

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL – UFRGS**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**Romano Scapin**

**A EXPEDIÇÃO DE PROVIMENTOS PROVISÓRIOS PELOS TRIBUNAIS DE**  
**CONTAS:**  
**Das “Medidas Cautelares” à Técnica Antecipatória no Controle Externo**  
**Brasileiro**

**Porto Alegre**  
**2016**

ROMANO SCAPIN

A EXPEDIÇÃO DE PROVIMENTOS PROVISÓRIOS PELOS TRIBUNAIS DE  
CONTAS:

Das “Medidas Cautelares” à Técnica Antecipatória no Controle Externo Brasileiro

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS

Orientador: Prof. Dr. Rafael Da Cás Maffini

Porto Alegre

2016

## CIP - Catalogação na Publicação

Scapin, Romano  
A EXPEDIÇÃO DE PROVIMENTOS PROVISÓRIOS PELOS  
TRIBUNAIS DE CONTAS: Das "Medidas Cautelares" à Técnica  
Antecipatória no Controle Externo Brasileiro / Romano  
Scapin. -- 2016.  
209 f.

Orientador: Rafael Maffini.

Dissertação (Mestrado) -- Universidade Federal do  
Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de  
Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, BR-RS, 2016.

1. Tribunal de Contas. 2. Controle Externo. 3.  
Medida Cautelar. 4. Técnica Antecipatória. 5.  
Provimentos Provisórios. I. Maffini, Rafael, orient.  
II. Título.

Romano Scapin

A EXPEDIÇÃO DE PROVIMENTOS PROVISÓRIOS PELOS TRIBUNAIS DE  
CONTAS:

Das “Medidas Cautelares” à Técnica Antecipatória no Controle Externo Brasileiro

Dissertação apresentada como requisito  
parcial para a obtenção do título de  
Mestre, pelo Programa de Pós-Graduação  
da Faculdade de Direito da Universidade  
Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS

Aprovado em 11/08/2016

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Orientador Dr. Rafael Da Cás Maffini

---

Prof. Dr. Cesar Santolim

---

Prof. Dr. Daniel Mitidiero

---

Prof. Dr. Luiz Henrique Lima

À sociedade brasileira, dedico o meu esforço e o resultado deste trabalho, como forma de agradecê-la pelos estudos que me foram proporcionados em qualificadas instituições públicas, desde o ensino fundamental até a pós-graduação, bem como para reverenciá-la, porquanto representa, desde muito, o fim último de minhas atividades profissionais.

## **AGRADECIMENTOS**

Em primeiro lugar, e assim sempre será, agradeço à minha família. Todos que dividem comigo os almoços de final de semana e as demais celebrações familiares, presencial ou espiritualmente, são os principais responsáveis pela minha caminhada. Não tenho dúvida disso. Deste grupo, sou especialmente grato a cinco pessoas: minha noiva Maristela, os meus pais, Solange e Renato, e as minhas irmãs, Carolina e Verônica. Obrigado por me proporcionarem, sempre, a certeza de amor, carinho e apoio, aspectos que foram indispensáveis para sustentar e guiar meus passos até o final dessa longa e exigente jornada.

Na sequência, agradeço fortemente aos amigos, “grupo” de quase mesma importância para percorrer as curvas e retas da estrada da vida, seja para o amparo na superação dos desafios, seja dividir a alegria do sucesso conquistado. Nesta etapa, foi natural que sua concretização contasse com a maior participação dos grupos de amigos do Tribunal de Contas do Estado e do Programa de Pós-Graduação do Direito da UFRGS, os quais merecem meu agradecimento.

Do primeiro grupo, ressalto a relevância para a pesquisa das conversas travadas com os amigos Marco Teixeira, José Alfredo Fank, Agemir Marcolin, Vinicius Lacerda e Filipe Menezes sobre o tema pesquisa pesquisado e sobre tantos outros relacionados à atuação do Tribunal de Contas. Também integrantes do TCE gaúcho, os amigos Gilvane Oliveira, Isabel Bisch e Juliana Leão tiveram fundamental participação na construção deste trabalho, em razão de contribuírem, para além do diálogo referido, com comentários e sugestões perspicazes e precisos que foram muito relevantes para o texto final da dissertação.

Com o mesmo nível de colaboração, o amigo Otávio Domit, já Mestre e futuro Doutor, é o primeiro do “grupo” de amigades da PPGD que cito em agradecimento – aliás, é correto esclarecer que nossa amizade vem da época de graduação da UFRGS. Outros amigos do tempo de graduação, como Eduardo Néri e Otávio Motta, que também já contam com a titulação de Mestres, foram muito importantes para minha pesquisa, por compartilharem aspectos objetivos (livros e outros materiais) e subjetivos (relatos de suas experiências) referentes ao Mestrado. Alguns amigos da graduação, como Marcos Iolovitch e José Paulo Japur, tive a honra e a felicidade de reencontrar nos bancos da UFRGS, durante esse período de Pós-Graduação. Eles, juntamente com Alexandre Marder, Fabrício Freitas, João Souza, Paulo Mendes,

Pedro Alfonsin, Rodrigo Oliveira e Ronaldo Kochem, contribuíram, com inteligência e camaradagem, dentro e fora da sala de aula, para o meu desenvolvimento pessoal e acadêmico durante esses dois anos. A todos, meu sincero reconhecimento de gratidão.

Ao Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul também devo meu agradecimento. Institucionalmente, o apoio para este trabalho se concretizou por intermédio da atuação da Biblioteca Ministro Moysés Vellinho e da Escola Superior de Gestão e Controle Francisco Juruena, sendo justo que eu agradeça, nesse contexto, aos colegas Ada de Almeida e Sandro Bergue, por sua presteza e solicitude constantes. Cabe de minha parte reconhecer, ainda, o auxílio do Conselheiro Cezar Miola, Presidente da Casa durante meu período de pesquisa. Os três recém mencionados demonstraram preocupação e comprometimento com o bom desenvolvimento de meu trabalho acadêmico, motivo pelo qual aqui exteriorizo meu agradecimento.

Por fim, agradeço à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, por proporcionar, mediante organização elogiável, o curso de Pós-Graduação onde efetuei minha pesquisa. Ao lado desse agradecimento, é justo mencionar os professores que destacadamente fizeram parte dessa trajetória. Por primeiro, agradeço ao professor Rafael Maffini, pela confiança e oportunidade a mim conferidas e por, em sala de aula, conduzir excelentes debates acadêmicos que muito engrandeceram a pesquisa. Da mesma forma, agradeço aos professores Cesar Santolim e Daniel Mitidiero. A primeira pessoa com quem compartilhei a ideia de pesquisar assunto relacionado ao Tribunal de Contas foi o professor Santolim, tendo ele demonstrado e prestado, desde o início, seu qualificado apoio acadêmico. Além disso, tive a sorte de, durante o Programa de Mestrado, assistir a dois semestres de aulas com o professor Mitidiero, referência nacional dos estudos de processo civil e que muito me inspirou para enfrentar os aspectos processuais de minha pesquisa com confiança e coragem.

Certamente, outras pessoas mereceriam agradecimento nominal, às quais peço escusas, de antemão, pela injusta (mas não intencional) omissão. Nunca fui capaz de conquistar algo de forma individual. Ainda bem. Para meus futuros objetivos, quero continuar a depender de familiares, amigos, professores, colegas e todos aqueles que participarem da minha vida. A presença e ajuda deles significarão, para mim, a realização de uma meta permanente de vida: estar cercado

por pessoas com quem possa compartilhar, ao final de cada etapa, a alegria, o prazer e a satisfação resultantes do sentimento de missão cumprida.



“O homem público é o homem da confiança dos seus concidadãos, o de quem eles esperam a ciência e o conselho, a honestidade e a lisura, o desinteresse e a lealdade; é o vigia da lei, o amigo da justiça, o sacerdote do civismo”. (BARBOSA, Rui)

## RESUMO

A expedição de medidas cautelares pelos Tribunais de Contas é assunto pouco abordado pela doutrina brasileira, apesar de contar com reconhecimento pacífico na jurisprudência pátria a respeito de sua possibilidade. Analisando o tema, averiguou-se que as bases teóricas que fundamentam o provimento cautelar no processo de contas servem para sustentar, em verdade, a utilização da técnica antecipatória no âmbito das Cortes de Contas. Tal constatação permitiu a aproximação com os conceitos do processo civil a respeito do assunto, sobretudo quanto à tutela provisória. Assim, o presente trabalho buscou sistematizar cientificamente o emprego dos provimentos provisórios no processo de contas, analisando todas as competências constitucionais atribuídas aos Tribunais de Contas e relacionando-as às hipóteses e os limites da expedição desses provimentos.

**Palavras-chave:** Tribunal de Contas. Controle externo. Função estatal. Medida cautelar. Técnica antecipatória. Provimentos provisórios.

## ABSTRACT

The utilization of precautionary measures for the Accounts Tribunals is a topic rarely addressed by the Brazilian doctrine, despite trust in the peaceful recognition in the country's jurisprudence about its ability. Analysing the theme, it was ascertained that the theoretical bases that ground the precautionary provision in the Accounts Tribunal. Such finding allowed the approximation with the concepts of civil procedure about the theme, especially as the provisional protection. Therefore the present project had as objective systematize scientifically the employ of the temporary provisions in the process of accounts analysing all the constitutional skills assign to the Court of Auditors and relating it to the hypothesis and the limits of the dispatch of those provisions.

**Key-words:** Accounts Tribunal. External control. State function. Precautionary measure. Anticipatory technique. Provisional provisions.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>13</b>
<b>2 A FUNÇÃO ESTATAL DE CONTROLE EXTERNO E A NATUREZA JURÍDICA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS</b> .....	<b>15</b>
2.1 OS PODERES ESTATAIS: O PODER ORGÂNICO E O PODER FUNCIONAL .	15
2.2 AS FUNÇÕES ESTATAIS E A FUNÇÃO DE CONTROLE EXTERNO .....	17
<b>2.2.1 Os Poderes Funcionais, as Funções e as Finalidades Estatais</b> .....	<b>17</b>
<b>2.2.2 O controle externo sobre a Administração Pública no Brasil e suas finalidades</b> .....	<b>25</b>
2.2.2.1 O controle externo sobre a Administração Pública.....	25
2.2.2.1 A Democracia, a República, os direitos fundamentais e os fins do Estado brasileiro.....	28
2.2.2.2 A imprescindibilidade da função do controle externo para o Estado Democrático .....	30
2.2.2.3 A imprescindibilidade da função do controle externo para o Estado Republicano .....	34
2.2.2.4 A imprescindibilidade da função do controle externo para os direitos fundamentais.....	36
<b>2.2.3 O controle externo sobre a Administração Pública no Brasil e a sua comparação com as funções estatais clássicas</b> .....	<b>38</b>
2.2.3.1 A função legislativa.....	39
2.2.3.2 A função de fiscalização .....	40
2.2.3.3 A função jurisdicional.....	46
2.2.3.4 A função administrativa .....	53
<b>2.2.4 O controle externo no Estado Brasileiro: função estatal autônoma e específica</b> .....	<b>56</b>
2.3 A FUNÇÃO DE CONTROLE EXTERNO EXERCIDA PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO BRASIL .....	62
<b>2.3.1 A origem e evolução histórica do Tribunal de Contas no Brasil</b> .....	<b>63</b>
<b>2.3.2 O Tribunal de Contas na Constituição de 1988</b> .....	<b>65</b>
<b>2.3.3 O Controle Externo e sua dupla dimensão: o exercício da função estatal exclusivamente pelos Tribunais de Contas e o exercício conjugado entre as Cortes de Contas e o Poder Legislativo</b> .....	<b>67</b>

<b>2.3.4 As Finalidades Institucionais dos Tribunais de Contas .....</b>	<b>75</b>
2.4 NATUREZA JURÍDICA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO BRASIL, DE SUAS DECISÕES E DE SEU PROCESSO.....	78
<b>2.4.1 A natureza jurídica dos Tribunais de Contas no Brasil .....</b>	<b>78</b>
2.4.1.1 A natureza jurídica dos Tribunais de Contas sob o aspecto orgânico.....	78
2.4.1.2 A natureza jurídica dos Tribunais de Contas sob o aspecto funcional .....	81
<b>2.4.2 A natureza jurídica das decisões dos Tribunais de Contas .....</b>	<b>83</b>
<b>2.4.3 A natureza jurídica dos processos dos Tribunais de Contas .....</b>	<b>88</b>
2.4.3.1. As características e princípios dos processos dos Tribunais de Contas .....	90
2.4.3.2 O processo de contas e seu regramento subsidiário: a Lei 9.874/99 (Lei do Processo Administrativo) ou o Código de Processo Civil? .....	93
<b>3 OS PROVIMENTOS PROVISÓRIOS EXPEDIDOS PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS .....</b>	<b>102</b>
3.1 OS PROVIMENTOS PROVISÓRIOS NO PROCESSO CIVIL: PERFIL CONCEITUAL .....	103
<b>3.1.1 Os provimentos provisórios como provimentos cautelares.....</b>	<b>103</b>
<b>3.1.2 Os provimentos provisórios como provimentos urgentes.....</b>	<b>108</b>
<b>3.1.3 Os provimentos provisórios como provimentos adequados e efetivos .</b>	<b>111</b>
<b>3.1.4 Os provimentos provisórios como oriundos da técnica antecipatória ...</b>	<b>112</b>
3.2 OS PROVIMENTOS PROVISÓRIOS NO PROCESO DE CONTAS À LUZ DO DEBATE CONCEITUAL DO PROCESSO CIVIL .....	114
<b>3.2.1 O Estado da Questão na Doutrina e na Jurisprudência.....</b>	<b>115</b>
<b>3.2.2 O <i>leading case</i> das medidas cautelares nos Tribunais de Contas: o MS nº 24.510/DF.....</b>	<b>117</b>
<b>3.2.3 Os demais precedentes jurisprudenciais sobre a matéria .....</b>	<b>125</b>
3.2.3.1 Mandado de Segurança n. 26.263/DF.....	126
3.2.3.2 Mandado de Segurança n. 26.547 .....	127
3.2.3.3 Suspensão de Segurança n. 3.789/MA.....	131
3.2.3.4 Suspensão de Segurança n. 4.009/RR .....	132
3.2.3.5 Mandado de Segurança 30.593/DF .....	135
3.2.3.6 Mandado de Segurança n. 33.092/DF.....	136
3.2.3.7 Quadro-resumo das decisões do STF sobre a matéria.....	139
<b>3.2.4 Análise da jurisprudência comentada.....</b>	<b>144</b>
<b>3.2.5 A teoria dos poderes implícitos e o poder geral de cautela.....</b>	<b>146</b>

