência, a extinção da tutela provisória é automática, não se exigindo qualquer manifestação do julgador nesse sentido. Em situações excepcionais, é possível conferir-se sobrevida à tutela provisória, mesmo diante de um pronunciamento judicial adverso, especialmente no âmbito dos tribunais, quando o resultado é alcançado por maioria de votos. Nesse caso, a decisão de preservá-la deverá ser expressa, evidenciando-se a possibilidade da ocorrência de dano se ela deixar de subsistir.

A revogação ou modificação da tutela provisória, como resulta do texto legal, sempre pode ocorrer, devendo, contudo, estar devidamente fundamentada, quando mais não seja em homenagem ao disposto no art. 93, IX, da CF/1988, evidenciando os novos elementos trazidos aos autos que revelem a alteração da situação fática ou jurídica antecedente ou, ainda, a ocorrência do *periculum in mora* inverso. Ademais, considerada a boa-fé processual objetiva, abrigada no art. 5º do CPC/215,[512] fica proscrita qualquer atuação contraditória das partes e, até mesmo, do juiz, caso tenham o potencial de vulnerar princípio da segurança jurídica ou o postulado da legítima confiança.

De todo o modo, a tutela provisória caracteriza-se pelo signo da precariedade, pois é deferida *rebus sic stantibus*, quer dizer, à luz dos fatos contemporâneos à sua concessão, sendo suscetível, assim, ao confronto com elementos probatórios que indiquem a modificação da

---

[510] MARQUES, José Frederico. MARQUES, José Frederico **Manual de processo civil***:* Processo de Conhecimento. 2. ed. Vol. III (segunda Parte). São Paulo: Saraiva, 1976. 47. Aqui o autor explica o seguinte: "Capítulos da sentença são as questões preliminares que o juiz deva apreciar a fim de decidir sobre a admissibilidade da tutela jurisdicional, assim como as preliminares de mérito, as questões prejudiciais, e cada um dos pedidos cumulados em *simultaneus processus*".

[511] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al*. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 296.

[512] Cf. nota 21, art. 5º. Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé."

situação primitiva, ensejadores da revogação ou da modificação do provimento judicial, sempre com efeitos *ex tunc*, retornando-se, então, ao *statu quo ante*,[513] à semelhança do que ocorre com as execuções provisórias, nos termos do art. 502, II, do CPC/2015.[514]

5.9.6. Efetivação das tutelas provisórias

O novo Código, no art. 297,[515] provê o juiz com o instrumental necessário para dar efetividade às tutelas provisórias, considerada a sua essencialidade para que o processo alcance os respectivos fins, tendo em conta, sobretudo, o inelutável transcorrer do tempo. É que a prestação jurisdicional não se "limita apenas ao resultado, mas também aos meios tendentes à sua consecução".[516]

Por isso, é lícito ao magistrado lançar mão de quaisquer medidas hábeis para colocar em prática as tutelas de urgência e de evidência, de maneira a que, também elas, a seu modo, tenham a aptidão de realizar o direito subjetivo cuja proteção é buscada ao final do processo. Daí, à semelhança do que ocorre com as medidas executivas em geral, caracterizadas pela atipicidade, o legislador houve por bem permitir que o juiz maneje todos os meios que considerar adequados para dar efetividade às tutelas provisórias.

Cumpre registrar que o parágrafo único do dispositivo que rege a matéria estabelece que tal se dará com a observância das normas atinentes ao cumprimento provisório da sentença, caso a medida não seja cumprida espontaneamente pela pessoa contra quem foi manejada. Ocorre que a redação do preceito ostenta um complemento, qual seja, "no que couber". Isso significa que o juiz fica livre dos " 'freios' da execução provisória ou mesmo da tipicidade e

---

[513] DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al*. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada, antecipação dos efeitos da tutela. Vol. 2. 11. ed. Salvador: Jus Podium, 2016, p. 599.

[514] Cf. nota, 21, art. 502. […] II - fica sem efeito, sobrevindo decisão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidando-se eventuais prejuízos nos mesmos autos".

[515] Cf. nota, 21, art. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas à efetivação tutela provisória. Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas inerentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber".

[516] MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código Civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 487.

adequação dos meios executivos", caracterizando uma "verdadeira *fungibilidade*" destes, [517] com base nos poderes que lhe são conferidos pelo art. 139, IV, do CPC/2015.[518]

Interessantemente, Humberto Theodoro Júnior entende, a propósito, que aqui se está diante de um "poder tutelar geral do juiz", mais amplo que do que o antigo poder geral de cautela, porquanto se estende a todas as tutelas provisórias, quer de urgência, quer de evidência, comportando a adoção de medidas atípicas, pois "não se restringem apenas a figuras ou hipóteses prefinidas em lei".[519] Mas, em que pese essa ampla discricionariedade, as providências empreendidas jamais poderão ferir a proporcionalidade, a qual pode ser resumida, em última análise, à estrita correspondência entre meios e fins, bem assim à proibição do excesso.

5.9.7. Motivação, denegação, modificação e revogação

A exigência de motivação das decisões judiciais, sob pena de nulidade, decorre, como já assentado acima, da garantia abrigada no art. 93, IX, da CF/1988. Afigura-se, assim, de certo modo, ociosa a determinação do art. 298 do CPC/2015 no sentido de que todos os provimentos judiciais relativos às tutelas provisórias sejam devidamente fundamentados, aliás, mais do que isso, exigindo a sua explicitação "de modo claro e preciso".[520] Nesse sentido, vale trazer à colação paradigmático trecho de julgado do Supremo Tribunal sobre o tema:

> A decisão, como ato de inteligência, há de ser a mais completa e convincente possível. [...] O juiz é um perito na arte de proceder, devendo enfrentar as matérias suscitadas pelas partes, sob pena de, em vez de examinar todo o conflito de interesses, simplesmente decidi-lo, em verdadeiro ato de força, olvidando o ditame constitucional da fundamentação, o princípio básico do aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.[521]

---

[517] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al*. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 491-492.

[518] Cf. art. 21, Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe […] IV- determinar todas as medidas indutivas, coercitivas e mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;"

[519] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Vol. I. 61. ed. Rio de Janeiro; Forense, 2020, p, 621.

[520] Cf. nota 21, art. 298. Na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz motivará seu convencimento de forma clara e precisa.

[521] BRASIl. Supremo Tribunal Federal. RE 435256, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 26/05/2009, DJe-157 DIVULG 20-08-2009 PUBLIC 21-08-2009 EMENT VOL-02370-06 PP-01253.

Não se pode deixar de ter presente, todavia, que a locução final do artigo sob exame, no fundo, quer dizer que o CPC/2015 repudia decisões de cunho genérico ou que façam simples menção à necessidade da concessão da tutela ou, ainda, à presença de seus requisitos de forma abstrata, nada impedindo, porém, que a motivação seja sucinta.[522] É que se está diante de uma cognição sumária, e não exauriente, decidida pelo juiz com os elementos de convicção, ainda precários, que tem diante de si.

Mas quem atua no cotidiano forense sabe que, em geral, as tutelas provisórias são concedidas ou indeferidas por meio de decisões interlocutórias, as quais, não raro, limitam-se a assentar, de maneira vaga, "defiro (ou denego) a medida, presentes (ou ausentes) os requisitos autorizadores". Bem por isso Teresa Arruda Alvim Wambier assenta, com propriedade, que "fundamentação inadequada é o mesmo que fundamentação ausente".[523] Em boa hora, portanto, o legislador, embora de forma redundante, incluiu o referido comando no novo código processual certamente inspirado por pragmático didatismo.

Como observação final nesse tópico, cumpre assentar que, mesmo admitida, em determinadas circunstâncias, a fundamentação *per relationem*,[524] a simples referência a peças do processo não supre a exigência legal de motivação.[525] Com efeito, a mera remição, pelo juiz, a elementos probatórios encartados nos autos que, supostamente, comprovam ou afastam a presença do *fumus boni iuris* ou do *periculum in mora*, sem qualquer consideração mais direta e elaborada acerca da situação fática sob exame, enseja a nulidade da decisão.

---

[522] Cf. HC 105349 AgR, "A falta de fundamentação não se confunde com fundamentação sucinta. Interpretação que se extrai do inciso IX do art. 93 da CF/1988." BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 105349 AgR, Relator(a): AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 23/11/2010, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-032 DIVULG 16-02-2011 PUBLIC 17-02-2011

[523] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al*. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 493.

[524] Denomina-se *per relationem* a técnica de fundamentação mediante a qual se faz remissão ou referência às alegações de uma das partes, a precedente ou a decisão anterior nos autos do mesmo processo. O STF entende que essa prática não equivale à ausência de fundamentação, desde que as peças referidas contenham os motivos que ensejam a decisão do processo. Por exemplo, MS 27.350/MC-DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 29/05/2008.

[525] MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código Civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 489.

5.9.8. Competência para o deferimento da tutela

De forma pedagógica, o novo Código define, em seu art. 299, qual o órgão competente para decidir sobre as tutelas provisórias.[526] De acordo com a primeira parte da cabeça do dispositivo, tais medidas, em geral, são requeridas ao juízo da causa. Cuida-se, aqui, evidentemente, daquelas que envolvem a tutela incidental, porquanto são requeridas no bojo de um processo em pleno andamento, onde já existe um juízo prevento.

Quando se trata de tutela de urgência antecedente, ou *ante causam*, há uma dificuldade um pouco maior, porquanto o pedido é formulado antes do ajuizamento da ação principal,[527] devendo, então, ser dirigido ao juízo competente para, em tese, conhecer desta última. Como as regras de competência nem sempre são muito claras, pode ocorrer que o pleito seja dirigido a um juízo incompetente, mesmo porque a competência só exsurge de forma mais translúcida com a formulação do pleito definitivo.

Emerge, assim, uma pergunta: poderia um magistrado incompetente deferir a tutela, diante da necessidade de acudir a uma situação de dano irreparável? O próprio Código admite a hipótese, no § 4º do art. 64, ao assentar o seguinte: "Salvo decisão judicial em sentido contrário, conservar-se-ão os efeitos da decisão proferida pelo juízo incompetente, até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente".

Este último – após ocorrida a *traslatio judicii* –[528] poderá manter os efeitos, revogá-los, total ou parcialmente, ou, ainda, substituí-los por outra decisão.[529] Tal norma vale tanto

---

[526] Cf. nota 21, art. 299. A tutela provisória será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juizo competente para conhecer do pedido principal. Parágrafo único. Ressalvada disposição especial, na ação de competência originária do tribunal e nos recursos, a tutela provisória será requerida ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito.

[527] Segundo alguns doutrinadores, apenas as tutelas de urgência, tanto a cautelar quanto a antecipada, podem ser pleiteadas em caráter antecedente, mas o mesmo não ocorre com a tutela de evidência, "a qual demanda, necessariamente, um processo preexistente para ser requerida". Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al*. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 494.

[528] O instituto consiste em trasladar para outro foro, depois considerado competente, a relação jurídico-processual originalmente processada em juízo distinto.

[529] É a posição do STF, "Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Improbidade administrativa. Processual. Incompetência absoluta. Anulação dos atos decisórios praticados. Exegese do art. 64, § 4º, do NCPC. Conservação da eficácia das decisões até ulterior deliberação do juízo competente. Supressão de instâncias. Decisão que compete à Justiça estadual. Agravo regimental não provido. 1. O art. 64, § 4º, do NCPC, introduzindo dinâmica distinta daquela do CPC/1973, previu que os atos decisórios praticados por juízo incompetente conservam sua validade e eficácia até posterior manifestação do juízo competente, o qual, observados o contraditório e a ampla defesa, poderá ratificá-los ou não. 2. Reconhecida a competência da Justiça estadual para processar e julgar a demanda, a ela compete, *a priori*, analisar quais atos decisórios prolatados pelo juízo anterior serão ou não revogados, mesmo em casos de incompetência absoluta. Precedentes. 3. Excepcionalmente, a Suprema Corte poderá declarar, de imediato, a nulidade de deliberações, desde que satisfeitos os requisitos da

para a incompetência absoluta quanto para relativa, pois o *caput* do dispositivo não faz nenhuma distinção entre ambas.[530] O que não se admite é o erro grosseiro na indicação do juízo.

Em se tratando de ações originárias ou de recursos nos tribunais, as tutelas provisórias, sejam elas de urgência ou de evidência, serão requeridas ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito, ressalvada disposição especial, isto é, a disciplina constante dos respectivos regimentos internos.

E aqui surge uma questão interessante quanto às decisões relativas a recursos ainda não admitidos: a quem cabe deferir a tutela provisória? A doutrina vem entendendo que, com a vigência do novo Código, compete ao relator ou aos órgãos colegiados dos tribunais apreciar o pedido.[531] Inobstante tal compreensão, subsistem ainda as Súmulas 634 e 635 do STF,[532] largamente aplicadas, inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), que remetem a decisão para os tribunais de origem. Assim, não basta a simples interposição do recurso, fazendo-se necessária sua admissão pelos tribunais para inaugurar a jurisdição destes quanto às tutelas provisórias.[533]

5.9.9. Especificidades e requisitos da tutela de urgência

O art. 300 do CPC/2015,[534] de forma minudente, especifica as notas distintivas e os requisitos da tutela de urgência, cujo escopo principal é prevenir um dano irreparável ou de

urgência e/ou imprescindibilidade da medida, os quais não se encontram presentes no caso concreto. 4. Agravo regimental a que se nega provimento". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 850933 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 02/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 12-05-2017 PUBLIC 15-05-2017.

[530] Cf. nota 21, art. 64. A incompetência, absoluta ou relativa, será alegada como questão preliminar da contestação. [...].

[531] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al*. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 494- 495.

[532] Súmula 634: "Não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem."

Súmula 635: "Cabe ao Presidente do Tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade."

[533] MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código Civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 492. Para o autor, após a reforma promovida no Código pela Lei 13.256/2016, voltou-se a prever que o juízo de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário se faça nos tribunais de origem. No mesmo sentido tem-se NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**, cit., p. 843. Estes advertem para a plena vigência das Súmulas 634 e 635 do STF, embora ressalvem a taxatividade do art. 299 do CPC de 2015.

[534] Cf. nota, art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. § 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte

difícil reparação. A expressão "urgência", explicitada no próprio nome da medida, revela, desde logo, que é preciso que esteja caracterizada a situação de emergência ou de perigo iminente com potencial de colocar em risco o direito material ou o exercício de um ato processual do requerente, sob pena carecer de respaldo a sua aplicação. Em outras palavras, a tutela de urgência só se justifica se restar claro que a inação do magistrado pode acarretar prejuízo para o requerente. Um lembrete oportuno: conforme remansosa jurisprudência dos tribunais, a mera demora na solução da demanda não constitui alegação apta a pleitear o provimento judicial.[535]

Tanto para a tutela de urgência cautelar (conservativa), como para a tutela de urgência antecipatória (satisfativa), exigem-se os dois requisitos, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, que a nova sistemática processual denomina, respectivamente, de "probabilidade do direito" e "perigo de dano" ou de "risco ao resultado do processo".

A fumaça do bom direito exigida para o deferimento da tutela de urgência não se confunde com o direito material reivindicado, em geral controvertido, cuja demonstração cabal só se dá ao final do processo, depois de submetidas as provas ao contraditório, em outras palavras, após uma cognição exauriente. Ao revés, para reconhecer o *fumus*, basta a simples "probabilidade" do direito, como diz a lei, que pode ser aferida a partir de um simples *coup d'oeil*. "O juízo necessário" – afirma Theodoro Júnior – "não é o de certeza, mas o de verossimilhança, efetuado sumária e provisoriamente à luz dos elementos produzidos pela parte".[536] Isso significa que compete a esta demonstrar, ainda que de modo sucinto, a provável existência de seu direito, não bastando a mera alegação.

O *periculum in mora*, por sua vez, objetiva afastar o risco de perecimento do bem da vida buscado na via judicial, considerado o lapso de tempo necessário - em geral bastante dilatado - para a obtenção de um pronunciamento definitivo. Afinal, segundo a famosa máxima de Carnelutti, "*se la giustizia è sicura non è rapida, se è rapida non è sicura*".[537] Ainda que o processo seja relativamente célere, ou melhor, tenha uma duração razoável, conforme exige o

---

possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la. § 2º A tutela pode ser concedida liminarmente ou após justificativa prévia. § 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

[535] Por exemplo: "A simples demora na solução da demanda não pode, de modo genérico, ser considerada como caracterização da exigência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, salvo em situações excepcionalíssimas" (Resp 1134.368, Primeira Turma, rel. Min. José Delgado, j. 19/05/97).

[536] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Vol. I. 61. ed. Rio de Janeiro; Forense, 2020, p. 624.

[537] *Apud* TOURINHO FILHO, Fenando da Costa. **Processo Penal**. vol. 3. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 92. Fazendo alusão à célebre frase de Carnelutti, o autor louva o esforço dos legisladores que procuram desvendar fórmulas para imprimir um andamento célere ao processo, advertindo, porém, para o seguinte: "Não tão célere que prejudique a discussão da causa, e não tão moroso que dilate a solução do litígio".

texto constitucional, durante o seu transcurso podem ocorrer fatos prejudiciais à eficácia da prestação jurisdicional almejada.

Prosseguindo na senda da doutrina italiana,[538] vale assinalar, em complemento, que o fenômeno acima descrito é por ela conhecido como "*pericolo da infruttuosità*", ou seja, "perigo da infrutuosidade", superável mediante "cautelares conservativas, destinadas a manter inalterada determinada situação fática".[539] O dano, por outro lado, também pode surgir com a demora na entrega da tutela definitiva, intitulando-se então de "*pericolo nel ritardo*", quer dizer, "perigo de tardança", a ser "combatido pela antecipação provisória dos efeitos práticos do provimento final".[540]

Curiosamente, a doutrina pátria assenta que há uma espécie de "regra da gangorra" no tocante à materialização dos requisitos legais exigidos para o deferimento da tutela, assinalando que, "***quanto maior o 'periculum' demonstrado, menos 'fumus' se exige para a concessão da tutela pretendida***", porquanto, salvo clara "inconsistência do direito alegado", o importante para a concessão da medida é a caracterização da urgência.[541]

De qualquer maneira, o que não se admite é a ausência total do *fumus boni iuris*, pois um mínimo de probabilidade do direito há de ser exigida para a concessão da tutela de urgência, mesmo porque o *caput* do dispositivo em comento liga os dois requisitos pela conjunção aditiva "e", significando que ambos precisam estar sempre presentes, embora, na espécie, o valor dado ao *periculum in mora*, possa ter preponderância.

Medina assevera, com razão, que esses pressupostos "não são examinados separadamente e, depois, somados, como se se estivesse diante de uma operação matemática", porquanto existe "muita influência, verdadeira interação entre eles".[542] Essa avaliação, como é

---

[538] BUENO, Cassio Scarpinella. Tutela provvisoria nel CPC brasiliano: note per la comparazione con il diritto processuale civile italiano. **Revista de Processo**. vol. 280. São Paulo: Thompson Reuters, Jun/2018, p. 9. O autor revela o débito da doutrina brasileira para com a italiana no caso dos "*provvedimenti cautelari a strumentalità attenuata*", acolhidos pela nova processualística pátria, que são aqueles "*secondo cui il provvedimento cautelare emanato prima dell'inizio della causa di merito conserva efficacia (provvisoria) anche se la causa di merito non sia instaurata o successivamente alla sua instaurazioni si estingua*", conforme entendimento corrente entre os especialistas peninsulares

[539] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipativa**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 173. Cf. também MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 497. Além de Pierro Calamandrei, o primeiro menciona Enrico A. Dini e Giovanni Mammone, já o segundo cita Italo Andolina.

[540] Ibidem, p. 173.

[541] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al*. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 498, negrito e itálico no original.

[542] MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código Civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 499.

evidente, comporta uma certa dose de subjetividade por parte do juiz. Não obstante tenha ele uma tal discricionariedade, segundo alguns autores, diante da presença dos requisitos, que ostentam um caráter objetivo, "não lhe é dado optar pela concessão ou não da tutela de urgência, pois tem o dever de concedê-la".[543]

Fredie Didier Júnior e outros advertem, contudo, que não é qualquer o perigo de dano que enseja a tutela de urgência, porquanto ele precisa ser: (i) concreto, quer dizer, não meramente imaginado, abstrato, originado de um simples receio subjetivo; (ii) atual, isto é, deve estar ocorrendo ou próximo de ocorrer; e (iii) grave, em outras palavras, que tenha o condão de prejudicar ou obstar o desfrute do direito.[544] A perigo de dano, completa José Roberto Bedaque, "pode referir-se não só a interesses ou direitos de conteúdo econômico", mas também aqueles sem essa conotação", visto que o conceito abrigado na lei é amplo, permitindo uma exegese extensiva.[545]

De qualquer maneira, precisa sempre caracterizar-se como irreparável ou de difícil reparação. A irreparabilidade corresponde à irreversibilidade, significando que, uma vez concretizado o dano, não há mais possibilidade de volta ao estado anterior. Já a dificuldade na reparação do dano decorre ou da antevisão de que o responsável por sua compensação futura não terá condições de fazê-lo, ou da complexidade em se estimar ou quantificar o possível prejuízo.

Há situações, contudo, nas quais a medida de urgência não diz respeito a um dano irreparável ou de difícil reparação, voltando-se, em verdade, contra um ato ilícito, atacável por meio de uma tutela inibitória, reintegratória ou ressarcitória.[546] A primeira hipótese, "tem por fim evitar a ocorrência de um ato contrário ao direito ou impedir sua continuação"; a segunda, "é aquela predisposta à remoção de um ilícito já praticado, visando impedir sua repetição ou continuação"; finalmente a terceira, pode "efetivar-se com o ressarcimento pelo equivalente em dinheiro ou pelo ressarcimento específico", como no caso da recomposição de um ilícito ambiental, que imponha o replantio das espécies atingidas.[547]

---

[543] NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado.** 18. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019,

p. 846

[544] DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al*. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada, antecipação dos efeitos da tutela. Vol. 2. 11. ed. Salvador: Jus Podium, 2016, p. 610.

[545] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipativa**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 173

[546] DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* op. cit., p. 611.

[547] Ibidem, p. 610-611.

5.9.10. Exigência de contracautela

O parágrafo § 1º do art. 300 do CPC/2015 estabelece a possibilidade de o juiz exigir uma caução real ou fidejussória para ressarcir eventuais danos que possam ser suportados pela parte atingida pela tutela de urgência, conhecida por contracautela. Trata-se de uma forma de dar efetividade ao princípio da isonomia entre as partes, evitando que uma delas carregue sozinha o ônus da medida. Não obstante, o próprio dispositivo legal prevê que a caução pode ser dispensada se a parte não for capaz de prestá-la, sobretudo tratando-se de alguém economicamente hipossuficiente.

Andou bem o legislador nesse caso, pois o estabelecimento de uma exigência de tal magnitude, sem qualquer temperamento, seria até inconstitucional, eis que configuraria barreira instransponível para o deferimento da medida, representando, no fundo, obstáculo impeditivo ao próprio acesso à Justiça.

Nesse ponto pode surgir uma questão de relevante interesse prático: seria exigível que o hipossuficiente comprove a carência de recursos econômicos? A resposta para essa indagação pode ser extraída da jurisprudência do STF no tocante à obtenção da assistência judiciária gratuita. A Corte, de há muito, consolidou o entendimento segundo o qual basta a simples afirmação do interessado de que não dispõe de recursos para arcar com as despesas do processo, cabendo à parte contrária impugnar tal assertiva. Confira-se:

> ALEGAÇÃO DE INCAPACIDADE FINANCEIRA E CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA GRATUIDADE. O acesso ao benefício da gratuidade, com todas as consequências jurídicas dele decorrentes, resulta da simples afirmação, pela parte (pessoa física ou natural), de que não dispõe de capacidade para suportar os encargos financeiros inerentes ao processo judicial, mostrando-se desnecessária a comprovação, pela parte necessitada, da alegada insuficiência de recursos para prover, sem prejuízo próprio ou de sua família, as despesas processuais. Precedentes. Se o órgão judiciário competente deixar de apreciar o pedido de concessão do benefício da gratuidade, reputar-se-á tacitamente deferida tal postulação, eis que incumbe, à parte contrária, o ônus de provar, mediante impugnação fundamentada, que não se configura, concretamente, o estado de incapacidade financeira afirmado pela pessoa que invoca situação de necessidade. Precedentes[548] (RE nº 245.646-AgR/RN, Relator o Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 13/2/09).

[548] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 245646 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/12/2008, DJe-030 DIVULG 12-02-2009 PUBLIC 13-02-2009 EMENT VOL-02348-03 PP-00591 RDECTRAB v. 16, n. 176, 2009, p. 128-134 RT v. 98, n. 883, 2009, p. 156-160.

Como assenta o texto legal, a caução[549] pode ser real, representada, *verbi gratia*, pela hipoteca de imóveis e o penhor de bens móveis, ou, então, fidejussória, consistente naquela prestada por pessoa, em geral estranha ao processo, que assume a obrigação de satisfazer o débito em lugar do devedor, sendo as principais modalidades dessa garantia o aval e a fiança. A primeira recai sobre uma coisa (*res*), ao passo que a segunda é uma garantia pessoal, derivada da confiança (*fides*).[550]

Seja qual for a sua modalidade, a caução precisa ser idônea, isto é, compatível com o potencial prejuízo que possa causar à parte que suporta a tutela, mesmo porque, caso ela se revele imprópria, quer no decorrer da lide, quer ao final dela, a parte que a requereu responderá por perdas e danos. A exigência de contracautela, assim considerada, pode ocorrer em dois momentos, a saber: por ocasião de sua concessão ou quando de sua execução, ou, ainda, em qualquer outra oportunidade, sempre "antes que algum ato possa causar prejuízo ao réu (art. 297 c/c 520, inciso IV)".[551]

5.9.11. Concessão inaudita altera parte

As tutelas de urgência, cujo objetivo é o de evitar o perecimento de um direito ou a manutenção de determinada situação, não raro, são concedidas *inaudita altera parte*, para que não possam ser obstadas pela pessoa, natural ou jurídica, contra as quais são direcionadas, prevenindo chicanas e a litigância de má-fé. Ainda que sejam de cunho satisfativo, não há, nessa forma de proceder, qualquer ofensa ao princípio constitucional do contraditório, o qual é meramente diferido no tempo, além ser passível de ataque por meio do recurso cabível. Uma vez concedida ou denegada a tutela, segue-se a regular citação do réu, que poderá defender-se com os todos meios processuais colocados à sua disposição.

Caso a tutela não tenha sido outorgada em sede liminar, nada impede que o juiz venha a concedê-la depois da resposta do réu. Vale registrar, nesse ponto, que a atuação judicial *in*

[549] A palavra caução provém do latim *cautio*, que significa precaução, cautela ou prudência. Sobre o sentido do termo, V. FARIA, Ernesto. **Dicionário escolar latino-português**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1967. Em linguagem jurídica, corresponde à garantia exigida para o cumprimento de futura indenização pelo eventual descumprimento de uma obrigação, inclusive originada de dano.

[550] Garantia Fidejussória. In: FRANÇA, Rubens Limongi (coord.). **Enciclopédia Saraiva do Direito**. Vol. 39. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 351.

[551] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al*. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 500.

limine não é algo que possa ser cogitado como rotina, pois ela só se mostra apropriada "se sua prévia ciência puder comprometer, tornar inócua ou ineficaz a medida pleiteada".[552]

Pode ocorrer, no entanto, que o magistrado não se convença de imediato da presença do *periculum in mora* ou do *fumus boni iuris*, embora não a exclua definitivamente. Nessa hipótese, o § 3º do artigo sob análise permite que a medida seja deferida "após justificativa prévia". A justificativa é realizada em uma audiência singela, limitada à comprovação dos requisitos para a concessão da tutela, na qual o requerente produz provas, abrindo-se para a parte contrária a possiblidade de contestá-las. Essa audiência não se confunde com aquela que é realizada depois da resposta do réu e nem com a justificação a que se refere o art. 381, § 5º, do CPC/2015.[553] É possível, como admite a doutrina - e o próprio bom-senso - que a justificação se faça apenas mediante a intimação do autor, caso a ouvida do réu possa tornar ineficaz medida.[554]

5.9.12. Reversibilidade da medida

Como já se viu, tutela de urgência tem como objetivo principal prevenir um dano irreparável ou de difícil reparação. Mas há uma outra face dessa moeda, representada pela proibição formal, estatuída no § 3º do art. 300 do CPC/2015, de concessão da medida "quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão". É aquilo que, tradicionalmente, se denomina de *periculum in mora* inverso. Essa proibição mostra-se até intuitiva, correspondendo ao vetusto princípio do Direito Romano "*neminem laedere*", que se traduz por "não lesar a outrem".[555] Trata-se, de uma "irreversibilidade fática, e não jurídica", visto que "a decisão, sob

[552] MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código Civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 500.

[553] Ibidem. A audiência prevista no art. 381, § 5º, do CPC/2015, constitui um meio de antecipação de prova, destinando-se a "[…] justificar a existência de algum fato ou relação jurídica para simples documento e sem caráter de contencioso […]".

[554] NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado.** 18. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, p. 847.

[555] VASCONCELLOS, Manoel da Cunha Lopes *et al.* **Digesto ou Pandectas do Imperador Justiniano**. vol. I. São Paulo: YK Editora, 2017, p. 63-64. O preceito, que integra a referida compilação, promulgada em 15 de dezembro de 533, foi enunciado pelo jurisconsulto romano Ulpiano, cuja dicção integral é a seguinte: "*Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*" ("Os preceitos do direito são estes: viver honestamente, não lesar a outrem, dar a cada um o que é seu.").

o aspecto jurídico, é sempre reversível, bastando para tanto que seja revogada, cassada ou modificada".[556]

A exigência de reversibilidade da medida decorre de sua própria natureza, qual seja, a precariedade ou provisoriedade, pois, se assim não fosse, ao invés de uma tutela provisória estar-se-ia concedendo uma tutela definitiva, mesmo antes de uma cognição exauriente, quer dizer, a partir de um mero juízo de verossimilhança, o que militaria contra a lógica do sistema.