3.2.5.1 Do poder geral de cautela ao poder geral de antecipação: a atipicidade da técnica antecipatória .....	149
<b>3.2.6 A função de controle externo e o poder geral de cautela: compreensão do reconhecimento jurisprudencial do STF .....</b>	<b>152</b>
3.3 O PROVIMENTO PROVISÓRIO COMO INERENTE AO PODER DE CONTROLE EXTERNO DO TRIBUNAL DE CONTAS .....	154
<b>3.3.1 O Direito Fundamental à Boa Administração Pública Tutelado pelo Tribunal de Contas e o Reconhecimento de um Poder de Antecipação de Tutela .....</b>	<b>154</b>
<b>3.3.2 A competência para a expedição de provimentos provisórios no âmbito do tribunal de contas .....</b>	<b>155</b>
<b>3.3.3 Da possibilidade de expedição de provimentos fundados na urgência (cautelares e satisfativos).....</b>	<b>158</b>
3.3.3.1 Dos provimentos cautelares nos processos de contas.....	162
3.3.3.2 Provimentos antecipados/satisfativos no processo de contas.....	165
3.3.3.3 Análise quanto à possibilidade de concomitância dos provimentos provisórios de tutela de urgência.....	168
<b>3.3.4 Da possibilidade de expedição de provimentos provisórios fundados na evidência .....</b>	<b>170</b>
3.4 A DIMENSÃO, O MOMENTO E A MODALIDADE DA ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS E OS PROVIMENTOS PROVISÓRIOS .....	174
<b>3.4.1 A dimensão da atuação do Tribunal de Contas no exercício exclusivo da função de controle externo e os provimentos provisórios .....</b>	<b>175</b>
<b>3.4.2 Momentos e modalidades do controle externo do Tribunal de Contas e provimentos provisórios .....</b>	<b>178</b>
3.4.2.1 Controles prévio e preventivo: controles com distintos critérios de classificação .....	179
3.4.2.2 Controles concomitante e posterior: possibilidade de controle preventivo?	180
3.4.2.3 Controles prévio, concomitante e posterior, tutela preventiva e repressiva: os casos de utilização de provimento provisório no processo de contas.....	184
3.5. A APLICAÇÃO IMEDIATA DOS PROVIMENTOS DE TUTELA PROVISÓRIA NAS CORTES DE CONTAS .....	188
<b>4 CONCLUSÃO .....</b>	<b>191</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem por objetivo estudar a utilização da técnica processual antecipatória nos Tribunais de Contas brasileiros, quando exercem suas atividades de controle externo. Atualmente, a possibilidade de adoção de medidas processuais dessa natureza, no âmbito das Cortes de Contas, é reconhecida amplamente pela doutrina e pacificamente pelo Supremo Tribunal Federal<sup>1</sup> quando se trata das denominadas “medidas cautelares”. Nesse cenário, pretende-se avaliar referida hipótese, os efeitos e características que dela decorrem, bem como outros provimentos de semelhante natureza aplicáveis ao processo de contas.

A justificativa para a realização desta pesquisa tem como argumento central o fato de os Tribunais de Contas brasileiros estarem atuando, cada vez mais, em busca da prevenção contra a ocorrência de ilegalidades, ilegitimidades ou antieconomicidades na gestão pública, lançando mão, para isso, da expedição de “medidas cautelares” em diversas situações. Todavia, inexistente pesquisa científica profunda acerca do tema que responda, positiva ou negativamente, sobre sua possibilidade, que sistematize o assunto e, tampouco, que defina às situações jurídicas passíveis de serem decididas por meio de referida técnica processual.

Na consecução do objetivo da pesquisa, serão abordadas as principais teorias a respeito da natureza jurídica dos Tribunais de Contas, avaliada principalmente com base em suas competências constitucionais, para, a partir de então, compreender o tratamento conferido pela doutrina e jurisprudência à matéria das “cautelares” nas Cortes de Contas. Passo seguinte, analisar-se-á a possibilidade de atuação efetuada pelo controle externo por meio de outras espécies de provimentos provisórios<sup>2</sup> para além da *cautelar*.

Para isso, a pesquisa buscará, em um primeiro momento, definir a classificação do controle externo dentro das funções estatais reconhecidas pelos estudos constitucionalistas do Estado contemporâneo. Nessa linha, buscar-se-á compreender o modelo adotado pelo estado brasileiro para o exercício do controle

---

<sup>1</sup> O paradigma decisório do STF, conforme se verá detalhadamente no desenvolvimento do trabalho, é o julgamento do MS 24.510/DF.

<sup>2</sup> Tendo em vista que a técnica processual antecipatória acaba de ser sistematizada, no novo Código de Processo Civil, junto aos dispositivos da denominada “tutela provisória”, os provimentos que no processo dos Tribunais de Contas representam o uso de referida técnica serão denominados de provisórios.

externo. A partir dessa primeira conclusão, poderá definir-se a natureza jurídica dos Tribunais de Contas, instituição protagonista no exercício do controle externo no Estado brasileiro, estudando-se as teses já suscitadas no meio acadêmico sobre o tema para, ao final, eleger aquela cientificamente mais adequada.

Respondida a indagação quanto à natureza jurídica dos Tribunais de Contas, o trabalho debruçar-se-á sobre o processo que tramita na Instituição e permite, ao mesmo tempo que formaliza, o exercício da função ao qual está constitucionalmente designado a desempenhar. Serão investigadas as características de tal processo com base na natureza jurídica do Tribunal onde tramita.

Superados os problemas de pesquisa da primeira etapa da dissertação, partir-se-á para o exame dos “provimentos provisórios” expedidos pelos Tribunais de Contas. Com esse intuito, analisar-se-á, aprioristicamente, os conceitos de processo sobre a matéria. Em seguida, examinar-se-á a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que autorizou a utilização de instrumento provisório (chamado de “medida cautelar”) por parte das Cortes de Contas. Os fundamentos que levaram a Corte Suprema brasileira a decidir em tal sentido – assim como outros a eles relacionados ou que deles podem emergir – serão detidamente averiguados pela pesquisa, cotejando-os com a doutrina pátria sobre as competências dos Tribunais de Contas, a fim de se problematizar sobre a expedição de “provimentos provisórios”, tanto no aspecto de sua efetiva possibilidade quanto no aspecto de suas adequadas conceituação e delimitação.

Por fim, a pesquisa buscará sistematizar as situações em que o ordenamento jurídico brasileiro autoriza a expedição de provimentos provisórios pelos Tribunais de Contas, objetivando delinear os contornos limítrofes que podem balizar o uso de tal instrumento pelas Cortes de controle externo do país.



## 2 A FUNÇÃO ESTATAL DE CONTROLE EXTERNO E A NATUREZA JURÍDICA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

O primeiro grande eixo desta pesquisa passa pela necessidade de compreender a natureza jurídica dos Tribunais de Contas. Chegar até essa compreensão e aos efeitos que dela decorrem, portanto, é o principal objetivo da etapa inicial do trabalho, o que exigirá, preambularmente, a análise de conceitos relativos à constituição e organização do Estado, cujo conhecimento será indispensável para identificar as características do controle externo exercido sobre a Administração Pública no país.

### 2.1 OS PODERES ESTATAIS: O PODER ORGÂNICO E O PODER FUNCIONAL

Para melhor compreender a natureza jurídica dos Tribunais de Contas, é necessário, antes de tudo, expressar bases mínimas sobre a estrutura e o funcionamento do Estado, este entendido como *instituição juspolítica* que concentra poder de uma sociedade organizada e o exerce circunscrito aos limites de eficácia permitidos por sua ordem jurídica, sempre visando à realização dos *fins* que lhe foram determinados pela comunidade que o gerou<sup>3</sup>.

O resultado da soma dos poderes outorgados pela sociedade geratriz e instituidora do Estado – e que são nele concentrados – recebe a denominação de Poder Estatal, o qual também é denominado de Poder Público, em razão de servir a interesses públicos que são definidos pelas sociedades democráticas<sup>4</sup>. Tal poder estatal representa uma força “suprema no plano interno e independente no plano internacional”.<sup>5</sup>

Nessa linha, percebe-se que o Estado depende de poderes para seu funcionamento. Aliás, a expressão *poder* é importante conceito para explicar

---

<sup>3</sup> MOREIRA NETO, Diogo de. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 17.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>5</sup> MESSA, Ana Flávia. O controle parlamentar e sua eficácia. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, ano 21, n. 82, jan./mar. 2013, p. 14.

fenômeno comum à Política e ao Direito: a possibilidade de o homem, individual ou coletivamente, converter vontade em ato.<sup>6</sup>

Desde as primeiras organizações estatais, o poder configurou-se como elemento imprescindível para o funcionamento social, cabendo destacar que, na terminologia romana, o poder tinha por equivalente a *potestas* ou o *imperium*, que significavam a força que provinha da determinação ou autorização suprema oriunda da Chefia máxima do Estado.<sup>7</sup>

Não se pretende divagar acerca da evolução do poder relacionado à evolução da organização estatal, cabendo somente referir que, na organização do Estado contemporâneo<sup>8</sup> brasileiro, o vocábulo adota dois sentidos diferentes: o orgânico e o funcional. O poder orgânico é compreendido como centro de imputação do Poder estatal, isto é, órgão integrante do Estado, que pode ser um ente ou um corpo despersonalizado, ao qual se atribui competências para executar as finalidades a que se propõem. De outro lado, o poder funcional consiste no meio de exercer o poder estatal<sup>9</sup>, desdobrando-se, pois, em funções, as quais representam atribuições ou conjunto de atribuições conferidas aos órgãos para realização de seu mister. Assim, resumidamente, pode-se dizer que “o poder orgânico pressupõe órgãos dotados de poder funcional, voltados ao desempenho de certas funções, que se manifestarão pela prática de seus atos próprios”.<sup>10</sup>

Considerando a visão clássica da tripartição de poderes, refere-se, com o intuito de melhor esclarecer a distinção das duas acepções do vocábulo, que os poderes estatais orgânicos são o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário, enquanto que os poderes estatais funcionais são, citados respectivamente, os seguintes: o poder legiferante ou normativo, o poder executante ou administrativo e o poder judicante ou jurisdicional.

O professor Moreira Neto, também com o objetivo de distinguir claramente as duas concepções do poder estatal, cita a analogia, muitas vezes lembrada, com o corpo físico humano, em que se define separadamente – mas com relação recíproca

---

<sup>6</sup> MOREIRA NETO, Diogo de. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 17.

<sup>7</sup> SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 614.

<sup>8</sup> Que é o mesmo modelo de Estado clássico, em termos de estruturação mínima, implementado no pós-Revolução Francesa.

<sup>9</sup> Em outras línguas, não se utiliza o mesmo vocábulo para expressar as distintas situações ora apresentadas, como acontece, exemplificativamente, no inglês, francês e alemão.

<sup>10</sup> MOREIRA NETO, op. cit., p. 18.

– os órgãos e as funções estudados, “aqueles por uma anatomia e, estas, por uma fisiologia”, o que ocorre, na visão do administrativista, do mesmo modo no estudo do corpo estatal, no qual os fenômenos semelhantes, refletidos no poder orgânico e poder funcional do Estado, são tratados, grosso modo, respectivamente, pelo Direito Constitucional e pelo Direito Administrativo.<sup>11</sup>

Para a presente dissertação, os poderes funcionais do Estado serão de maior relevância para responder às problematizações de pesquisa suscitadas, razão pela qual serão estudados com maior profundidade.

## 2.2 AS FUNÇÕES ESTATAIS E A FUNÇÃO DE CONTROLE EXTERNO

Definindo o foco sobre os *poderes funcionais*, passo seguinte corresponde a verificar sua relação, por derivação, com a concepção da ideia de *funções estatais*, a fim de compreender o papel e a respectiva classificação das atividades de controle externo na estrutura do Estado brasileiro.

### 2.2.1 Os Poderes Funcionais, as Funções e as Finalidades Estatais

O conceito e o alcance das funções estatais decorrem, umbilicalmente, dos poderes funcionais dos quais o Estado é dotado, os quais são definidos com base na interpretação das disposições constitucionais que o regulamenta de forma máxima. Assim, o significado constitucional de cada um dos poderes funcionais estatais é que dará sentido a cada uma das respectivas funções estatais<sup>12</sup>.

Pois bem, conferindo definição doutrinária ao conceito, refere-se que, por função estatal, no Direito Público, deve ser compreendido o conjunto das diversas atividades do Estado enquanto representarem suas manifestações ou diversos

---

<sup>11</sup> MOREIRA NETO, Diogo de. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 18.

<sup>12</sup> No ponto, cabe um esclarecimento rápido e objetivo: na teoria das funções, no que tange ao estudo relacionado a questões de Estado, o vocábulo “função” pode ter duas acepções: a primeira refere-se a “poder” (e, aqui, se aproxima do conceito de poder funcional acima visto) e a segunda refere-se à “atividade” (definindo as diferentes formas de exercício da atividade estatal). Para conhecer a distinção das duas acepções, a pesquisa apoiou-se no trabalho de Paulo Modesto (“A Função Administrativa”), o qual é indicado para eventual necessidade de aprofundamento sobre o tema.

modos de exercício organizado do Poder Estatal.<sup>13</sup> Vale destacar, ainda, que, para classificar e diferenciar as funções estatais, a relação de critérios utilizada pela doutrina é a seguinte: (a) critério negativo; (b) critério subjetivo; (c) critério objetivo, (c.1) material, (c.2) formal.<sup>14</sup>

Em síntese, discorre-se sobre as características de cada um desses critérios<sup>15</sup>:

(a) Critério negativo: define as funções do Estado por meio do procedimento lógico de negar a relação da função a ser definida com dados pré-estabelecidos referentes a outras funções. Por exemplo, toda atividade que não pertencer à função legislativa, nem à função jurisdicional, será função administrativa. Todavia, tal critério mostra-se insuficiente e inadequado principalmente porque “não explica a formulação dos conceitos que servem de base para a exclusão, dando por demonstrado exatamente o que pede demonstração”.<sup>16</sup>;

(b) Critério subjetivo (orgânico): Por esse critério, ressalta-se o sujeito ou órgão que realiza a função pública, sem se preocupar sobre o conteúdo, característica e efeitos dos atos produzidos. Com esse método, a classificação da função decorre do sujeito/órgão que a exerce e não da essência da própria função.<sup>17</sup> Seria a hipótese de se definir que todos os atos produzidos nos órgãos do judiciário caracterizar-se-iam como uma expressão da função jurisdicional. Diante dessa hipótese, facilmente se percebe o equívoco do critério subjetivo, na medida em que os órgãos do Poder Judiciário também exercem, embora em menor frequência, atividades da função administrativa.

(c) Critério objetivo material: Tal critério baseia-se nas “notas que definem a natureza intrínseca da função pública, investigando na própria atividade e não no órgão atuante o substrato invariável que a particulariza”. Por esse critério, define-se as três funções clássicas – administrativa, legislativa ou jurisdicional – analisando-se o conteúdo essencial do ato estatal, independentemente do órgão do qual emanado. Também esse critério mostra-se inadequado tendo em vista que as bases para

---

<sup>13</sup> MOREIRA NETO, Diogo de. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

<sup>14</sup> MODESTO, Paulo. A função administrativa. **Revista Eletrônica e Direito do Estado**, Salvador, n. 5, 2006. p. 7.

<sup>15</sup> Elaborou-se o resumo dos critérios com base no estudo de Paulo Modesto. *Ibid.*, p. 7-12.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 8-9.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 10.

distinguir uma função de outra “decorrem antes de opções pessoais casuísticas do que uma dedução fundada nas diretivas do sistema normativo”.<sup>18</sup> Pensando em superar esse problema é que surgiu o critério objetivo formal;

(d) Critério objetivo formal – O critério que apresenta lógica mais adequada para definição das funções estatais preocupa-se em analisar a eficácia jurídica específica de cada uma delas, isto é, por meio desse critério, “os atos estatais aparecem caracterizados pelo plexo de efeitos jurídicos que desencadeiam a partir do sistema normativo”.<sup>19</sup>

Antes do desenvolvimento de tais critérios, a constituição clássica do Estado no modelo liberal detinha somente três básicas funções: a função executiva (administrativa), a função legiferante (normativa) e a função jurisdicional (judicante). Como se sabe, tais funções não são de exercício exclusivo dos respectivos Poderes orgânicos a que estão essencialmente vinculados, mas são preponderantemente por eles exercidos – lógica que, inclusive, demonstrou a fragilidade do *critério subjetivo* recém exposto. É dizer que “o Poder Legislativo não terá a exclusividade da função normativa, nem tampouco o Poder Executivo, a da função administrativa, e, nem mesmo o Poder Judiciário, o terá da função jurisdicional”<sup>20</sup>, objetivando que os “Poderes Orgânicos coexistam com independência, mas com harmonia, e equilíbrio em suas recíprocas relações, ou seja, sem hegemonia de qualquer deles”.<sup>21</sup>

Com base nessa definição tripartite, afirmava-se que essas três funções resumiriam as modalidades de ação do Estado e, assim, todas as atividades por ele exercidas enquadrar-se-iam numa dessas três funções “modulares”<sup>22</sup>. O questionamento que surgiu, a partir de tal afirmação, é se outras funções estatais não teriam sido adicionadas às funções clássicas teorizadas desde o surgimento do Estado Liberal.

Para responder a essa indagação provocativa, cita-se, de início, o ensinamento do professor Moreira Neto, que reconhece diversos modos de expressão do poder político, cada qual deles desdobrando-se em específica função

---

<sup>18</sup> MODESTO, Paulo. A função administrativa. **Revista Eletrônica e Direito do Estado**, Salvador, n. 5, 2006. p. 10-11.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>20</sup> MOREIRA NETO, Diogo de. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 19.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>22</sup> Utilizou-se a expressão “modular” para representar, analogicamente, a função estatal como um módulo de atividades definidas previamente com exatidão.

estatal a ser exercida, de modo que, atualmente, “passam a coexistir inúmeras modalidades de funções políticas possíveis, numa lista em aberto, que resiste a todos os esforços de categorização que as esgotem”.<sup>23</sup> Nessa linha de raciocínio, o jurista acrescenta às funções tradicionais do modelo tripartite clássico, exemplificações de outras novas funções, constitucionalmente previstas, do poder político brasileiro.

No ponto, tratando-se de funções públicas a serem exercidas pelo Estado, cuja realização de suas eficácias jurídicas dependam do exercício do monopólio da coerção<sup>24</sup>, será imprescindível que se defina no ordenamento jurídico a quem imputar o dever de exercer tais funções. Assim, torna-se indispensável que se institua órgãos aptos a desempenhá-las, os quais podem ser conceituados, de forma genérica, como “formas estruturais estáveis destinadas à expressão do Poder Estatal”.<sup>25</sup>

A instituição e estruturação desses órgãos, necessariamente, devem ocorrer por regras jurídicas, com natureza de normas ônticas<sup>26</sup>, que podem ser constitucionais ou infraconstitucionais. Todavia, apesar dessa alternatividade apontada, não se pode negar que, exclusivamente pela constitucionalização, determinados órgãos passam a exercer específicas funções tidas como essenciais à existência do Estado, sendo distribuído entre eles, delimitada e detalhadamente, o exercício do poder público.

Não é por outra razão que o constitucionalista italiano Giuseppe de Vergottini detecta, a partir da análise dessas funções e dos respectivos órgãos que a

---

<sup>23</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O parlamento e a sociedade como destinatários do Trabalho dos Tribunais de Contas. In: SOUSA, Alfredo José (Org.). **O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 98.

<sup>24</sup> Sobre o *monopólio da coerção*, citam-se as palavras de Hayek: “Entretanto, a coerção não pode ser totalmente evitada, porque a única maneira de impedi-la é pela própria ameaça de coerção. A sociedade livre tem resolvido esse problema conferindo o monopólio da coerção ao Estado e tentando limitar esse poder a circunstâncias em que a ação do Estado é necessária para impedir a coerção exercida pelos indivíduos”. HAYEK, Friedrich August Von. **Os fundamentos da liberdade**. São Paulo: Visão, 1983. p. 17.

<sup>25</sup> MOREIRA NETO, op. cit., p. 99.

<sup>26</sup> Nesse contexto, relembra-se a distinção básica de um sistema normativo no qual as “normas ônticas” referem-se às regras do *ser* (e, por isso, são descritivas), enquanto as “normas deônticas” correspondem às regras do *dever-ser* (constituindo-se, portanto, de normas prescritivas).

executam, a marca do Direito Público contemporâneo: um fenômeno juspolítico denominado de “pluralidade dos centros constitucionais de imputação do poder”.<sup>27</sup>

Atualmente, a distribuição do exercício do poder estatal por vários “centros de imputação” é matéria de enorme importância para a teoria constitucional, a fim de compreender correta e adequadamente a estruturação do poder estatal. Buscando entender a dimensão e os aspectos das múltiplas funções públicas hoje existentes, J.J. Gomes Canotilho dedicou oportunos estudos voltados a uma melhor “compreensão material das estruturas organizatário-funcionais” do Estado, o que levou à conceituação do fenômeno de “policentrismo institucional”<sup>28</sup>. Tal fenômeno explica o desdobramento do poder estatal em mais funções além daquelas três ensinadas classicamente, corroborando, pois, o posicionamento defendido nesta dissertação.

As linhas conceituais apresentadas até aqui sustentam a possibilidade de existência de diversas matrizes constitucionais para formação de *complexos orgânicos funcionais*<sup>29</sup> como pilares de estruturação jurídica do Estado, sendo embasadas por formulações teóricas constitucionalistas que não representam fruto de uma obra só, como já visto acima. Pode-se citar, ainda, Enrico Spagna Musso, para quem “a organização estatal está composta de uma série de órgãos, coerentemente predisposta à realização dos fins originários”<sup>30</sup>.

Apesar da lógica cristalina dessa afirmação, cabe reforçar a ideia de que a organização funcional do Estado deve ser teleologicamente projetada, de modo que suas instituições possuam meios adequados para atingir seus fins<sup>31</sup>. Isso significa

---

<sup>27</sup> VERGOTTINI, Giuseppe de, *Diritto costituzionale comparato*, 1999, p. 419 apud MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O parlamento e a sociedade como destinatários do Trabalho dos Tribunais de Contas. In: SOUSA, Alfredo José (Org.). **O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

<sup>28</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Algumas notas sobre órgãos constitucionalmente autônomos (Um estudo de caso sobre os Tribunais de Contas no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 223, n. 24, jan./mar. 2001.

<sup>29</sup> Expressão citada por MOREIRA NETO, em seu artigo “O Parlamento e a Sociedade como Destinatários do Trabalho dos Tribunais de Contas”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O parlamento e a sociedade como destinatários do Trabalho dos Tribunais de Contas. In: SOUSA, Alfredo José (Org.). **O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 100.

<sup>30</sup> MUSSO, *Diritto costituzionale*, 1992 apud MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Algumas notas sobre órgãos constitucionalmente autônomos (Um estudo de caso sobre os Tribunais de Contas no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 223, n. 24, jan./mar. 2001. p. 60.

<sup>31</sup> Deve-se alertar, reproduzindo a advertência de Dallari, que há uma discussão na doutrina sobre a necessidade ou não de estudar as finalidades do Estado na disciplina jurídica de Teoria do

dizer que a definição das estruturas orgânicas básicas que formam o Estado deve partir dessa ideia: a correlação entre meios adequados e o atingimento dos fins propostos.

A conclusão disso é que a função estatal, representada e exercida por um ou mais órgãos, deve ser um *meio* que pressupõe a existência de uma finalidade estatal a ser buscada, isto é, se existe determinada função estatal, justifica-se pela existência prévia de determinado fim a ser atingido.

Sobre os estudos da finalidade do Estado e sua relação com as funções que exerce, cita-se trecho da obra de Dalmo de Abreu Dallari<sup>32</sup>:

O problema da finalidade do Estado é de grande importância prática, sendo impossível chegar-se a uma ideia completa de Estado sem ter consciência de seus fins. Há mesmo quem entende, como o faz Marcel de La Bigne de Villeneuve, que a legitimação de todos os atos do Estado depende de sua adequação às finalidades. Sem chegar a esse extremo, uma vez que é preciso reconhecer que as circunstâncias em que o Estado é compelido a ceder a outros fins que não os seus, é facilmente verificável que há, de fato, uma estreita relação entre os fins do Estado e as funções que ele desempenha. A falta de consciência das finalidades é que faz com que, não raro, algumas funções importantes, mas que representam apenas uma parte do que o Estado deve objetivar, sejam tomadas como finalidade única ou primordial, em prejuízo de tudo o mais.

É importante deixar claro que, com o desenvolvimento dos estudos sobre Teoria do Estado, é de longa data o entendimento de que o Estado não representa um fim em si mesmo, mas sim um instrumento para os indivíduos atingirem a seus fins (individuais e coletivos). Em sucinta ideia, é dizer que o Estado é meio e os indivíduos, com seus respectivos patrimônios de direitos subjetivos, são os verdadeiros fins. No atual estado da arte nos estudos de Teoria do Estado no mundo ocidental, a Constituição é a norma máxima que prevê e garante o patrimônio jurídico dos indivíduos e da sociedade, conformando-se, assim, o conceito de Estado Constitucional<sup>33</sup>.

---

Estado. As duas correntes principais são antagônicas, uma negativa, que defende que o tema é de natureza meramente política, não importando ao estudo da disciplina, e outra afirmativa, que sustenta a importância para as Ciências Jurídicas de conhecer a finalidade do Estado, a fim de compreender a forma que ocorrerá a atuação de todas as atividades estatais, de acordo com fins pré-estabelecidos pelo ordenamento jurídico constituído. A presente pesquisa filia-se à corrente afirmativa, como se revela pelo simples fato de discorrer sobre o assunto. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>32</sup> Ibid., p. 107

<sup>33</sup> Ensina a doutrina que o Estado Constitucional decorre de um sistema normativo fundamental do Estado Moderno, pensado paralelamente ao Estado Democrático, sendo fruto da evolução das



De qualquer sorte, ainda que o Estado se caracterize por ser *meio*, consoante acima explicado, pode-se dizer que ele conterá *fins*, que serão justamente os objetivos por ele buscados para que cumpra adequadamente seu papel de *instrumento*. Nesse contexto, cabe ressaltar que, mesmo que se defina uma síntese dos fins últimos (ou máximos) do Estado, cada povo organizado é que, soberanamente, os escolherá de forma específica e pormenorizada<sup>34</sup>. Assim é que, aprioristicamente, não se pode afirmar quais são as funções de um Estado (poderes funcionais) e quais as instituições que o exercem (poderes orgânicos), como se *receita de bolo* fosse o método de estruturar uma nação soberana: o caminho e os critérios a serem utilizados para essa tarefa certamente são variados e nada simplórios. Em se tratando de regimes democráticos, cada Estado, por meio da expressão do seu Poder Constituinte, é que definirá, primeiramente, seus fins e, de forma posterior e correspondente, seus poderes funcionais e orgânicos estatais, ou seja, apenas após a construção do texto constitucional de uma nação é que se poderá reconhecê-los a partir de correta e sistemática interpretação de seus dispositivos.

Portanto, o Estado, como forma de organização política, social e jurídica, existe, na condição de meio, para satisfazer as necessidades e interesses, individuais e coletivos, dos seres humanos (*fins*). Eis os *fins* do Estado, cuja primeira expressão deve ocorrer no campo da normatividade jurídica, em especial na

---

concepções constitucionalistas que surgiram na Europa e América do Norte, que consolidaram os direitos dos homens e cidadãos e a forma e funções do Estado em um texto que servisse de pilar de toda ordem jurídica, social e política de um Estado. Conforme ensinamento do professor Joaquim José Gomes Canotilho “o Estado constitucional é ‘mais’ que o Estado de direito. O elemento democrático não foi introduzido apenas para “travar” o poder (to check the power); foi também reclamado pela necessidade de legitimação do mesmo poder (to legitimize State power) [...]”. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 100.

<sup>34</sup> Diversos são os conceitos destinados a expressar os fins do Estado, citando-se, por todos, mais uma vez a lição de Dalmo de Abreu Dallari, que, igualmente, aborda a questão de cada povo definir suas finalidades estatais: “Procedendo-se a uma síntese de todas essas ideias, verifica-se que o Estado, como sociedade política, tem um fim geral, constituindo-se em meio para que os indivíduos e as demais sociedades possam atingir seus respectivos fins particulares. Assim, pois, pode-se concluir que o fim do Estado é o bem comum, entendido este como o conceituou o Papa João XXIII, ou seja, o conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana. Mas, se essa mesma finalidade foi atribuída à sociedade humana no seu todo, não há diferença entre ela e o Estado? Na verdade, existe uma diferença fundamental, que qualifica a finalidade do Estado: este busca o bem comum de um certo povo, situado em determinado território. Assim, pois, o desenvolvimento integral da personalidade dos integrantes desse povo é que deve ser o seu objetivo, o que determina uma concepção particular de bem comum para cada Estado, em função das peculiaridades de cada povo”. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 112.

Constituição, por meio da previsão de funções e dos respectivos órgãos que as exercerão. É que a finalidade do Estado é que orienta e especifica as constituições e características da função e instituição estatais.

No caso brasileiro, a definição das estruturas orgânicas básicas e suas respectivas funções (meios) deve corresponder à busca pelos valores essenciais (*fins*) que estão positivados na Constituição verde-amarela, em especial, os direitos fundamentais, e os valores de uma Democracia de Direito e de uma República Federativa<sup>35</sup>. Deve-se ter presente, portanto, que foi a partir dessa relação que o constituinte conferiu – ou deveria conferir – aos órgãos e instituições do Estado brasileiro os contornos normativos emergentes do ordenamento jurídico constitucional e, ao mesmo tempo, as competências para que pudessem atingir os fins para os quais foram criados.

Para o presente trabalho, que foca sobre a atuação dos Tribunais de Contas no Estado brasileiro, é imprescindível definir a quais finalidade e função estatais está vinculado esse *complexo orgânico funcional*. Nesse intuito, deve-se examinar as previsões constitucionais relacionadas às Cortes de Contas do país, órgãos que são classificados, no próprio texto da Carta Magna brasileira<sup>36</sup>, como realizadores do *controle externo* sobre a Administração Pública. Logo, é necessário examinar, primeiramente, os aspectos essenciais e caracterizadores do controle externo para, na sequência, compreender a funcionalidade e finalidade do Tribunal de Contas.