Não se ignora, todavia, que, em determinadas circunstâncias, como aquelas que caracterizam riscos à saúde, à segurança ou ao ecossistema, o provimento judicial precisa ser imediato e eficaz, impossibilitando, muitas vezes, o retorno ao *statu quo ante*. É o caso de cirurgias, demolições ou intervenções ambientais urgentes e inadiáveis. Nessas situações, há que se fazer uma ponderação de valores, porquanto a inação do juiz pode causar um dano irreversível. De qualquer modo, diante da multifacetada realidade fática, os processualistas têm entendido que, quando existir possibilidade de resolver-se o prejuízo em perdas e danos, a medida, inobstante definitiva, deve de ser concedida.[557]

5.9.13. Efetivação da tutela de urgência

Os diversos instrumentos para tornar efetiva a tutela de urgência encontram-se discriminados no art. 301 do CPC/2015. São eles: arresto, sequestro, arrolamento de bens e registro de protesto contra alienação de bem. Mas o rol é meramente exemplificativo e não taxativo, pois o mencionado dispositivo legal, registra, *in fine*, que o juiz pode lançar mão de "qualquer outra medida idônea para asseguração do direito".

Aqui se está, inequivocamente, diante do poder geral de cautela dos magistrados, seja qual for a instância a que pertençam. Esse poder nada mais é do que a competência que a lei, ou melhor, o próprio texto constitucional, lhes confere para que lancem mão das medidas que entendam necessárias e adequadas para melhor proteger o patrimônio jurídico dos jurisdicionados. Isso significa que podem empregar cautelares atípicas ou inominadas, quer

[556] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al*. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 501.

[557] NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado.** 18. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, p. 848. Nesse mesmo sentido, também MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código Civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 501.

dizer, outras medidas além daquelas expressamente previstas pelo legislador, a exemplo da busca e apreensão.

Mas não é só. Atualmente, até mesmo a estrita observância dos requisitos e pressupostos específicos para o deferimento das tutelas, tendo em conta a unificação dos procedimentos, passou a ser considerada "uma extravagância", valendo tal assertiva inclusive para aqueles previstos em leis especiais.[558] Isso porque, nos dias que correm, os problemas urgentes levados à apreciação do Judiciário são tão caleidoscópicos que a legislação, seja ela de caráter geral, seja de cunho específico, não tem mais o condão de prever soluções prontas e acabadas para todos eles. É escusado dizer que tal poder deve ser usado com parcimônia, e em estrita observância ao princípio de proporcionalidade, o qual significa, em sua acepção mais simples – nunca é demais repetir -, a rigorosa adequação dos meios aos fins.

Voltando às medidas específicas arroladas no dispositivo legal em comento, Teresa Arruda Alvim Wambier e outros, interessantemente, observam que o CPC/2015, a rigor, não as define, sendo necessário para compreendê-las recorrer a preceitos do Código decaído.[559] Assim, pode-se concluir que o arresto consiste na apreensão cautelar de bens com o objetivo de assegurar uma futura execução por quantia certa (arts. 813 e 814 do CPC/1973). De outra banda, o sequestro configura a apreensão de coisa litigiosa, específica e determinada, para garantir a sua entrega ao vencedor da demanda (art. 822 do CPC/1973). A distinção entre ambos é que o primeiro recai sobre quaisquer bens que possam assegurar o credor, ao passo que o segundo incide sobre um bem individualizado. Já o arrolamento, como diz o próprio nome, consiste em elaborar-se um rol ou inventário de bens com o escopo de impedir a sua dissipação ou desfazimento, ao longo do processo, sem que sejam objeto de constrição (art. 855 e segs. do CPC/1973). Finalmente, o protesto contra a alienação de bens, tem como propósito levar ao conhecimento de terceiros a existência de uma pretensão sobre os haveres de alguém (art. 867 e segs. do CPC/1973), sem ter a aptidão de anular ou obstar eventual negócio realizado com relação àqueles.

Questão instigante, do ponto de vista doutrinário, surge quando se trata da possível fungibilidade entre as medidas cautelares. Há aqueles que, com razão, entendem que é

---

[558] MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código Civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 506-507. O autor refere-se, exemplificativamente, aos requisitos e pressupostos do art. 209, § 2º, da Lei 9..279/1996 (que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial) e arts. 7º e 20 da Lei 8.429/1992 (que dispõe sobre sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito).

[559] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al*. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 502-503.

impróprio falar em permutabilidade dos meios de efetivação das tutelas de urgência, afigurando-se melhor assentar a "incidência do princípio segundo o qual, mais importante que o nome que a parte dá à ação, é o pedido na mesma veiculado (*da mihi factum, dabo tibi ius*)".[560] Isso porque o importante, no caso, é que o bem jurídico sob risco seja protegido da forma mais expedita possível, sem maiores elucubrações teóricas.

Outra discussão que pode ser travada consiste na possibilidade, ou não, de o órgão jurisdicional atuar *ex officio* na espécie. A resposta há de ser afirmativa, porquanto, de acordo com o art. 139, IV, do CPC/2015, incumbe ao juiz empreender as providências necessárias "para assegurar o cumprimento de ordem judicial".[561]

5.9.14. Prejuízos decorrentes da tutela de urgência

O art. 302 do CPC/2015 assenta que a parte responde pelo prejuízo que causar à parte adversa pelas consequências da tutela de urgência, independentemente da reparação devida por dano processual. Este é indenizável por força do art. 79, que impõe tal ônus à pessoa "que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente". Em tal caso é preciso apurar se as hipóteses caracterizadoras de tal conduta, a exemplo das descritas no art. 80, I e V, quais sejam, "alterar a verdade dos fatos" e "proceder de modo temerário", ocorreram efetivamente. Isso quer dizer que se faz necessário não só aprofundar a indagação acerca dos próprios fatos, como também sobre a culpa ou dolo do suposto infrator das regras processuais. Cuida-se, pois, de uma responsabilidade subjetiva. A mencionada reparação não se confunde com a multa por litigância de má-fé, aplicada pelo juiz com base no art. 81 do código vigente, a qual pode ser imposta cumulativamente com aquela.

A responsabilidade a que refere o *caput* do art. 302 é de caráter objetivo, bastando que ocorra qualquer uma das hipóteses de seus incisos, após a concessão da tutela de urgência, em suma: (i) a superveniência de sentença desfavorável; (ii) a desídia do requerente em fornecer os meios para a citação do requerido; (iii) a cessação da eficácia da medida; e (iv) o reconhecimento da prescrição ou decadência da pretensão do autor. Nessas situações, a indenização, sempre que possível, será liquidada nos próprios autos. A responsabilidade

[560] MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 510. Esse antigo brocardo jurídico, que se traduz por "dá-me o fato que lhe darei o direito", pode ser conjugado com outro igualmente vetusto, qual seja, "o juiz conhece o direito" (*iura novit curia*).

[561] Ibidem, p. 510.

objetiva deflui também do art. 520, I,[562] combinado com o art. 297, parágrafo único,[563] ambos da nova Lei processual.[564]

Embora no âmbito do direito privado a responsabilidade, tradicionalmente, derive da culpa em sentido genérico, isto é, informada tanto pela culpa *stricto sensu* como pelo dolo, o Código Civil atual, que substituiu aquele promulgado em 1916, caminhou no sentido de admitir também a responsabilidade objetiva, ou seja, sem qualquer consideração acerca da culpa, de maneira a melhor proteger a vítima, socializando os encargos.[565]

Tal se reflete com clareza dicção do art. 43 do CC, que atribui essa espécie de responsabilidade às pessoas jurídicas de direito público interno, pelos danos que causarem a terceiros,[566] com fulcro no art. 37, § 6º, da CF/1988, de teor praticamente idêntico. Outro exemplo dessa evolução encontra-se materializado no art. 927 da Lei Civil, que atribui tal tipo de responsabilidade àqueles que, habitualmente, desenvolvem atividades perigosas e de risco, não importando sejam elas lícitas ou ilícitas.[567] Nesse situações, basta demonstrar o dano e o nexo causal para ensejar a indenização.

Uma tal imputação de responsabilidade, independentemente de aferição da culpa, leva alguns autores a assentar que o rol previsto no art. 302 do CPC/2015 é taxativo, correspondendo a um *numerus clausus*, insuscetível de extensão, sob pena de ampliar-se uma sistemática que é excepcional.[568] Um dos que assim pensam é Sergio Cavalieri Filho, o qual se expressa dessa maneira: "Enquanto a responsabilidade com culpa foi a regra geral, a responsabilidade objetiva teve que ir sendo admitida aos poucos, apenas nas hipóteses expressamente previstas em lei".[569]

---

[562] Cf. nota 21, art. 520. O cumprimento provisório da sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo será realizado da mesma forma que o cumprimento definitivo, sujeitando-se ao seguinte regime: I – corre por iniciativa e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido.

[563] Cf. nota 21, art. 297. [...] Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença no que couber."

[564] MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 510.

[565] STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 159.

[566] Cf. nota 231, art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado o direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

[567] Cf. nota 231, art. 927. Aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para direitos de outrem.

[568] NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado.** 18. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, p. 851.

[569] CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 147.

Apesar de haver dissenso na doutrina, como já se viu, pode ocorrer que a tutela venha a ser decretada *ex officio* pelo juiz. De quem seria, então, a responsabilidade, da parte beneficiada pela medida ou do Estado? Há aqueles que entendem que, se "a parte beneficiar-se da tutela provisória sem opor óbice algum a sua efetivação, por certo que este comportamento protraído no tempo reflete a concordância tácita", fazendo emergir o dever de assumir os ônus de uma tutela afinal frustrada.[570]

A melhor solução, porém, parece ser aquela que aponta para a responsabilidade do ente público, pois não seria razoável fazer a parte inerte – por vezes até insciente –, ainda que tenha obtido vantagens com a efetivação da tutela, arcar com os prejuízos dela decorrentes.

Nessa hipótese, o Estado responderia objetivamente, assistindo-lhe o direito de regresso contra o magistrado, mas apenas se este tiver agido com dolo ou culpa, quer dizer, com a vontade deliberada de atingir o resultado lesivo ou por imperícia, imprudência ou negligência. Mas a decisão judicial, para atrair a responsabilidade do Estado, precisa estar totalmente "desconcertada do Direito", e o dano, ademais, não pode ter decorrido exclusivamente da conduta do lesado e nem tampouco resultado de algum motivo de força maior.[571]

5.9.15. Pedido de tutela antecipada antecedente

Antes de adentrar nas minúcias do tratamento legal que o CPC/2015 prescreveu à tutela antecipada, cabe destacar que apesar de sua semelhança com a tutela cautelar, as duas tutelas jurisdicionais não se confundem. Daniel Mitidiero apresenta de maneira didática as diferenças, identificando a tutela cautelar como "uma proteção jurisdicional que visa resguardar o direito a outra tutela de direito",[572] enquanto a tutela antecipatória é "simples meio para antecipação de resultados",[573] concluindo que ambas estão "em planos distintos: a primeira é resultado, a segunda é meio para sua obtenção"[574] Dito de outro modo, como coloca Cássio

[570] CASTRO, Daniel Penteado de. Responsabilidade pela fruição da tutela provisória. In: BUENO, Cassio Scarpinella *et al*. **Tutela provisória no CPC**: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, 149.

[571] FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 300-301.

[572] MITIDIERO, Daniel. **Antecipação de tutela**: da cautelar à técnica antecipatória. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil 2019, p. 54.

[573] MITIDIERO, Daniel. **Antecipação de tutela**: da cautelar à técnica antecipatória. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil 2019, p. 69.

[574] Ibidem, loc. cit.

Scarpinella Bueno, a tutela cautelar busca "assegurar o resultado útil do processo" ao passo que a tutela antecipada "permite satisfazer, desde logo, a pretensão do autor.

Feita essa pequena, porém importante observação, passa a se analisar as normas previstas no CPC/2015 sobre a tutela provisória antecipada. O art. 303 disciplina, com minúcias, os passos necessários para a obtenção de tutela antecipada antecedente, de caráter satisfativo, englobando, em um procedimento único, tanto o pedido inaugural, como o pleito final, se a urgência for contemporânea à propositura da ação.[575]

Nesse aspecto há uma notável inovação relativamente à sistemática do código processual anterior, que previa duas ações distintas para atingir o mesmo desiderato, a saber, uma cautelar e outra principal, com todos os ônus processuais que essa duplicidade acarretava.

Agora, mediante uma petição singela,[576] o autor limita-se a demonstrar o *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, a indicar o direito que pretende buscar em juízo e a informar o valor da causa, que corresponderá ao do pedido final. Caso a petição se mostre deficiente ou carecedora de elementos de convicção, o juiz determinará a sua emenda, em até cinco dias, sob pena de indeferimento e, consequente, extinção da ação.

Concedida a tutela, o autor deverá, no prazo de quinze dias ou em outro assinalado pelo juiz, aditar a inicial, juntando novos documentos, além de confirmar aquilo que pretende obter ao fim do processo. Tal aditamento se dará nos mesmos autos, sem o recolhimento de novas custas, embora possam ser eventualmente corrigidas. Essa petição complementar corresponde a uma verdadeira inicial, motivo pelo qual deverá contemplar todos os requisitos previstos no art. 319 do CPC/2015.

Nada impede, sendo até desejável, por razões de economia processual, que o autor cumule o requerimento de tutela antecipada com a petição inicial, caso tenha em mãos, desde logo, todas as provas que pretende produzir.[577]A não apresentação do aditamento pelo autor, depois de intimado, leva à extinção do processo sem exame de mérito, o mesmo ocorrendo se

---

[575] MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código Civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 512. Nesse aspecto, o autor assenta que, embora o dispositivo fale em "urgência contemporânea à propositura da ação", na verdade tratar-se-ia de uma tutela *ante causam*, pois só com o aditamento da inicial é que se conhecerá, com clareza, a extensão do pedido do autor.

[576] Cf. nota, 21 art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

[577] NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado.** 18. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, p. 853.

o réu, após ser citado, deixar transcorrer *in albis* o prazo para o recurso contra a concessão da tutela, que é o agravo de instrumento, a teor do art. 1015, I, do CPC/2015.

A inércia, em ambos os casos, embora sancionada com a mesma consequência, acarreta efeitos distintos, quais sejam: extinta a ação por omissão do autor, a tutela concedida é revogada, respondendo este pelos prejuízos causados à parte contrária; se a inação for do réu, que deixa de recorrer, a tutela subsistirá até ser revista em outra ação.[578] Nada obstante, cumpre lembrar que cabe apelação contra a sentença de extinção do processo, conforme o art. 1009 do CPC/2015.

O dispositivo sob exame prevê ainda, em seus incisos II e III, na esteira da filosofia que permeia a processualística inaugurada em 2015, a possibilidade de promover-se a conciliação ou mediação,[579] considerados verdadeiros instrumentos de pacificação social, as quais ocorrerão nos termos do art. 334 do CPC vigente,[580] depois de deferida a tutela de urgência.

A audiência correspondente "será realizada antes da apresentação de defesa pelo réu, tendo como objetivo a economia e celeridade processual", pois o legislador entendeu que o fato do demandado "se preparar para defender-se acirra os ânimos e dificulta o acordo".[581] Fernanda Tartuce, todavia, observa que, agora, com a nova sistemática, "a previsão de realizar a tentativa de conciliação entre as partes, a qualquer tempo no processo, situa-se entre os deveres do magistrado".[582] Restando frustrada a autocomposição, o prazo para contestação correrá na forma do art. 335, I, do referido diploma legal.[583]

---

[578] Trata-se da ação prevista no art. 304, § 2º, do CPC, para "rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada", a ser proposta no prazo de dois anos, a teor do § 5º mesmo dispositivo.

[579] Sobre os dois institutos, ver DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. vol. I, cit., p. 123-124. Para o autor, a "conciliação consiste na intercessão de algum sujeito entre os litigantes, com vistas a persuadi-los à autocomposição", sendo *extraprocessual* ou *endoprocessual*. Esta última pode "conduzir à *renúncia*, à *submissão* (reconhecimento do pedido, satisfação imediata) ou à *transação*, assim como à *desistência da ação* (mera extinção do processo, mantendo-se o *status quo ante*, como se demanda alguma houvesse sido proposta". Já a "mediação é a própria conciliação, quando conduzida mediante concretas propostas de solução a serem apreciadas pelos litigantes".

[580] Cf. art. 21, art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

[581] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al*. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 568.

[582] TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 5ª. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019, p. 50.

[583] Cf. nota 21, art. 335. O réu poderá oferecer contestação, por petição, no prazo de 15 (quinze) dias, cujo termo inicial será a data: I – da audiência de conciliação ou de mediação, ou da última sessão de conciliação, quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo, não houver autocomposição.

5.9.16. Estabilização da tutela antecipada

O art. 304[584] traz importante inovação no sistema processual pátrio ao conferir estabilidade à tutela antecipada, mesmo que o processo não chegue ao fim e ainda que não se materialize a coisa julgada. Em outras palavras, os efeitos do provimento judicial vestibular, em tese, poderão perdurar indefinidamente, não importando que tenham decorrido de mera cognição sumária.

Tal hipótese ocorre quando as partes se conformam com a decisão inicial, abrindo mão de recorrer ou de prosseguir com o feito para obter uma sentença definitiva, resultante de uma cognição exauriente. Tem-se aqui o fenômeno da ultratividade da tutela.[585]

Nesse passo, cumpre ressaltar, por oportuno, o esclarecimento de Teresa Arruda Alvim Wambier e outros, segundo os quais, embora o texto normativo fale em "recurso", mostra-se suficiente "a resistência, a manifestação do inconformismo do réu", em outras palavras, basta que ele veicule qualquer forma de oposição para que o processo não seja extinto.[586]

Embora, à primeira vista, cause certa perplexidade, a estabilização da tutela operada nesses moldes pode ser vantajosa tanto para o autor, que antecipa os efeitos de uma futura decisão favorável, como para o réu, o qual, permanecendo inerte, minimiza eventuais prejuízos derivados de uma ação cujo desfecho lhe será desfavorável, além de diminuir os custos do processo, por aplicação analógica do art. 701 e § 1º do CPC/2015.[587]

---

[584] Cf. nota 21, art. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso. § 1º No caso previsto no *caput*, o processo será extinto. § 2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do *caput*. § 3º A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito na ação de que trata o § 2º.§4º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida para instruir a petição inicial da ação a que se refere o §2º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida. §5º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, estingue-se após dois anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º. § 6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos referidos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalida, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo.

[585] Normalmente, o fenômeno da *ultratividade* é relacionado aos efeitos de uma lei que se protejam no tempo para além do prazo de sua vigência.

[586] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al*. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 512.

[587] DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al*. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada, antecipação dos efeitos da tutela, cit., p. 619.

A estabilização, cumpre notar, opera-se em duas fases: uma primeira, caracterizada pela precariedade, decorrente da inação das partes; e uma segunda, com caráter definitividade, resultante do não ajuizamento, no prazo de dois anos, da ação competente para rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada a que alude o § 2º do art. 304 do CPC/2015. Só nessa última fase é que os efeitos do provimento judicial aqui tratado não podem mais ser alterados. O referido prazo é decadencial, inadmitindo suspensão ou interrupção.[588]

Nesse ponto surge uma questão interessante: a estabilização irreversível dos efeitos da tutela antecipada faz coisa julgada? A resposta é negativa, pois a *res judicata* só se materializa a partir do exame de uma causa em cognição exauriente.[589] Daí a conclusão de que não cabe o manejo da ação rescisória, prevista no art. 966 do CPC/2015.

Vale registrar que, segundo uma interpretação literal do *caput* do art. 304 do CPC/2015, a sistemática da estabilização não se dirige à tutela cautelar, mas apenas à antecipada, porquanto é "concedida nos termos do art. 303", o qual cuida exatamente desta última medida. Não fosse isso, convém lembrar que a tutela cautelar corresponde a uma decisão temporária, cujo objetivo é manter íntegro o direito buscado ao final do processo. Por isso mesmo, sua eficácia é limitada no tempo.

De outro lado, embora controvertida a questão, alguns autores entendem que a estabilização alcançaria também a tutela antecipada concedida incidentalmente, por tratar-se de um instituto benfazejo a ser interpretado de forma ampliativa.[590] Outros, ao contrário, pensam que a exegese deve ser restritiva, não se aplicando à tutela antecipada requerida concomitantemente com o pedido de tutela final, nem àquela pleiteada no curso do processo, ainda que o réu não venha a recorrer.[591] Acrescentam, ademais, que a estabilização teria lugar apenas em se tratando de decisão de primeira instância, *inaudita altera parte*, não ocorrendo caso o réu já estiver presente no processo por ocasião da concessão da tutela ou se esta for obtida em sede recursal.[592] Quanto à essa intrincada temática, ainda não existe jurisprudência consolidada.

---

[588] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al*. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 513.

[589] Essa conclusão decorre não só da própria lógica do instituto, como também se encontra assentada, com todas as letras, no § 6º do art. 304 do CPC.

[590] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al*. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 512.

[591] NEGRÃO, Theotonio, GOUVÊA, José Roberto Ferreira, BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar e FONSECA, João Francisco Naves. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 47. ed. São Paulo: Saraiva. 2016, p. 373.

[592] Ibidem, loc. cit.

5.9.17. Aspectos procedimentais da tutela cautelar antecedente

Os arts. 305, 306, 307, 308, 309 e 310 do CPC/2015, que são autoexplicativos, tratam de aspectos procedimentais relativos à tutela cautelar antecedente, especialmente quanto à petição inicial, ao pedido principal, à contestação do réu e aos efeitos da revelia, dentre outros.

A primeira observação que cumpre fazer é que o art. 305 não cuida da tutela antecipada, que tem caráter satisfativo, porém apenas da tutela cautelar, a qual possui natureza assecuratória ou conservativa, cujo escopo se resume a garantir o resultado útil do processo de conhecimento ou de execução.[593] O *caput* do referido dispositivo trata exatamente disso, ao estabelecer que a petição inicial deve explicitar, não apenas a lide e seu fundamento, mas, de modo especial, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

É escusado dizer que cautelar deve guardar estrita correspondência com o pedido principal, sob pena de ser indeferida de plano. Dada, porém, a dificuldade teórica e mesmo prática de fazer-se uma distinção clara entre as duas tutelas, o parágrafo único do preceito sob exame faculta ao juiz deferir, desde logo, uma tutela antecipada, nos moldes do art. 303 do CPC/2015, sem que seja preciso determinar a emenda da petição. Por isso alguns teóricos falam em fungibilidade desses dois provimentos judiciais.[594]

Às vezes, a citação do réu pode colocar em risco a tutela pleiteada, hipótese em que o juiz a decretará *in limine*, com fulcro no art. 9º, parágrafo único, I, do CPC/2015.[595] Se este não for o caso, ordenará a citação do réu e de todos aqueles que haverão de figurar como partes na ação principal, nos moldes do art. 306 do *Codex*,[596] ato que tem o condão de interromper a prescrição.[597]

---

[593] Cf. nota, 21, art. 305. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Parágrafo único. Caso entenda que o pedido que se refere o *caput* tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303.

[594] NEGRÃO, Theotonio, GOUVÊA, José Roberto Ferreira, BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar e FONSECA, João Francisco Naves. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 47. ed. São Paulo: Saraiva. 2016, p. 373. p. 374.

[595] Cf. nota 21, art. 9º. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Parágrafo único: O disposto no *caput* não se aplica: I – à tutela provisória de urgência.

[596] Cf. nota 21, art. O réu será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir.

[597] Aqui aplica-se a mesma lógica do art. 240, § 1º do CPC/2015, *verbis*: "A interrupção da prescrição, operada pelo despacho do juiz que ordena a citação, ainda que proferido por juízo incompetente, retroagirá à data da propositura da ação."

Inexistindo contestação, os fatos alegados pelo autor serão tidos como aceitos pela parte contrária, em fenômeno análogo ao da revelia tratado no art. 341 do Código, devendo a decisão judicial sobrevir em cinco dias. [598]A falta de resistência, ao contrário do que ocorre com a tutela antecipada antecedente, não resulta em estabilidade, mas apenas na manutenção de seus efeitos até a tutela definitiva, por cuidar-se, meramente, de uma medida cautelar. [599]

Vale lembrar que a eficácia da tutela concedida cessa:[600] (i) se o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal ou se este for julgado improcedente; (ii) caso não seja a medida efetivada em trinta dias; [601] ou (iii) quando o processo for extinto sem exame de mérito. Nessas hipóteses, o requerente responderá pelos danos causados ao requerido, com fundamento no art. 302 do *Codex*. E mais: não poderá renovar o pedido cautelar, salvo sob novo fundamento, ou seja, com base em uma nova *causa petendi*. Isso porque, embora não se possa falar de *res judicata*, ocorre a chamada preclusão *pro judicato*, [602] que "impede o juiz de julgar novamente questões já decididas",[603] a teor da regra do art. 505, *caput*, do CPC. [604]

De qualquer modo, como a decisão que extingue a cautelar não faz coisa julgada, nenhuma consequência terá sobre o julgamento do pedido principal, que seguirá o seu curso normal,[605] salvo se tiver reconhecido a decadência ou a prescrição do direito que embasa o pleito preambular.[606] Essa circunstância demonstra que, embora requeridas no bojo de um mesmo processo, a tutela cautelar e a tutela definitiva guardam plena autonomia entre si.

---

[598] Cf. nota 21, art. 307. Não sendo contestado o pedido, os fatos alegados pelo autor presumir-se-ão aceitos pelo réu como ocorridos, caso em que o juiz decidirá dentro de 5 (cinco) dias. Parágrafo único. Contestado o pedido no prazo legal, observar-se-á o procedimento comum.

[599] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al*. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 516.

[600] Cf. nota 21, art. 309. Cessa a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente se: I – o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal; II – não for efetivada dentro de 30 (trinta) dias; III- o juiz julgar improcedente o pedido principal formulado pelo autor ou extnguir o procsso sm resolução de mérito. Parágrafo único. Se por qualquer motivo cessar a eficácia da tutela cautelar, é vedado à parte renovar o pedido, salvo sob novo fundamento.

[601] No caso, a responsabilidade pela efetivação da medida, em um mês, é do requerente. Cf. NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado.** 18. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, p. 862.

[602] Ver sobre o tema THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Vol. I. 61. ed. Rio de Janeiro; Forense, 2020, p. 1090. Para o autor, operando-se a preclusão *pro judicato*, apenas "pelas vias recursais próprias, e no devido tempo e na forma da lei é que se pode provocar a revisão e a reforma das decisões judiciais".

[603] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al*. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 520.

[604] "Art. 505. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide."

[605] MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 525-526.

[606] Cf. nota 21, art. 310. O indeferimento da tutela cautelar não obsta a que a parte formule o pedido principal, nem influi no julgamento desse, salvo se o motivo do indeferimento for o reconhecimento de decadência ou de prescrição.

5.9.18. Tutela de evidência

A tutela de evidência constitui uma novidade introduzida pelo novo CPC/2015,[607] condizente com o princípio da economia processual e o novo direito fundamental à razoável duração do processo. Trata-se de um provimento judicial que tem natureza satisfativa, pois com ele busca-se antecipar o próprio resultado final do processo. Não é preciso demonstrar o perigo de dano nem o risco ao resultado útil do feito para a sua obtenção.[608]

Segundo José Miguel Garcia Medina, o legislador enaltece "aquilo a que, na doutrina, se tem chamado de *tutela de evidência sem urgência ou tutela de evidência pura*".[609] Em outras palavras, basta que o requerente demonstre, de modo seguro, a probabilidade do direito reivindicado, sendo desnecessário fazer menção ao *periculum in mora*, mesmo que tal requisito possa estar eventualmente presente.

Não se confunde – convém ressaltar – com o julgamento antecipado da lide, previsto no art. 355 do CPC/2015, porquanto este resulta de uma cognição exauriente, ao passo que a tutela de evidência, provisória que é, decorre de um exame sumário dos autos. No primeiro caso, há uma sentença de mérito, impugnável por apelação, que faz coisa julgada material, ao passo que no segundo tem-se uma decisão interlocutória, atacável por agravo, da qual não emerge a *res judicata*.[610]

Para Fredie Didier Júnior e outros existem duas modalidades de tutela de evidência: (i) a punitiva, caso fique evidenciado "o abuso de direito ou o manifesto propósito protelatório da parte" (art. 311, I); e (ii) a documentada, nas hipóteses em que há prova das alegações de fato do autor (art. 311, II a V).[611]

---

[607] Cf. nota 21, art. 311. A tutela de evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo […].

[608] NOGUEIRA, Luiz Fernando Valladão. O projeto do novo CPC e a tutela de evidência. In: SILVA, José Anchieta da (org.). **O novo processo civil**. São Paulo: Lex, 2012, p. 496. Antes mesmo da aprovação do, em 2015, pelo Congresso Nacional, os especialistas, tal como este autor, já elogiavam a cogitada criação da tutela de evidência, assentando que seu "grande mérito é permitir a concessão da medida (satisfativa ou cautelar) sem o requisito do perigo de dano, naquelas situações em que o pretendente tem, seguramente, razão em sua pretensão".

[609] MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 528, itálico no original.

[610] NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado.** 18. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, Thompson Reuters Brasil, 2019, p. 864.

[611] DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al*. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada, antecipação dos efeitos da tutela. Vol. 2. 11. ed. Salvador: Jus Podium, 2016, p. 633.

O enunciado do dispositivo legal que enseja a concessão da modalidade punitiva da tutela de evidência precisa estar acompanhado de demonstração da verossimilhança das alegações da parte, pois, caso assim não seja, levará simplesmente à sanção por litigância de má-fé, nos termos dos art. 77 e 80 do CPC/2015.