Nesse ponto da pesquisa, portanto, busca-se responder às seguintes problematizações: o exercício do controle externo, no Brasil, busca atingir qual finalidade estatal? Suas atividades representam uma função estatal autônoma e específica ou devem ser consideradas integrantes de determinada função estatal?

---

<sup>35</sup> O regime democrático e a forma republicana estão previstos no Art. 1º da Constituição brasileira: 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: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Quanto aos Direitos Fundamentais, a Constituição brasileira reservou específico Título do seu texto para tratar “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 13 mar. 2016.

<sup>36</sup> Artigos 70 e 71 da CRFB. BRASIL. *Ibid.*, acesso em: 14 mar. 2016.

## 2.2.2 O controle externo sobre a Administração Pública no Brasil e suas finalidades

Neste item, buscar-se-á responder ao primeiro dos dois questionamentos recém-propostos, analisando-se, para cumprir tal objetivo, as finalidades do Estado brasileiro e as atribuições do controle externo previstas pela Carta Magna nacional. Assim, em um primeiro momento, delimitar-se-á o conteúdo da expressão *controle externo*, que é objeto da presente pesquisa, para, após, definir a quais finalidades estatais ele está relacionado.

### 2.2.2.1 O controle externo sobre a Administração Pública

A expressão “controle” pode significar variados sentidos, a depender da origem acadêmica a partir da qual se define o conceito, bem como da amplitude que lhe pretende se conferir. Existe controvérsia, inclusive, sobre a etimologia da palavra, havendo, por parte da doutrina, conferência de maior credibilidade à explicação de que a origem do vocábulo encontra-se no ‘latim fiscal medieval’<sup>37</sup>. Com essa base linguística, os franceses contraíram as expressões *contra* e *rotulum*, criando o termo *contre-rôle* (*contrôle*), o qual significa a relação de contribuintes a ser verificada pelos exatores.<sup>38</sup>

A professora Odete Medauar debruçou-se sobre a definição do termo *controle*, apontando 6 acepções que foram indicadas pela doutrina francesa<sup>39</sup> para conceituá-lo: 1ª – dominação (ideia associada à subordinação, centralização, monopolização); 2ª – direção (ideia de comando, gestão); 3ª limitação (ideia de regulamentação e proibição); 4ª – vigilância ou fiscalização (ideia de supervisão, inspeção, censura); 5ª – verificação (ideia de exame e constatação); 6ª – registro (no sentido de identificação, equivalência e autenticação).

Diante de tais acepções, a jurista questiona qual delas se aplicaria ao controle exercido sobre a Administração Pública – o qual está a se tratar no presente tópico -, respondendo, na sequência, que é impossível reduzi-lo somente a uma ou duas das

<sup>37</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas no Brasil**: jurisdição e competência. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

<sup>38</sup> MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. São Paulo: RT, 2014. p. 21.

<sup>39</sup> A administrativista valeu-se, no ponto, dos estudos de Bergeron, traduzidos na obra *Fonctionnement de l'État*. Ibid., p. 22.

acepções mencionadas, tendo em vista o “leque de alternativas” relativas às formas de controle que são realizadas no Brasil.

De qualquer modo, Medauar<sup>40</sup>, após se apoiar nos estudos italianos que trataram do tema (cujas lições foram somadas às ideias da doutrina francesa), firmou dois conceitos sobre controle da Administração Pública, um técnico-jurídico (ou em sentido restrito) e outro em sentido amplo. No primeiro, o controle significaria “a verificação da conformidade da atuação” da Administração Pública a um “cânone, possibilitando ao agente controlador a adoção de medida e proposta em decorrência do juízo formado”. Já na conceituação mais ampla, o controle significaria “a verificação da conformidade da atuação da Administração Pública a certos parâmetros, independentemente de ser adotada, pelo controlador, medida que afete, do ponto de vista jurídico, a decisão ou o agente”.

Com base nessa distinção, a administrativista deixou à margem do segundo conceito, considerando todas as espécies de controle que tratou em sua obra, apenas o controle social. Não obstante, asseverou que, em sua obra, utilizaria a acepção mais ampla da conceituação de controle, de modo a incluir a análise quanto ao controle social sobre a Administração Pública.

Apesar de não ser tratado explicitamente<sup>41</sup> pela maior parte da doutrina<sup>42</sup>, outro critério que poderia refinar a conceituação de controle refere-se à existência ou não de *poder de revisibilidade*, pelo controlador, sobre a Administração Pública. A

---

<sup>40</sup> MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. São Paulo: RT, 2014. p. 32.

<sup>41</sup> Entende-se que, implicitamente, a maior parte da doutrina utiliza tal critério em sua conceituação, optando por desconsiderar o “poder de revisibilidade” como requisito positivo para definição de controle, uma vez que relaciona como espécie de controle situações em que ao controlador não é conferido tal poder, como é o caso do controle social e o controle do Ministério Público (ambos necessitam de outras etapas ou órgãos estatais de controle para a revisibilidade desejada). No ponto, considera-se o Ministério Público como carecedor do poder mandamental de revisibilidade porquanto, apesar de sua enorme importância constitucional, lhe compete, nos casos de atuação extrajudicial com fins de controlar a Administração Pública, no máximo, sugerir ao poder competente controlado a edição de normas, a alteração da legislação em vigor ou a adoção de medidas destinadas à efetividade dos direitos assegurados legalmente, nos termos do art. (previsão do art. 24 da Resolução n. 87/2006 do Conselho Superior do Ministério Público Federal). MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução n° 87, de 03 de agosto de 2006**. Regulamenta, no âmbito do Ministério Público Federal, a instauração e tramitação do Inquérito Civil (art. 6°, VII, da Lei Complementar n° 75/93 e art. 8°, § 1°, da Lei n° 7.347/85). Disponível em: <[http://csmmpf.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/resolucoes/resol\\_87\\_%20ago\\_2006.pdf](http://csmmpf.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/resolucoes/resol_87_%20ago_2006.pdf)>. Acesso em: 10 fev. 2015.

<sup>42</sup> Aparentemente compoendo a minoria da doutrina que trata desse critério, o administrativista José dos Santos Carvalho Filho conceitua o controle da Administração Pública como sendo “o conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos por meio dos quais se exerce o poder de fiscalização e revisão da atividade administrativa em qualquer das esferas de Poder”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

partir desse ângulo de análise, surgiriam os seguintes questionamentos: deve-se conceituar como *controle* toda atuação – pública ou privada – que possa provocar (ou originar) o processo de controle sobre a administração pública, independentemente de o provocante contar ou não com *poder mandamental*, conferido por ordenamento jurídico, capaz de *determinar* a revisão da situação avaliada como irregular? Ou o conceito de controle restringe-se apenas aquelas possibilidades em que o controlador possua, em suas competências, esse poder mandamental de revisão sobre a função administrativa?

Considerando que a escolha teórica quanto à adoção ou não de tal critério para conceituar o *controle* não fará diferença para caracterizar e analisar o controle externo (tendo em vista que, em qualquer das duas situações, este estará inserido no conceito), a pesquisa não se aprofundará no ponto, cabendo destacar, de qualquer modo, que os dois caminhos são possíveis de o pesquisador seguir (adotar ou não o critério), o que pode resultar na distinção, assim como fez Medauar, do conceito de controle de acordo com sentido mais *restrito* ou mais *amplo*.

No caso do presente trabalho, o “controle” sobre o qual se discorrerá refere-se ao controle realizado sobre determinados aspectos relacionados ao exercício de atividades pertinentes à função estatal de Administração Pública, denominado, no Brasil, de “controle externo”.

Com efeito, especificando-se mais o “controle” que se abordará, reitera-se que é aquele previsto expressamente na Constituição da República Federativa do Brasil em seus artigos 70 e 71, sendo pertinente, aqui, transcrever ao menos o *caput* de cada dispositivo, *in verbis*:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

[...]

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

Com efeito, são diversas as definições dadas ao controle externo, destacando-se, neste ponto, a conceituação elaborada por Helio Saul Mileski<sup>43</sup>:

O controle externo é o exercido por organismo estranho ao do controlado. No caso da Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária, o controle é efetuado no aspecto da atividade financeira do Estado, tendo em conta a arrecadação da receita e a realização da despesa, avaliando a regularidade dos atos praticados pelos administradores quanto à legalidade, legitimidade e economicidade. Conforme o sistema de fiscalização contábil, financeira e orçamentária adotado constitucionalmente, o controle externo está a cargo do Poder Legislativo (art. 70, CF), mas com a sua execução sendo destinada a um organismo que, embora participe do Legislativo, possui autonomia e independência de atuação sobre os três Poderes do Estado, procedendo à fiscalização com competências próprias, exclusivas e indelegáveis (art. 71, CF). Este organismo é o Tribunal de Contas.

Portanto, o presente trabalho foca sua atenção sobre o *controle externo* exercido na forma em que previsto nos artigos 70 e seguintes da Constituição Nacional, sob incumbência do Parlamento e dos Tribunais de Contas, conforme e nas medidas que serão adiante expostas.

Realizada a delimitação inicial do que se considera controle externo, para fins de desenvolvimento da presente pesquisa, passa-se a perquirir sua relação com as finalidades no Estado Constitucional brasileiro, em especial com os valores e princípios republicanos e democráticos, para, sequencialmente, compará-lo com as características das funções clássicas compreendidas, desde Montesquieu, como essenciais para estruturação de um Estado.

#### 2.2.2.1 A Democracia, a República, os direitos fundamentais e os fins do Estado brasileiro

A democracia moderna decorre da consolidação de movimentos da classe social burguesa que havia buscado, num primeiro momento durante o século XVIII, a restrição dos poderes da realeza e do clero. Esse movimento político precedente está associado à ideia (francesa, principalmente) de instituir uma república no lugar da indesejada monarquia. Considerando a Revolução Francesa representar momento histórico marcante para a era moderna, pode-se dizer que simbolizou, também, o início da mudança dos Estados para o regime democrático e republicano:

---

<sup>43</sup> MILESKI, Helio Saul; ZYMLER, Benjamim (prefácios); FREITAS, Juarez (prefácios). **O controle da gestão pública**. 2. ed. rev., atual. e aum. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 209.

“a conquista democrática clássica dizia respeito à forma de governo; na Revolução de 1789 ela é também forma de Estado: a república”.<sup>44</sup>

Tomando a democracia como um conjunto dos desejos individuais ou coletivos a serem realizados, pode-se compreender a república como “a forma que permite a realização desses desejos e a concretização das utopias – mantendo o aparato estatal nos limites do Estado de Direito”.<sup>45</sup>

O Estado de Direito funde-se com o Estado Democrático, extraíndo-se o modelo de Estado Democrático de Direito (Estado Constitucional), sob a forma de República Federativa – opção adotada pelo Brasil, desde 1889 (data da primeira constituição). Nesse contexto de Estado Constitucional, destacam-se os direitos fundamentais, a seres protegidos maximamente pelo ordenamento jurídico vigente.

Quanto aos direitos fundamentais, são conceituados como “posições jurídicas reconhecidas e protegidas na perspectiva do direito constitucional interno dos Estados”<sup>46</sup>, sendo que “esta fundamentalidade é simultaneamente formal e material”.<sup>47</sup> O aspecto formal significa a previsão da fundamentalidade no texto constitucional, explícita ou implicitamente. De outro lado, o aspecto material da fundamentalidade depende de análise do conteúdo dos direitos assim classificados, no sentido de representarem ou não proteção a situações jurídicas fundamentais para a estrutura do Estado e da sociedade, o que implica necessariamente a verificação hermenêutica de cada ordem constitucional concreta.

Nesse cenário, “determinado direito é fundamental não apenas pela relevância do bem jurídico tutelado considerado em si mesmo (por mais importante que o seja), mas especialmente pela relevância daquele bem jurídico na perspectiva das opções do Constituinte, acompanhada da atribuição da hierarquia normativa correspondente e do regime jurídico-constitucional assegurado pelo Constituinte às normas de direito fundamentais”.<sup>48</sup>

---

<sup>44</sup> SCLIAR, Wremyr. **Democracia e controle externo da administração pública**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 2007. p. 100.

<sup>45</sup> Ibid., p. 100.

<sup>46</sup> SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 266.

<sup>47</sup> Ibid., p. 266.

<sup>48</sup> Ibid., p. 268.

O professor Ingo Sarlet, buscando uma definição de direitos fundamentais já sob a perspectiva da ordem constitucional brasileira, ensina que<sup>49</sup>:

[...] é possível definir direitos fundamentais como todas as posições jurídicas concernentes às pessoas (naturais ou jurídicas, consideradas na perspectiva individual ou transindividual) que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, expressa ou implicitamente integradas à Constituição e retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, bem como todas as posições jurídicas que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, tendo, ou não, assento na Constituição formal.

Com efeito, a estreita vinculação, na ordem constitucional brasileira, dos direitos fundamentais às pessoas, em especial à pessoa natural, encontra justificativa no fim máximo do Estado brasileiro: a pessoa humana. A pessoa humana constitui “fundamento e fim da sociedade e do Estado”<sup>50</sup>, tendo o constituinte brasileiro, acertadamente, reconhecido “categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal”.<sup>51</sup>

A relação do controle externo com os elementos conceituais vistos neste tópico é o assunto que será objeto dos próximos itens de desenvolvimento do trabalho.

#### 2.2.2.2 A imprescindibilidade da função do controle externo para o Estado Democrático

No que tange à relação entre o controle externo da Administração Pública e a democracia, pouco – ou quase nada – se tem a desenvolver para além das conclusões a que chegou o professor Wremyr Scliar em seu trabalho acadêmico de mestrado. Em sua dissertação (intitulada justamente de “Democracia e controle externo da administração pública”), o professor Scliar demonstra a evolução do conceito de democracia, a qual foi acompanhada por transformações na estrutura e

<sup>49</sup> SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 269.

<sup>50</sup> MIRANDA, Manual de direito constitucional, 2000, p. 180 apud MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil. **Revista de Processo**, v. 229, ano 39, mar. 2014. p. 57.

<sup>51</sup> MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil. **Revista de Processo**, v. 229, ano 39, mar. 2014. p. 57.



nas atividades do Estado, situação que conferiu maior relevo à função de controle sobre as atividades estatais.

Segundo a linha de raciocínio do jurista, a democracia social e econômica contemporânea redefiniu um novo papel fundamental ao Estado: o de “condutor e instaurador-garantidor de conquistas democrático-sociais e econômicas”.<sup>52</sup> A partir desse novo papel, a “função da administração pública torna-se mais nítida na prestação de serviços que são originados nessas conquistas”.<sup>53</sup>

Diante desse quadro, Wremyr Scliar conclui no seguinte sentido<sup>54</sup>:

Paralelamente, como se renascidas, as ideias de abrangência integral da democracia, presentes não apenas nas conquistas, mas na sua manutenção e na sua efetividade ou concretização, atribuem ao controle da administração (como ao controle do governo em suas diferentes funções) um relevo fundamental. Embora o controle externo não seja em si o condutor de políticas públicas, é ele o fiscalizador da legitimidade administrativa; o controlador também dos objetivos conquistados pela sociedade, valores normatizados, cuja fiel observância pelos administradores é também competência do controle externo.