Nessa modalidade de tutela de evidência, o legislador pretendeu apenar aquele que antepõe obstáculos indevidos ao regular andamento do feito, retardando a sua conclusão.[612] Daí a antecipação do direto buscado em juízo. Não se pune – é preciso deixar claro – aquele que exerce o direito constitucional à ampla defesa. O comportamento da parte há de ser abusivo, anormal, e inadequado buscando impedir ou retardar a prestação jurisdicional.[613] O abuso de direito, por definição, tangencia a ilicitude,[614] já o propósito protelatório, não tem essa característica. Ademais, no dizer da própria lei, ele deve ser manifesto, quer dizer, não pode ser presumido, além de ter o condão de causar, efetivamente, empecilhos à regular marcha processual.

O inciso II do art. 311 do CPC/2015, por sua vez, pressupõe a presença de dois requisitos cumulativos para o deferimento da tutela de evidência: (i) que os fatos alegados possam ser comprovados documentalmente; e (ii) que a tese relativa ao tema submetido ao juízo já esteja pacificada, seja pelo julgamento de casos repetitivos do STJ, seja por constar de súmula vinculante do STF.

A presença de ambos os requisitos, passível de verificação, pelo juiz, *primo ictu oculi*, sem maiores indagações, permite a concessão do provimento judicial satisfativo buscado pelo autor, com maior segurança. É caso também da hipótese do inciso III, porquanto abriga um pedido reipersecutório, fundado em prova documental, resultante de contrato de depósito, ensejando a pronta entrega do bem, sob pena de multa.

A situação descrita no inciso IV, de seu turno, envolve uma exegese um pouco mais sofisticada, eis que menciona petição inicial "instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida

---

612 STOCO, Rui. **Abuso do direito e má-fé processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 77. Nesse tópico insere-se a figura do *abuso do direito de demandar* que, para o autor, "significa que a própria ação é temerária, sem origem ou com suporte em fatos inexistentes ou diversos daqueles expostos", abrangendo, ainda, "a utilização da figura do recurso para reiterá-lo indevidamente e *ad infinitum* com o só objetivo de procrastinar, de não cumprir ou de não pagar".

613 Expressões empregadas por WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al*. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 311.

614 Ver sobre o tema a multicitada obra de LUNA, Everardo da Cunha. **Abuso de direito**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 55. Diz o autor: "A essência do abuso de direito é a ilicitude, que se define como a relação de contrariedade entre a conduta do homem e o ordenamento jurídico".

razoável".[615] Significa, em primeiro lugar, que os elementos de convicção apresentados documentalmente precisam ser idôneos e não suscitem qualquer perplexidade no espírito do julgador.

Por isso é que Theotonio Negrão e outros entendem inapropriada a concessão do provimento judicial, neste e em casos assemelhados, *inaudita altera parte*, afirmando o seguinte: "Ou bem há urgência a justificar a concessão de tutela antecipada ou cautelar antes da integração do réu ao processo, ou o juiz deve aguardar a resposta do réu para deliberar sobre a tutela de evidência".[616] Não é por outra razão que o parágrafo único do dispositivo em comento apenas autoriza a decisão liminar nas hipóteses dos incisos II e III, nos quais o direito, por assim dizer, salta à vista.

6. ENTENDIMENTO DA SUPREMA CORTE SOBRE O PODER CAUTELAR DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

6.1. Fundamento legal e doutrinário

Como já se viu, os tribunais de contas exercem suas funções de controle por meio de processos administrativos. Estes, por definição, colimam a consecução de fins de natureza pública que lhe são próprios, ao cabo dos procedimentos legalmente previstos. Em situações excepcionais, antes mesmo de formalmente instaurados, a Administração Pública pode adotar medidas de urgência ou "providências acauteladoras", conforme as denomina o art. 45 da Lei 9.784/1999,[617] diante de "risco iminente" que coloque em xeque o atingimento de tais fins,

[615] A origem desse conceito encontra-se no processo penal do direito anglo-saxão, que exige, para a condenação de um réu, *proof beyond reasoble doubt*, não se aplicando, naquele sistema, ao âmbito civil, em que a prova segue regras próprias, mesmo no caso de ilícitos, como ocorre, por exemplo, na fraude. Cf. verbete com essa denominação em MARTIN, Elizabeth A. (ed.). **Dictionary of Law**. 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 2003.

[616] NEGRÃO, Theotonio, GOUVÊA, José Roberto Ferreira, BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar e FONSECA, João Francisco Naves. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 47. ed. São Paulo: Saraiva. 2016, p. 380.

[617] Cf. nota 135.

mesmo sem a prévia manifestação do interessado, sob "pena de tornar imprestável sua ação e lesar o interesse público posto em jogo".[618]

Aqui vale recordar que, embora a instauração do competente processo administrativo constitua sempre pressuposto da ação estatal, a sua abertura pode ser postergada, se for o caso, para um instante ulterior ao provimento cautelar. Isso porque "o que ocorre é uma alteração momentânea e excepcional do momento de instalação do devido processo, justamente em razão da cruciante necessidade de se atender às peculiaridades do interesse público, tal como configurado em concreto".[619]

A faculdade da qual é dotado o Estado-administrador de expedir provimentos cautelares não deriva apenas da lei, mas também - e especialmente -, do poder de polícia que lhe é inerente. Existem muitas definições de poder de polícia na doutrina, todas elas, no geral, coincidentes. [620] No entanto, possivelmente a mais completa seja aquela abrigada no art. 78 do Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966), que o conceitua como

> a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do poder público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.[621]

Um dos aspectos mais importantes dessa conceituação – e pouco destacado pelos estudiosos – é precisamente o balizamento do poder polícia estabelecido pelo parágrafo único deste mesmo dispositivo, que só considera regular o seu exercício "quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do devido processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder".

Essa delimitação mostra-se particularmente relevante no caso das cautelares administrativas, as quais devem conduzir-se segundo o princípio da estrita legalidade, quer dizer, só podem ter lugar se, quando e como a norma jurídica autorizar, pois "qualquer ação

---

[618] MOREIRA, Egon Bockman. **Processo administrativo**: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 295.

[619] Ibidem p. 295-296.

[620] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 154, que conceitua o poder de polícia, de forma sintética, como "a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público". Ver também BEZNOS, Clovis. **Poder de polícia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. Trecho mais relevante dessa obra já foi anteriormente citado neste trabalho.

[621] BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.

estatal sem o correspondente calço legal, ou que exceda ao âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe-se à anulação",[622] valendo tal assertiva, com igual ou maior razão, para as atividades de controle e fiscalização.

6.2. Considerações sobre as cautelares

Como foi ressaltado anteriormente, a CF/1988 em seu art. 70 e seguintes, conferiu uma enorme gama de atribuições ao Tribunal de Contas para o desempenho de seu relevante mister, qual seja, o de auxiliar o Congresso Nacional a exercer a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direita e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, examinando as contas de qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos.

Para cumprir adequadamente as magnas atribuições que o texto constitucional lhe cometeu, TCU pode assinalar prazo para que seja sanada ilegalidade praticada por órgão ou entidade sob sua fiscalização (art. 71, IX, da CF/1988) e, se não atendido tempestivamente, lhe é lícito sustar o ato impugnado, comunicando tal decisão à Câmara e ao Senado (art. 71, X. da CF/1988).

Caso se trate de contrato (art. 71, XI e § 1º, da CF/1988), o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso, o qual, de imediato, solicitará ao Executivo as medidas cabíveis. Se não forem tomadas as providências devidas em noventa dias, o próprio Tribunal deliberará a respeito (art. 71, § 2º, da CF/1988). Tal deliberação, sob pena de ficar esvaziada de sentido, poderá compreender a sustação cautelar do contrato para prevenir prejuízo iminente ou de difícil reparação ao erário.

Essas medidas são empreendidas por iniciativa própria ou por provocação da Câmara, do Senado, de comissão técnica ou de inquérito de qualquer uma destas Casas, no curso de inspeções ou auditorias do próprio TCU (art. 71, IV, da CF/1988) ou, ainda, a partir de denúncia de qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato para apurar irregularidades ou ilegalidades (art. 74, § 2º, da CF/1988).

Há ainda outra hipótese, qual seja, de sustação de despesas não autorizadas, embora esta não seja de responsabilidade direta do Tribunal de Contas (art. 72, §§ 1º e 2º da CF/1988).

[622] GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 8.

Trata-se de iniciativa da comissão mista permanente, integrada por senadores e deputados, à qual incumbe emitir pareceres sobre projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais (art. 166 da CF/1988).[623]

Diante de indícios de despesas não autorizadas, a referida comissão poderá solicitar, à autoridade governamental responsável, que preste os esclarecimentos necessários, no prazo de cinco dias. Se não o fizer, ou se os esclarecimentos forem insuficientes, a comissão pedirá ao TCU um pronunciamento conclusivo sobre a matéria, no prazo de trinta dias. Caso o Tribunal de Contas entenda que a despesa é, de fato, irregular, ou possa causar dano irreparável ou grave lesão à economia, a comissão proporá a sua sustação ao Congresso Nacional.

Há ainda outra medida que a Corte está autorizada a tomar, e que não é propriamente uma cautelar, mas tem o condão de prevenir situações que apresentem o potencial de causar dano aos cofres públicos. Cuida-se da sanção de inidoneirade, aplicada com base no art 46 da LOTCU, a qual impede um licitante, que tenha cometido fraude, de participar, pelo prazo de até cinco anos, de certames públicos na Administração Federal ou em outros entes da federação, cujos objetos sejam custeados por recursos de transferências voluntárias da União.[624]

Além dessas providências, expressamente previstas na legislação pertinente, a Corte de Contas está autorizada expedir outras cautelares, de caráter inominado, conforme se verá adiante, com base em seu poder geral de cautela, a exemplo da sustação de licitações, da indisponibilização de bens e da requisição de dados bancários ou fiscais.

Por ora, basta trazer à colação o ensinamento de José dos Santos Carvalho Filho, a respeito do assunto, que assim se pronuncia: "No exercício de sua função constitucional, e ainda com lastro na Lei nº 8.443/1992, que o regula, pode o Tribunal de Contas usar seu poder geral de cautela [...]. O objetivo é neutralizar, de forma imediata, situações de lesividade ao erário ou de gravame ao interesse público, as quais poderiam ser irreversíveis sem a promoção da medida de urgência".[625]

---

[623] Cf. nota 23, Art. 166. Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum. § 1º Caberá a uma Comissão mista permanente de Senadores e Deputados: I - examinar e emitir parecer sobre os projetos referidos neste artigo e sobre as contas apresentadas anualmente pelo Presidente da República; II - examinar e emitir parecer sobre os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos nesta Constituição e exercer o acompanhamento e a fiscalização orçamentária, sem prejuízo da atuação das demais comissões do Congresso Nacional e de suas Casas, criadas de acordo com o art. 58. [...]

[624] Essa penalidade foi considerada compatível com a Constituição pelo STF, na Pet 3.006 AgR, relatada pelo Ministro Sepulveda Pertence.

[625] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 1.083.

6.3. Poder geral de cautela do Tribunal de Contas na do STF

Ao analisar a constitucionalidade do art. 276 do RITCU, o qual dispõe sobre a adoção de "medida cautelar, com ou sem a prévia oitiva da parte, determinando, entre outras providências, a suspensão do ato ou do procedimento impugnado", o Plenário do STF, examinando um mandado de segurança que contestava a suspensão de determinado processo licitatório, concluiu que o Tribunal de Contas da União é dotado do poder geral de cautela, além de reconhecer a competência deste para expedir medidas apropriadas destinadas a assegurar a efetividade de suas decisões, em acórdão cuja ementa é abaixo resumida:

> 1- Os participantes de licitação têm direito à fiel observância do procedimento estabelecido na lei e podem impugná-lo administrativa ou judicialmente. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada. 2- Inexistência de direito líquido e certo. O Tribunal de Contas da União tem competência para fiscalizar procedimentos de licitação, determinar suspensão cautelar (artigos 4º e 113, § 1º e 2º da Lei nº 8.666/93), examinar editais de licitação publicados e, nos termos do art. 276 do seu Regimento Interno, possui legitimidade para a expedição de medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões. 3- A decisão encontra-se fundamentada nos documentos acostados aos autos da Representação e na legislação aplicável. 4- Violação ao contraditório e falta de instrução não caracterizadas. Denegada a ordem[626]

Naquele julgamento, o Ministro Celso de Mello consignou, de modo enfático, o quanto segue:

> [...] torna-se essencial reconhecer - especialmente em função do próprio modelo brasileiro de fiscalização financeira e orçamentária, e considerada, ainda, a doutrina dos poderes implícitos - que a tutela cautelar apresenta-se como instrumento processual necessário e compatível com o 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.[627]

Tal entendimento, definido em 2003, vem sendo reiterado pelo STF em diversas decisões, dentre as quais, as seguintes: MS 23.983, rel. Min. Eros Grau; MS 25.481 AgR/DF, rel. Min. Dias Toffoli; e MS 26.263 MC/DF, proferida pela Min. Ellen Gracie no exercício da Presidência. Numa delas - tal como em outras – a Segunda Turma fez referência expressa a esse

[626] BRASIl. Supremo Tribunal Federal. MS 24510, Relator(a): ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 19/11/2003, DJ 19-03-2004 PP-00024 EMENT VOL-02144-02 PP-00491 RTJ VOL-00191-03 PP-00956.

[627] Ibidem.

poder geral de cautela. Confira-se:

> Agravo regimental em mandado de segurança. 2. Direito Administrativo. 3. Tribunal de Contas da União. 4. Medida cautelar de indisponibilidade de bens dos responsáveis. Poder geral de cautela reconhecido ao TCU como decorrência de suas atribuições constitucionais. Natureza pública dos recursos. Indícios da participação dos particulares no esquema fraudulento. 5. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Negado provimento ao agravo regimental".

Em 2019, o STF, desta feita pela voz de seu Colegiado maior, voltou a reafirmar que, "no exercício do poder geral de cautela, os tribunais de contas podem determinar medidas em caráter precário que visem assegurar o resultado final dos processos administrativos".[628]

Na sequência, a Primeira Turma do STF, citando especificamente o precedente acima, manteve a cautelar deferida pelo Presidente do Tribunal de Contas do Distrito Federal, que determinou a suspensão de contrato administrativo, nos seguintes termos:

> 1. Os Tribunais de Contas estão autorizados a aplicar medidas cautelares, com o propósito de garantir o cumprimento de suas decisões. 2. Precedente: SS 5179 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI (Presidente), Tribunal Pleno, DJe 27-11-2019 3. Agravo Interno a que se nega provimento.[629]

Reconhecendo a existência desse poder cautelar genérico, a Suprema Corte placitou uma suspensão de pregão eletrônico determinada pelo TCU, no julgamento do MS 36.392-AgR/D, medida essa que, como é sabido, não se encontra expressamente prevista em nenhum diploma legal.[630]

6.3.1. Cautelares *inaudita altera parte*

A Suprema Corte também tem se debruçado sobre a possibilidade de o TCU expedir cautelares, em casos excepcionais, sem a audiência prévia da parte contrária, desde que necessárias para, de forma expedita, impedir lesão ao erário ou garantir a utilidade de suas deliberações de mérito, e sempre fundadamente, concluindo que não se vislumbra nisso

[628] BRASIl. Supremo Tribunal Federal. SS 5179 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 10/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-259 DIVULG 26-11-2019 PUBLIC 27-11-2019

[629] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 1236731 AgR, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 20/12/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-029 DIVULG 12-02-2020 PUBLIC 13-02-2020

[630] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 36392 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 13/09/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-210 DIVULG 25-09-2019 PUBLIC 26-09-2019.

qualquer violação ao princípio devido processo legal. Convém transcrever, nessa linha, a didática decisão do Ministro Celso de Mello, que indeferiu em mandado de segurança, *litteris*:

> Vale referir, ainda, que se revela processualmente lícito, ao Tribunal de Contas, conceder provimentos cautelares 'inaudita altera parte', sem que incida, com essa conduta, em desrespeito ao princípio constitucional do contraditório.
>
> É que, esse procedimento mostra-se consentâneo com a própria natureza da tutela cautelar, cujo deferimento, pelo Tribunal de Contas, sem a audiência da parte contrária muitas vezes se justifica em situação de urgência ou de possível frustração da deliberação final dessa mesma Corte de Contas, com risco de grave comprometimento para o interesse público.
>
> Não se pode ignorar que os provimentos de natureza cautelar - em especial aqueles qualificados pela nota de urgência – acham-se instrumentalmente vocacionados a conferir efetividade ao julgamento final resultante do processo principal, assegurando-se, desse modo, não obstante em caráter provisório, plena eficácia e utilidade à tutela a ser prestada pelo próprio Tribunal de Contas.[631]

No mesmo sentido, em situação na qual se discutia a alegação de ofensa ao direito à ampla defesa e ao contraditório, o Ministro Joaquim Barbosa, baseado no julgado supra descrito, indeferiu a liminar em MS, nos termos abaixo:

> A alegação de que este direito deveria ter sido exercido antes da decretação de indisponibilidade de bens por ordem do relator do processo no TCU esbarra na possibilidade reconhecida àquele órgão de controle pela jurisprudência desta Corte, de se valer de medidas cautelares sem a oitiva da parte contrária, quando assim for necessário para evitar dano ao erário[632]

Tais decisões, é bom que se diga, não conflitam com a Súmula Vinculante nº 3 do STF, que ostenta a redação abaixo:

> 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.

Isso porque o Supremo assentou que o referido verbete sumular aplica-se apenas aos casos de anulação ou revogação de atos administrativos. Confira-se:

> [...] a Súmula Vinculante 3 se dirige, única e exclusivamente, às decisões do Tribunal de Contas da União que anulem ou revoguem atos administrativos que beneficiem

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

[632] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 30.593 MC/DF, Relator(a): Joaquim Barbosa, decisão monocrática, DJ Nr. 112 do dia 13/06/2011.

> algum interessado, situação esta absolutamente diversa das tomadas de contas, procedimento próprio em que a Corte de Contas verifica a regularidade da utilização das verbas públicas pelos responsáveis.[633]

De qualquer modo, esse entendimento precisa ser interpretado em conformidade com a Constituição, a qual garante a todos os litigantes, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e a ampla defesa, franquias que, no caso da expedição de cautelares urgentes, evidentemente não são abolidas, mas apenas postergadas para exercício em momento oportuno, mesmo porque "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sm o devido processo legal" (art. 5º, LIV, da CF/1988).

6.3.2. Anulação de contratos

Analisando a singular competência do TCU para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação de contratos e, se for o caso, de licitações nas quais aqueles têm origem, o Supremo Tribunal Federal, em sede mandamental, acabou por placitar tal procedimento, mas apenas em termos, diante do que dispõe o texto constitucional. Eis o trecho da decisão que importa:

> O Tribunal de Contas da União – embora não tenha poder para anular ou sustar contratos administrativos - tem competência, conforme o art. 71, IX, para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou. [...][634]

A doutrina, na mesma linha, adverte que uma medida de tal severidade só pode ser empreendida depois de cumpridas certas condições. Nesse sentido, a lição Jose dos Santos Carvalho Filho:

> A Carta conferiu ao Tribunal de Contas o poder de sustar, *se não atendido*, a execução de atos impugnados, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal (art. 71, X). Antes, porém, permitiu-se-lhe assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as medidas necessárias à eventual restauração da legalidade (art. 71, IX). Em nosso entender, tais dispositivos devem ser interpretados conjuntamente: a sustação de atos de outros órgãos (que é providência gravíssima na relação entre os Poderes) só se legitima após decorrido o prazo em que foi recomendada a superação

[633] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 6396 AgR, Relator(a): JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 21/10/2009, DJe-213 DIVULG 12-11-2009 PUBLIC 13-11-2009 EMENT VOL-02382-01 PP-00111

[634] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 23550, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2001, DJ 31-10-2001 PP-00006 EMENT VOL-02050-03 PP-00534.

> da ilegalidade. Segue-se, portanto, que o poder de cautela também há de depender do descumprimento oportuno da recomendação prévia dirigida ao órgão administrativo.[635]

O STF, convém recordar, não autorizou que as cortes de contas analisem, *a priori*, a legalidade dos contratos administrativos, ao entendimento de que tal proceder configuraria invasão de competência do Poder Executivo. Veja-se:

> O art. 71 da Constituição não insere na competência do TCU a aptidão para examinar, previamente, a validade de contratos administrativos celebrados pelo poder público. Atividade que se insere no acervo de competência da função executiva. É inconstitucional norma local que estabeleça a competência do tribunal de contas para realizar exame prévio de validade de contratos firmados com o poder público.[636]

Como se nota, a Suprema Corte reconhece que o Tribunal de Contas, embora tenha um poder muito amplo em sede cautelar, por atuar na defesa do erário, não pode intervir na esfera de competência de outros Poderes, anulando, *ex auctoritate propria*, os atos destes, eis que continua sendo – ainda que muitos não o admitam – órgão auxiliar do Congresso Nacional, mesmo porque a sua atuação encontra-se minuciosamente estabelecida na Seção IX, do Capítulo I, do Título IV, da CF/1988, que trata do Poder Legislativo.

6.3.3. Quebra de sigilo bancário

Outra questão interessante diz respeito ao acesso da Corte de Contas a dados cujo sigilo é assegurado pelo texto constitucional. Quanto a isso, o STF decidiu que tal não é possível, salvo em determinadas condições específicas. Veja-se:

> 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 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

[635] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 1.082, itálico no original.

[636] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 916, Relator(a): JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 02/02/2009, DJe-043 DIVULG 05-03-2009 PUBLIC 06-03-2009 EMENT VOL-02351-01 PP-00014 RSJADV abr., 2009, p. 39-41.

> 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 – 2. Câmara (fl. 31), bem como as penalidades impostas ao impetrante no Acórdão nº 54/97 - TCU – Plenário.[637]

Em outro MS sobre o tema, o Supremo decidiu o quanto segue:

> O Tribunal de Contas da União, a despeito da relevância das suas funções, não está autorizado a requisitar informações que importem a quebra de sigilo bancário, por não figurar dentre aqueles a quem o legislador conferiu essa possibilidade, nos termos do art. 38 da Lei 4.595/1964, revogado pela Lei Complementar 105/2001. Não há como admitir-se interpretação extensiva, por tal implicar restrição a direito fundamental positivado no art. 5º, X, da Constituição. Precedente do Pleno (MS 22801, rel. min. Menezes Direito, *DJe-047* de 14.03.2008.) Ordem concedida.

Assim, embora os tribunais de contas, agora, sejam dotados de amplos poderes, alguns deles, inclusive, de cunho bastante incisivo ou, até mesmo invasivo, não lhes é permitido requisitar informações que importem a invasão da privacidade das pessoas, sobretudo quando tal implique a quebra do sigilo bancário. Ademais, a Lei Complementar nº 105/2001[638] limitou a competência de quebra do sigilo bancário "exclusivamente ao Judiciário, ao Legislativo e às Comissões Parlamentares de Inquérito, após aprovação do plenário do Senado, da Câmara ou das respectivas comissões".[639]

Não obstante, em outras decisões, o STF admitiu a possibilidade de o Tribunal de Contas acessar documentos relativos à Administração Pública e que digam respeito à aplicação de recursos estatais, desde que não estejam cobertos pela cláusula de sigilo. Nessa linha, a Primeira Turma do Supremo possui entendimento que, de certo modo, flexibilizou a compreensão firmada nos Mandados de Segurança 801/DF e 22.934/DF, acima mencionados. Por exemplo:

> O sigilo de informações necessárias para a preservação da intimidade é relativizado quando se está diante do interesse da sociedade de se conhecer o destino dos recursos públicos. Operações financeiras que envolvam recursos públicos não estão abrangidas pelo sigilo bancário a que alude a LC 105/2001, visto que as operações dessa espécie estão submetidas aos princípios da administração pública insculpidos no art. 37 da

---

[637] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 22934, Relator(a): JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 17/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-090 DIVULG 08-05-2012 PUBLIC 09-05-2012.

[638] BRASIL. Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências.

[639] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 1070.

> CF. Em tais situações, é prerrogativa constitucional do Tribunal (TCU) o acesso a informações relacionadas a operações financiadas com recursos públicos.[640]

Essa decisão, contudo, não significa que a proteção constitucional ao sigilo bancário possa ser quebrada, unilateralmente, pelo TCU. Ela apenas conduz ao entendimento que a Corte de Contas pode ter acesso a dados que envolvam recursos públicos sob custódia de instituições bancárias, desde que evidenciada, no bojo de um processo regulamente instaurado, alguma ilegalidade ou irregularidade em sua aplicação.

Não há, portanto, quebra do direito à privacidade ou à intimidade constitucionalmente protegidos, mas tão somente a possibilidade de a Corte de Contas obter informações, administrativamente, e sempre de maneira pontual, de maneira a que possa fiscalizar a correta destinação de valores provenientes do erário.

6.3.4. Recálculo e retenção de valores licitados

Instigante questão foi decidida pelo Supremo no MS 30.924/DF,[641] de relatoria do Min. Luiz Fux, julgado em 20/10/2011. Nesse caso, o *mandamus* foi impetrado por um consórcio de empreiteiras contra ato do TCU, que determinou a retenção de parte do preço contratado com uma empresa estatal de energia elétrica para a implantação de obra compreendida no Programa de Aceleração do Crescimento (PAC).

O impetrante sustentou que a Corte de Contas não poderia interferir nos aspectos econômico-financeiros do contrato de forma a estabelecer, unilateral e retroativamente, os preços calculados pelos seus técnicos, inclusive com relação a serviços já executados e pagos. Acrescentou que a contratante realizou procedimento de seleção através de cartas-convite, tendo sido o contrato celebrado sob regime de dispensa de licitação, nos termos do art. 32 da Lei nº 9.074/1995.[642]

Constou da inicial, que o TCU, embora reconhecendo a regularidade da dispensa de licitação, indicou que ela teria cobrado um sobrepreço equivalente a mais ou menos 20% do

---

[640] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 33340, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 26/05/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-151 DIVULG 31-07-2015 PUBLIC 03-08-2015.

[641] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 30924 AgR Relator(a): Min. LUIZ FUX Julgamento: 08/02/2012 Publicação: 14/02/2012.

[642] BRASIL. Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências.

valor do contrato. No entanto, para o impetrante, a Corte de Contas não poderia ter recalculado o preço da obra, de maneira a adequá-lo aos seus próprios critérios de economicidade, porquanto o valor cobrado seria o mínimo pelo qual poderia executar o empreendimento.

Pontuou, também, que teria havido ofensa ao art. 58, § 1º, da Lei 8.666/93,[643] porque não é dado ao TCU alterar as cláusulas econômico-financeiras de contratos administrativos. Mencionou, ainda, decisões do STF no sentido de que as cortes de contas não podem anular ou sustar contratos administrativos diretamente, nem alterar, de forma unilateral, as suas cláusulas, sobretudo para fixar, *a posteriori*, preços em favor de entes estatais. Acrescentou que tampouco seria permitido ao órgão fiscalizador reter parte dos pagamentos devidos ao contratante.

O Ministro Fux delimitou a questão, assentando consistir ela, no fundo, em saber se Corte de Contas pode determinar a uma empresa estatal que retenha, cautelarmente, com fundamento do art. 276 de seu RITCU, parte do saldo financeiro remanescente de contrato administrativo celebrado com particulares, até futura deliberação de mérito da pendência, tendo em conta fundado receio de lesão ao erário e possível ineficácia do processo fiscalizatório.

Na sequência concluiu que é facultado ao TCU "exercer controle de economicidade de atos administrativos, sem que se possa vislumbrar nisso qualquer inconstitucionalidade", podendo lançar mão de "todos os meios necessários à preservação do resultado final de suas atividades". Também foi rechaçado o argumento do impetrante segundo o qual apenas o Congresso Nacional pode sustar contratos administrativos, a teor do art. 71, § 1º, da CF/1988. Para o relator, o inciso IX do art. 71 da Lei Maior estabelece que, mesmo em se tratando de contratos, a Corte de Contas pode fixar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias para o estrito cumprimento da lei, na hipótese de constatar indícios de dano ao erário.

Citando doutrina, assentou que tal se mostra factível justamente para evitar que se torne despicienda decisão futura para a correção da ilegalidade. Acrescentou, ainda, que o § 2º do citado art. 71 consigna que, caso o Congresso ou o Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar a medida sugerida pelo TCU, a decisão final fica transferida a este.

[643] BRASIL. Lei nº 8.666/1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Cabe destacar que foi promulgada a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, que revogará a antiga lei de licitações e contratos da Administração Pública Lei de Licitações e Contratos Administrativos no final de março de 2023.

Rebateu, também, a ponderação segundo a qual a Lei 12.465/2011,[644] em seu art. 91, V, exige a prévia manifestação dos fiscalizados para que o Tribunal de Contas implemente a medida cautelar. Segundo o relator, "nenhuma determinação legal pode obstar o exercício de um poder que, conforme já demonstrado, é inferido da própria Constituição".

Por derradeiro, o Ministro denegou a segurança, não sem antes anotar que, se o impetrante quiser discutir a razoabilidade dos valores contratuais ou buscar alguma forma de compensação decorrente da avença, deve fazê-lo pelas vias processuais adequadas, porquanto o mandado de segurança não constitui meio hábil para a satisfação de pretensões que demandem dilação probatória, sendo vedado, ademais, o seu emprego como sucedâneo de ação de cobrança, conforme consta da Súmula nº 269 do Supremo Tribunal Federal.

6.3.5. Indisponibilidade de bens

Na SS 4.878/RN, o então Presidente do Supremo, Ministro Joaquim Barbosa, determinou a suspensão de medida liminar concedida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, com a consequente restauração do bloqueio determinado pelo TCE/RN dos depósitos bancários de titularidade de pessoa natural, até o trânsito em julgado da decisão definitiva que viesse a ser prolatada naquela ação.

Na mesma linha foi o acórdão resultante do julgamento da Segunda Turma, proferido nos autos do MS 33.092/DF, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, no qual, ademais, voltou-se a enfatizar o poder geral de cautela do TCU, verbis:

> 1. Agravo regimental em medida cautelar em mandado de segurança. 2. Tribunal de Contas da União. Tomada de contas especial. 3. Dano ao patrimônio da Petrobras. Medida cautelar de indisponibilidade de bens dos responsáveis. 4. Poder geral de cautela reconhecido ao TCU como decorrência de suas atribuições constitucionais. 5. Observância dos requisitos legais para decretação da indisponibilidade de bens. 6. Medida que se impõe pela excepcional gravidade dos fatos apurados. Agravo regimental prejudicado.[645]

[644] BRASIL**. Lei nº 12.465, de 12 de agosto de 2011**. Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2012 e dá outras providências.

[645] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 33092, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 24/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-160 DIVULG 14-08-2015 PUBLIC 17-08-2015.

Também a Ministra Rosa Weber, em decisão proferida MS 34.446 MC/DF,[646] assentou, taxativamente, o seguinte: "Além de decorrer de suas funções constitucionais manifestas, observo que a possibilidade de a autoridade impetrada decretar medida cautelar de indisponibilidade de bens tem amparo no art. 44, § 2º, da Lei 8.443/1992". E afirmou, ainda, que tal autorização legislativa vem explicitada nos os arts. 273, 274 e 276, § 3º, do RITCU.

Mais recentemente, na SS 5.205/RN,[647] a Ministra Cármen Lúcia, à época Presidente do Supremo, deferiu o pedido de suspensão do acórdão, mantendo a determinação de bloqueio de valores de pessoa jurídica, por entender, com base em precedentes, que a medida cautelar era cabível diante dos "riscos de lesão à ordem e à economia públicas".

Posição semelhante foi externada pelo Ministro Edson Fachin, ao analisar a cautelar no MS 34.793-MC/DF, em que ressaltou a desnecessidade de prévia constatação da ocorrência do malbaratamento de bens:

> Assim, essa competência excepcional conferida ao TCU de determinar cautelarmente a indisponibilidade de bens tanto de pessoas físicas e jurídicas de direito público como físicas e jurídicas de direito privado vem prevista em lei e nada mais significa do que um poder de cautela conferido à Corte de Contas para o exercício de seu mister. [...]
> Assim, dispondo o próprio texto constitucional acerca daqueles que podem ter contas e mesmo condutas averiguadas pelo Tribunal de Contas da União, não antevejo na norma acima citada 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. [...]
> Finalmente, entendo que a Lei não prevê a necessidade de que se evidencie, de plano, a dissipação do patrimônio da pessoa física ou jurídica para a decretação cautelar da indisponibilidade dos bens. Nesse sentido, é pertinente a citação de trecho da decisão da Min. Rosa Weber, no já citado MS 34.446: Corrobora 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.

Há, no entanto, entendimento contrário à decretação de indisponibilidade. O Ministro Marco Aurélio, por exemplo, ao deferir a medida cautelar no MS 34.392/DF, em 6/9/2016, enfatizou:

---

[646] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 34446 MC Relator(a): Min. ROSA WEBER Julgamento: 22/11/2016 Publicação: 25/11/2016.

[647] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SS 5205 Relator(a): Min. Presidente Decisão proferida pelo(a): Min. CÁRMEN LÚCIA Julgamento: 02/04/2018 Publicação: 11/04/2018.

> [...] 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 abarcando o 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 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.[648]

Na mesma esteira foram as decisões monocráticas proferidas pelo mesmo Ministro Marco Aurélio, nos autos dos MS's 34.357/DF, 34.410/DF e 34.421/DF, todas no ano de 2016, nas quais sinaliza que a imposição de medida cautelar de indisponibilidade a bens pertencentes a particulares excede a competência do TCU, uma vez que as normas disciplinadoras da questão teriam como objeto o servidor público, de modo que não seria possível sua extensão a pessoas estranhas à administração estatal. O Plenário do STF ainda não se manifestou a respeito delas.

6.3.5.1. Limites à decretação de indisponibilidade

Vale registrar que o Ministro Roberto Barroso, embora julgando ser possível a constrição de bens de particulares pelo TCU, deferiu a liminar nos autos do MS 34.738/DF, em 11/4/2017, reportando-se à irrazoabilidade do montante bloqueado, em decisão cuja ementa é assim resumida:

> 1. Em princípio, no exame sumário próprio de pedidos cautelares, considero possível a decretação pelo TCU de indisponibilidade de bens de particulares responsáveis pela administração de dinheiro de origem pública, se constatados indícios de ilegalidades.
> 2. No caso concreto, não se afigura razoável o bloqueio de mais de R$ 500 milhões da impetrante, diante do caráter incipiente e complexo da apuração de sua

[648] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 34392 MC PROCESSO ELETRÔNICO JULG-06/09/2016 UF-DF MIN-MARCO AURÉLIO DJe-194 DIVULG 09/09/2016 PUBLIC 12/09/2016 MS 34410 MC PROCESSO ELETRÔNICO JULG-14/09/2016 UF-DF MIN-MARCO AURÉLIO DJe-202 DIVULG 21/09/2016 PUBLIC 22/09/2016 MS 34421 MC PROCESSO ELETRÔNICO JULG-23/09/2016.

> responsabilidade, e sem que tenha ela tido oportunidade de se manifestar. 3. Eventual movimentação patrimonial ou financeira atípica por parte da impetrante, que levem a supor evasão de responsabilização futura, podem levar à reconsideração da presente decisão. 4. Medida liminar deferida.[649]

Outra decisão restritiva foi concedida pelo Ministro Edson Fachin, no MS 35.158/DF,[650] por meio da qual determinou, liminarmente, ao TCU que acionasse a Advocacia-Geral da União para requerer o bloqueio de bens de certa construtora, em recuperação judicial, levado a efeito nos autos de processo de tomada de contas, por entender que a medida cautelar de indisponibilidade compete ao juízo responsável pelo processo falimentar, conforme preceitua a Lei nº 11.101/2005.[651]

6.3.5.2. Impossibilidade de prorrogação da indisponibilidade

A Segunda Turma do STF proferiu uma série de acórdãos sobre cautelares deferidas no âmbito do TCU, como aquele no qual, ao julgar o MS 34.233-AgR-segundo-ED/DF, sufragou entendimento do Ministro Gilmar Mendes no sentido da impossibilidade de prorrogação, sem previsão legal, do prazo para a indisponibilidade de bens, conforme decisão do TCU, em processo administrativo que tramitava naquela Corte de Contas, conforme ementa abaixo transcrita:

> Embargos de declaração no segundo agravo regimental em mandado de segurança. 2. Ausência de omissão, contradição ou obscuridade. 3. Direito Administrativo. 4. Poder geral de cautela do Tribunal de Contas da União. 5. Renovação da medida cautelar de indisponibilidade de bens com fundamento nos mesmos fatos. 6. Impossibilidade. Ausência de previsão legal. 7. Interpretação restritiva. 8. Embargos de declaração rejeitados.[652]

Isso porque constava do ato atacado que a constrição cautelar de parcela do patrimônio

---

649 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 34.738 Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO Julgamento: Publicação: 19/04/2017.

650 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 35158 MC Relator(a): Min. EDSON FACHIN Julgamento: 10/05/2018 Publicação: 15/05/2018.

651 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.

652 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 34233 AgR-segundo / DF - DISTRITO FEDERAL SEGUNDO AG.REG. EM MANDADO DE SEGURANÇA Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 25/05/2018 Publicação: 21/06/2018 Órgão julgador: Segunda Turma Publicação PROCESSO ELETRÔNICO DJe-123 DIVULG 20-06-2018 PUBLIC 21-06-2018.

do impetrante deu-se com fundamento no art. 44, § 2°, da LOTCU, o qual autoriza, como já observado, a decretação, "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".

Percebe-se da leitura desse dispositivo que a indisponibilidade de bens está limitada a um período máximo de um ano, inexistindo, nas normas de regência do TCU, qualquer autorização para prorrogação desse lapso temporal. De fato, trata-se de uma medida excepcional, cuja interpretação deve ser, necessariamente, restritiva, por limitar o exercício de um direito fundamental, qual seja, o direito de propriedade, não se afigurando razoável que um órgão administrativo possa elastecê-la, sem autorização legal ou judicial. [653]

Como se viu, nas situações em que o TCU extrapolou os limites da função que a Constituição lhes outorgou, o STF, instado a manifestar-se, acabou bloqueando as atuações que não encontram amparo no ordenamento legal pátrio.

6.3.6. Prescrição da pretensão punitiva

Outra questão que se liga às cautelares expedidas pelo TCU, ao menos indiretamente, é a relativa à prescrição da pretensão punitiva. O STF vem assentando que o prazo prescricional aplicável às sanções, inclusive à obrigação de ressarcir o erário, acompanhada dos consectários legais, nos processos de tomada de contas especial, é quinquenal. Essa orientação tem sido veiculada em diversos acórdãos da Suprema Corte, a exemplo do MS 32.201/DF,[654] de relatoria do Ministro Roberto Barroso, no qual ficou assentado que "a prescrição da pretensão punitiva do TCU é regulada inteiramente pela Lei 9.873/1999, seja em razão da interpretação correta e da aplicação desta lei, seja por analogia".[655]

[653] Nesse sentido, inclusive, foi a decisão liminar deferida pelo Ministro Ricardo Lewandowski nos autos do MS 34.545-MC/DF.

[654] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 32201, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 21/03/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-173 DIVULG 04-08-2017 PUBLIC 07-08-2017.

[655] BRASIL. **Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999**. Estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta, e dá outras providências. A referida Lei consigna, logo de inicio, o seguinte: art. 1º. Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública, direita e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da prática do ato ou, no caso de infração pemanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

Não obstante, o TCU vem insistindo em que o prazo da prescrição da pretensão punitiva seria de dez anos, a teor do art. 205 do Código Civil,[656] perseverando, ademais, no entendimento segundo o qual o direito ao ressarcimento de danos causados aos cofres públicos seria imprescritível.

Tais matérias, porém, estão pacificadas na Suprema Corte. Na formulação da tese relativa ao Tema 897 de Repercussão Geral, definida a partir do julgamento do RE 852.475/SP, levado a efeito em 8 de agosto de 2018, redator para o acórdão o Ministro Edson Fachin, ficou decidido que somente são imprescritíveis as ações de ressarcimento que decorram da prática de atos ilícitos de caráter doloso, tal como tipificados na Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa).[657] Em outras palavras, a reparação de danos causados por todos os demais atos ilícitos, incluindo os de improbidade não dolosos, sujeitam-se ao prazo prescricional legalmente estabelecido, segundo a tese já firmada quanto ao Tema 666.[658]

Esse assunto foi novamente apreciado no julgamento do RE 636.886/AL, relatado pelo Ministro Alexandre de Moraes, correspondente ao Tema 899, ocorrido em 20 de abril de 2020, onde se decidiu que a imprescritibilidade afirmada no Tema 897 é inaplicável aos processos de tomada de contas especial, porque o TCU não se pronuncia sobre a existência de eventual dolo da conduta ilícita, limitando-se a uma análise técnica da matéria.[659] Ficou assentado, ainda, que "a pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos reconhecida em acórdão de Tribunal de Contas prescreve na forma da Lei 6.830/1980 (Lei de Execução Fiscal)", ou seja, em cinco anos.[660] A resistência desse órgão de controle em cumprir tais decisões acabou levando ao ajuizamento de ações constitucionais perante a Suprema Corte, nas quais ambas as teses foram, mais uma vez, reconfirmadas.[661]

---

[656] Cf. nota 231, art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado um prazo menor.

[657] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tese 897 de repercussão geral: São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade administrativa.

[658] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tese 666 de repercussão geral: É prescritível a ação de reparação de naos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil.

[659] Ficou consignado na ementa do acórdão que, "no processo de tomada de contas, o TCU não julga pessoas, não perquirindo a existência de dolo decorrente de ato de improbidade administrativa, mas, especificamente, realiza o julgamento técnico das contas a partir da reunião de elementos objeto da fiscalização e apurada a ocorrência de irregularidade de que resulte dano ao erário, proferindo o acórdão em que se imputa o débito ao responsável, para fins de se obter o respectivo ressarcimento".

[660] BRASIL. Supremo Tribunal Federal.Tese 899 de repercussão geral: É prescritível a pretensão e ressarcimento ao erário fundada em decisão do Tribunal de Contas.

[661] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 35.512 AgR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, j. 4/6/2019, e Rcl 39.497 AgR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, j. 10/10/2020.

6.3.7. Desconsideração da personalidade jurídica

Outro aspecto interessante a ser examinado consiste na possibilidade de o Tribunal de Contas desconsiderar a personalidade jurídica de entidades sob sua fiscalização, de modo a responsabilizar, pessoalmente, seus administradores ou sócios, faculdade essa, como se sabe, conferida pela legislação processual aos magistradosdesde que observado procedimento próprio.[662] Com relação ao tema, o Ministro Celso de Mello, em extensa decisão, na qual ressalvava a delicadeza da questão, acabou deferindo a cautelar, em mandado de segurança, para sustar a medida, conforme se vê abaixo:

> "Procedimento administrativo e desconsideração expansiva da personalidade jurídica. *Disregard doctrine* e reserva de jurisdição: exame da possibilidade de a administração pública, mediante ato próprio, agindo *pro domo sua*, desconsiderar a personalidade civil da empresa, em ordem a coibir situações configuradoras de abuso de direito ou de fraude. A competência institucional do TCU e a doutrina dos poderes implícitos. Indispensabilidade, ou não, de lei que viabilize a incidência da técnica da desconsideração da personalidade jurídica em sede administrativa. A administração pública e o princípio da legalidade: superação de paradigma teórico fundado na doutrina tradicional? O princípio da moralidade administrativa: valor constitucional revestido de caráter ético-jurídico, condicionante da legitimidade e da validade dos atos estatais. O advento da Lei 12.846/2013 (art. 5º, IV, *e*, e art. 14), ainda em período de *vacatio legis*. Desconsideração da personalidade jurídica e o postulado da intranscendência das sanções administrativas e das medidas restritivas de direitos. Magistério da doutrina. Jurisprudência. Plausibilidade jurídica da pretensão cautelar e configuração do *periculum in mora*. Medida liminar deferida"[663]

A ação ainda pende do julgamento de mérito, de modo que não existem, por enquanto, precedentes do Plenário da Suprema Corte quanto à possibilidade do emprego dessa técnica processual no âmbito dos tribunais de contas. Apesar disso, vale deixar registrado que a doutrina dos poderes implícitos (*implicit or inherent powers*), à qual se referiu o Ministro Celso de Mello, tem origem no conhecido caso *McCulloch v. Maryland*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no ano de 1819. Conforme já mencionado acima, quando a Constituição confere uma atribuição a determinado órgão, assegura-lhe, de forma correlata, os meios necessários para o seu efetivo desempenho. O Tribunal estadunidense referiu-se a uma cláusula elástica (*elastic clause*) ou cláusula da necessidade e adequação (*necessary and proper*

[662] Cf. "incidente de desconsideração da personalidade jurídica", regulado nos arts 133 a 137 do Código de Processo Civil.

[663] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 32494 MC Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 11/11/2013 Publicação: 13/11/2013.

clause).[664]

Não se pode, contudo, segundo adverte Gomes Canotilho, ampliar demasiadamente o conceito de poderes implícitos, de maneira a classificá-los como "formas autônomas de competência".[665] O jurista português, todavia, admite que, mediante uma interpretação sistemática ou teleológica do texto da constitucional, é possível chegar-se à noção de "competências implícitas complementares", plenamente justificáveis, "porque não se trata tanto de alargar competências mas de aprofundar competências".[666] Explica que, "quem tem competência para tomar uma decisão deve, em princípio, ter competência para a preparação e formação de decisão".[667]

Essa é, precisamente, a ideia que se aplica ao TCU, quer dizer, para bem cumprir a sua magna atribuição de resguardar o erário, o órgão precisa estar munido de instrumentos apropriados para tanto, dentre os quais se incluem as medidas cautelares, genéricas ou específicas. O STJ, interessantemente, já tem um precedente em que admite a possibilidade da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica em sede administrativa, plasmado no julgando de um recurso em mandado de segurança de relatoria do Ministro Castro Meira. Eis, em resumo, a ementa do acórdão:

> A constituição de nova sociedade, com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com o mesmo endereço, em substituição a outra declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual, com o objetivo de burlar a aplicação da sanção administrativa, constitui abuso de forma e fraude à Lei de Licitações, Lei n.º 8.666/93, de modo a possibilitar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para estenderem-se os efeitos da sanção administrativa à nova sociedade constituída.
>
> A Administração Pública pode, em observância ao princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade constituída com abuso de forma e fraude à lei, desde que facultados ao administrado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular. Recurso a que se nega provimento"[668]

Os doutrinadores, de um modo geral, aceitam o emprego da *disreguard doctrine* na seara administrativa, com fundamento no princípio constitucional da moralidade. É o caso de

---

[664] CORWIN, Edward S. **A Constituição norte-americana e seu significado atual**. Rio de Janeiro: Zahar, 1978, esp. p. 14 e segs. Íntegra do julgado encontrável em *McCulloch v. Md.*, 4, Wheat. 316. 405 (1819).

[665] CANOTILHO. José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 508-509.

[666] Ibidem, loc. cit.

[667] Ibidem, loc. cit.

[668] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RE no RMS n. 15.166, Ministro Edson Vidigal, DJe de 28/11/2003.

Diógenes Gasparini, para quem:

> [...] a aplicabilidade da desconsideração da pessoa jurídica no Direito Administrativo é aceita por doutos juspublicistas a exemplo de Anna Rita Tavares, Edite Mesquita Huhpsel, Marcos Juruena Villela Souto e Marçal Justen Filho. Como o Direito Administrativo está presente nas autarquias e fundações públicas, no âmbito administrativo do Judiciário, do Legislativo e dos Tribunais de Contas, é certa a afirmação de que a tais entidades e órgãos cabe a decretação da desconsideração da pessoa jurídica envolvida com seus respectivos interesses, observadas as cautelas e o regime jurídico que vimos analisando.[669]

E continua lembrando o seguinte:

> [...] atendidas certas exigências, especialmente as relativas ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, pode o agente público competente decretar a desconsideração da pessoa jurídica. Justificam essa inteligência, ao menos, os princípios do dever-poder de agir, do interesse público e da moralidade administrativa.[670]
>
> [...] é dispensável uma específica lei reguladora para a prática de cada ato ou comportamento da responsabilidade da Administração Pública. Basta que esteja fundada em certo princípio, como é o da moralidade administrativa, hoje de estatura constitucional, para que possa agir. A noção de legalidade não pode ficar condicionada à existência de prévia e particular lei aplicável ao caso que se apresenta à Administração Pública. [671]

Também esse é o entendimento de José dos Santos Carvalho Filho, para o qual

> A busca da verdade real tem conduzido os estudiosos modernos a admitir, no processo administrativo, a teoria da desconsideração da pessoa jurídica ('*disregard of legal entit*y'), de modo a atribuir-se responsabilidade às pessoas físicas que se valem da pessoa jurídica como escudo para o cometimento de fraudes, desvios e outros ilícitos.
>
> Serve como exemplo o caso dos conhecidos '*laranjas*', em que os administradores não têm qualquer vínculo com a sociedade e são indicados pelos verdadeiros donos do negócio. Incide também a mesma teoria nos processos administrativos punitivos, inclusive nos contratos administrativos e licitações, quando perpetradas fraudes pelo contratado ou interessado contra a administração.[672]

O instituto da desconsideração da personalidade jurídica, convém registrar, está previsto em diversos diplomas legais, com destaque para os seguintes: a Lei 9.605/1988 (que dispõe sobre sanções penais e administrativas decorrentes de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, art. 4°), a Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor, art. 28) a Lei

---

669 GASPARINI, Diógenes. *Disregard* Administrativa. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme Costa (coord.). **Direito Público**: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 189.

670 Ibidem, p. 192.

671 Ibidem, p. 197.

672 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 1046-1047.

9.615/1998 (que institui normas gerais sobre o desporto, art. 27), a Lei 10.406/2002, com a redação dada pela Lei 13.874/2019 (Código Civil, art. 50), a Lei 12.529/2011 (que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, art. 34), a Lei 12.846/2013 (que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, art. 14 e, por fim, a Lei 13.105/2015 (Código de Processo Civil, art. 133 a 137, que trata da matéria como incidente judicial).

Embora entendendo possível a aplicação da medida, tanto do ponto de vista doutrinário, quanto legal, Marçal Justen Filho adverte, com razão, baseado em considerações relativas à segurança jurídica, que "o eventual inadimplemento de uma pessoa jurídica contratada pela Administração Pública não acarreta a responsabilização automática do administrador", lembrando que tal entendimento, "acaba sendo afastado sem maiores considerações, especialmente pelos órgãos de controle".[673]

6.3.7.1. Polêmica sobre a desconsideração

O tema da desconsideração, além de outros concernentes ao poder cautelar do TCU está sendo discutido no Plenário Virtual da Suprema Corte, nos autos do MS 35.506/DF,[674] cujo julgamento aguarda a devolução de voto-vista por parte do Ministro Gilmar Mendes. O *mandamus* volta-se contra acórdão do TCU que determinou a indisponibilidade de vultosa quantia em dinheiro de uma empreiteira, pelo prazo de um ano, além de decretar a desconsideração de sua personalidade jurídica, objetivando a posterior quantificação de danos e apuração das responsabilidades decorrentes da execução irregular de obra executada no polo petroquímico da Petrobrás situado no Rio de Janeiro.

Inconformada com a decisão da Corte de Contas, a impetrante sustentou, em síntese, violação a direito líquido e certo por não poder movimentar os seus próprios bens e ativos, além de ficar impedida de funcionar como empresa, em ofensa aos preceitos constitucionais garantidores da livre iniciativa e da propriedade privada. Acrescentou, ademais, que o ato impugnado acarretou prejuízo à sua imagem e reputação. Aduziu, ainda, que o TCU não tem

---

673 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei 8.666/1993. 18. ed. São Paulo: Thompson Reuters, 2019, p. 1508-1511.

674 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 35506 MC Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 08/02/2018 Publicação: 14/02/2018.

competência para implementar restrições ao patrimônio de particulares, nem para decretar a desconsideração da personalidade jurídica.

Quanto ao primeiro tópico, ressaltou a inaplicabilidade do art. 44, § 2º, da Lei 8.443/1992, interpretado em conjunto com os arts. 273 e 274 do RITCU, eis que a incidência de tais dispositivos, mesmo combinados, restringe-se a agentes públicos. No concernente ao segundo ponto, asseverou que inexiste previsão constitucional ou legal para a decretação da medida, salientando, inclusive, que não havia, à época, qualquer manifestação definitiva do STF acerca do tema, conforme anotado pelo Ministro Celso de Mello na Medida Cautelar em Mandado de Segurança no 32.494. Por isso, a impetrante concluiu que o princípio da legalidade estrita teria sido frontalmente desrespeitado.

Reclamou, mais, que não lhe foi possível de exercer o contraditório e a ampla defesa, entendendo inadequada a imposição de sanção tão grave e desproporcional sem observância dos princípios do devido processo legal. Aduziu que nem ao menos foi demonstrada a presença dos requisitos necessários à decretação de medida cautelar, em franco descompasso com a exigência de motivação dos atos administrativos, sobretudo tendo em conta a ausência de provas da conduta irregular da empresa ou de ilicitudes por ela praticadas. Sublinhou, ainda, que houve ofensa ao princípio da isonomia, porquanto outros integrantes do consórcio integrado pela empresa apenada não foram objeto de sanção semelhante

Nas informações, o Tribunal de Contas reportou-se à "teoria dos poderes implícitos" e ao art. 276 de seu RITCU. Com base nisso, alegou que pode, sim, empreender todas as providências necessárias à preservação do patrimônio público. Além disso, invocou decisões do STJ e do STF, que dariam respaldo à decisão. Destacou que sua competência fiscalizatória se estende também aos particulares, considerada a natureza pública dos recursos supostamente desviados. Aludiu ao rol de atribuições que lhe foram outorgadas pelos art. 71 da CF/1988 e arts. 1º, 4º, 5º, 6º, 12, 16, § 2º, da LOTCU, os quais emprestariam suporte ao bloqueio de bens levado a efeito no procedimento de tomada de contas.

Lembrou, ainda, que a responsabilização solidária de particulares e gestores públicos constitui prática comum na Corte de Contas, a qual jamais teria sido contestada. Citou doutrina e jurisprudência para abonar a desconsideração da personalidade jurídica, e também, curiosamente, fez menção – tal qual a impetrante – à decisão inconclusiva do Ministro Celso de Melo no MS 32.494 MC.[675] Recordou, depois, a Lei nº 12.846/2013 (Anticorrupção) e Lei

[675] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 32494 MC Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 11/11/2013 Publicação: 13/11/2013.

nº 12.529/2014 (Defesa da Concorrência), as quais autorizariam a CU e os órgãos máximos do Legislativo, Executivo e Judiciário a adotar a medida. Disse, mais, que o poder de cautela pode ser levado a efeito sem prévia audição daquele que é por ele atingido, como forma de assegurar a utilidade do processo, acrescentando que, mesmo assim, intimou os responsáveis para que discriminassem os bens indispensáveis à continuidade de suas atividades.

Por fim, transcrevendo trechos do ato impugnado, o TCU buscou demonstrar que observou os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Refutou, também, a alegada ofensa ao postulado da isonomia, asseverando que a situação da impetrante era diversa daquela dos demais integrantes do consórcio, os quais, inclusive, teriam colaborado com a investigação.

A Procuradoria-Geral da República, ouvida, manifestou-se pela denegação da ordem, desfiando, em linhas gerais, argumentos semelhantes àqueles apresentados pela Corte de Contas.

O Ministro Marco Aurélio, relator do *mandamus*, deferiu a cautelar, *initio litis*, assentando que não compete ao TCU, órgão administrativo que é, o implemento de medida cautelar voltada a restringir direitos de particulares, de efeitos práticos tão gravosos como a indisponibilidade de bens e a desconsideração da personalidade jurídica, reveladoras de sanções patrimoniais antecipadas. A Corte de Contas, continuou ele, embora esteja, de fato, investida do poder geral de cautela, não pode "bloquear, por ato próprio, dotado de autoexecutoriedade, bens de particulares".

Não cabe, argumentou o Ministro, justificar a medida com fundamento no art. 44 da TCU, pois o preceito – de resto, conforme notou, inserido na Seção IV do referido diploma legal –, destina-se a disciplinar a atuação de servidor público, responsável por atos e contratos dos quais resultem receita ou despesa, não abrangendo o particular.

No mais, para conceder a liminar, observou que, no caso, registrava-se o denominado "perigo na demora reverso", porquanto a permanência da medida aplicada pelo TCU representaria verdadeira "morte civil" da firma, mesmo porque, aduziu, a eficácia das decisões proferidas nas tomadas de contas especiais, em especial quanto ao ressarcimento de eventuais prejuízos ao erário, dependeriam da continuidade das atividades empresariais.

No tocante à desconsideração da personalidade jurídica, sustentou que essa providência não encontrava previsão em lei e não teria sido ainda examinada pelo STF, razão pela qual não seria possível levá-la a efeito. Em acréscimo, consignou o seguinte:

> Não havendo respaldo normativo expresso, deve prevalecer o princípio da legalidade estrita, a nortear a atuação da Administração Pública como um todo. Descabe recorrer

> à analogia, buscando a aplicação do artigo 14 da Lei no 12.846/2013, porquanto não voltado à atuação do Órgão de Contas. Surge igualmente impróprio articular com cláusulas gerais - proteção à moralidade e supremacia do interesse público. O preço para viver numa democracia é módico: protege-se o cidadão mediante a observância, sem reservas, do princípio segundo o qual o administrador somente pode agir autorizado por lei.

O relator também rechaçou o emprego da teoria dos poderes implícitos. Relembrou que já havia repudiado tal tese ao examinar, no RE 593.727,[676] a questão da legitimidade do poder de investigação do Ministério Público, por entender que a CF/1988, ao estabelecer competências, o fez com vistas a assegurar o equilíbrio entre os órgãos públicos, representando, no seu entender, verdadeira garantia do cidadão.

Para ele, a concentração de poderes mostra-se incompatível com o Estado Democrático de Direito, motivo pelo qual interpretações que ampliem competências devem ser encaradas com reservas. É que, segundo externou, são claras as normas que tratam das atribuições do TCU – referindo-se especificamente os arts. 70 e 71 do texto constitucional –, não sendo possível extrair delas a conclusão de que este pode determinar cautelarmente o bloqueio de bens e desconsiderar a personalidade jurídica de particular que contrate com a Administração. Além do mais, disse que se afigurava inadequado invocar tal teoria, pois sua aplicação pressupõe vácuo normativo. Para ele, somente se a Lei Maior não houvesse disciplinado o exercício do poder sancionador do Tribunal de Contas seria lícito aplicar a teoria em questão.

Lembrou, ainda, que a LOTCU, ao prever que a execução das sanções contra particular, "exige a intervenção do Judiciário, mediante provocação do Ministério Público – artigos 19, 25 e 28, inciso II –, a sinalizar o descabimento de imposição de medidas dotadas de autoexecutoriedade". Estas somente seriam cabíveis em face de servidor ou contra quem lide com dinheiro público. Mas o próprio art. 61 daquele diploma normativo "preceitua que, mesmo em relação a responsáveis julgados em débito, o Tribunal de Contas solicite ao Poder Judiciário o implemento da indisponibilidade de bens dos particulares".

Depois dessas considerações, concluiu o voto deferindo a ordem "para afastar a determinação de indisponibilidade de bens e de desconsideração da personalidade jurídica de Projeto de Plantas Industriais – PPI, ante a deliberação nº 2.014/2017, do Tribunal de Contas da União".

---

[676] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 593727, Relator(a): CEZAR PELUSO, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-175 DIVULG 04-09-2015 PUBLIC 08-09-2015.

O Ministro Marco Aurélio, como se viu acima, votou pela denegação da ordem, repudiando, por consequência, a constrição de bens patrimoniais de terceiros, no caso de particulares, supostamente alheios à controvérsia. Os Ministros Edson Fachin e Ricardo Lewandowski manifestaram-se, no Plenário Virtual, no sentido de que é possível a decretação de medida cautelar tal como o fez o TCU, desde que presentes os pressupostos necessários a tanto, particularmente quando estiver evidenciada a prática fraude mediante o emprego de pessoa jurídica.