Essa relação entre democracia e controle da administração é a afirmação de que a administração não deve ser apenas a expressão democrática de conquistas, mas a sua efetividade.

O controle essencial é o da efetividade das conquistas democráticas, a sua legitimidade. É no âmbito da execução administrativa que o controle obtém relevância, criação revolucionária moderna de 1789, e, contemporaneamente, integrante e instrumento democrático da soberania popular.

Na mesma linha de entendimento, Hélio Saul Mileski argumenta quanto ao tema que “o sistema de controle externo da administração pública tem nos Tribunais de Contas um dos principais elementos de sustentação da democracia moderna”.<sup>55</sup> Isso porque “com a evolução do Estado e a implantação de regimes democráticos, o poder estatal passou a ser exercido em nome e em favor do povo, fazendo com que a fiscalização das contas públicas passasse a constituir prerrogativa da soberania popular, tornando-se imprescindível à manutenção do próprio regime democrático”.<sup>56</sup>

---

<sup>52</sup> SCLIAR, Wremyr. **Democracia e controle externo da administração pública**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 2007. p. 133

<sup>53</sup> Ibid., p. 133

<sup>54</sup> Ibid., p. 133-134.

<sup>55</sup> MILESKI, Hélio Saul. Tribunal de Contas: evolução, natureza, funções e perspectivas futuras. **Revista Interesse Público – INPB**, Belo Horizonte, n. 45, set./out. 2007. p. 257.

<sup>56</sup> Ibid., p. 257.

Além das relevantes conclusões dos professores Scliar e Mileski, arrisca-se acrescentar outro elemento lógico-conclusivo que relaciona a democracia e o exercício do controle externo.

De fato, o ciclo democrático, no que tange à escolha dos governantes de um povo, inicia-se com a eleição dos representantes da sociedade para o exercício de mandato popular. Alguns desses representantes ficarão responsáveis pela gestão dos recursos públicos durante o período para o qual foram eleitos. Considerando que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”, inclusive o poder de gerir os recursos públicos, pode-se concluir que o encerramento do ciclo democrático somente acontecerá quando os representados tiverem ciência de que os representantes escolhidos fizeram bom uso<sup>57</sup> ou não do dinheiro que é do povo. Nesse sentido, a atuação do controle externo guarda estreita relação com os valores democráticos encartados na Constituição da República. Na medida em que os Tribunais de Contas (instituições que exercem o controle externo) colaboram para a avaliação técnica dos gestores públicos, proporcionam aos cidadãos, em sua maior parte leigos das regras de finanças públicas, o conhecimento<sup>58</sup> sobre a capacidade de gestão dos eleitos, informação que será legítima e democraticamente **relevante** para formação de opinião utilizada nas eleições subsequentes.

Cumprido destacar, ainda, a visão de Ricardo Lobo Torres sobre a importância do controle para o Estado Democrático de Direito<sup>59</sup>:

A legitimidade do Estado Democrático de Direito depende do controle da legitimidade da sua ordem financeira. Só o controle rápido, eficiente, seguro, transparente e valorativo dos gastos públicos legitima o tributo, que

---

<sup>57</sup> No caso, cumpre destacar que a referência ao *bom uso* do dinheiro público significa a utilização dos recursos em consonância com as normas vigentes e aplicáveis à Administração Pública, sem entrar no mérito, para avaliar se *boas* ou não, quanto às prioridades escolhidas pelo gestor em decorrência do seu poder discricionário, por exemplo, para execução de políticas públicas de seu governo.

<sup>58</sup> No ponto, é importante ressaltar que, apesar de os Tribunais de Contas, de fato, colaborarem para a avaliação técnica dos gestores, ainda devem preocupar-se com a necessidade de utilizar “linguagem” apropriada aos destinatários da informação (os cidadãos, em sua imensa maioria, leigos) a fim de efetivamente transmitir o conhecimento sobre a capacidade de gestão dos eleitos. Aliás, a tão falada “transparência” do Poder Público somente será plenamente cumprida, no que tange às atividades das Cortes de Contas, quando a situação sugerida realmente acontecer, o que demonstra o longo caminho que se tem a percorrer até chegar à transparência exigida e necessária pelos sistemas democrático e republicano.

<sup>59</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo**. Obra em homenagem a Eduardo García de Enterría. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 645

é o preço da liberdade. O aperfeiçoamento do controle é que pode derrotar a moral tributária cínica, que prega a sonegação e a desobediência civil a pretexto da ilegitimidade da despesa pública.

Muitas vezes, o controle é reconhecido como antagonista da democracia, lógica equivocada que remete à conclusão de que ambos seriam inversamente proporcionais: quanto mais controle, menos democracia. Todavia, não se pode olvidar que a Democracia traz consigo a ideia de responsabilidade política de seus partícipes, tanto do lado dos eleitores (representados), quanto do lado dos eleitos (representantes): todos assumem papel de protagonistas da sociedade<sup>60</sup>. Muito se valoriza a ideia de *liberdade* quando se refere o regime democrático, mas pouco se estima a *responsabilidade* que emerge desse mesmo regime. Portanto, o elo de lógica entre a *democracia* e o *controle* é a noção de *responsabilidade* que emerge da primeira e acaba por gerar a necessidade do segundo.

Nesse contexto, deve-se reconhecer que os eleitos para representar o povo assumem responsabilidades que devem ser controladas, seja pelo próprio povo, seja por Instituições do Estado especialmente constituídas para exercer tal controle. O ciclo da democracia, portanto, tem como uma de suas etapas obrigatórias o efetivo *controle*. Por mais paradoxal que possa parecer essa afirmação – afinal, a expressão *controle*, como dito acima, pode transmitir a ideia de diminuição da democracia – é conclusão lógica que a democracia depende do controle para sua efetivação.

Dessa forma, não restam dúvidas quanto à indispensabilidade da função de controle externo para o cumprimento dos princípios e valores democráticos de um Estado.

---

<sup>60</sup> Vale dizer que essa compreensão de democracia foi constitucionalmente consagrada no Brasil com a máxima expressão democrática: “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. (art. 1º, parágrafo único, CRFB). BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao\\_Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao_Compilado.htm)>. Acesso em: 13 mar. 2016.

### 2.2.2.3 A imprescindibilidade da função do controle externo para o Estado Republicano

A etimologia da palavra República (*respublica* = coisa pública) já seria suficiente para compreender a relação do Estado republicano com a necessidade indispensável da realização de controle externo sobre a Administração Pública.

O professor Canotilho reconhece várias dimensões constitutivas do princípio republicano, cabendo citar: o princípio da responsabilidade financeira; o princípio da transparência na utilização e gestão dos valores públicos; o princípio do controle da boa administração no âmbito do erário público; o princípio da justiça intergeracional na partilha dos recursos públicos.<sup>61</sup>

Todas as dimensões citadas guardam relação, umas mais e outras menos, com a atuação dos Tribunais de Contas. Não foi por acaso que o Ministro Carlos Ayres Britto afirmou, em um de seus tantos ensaios sobre os Tribunais de Contas, que<sup>62</sup>:

Tão elevado prestígio conferido ao controle externo e a quem dele mais se ocupa, funcionalmente, é reflexo direto do princípio republicano. Pois, numa República, impõe-se responsabilidade jurídica pessoal a todo aquele que tenha por competência (e conseqüente dever) cuidar de tudo que é de todos, assim do prisma da decisão como do prisma da gestão. E tal responsabilidade implica o compromisso da melhor decisão e da melhor administração possíveis. Donde a exposição de todos eles (os que decidem sobre a 'res publica' e os que a gerenciam) à comprovação do estrito cumprimento dos princípios constitucionais e preceitos legais que lhes sejam especificamente exigidos.

Como primeiro exemplo de princípio constitucional a ser cumprido pelo gestor, o jurista cita o da prestação de contas<sup>63</sup> quanto às gestões orçamentária, financeira, patrimonial, contábil e operacional. O atendimento a tal princípio implica, por

---

<sup>61</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tribunal de Contas como instância dinamizadora do princípio republicano. **Revista do TCE de Santa Catarina**, Florianópolis, n. 6, set. 2008. p. 26.

<sup>62</sup> BRITTO, Carlos Ayres. O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas. **Revista de Interesse Público**, Porto Alegre, n. 13, 2002. p. 73.

<sup>63</sup> Princípio expressamente previsto no art. 34, VII, alínea "d", da CRFB - "Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: [...] II - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: [...] d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta". – e implicitamente no art. 70, parágrafo único, da Carta Magna brasileira. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao\\_Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao_Compilado.htm)>. Acesso em: 13 mar. 2016.

consequência natural, a necessidade de análise das (denominadas) *contas*<sup>64</sup> para conclusão acerca da conformidade ou não dos atos do gestor da coisa pública com o ordenamento jurídico vigente (legislação constitucional e infraconstitucional).

Assim como a *responsabilidade* é elemento intrinsecamente relacionado ao regime democrático, também o é em relação ao regime republicano, mas, neste caso, com muito maior vinculação aos agentes públicos – sejam eles eleitos ou não – já que a República exige responsabilidade especialmente dos gestores da coisa e dos recursos públicos. E justamente nesse ponto é que surge a necessidade de o Estado exercer a função do controle externo, revelando-se, conseqüentemente, o Tribunal de Contas como importante instituição estatal republicana. Nessa linha, bem assevera Ayres Britto<sup>65</sup>:

É essa responsabilidade jurídica pessoal (verdadeiro elemento conceitual da República enquanto forma de governo) que demanda ou que exige, assim, todo um aparato orgânico-funcional de controle externo. E participando desse aparato como peça-chave, os Tribunais de Contas se assumem como órgãos impeditivos do desgoverno e da desadministração.

Assim, não há dúvidas quanto à imprescindibilidade da função de controle externo para o atendimento de princípios e valores republicanos<sup>66</sup> de um Estado.

---

<sup>64</sup> Cabe mencionar que a expressão “contas” não se restringe apenas ao conceito “contábil”, no qual se define que seria “a ação e efeito de evidenciar o estado ou a situação de várias operações comerciais ou de uma administração, relativas às despesas e às receitas ocorridas”, mas sim o conjunto de atos administrativos que compõem a gestão pública inteiramente. (SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.). Nesse sentido, cita-se Motta: “O próprio conceito de contas públicas evoluiu nesse sentido. Não se trata mais de alfarrábios recheados de números e de tabelas a serem conferidos. Em nossos dias, a prestação de contas do setor público tem sido norteadada por um novo paradigma, sintetizado no conceito anglo-saxão de *accountability*, que, em seus vários matizes, inclui a prestação de contas da gestão pública à sociedade, vinculada à responsabilização dos administradores, em caso de violação do dever público”. MOTTA, Adylson. Apresentação à 3ª edição. In: SOUSA, Alfredo José (Org.). **O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 11-12.

<sup>65</sup> BRITTO, Carlos Ayres. O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas. **Revista de Interesse Público**, Porto Alegre, n. 13, 2002. p. 74.

<sup>66</sup> Aqui, cabe destacar a opinião de Wremyr Scliar que reconhecia a importância do Tribunal de Contas também para o “resguardo da república”: “O Tribunal de Contas, na Constituição de 1988, é serviente do dever-poder da responsabilidade a ele atribuída pela soberania popular para a concretização da democracia, do resguardo da república e da dignidade humana – dimensões primeira e última do Estado Democrático de Direito constituído pelo povo brasileiro. SCLIAR, Wremyr. **Democracia e controle externo da administração pública**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 2007. p. 63.

#### 2.2.2.4 A imprescindibilidade da função do controle externo para os direitos fundamentais

Nos estudos desenvolvidos a partir da constitucionalização do Direito, há, regra geral, o reconhecimento do grau máximo de proteção que o Estado deve garantir aos direitos fundamentais, seja por meio de atuação positiva ou negativa.

No caso do Estado brasileiro, no que se refere à quantidade e à identificação dos direitos fundamentais que o constituinte expressou na Carta Magna, doutrina e jurisprudência convergem no sentido de reconhecer a possibilidade de existir direitos fundamentais para além daqueles previstos explicitamente no art. 5º da Constituição da República.

Entre tais direitos *não-explicitos*, o controle que o cidadão pode/deve exercer sobre a Administração Pública é apontado como direito fundamental (implícito) por Jacoby Fernandes<sup>67</sup>, a partir de uma interpretação dos dispositivos que preveem o “regime” e os “princípios” consagrados pela Constituição brasileira, somados às previsões constitucionais que permitem ao cidadão peticionar, denunciar ou, até mesmo acionar, contra irregularidades cometidas.

Segundo essa linha de raciocínio, o direito fundamental citado é exercido, especialmente, junto aos Tribunais de Contas brasileiros, que têm como obrigação constitucional efetuar o controle, de ofício (isto é, sem provocação da sociedade), para avaliar o uso do dinheiro público.

Assim, a primeira relação do *controle externo* para com os direitos fundamentais ocorre a partir da ideia de que o direito ao exercício do controle pelo cidadão é caracterizado como fundamental.

Para além disso, existem outros trabalhos na doutrina que relacionam as atividades da função de controle externo como indispensáveis para o cumprimento, pelo Poder Público estatal, de direitos fundamentais. No ponto, destaca-se obra que reuniu diversos artigos sobre temas importantes das Cortes de Contas e, em seu título, ressaltou mencionada ideia – *O Novo Tribunal de Contas: Órgão Protetor dos Direitos Fundamentais*<sup>68</sup>. Resumindo a lógica que permeia o raciocínio que relaciona

---

<sup>67</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas no Brasil: jurisdição e competência*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 40-42.

<sup>68</sup> SOUSA, Alfredo José (Org.). *O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

as Cortes de Contas aos Direitos Fundamentais, afirmou Motta<sup>69</sup>, na apresentação da obra, que:

Essa nova ótica do controle externo permite que os Tribunais de Contas contribuam, em última instância, para a garantia dos direitos fundamentais. Com efeito, a conjunção entre as ações de controle – sob o novo prisma do accountability – e o estreitamento das relações entre as Cortes de Contas e a Sociedade, além de democratizar a fiscalização dos gastos públicos, tendem a aumentar a efetividade das políticas sociais e dos serviços prestados pelo Estado. Trata-se, em outras palavras, de um estímulo ao controle social, contribuindo-se para o fortalecimento da cidadania e, por conseguinte, ao amadurecimento do regime democrático.

Vislumbra-se, ainda, a imprescindibilidade da função de controle externo para a observância de outro valioso direito fundamental: o direito à boa administração pública. Na doutrina brasileira, o professor Juarez Freitas, de forma precisa e completa, reconheceu e identificou o direito fundamental à boa administração pública no ordenamento constitucional pátrio, lecionando-o, de forma sintética, da seguinte forma: “A compreensão do direito fundamental à boa administração pública pode ser assim resumida: direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem”.<sup>70</sup>

Complementando o ensinamento, acrescenta o administrativista que “o direito fundamental à boa administração é lídimo plexo de direitos, regras e princípios, encartados nessa síntese, ou seja, o somatório de direitos subjetivos públicos”.<sup>71</sup>

Ao final do conceito que propôs, Freitas refere que, sob o abrigo do direito fundamental à boa administração pública, estariam, entre outros, os seguintes direitos<sup>72</sup>: a) O direito à administração pública transparente, com especial ênfase para o direito a informações inteligíveis sobre execução orçamentária e sobre o

---

<sup>69</sup> MOTTA, Adylson. Apresentação à 3ª edição. In: SOUSA, Alfredo José (Org.). **O novo Tribunal de Contas**: órgão protetor dos direitos fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 12.