O Ministro Fachin assentou, em síntese, o seguinte:

> Assim, e em se considerando todo o histórico da evolução do instituto da desconsideração da personalidade jurídica das empresas em nosso ordenamento, não é possível que a mera inexistência de legislação específica preste-se a negar ao Tribunal de Contas a competência de, constatada a ocorrência de utilização fraudulenta da pessoa jurídica para praticar e ocultar gravíssimos danos ao erário, determinar a medida extrema, a fim de exerce r seu mister constitucional na tutela do patrimônio público. [...]
>
> Ainda não há que se falar em reserva de jurisdição, eis que já há em nosso ordenamento legislação a prever a utilização do instrumento da desconsideração da personalidade jurídica, como é o caso da Lei nº 12.846/2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, e que expressamente prevê, no capítulo sobre o processo administrativo de responsabilização, em seu art. 14:
>
> 'Art. 14. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica, aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa'.
>
> Portanto, a possibilidade do reconhecimento administrativo dos requisitos para decretar a desconsideração da personalidade jurídica para fins de responsabilização de administradores e sócios já está internalizada em nosso ordenamento jurídico, e , ainda que não seja previsão específica destinada ao Tribunal de Contas da união, reforça a compreensão de que a matéria não está sujeita à reserva de jurisdição, sendo possível a sua aplicação analógica ao caso.

O Ministro Lewandowski, de sua parte, embora denegando a ordem, em atenção às particularidades do caso sob exame, estabeleceu algumas ressalvas quanto à desconsideração da personalidade jurídica, a seguir reproduzidas:

> [...] como regra, cabe ao TCU, por meio do Ministério Público, solicitar à AGU, instituição que representa a União judicialmente, a teor do art. 131 da CF, "o arresto de bens dos responsáveis julgados em débito", nos exatos termos do que dispõe o art. 61, da Lei 8.443/1992, para posterior execução destes, se for a caso.
>
> Nada obstante, reconheço que, em situações como a dos autos, quando se está ainda na fase preambular da apuração, nada obsta que o TCU decrete indisponibilidade cautelar de bens, pelo prazo não superior a um ano, com esteio no art. 44, § 2°, da Lei 8.443/1992, procedendo, também cautelarmente, à desconsideração a desconsideração da personalidade jurídica do ente sob investigação de maneira a assegurar o resultado útil do processo. Todavia, decisão definitiva sob o destino dos

> bens acautelados, seja da pessoa jurídica, seja de seus sócios ou administradores, caberá sempre a um magistrado togado, considerado o princípio da reserva de jurisdição, o qual, ao fim e ao cabo, se destina a resguardar os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

7. PRESSUPOSTOS, REQUISITOS E LIMITES

7.1. Principiologia administrativa

O princípio basilar que rege os procedimentos administrativos é o do devido processo legal, que emana do próprio texto magno, bipartindo-se em direito ao contraditório e à ampla defesa. Também são de observância obrigatória os postulados da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, abrigados no art. 37, *caput*, da Lei Maior.

Ao lado desses princípios, a doutrina identifica, ainda, como sendo de acatamento compulsório, os postulados da oficialidade, da verdade material e do formalismo moderado. Mais recentemente, vem ganhando espaço entre os especialistas o princípio da legítima confiança, que pode ser compreendido sob uma dupla perspectiva: uma objetiva, correspondente à segurança jurídica, e outra subjetiva, equivalente à proteção da confiança.

Ambas se resumem no dever do Estado de agir de boa-fé, sem que lhe seja dado mudar de rumo, de inopino ou desarrazoadamente, tanto no plano legislativo, como no administrativo e, até mesmo, no judiciário, pois não se mostra lícito frustrar as legítimas expectativas dos governados. Humberto Ávila, nesse sentido, anota "que a Constituição Brasileira, mais do que exigir a promoção do princípio da segurança jurídica, corporifica-o pela preocupação, do início ao fim, com os ideais de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade normativas, tal é a ênfase que atribui à limitação do poder".[677]

À luz dos novos axiomas que regem o processo em geral, abrigados na Carta Política de 1988, também passou a ser mandatório o respeito aos princípios do juiz natural, da revisibilidade das decisões, da proibição da *reformatio in pejus*, da celeridade e da razoável duração do processo, além da gratuidade para aqueles que não podem arcar com as custas processuais.

---

[677] ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**: entre a permanência, mudança e a realização no Direito Tributário. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 673.

Por sua vez, a Lei nº 9.784/1999, que disciplinou o processo administrativo no âmbito da Administração Federal, direta e indireta, alude, em rol não exaustivo, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Vale lembrar que alguns autores, como registrado precedentemente, entendem que os conceitos de razoabilidade e proporcionalidade são intercambiáveis. Sua fungibilidade derivaria do fato de que ambos os conceitos agasalham valores semelhantes, quais sejam, racionalidade, justiça, adequação, senso comum e o repúdio a atos arbitrários ou excêntricos.

Não obstante, como se apontou anteriormente, há aqueles que fazem uma distinção entre proporcionalidade e razoabilidade: aquela compreenderia a utilização, por parte da Administração, de meios adequados, necessários e proporcionais *stricto sensu*, ao passo que esta corresponderia à equidade, congruência e equivalência.

Apesar dessa divergência teórica, existe consenso entre os estudiosos no sentido de que, embora nenhum desses princípios tenha sido explicitamente mencionado na Constituição Federal, os dois encontram-se nela abrigados, de forma implícita, podendo ser deduzidos da noção de devido processo legal substantivo (*substantive due process*). De toda a sorte, empregados conjunta ou separadamente, permitem o controle da discricionariedade das decisões estatais, de modo a que sejam confrontadas com os fins últimos preconizados no ordenamento jurídico.

Nessa linha, segundo revela Ruy Samuel Espíndola, tanto as normas *sub constitutione*, a exemplo das leis, quanto as *sub lege*, como as decisões administrativas, "que se contraponham aos núcleos de irradiação normativa assentados nos princípios constitucionais, perderão sua validade", considerada a sua "função fundamentadora da ordem jurídica".[678]

Na sequência, ainda precisam ser consideradas a proibição do excesso (*Übermassverbot*) e a proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*), conceitos desenvolvidos pela doutrina alemã, cuja observância, como parâmetros de controle da Administração Pública, independe de qualquer previsão legal, por decorrerem da própria noção do Estado de Direito (*Rechstaatsprinzip*) e da ideia mesma de Justiça (*Gerechtigheitsidee*).[679]

---

[678] ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 67.

[679] *Übermassverbot* e verbetes relacionados. In: CREIFELDS, Carl *et al*. **Rechstwörterbuch**. 7ª. ed, München: Beck, 1983. V. também RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 138. Para o autor, "ao mesmo tempo em que o Estado não se pode exceder no campo dos direitos humanos (dimensão negativa, proibição do excesso ou *Übermassverbot*) também não pode se omitir ou agir de modo insuficiente (proibição da insuficiência ou *Untermassverbot*)".

Outra observação que merece destaque, já ressaltada anteriormente, é que o CPC/2015 abrigou relevante inovação ao prever, no art. 15, que suas disposições aplicam-se, supletiva e subsidiariamente, aos processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, desde que com eles sejam compatíveis. Isso significa que caberá aplicação supletiva quando existir uma lacuna plena naqueles processos especiais, a qual será suprida adotando-se, integralmente, o preceito adequado do processo civil comum. Por outro lado, aplicação subsidiária terá lugar quando se verificar uma lacuna parcial, hipótese em que ela será colmatada apenas naquilo que for pertinente.

Isso sem prejuízo da imediata incorporação ao processo administrativo – e, por evidente, ao comum – dos valores basilares que informam o novo código processual, com destaque para aqueles abrigados em seus arts. 6º, 7º e 8º, a saber: imparcialidade do julgador, cooperação entre os sujeitos do processo, decisão justa e efetiva, proferida em tempo razoável, igualdade entre as partes, paridade de armas, atenção aos fins sociais da lei e ao bem comum, respeito à dignidade humana, dentre outros.

7.2. Lógica do razoável

Já é clássica a assertiva de Recaséns Siches segundo a qual a lógica tradicional ou formal, de raízes aristotélicas, não é apropriada para a interpretação do fenômeno jurídico.[680] É que essa lógica, aperfeiçoada e sistematizada ao longo de vários séculos, "é meramente enunciativa do ser e do não-ser", mas não contempla qualquer juízo sobre a correção dos fins, a congruência entre meios e fins ou a eficácia de certos meios com relação a determinados fins.[681] Por isso, segundo o jusfilósofo, faz-se necessário transcender o meramente racional para chegar-se ao razoável, que identifica como o *logos* do humano.[682]

Karl Larenz, de sua parte, entende que, na aplicação do Direito, deve-se levar em conta aquilo que denomina de "proposições jurídicas fundamentais" (*Rechtsgrundsätze*), as quais compreendem os "princípios abertos" da "proporcionalidade" e do "meio menos lesivo".[683]

---

[680] Cf., sobre essa maneira de raciocinar, Logic, history of. HONDERICH, Ted (ed.). **The Oxford companion to philosophy**. Oxford: Oxford University Press, 1995, p.. 496-500.

[681] SICHES, Luis Recaséns. **Tratado general de filosofia del derecho**. 4. ed. Mexico: Porrua, p. 646.

[682] Ibidem, loc. cit.

[683] LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José de Sousa e Brito e José Antonio Veloso. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1978, p. 578.

Citando Peter Lerche,[684] ensina, quanto ao primeiro deles, "que a utilização de determinado instrumento para alcançar determinado fim não deve ser 'inadequado' a este"; já no tocante ao segundo, leciona "que entre vários instrumentos possíveis, todos adequados à obtenção do fim, só é lícito escolher aquele que produza consequências menos gravosas".[685] Os dois princípios, para Larenz, constituem "proposições de um princípio mais lato, que podemos designar como o da 'medida' ou do 'critério', e que não é mais do que uma expressão particular da ideia de Justiça".[686]

Robert Alexy também aponta em direção semelhante, ao observar que "a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela".[687] Para o autor, princípios desempenham o papel de "mandamentos de otimização", consideradas as distintas possibilidades jurídicas e fáticas que se abrem ao intérprete.[688] Explica que, por vezes, um princípio pode chocar-se com outro de caráter antagônico, obrigando o aplicador da norma a fazer um sopesamento dos valores ou interesses envolvidos em um caso concreto, com o emprego da proporcionalidade, para chegar a uma decisão.[689]

A máxima da proporcionalidade, segundo Robert Alexy subdivide-se em três "máximas parciais", a saber: (i) adequação, que exige seja o meio empregado apto para atingir o fim perseguido (*Geeignetheit*); (ii) necessidade, que impõe a utilização do meio menos gravoso, dentre outros igualmente possíveis (*Erförderlichkeit*); e (iii) proporcionalidade em sentido estrito, que reclama a opção por um valor cujo benefício compense a restrição daquele ao qual é contraposto (*Verhältnismässigkeit*).[690] As duas primeiras máximas parciais constituem "mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas", ao passo que a última representa um mandamento de otimização em face das possibilidades jurídicas".[691]

---

[684] A obra mencionada por Karl Larenz é LERCHE, Peter. **Übermasss und Verfassungsrecht**. Köln: Heymann, 1961, p.19 segs.

[685] LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José de Sousa e Brito e José Antonio Veloso. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1978, p. 578.

[686] LARENZ, Karl. op. cit., p. 579.

[687] ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 116-120.

[688] Ibidem, p. 116-120.

[689] Ibidem, p. 95, onde o autor explica o seguinte: "O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que *abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto*" (itálico no original).

[690] Ibidem, p. 116-120.

[691] Ibidem, loc. cit.

7.3. Razoabilidade e proporcionalidade

Embora diferentes autores façam uma distinção entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, os dois, conforme registra Luís Roberto Barroso, podem ser empregados de modo fungível.[692] Explica que o conceito de razoabilidade é originário do sistema anglo-saxão, em particular do direito norte-americano, tendo sido construído paulatinamente a partir de precedentes judiciais, segundo prática corrente do *common law*, como desdobramento do devido processo legal substantivo. Nos Estados Unidos representou, basicamente, um mecanismo para a aferição do controle da constitucionalidade de determinadas leis.

Por outro lado, a noção de proporcionalidade decorre do sistema jurídico alemão, de tradição romano-germânica, onde foi empregada, de maneira mais sistemática e ordenada, no direito administrativo, como um instrumento de controle dos atos do Executivo. Não obstante tenham antecedentes, fundamentos e desdobramentos distintos, os dois princípios são intercambiáveis, porquanto agasalham valores idênticos: "racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos".[693]

Roberto Barroso ressalta que, embora a Carta Magna não faça menção explícita a nenhum deles, tais princípios configuram "valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nele embutido ou decorrente do sistema".[694]

Apesar de não terem sido mencionados de forma explícita na Constituição Federal, é possível considerar que ambos os princípios estão implicitamente abrigados em seu texto, valendo lembrar que se encontram positivados na Lei 9.784/1999, de cujo art. 2º consta que a Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

A ideia segundo a qual os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade encontram abrigo implícito na Lei Maior, como uma garantia fundamental das pessoas, e a de que exercem uma função inibitória relativamente a atos administrativos ou legislativos

---

[692] BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 218-246 e 372-374, esp. nota 62.

[693] Ibidem, p. 373.

[694] Ibidem, loc. cit.

extravagantes é perfilhada pelo STF, conforme se lê na decisão prolatada no RE 374.981-RS, de relatoria do Ministro Celso de Mello, *verbis*:

> O princípio da proporcionalidade - que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente aquela que veicula a garantia do *substantive due process of law* - acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do poder público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do *substantive due process of law* (art. 5º, LIV). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador.

Aqui vale lembrar que o *leading case* acerca do *substantive due process o law*, na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, de onde provém o conceito, é representado pelo julgamento *Lochner v. New York*, onde foram estabelecidos, de forma pioneira, os critérios por meio dos quais os atos estatais seriam avaliados. A Corte decidiu, então, que uma lei, para interferir, validamente, na fruição dos direitos individuais, "deve ter uma relação direta entre meios e fins, e a finalidade mesma precisa ser apropriada e legítima".[695]

Esse entendimento que, na prática, consagrava uma apreciação casuística e eminentemente subjetiva da constitucionalidade das leis, por parte da Corte estadunidense, foi contestado, na ocasião, pelo *Justice* Oliver Wendell Holmes, em voto dissidente. Nele fez constar que a vontade do legislador, como regra, deve ser respeitada, "a não ser que se possa dizer que um indivíduo justo e racional forçosamente admitiria que a lei proposta infringiria os princípios fundamentais entendidos pelas tradições de nosso povo e nossas leis". [696]

A posição de Holmes, mais deferente ao Congresso, com o tempo, acabou por prevalecer, inaugurando uma era de moderação ou, melhor, de autocontenção (*self-restraint*), sobretudo no tocante ao exame de "questões políticas".[697] Isso ocorreu, particularmente, depois de 1937, como resultado de uma obstinada – e, ao final, infrutífera - resistência da Suprema Corte contra o *New Deal*, conjunto de medidas econômicas empreendidas pelo Presidente Franklin Delano Roosevelt, para enfrentar a "Grande Depressão" vivida pelo país.[698]

---

[695] **Lochner v. New York**. 198 U.S. 45 (1905).

[696] SCHWARTZ, Bernard. **Direito Constitucional americano**. Rio de Janeiro: Forense, s/d. p. 261.

[697] WILLIAMS, Jerre S. **Constitutional Analysis**. St. Paul: West Publishing, 1979, p. 27-32

[698] Cf. *New Deal*. In: PALMOWSKI, Jan. *Dictionary of Contemporary History*: from 1900 to the present day. Oxford: Oxford University Press, 2004. V. também BROGAN, Hugh. **The Penguin History of the United States of America**. London: Penguin Books, 1990, p. 562. O autor revela que o programa de reformas proposto pelo

7.3.1. Distinção entre razoabilidade e proporcionalidade

Diferentemente de Roberto Barroso, Humberto Ávila, fortemente escorado em Robert Alexy, entende que é possível fazer uma distinção entre os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.[699] Explica que o primeiro exige que o Legislativo e o Executivo, para alcançarem os respectivos fins, lancem mão de meios adequados, necessários e proporcionais.

Um meio se revela adequado, diz ele, caso seja apto a alcançar o fim. É necessário se, dentre outros meios igualmente aptos, acarretar menos limitações aos direitos fundamentais. Mostra-se proporcional, *stricto sensu*, se as vantagens que oferece sobrepujam as desvantagens que acarreta. Conclui o raciocínio registrando que, quando se cogita de proporcionalidade, há de se considerar sempre uma relação entre meio e fim.

Já o conceito de razoabilidade, arremata, não comporta uma "relação de causalidade entre um meio e um fim", pois esta, "como dever de harmonização do geral com o individual [...] atua como instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devem ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade", dependendo sempre do enquadramento da regra geral ao caso concreto.[700]

Antes de elaborar tal distinção, Ávila estabelece as diferentes acepções em que a ideia razoabilidade pode ser compreendida. Em primeiro lugar, distingue-a como equidade. Nesse sentido, antes de tudo, ela "impõe, na aplicação das normas jurídicas, aquilo que normalmente acontece". [701] Essencialmente, significa que se deve fazer uma correta subsunção dos fatos - tal como ocorrem na realidade - às hipóteses legais descritas *in abstracto*. No entanto, é preciso levar sempre em conta as situações individuais, porquanto, não raro, "em virtude de determinadas especificidades, a norma geral não pode ser aplicada, por tratar-se de caso anormal". Trata-se, pois, para o autor, de fazer incidir a própria noção de Justiça às multifacetadas conjunturas fáticas que emergem da realidade.[702]

Presidente Franklin Roosevelt, que ampliava a intervenção do Estado na economia, chocava-se com "a filosofia política que a maioria da Corte considerava sagrada".

[699] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 101-108.

[700] Ibidem, p. 102.

[701] Ibidem, p. 95.

[702] Ibidem, p. 95-98.

Depois, Ávila trata da razoabilidade como congruência. Aqui, o autor assinala que a condição de aplicabilidade de uma norma jurídica demanda necessariamente "a recorrência a um suporte empírico", exigindo "uma relação congruente entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada". É dizer, quando se faz recair uma regra legal sobre uma base empírica inadequada, afronta-se dentre outros valores capitais, o postulado constitucional da isonomia, *litteris*: "Diferenciar sem razão é violar o princípio da igualdade".[703]

Por fim, o autor cuida da razoabilidade enquanto equivalência, a demandar uma correspondência "entre a medida adotada e o critério que a dimensiona". Apoia-se em algumas decisões paradigmáticas do Supremo Tribunal Federal: uma, na qual a Corte declarou a inconstitucionalidade de uma taxa judiciária fixa, que não levava em consideração o custo real do serviço, impossibilitando, assim, o exercício de um direito fundamental; outra, em que trancou uma ação penal, por ausência de justa causa, tendo em conta a insignificância do ato ilícito imputado ao réu e a desproporcionalidade da sanção a ele imposta.[704]

Dissertando sobre o princípio da proporcionalidade, Ávila consigna que, antes de tudo, ele não se confunde com o postulado da proibição do excesso (*Übermassverbot* na doutrina alemã), o qual veda a limitação da eficácia mínima de certos valores constitucionais, ainda que ausente um fim externo a ser alcançado. Isso porque a proporcionalidade pressupõe uma relação equilibrada entre o fim e os meios intentados para atingi-lo. Nesse sentido, o autor revela que a proporcionalidade corresponde à ideia de adequação.

Em outras palavras, é preciso que os meios sejam compatíveis com o fim, o que não importa dizer que devam ser sempre os melhores, os mais intensos ou mais seguros, dadas as múltiplas opções com as quais o legislador ou o administrador é obrigado a lidar no dia a dia. Basta que sejam adequadas ao fim proposto, não sendo lícito ao Judiciário invalidá-los, salvo "nos casos em que a incompatibilidade entre o meio e o fim for claramente manifesta".[705] O autor, nesse diapasão, menciona que o Tribunal Constitucional alemão "só opta pela anulação das medidas adotadas pelos outros Poderes se sua inadequação for *evidente* e não for, de qualquer modo plausível ou *justificável*".[706]

---

[703] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, 98-101.

[704] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, 101.

[705] Ibidem, p. 113.

[706] Ibidem, loc. cit.

Outra acepção da proporcionalidade corresponde à necessidade. Para tanto, faz-se mister comparar os vários meios alternativos para atingir determinado fim. A primeira indagação, nesse quesito, é saber se todas as alternativas são equivalentes. Se de fato são, a próxima pergunta a fazer é identificar qual delas é a menos restritiva em relação aos direitos fundamentais eventualmente afetados.

Também sob esse aspecto, como regra geral, o Judiciário deve respeitar a opção da autoridade competente, não lhe sendo dado anular a escolha desta, pois sempre seria possível "imaginar, indutiva e probabilisticamente, algum meio que promova, em algum aspecto e em alguma medida, melhor o fim do que aquele inicialmente adotado".[707]

Esse exame, porém, segundo o autor, foi levado a efeito pelo STF em, pelo menos, dois casos. Em um deles, a Corte deferiu um *habeas corpus* para livrar um suposto pai, numa ação de reconhecimento de filiação, para que este não fosse obrigado a realizar o exame de DNA, porquanto a perícia poderia ser feita pelo pretenso filho, nele mesmo, configurando, na espécie, meio menos gravoso para chegar ao mesmo resultado. Noutro feito, o Supremo declarou a inconstitucionalidade de uma lei que exigia que botijões de gás fossem pesados à vista do comprador, por entender que, no caso, existiriam medidas menos onerosas para lograr o desiderato do legislador, como, por exemplo, o controle por amostragem.[708]

Por derradeiro, Ávila disseca a proporcionalidade em sentido estrito. Nesse ponto ele assenta, em síntese, que o seu exame pressupõe a "comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição dos direitos fundamentais".[709] Em outros termos: é preciso indagar se a relevância do atingimento de determinado fim justifica coarctar, ainda que em grau mínimo, valores constitucionalmente protegidos. Aqui se está diante da necessidade de ponderação, no caso concreto, entre meios e fins, bem assim entre custos e benefícios, a qual "depende de uma avalição fortemente subjetiva" e, portanto, dificilmente sindicável pelo Judiciário.[710]

Na mesma linha, para Luís Virgílio Afonso da Silva a distinção entre os dois princípios não apenas é clara na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como também se evidencia nas decisões dos tribunais britânicos para os quais a razoabilidade não se confunde com a proporcionalidade, mas com um de seus elementos, a saber, a "adequação", mesmo porque,

---

[707] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 114-115.

[708] Ibidem, p.114-116.

[709] Ibidem, p. 116

[710] Ibidem, p. 116-117.

segundo estes, para que um ato seja considerado desproporcional, não é necessário que seja totalmente irrazoável ou absurdo.[711]

7.3.2. Aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade no âmbito administrativo

Celso Antônio Bandeira de Mello, pontificando em seara administrativa, com a elegância que lhe é peculiar, resume, de maneira muito feliz, ambos os conceitos acima descritos, de resto, nem sempre desenvolvidos com a necessária objetividade pela doutrina nacional e estrangeira. Para o prestigiado autor, a razoabilidade, corresponde ao emprego de "critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal das pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida".[712] Já a proporcionalidade requer que determinada ação seja exercida "na extensão e intensidade" condizente com o cumprimento da finalidade pública à qual está atrelada.[713] Considerada em sentido estrito, a proporcionalidade "exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais",[714] equivalendo, em suma, à proibição do excesso.

Visto isso, é possível concluir que – observadas as cautelas de estilo – quaisquer atos, sejam públicos ou, até mesmo, privados, podem ser avaliados pelo Judiciário com base nos princípios e subprincípios acima mencionados, considerada a respectiva intenção ou fundamentação (implícita, muitas vezes, nas discussões parlamentares em se tratando de leis). Sim, porque, como ensina Juarez Freitas, a obrigação de motivar "passou a ser, desde o advento do Estatuto Fundamental de 1988, dever de radial alcance, a exigir lastro de razoabilidade *lato sensu*, inclusive como inerência da garantia fundamental do devido processo".[715]

---

[711] SILVA. Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2002, n. 798, p. 20-33.

[712] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros 2021, p. 92.

[713] Ibidem, p. 93-94.

[714] Ibidem, p. 94.

[715] FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 419.

7.3.3. Apanhado sobre os princípios da razoabilidade e proporcionalidade

É possível dizer, em acanhado resumo, que o princípio da proporcionalidade pode ser compreendido como um conceito integrado por três "subprincípios". O primeiro deles equivale a ideia de adequação, que exige a congruência entre os meios empregados e o fim almejado, tendo em vista, sempre, o interesse público, não sendo lícito ultrapassar a "justa medida", no sentido aristotélico da expressão, a qual corresponde a uma escolha equilibrada entre extremos, própria do homem dotado de sabedoria prática.[716]

Já o segundo coincide com a noção de necessidade, que traduz na obrigação de promover a menor ingerência possível na realidade, demandando a utilização do meio menos gravoso para lograr certo fim, à semelhança do que preconiza o mote latino *suaviter in modo, fortiter in re*.[717]

Por fim, o terceiro, compreende a proporcionalidade em sentido estrito, que exige o emprego da técnica do sopesamento, sempre em face de situações particulares, reclamando uma comparação entre a importância da consecução do fim e a intensidade da limitação dos direitos fundamentais. Dito de outro modo, trata-se de avaliar se os ônus impostos por determinada medida sobrepujam os benefícios por ela trazidos, como teste de sua legitimidade.

Quanto ao princípio da razoabilidade, sem embargo das variadas roupagens por ele assumidas, bem assim a sua identificação – por alguns estudiosos – com o princípio da proporcionalidade, no fundo, pode ser resumido ao emprego de padrões de racionalidade no proceder administrativo, legislativo e, porque não, judicial. Pode ser resumido como sendo um agir caracterizado pelo emprego da razão, da lógica e da coerência por parte do juiz, administrador ou do parlamentar. Coincide com o proceder ideal atribuído pelos antigos romanos ao *bonus pater familiae*,[718] consistente em um padrão de cautela e bom-senso, que hoje imaginamos ser o comportamento do "homem médio".

Bem por isso, segundo Hely Lopes Meirelles, mostra-se completamente dissonante da ordem jurídica, "a conduta do administrador decorrente de seus critérios personalíssimos ou de

---

[716] HIRSCHBERGER, Johannes. **História da Filosofia na Antiguidade**. 2. ed. São Paulo: Herder, 1965, p. 242-243. Este conceito é desenvolvido por Aristóteles em sua *Ética a Nicômaco*.

[717] Frase cunhada por Claudio Acquaviva (1543-1615), padre jesuíta que chegou ao cargo de Superior Geral da Companhia de Jesus, depois canonizado, significando "suave na maneira, mas firme na ação".

[718] MARKY, Thomas. **Curso elementar de Direito Romano**. 8.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 112.

seus *standards* pessoais que, não obstante aparentar legalidade, acabe, por falta daquela razoabilidade média, contrariando a finalidade, a moralidade ou a própria razão de ser da norma em que se apoiou".[719]

7.4. Abrangência do controle pelo Tribunal de Contas da União

Conforme se verificou anteriormente, em maior detalhe, é amplo o poder de controle e fiscalização do TCU – paradigma para a atuação de todos os órgãos congêneres dos entes federados –, incumbindo-lhe, como *longa manus* técnica do Congresso Nacional, examinar "as contas de qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais as União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária", nos exatos termos do art. 70, parágrafo único, da CF/1988

Mostra-se suficiente, para suscitar a competência do órgão escrutinador, que alguém tenha - ou tivesse - sob sua guarda, gerência ou administração verbas com origem no patrimônio público para que responda perante os tribunais de contas pela sua correta aplicação. Em outras palavras, qualquer contato com dinheiro proveniente do erário faz emergir o dever de prestar contas. Na inspirada imagem de Fernando Facury Scaff, "por isso que se denomina de *toque de Midas*".[720]

A atuação do TCU, no exercício de suas atribuições constitucionais, legais e regimentais, pode dar-se, repita-se, previamente, concomitantemente ou *a posteriori*, no exercício de funções consultivas, fiscalizadoras, registradoras, sancionadoras e corretivas. E todos os dispêndios de verbas públicas, relembra-se, são avaliados sob os prismas da legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação de subvenções e renúncia de receitas.

A atuação das cortes de contas, portanto, não se limita a um simples exame formal ou extrínseco dos gastos públicos, abrangendo também os seus aspectos substantivos, aproximando-se de um verdadeiro exame de mérito, embora lhes seja proibido ingressar no âmago dos atos administrativos, sobretudo quanto aos critérios de conveniência e oportunidade

[719] MEIRELLES, Hely Lopes*;* BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. atual até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 99..

[720] CF. nota 187.

que os inspiraram, ingerência, de resto, vedada ao próprio Judiciário, em face do princípio da separação dos poderes.

Essa interdição fica mais evidenciada quando se trata de atos políticos ou de governo, caracterizados por sua amplíssima discricionariedade, eis que encontram fundamento no próprio texto constitucional,[721] a exemplo da faculdade conferida ao Presidente da República de "manter relações com Estados estrangeiros" (art. 81, IX, , da CF/1988), razão pela qual ficam excluídos do crivo parlamentar – e, *ipso facto*, dos tribunais de contas – ou pretoriano quanto à sua motivação.