<sup>70</sup> FREITAS, Juarez. **Discrecionabilidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 22-23.

<sup>71</sup> Ibid., p. 22-23.

<sup>72</sup> Ibid., p. 22-23.

processo de tomada de decisões administrativas que afetarem direitos; b) o direito à administração pública dialógica, com as garantias do contraditório e da ampla defesa; c) o direito à administração pública imparcial; d) O direito à administração pública proba; e) o direito à administração pública respeitadora da legalidade temperada; e) o direito à administração pública preventiva, precavida e eficaz (não apenas eficiente), pois comprometida com resultados harmônicos com os objetivos fundamentais da Constituição.

Nada obstante, esses direitos, nas palavras de Freitas, “não excluem outros, pois se cuida *de standard mínimo*”.

Acredita-se, nesse sentido, que o direito fundamental à boa administração pública também alberga o direito à boa gestão financeira do Estado, a qual somente pode ser concretizada – seja para corrigi-la, seja para confirmá-la– por meio das atividades efetivas da função de controle externo.

Por tais razões, enxerga-se intrínseca relação entre a função de controle externo e os direitos fundamentais.

### **2.2.3 O controle externo sobre a Administração Pública no Brasil e a sua comparação com as funções estatais clássicas**

Neste item, comparar-se-ão as funções estatais clássicas<sup>73</sup> com as atribuições do controle externo atribuídas pela Carta Magna brasileira. Para isso, utilizando-se do conteúdo da expressão *controle externo*, de acordo com o que foi acima afirmado, dividir-se-á o capítulo em itens correspondentes às funções estatais clássicas, em cada qual será efetuada a comparação proposta<sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> As funções estatais clássicas são aquelas que, na origem do Estado Moderno, compunham o novo modelo de Estado proposto com base nas ideias iluministas, principalmente as de Montesquieu. Tais funções formataram o novo desenho de Estado defendido e conquistado pela Revolução Francesa e serviram de inspiração para os Estado Modernos que passaram a ser constituídos a partir de então. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

<sup>74</sup> Alerta-se, desde logo, que, em alguns momentos da comparação proposta, o ponto de referência do controle externo a ser comparado focará quase exclusivamente sobre o Tribunal de Contas, o que não significa que apenas a instituição exerce o controle externo no modelo brasileiro, mas sim que suas atividades precípua são mais próximas de outra função estatal do que as atividades do Parlamento quando voltadas ao exercício do controle externo.



### 2.2.3.1 A função legislativa

A função legislativa (ou legiferante), em sua concepção clássica, está atrelada à visão de Montesquieu no sentido de que o Poder Legislativo “faz as leis para algum tempo ou para sempre, e corrige ou ab-roga as que estão feitas”.<sup>75</sup>

É dizer, em linguagem mais moderna e atualizada, que a função legislativa exige de seus executores a tarefa de expedir normas gerais, impessoais e abstratas, as quais, a partir das teorias de Constitucionalização do Direito, devem sempre observar às regras constitucionais para sua elaboração (seguindo o rito constitucional do processo legislativo)<sup>76</sup> e objetivar, “respondendo às aspirações do povo, [...] as grandes metas e fins almejados pela Carta Magna”.<sup>77</sup>

Sabe-se que o exercício da função legislativa era o mais desejado pelos revolucionários franceses que pretendiam direcionar o poder estatal das mãos do monarca para os braços do “povo” (que, naquele momento histórico, era compreendido, sobretudo, pela parcela da sociedade que liderava as lutas: os burgueses) e, após sua conquista, passou a ser a função estatal mais festejada e valorizada no início do Estado Moderno. Por esse sentido, e avançando na análise evolutiva da função legislativa, é que afirmou Horta<sup>78</sup>:

A formulação da lei pelo Poder Legislativo é uma conquista histórica, que exprime a culminância de milenar processo político, a superação do poder individualizado do monarca absolutista pelo primado da Constituição e implantação do Estado de Direito.

Sem dúvida é a mais importante função a ser exercida no âmbito do Poder Legislativo, porém não a única de responsabilidade dos parlamentares escolhidos

---

<sup>75</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 24.

<sup>76</sup> MESSA, Ana Flávia. O controle parlamentar e sua eficácia. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, ano 21, n. 82, jan./mar. 2013. p. 18.

<sup>77</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do Estado e da ciência política**. São Paulo: Saraiva, 1995.

<sup>78</sup> HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

pelo povo<sup>79</sup>. Há também a função de fiscalização<sup>80</sup> sob a incumbência institucional das Casas que representam o parlamento.

Naturalmente, a função legislativa é a que, entre todas, menos se aproxima das atividades de controle externo, razão pela qual não se trará inócua comparação, passando-se, portanto, à próxima função cujo exercício, teoricamente, cabia ao Poder Legislativo pensado por Montesquieu: a função de fiscalização.

### 2.2.3.2 A função de fiscalização

Do ponto de vista histórico, “uma das primeiras funções atribuídas ao Poder Legislativo, enquanto órgão de atuação estatal, foi a de fiscalizar a atuação do Poder Executivo”.<sup>81</sup> A incumbência do exercício de tal função vincular-se ao Legislativo “remonta à Magna Carta, de 1215, quando os nobres sitiaram a Realeza, obrigando-a a prestar contas de seus atos e, como corolário, a pedir autorização para aquela Assembleia de Nobres Feudal para realizar certos atos de arrecadação de fundos (poder-se-ia chamar de ‘tributos’) ou para a realização de certos gastos [...]”.<sup>82</sup>

Também nas lições de separação de poderes formuladas por Montesquieu, encontra-se referência à fiscalização a ser exercida pelo Legislativo, o qual “terá o direito, e deverá ter a faculdade, de examinar de que maneira foram executadas as leis que fez”.<sup>83</sup>

Portanto, a função de fiscalização aqui trabalhada refere-se ao controle exercido pelo Poder Legislativo sobre a Administração Pública, o qual foi estruturado

---

<sup>79</sup> Por pertinente, destaca-se que a pesquisadora Ana Flávia Messa, em seu artigo “O controle parlamentar e sua eficácia”, reconheceu e apresentou muitas (e distintas) funções do Poder Legislativo: 1) função legislativa; 2) função deliberativa; 3) função julgadora; 4) função política; 5) função de controle; 6) função administrativa; 7) função de legitimação governamental; e 8) função de orientação política. MESSA, Ana Flávia. O controle parlamentar e sua eficácia. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, ano 21, n. 82, jan./mar. 2013.

<sup>80</sup> A função de fiscalização exercida pelo legislativo é denominada de função de controle por alguns pesquisadores, como se verá no capítulo seguinte

<sup>81</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2014.

<sup>82</sup> Ibid.

<sup>83</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 174.

e pensado, de forma organizada, a partir do Estado Moderno, sendo uma função própria do Estado de Direito.<sup>84</sup>

Com efeito, alguns autores, ao invés de utilizar a expressão função de fiscalização (ou fiscalizatória), preferem denominá-la de função de controle (como, por exemplo, Ana Flávia Messa); outros tratam os dois vocábulos – controle e fiscalização – como sinônimos (caso de José Afonso da Silva<sup>85</sup>).

Aliás, identificando tal função como a *de fiscalização*, José Afonso da Silva reforça o ensinamento de que ela surgiu com o Constitucionalismo e o Estado de Direito implantado com a Revolução Francesa e sempre constituiu tarefa básica dos parlamentos e assembleias legislativas. Considerando que, pelo pensamento de organização do Estado à época da Revolução Francesa, cabia ao órgão legislativo a tarefa de criar as leis, também lhe seria imputada a tarefa de “fiscalizar o cumprimento dessas leis por aquele que estava obrigado a executá-las e agir em consonância com elas. É dizer: cabia ao Legislativo a fiscalização dos atos do Poder Executivo”.<sup>86</sup>

Cabe destacar, ainda, o pensamento de Gilmar Mendes sobre a função de fiscalização. Ao abordá-la, verifica-se que o jurista a subdivide em três possibilidades de atuação<sup>87</sup>: (a) “é típico do regime republicano que o povo, titular da soberania, busque saber como os seus mandatários gerem a riqueza do País. Essa fiscalização se faz também pelos seus representantes eleitos, integrantes do parlamento. [...]”; (b) “No desempenho da sua função fiscalizadora, o Congresso Nacional pode desejar acompanhar de perto o que acontece no governo do País. Para isso, [...] estão aptos para convocar Ministros de Estado [...] para que prestem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente estabelecido [...]”; (c) “O Parlamento, além disso, deve conhecer a realidade do País, a que lhe cabe conferir conformação jurídica. O Congresso Nacional, por isso, também investiga fatos, perscruta como as leis que edita estão sendo aplicadas e busca se assenhorar do que acontece na área da sua competência”.

---

<sup>84</sup> MESSA, Ana Flávia. O controle parlamentar e sua eficácia. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, ano 21, n. 82, jan./mar. 2013. p. 19.

<sup>85</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2004.

<sup>86</sup> DAL POZZO, Gabriela Tomaselli Bresser Pereira. **As funções do tribunal de contas e o estado de direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 35.

<sup>87</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 882-883.

Todavia, entende-se que correto está o entendimento que separa as funções de fiscalização e de controle, como se funções estatais distintas fossem, em razão da natureza, justamente, diferente das atividades que as compõem. Nessa linha, a compreensão de Canotilho<sup>88</sup> é no sentido de separar a função de fiscalização e de controle, sendo esta (função de controle) relacionada ao poder de o Legislativo demandar e interpelar o Executivo sobre determinados fatos, constituir comissões de inquérito, votar moções de censura que poderiam, inclusive, levar à queda do governo; enquanto por meio daquela (função de fiscalização) haveria o controle de cumprimento da Constituição e das finanças.

Na divisão proposta por Canotilho, as atividades institucionais desempenhadas pelo Tribunal de Contas expressam o exercício da função de fiscalização. O critério utilizado pelo jurista português para definir a distinção nominal entre função de *controle* e de *fiscalização* certamente perpassou pela análise dos dispositivos da Constituição da República de Portugal que referiram as atividades estatais relacionadas a tais funções. Com efeito, ao tratar do Tribunal de Contas, o constituinte português utilizou, coerentemente, apenas vocábulos derivados do verbo *fiscalizar*, consoante se percebe nos artigos 107<sup>89</sup> e 214<sup>90</sup> da Carta Magna portuguesa. Da mesma forma, a redação constitucional utilizou a expressão *fiscalização* para nominar as competências da Assembleia da República no que tange a *vigiar pelo cumprimento da Constituição e das leis e tomar as contas do Estado e das demais entidades públicas [...] com o parecer do Tribunal de Contas*.<sup>91</sup>

---

<sup>88</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

<sup>89</sup> Art. 107º (Fiscalização) - A execução do Orçamento será **fiscalizada** pelo Tribunal de Contas e pela Assembleia da República, que, precedendo parecer daquele tribunal, apreciará e aprovará a Conta Geral do Estado, incluindo a da segurança social. (grifou-se). PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <[http://bo.io.gov.mo/bo/i/pt/crp92pt/titulo2\\_4.htm](http://bo.io.gov.mo/bo/i/pt/crp92pt/titulo2_4.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2016.

<sup>90</sup> Art. 214º (Tribunal de Contas) - 1. O Tribunal de Contas é o órgão supremo de **fiscalização** da legalidade das despesas públicas e de julgamento das contas que a lei mandar submeter-lhe, competindo-lhe, nomeadamente: [...] (grifou-se). Ibid., acesso em: 20 jan. 2016.

<sup>91</sup> Art. 162º (Competência de fiscalização) - Compete à Assembleia da República, no exercício de funções de fiscalização: a) Vigiar pelo cumprimento da Constituição e das leis e apreciar os actos do Governo e da Administração; b) Apreciar a aplicação da declaração do estado de sítio ou do estado de emergência; c) Apreciar, para efeito de cessação de vigência ou de alteração, os decretos-leis, salvo os feitos no exercício da competência legislativa exclusiva do Governo, e os decretos legislativos regionais previstos na alínea b) do n.º 1 do artigo 227.º; d) Tomar as contas do Estado e das demais entidades públicas que a lei determinar, as quais serão apresentadas até 31 de Dezembro do ano subsequente, com o parecer do Tribunal de Contas e os demais elementos necessários à sua apreciação; e) Apreciar os relatórios de execução dos planos nacionais. Ibid., acesso em: 20 jan. 2016.

De outro lado, ainda no exame da Constituição portuguesa, as atividades da função de controle, segundo a caracterização que lhes foi atribuída por Canotilho, podem ser reconhecidas no texto constitucional nas partes em que trata dos *Poderes dos Deputados*<sup>92</sup> e das *Competências da Assembleia da República*<sup>93</sup>.

No caso do presente trabalho, adota-se a divisão proposta por Canotilho apenas no sentido de reconhecer duas funções estatais distintas, conforme critério acima demonstrado. Quanto à terminologia das funções, adota-se identificação diferente da utilizada pelo jurista português: considerando que a Constituição brasileira utiliza a expressão *controle externo*, como visto acima, para conceituar a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial sobre a administração pública brasileira, esta será a identificação para denominar o que o jurista classificou como *função de fiscalização*, no que tange à parte do controle das finanças exercido por meio de atividades estatais. Valoriza-se, assim, a redação constitucional brasileira<sup>94</sup> que denominou expressamente como *controle externo* as atividades de fiscalização das finanças do Estado.

De outro lado, tendo em vista a necessidade de diferenciar nominalmente da *função de controle externo*, as atividades relacionadas ao primeiro “grupo” conjecturado pelo constitucionalista português compõem, na elaboração da presente pesquisa, a *função de fiscalização* – que, inclusive, intitula este tópico – não deixando desaparecer, portanto, a denominação clássica da função atribuída ao Poder Legislativo. Quanto às atividades estatais que expressariam o exercício dessa

---

<sup>92</sup> Art. 156º (Poderes dos Deputados) - Constituem poderes dos Deputados: [...] d) Fazer perguntas ao Governo sobre quaisquer actos deste ou da Administração Pública e obter resposta em prazo razoável, salvo o disposto na lei em matéria de segredo de Estado; e) Requerer e obter do Governo ou dos órgãos de qualquer entidade pública os elementos, informações e publicações oficiais que considerem úteis para o exercício do seu mandato; f) Requerer a constituição de comissões parlamentares de inquérito; [...]. PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <[http://bo.io.gov.mo/bo/i/pt/crp92pt/titulo2\\_4.htm](http://bo.io.gov.mo/bo/i/pt/crp92pt/titulo2_4.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2016.