Não obstante, há aqueles que entendem que não pode haver ato administrativo ou mesmo político totalmente imune ao controle. Nesse sentido tem-se o irrefutável argumento de Regis Fernandes de Oliveira, para quem "a função governamental não se exerce fora da ordem jurídica vigente". Referindo-se aos atos estatais em geral, assenta que "não estão eles *extra iuris ordinem*", razão pela qual não caberia falar em insindicabilidade absoluta.[722]

É também o que pondera Juarez de Freitas, embora a partir de outra perspectiva, pronunciando-se à luz do que denomina de "direito fundamental à boa administração pública". Enfatiza que, pelo menos sob o aspecto negativo, "o controle *lato sensu* precisa sindicar, em fundo calado, os vícios decorrentes dos excessos, desvios e insuficiências no exercício das competências administrativas".[723] Em complemento, assevera que, caso assim não fosse, "o ato exclusivamente político e não-sindicável orbitaria no espaço juridicamente irrelevante", o que se revelaria sem sentido.[724]

Esse entendimento leva à conclusão de que os atos dos agentes públicos - ou mesmo os dos particulares que lhes façam as vezes - podem, sim, ser examinados pelos órgãos de controle, ao menos, conforme o citado autor, quanto às seguintes máculas: "*vício do exercício da discricionariedade de maneira excessiva – arbitrariedade por ação* (hipótese de ultrapassagem dos limites impostos à competência discricionária ou de atuação desdestinada)[725] *e o vício do exercício da discricionariedade insuficiente ou do não-exercício – arbitrariedade*

---

[721] Cf., sobre o tema, a obra clássica de MALBERG, Raymond Carré de. **Contribution a la théorie génerale de L'État**. T. I. Paris: Sirey, 1920, p. 527.

[722] OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Ato administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 143.

[723] FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 127.

[724] Ibidem, loc. cit.

[725] ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1072. *Tresdestinação*, *desdestinação* e *adestinação* são vícios administrativos, originalmente ligados ao instituto da desapropriação, que correspondem, respectivamente, ao *uso ilícito*, *diverso* ou simples *não-uso* de um bem afetado ao patrimônio público.

por omissão (hipótese em que o agente deixa de exercer o dever da boa escolha administrativa ou o exerce com inoperância parcial, inclusive por falta de prevenção ou precaução)".[726]

7.5. Instrumentos e processos

O TCU tem à sua disposição os seguintes instrumentos de fiscalização: (i) denúncias, decorrentes do controle social da Administração; (ii) representações, encaminhadas por parlamentares, promotores, procuradores, agentes públicos e autoridades diversas; (iii) levantamentos, centrados nos sistemas, programas, projetos e atividades dos entes jurisdicionados; (iv) auditorias, para apurar eventuais ilegalidades ou irregularidades na atuação dos gestores; (v) inspeções destinadas a obter informações e esclarecer dúvidas quanto a procedimentos adotados; (vi) acompanhamentos, desencadeados por tempo determinado para observar atos de gestão; e (vii) monitoramentos, objetivando constatar o cumprimento de deliberações e orientações.

Todas essas atividades têm origem e se desenvolvem, necessariamente, em processos administrativo, representados pelas seguintes categorias: (i) julgamento de contas; (ii) fiscalizações diversas; e (iii) registros de aposentadorias, pensões, reformas e atos de admissão. Merece especial relevo o processo de tomada de contas especial, que é instaurado quando se registrar grave omissão na prestação de contas pelo gestor, com possível dano ao erário, decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico ou, ainda, de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos.

7.6. Sanções admitidas

Constatado um dano ao erário, o TCU pode impor ao responsável uma série de sanções administrativas, sem prejuízo da obrigação de encaminhar representação ao Ministério Público para que este empreenda as providências cabíveis nas esferas cível e criminal, quando for o caso. As referidas sanções constituem, basicamente, as que se seguem: (i) multa, variável em face da gravidade da infração; (ii) inabilitação temporária para o exercício de cargo em

[726] FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e a o direito fundamental à boa administração pública**, cit., p. 128, itálico no original.

comissão ou função de confiança; (iii) inidoneidade, por até cinco anos, imposta ao licitante fraudador.

Aqui vale recordar que as decisões do TCU das quais resultem débito ou multa, embora tenham a natureza de título executivo, não podem ser cobradas diretamente por ele, cabendo tal providência aos entes públicos que se beneficiem dessas sanções.

7.7. Recursos admissíveis

Todas as decisões do TCU são, a princípio, recorríveis, conforme previsão de sua Lei Orgânica e de seu Regimento Interno, podendo a irresignação daqueles que com elas não se conformam ser veiculada pelos seguintes apelos: (i) recurso de reconsideração; (ii) pedido de reexame; (iii) embargos de declaração; (iv) recurso de revisão; e (iv) agravo.

Como regra eles têm efeito suspensivo, salvo o recurso de revisão, que equivale a uma rescisória, e também o agravo, manejado contra decisões monocráticas, em especial aquelas que expedem cautelares. Essa previsão legal e regimental possui uma lógica evidente. É que o primeiro se volta contra um julgado, o qual, em tese, ostenta caráter de definitividade; já o segundo é manejado, em geral, contra uma medida de urgência, que, por definição, surte efeitos imediatos, exatamente para evitar o risco de perecimento ou deterioração de determinado bem jurídico. [727]

Vale lembrar, por oportuno, que, embora se fale em definitividade dos julgamentos resultantes de recursos interpostos nos tribunais de contas, esse conceito só vale para os respectivos âmbitos internos, pois nenhuma decisão administrativa é imune ao crivo judicial. É que jamais se transformam em *res iudicata*. Como bem explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

> Esse tipo de processo só existe nos países que adotam o contencioso administrativo; nos demais, essa fase se desenvolve perante o Poder Judiciário, porque só este pode proferir decisão com força de coisa julgada; a Administração Pública, sendo 'parte' nas controvérsias que ela decide, não tem o mesmo poder.[728]

[727] A revisão, ademais, pressupõe uma nova ação, ao passo que o agravo é proferido no bojo de um processo em andamento. Cf. ALVIM, Eduardo Arruda. **Curso de direito processual civil**. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 17. O mencinado autor ilustra bem essa distinção ao esclarecer que os "*recursos* se inserem na mesma relação processual, ou no mesmo processo, prolongando-o e objetivando ver decididas novamente as matérias constantes da sentença e também decisões interlocutórias, por isso mesmo obstando que haja coisa julgada ou impedindo ocorra a preclusão […]". Por outro lado, "as *ações autônomas de impugnação* - por exemplo, a ação rescisória […] – pressupõem a instauração de uma nova relação processual […]" (itálico no original).

[728] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 769.

7.8. Condições de procedibilidade

Em que pese a considerável amplitude do poder de fiscalização e controle que os tribunais de contas foram conquistando com o passar do tempo, existem parâmetros legais, doutrinários e jurisprudenciais que precisam ser respeitados por eles, a começar pelas condições de procedibilidade das ações em cujo bojo prolatam decisões, expedem determinações e estabelecem sanções.

Como se pontuou anteriormente, não é mais possível que alguém imponha, tal como no passado remoto, suas próprias razões pela força, mesmo porque, entre nós, tal comportamento constitui um ilícito penal. Esse é o motivo pelo qual os litígios que emergem na sociedade são resolvidos, exclusivamente, pelo Estado-juiz, detentor do monopólio da jurisdição.

Mas não é qualquer conflito de interesse que pode ser levado à apreciação do Judiciário. Uma controvérsia, para ser conhecida e decidida por um magistrado, precisa amoldar-se a determinadas condições e certos pressupostos. Nesse sentido, o art. 485, IV, do CPC/2015 vigente explicita, didaticamente, que o juiz não resolverá o mérito da causa, quando "verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo".

Antes do advento do *Codex* de 2015, a doutrina mantinha acirrados debates em torno das chamadas "condições da ação", sobretudo quanto à sua utilidade prática. É que o CPC de 1973, em seu art. 267, II, as desdobrava em possibilidade jurídica, legitimidade das partes e interesse processual. Segundo os doutrinadores, a avaliação prévia, pelo juiz, das condições de procedibilidade sempre se justificou por razões de economia processual, pois "quando se percebe, em tese, [...] que a tutela jurisdicional requerida não poderá ser concedida, a atividade estatal será inútil, devendo ser imediatamente negada".[729] Por isso, ausentes as condições estabelecidas pela legislação de regência, o magistrado decreta a "carência da ação", à míngua dos pressupostos lógicos e jurídicos para o seu regular prosseguimento.

O CPC/2015, ao inaugurar a nova sistemática processual, trouxe importantes modificações quanto ao tema. Ela rompeu o impasse em torno da disputadíssima questão

[729] CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini**. Teoria geral do processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2016., p. 294.

relativa à superação, pelo julgador, do plano de validade ao ingressar no plano da existência, no momento em que passa a decidir, em cognição sumária, acerca do direito material em disputa, ou seja, sobre o próprio mérito da causa. Em face dessa polêmica, foram extintas, como categoria, as condições da ação, embora restassem intocados os seus tradicionais requisitos.

Os idealizadores do CPC de 2015, considerando que o magistrado, ordinariamente, empreende dois juízos, a saber, um quanto à admissibilidade da pretensão e outro no tocante ao seu mérito, abandonaram a controvertida expressão "condições da ação", tratando os conceitos "interesse de agir" e "legitimidade" como pressupostos processuais, nos termos de seu art. 17 daquele diploma normativo.[730]

Assim, permitiram que o juiz, diante da eventual ausência de um ou de ambos os pressupostos, indefira a petição inicial, com fundamento no art. 330, II e III. De outra parte, relegou a avaliação da "possibilidade jurídica" do pedido para uma verdadeira decisão de mérito, com fundamento no art. 487. Renê Hellman, todavia, pondera que "boa parte da doutrina, a despeito da ausência de referência expressa no CPC/2015 ao termo 'condições da ação' continua defendendo a sua sobrevivência como categoria própria.[731]

Por isso, vale a pena relembrar os conceitos que lhe dizem respeito: (i) interesse de agir, que guarda relação com necessidade da tutela estatal para satisfazer o direito reclamado e também com a adequação do meio processual empregado; (ii) legitimidade *ad causam*, que pressupõe o exame da aptidão da pessoa para requerer algo em juízo, à luz do art. 18 do CPC/2015, segundo o qual "ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento legal", tal como ocorre, *verbi grati*a, na ação civil pública ou na ação penal privada; e (iii) possibilidade jurídica do pedido, que exclui da apreciação do Judiciário, independentemente das peculiaridades do caso concreto, a partir de uma avaliação "macroscópica" do juiz, as pretensões que, *a priori*, não encontrem guarida na lei.[732]

Analisando a natureza desse último filtro processual, alguns processualistas concluem que, quando o juiz assenta a impossibilidade jurídica do pedido, na realidade está proferindo uma verdadeira decisão de mérito. Mas essa questão, *data maxima venia*, talvez

[730] "Art. 17. Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade".

[731] HELLMAN, Renê. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Curitiba: Juruá, 2020, p. 49.

[732] CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini**. Teoria geral do processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2016., p. 294.

configure apenas uma disputa em torno de *lana caprina*,[733] mesmo porque, embora de interesse acadêmico, o seu deslinde não surtirá nenhum resultado prático.

De qualquer forma, afigura-se importante registrar que, também os processos administrativos, particularmente, aqueles que se desenvolvem no âmbito dos tribunais de contas, para que se constituam e desenvolvam validamente, precisam observar, *mutatis mutandis*, o perfazimento das condições da ação, à semelhança do que ocorre na esfera judicial.

Não se admite, pois, a prolação de qualquer decisão, seja de mérito ou cautelar, sem a materialização daquelas condições, salvo diante de situações excepcionais que exijam a expedição de medidas urgentes, admissíveis antes mesmo da instauração do competente processo, inclusive de ofício, desde que devidamente motivadas. Isso, sem prejuízo, convém repetir sempre, de assegurar-se aos atingidos, mesmo que em momento posterior, o direito ao contraditório e à ampla defesa.

7.9. Pressupostos das cautelares

As tutelas de urgência, deferidas após uma cognição sumária daquilo que se contém nos autos do processo, destinam-se, por definição, a evitar ou atenuar os danos que a passagem do tempo pode acarretar ao bem jurídico a ser protegido. Não se confundem com as tutelas definitivas, prolatadas depois de uma cognição exauriente. Por isso mesmo, as primeiras distinguem-se das segundas por sua instrumentalidade, subsidiariedade e provisoriedade. Em outras palavras, são dependentes do processo principal, com cujo escopo não se confundem, cessando de existir, como regra, após o término deste.

Dois são, tradicionalmente, os pressupostos das medidas cautelares, quer sejam concedidas *in limine*, quer sejam concedidas no curso do processo: o *periculum in mora*, significando em português "perigo na demora", e o *fumus boni iuris*, traduzido para o vernáculo como "fumaça do bom direito".

Na prática jurídica, o primeiro é representado pela constatação – em um juízo preliminar – de que a demora no advento da decisão final pode causar um dano grave ou de

[733] Expressão que vem do latim *rixatur de lana lana caprina*, ou seja, disputar em torno de pêlo de cabra, que não tem valor comercial, ao contrário do pêlo de ovelha. TOSI, Renzo. **Dicionário de sentenças gregas e latinas**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

difícil reparação ao bem tutelado. Já o segundo caracteriza-se pela demonstração, de que o direito pleiteado existe, ao menos em tese, sem a necessidade de comprová-lo exaustivamente, num primeiro momento, bastando que fique evidenciada a sua verossimilhança.[734] A avaliação da presença desses dois pressupostos se dá a partir de um exame perfunctório dos autos pelo julgador, quer dizer, não exaustivo, o qual fica reservado para a decisão de mérito.

Não é permitido, seja ao requerente da cautelar, seja ao julgador, a quem é dirigido o pedido, fazer alusão apenas a uma suposta demora para o desfecho da lide ou, ainda, a um mero perigo abstrato. Cumpre a ambos, isto é, à parte interessada e ao julgador, revelar, concretamente, qual o prejuízo antevisto, incumbindo-lhes, ainda, explicitar, sem ambages ou subjetivismos, os motivos que justificam o provimento antecipado. Em outras palavras, é preciso deixar evidenciado, quer na petição, quer na decisão concessiva da cautelar, que a medida de urgência cogitada guarda correspondência com a proteção do direito buscado ao final do processo, supostamente passível de perecimento ou degradação.

De qualquer maneira, ainda que, como sói acontecer no cotidiano forense e administrativo, a presença do *periculum in mora* seja mais evidente, levando o julgador a conceder a tutela de urgência sem maiores considerações – quiçá impressionado com o possível decaimento do bem a ser protegido – não se admite a ausência total do *fumus boni iuris*. É preciso que se identifique sempre um mínimo de probabilidade do direito, sob pena de o provimento judicial revelar-se, ao fim do processo – e depois de imposto o gravame à parte – totalmente equivocado.

A exigência de que o juiz motive "seu convencimento de modo claro e preciso" encontra previsão expressa no art. 298 do CPC/2015, decorrendo, de resto, da garantia abrigada no art. 93, IX, da Constituição Federal. Tal obrigação, no processo administrativo, deriva do art. 50, I e II, da Lei 9/784/1999, o qual torna obrigatória a motivação, "com a indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos", sempre que as decisões "neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses", bem assim caso "imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções". É o que acontece com as cautelares, as quais, invariavelmente, impõem gravames aos que as suportam.

Convém recordar, ainda, que os pressupostos para o deferimento medidas de urgência na seara penal – onde se avalia o *fumus comissi delicti*, ou seja, os indícios da prática

[734] Termo importante para a processualística, que deriva de "verossímil", cujo significado é o seguinte: "1. Semelhante à verdade; que parece verdadeiro. 2. Que não repugna à verdade, provável". FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, s/d.

do delito, e o *periculum libertatis*, quer dizer, o risco de o acusado permanecer em liberdade – diferem bastante, considerado o seu maior nível de exigência, daqueles considerados na esfera civil e administrativa. Não obstante, coincidem no tocante à vedação de invocar-se a lei em abstrato e, ainda, quanto à necessidade de os fundamentar adequadamente, sobretudo com base em fatos concretos, afigurando-se inaceitável a veiculação de meras conjecturas de caráter subjetivo.

Não se pode olvidar, ademais, que, a teor do art. 300 do CPC/2015, o objetivo da tutela de cautelar é evitar que o objeto de proteção sofra um dano irreparável ou de difícil reparação. Como já se acentuou retro, a própria expressão "urgência" caracterizadora da medida, evidencia que a cautelar só pode ser deferida em face de uma situação de emergência ou de perigo iminente. Segundo a doutrina, relembra-se, o risco há de ser concreto, atual e grave, podendo consistir na prática de um ato ilícito.

Cabe aqui destacar que aos tribunais de contas somente é permitido a concessão das tutelas cautelares, que não se confunde com a tutela de urgência antecipada. Como exposto acima, a tutela antecipada desde logo possibilita a realização de um direito, ao passo que as tutela cautelar preserva a fruição de eventual e futuro direito.

Tendo em vista as funções das cortes de contas e seu fim essencial de evitar dano ao erário, não nos parece viável a concessão de antecipações de tutela, que "antes do julgamento final da causa, oferece a algum dos sujeitos em litígio o próprio bem pelo qual ele pugna",[735] sem uma cognição exauriente da discussão de fundo. A concessão de antecipação de tutela pelos tribunais de contas, a nosso ver, fere os princípios aos quais a Administração Pública deve obrigatoriamente observar.

Nesse passo, cabe uma palavra sobre a tutela de evidência, que não exige a demonstração do perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, caracterizando-se por seu caráter satisfativo, na medida em que antecipa o próprio resultado prático da demanda. Do mesmo modo, entendemos não ser permitido às cortes de contas conceder tutelas de evidência. Dada a natureza dos processos administrativos que tramitam perante os tribunais de contas, não nos parece possível que sejam verificados os requisitos necessários para a concessão dessa medida, previstos no inciso II do art. 311 do CPC/2015, a saber: os fatos

[735] Como observam Cândido Rangel Dinamarco e outros: " as medidas cautelares e as antecipatorias são *estruturalmente iguais*, podendo ser tratadas conjuntamente, embora funcionalemnte diferentes, e tendo objetivos diversos". **Teoria geral do processo**. 33. ed., ver. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 532, itálico no original.

alegados estão comprovados documentalmente e a tese relativa ao tema em discussão encontra-se pacificada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.

Mesmo havendo a possibilidade de aplicação subsidiaria e supletiva do CPC/2015 pelos tribunais de contas, seu uso não é automático e restringe-se diante das características dos órgãos responsáveis pelo julgamento dos diferentes processos administrativos. Especificamente quanto ao TCU – e cortes congêneres – Carlos Ari Sundfeld e Jachintho Arruda Câmara são categóricos ao afirmar ser sobre essa impossibilidade justamente em razão ausência de identidade do TCU e o Poder Judiciário. Manifestam-se os autores no sentido de que "vale salientar que as competências do Tribunal de Contas em nada se assemelham às do Judiciário, donde não ser correto transpor analogicamente os poderes cautelares deste para o órgão de controle das contas públicas".[736]

À guisa de uma síntese de tudo o que foi visto acima, é possível afirmar o poder de cautela – tanto o geral como aquele que é exercido por meio de medidas específicas – de que são dotados os julgadores, inclusive e especialmente os que atuam no âmbito administrativo, tem como características distintivas, sem prejuízo de outras, a necessidade, a adequação, a proporcionalidade e a provisoriedade. Adicionalmente, aos tribunais de contas é obrigatória que as decisões cautelares proferidas sob o prisma dos princípios da legalidade, legitimidade economicidade.

7.10. Medidas cautelares possíveis

O TCU, com fundamento no art. 71, X, da CF/1988, pode "sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal". Trata-se de uma autorização emanada do próprio texto constitucional, configurando um remédio genérico para evitar, cautelarmente, a concretização de um prejuízo ao erário.

Além dessa medida de caráter genérico é lícito à Corte de Contas, com amparo na legislação infraconstitucional que rege sua atuação – e também no poder geral de cautela de que é dotada –, expedir cautelares inespecíficas, mediante provocação ou de ofício, inclusive sem a oitiva da parte atingida, em situações de urgência, nas quais haja e fundado receio de

[736] SUNDFELD, Carlos Ari;CÂMARA, Jachintho Arruda. Competências de controle dos tribunais de contas – possibilidades e limites. IN: SUNDFELD, Carlos Ari (org.).**Contratações públicas e seus controle**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 209.

grave lesão ao erário ou ao interesse público ou, ainda, de ineficácia da decisão de mérito, por decisão do plenário, do relator ou, nos períodos de recesso, de seu presidente.

Isso sem prejuízo do afastamento temporário do gestor público que retarde ou dificulte a realização de auditoria ou inspeção, ou cause novos danos ao erário ou, possivelmente, inviabilize o seu ressarcimento. Ademais, o TCU está autorizado a decretar, por prazo não superior a um ano, a indisponibilidade de bens do suposto responsável pelos prejuízos para garantir a sua recomposição ao final do processo no qual são apurados.

Nesse ponto surge interessante questão: seria permitido ao Tribunal de Contas, com fundamento no art. 301 do CPC/2015, determinar o arresto, sequestro, arrolamento de bens ou registro de protesto contra alienação de bem? Não parece lícito possa ele lançar mão, diretamente, desses instrumentos, tomando por base a taxatividade do disposto no art. 61 de sua Lei Orgânica, bem assim no art. 275 do RITCU, que estabelecem competir ao plenário do TCU solicitar ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União ou aos dirigentes das entidades sobre as quais tem jurisdição a tomada de providências necessárias para a efetivação do arresto, perante o Judiciário. Quer dizer, aplica-se às demais constrições patrimoniais a mesma lógica pertinente ao arresto, pois *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*.

Nada impede, todavia, que o TCU, nos termos do art. 301 da CPC, *in fine*, empregue "qualquer outra medida idônea para assegurar o direito" objeto da tutela de urgência, desde que não usurpe, com medidas invasivas ou coercitivas, a chamada "reserva de jurisdição", facilmente identificável por ser aquela, *prima facie*, responsável pela proteção dos direitos fundamentais

Reforçando a factibilidade da utilização daquela prerrogativa legal pelas cortes de contas, cumpre recordar que a Lei 13.105/2015 prevê que Administração pode, antes ou depois de instaurado o competente processo, expedir medidas de urgência, de ofício ou a requerimento do interessado, às quais denomina de "providências acauteladoras", sempre que ficar evidenciado um "risco iminente", mesmo sem a prévia oitiva de eventuais atingidos por elas.

7.11. Revogação, modificação e estabilização das tutelas

Quando se alude à provisoriedade da tutela de urgência cautelar, pretende-se dizer que ela é sempre precária, embora, normalmente, subsista até o final da demanda, eis que pode ser

revogada ou modificada a qualquer tempo. Isso porque é concedida sob a condição *rebus sic stantibus*, significando que, alterada a situação fática subjacente, retorna-se ao *statu quo ante*.

Essa é a razão pela qual o § 3º do art. 300 do CPC veda formalmente a concessão de uma medida dessa natureza "quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão". Nesse ponto, surge a tormentosa questão da exigibilidade uma contracautela no âmbito dos tribunais de contas. Não há motivo para excluir-se essa hipótese em determinadas circunstâncias, sobretudo quando se caracterizar o *periculum in mora* inverso. Assim, também nessa seara, nos termos do parágrafo § 1º do art. 300 do CPC, surge a possibilidade, ao menos em tese, de estabelecer-se uma caução real ou fidejussória para cobrir possíveis prejuízos suportados pela parte atingida pela tutela.

E o que dizer quanto à conciliação e à mediação previstas no art. 303, II, do CPC? É possível cogitar de tais instrumentos – já admitidos sem maiores restrições nas negociações entre particulares – em se tratando de processos administrativos, tendo em conta o princípio da indisponibilidade do interesse público? Nada obsta, atualmente, que a Administração lance mão de conciliações e mediações judiciais (heterocompositivas) ou extrajudiciais (autocompositivas).

A autocomposição de conflitos, nos quais figurem, como parte interessada, pessoa jurídica de direito público, foi disciplinada pela Lei n.º 13.140/2015.[737] Tal diploma estabelece, em seu art. 32, que todos os entes da Federação "poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos" com o objetivo de: "I – dirimir conflitos entre órgãos e entidades da Administração Pública; II – avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público; III – promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta".

O art. 43 dessa mesma Lei autoriza os órgãos e entidades da Administração a criar câmaras para a resolução de conflitos entre particulares, que versem sobre atividades por eles reguladas ou supervisionadas, englobando, inclusive, aquelas que tenham sido objeto de privatização. No fundo, tais normas acabaram por regulamentar 174 do CPC, que determinou à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a criação de Câmaras de Mediação

[737] BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997.

e Conciliação, com vistas a solucionar, consensualmente, os conflitos emergentes no âmbito administrativo.

7.12. Limites à sustação e anulação de contratos

O STF quando se debruçou sobre a competência do Tribunal de Contas para sustar e anular contratos, incluindo as licitações que lhes deram origem, em decisão definitiva ou cautelar, com fundamento no art. 70, IX e X, de Constituição Federal, assentou que este não pode fazê-lo sem antes fixar um prazo para que a autoridade administrativa envolvida leve a efeito, ela própria, tal providência, sob pena de intervenção indevida em outro poder (MS 23.550/DF, redator para o acórdão Min. Sepúlveda Pertence).

Entretanto, a teor do § 2º do art. 71 da Lei Maior, caso o Congresso ou o Executivo não levem a efeito a medida proposta pelo Tribunal de Contas da União, no prazo de noventa dias, a decisão final passa a competir a este último, sendo-lhe lícito, inclusive, determinar a uma empresa estatal que retenha, cautelarmente, como decidiu o Supremo, com fundamento do art. 276 do RITCU, parte do saldo financeiro remanescente de contrato administrativo celebrado com particulares, até futura deliberação de mérito da pendência, tendo em conta fundado receio de lesão ao erário e possível ineficácia do processo fiscalizatório (MS 30.924/DF, rel. Min. Luiz Fux, Plenário).

Em contrapartida, o Supremo não autorizou que o TCU examine, previamente, a legalidade de contratos administrativos, ao argumento de que essa providência corresponderia a uma inaceitável intromissão na esfera atribuições do Executivo (ADI 916, rel. Min. Joaquim Barbosa).

7.13. Vedação à quebra do sigilo bancário

No tocante à quebra do sigilo bancário – assegurado no art. 5º, X, da Carta Magna – de pessoas sujeitas à jurisdição administrativa da Corte de Contas, o STF decidiu que a Lei Complementar 105/2001 não lhe conferiu tal faculdade, que é privativa do Judiciário e do Legislativo, particularmente das Comissões Parlamentares de Inquérito, não cabendo interpretação extensiva daquela norma infraconstitucional (MS 22.801/DF, rel. Min. Menezes Direito, e MS 22.934/DF, rel. Min. Joaquim Barbosa).

Todavia, em outra decisão, o Supremo admitiu, embora de forma mais restrita, que o TCU pode acessar documentos concernentes à Administração Pública relacionados com a aplicação de recursos estatais, desde que não estejam protegidos pelo sigilo, sendo-lhe facultado acessar dados bancários relativos a operações financiadas com recursos provindos do erário (MS 33.340, rel. Min. Luiz Fux).

7.14. Balizas para a indisponibilidade de bens

A decretação da indisponibilidade cautelar de bens pelo TCU, inclusive de particulares, tem sido placitada pelo STF, mesmo sem prévia demonstração de malbaratamento de valores por parte dos atingidos (SS 4.878/RN, rel. Ministro Joaquim Barbosa, MS 33.092/DF, rel. Ministro Gilmar Mendes, MS 34.446 MC/DF, rel. Ministra Rosa Weber, SS 5.205/RN, rel. Ministra Cármem Lúcia, e MS 34.793-MC/DF, rel. Min. Edson Fachin).

Cumpre assinalar, contudo, que tal providência era sistematicamente contestada pelo Ministro Marco Aurélio, o qual, embora admitindo o poder de cautela da Corte de Contas, não lhe reconhece o poder de bloquear, por ato próprio, dotado de autoexecutoriedade, bens de particulares que contratam com a Administração Pública (MSs, 34.357/DF, 34.392/DF, 34.410/DF e 34.421/DF, todos de relatoria do Min. Marco Aurélio). Na sua ótica, a jurisdição do TCU, nesse aspecto, abarca tão somente servidores estatais responsáveis pela gestão de verbas públicas, não se estendendo a pessoas privadas.

De outra parte, embora entenda possível a expedição de cautelar tornando indisponíveis bens particulares, a Suprema Corte tem estabelecido determinados limites, dentre eles, a necessidade de observar-se a razoabilidade da medida (MS 34.738/DF, rel. Ministro Roberto Barroso) ou o deslocamento da competência para decretá-la à Justiça comum, quando atinge empresa submetida à recuperação judicial (MS 34.738/DF, rel. Min. Edson Fachin).

Outra limitação imposta pelo STF é de ordem temporal. Como a constrição cautelar de bens que se dá com amparo no art. 44, § 2°, da Lei 8.443/1992, o qual a autoriza, mas apenas "por prazo não superior a um ano", o Supremo não tem admitido a sua flexibilização (MS 34.233-AgR-segundo-ED/DF, rel. Ministro Gilmar Mendes, e MS 34.545-MC/DF, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski).

7.15. Prazo para a prescrição da pretensão punitiva

No tocante ao tema, a Suprema Corte tem decidido que o prazo prescricional aplicável às sanções estabelecidas pelo TCU, mesmo as resultantes de processos de tomada de contas especial, é quinquenal (*verbi gratia*, no MS 32.201/DF, rel. Min, Roberto Barroso). Apesar do entendimento pacífico do STF, o Tribunal de Contas insiste em afirmar que esse lapso temporal corresponderia a dez anos, tomando como base o art. 205 do CC.

Mas não é só: o TCU teima em afirmar que o direito ao ressarcimento de danos causados aos cofres públicos seria imprescritível. É incompreensível essa recalcitrância do TCU, que esbarra na jurisprudência do STF, o qual já pacificou a questão. Com efeito, o Plenário assentou que são imprescritíveis as ações de ressarcimento, mas apenas aquelas que decorram da prática de atos ilícitos dolosos, tipificados na Lei de Improbidade Administrativa (Tese relativa ao Tema 897 de Repercussão Geral, RE 852.475/SP, redator para o acórdão o Ministro Edson Fachin).