<sup>93</sup> Art. 163º (Competência quanto a outros órgãos): Compete à Assembleia da República, relativamente a outros órgãos: [...] e) Votar moções de confiança e de censura ao Governo [...]. *Ibid.*, acesso em: 20 jan. 2016.

<sup>94</sup> Redação explicitada nos artigos 31 (por duas vezes – caput e §1º), 70 (caput), 71 (caput) e 74, IV, da CRFB e no artigo 16, §2º, do ADCT. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 13 mar. 2016.

função, destacam-se, no texto constitucional brasileiro, de forma exemplificativa, os dispositivos previstos no artigo 49, incisos V e X<sup>95</sup>, no artigo 50, caput e §2<sup>96</sup>.

A professora Odete Medauar, ao tratar dessa função de fiscalização, denomina-a de *controle parlamentar*. No ponto, a administrativista defende a existência de dois tipos de controles quando se trata da fiscalização exercida pelo poder legislativo e pelo Tribunal de Contas. O primeiro, denominado de controle parlamentar (que aqui, conforme referido, escolheu-se denominar de função de fiscalização do Poder Legislativo), e o segundo denominado por ela de controle do Tribunal de Contas. Esclarece a administrativista que<sup>97</sup>:

Observa-se que, sob o título controle parlamentar não se abrange neste livro a vigilância que sobre a administração exercem institutos ou entidades que extraem do parlamento sua força ou que significariam prolongamento deste poder.

Tais entes, de regra, embora assim considerados do ponto de vista teórico, caracterizam-se pela independência institucional que lhes é assegurada e pela ausência de subordinação hierárquica ao legislativo ou a qualquer outro poder. Não se inserem, desse modo, na estrutura interna do legislativo, e o controle que exercem não se enquadra no controle parlamentar. É o caso, por exemplo, do Tribunal de Contas e do Ombudsman.

Sob a rubrica controle parlamentar serão estudados os mecanismos de fiscalização emanados diretamente das casas legislativas; é a chamada via parlamentar pura, na linguagem de Álvaro Gil Robles e Gil Delgado.

A professora Medauar, complementando a divisão entre o controle parlamentar e o controle do Tribunal de Contas, refere que<sup>98</sup>:

<sup>95</sup> Art. 49, da CFRB. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...] V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa; [...] X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta [...]. Ibid., acesso em: 13 mar. 2016.

<sup>96</sup> Art. 50, da CFRB. A Câmara dos Deputados e o Senado Federal, ou qualquer de suas Comissões, poderão convocar Ministro de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República para prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando crime de responsabilidade a ausência sem justificativa adequada. [...] § 2º As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal poderão encaminhar pedidos escritos de informações a Ministros de Estado ou a qualquer das pessoas referidas no caput deste artigo, importando em crime de responsabilidade a recusa, ou o não - atendimento, no prazo de trinta dias, bem como a prestação de informações falsas. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 13 mar. 2016.

<sup>97</sup> MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. São Paulo: RT, 2014. p. 104.

<sup>98</sup> Ibid., p. 123.

Segundo afirmações da doutrina, o controle financeiro externo da administração caberia, em tese, ao poder legislativo. Mas, nos ordenamentos do mundo ocidental, nem sempre o poder legislativo realiza diretamente a fiscalização financeira da administração e nem sempre lhe cabe a “última palavra” no assunto. Comum é a invocação das dificuldades que enfrentaria o legislativo, às voltas com tarefas políticas, de cumprir adequadamente a função de controle financeiro, pelo caráter técnico e complexidade crescente de que se reveste. Atribui-se, então, a tarefa a entidades denominadas Tribunais ou Cortes de Contas, cuja natureza jurídica varia conforme o ordenamento, variando, por conseguinte, seu vínculo com o poder legislativo no tocante ao caráter das decisões finais do processo fiscalizador.

No ponto, convém registrar que a administrativista não referiu que o controle externo da administração não caberia ao poder legislativo, mas, sim, que não é realizado diretamente por ele e, por vezes, não lhe cabe a última palavra. Justamente é esse o modelo específico de controle externo que foi previsto pela Constituição brasileira, o qual não se encaixa no poder de fiscalização aqui conceituado.

Dito isso, retorna-se aos ensinamentos de Canotilho. Com efeito, da segunda espécie de atividade fiscalizadora estatal por ele suscitada (voltada a controlar o cumprimento da Constituição e das finanças públicas), entende-se que o ordenamento constitucional brasileiro optou por incumbi-la, especialmente<sup>99</sup>, a duas instituições autônomas e independentes<sup>100</sup>: o Tribunal de Contas e o Ministério Público.

Portanto, a conclusão é no sentido de que as funções estatais desempenhadas por tais instituições decorreram de desdobramentos das complexas e múltiplas tarefas de fiscalização que antes, na origem da função fiscalizatória, competiam somente ao Legislativo. Naturalmente, com a evolução do Estado, a complexidade das relações jurídicas e de finanças da administração pública aumentou significativamente.

A especialização que exige o desempenho de tais atividades da função de fiscalização não mais permitiu que o Estado brasileiro se contentasse apenas com

---

<sup>99</sup> Esclarece-se que não se está excluindo a participação do Poder Legislativo da função de fiscalizar o cumprimento da Constituição e das leis infraconstitucionais e as finanças do Estado (aqui, denominada de função de controle externo), até porque a própria Carta Magna brasileira confere competência ao Parlamento para isso. A pretensão é se destacar a constituição de dois órgãos autônomos e independentes que se dedicam essencialmente às atividades de fiscalização que lhe foram incumbidas pela Carta constitucional.

<sup>100</sup> Aliás, autonomia e independência que são reconhecidas pacificamente na jurisprudência e na doutrina.

os trabalhos das Casas Parlamentares<sup>101</sup>. Aliás, a falta de especialidade dos agentes públicos pertencentes aos quadros do Parlamento é apontada<sup>102</sup> como elemento que dificulta a eficácia do controle parlamentar, até mesmo para aquela matéria *residual* que ainda lhe compete fiscalizar.

Por isso, faz-se necessário que o exercício do controle externo sobre a *gestão fiscal* do Estado seja realizado por meio de Instituição técnica, integrada por agentes públicos estatais altamente qualificados e treinados para lidar com as complexidades inerentes às atividades financeiras das Administrações Públicas, a fim de que a verificação das contas públicas seja adequadamente efetuada.

No caso do Estado brasileiro, a *função de controle externo* é exercida pelo Tribunal de Contas, por vezes exclusivamente, e pelo Poder Legislativo, que participa do exercício dessa função, especialmente, quando julga as contas do Chefe do Poder Executivo (em concretização ao disposto no art. 49, IX, da Constituição da República).

Assim, a *função de fiscalização*, classicamente concebida, não pode ser compreendida, atualmente, como idêntica à de *controle externo*.

### 2.2.3.3 A função jurisdicional

No ensinamento clássico de Montesquieu, o Poder Judiciário “pune os crimes ou julga as demandas dos particulares”.<sup>103</sup> Atrelado a esse Poder, está a função jurisdicional do Estado.

Desde o pensamento de Montesquieu, muito foi refinada e complementada a ideia sobre o Poder Judiciário<sup>104</sup> e a respectiva função jurisdicional do Estado. Com

---

<sup>101</sup> No ponto, é pertinente registrar que a complexidade das atividades de controle no âmbito do Estado não repercute apenas quanto à constituição e fortalecimento do Tribunal de Contas e do Ministério Público: quando se fala de controle estatal ainda há espaço para tratar, por exemplo, de agências reguladoras e conselhos fiscalizadores de profissões regulamentadas, ambas exercidas por meio da função administrativa. Todavia, como essas espécies de controle não guardam relação com o escopo da presente pesquisa, não se aprofundará suas respectivas complexidades.

<sup>102</sup> MESSA, Ana Flávia. O controle parlamentar e sua eficácia. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, ano 21, n. 82, jan./mar. 2013. p. 32.

<sup>103</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 24.

<sup>104</sup> Ressaltando conceito contemporâneo do Poder Judiciário, cita-se Alexandre de Moraes, para quem: “O Poder Judiciário é um dos três poderes clássicos previstos pela doutrina e consagrado como poder autônomo e independente de importância crescente no Estado de Direito, pois,



efeito, ao Judiciário “incumbe exercer o último controle da atividade estatal, manifeste-se ela por ato da Administração ou do próprio Poder Legislativo (controle de constitucionalidade)”<sup>105</sup>, por meio de sua *atividade jurisdicional*, a qual se caracterizaria pela “prolação de decisão autônoma, de forma autorizada e, por isso, vinculante, em casos de direitos contestados ou lesados”.<sup>106</sup>

Em razão de o controle externo, no Brasil, ser exercido pelos *Tribunais de Contas*, com “*jurisdição* em todo o território nacional”<sup>107</sup>, e aos quais compete, entre outras situações, “*julgar* as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros”<sup>108</sup>, parte da doutrina entende que a função jurisdicional também seria exercida nas atividades relativas à função de controle externo.

A forma mais fácil de refutar essa tese seria utilizar o critério subjetivo/orgânico, pelo qual se define a função jurisdicional com base no órgão que a exerce: “a função jurisdicional do Estado é exclusiva do Poder Judiciário e é por isso que as Cortes de Contas: a) não fazem parte da relação dos órgãos componentes desse Poder (o Judiciário), como se vê da simples leitura do art. 92 da *Lex Legum*; b) também não se integram no rol das instituições que foram categorizadas como instituições essenciais a tal função (a jurisdicional), a partir do art. 127 do mesmo Código Político de 1988”.<sup>109</sup>

Todavia, como visto acima (no tópico 2.1.2), o melhor critério para definir as funções estatais não é o subjetivo/orgânico, passando-se, então, a analisar as argumentações sob o viés do critério objetivo.

O professor Seabra Fagundes, por exemplo, foi um dos expoentes a sustentar que a Corte de Contas exerce função jurisdicional ao “julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos”.<sup>110</sup> Seu

---

como afirma Sanches Viamone, sua função não consiste somente em administrar a Justiça, sendo mais, pois seu mister é ser o verdadeiro guardião da Constituição, com a finalidade de preservar, basicamente, os princípios da legalidade e igualdade, sem os quais os demais tornariam-se vazios”. MORAES, Alexandre de. **Curso de direito constitucional**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 522.

<sup>105</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 964.

<sup>106</sup> HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha**. 20. ed. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1998. p. 411.

<sup>107</sup> Art. 73, da CRFB. *Ibid.*, acesso em: 13 mar. 2016.

<sup>108</sup> Art. 71, II, da CRFB. *Ibid.*, acesso em: 13 mar. 2016.

<sup>109</sup> BRITTO, Carlos Ayres. O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas. **Revista de Interesse Público**, Porto Alegre, n. 13, 2002. p. 68.

<sup>110</sup> Texto do art. 70, §4º, da Constituição de 1969, que corresponde ao atual inciso II do art. 70 da Carta Magna brasileira. BRASIL, *op. cit.*, acesso em: 13 mar. 2016.

entendimento sustentava-se na alegação de que, nessas situações de julgamento de contas haveria um “sentido definitivo da manifestação da corte, pois se a regularidade das contas públicas pudesse dar lugar a nova apreciação (pelo Poder Judiciário), o seu pronunciamento resultaria em mero e inútil formalismo”.<sup>111</sup> Corroborando seu argumento, Seabra Fagundes citava entendimento de Pontes de Miranda, em sua obra “Comentários à Constituição de 1946”, que também concluía que o Tribunal de Contas exercia função jurisdicional ao julgar as contas dos administradores públicos e demais responsáveis por bens e valores públicos.

Posicionamento mais recente defendendo o exercício de função jurisdicional pelos Tribunais de Contas é o de Jacoby Fernandes, para quem “no atual modelo constitucional positivo, ficou indelevelmente definido o exercício da função jurisdicional pelos Tribunais de Contas”.<sup>112</sup> Citando autores que compartilham o mesmo ponto de vista<sup>113</sup>, o pesquisador defendeu a ideia de que as decisões adotadas pelos Tribunais de Contas seriam definitivas por força de dispositivos constitucionais<sup>114</sup>, razão pela qual sobre elas recairia o manto da *coisa julgada* – elemento típico e caracterizador da função jurisdicional.

Pois bem, para entrar nesse debate, é indispensável que, Pois bem, para entrar nesse debate, é indispensável que, antes de tudo, se conceitue o que é

<sup>111</sup> FAGUNDES, Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 138.

<sup>112</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas no Brasil: jurisdição e competência**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013.p. 173

<sup>113</sup> Como, por exemplo, Frederico Pardini, Ministro Ivan Luz e Ministro Luciano Brandão.

<sup>114</sup> Em sendo a definitividade decorrente de previsões constitucionais, não se aplicaria o disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”), pois não seria a lei e sim o próprio texto constitucional que teria excluído da apreciação do Poder Judiciário as decisões do Tribunal de Contas. Essa foi a linha de raciocínio construída por Ayres Britto em relação às avaliações das Cortes de Contas sobre a gestão financeira, orçamentária, patrimonial, contábil e operacional do Poder Público: “O inciso XXXV do art. 5º da CF, como garantia de acesso ao Poder Judiciário para impedir lesão ou ameaça a direito, tem seu comando proibitivo dirigido para o autor de qualquer dos atos do art. 59, caput (emendas, leis complementares, leis ordinárias, etc), mas não se pode considerar que esse comando também é dirigido para a própria Constituição. Assim, os julgamentos dos Tribunais de Contas, no que diz respeito as avaliações que tais Cortes fazem sobre a gestão financeira, orçamentária, patrimonial, contábil e operacional do Poder Público, são insindicáveis pelo Poder Judiciário”. Embora adiante se retome a referência ao pensamento de Ayres Britto, ressalta-se, desde logo, que o jurista não considera irretratável/definitiva as decisões das Corte “quanto aos direitos propriamente subjetivos dos agentes estatais e das demais pessoas envolvidas em processos de contas, porque, aí, prevalece a norma constitucional que submete à competência judicante do Supremo Tribunal Federal a impetração de habeas corpus, mandado de segurança e habeas data contra atos do TCU (art. 102, inciso I, alínea d)”. BRITTO, Carlos Ayres. O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas. **Revista de Interesse Público**, Porto Alegre, n. 13, 2002. p. 105-106.

*jurisdição*. Inicialmente, cita-se a seguinte definição construída, por doutrina processualista, para *jurisdição*<sup>115</sup>:

[...] uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa função sempre por meio do processo, seja expressando imperativamente o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada).

Embora apenas implicitamente se possam deduzir os elementos da *jurisdição* definidos como requisitos pela doutrina recém-citada, nos estudos constitucionalistas<sup>116</sup> três características básicas da *jurisdição* são apontadas expressamente: *lide*<sup>117</sup>, *inércia* e *definitividade*.