O assunto voltou a ser examinado pelo STF, o qual decidiu que a imprescritibilidade afirmada no Tema 897 é inaplicável aos processos de tomada de contas especial (Tese referente ao Tema 899, RE 636.886/AL, rel. Min. Alexandre de Moraes). Assentou ademais, que a pretensão de ressarcimento ao erário por agentes públicos prescreve em consonância com o disposto na Lei de Execução Fiscal, quer dizer, em cinco anos.

Como se verá adiante, a insistência do TCU em contornar a jurisprudência da mais alta Corte de Justiça do País, nesta e em outras questões, poderá ensejar a responsabilização do Estado e, até mesmo, dos responsáveis pelas decisões extravagantes, por prejuízos causados a terceiros.

7.16. Debates sobre a desconsideração da personalidade jurídica

Questão – essa sim – ainda não definitivamente pacificada pelo STF é aquela correspondente à desconsideração da personalidade jurídica de empresas ou entidades que respondem a processos nos tribunais de contas, providência apta a ensejar a responsabilização pessoal de seus administradores ou sócios.

O STF, como já ressaltado, embora haja reconhecido a importância do instituto em decisão amplamente mencionada, nada concluiu a respeito do tema (MS 32.494-MC/DF, rel.

Min. Celso de Mello). Apesar de existirem algumas decisões monocráticas e, mesmo de ambas as Turmas da Suprema Corte, admitindo a desconsideração, o TCU, diante do vácuo decisório, tem fundamentado a medida em um multicitado acórdão da Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do Ministro Castro Meira (RMS 15.166/BA, Segunda Turma).

A doutrina posiciona-se, majoritariamente, a favor da medida, pelo menos consideradas as manifestações anteriores ao advento o CPC/2015, que acabou por impor uma nova disciplina quanto às formalidades exigidas para levar a efeito a desconsideração da personalidade jurídica, estabelecendo um "incidente processual" correspondente. Isso tem levado alguns especialistas a entender, conforme ficou evidenciado em citações precedentes, que agora não se admite mais um automatismo no tocante à indisponibilização de bens pertencentes a terceiros.

É o caso de Teresa Arruda Alvim Wambier e outros, para quem, sobretudo na justiça trabalhista, de hábito, "atinge-se o patrimônio de terceiro, e, *depois*, é que àquele que foi tido como responsável patrimonial será dada oportunidade de se manifestar".[738] Por isso entendem que, daqui para diante, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica terá de amoldar-se às regras dos arts. 133 a 137 do CPC/2015, os quais pressupõem um pedido da parte ou do Ministério Público, atuando como *custos legis*,[739] sempre submetido ao prévio contraditório, excluída a atuação judicial de ofício.[740]

A polêmica em torno do assunto ainda se encontra pendente de solução, ao menos na Suprema Corte, que deverá – espera-se – emitir um pronunciamento definitivo no julgamento do MS 35.506/DF, cujo término depende da devolução de voto-vista do Ministro Gilmar Mendes. Na referida ação mandamental a empresa impetrante argumentou, em síntese, que houve ofensa aos preceitos constitucionais que asseguram a livre iniciativa e a propriedade privada. Sustentou, ainda, a ocorrência de dano à sua imagem e reputação. Reclamou, mais, que não lhe foi assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa. Concluiu pela incompetência do TCU para impor constrições ao patrimônio de particulares, de resto totalmente irrazoáveis.

---

[738] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al*. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 75, itálico no original.

[739] O Ministério Público, como se sabe, atua na condição de parte quando age em nome próprio na condição de autor ou réu, ou na qualidade de *custos legis*, isto é, como fiscal da lei, quando os litígios envolvem direitos indisponíveis ou o interesse público. Pode atuar, ainda, *pro populo*, tomando a iniciativa de ajuizar ações para defender o bem público ou valores a ele relacionados. V. sobre o tema MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**, Vol. I, cit., p. 288-299. Todas essas funções institucionais do *Parquet* encontram-se explicitadas no art. 129 da CF. O art. 178, do CPC, por sua vez, discrimina os processos em que o órgão intervém, necessariamente, como "fiscal da ordem jurídica".

[740] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al*. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 252.

E mais: o órgão careceria de autoridade para decretar a desconsideração da personalidade jurídica, à míngua de expressa autorização legal, a qual, ademais, estaria abrigada sob a cláusula de reserva de jurisdição.

O TCU, secundado pela Advocacia-Geral da União e pela Procuradoria-Geral da República, defendeu o acerto da medida. Invocou a teoria dos poderes implícitos e o poder geral de cautela de que é dotado, os quais o autorizariam a empreender todas as providências necessárias à proteção do patrimônio público. Aduziu que a medida estaria fundamentada no art. 71 da Constituição Federal e nos arts. 1º, 4º, 5º, 6 º, 12, 16, § 2 º, da Lei 8.443/1992. Em complemento, asseverou que estaria respaldada, também, nas Leis 12.846/2013 (Anticorrupção) e 12.529/2014 (Defesa da Concorrência).

O relator, Ministro Marco Aurélio, acatou integralmente os argumentos da impetrada, concedendo a ordem por ela requerida de modo a cassar a medida, ao passo que os Ministros Edson Fachin e Ricardo Lewandowski votaram em sentido contrário. O primeiro, por entender que "não há que se falar em reserva de jurisdição, eis que já há em nosso ordenamento legislação a prever a utilização do instrumento da desconsideração da personalidade jurídica, como é o caso da Lei nº 12.846/2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública". O segundo, embora admitindo a medida, especialmente em face da presença de seus pressupostos no caso concreto, estabeleceu algumas ressalvas, dentre as quais a de que ela não poderia vigorar por prazo indeterminado e que, na "decisão definitiva sob o destino dos bens acautelados, seja da pessoa jurídica, seja de seus sócios ou administradores, caberá sempre a um magistrado togado, considerado o princípio da reserva de jurisdição, o qual, ao fim e ao cabo, se destina a resguardar os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos".

7.17. Responsabilidade por tutelas indevidas

Já se viu nas páginas precedentes que o art. 302 do novo CPC assenta que a parte beneficiária responde pelo prejuízo que causar à parte adversa pelas consequências da tutela de urgência. Trata-se de uma responsabilidade objetiva, que emerge, como regra, quando a decisão final for desfavorável àquele que a requereu. É possível, porém, que a providência seja decretada de ofício pelo julgador, hipótese na qual não se mostra razoável que a responsabilidade recaia sobre a parte que não a pleiteou, ainda que dela tenha se favorecido, devendo, então, o ônus incidir sobre o Estado.

No caso dos tribunais de contas, Giusseppe Giamundo Netto entende, com base na teoria geral da responsabilidade civil, e amparado no art. 27 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro[741] – embora ressalvando a sua imprecisão redacional –, que incumbiria àqueles órgãos de controle a reparação de prejuízos decorrentes de medidas de urgência por eles decretadas.

Cita, como exemplo, hipotética decisão cautelar que, num primeiro momento, arrimada em indícios de irregularidades, suspende a execução de um contrato administrativo, mas que vem a ser depois revogada, diante da constatação de que as falhas não restaram comprovadas. Para o autor, estar-se-ia "diante de um prejuízo *injusto* ou *antijurídico*, na medida em que o contrato sempre foi regular e o contratado o celebrou com tal premissa, sendo legítima a sua expectativa de execução, conforme inicialmente projetado".[742]

De fato, tal entendimento não discrepa da posição do STF sobre o assunto. [743] A Corte, interpretando art. 37, § 6º, da Constituição reconhece a responsabilidade civil objetiva do Estado, por atos comissivos ou omissivos de seus agentes, quando deles resultarem danos, ainda que praticados por particulares em nome daquele,[744] em especial concessionários, permissionários ou autorizativos de serviço público.[745]

Essa disposição constitucional reflete o abandono, pelo Direito Público, da tradicional tese que defendia a completa irresponsabilidade do Estado, amparada no antigo brocardo jurídico inglês "*The king can do no wrong*", segundo qual seria próprio do poder soberano

---

[741] Cf. nota 43, art. 27 A decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos.

[742] GIAMUNDO NETO, Giuseppe. **As garantias do processo no Tribunal de Contas da União***:* Princípios Constitucionais, Código de Processo Civil/2015 e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, p. 229, itálico no original.

[743] Nesse particular, o STF assentou o seguinte: "A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros, desde a Carta Politica de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou omissão. Essa concepção teórica [...] faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo, causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la [...], independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público" (RE 109.615, Primeira Turma, rel. Min. Celso de Mello, j. 28-5-1996).

[744] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Apontamentos sobre agentes e órgãos públicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 8-9. Para o administrativista, além de agentes políticos e servidores públicos propriamente ditos, há uma terceira categoria de pessoas que exercem funções estatais, muitas vezes de forma ocasional ou mesmo fortuita, a exemplo dos conscritos, jurados, mesários, gestores de negócios e prestadores de serviço.

[745] Ibidem, p. 285. Quanto aos serviços públicos, o autor ensina que o Estado "poderá prestá-los por si mesmo ou por entidade sua como poderá *promover-lhes* a prestação *conferindo a entidades estranhas a seu aparelho administrativo* […] titulação para que os desempenhem, isto é, para que os prestem segundo os termos e condições que fixe […]" (itálico no original).

impor-se aos súditos sem qualquer compensação.[746] O único fator que, atualmente, é levado em consideração para fazer emergir a responsabilidade do ente estatal corresponde ao nexo de causalidade entre a conduta do agente público e o dano sofrido pelo particular.[747]

Em suma, não só a jurisprudência como também a doutrina mais recente, de forma praticamente unânime, adotam a posição segundo a qual a responsabilidade do Estado é objetiva, sendo despicienda, para os fins de reparação, qualquer cogitação acerca da licitude ou ilicitude da ação ou da omissão do agente que causou o prejuízo, decorrendo ela do denominado "risco administrativo".

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, "o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos".[748]

Tal posicionamento, porém, precisa ser sopesado *cum grano salis* quando se trata da responsabilidade por atos jurisdicionais, inclusive diante da relutância demonstrada por tribunais e especialistas no tocante à condenação do Estado a uma reparação, no caso da superveniência de um dano com essa origem, sob o argumento de que o Judiciário, ao exercer a *jurisdictio*, pratica um ato de soberania.

Ademais, tem-se entendido que o reconhecimento de uma responsabilidade ampla e irrestrita inibiria o livre convencimento dos juízes para valorar provas e aplicar o Direito aos casos concretos que lhes são submetidos, especialmente diante de situações que exigem uma decisão imediata por meio de provimentos cautelares.[749]

---

[746] RIVERO, Jean. **Curso de direito administrativo comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 93-94. O autor retraça a resistência histórica do Direito inglês em livrar-se do dogma da "irredutibilidade da potestade pública às normas das relações privadas", o qual teve, porém, de render-se à crítica de Lord Denning àquilo que denominou de um "novo despotismo", de maneira a confinar o exercício das prerrogativas administrativas "nos limites exigidos pela liberdade".

[747] Cf. a seguinte decisão do STF: "A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente a terceiros usuários, e não usuários do serviço, segundo decorre do art. 37, § 6o, da CF. A inequívoca presença do nexo de causalidade entre o ato administrativo e o dano causado a terceiro não usuário do serviço público é condição suficiente para estabelecer a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito privado." (RE 591.874, Plenário, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 26-08-2009, com repercussão geral).

[748] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros 2021, p. 952.

[749] Nesse sentido, o Min. Carlos Velloso, ao julgar o RE 429.518/SC, assentou o quanto segue: "[...] interpretação diferente implicaria a total quebra do princípio do livre convencimento do juiz e afetaria irremediavelmente sua segurança para avaliar e valorar as provas, bem assim para adotar a interpretação da lei que entendesse mais adequada ao caso concreto".

Tal raciocínio, por outro lado, se aplicado sem temperamentos, levaria à conclusão no sentido da irresponsabilidade. Tal, no entanto, seria incabível, pois o Estado, ao desempenhar a sua competência jurisdicional, constitucionalmente delineada, está sujeito a causar danos a particulares, como consequência de ações ou omissões, quer lícitas, quer ilícitas, derivadas do mister desempenhado pelos magistrados.

Essa é a razão pela qual não há como excluir-se, de pronto, a responsabilidade civil objetiva do Estado com relação a despachos, decisões e sentenças emitidas por juízes, independentemente da comprovação de dolo ou culpa. Essa é a opinião da já citada Lúcia Valle Figueiredo, que não vê "empeço para responsabilizar o Estado por atos praticados por umas de suas funções, a judiciaria [...] se houver decisões lesivas, desconectadas do Direito", observados sempre "*standarts* e critérios de razoabilidade".[750]

Em suma, "não cabe responsabilização dos magistrados em virtude das decisões que adotem, nos casos concretos que lhes são postos para conhecimento e julgamento, salvo constatada negligência grave, a qual um juiz não praticaria se atuasse diligentemente".[751]

Assim, no concernente à responsabilidade direta dos juízes, é entendimento pacífico de que esta se limita a decisões resultantes de dolo ou fraude, ou quando estes recusarem, omitirem ou retardarem, sem justo motivo, providência que devam ordenar de ofício, ou a requerimento da parte, conforme consta do art. 143 do Código de Processo Civil.[752]

Nessas hipóteses, emerge a responsabilidade pessoal dos magistrados, restrita, contudo, convém repisar, às situações em que estes dolosa ou culposamente causarem danos a terceiros. Aqui a responsabilidade é dos próprios agentes públicos e não do Estado, o qual, se for acionado, deverá valer-se do direito de regresso a que se refere a parte final do art. 37, § 6º, da Carta Magna.

Outra espécie de responsabilidade, desta feita na seara penal, é aquele instituída pela recém-editada Lei 13.869/2019, que amplia os tipos configuradores dos crimes de abuso de autoridade, valendo destacar o ilícito definido no art. 30 do referido diploma, *verbis*: "Dar início

---

[750] FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 300.

[751] JUCOVSKY, Vera Lúcia. **Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional**: Brasil-Portugal. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 69.

[752] Cf. nota 21, art. 143. O juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos quando: I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte. Nesse sentido, cf. o seguinte julgado do STF: "O Supremo Tribunal já assentou que, salvo nos casos expressamente previsto em lei, a responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos dos juízes" (RE 553.637.-ED, Segunda Turma, rel. Min. Ellen Gracie, j. 4-8-2009).

ou proceder à persecução penal, civil ou administrativa sem justa causa fundamentada ou contra quem sabe inocente". A pena prescrita é a de detenção de um a quatro anos, mais multa.

Como salta à vista, tais disposições aplicam-se também aos processos cuja tramitação se dá nos tribunais de contas, espécies que são do gênero processo administrativo, significando que o Estado, de um modo geral, responde por eventuais danos causados por decisões equivocadas, inclusive por aquelas proferidas a destempo, salvo se informadas pela culpa *lato sensu*, hipótese em que a responsabilidade recairá sobre aqueles que as determinaram.[753]

[753] KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **A razoável duração do processo**. 2. ed. Salvador: Jus Podium, 2013, p. 301. O autor, no caso de responsabilidade por atos judiciais, em especial em se tratando de demora processual, afirma o seguinte: "Embora possível o acionamento do magistrado, afigura-se mais adequada a propositura da demanda exclusivamente contra o Estado, sob o pálio da responsabilidade objetiva, cabendo ao último o direito de regresso contra o julgador naquela hipótese, conforme o entendimento do STF".

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A malversação de verbas públicas é um dos males que acompanha o Brasil desde os tempos de sua descoberta, perpassando os tempos coloniais, a época imperial, as várias fases do período republicano, até chegar nos dias atuais, sem mostrar qualquer sinal de remissão. Há relatos de que a corrupção já campeava nas caravelas comandadas pelo fidalgo Pedro Alvares Cabral, antes mesmo de aportarem em terra firme, no longínquo ano de 1500.[754]

Constatando que essa morrinha encontrou ambiente propício para alastrar-se pela recém-descoberta Terra de Santa Cruz, as autoridades metropolitanas resolveram criar, no ano de 1680, as Juntas das Fazendas das Capitanias e a Junta da Fazenda do Rio de Janeiro, para fiscalizar a remessa de ouro, prata, pedras preciosas e tributos para Portugal, pois "a terra, as minas e as populações nativas das colônias legalmente pertenciam ao rei", como também o próprio direito de comerciar, que "era monopólio da Coroa".[755]

Interessantemente, Dom João VI, fugindo das tropas napoleônicas, prestes a invadir Portugal, ao aportar na cidade do Rio de Janeiro, no início do século XIX, acabou contribuindo para agravar o problema, eis que desembarcou com um enorme séquito de aristocratas, prelados, magistrados, legistas, médicos e empregados da casa real para integrar a corte lusitana nos trópicos, além de aventureiros de mais variada espécie, sem trazer consigo, todavia, os recursos necessários à sua manutenção.[756]

Os recém-chegados logo passaram a locupletar-se às custas do erário, lançando mão dos mais variados expedientes, nenhum deles recomendáveis. Conta-se que a população local, sobrecarregada por toda a sorte de impostos criados para enfrentar os gastos extraordinários com os inesperados - e crescentemente malvistos - hóspedes, em tom de chiste, recitava: "Quem

[754] SCHWARCZ, Lilia Moritz e STALING, Heloisa Murgel. **Brasil**: uma biografia. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, p. 26

[755] SANTOS, Theotonio dos. **Evolução histórica do Brasil**: da colônia à crise da "Nova Republica". Petrópolis: Vozes, 1995, p 24.

[756] GOMES, Laurentino. **1808**: como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a História de Portugal e do Brasil. São Paulo: Planeta, 2007, p. 188. Diz o autor sobre o assunto: "A Corte chegou a Brasil empobrecida, destituída de tudo. Já estava falida quando deixara Lisboa, mas a situação se agravou ainda mais no Rio de Janeiro. Deve-se lembrar que entre 10.000 e 15.000 portugueses atravessaram o Atlântico junto com D. João. [...] E todos dependiam do erário real ou esperavam algum benefício em troca do 'sacrificio' da viagem".

furta pouco é ladrão/Quem furta muito é barão/Quem mais furta e esconde/Passa de barão a visconde".[757]

Tratava-se de um modo peculiar de ser, que acabou se incorporando à própria cultura local, valendo lembrar, a propósito, a indagação formulada por Sérgio Buarque de Holanda, com a mais fina ironia: "E essa ânsia de prosperidade sem custo, de títulos honoríficos, de posições e riquezas fáceis, tão notoriamente característica da gente de nossa terra, não é bem uma das manifestações mais cruas do espírito de aventura?"[758]

Essa "ânsia de prosperidade sem custo", associada a um tal "espírito de aventura", também isento de maiores ônus, fizeram com que o mal da corrupção, de agudo, passasse a crônico, exigindo que se criassem mecanismos para combatê-lo. Assim é que, em 1808, por ordem do próprio Dom João VI, foi criado o Erário Régio. Na mesma data, estabeleceu-se o Conselho da Fazenda, cuja atribuição era acompanhar a execução da despesa pública, depois transformado em Tesouro da Fazenda na Constituição Imperial de 1824.

O TCU, propriamente dito, só foi criado em 1890, através do Decreto 966-A, de 7 de novembro de 1890, por iniciativa de Rui Barbosa, então Ministro da Fazenda. Logo a seguir, ele foi abrigado no art. 89 da Constituição de 1891, com a atribuição de "liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso".[759] Todas as Cartas Políticas subsequentes o mantiveram, embora nem sempre com as mesmas competências, até que a CF/1988 passasse a lhe conferir um poder nunca dantes cogitado, quiçá porque a República – herdeira do desditoso carma colonial da mal-uso e, porque não, subtração bens públicos pelos particulares –, sempre foi, e jamais deixou de ser, na emblemática expressão de Cruz Costa, embora empregada em outro contexto, "o período do *enrichissez vous* de nossa história".[760]

Mesmo na fase áurea da democracia brasileira, que antecedeu o golpe de 1964, transcorrida sob a égide da Constituição de 1946, como anota Leôncio Basbaum, "os problemas fundamentais do país, em particular a luta contra o subdesenvolvimento e a corrupção, e pela

[757] SCHWARCZ, Lilia Moritz e STALING, Heloisa Murgel. **Brasil**: uma biografia. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, p. 181.

[758] HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 14. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1991, p. 15.

[759] SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. **Comentários à Constituição Brasileira de 1891**. Brasília: Senado Federal, 2005, p. 789-800. Nessa obra o autor faz um interessante retrospecto da criação do Tribunal de Contas no Brasil e as influências que sofreu a partir da experiência de cortes estrangeiras congêneres.

[760] COSTA, Cruz. **Pequena história da República.** 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1974, p. 47.

emancipação econômica e política, permaneceram onde estavam", ressaltando, mais, que "voto secreto, constitucionalização, desenvolvimento juscelinista, não conseguiram resolvê-los".[761]

Raymundo Faoro tentou encontrar uma explicação sociológica para essa disfuncionalidade estrutural, levantando a hipótese segundo a qual, em um primeiro estágio, o domínio patrimonial do Estado foi imposto por um estamento que, "de aristocrático se burocratiza progressivamente", sobrepondo-se aos fazendeiros, senhores de engenho e coronéis.[762] Aos poucos, ele "apropria as oportunidades econômicas dos bens, das concessões, dos cargos, numa confusão entre o setor público e o privado".[763] Na sequência, "em passos entremeados de compromissos e transações", o patrimonialismo pessoal se transforma em estatal, mas "não desfigura a realidade fundamental, impenetrável às mudanças".[764]

O certo é que a percepção da existência de uma corrupção generalizada enraizou-se no imaginário popular, servindo, muitas vezes, de *leitmotiv* para revoluções e golpes de Estado, tal como ocorreu em 1930, 1937 e 1964.[765] Ainda no passado recente, a pretexto de enfrentar essa renitente patologia institucional, setores do Judiciário, do Ministério Público e da Polícia Federal protagonizaram uma cruzada de moralização dos costumes, à semelhança do ocorrido com o "tenentismo" na década de 1920,[766] causando profundo impacto na esfera política, cuja dimensão, profundidade e persistência ainda não pode ser adequadamente avaliada, dada a proximidade dos acontecimentos.[767] Talvez seja possível afirmar, desde logo, à moda de um famoso filósofo alemão, que a história se repete, "a primeira vez como tragédia, a segunda como farsa".[768]

De qualquer maneira, convém registrar que o TCU, excogitado na Assembleia Constituinte de 1988, apesar de sua relevância como instrumento para controlar a aplicação dos

---

[761] BASBAUM, Leôncio. **História sincera da República**: de 1930 a 1960. 4. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1976, p. 232.

[762] FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 2. ed. Vol. 2. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1975, p. 736.

[763] Ibidem, loc. cit. .

[764] Ibidem, loc. cit.

[765] FLYNN, Peter. **Brasil:** a political analysis. London: Westview Press, 1978, *passim.*

[766] O tenentismo constituiu um movimento político-militar, deflagrado no início da década de 1920 no Brasil, integrado por jovens oficiais de baixa patente do Exército, em contestação às práticas, tidas como corruptas, dos governantes da República Velha, cujo desdobramento mais duradouro foi a Coluna Prestes, composta por 1.500 homens, que percorreu aproximadamente 25 mil quilômetros, atravessando 13 Estados da Federação, entre 1925 e 1927. Sobre o tema, ver PRESTES, Anita Leocadio. **Tenentismo pós 30**: continuidade ou ruptura?. São Paulo: Consequência, 2014.

[767] Sobre o tema, ver RODRIGUES, Fabiana Alves. **Operação Lava Jato**: aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2020. Livro que tem origem em dissertação de mestrado defendida em 5/12/2019, no Departamento de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo.

[768] MARX, Karl. **O 18 de Brumário de Luís Bonaparte**. Coimbra: Edição do Tradutor, 1971, p. 15.

recursos estatais, não foi originalmente concebido como um órgão independente, quase um poder estatal, como aparenta ser nos tempos correntes. Na realidade, embora fundamental, foi idealizado com um propósito bem mais modesto, qual seja, o de auxiliar tecnicamente o Legislativo no exame das contas públicas.[769]

Ocorre que a Corte de Contas da União foi, pouco a pouco, ganhando uma musculatura que os próprios criadores não anteviram ou, possivelmente, nem tivessem desejado, quer por meio da ampliação de suas atribuições na respectiva Lei Orgânica, quer mediante a densificação destas em seu Regimento Interno, quer ainda pela – muitas vezes sub-reptícia – extensão de competências operada por decisões heterodoxas de seus membros, nem sempre, adequada ou tempestivamente, contestadas na esfera judicial. Não se pode excluir a hipótese de que esse fenômeno ocorreu na esteira da crescente intolerância da sociedade com a corrupção renitentemente embrenhada nos negócios públicos, cada vez mais exposta pelos meios de comunicação.

Tal estratégia expansionista fica evidente quando se observa o esforço despendido pelo TCU e demais cortes congêneres no sentido de copiar, como dito acima, as práticas e os ritos do Judiciário. Começa pelo uso da toga – tradicional símbolo dos juízes – por seus membros, passando pela adoção de insígnias e comendas próprias da magistratura e culmina com o emprego de uma nomenclatura tipicamente forense para designar as suas decisões, as quais emanam de "jurisdição própria e privativa", materializando-se em "acórdãos", por sua vez consolidados em "súmulas de jurisprudência", contestáveis, *verbi gratia*, mediante "agravos", "embargos de declaração" e "recursos de revisão".[770]

A rigor, esse esforço permanente do TCU para ampliar os seus poderes não constitui novidade, remontando à época da criação do órgão, nos primórdios da República. Tal fenômeno não passou despercebido por Carlos Maximiliano, o qual, com sua característica *sagesse des*

---

[769] Heleno Taveira Torres entende que o Tribunal de Contas da União não é mero preposto do Legislativo e não deve qualquer submissão a esse poder, justamente "por cumprir competências hauridas diretamente da Constituição. Contudo, mesmo reconhecendo a importância da corte de contas, afirma que o Poder Legislativo é o principal orgão de controle externo das despesas publicas. Em suas palavras: "Dentre outros, o principal órgão de controle externo é o Poder Legislativo. Em geral, persiste aqui também um controle politico, que se caracteriza como um juizo de conveniência e oportunidade sobre as escolhas do Governo, com enfase naquele que se realiza na oportunidade do orçamento, tanto sobre prestação de contas e dados relativos a exercícios anteriores, quanto mediante cortes ou modificações sobre a proposta orçamentária, por emendas parlamentares e outros. Mas não é só. Persistem controles concomitantes à execução do orçamentoe tudo que diz respeito ao correto e adequado cumprimento das leis em matéria de finanças publicas. E para tanto, o Poder Legislativo conta com o apoio permanente do Tribunal de Contas. **Direito constitucional financeiro**: teoria da constituição financeira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 458-460.

[770] Cf. nota 299. Por exemplo, nessa ordem, os arts. 4º, 67, V, 85 e 277, todos do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União.

vieux maîtres, já observava: "Todo detentor de qualquer parcella de autoridade propende para a hypertophia do poder".[771] Acrescentava ainda:

> Não escapam a regra geral os membros do Tribunal de Contas. Em conferências, monographias e relatorios escriptos procuraram dilatar as suas prerrogativas. [...] Pleitearam a vitaliciedade do representante da Fazenda, do Procurador geral e, para todos, o tratamento de Ministros, isto é, o que se confere aos representantes mais graduados do Poder Judiciário e aos sub-chefes da hierarchia administrativa no Brasil [...]. As palavras exprimem idéias: *Ministro* lembra a cúpula de um poder.[772]

Diante dessa continuada expansão daquilo que se poderia denominar, um tanto quanto hiperbolicamente, de *lebensraum*,[773] cujo ápice é atingido sob a vigente ordem constitucional, legisladores, juristas e magistrados, particularmente os integrantes da Suprema Corte, passaram a estabelecer limites à atuação dos tribunais de contas, de modo a compatibilizá-la com os parâmetros constitucionais e legais, sem que deixassem de reconhecer – e prestigiar – o essencial papel por eles desempenhado na fiscalização e controle dos gastos públicos.

Na configuração atual, o TCU, paradigma constitucional dos demais órgãos congêneres dos entes federados, tem a incumbência, enquanto como órgão auxiliar do Congresso Nacional, de examinar "as contas de qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais as União responda, ou que, em: nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária".

Isso significa que todo aquele que gerencie ou administre verbas públicas tem a obrigação de prestar contas perante as cortes de contas, que pode ocorrer de forma prévia, concomitante ou *a posteriori*, sob a perspectiva dos princípios da *legalidade, legitimidade economicidade*, inclusive quanto à aplicação de subvenções e renúncia de receitas.

No exercício deste mister, é permitido a esses órgãos "sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado

---

[771] SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. **Comentários à Constituição Brasileira de 1891**. Brasília: Senado Federal, 2005, p. 799. mantida a ortografia original.

[772] Ibidem, loc. cit., itálico do autor. Em nota de rodapé ele critica a vitaliciedade, que considera incompatível com o regime republicano.

[773] PALMOWSKI, Jan. **Dictionary of contemporary history**: from 1900 to the present day. Oxford: Oxford University Press, 2004.

Expressão que se traduz por "espaço vital', criada, no século XIX, pelo geógrafo alemão Friederich Ratzel, depois empregada pelo III Reich, na Segunda Guerra Mundial, para justificar o expansionismo germânico.

Federal".[774] Mas não é só: afigura-se lícito aos tribunais de contas, com amparo na legislação infraconstitucional, bem assim no poder geral de cautela próprio dos juízes e também dos administradores públicos, expedir cautelares inespecíficas, mediante provocação ou de ofício, mesmo sem ouvir a parte atingida, diante situações de urgência, nas quais se evidencie a possibilidade de grave lesão ao erário, ao interesse público ou, ainda, de risco de ineficácia da decisão final.

Essa faculdade encontra-se expressamente prevista no artigo 45 da Lei 9.784/1999, que autoriza a Administração Pública, antes ou depois de instaurado o competente processo, a expedir "providências acauteladoras", em face de um "risco iminente", independentemente da oitiva prévia de quem quer que seja.

Com o advento do CPC/2015, que se aplica, por força de seu artigo 15, aos processos administrativos, surgiu a possibilidade de alargar-se, ainda mais, o poder das cortes de contas, sobretudo no âmbito das tutelas provisórias. Nada impede, salvo melhor juízo, por exemplo, que estes empreguem, com base no artigo 301,[775] do referido código, diante de uma situação emergencial, à míngua de previsão legal específica, "qualquer outra medida idônea" para prevenir um dano ao erário, embora lhes seja vedado, por óbvio, invadir a seara reservada às decisões judiciais.

Não obstante esse amplo poder conquistado pelos tribunais de contas, especialmente no tocante à expedição de cautelares, a doutrina, a lei e a jurisprudência têm traçado limites ao seu exercício, conforme se demonstrou no presente trabalho. O primeiro e o mais básico de tais limites corresponde à necessidade de se antever, antes mesmo da instauração do competente processo administrativo – observadas as peculiaridades desse tipo de procedimento –, a presença das condições da ação, as quais se traduzem na possibilidade jurídica, na legitimidade das partes e no interesse processual.

Ademais, os processos– e consequentemente todas as medidas empreendidas em seu bojo, inclusive as tutelas cautelares– devem observar os princípios basilares que regem a Administração Pública, plasmados no art. 37, *caput*, da Lei Maior, quais sejam, os postulados da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, bem como em torno dos princípios da legalidade, legitimidade e economicidade. A Carta Magna trouxe a lume, ainda, outros axiomas de observância compulsória, quais sejam, os do juiz natural, da revisibilidade

[774] Cf. nota 23. Art. 71, X.

[775] Ibidem, art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguração do direito.

das decisões, da proibição da *reformatio in pejus*, da celeridade e da razoável duração do processo, além da gratuidade para aqueles que não podem arcar com as custas processuais.

E mais: a nova ordem constitucional conferiu especial envergadura, como decorrência do devido processo legal substantivo, aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que muitos consideram equivalentes, por espelharem, ambos, valores semelhantes, a saber: racionalidade, justiça, adequação, senso comum e repúdio a atos arbitrários. Desse mesmo contexto, emerge a proibição do excesso e a proibição de proteção deficiente, que não podem ser desconsiderados na prática administrativa.

Além desses, haverão de ser observados, em acréscimo, os distintos princípios desvendados pela doutrina, quais sejam, da oficialidade, da verdade material e do formalismo moderado. Mas não é só: também passaram a ganhar relevo o respeito à segurança jurídica e a proteção da legítima confiança, que podem ser resumidos no dever do Estado de agir de boa-fé.

Convém lembrar, ainda, que a Lei que rege o processo administrativo no âmbito da Administração Federal, direta e indireta, também traz em seu bojo um alentado catálogo de princípios, alguns coincidentes com outros já enunciados acima, nomeadamente os seguintes: legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Ao par dessas balizas, o CPC/2015 impregnou certos padrões axiológicos na processualística brasileira – que abrange, por evidente, a administrativa – dos quais ela não pode mais se apartar, como a imparcialidade do julgador, a cooperação entre os sujeitos do processo, a tomada de decisões justas e efetivas, em tempo razoável, a igualdade entre as partes, a paridade de armas, a persecução dos fins sociais da lei e a busca do bem comum e, sobretudo, o respeito à dignidade humana.

As cautelares deferidas pelas cortes de contas haverão, ainda, de amoldar-se aos parâmetros que norteiam a concessão de tutelas de urgência por juízes e tribunais, atentando, em primeiro lugar, para a sua natureza eminentemente instrumental, subsidiária e provisória. E, é claro, terão de levar em conta, como é de praxe, a presença do *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*: o primeiro caracterizado pelo risco de dano grave ou de difícil reparação ao bem protegido e o segundo pela verossimilhança do direito pleiteado.

O risco precisa ser concreto, atual e grave, podendo decorrer da prática de ato ilícito. Em qualquer hipótese, não será permitido invocar na decisão – sempre devidamente motivada, ainda que sucinta – a simples demora para o desfecho da lide ou, ainda, um mero

perigo abstrato. Não apenas isso: a medida para esconjurar o perigo terá de caracterizar-se como necessária, adequada e proporcional. Ademais, não pode ser concedida caso seus efeitos se mostrem irreversíveis.

Apesar de o CPC/2015 prever a aplicação supletiva e subsidiaria das normas ali prescritas, é defeso aos tribunais de contas conceder, de maneira plena, a tutela antecipada requerida em caráter antecedente e a tutela de evidência. Embora seja certo que o poder geral de cautela das cortes de contas é inerente às competências constitucionais que lhes foram outorgadas, como exposto acima, o TCU e os órgão congêneres, mesmo sendo responsáveis por evitar qualquer dano ao erário e pela preservação da legalidade dos gastos públicos, não são revisores gerais da administração pública.

Não bastasse isso, é preciso lembrar os limites que vêm sendo demarcados pela jurisprudência, sobretudo daquela emanada do STF, a qual, antes de tudo, impede que as cortes de contas ingressem em temas cobertos pela reserva de lei ou de jurisdição, existindo, nesse sentido, inúmeros julgados. Como exemplos, é possível citar a proibição de anular contratos administrativos, quebrar o sigilo bancário, tornar indisponíveis bens de particulares por prazo superior a um ano ou em montante irrazoável, fixar a prescrição da punição punitiva num decênio, assentar a imprescritibilidade do ressarcimento de danos ao erário e, *last but not least*, promover a desconsideração da personalidade jurídica sem as formalidades legais.

Por derradeiro, devem ser considerados os limites representados pela responsabilidade derivada da concessão – ou mesmo da não concessão – cautelares que possam causar prejuízos as partes que não as requereram ou que as suportaram, especialmente na hipótese de se revelarem afinal incabíveis, seja porque revogadas no curso do processo administrativo, seja porque cassadas por decisão judicial.

Emerge, nesses casos, a responsabilidade objetiva do Estado, cuja caracterização exige apenas a demonstração do nexo de causalidade entre a ação ou omissão do agente público e o prejuízo sofrido pela pessoa – física ou jurídica – atingida pela medida equivocada, ainda que esta tenha não tenha desbordado dos lindes da legalidade.

É claro que, em se tratando de provimentos jurisdicionais, ou atos a eles equiparados, tal como são as tutelas de urgência, deferidas em processos administrativos em situações de emergência e a partir de uma cognição sumária, a responsabilidade há de ser sopesada com o devido cuidado para não inibir a relevante atribuição, cometida a magistrados e administradores, de salvaguardar, pronta e eficazmente, bens e valores sob sua proteção. Por tal motivo, a responsabilidade pessoal daqueles que subscrevem a decisão só se caracteriza se

agirem com dolo ou culpa grave. Ainda assim, o Estado é chamado a responder pelo prejuízo causado por seus agentes, sendo-lhe facultado acioná-los regressivamente caso tenham atuado fora dos lindes da legalidade, de modo deliberado ou, ainda, com imprudência, negligência ou imperícia, condutas que podem configurar, adicionalmente, o crime de abuso de autoridade.

Como consideração final, é possível assentar que os tribunais de contas percorreram um longo percurso para alcançar o alentado – e por vezes exagerado – poder que detém no presente, em grande parte conquistado no enfrentamento do mal uso do dinheiro público, profundamente enraizada no País, desde a sua descoberta pelos portugueses. Ocorre que o próprio Estado Democrático de Direito, inaugurado pela Constituição-cidadã de 1988, de forma consentânea com as franquias nela asseguradas, logrou impor regras e limites ao expansionismo exercitado por esses órgãos de fiscalização, sem que, com isso, ficassem prejudicadas as suas atividades, indiscutivelmente, necessárias, úteis e benfazejas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Afonso Gomes; AGUIAR, Marcio Paiva de. **O tribunal de contas na ordem constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALI, Anwar Mohamed *et al*. Aspectos controvertidos da tutela provisória no Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. vol. 292. São Paulo: Thomson Reuters, Jun/2019.

ALVIM, Arruda, Eduardo. **Curso de direito processual civil**. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. **Extinção do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

ARANTES, Rogério Bastos. **Ministério Público e política no Brasil**. São Paulo: EDUC/FAPESP, 2002.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ARISTOTLE. **Politics**. Chicago: The University of Chicago, 1952.

ATALIBA, Geraldo. **República e constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

AUFIERO, Aniello. **Prisão, medidas cautelares e liberdade provisória**. Manaus: Aufiero, 2011.

AVENARIUS, Hermann. **Kleines Rechswörterbuch**. Freiburg: Herder, 1981.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre a permanência, mudança e a realização no Direito Tributário. 2.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; DINAMARCO, Cândido Rangel; e LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho **Teoria Geral do Processo**. 33. ed., ver. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2021.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. A dialética: Hegel e Gadamer. In: **Direito Constitucional processual**: aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BARROS, José D'Assunção. **As hipóteses nas ciências humanas***:* aspectos metodológicos. Petrópolis: Vozes, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BASBAUM, Leôncio. **História sincera da República**: de 1930 a 1960. 4a. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1976.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipativa**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BEZNOS, Clovis. **Poder de polícia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**, São Paulo: EDIPRO, 2017.

BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Brasília: UNB, 1991.

BOMFIM, Edilson Mougenot. **Código Penal anotado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (coords.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BORGES, José Souto Maior. **Contraditório no processo judicial (uma visão dialética)**. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, COELHO, Inocêncio Mártires e MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRITTO, Carlos Ayres. O Regime Jurídico do Ministério Público de Contas. **Ministério Público de Contas***:* perspectivas doutrinárias de seu estatuto jurídico. Belo Horizonte: Forum/Associação do Ministério Público de Contas, 2017.

BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos tribunais de contas. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, v. I, n. 9, dez, 2011.

BROGAN, Hugh. **The Penguin history of the United States of America**. London: Penguin Books, 1990.

BRONOWSKI, Jacob. **O Homem e a ciência***:* o senso comum da ciência. Tradução de Neil Ribeiro da Silva. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Universidade de São Paulo, 1977.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. Vol. 1: teoria geral do direito processual civil – parte geral do Código de Processo Civil. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

BUENO, Cassio Scarpinella. Tutela provvisoria nel CPC brasiliano: note per la comparazione con il diritto processuale civile italiano. **Revista de Processo**. vol. 280. São Paulo: Thompson Reuters, Jun/2018.

BULOS, Uadi, Lammêgo. **Constituição federal anotada**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BURDEAU, Georges. **Droit constitutitutionel et institutions politiques**, 17. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1976.

CABRAL, Flavio Garcia. **O tribunal de contas da União na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Editora Verbatim, 2014

CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Campinas: Servanda, 2000.

CALAMANDREI, Piero. **Processo y democracia**: Conferências pronunciadas en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de Mexico. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960.

CAMPOS, German Jose Bidart. **El regimen político: de la "politeia" a la "res publica***"*. Buenos Aires: EDIAR, 1979

CANANEA, Giacinto dela. **Due process of law beyond the state**: Requirements of administrative procedure

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**, 3. ed. Coimbra: Almedina, 1983.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPELETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário.** 33. ed. rev., ampl. e atual. até a emenda constitucional nº 109/2021. São Paulo: Malheiros, 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Crédito-prêmio de IPI**: estudos e pareceres. Barueri: Manole, 2005.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 31. ed. rev. atual. São Paulo: Noeses, 2021.

CASTRO, Daniel Penteado de. Responsabilidade pela fruição da tutela provisória. In: BUENO, Cassio Scarpinella *et al*. **Tutela provisória no CPC**: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Teoria dos atos administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 147.

CHEKER, Monique. **Ministério Público junto ao Tribunal de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CHADID, Ronaldo. **A função social do Tribunal de Contas no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

CHIOVENDA, Giuseppe, **Instituições de direito processual civil**: os conceitos fundamentais-a doutrina das ações. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1965.

CICCO, Cláudio de. **História do Direito e do Pensamento Jurídico**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CÍCERO, Marco Túlio. **Da República**. Bauru: EDIPRO, 1995.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Motivo de motivação do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

CORWIN, Edward S. **A Constituição norte-americana e seu significado atual**. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

CONTI, José Maurício (coord.).**Orçamentos públicos**: a Lei 4.320/1964 comentada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

COSTA, Alexandre, **Heráclito**: fragmentos contextualizados / tradução, apresentação e comentários, Rio de Janeiro, DIFEL, 2002.

COSTA, Cruz. **Pequena história da república**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1974.

CREIFELDS, Carl *et al*. 7. ed. **Rechstwörterbuch**. München: Beck, 1983.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Prática do processo administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

CRETELLA JÚNIOR, José. Natureza jurídica das decisões do Tribunal de Contas. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 166, p. 1–16, 1986.

CRUZ e TUCCI, José Rogério. **Lineamentos da nova reforma do CPC**: Lei 10.352, de 26.12.2001, Lei 10.358, de 27.12.2001, Lei 10.444, de 07.05.2002. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CUNHA, Antonio Geraldo da. **Dicionário etimológico nova fronteira da língua portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

CUNHA, Sérgio Sérvulo. **Ética**. São Paulo: Saraiva, 2012.

D'ENTREVES, Alexandre Passerin. Légalité et légitimité. In: BASTID, Paul *et al.* **L'idée de légimité**. Paris: Presses Universitaires de France, 1967.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O que é participação política**. São Paulo: Brasiliense, 1983.

DE PAULA, Denise Mariano e GUERRA, Evando Martins. A função jurisdicional dos tribunais de contas. In: Maia, Renata C. Vieira; FERREIRA, Diogo Ribeiro. **Processo civil aplicado aos tribunais de contas**: novas tendência a partir do CPC de 2015. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito administrativo.** 29. ed. rev e atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al*. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada, antecipação dos efeitos da tutela. Vol. 2. 11ª ed. Salvador: Jus Podium, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Comentários ao Código de Processo Civil (art. 1º a 69)**: das normas processuais civis e da função jurisdicional. V. I, São Paulo: Saraiva, 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. Vol. I. 3. ed. São Paulo; Malheiros, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. Vol. II. 3. ed. São Paulo; Malheiros, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol. II. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol. III. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 92, n. 322, p 31-32, 1996.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

DUGUIT, Léon. **L' État, les gouvernants et les agents**. Paris: Dalloz, 2005.

DURANT, Will e Ariel. **Rousseau and revolution**. New York: Simon and Schuster, 1967.

DURKHEIM, Emile. **As regras do método sociológico**. 4ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1966.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese em ciências humanas**. 2. ed. Lisboa. Presença, 1977.

ELIADE, Mircea. **Mito e realidade**. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 2ª ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1975.

FARIA, Ernesto. **Dicionário escolar latino-português**. 4. ed. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1967.

FARRAR, John. **Introduction to legal method**. London: Sweet & Maxwell, 1977.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Por um processo realmente efetivo**: tutela processual de direitos humanos fundamentais e inflexões no "due process of law". São Paulo: LTr, 2016.

FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adilson de Abreu. **Processo administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. Rui de Janeiro: Nova Fronteira, s/d.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Controle jurisdicional da Administração Pública. **Revista de direito administrativo e constitucional**. Curitiba, nº 6, 2001.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FLEINER, Thomas. Cantonal and Federal Administrative Law. In: ANSAY, Turgut e WALLACE JUNIOR, Don. **Introduction to Swiss Law**. 2. ed. The Hague: Kluwer Law International, 2004.

FLYNN, Peter. **Brasil**: a political analysis. London: Westview Press, 1978.

FONSECA, André Luiz Filo-Creão Garcia da. **Medidas cautelares no processo penal**: comentários à Lei 12.403/2011. Porto Alegre: Núria Fabris, 2015.

FRANÇA, Phillip Gil. **O controle da administração pública**: tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FRANÇA, Rubens Limongi (coord.). **Enciclopédia Saraiva do direito**. São Paulo: Saraiva, 1978.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Princípios gerais do direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e a o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FÜHRER, Roberto Ernesto Maximiliano e Maximilianus Cláudio Américo. **Código Penal comentado**: incluindo anotações históricas, as correntes jurisprudenciais e a principal legislação correlata. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GAJA, Giorgio. General principles of law. **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012 Vol. IV

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GASPARINI, Diógenes. *Disregard* Administrativa. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme Costa (coord.). **Direito público**: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GERAIGE NETO, Zaiden. **O princípio da inafastabilidade da jurisdição**: art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

GIAMUNDO NETO, Giuseppe. **As garantias do processo no Tribunal de Contas da União***:* Princípios Constitucionais, Código de Processo Civil/2015 e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro-LINDB. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**, 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GOMES, Laurentino. **1808**: como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a História de Portugal e do Brasil. São Paulo: Planeta, 2007.

GOMES, Victor André Liuzzi. **Intervenção de terceiros e tutela de urgência**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GORDILLO, Agustin. **Princípios gerais de direito público**. Tradução de Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

GOTHOT, Pierre, Les silences du juge. In: PANIER, Christian e RINGELHEIM, Foulet (org.). **Les pouvoirs du judiciaire**. Bruxelles: Labor, 1988.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **La doppia destrutturazione del dirito**: una teoria brasiliana sull'interpretazione. Milano: Unicopli, 2000.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Paixão e morte do "contemp of court" brasileiro (art. 14 do Código de Processo Civil). In: CALMON, Eliana e BULOS, Uadi Lammêgo (coords). **Direito processual**: inovações e perspectivas. Estudos em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo. São Paulo: Saraiva, 2003.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HAMILTON, Alexander, MADISON, James e JAY, John. **The federalist papers: No. 39**. Disponível em: https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed39.asp. Acesso em 25 jun. 2022.

HELLMAN, Renê. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Curitiba: Juruá, 2015.

HIRSCHBERGER, Johannes. **História da filosofia moderna**. 2. ed. São Paulo: Herder, 1967.

HIRSCHBERGER, Johannes. **História da filosofia na antiguidade**. 2. ed. São Paulo: Herder, 1965.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 14. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1991.

HONDERICH, Ted (ed.). **The Oxford companion to philosophy**. Oxford: Oxford University Press, 1995.

HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

HUBERMAN, Leo. 13. ed. **História da riqueza do homem**. São Paulo: Zahar, 1977.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulysses. Limites à revisibilidade judicial das decisões dos Tribunais de Contas. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, n. 70, p. 39-71, out/dez. 1996

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulysses. **Tribunais de contas do Brasil**: jurisdição e competência. 4. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016

JAYME, Fernando Gonzaga. A competência jurisdicional dos tribunais de contas do Brasil. **Revista do Tribunal de Contas- RTTC**, Belo Horizonte, ano 2, n. 1, set. 2011, p.150-151.

JUCÁ, Francisco Pedro. **Finanças públicas e democracia**. São Paulo: Atlas, 2013.

JUCOVSKY, Vera Lúcia, R. S. **Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional**: Brasil-Portugal. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**: Lei 8.666/1993. 18. ed. São Paulo: Thompson Reuters, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

KOEHLER, Frederido Augusto Leopoldino. **A razoável duração do processo**. 2. ed. Salvador: Jus Podium, 2013.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José de Sousa e Brito e José Antonio Veloso. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1978.

LAUBADÈRE, André de. **Manuel de droit administratif**. Paris; Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1974.

LEFEBVRE, Henri. **Lógica Formal e lógica dialética**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1975.

LERCHE, Peter. **Übermasss und Verfassungsrecht**. Köln: Heymann, 1961.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Reflexões em torno do princípio republicano. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 100, 2005.

LOPES, José Reinaldo de Lima Lopes. 2. ed. **O Direito na história**: Lições Introdutórias. São Paulo: Max Limonad, 2002.

LOPES, Maria Elizabeth de Casto. **O juiz e o princípio dispositivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LUNA, Everardo da Cunha. **Abuso de direito**, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Malheiros, 32. ed. 2015.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo tributário**. 1. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2018

MACIEL JÚNIOR, Auterives. **Pré-socráticos**: A invenção da razão. São Paulo: Odysseus, 2003.

MAIA, Renata C. Vieira. As tutelas provisórias de urgência no CPC/2015 e sua repercussão no âmbito dos tribunais de contas. In: MAIA, Renata C. Vieira e FERREIRA, Diogo Ribeiro (coords.) **Processo civil aplicado aos tribunais de contas**: novas tendência a partir do CPC de 2015. Belo Horizonte: Fórum, 2016

MALBERG, Raymond Carré de. **Contribution a la théorie génerale de l'Etat**. T. I. Paris: Sirey, 1920.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARININONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARONINI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. Vol. 2. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016

MARKY, Thomas. **Curso elementar de Direito Romano**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**: Teoria Geral do Processo Civil. Vol. I. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**: Processo de Conhecimento. Vol. II (Primeira Parte). 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1976.

MARQUES, José Frederico **Manual de processo civil**: Processo de Conhecimento. Vol. III (segunda Parte) . São Paulo: Saraiva, 1976.

MARQUES, José Frederico. **Manual de processo civil**: Processo de Execução. Processo Cautelar (Parte Geral). Vol. IV. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1976.

MARTIN, Elizabeth A. (ed.). **Dictionary of Law**. 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 2003.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito processual do trabalho**: doutrina e prática forense. 29.ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARX, Karl. **O 18 Brumário de Louis Bonaparte**. Coimbra: Edição do Tradutor, 1971.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo em evolução**. 2.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código Civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito processual constitucional**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo Brasileiro**. 42. ed. atual até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Apontamentos sobre agentes e órgãos públicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros 2021.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Grandes temas de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MESQUITA, Patrick Bezerra. Ministério público de contas brasileiro: ser ou não ser, eis a questão. In: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS. **Ministério público de contas**: perspectivas doutrinárias do seu estado jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2017

MILESKI, Hélio Saul. **O controle da gestão pública**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018

MILESKI, Hélio Saul. O controle da gestão pública. In: COSTA, Luiz Bernardo Dias. **Tribunal de Contas**: evolução e principais atribuições no Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MITIDIERO, Daniel. **Antecipação de tutela**: da cautelar à técnica antecipatória. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

MONTALIVET, Pierre de. **Principes généraux du droit.** JurisClasseur Administratif, mars 2007, fasc. 38. Disponível em: (99+) Principes généraux du droit (1ère éd.) | Pierre de Montalivet - Academia.edu.

MOREIRA, Egon Bockman. **Processo administrativo**: Princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOURÃO, Licurgo; FERREIRA, Diogo Barbosa. A atuação constitucional dos tribunais de contas e de seus magistrados (composição, atuação e deliberações): de Eisenhower a Zé Geraldo. In: LIMA, Luiz Henrique (coord.). **Tribunais de Contas**: Temas polêmicos na visão de Ministros e Conselheiros Substitutos. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

NEGRÃO, Theotonio, GOUVÊA, José Roberto Ferreira, BONDIOLI, Luis Guilherne Aidar e FONSECA, João Francisco Naves. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 47. ed. São Paulo: Saraiva. 2016.

NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 18. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

NEWTON, Issac. **Mathematical principles of natural philosophy**. London: Encyclopaedia Britannica, 1952.

NOGUEIRA, Luiz Fernando Valladão. O projeto do novo CPC e a tutela de evidência. In: SILVA, José Anchieta da (org.). **O novo processo civil**. São Paulo: Lex, 2012.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Ato administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 64.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Gastos públicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Curso de direito financeiro**. 7. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015.

PALMOWSKI, Jan. **Dictionary of contemporary history**: from 1900 to the present day. Oxford: Oxford University Press, 2004.

PAVONI, Mariana Melo de Carvalho. Tutela provisória: a técnica da antecipação a serviço da efetividade da jurisdição. In: BUENO, Cassio Scarpinella *et al*. **Tutela provisória no CPC**: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada**: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

PETIAN, Angélica. **Regime jurídico dos processos administrativos ampliativos e restritivos de direito**. São Paulo: Malheiros, 2011.

POUND, Roscoe. **An Introduction to the philosophy of law**. New Haven/London: Yale University Press, 1954.

PRADO JÚNIOR, Caio. **Notas introdutórias à lógica dialética**. 3ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1968.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 8.· ed. São Paulo: Saraiva, 2021

RANGEL JÚNIOR, Hamilton. **Princípio da moralidade institucional**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 1º vol. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

REALE, Miguel. **Fundamentos do direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais e Universidade de São Paulo, 1972.

REALE, Miguel. **O Direito como experiência**: Introdução à Epistemologia Jurídica. São Paulo: Saraiva, 1968.

REALE, Miguel. **Revogação e anulamento do ato administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

RIVERO, Jean. **Curso de direito administrativo comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

RÖD, Wolfgang. **O caminho da filosofia**. Tradução Ivo Martinazzo. Brasília: Universidade de Brasília, 2004.

RODRIGUES, Fabiana Alves. **Operação Lava Jato**: aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2020.

ROLIM, Luiz Antonio. **Instituições de direito romano**. 2. ed. SãoPaulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RÓNAI, Paulo. **Dicionário universal nova fronteira de citações**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

ROSILHO, André. **Tribunais de Contas da União**: competências, jurisdição e instrumentos de controle. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

ROSS, Martin J. e ROSS, Jeffrey Steven. **Handbook of everyday law**. 4. ed. New York: Fawcett Crest, 1982.

ROUSSEAU. Jean Jacques. **A dicourse on the origin of inequality**. Chicago: The University of Chicago, 1952.

ROUSSEAU. Jean Jacques. **The social contract**. Chicago: The University of Chicago, 1952.

RULLI JÚNIOR, Antônio. **Universalidade da jurisdição**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Duplo grau de jurisdição**: conteúdo e alcance constitucional. São Paulo: Saraiva, 1991.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Consolidação das Leis do Trabalho comentada**. 48. ed. São Paulo: LTr, 2015.

SALLES, Alexandre, Aroeira. **O processo nos Tribunais de Contas**: contraditório, ampla defesa e a necessária reforma da Lei Orgânica do TCU. Belo Horizonte: Fórum, 2018

SÁNCHEZ, Alfonso Ayala e POLANCO, José Ramón Hernandes. Los presupuetos participativos, una estrategia de dialogo entre ciudadanos y autoridades. In: SÁNCHEZ, Alfonso Ayala (coord.). **Nuevas avenidas de la democracia contemporánea**. México: UNAM, 2014.

SANDRONI, Paulo. **Novíssimo Dicionário de Economia**. 11. ed. São Paulo: Best Seller, 2003.

SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. **Comentários à constituição brasileira de 1891**. Brasília: Senado Federal, 2005.

SANTOS, Theotonio dos. **Evolução histórica do Brasil**: da colônia à crise da "Nova Republica". Petrópolis: Vozes, 1995.

SANTOS NETO, João Antunes dos. **Da anulação *ex officio* do ato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

SCAFF, Fernando Facury. **Orçamento republicano e liberdade igual**: ensaio sobre direito financeiro, república e direitos fundamentais no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

SCHOUERI, Luis Eduardo. **Direito tributário**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

SCHWARCZ, Lilia Moritz e STALING, Heloisa Murgel. **Brasil**: uma biografia. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

SCHWARTZ, Bernard. **Direito constitucional americano**. Rio de Janeiro: Forense, s/d.

SICHES, Luis Recaséns. **Nueva Filosofia de la interpretación del Derecho**. 2. ed. México: Porrúa, 1973.

SICHES, Luis Recaséns. **Tratado general de filosofia del derecho**. 4. ed. Mexico: Porrua, 1970.

SIDOU, Othon J.M. (org.). **Dicionário jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

SILVA, Jaqueline Mielke e FISCHER, Roger. A (in) compatibilidade da tutela provisória prevista no NCPC no âmbito do direito processual eleitoral. In: TAVARES, André Ramos, AGRA, Walber de Moura e PEREIRA, Luiz Fernando (coords.). **O direito eleitoral e o novo Código de Processo Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA. Luís Virgílio Afonso da. **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: EDUSP, 2021.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2002, n. 798.

SILVA, Moacir Marques da. **Controle externo das contas públicas**: processo nos tribunais de contas do Brasil. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA FILHO, João Antonio da. **Tribunais de contas no estado democrático de direito e os desafios do controle externo**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019.

SOARES, Guido Fernando da Silva. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Atlas, 2002.

STOCO, Rui. **Abuso do direito e má-fé processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SULLIVAN, Thomas E.; MASSARO, Toni M. **The arc of due process in american constitutional law**. Oxford University Press, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jachintho Arruda. Competências de controle dos tribunais de contas – possibilidades e limites. IN: SUNDFELD, Carlos Ari (org.).**Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2019.

TAVARES, André de Carvalho. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 61. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Fungibilidade entre medida cautelar e medida antecipatória. In: CALMON, Eliana e BULOS, Uadi Lammêgo (coords.). **Direito processual**: inovações e perspectivas. Estudos em Homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo. São Paulo: Saraiva, 2003.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional financeiro**: teoria da constituição financeira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional tributário e segurança jurídica**: metódica da segurança jurídica no sistema constitucional tributário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. A legitimidade democrática e o Tribunal de Contas**. Revista de direito administrativo,** Rio de Janeiro, nº 194, out/dez. 1993

TOSI, Renzo. **Dicionário de sentenças gregas e latinas**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

TOURINHO FILHO, Fenando da Costa. **Processo penal**. vol. 3. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

UYEDA, Massami. **Da competência em matéria administrativa**. São Paulo: Ícone, 1995.

VASCONCELLOS, Manoel da Cunha Lopes e *et al* (trad.). **Digesto ou Pandectas do Imperador Justiniano**. Vol. I. São Paulo: YK Editora, 2017.

VIANA, Ismar. **Fundamentos do processo de controle externo**: uma interpretação sistematizada do texto constitucional aplicada à processualização das competências dos tribunais de contas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

VILLEY, Michel. **Direito romano**. Lisboa: Arcádia, 1973.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al*. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 497.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. atual. São Paulo: Central de Publicações Jurídicas, 1999.

WESTON, Burns H.; FALK, Richard A. e D'AMATO Anthony A. (orgs.). **International Law and World Order**: A problem oriented coursebook. Saint Paul: West Publishing, 1980.

WILLEMAN, Marianna Montebello. **Accountability democrática e o desenho institucional dos tribunais de contas no Brasil**. Belo Horizente: Fórum, 2017.

WILLIAMS, Jerre S. **Constitutional analysis**. St. Paul: West Publishing, 1979.

WURMAN, Samy. **Controle externo do TCU**. Brasília: Vestcon, 2006.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1998.