Das três características apontadas, Britto, apesar de referir que “algumas características da *jurisdição* [...] permeiam os julgamentos a cargo dos Tribunais de Contas”<sup>118</sup>, entende que duas delas não se configuram nas atividades das Cortes de Contas: a *inércia*, porquanto “os julgamentos a cargo dos Tribunais de Contas não se caracterizam pelo seu impulso externo ou *non-ex-officio*”<sup>119</sup>, e a *lide*, uma vez que “inexiste a figura dos ‘litigantes’ a que se refere o inciso LV do art. 5º da Constituição”.<sup>120</sup> Quanto à característica da *definitividade*, como visto acima (nota de rodapé 97), Britto compreende que ela existe nas decisões dos Tribunais de Contas “quanto ao mérito das avaliações que as Cortes de Contas fazem incidir sobre a gestão financeira, orçamentária, patrimonial, contábil e operacional do Poder

<sup>115</sup> CINTRA, Antonio Carlos Araujo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 129.

<sup>116</sup> LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 689

<sup>117</sup> Adverte-se que parte da doutrina defende que a *lide* não faz parte da *jurisdição*, como é o caso de Didier Junior: “Na verdade, a *lide* não é característica da *jurisdição*. Se assim fosse, seria muito difícil explicar a *jurisdição* constitucional (controle abstrato de constitucionalidade das leis), as ações preventivas, as ações constitutivas necessárias [...] e a *jurisdição* voluntária”. DIDIER JUNIOR, Fredie. **Direito processual civil: tutela jurisdicional individual e coletiva**. 5. ed. Salvador: Juris Podivm, 2005. p. 76.

<sup>118</sup> BRITTO, Carlos Ayres. O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas. **Revista de Interesse Público**, Porto Alegre, n. 13, 2002. p. 68.

<sup>119</sup> *Ibid.*, p. 68.

<sup>120</sup> *Ibid.*, p. 68.

Público”, todavia, não, sucede “quanto aos direitos propriamente subjetivos dos agentes estatais e das demais pessoas envolvidas em processos de contas”<sup>121</sup>.

Registra-se que, conquanto se concorde com o entendimento de Britto no sentido de que o Tribunal de Contas não exerce a função jurisdicional, diverge-se de seu posicionamento quanto à inexistência de lide e de impulso externo na atuação das Cortes de Contas. Ainda que não haja necessidade de se exaurir os argumentos que justificam a discordância mencionada, convém referir o núcleo principal que fundamenta o raciocínio: em relação à primeira situação (inexistência de lide), entende-se que, se se considerar o conceito *não jurisdicional* do vocábulo<sup>122</sup>, a lide<sup>123</sup> ocorre, no Tribunal de Contas, quando o gestor público fiscalizado discorda da ilegalidade apontada inicialmente, apresentando seus argumentos para resistir à pretensão de correção da irregularidade constatada, bem como da possível punição prevista em lei. Quanto ao segundo ponto, somente é possível afirmar que, *em regra*, a atuação do Tribunal de Contas não se caracteriza por impulso externo, haja vista a previsão constitucional<sup>124</sup> no sentido de que “qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União”, situação de origem externa que obrigatoriamente impulsionará atuação da Corte de Contas destinatária de denúncia. Assim, deve-se reconhecer que, por vezes, o impulso externo também é característica da atuação do controle externo exercido pelo Tribunal de Contas.

De qualquer forma, o último elemento referido acima, o da definitividade, cuja presença para caracterização de jurisdição é reconhecida como obrigatória por toda doutrina, inclusive por Jacoby Fernandes (defensor do Tribunal de Contas na função jurisdicional), é o que não permite, por sua ausência, definir as atividades de controle externo exercidas pelos Tribunais de Contas.

---

<sup>121</sup> Ibid., p. 69.

<sup>122</sup> No caso, não se pode considerar o conceito jurisdicional da expressão porquanto este pressupõe a lide somente sob a ótica da função jurisdicional, o que invalidaria aprioristicamente a argumentação apresentada.

<sup>123</sup> Convém ressaltar que, constitucionalmente, a lide não foi preconizada como instituto exclusivo da jurisdição, uma vez que a única referência no texto constitucional ao tema (art. 5º, LV) refere que: “aos litigantes, em processo judicial ou **administrativo**, [...]” – (grifou-se). BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 13 mar. 2016.

<sup>124</sup> Art. 74, §2º, da CFRB. Ibid., acesso em: 13 mar. 2016.

Embora no passado juristas do gabarito de Pontes de Miranda<sup>125</sup> tenham defendido a impossibilidade de revisão dos julgamentos dos Tribunais de Contas, o exame científico ocorreu sobre diferente realidade constitucional brasileira. Atualmente, a possibilidade de que as decisões dos Tribunais de Contas possam ser revistas pelo Judiciário, ainda que somente por *aspectos formais*<sup>126</sup> ou *ilegalidade manifesta* (revisibilidade restrita), é o entendimento predominante da jurisprudência aplicada à matéria<sup>127</sup>. Tal posição jurisprudencial parece estar no caminho correto, ainda que a estrada careça de contornos exatos (critérios científicos) para definir por que somente aspectos formais são revisáveis e, se confirmada tal premissa, quais

<sup>125</sup> Afirmou Pontes de Miranda, em seus Comentários à Constituição de 1946 (p. 95), que: “Hoje, e desde 1934, a função de julgar as contas está claríssima no texto constitucional. Não haveremos de interpretar que o Tribunal de Contas julgue e outro juiz as re-julgue depois. Tratar-se-ia de absurdo bis in idem. [...] Tal jurisdição exclui a intromissão de qualquer juiz na apreciação da situação em que se acham, ex hypothesi, os responsáveis para com a Fazenda Pública”. MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. Rio de Janeiro: Livraria Boffoni, 1947. p. 95. v.2. Tal posicionamento foi ratificado por Castro Nunes que afirmou, também na década de 40, que “O Judiciário não tem função no exame de tais contas, não tem autoridade para as rever, para apurar o alcance dos responsáveis, para os liberar. Essa função é ‘própria e privativa’ do Tribunal de Contas”. NUNES, Castro. **Teoria e prática do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1943. p. 30.

<sup>126</sup> Quanto aos aspectos formais das decisões das Cortes de Contas, registra-se passagem do artigo da Ministra Ellen Gracie que afirma ser o ponto de maior impugnação no âmbito dos processos do TCU: “Dos pontos de possível reapreciação judicial da atividade de controle e julgadora do TCU sobressai o pedido de verificação da estrita observância dos requisitos formais do processo administrativo, aliás, objeto da maioria das impugnações por parte dos servidores ou pessoas submetidas à jurisdição administrativa da Corte”. GRACIE, Ellen. Notas sobre a revisão judicial das decisões do Tribunal de Contas da União pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista do Tribunal de Contas da União**, ano 39, n. 110, set./dez. 2007. p. 9.

<sup>127</sup> A possibilidade de revisão de aspectos formais ou manifesta ilegalidade das decisões dos Tribunais de Contas pelo Judiciário decorre de entendimento consolidado na jurisprudência dos Tribunais pátrios ao longo dos anos, como se percebe nos seguintes precedentes: (a) **RE 58.521/PR**, Relator: Min. Victor Nunes, Primeira Turma do **STF**, julgado em 18/09/1967; (b) **REsp 8.970/SP**, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma do **STJ**, julgado em 18/12/1991; (c) **RMS 12.349/RO**, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma do **STJ**, julgado em 15/02/2005; (d) **AG 2002.04.01.019240-0**, Terceira Turma do **TRF4**, Relator Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, DJ de 12/02/2003; (e) **AC 70026541359**, Vigésima Primeira Câmara Cível do **TJ-RS**, Relator Liselena Schifino Robles Ribeiro, julgado em 15/10/2008) – este precedente, diferentemente dos demais, não expressa na ementa as situações autorizadas de revisão pelo Judiciário das decisões dos Tribunais de Contas, raciocínio que se deduz a partir da leitura do inteiro teor. No ponto, convém destacar que doutrina e jurisprudência não são claras para demonstrar a razão pela qual a revisibilidade deve ser restrita e não ampla sobre as decisões dos Tribunais de Contas. Exemplificativamente, cita-se ponderação de Gracie, ao tratar da questão, afirmou que: “Vale anotar, entretanto, em contrapartida e em respeito à efetividade do poder de controle, que essa sujeição aos padrões constitucionais de garantia e proteção de direitos individuais e coletivos precisa ser entendida nos devidos termos da atribuição constitucional de controle, como adiante se exemplifica”. Nas exemplificações apresentadas, a Ministra discorreu sobre casos concretos, sem se preocupar em definir eventual “atribuição constitucional de controle” que não permitiria a mutabilidade das decisões das Cortes de Contas pelo Judiciário, isto é, não houve sistematização da matéria. *Ibid.*, p. 8.

seriam, efetivamente, esses aspectos, bem como quais os critérios para reconhecimento de *manifesta ilegalidade*.<sup>128</sup>

Na comparação da função jurisdicional com a função de controle externo, é possível acrescentar, ainda, a análise quanto à imperatividade das decisões.<sup>129</sup> Ainda que se detalhe posteriormente o exame sobre a natureza e características das decisões dos Tribunais de Contas, já é possível referir aspecto que notoriamente as diferencia da decisão jurisdicional: a ausência de caráter imperativo para executar as decisões de imputação de débito ou multa.

---

<sup>128</sup> O assunto é dos mais complexos no que tange aos Tribunais de Contas. A pesquisa realizada não encontrou trabalhos acadêmicos que tenham respondido satisfatoriamente as dúvidas suscitadas sobre os critérios para revisibilidade das decisões dos processos de contas pelo Poder Judiciário. De qualquer maneira, alguns eixos podem ser visualizados sem grandes dificuldades no exame da matéria. Por exemplo, o resultado final das decisões proferidas pelas Cortes de Contas no que tange ao exercício da competência constitucional dos incisos I (“apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio..”) e II (“julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros [...] e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público”) do art. 71 da Constituição não deve, em qualquer hipótese, ser reapreciado pelo Judiciário. Isto é, o resultado do julgamento quanto à irregularidade, regularidade ou regularidade com ressalvas das contas referidas não deverá ser apreciado pela função jurisdicional, o que significa dizer que se, hipoteticamente, as contas do gestor foram consideradas irregulares, não poderá o responsabilizado socorrer-se do Judiciário para ver modificado o julgamento de suas contas. Pensar diferente disso seria a completa negação da competência constitucional das Cortes de Contas. Esse seria, portanto, um núcleo imutável das decisões dos processos de contas. De outro lado, consegue-se visualizar, também sem grandes dificuldades, a correção de se defender o critério pela possibilidade de revisão do processo de contas, pelo Judiciário, visando a analisar o respeito ao devido processo legal (e todos os princípios que dele decorrem, em especial do contraditório e da ampla defesa). Talvez o argumento central para sustentar essa possibilidade corresponda ao caráter de direito fundamental das garantias processuais mencionadas. Ocorre que, por esse critério (direito fundamental), a inafastabilidade de jurisdição (art. 5º, XXXV, da CRFB) também serviria para justificar uma ampla e irrestrita revisibilidade dos processos de contas pelo Judiciário. Para não se chegar a esse ponto, deve-se definir quais situações em que o “direito” pode ou não ser interpretado/aplicado, de forma definitiva, pelas Cortes de Contas. Todavia, a partir daí, as situações seguintes trazem mais dúvidas do que certezas. As ilegalidades/inconstitucionalidades reconhecidas como tais pelos Tribunais de Contas, no julgamento ou apreciação das contas, podem ser revisitadas pelo Poder Judiciário? Caso positivo, e sendo o entendimento do judiciário diferente daquele concluído pelo órgão de controle externo, seria possível uma determinação judicial para que outro julgamento ou apreciação de contas ocorresse, considerando, então, a definitiva interpretação sobre a legalidade/constitucionalidade da matéria? Ainda que se tenham alguns palpites sobre os questionamentos elaborados, somente um trabalho científico com escopo próprio e específico relacionado a essa matéria poderá ter o condão de respondê-los, de modo que a presente pesquisa limitar-se-á a ressaltar a complexidade do tema, sem conseguir, contudo, desenvolvê-lo, tampouco sugerir possíveis conclusões.

<sup>129</sup> Segundo Fabrício de Boeckel, a tutela jurisdicional “pressupõe a existência de um órgão dotado de poder suficiente para, quando provocado, impor suas decisões às partes litigantes, tendo como função aplicar as normas constantes do ordenamento jurídico mesmo contra a vontade de uma delas, valendo-se da imperatividade de suas decisões para colocar fim ao litígio, mantendo (ou restaurando) a paz social”. BOECKEL, Fabrício Dani de. Espécies de tutela jurisdicional. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano 14, n. 89, jun. 2011.

De todo modo, inexistindo o caráter de imutabilidade das decisões exigido para que se reconheça a jurisdição, as atividades de controle por parte do Tribunal de Contas não podem ser consideradas como de *função jurisdicional*. Logo, tampouco à função jurisdicional do Estado podem-se agregar as atividades de controle externo exercidas pelos Tribunais de Contas.

#### 2.2.3.4 A função administrativa

A última função estatal clássica a ser analisada é a administrativa. Muitos doutrinadores inserem as atividades de controle externo como vinculadas a tal função, basicamente por dois argumentos: (i) entendimento de que o controle faz parte do próprio conceito de administrar e/ou (ii) por critério negativo/de exclusão (o qual, já se viu, não é o mais adequado), isto é, já que as atividades de controle externo não se caracterizam como sendo de função legislativa, tampouco de função jurisdicional, logo, só poderiam corresponder à função administrativa – raciocínio que sequer considera a comparação com a clássica função de fiscalização parlamentar.

Fazendo parte dessa segunda alternativa, o jurista Celso Antônio Bandeira de Mello, ao ponderar sobre as Cortes de Contas exercerem ou não a função jurisdicional, concluiu no sentido negativo e afirmou que as funções do Tribunal de Contas são meramente administrativas, trilhando, pois, o mesmo caminho de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Guimarães Meneghale de Mello e José Antônio da Silva.<sup>130</sup>

Nesse contexto, para chegar a essa conclusão ou dela divergir, é pressuposto que se compreenda a definição da função estatal de Administração Pública (sinônimo de função administrativa e de função executiva). Com esse objetivo, utiliza-se, primeiramente, o ensinamento do professor Rafael Maffini<sup>131</sup> no sentido de que: “[...] a função estatal de Administração Pública consiste num instrumento concreto de que o Estado, abstrato que é, se vale para a consecução dos objetivos

---

<sup>130</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O enquadramento constitucional do Tribunal de Contas. In: FREITAS, Ney José de (Org.). **Tribunais de Contas**: Aspectos polêmicos: estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 71.

<sup>131</sup> MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 24.

insculpados no texto constitucional, sendo encontrada tipicamente no Poder Executivo e, de modo atípico, nas várias outras espécies da estrutura estatal”.

Para Marçal Justen Filho, “a função administrativa é o conjunto de poderes jurídicos destinados a promover a satisfação de interesses essenciais, relacionados com a promoção de direitos fundamentais, cujo desempenho exige uma organização estatal e permanente e que se faz sob o regime jurídico infralegal e submetido ao controle jurisdicional”.<sup>132</sup>

Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que “função administrativa é a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce na intimidade de uma estrutura e regime hierárquico e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário”<sup>133</sup>

Paulo Modesto, de seu turno, ao tratar do tema, define a administração pública como “a atividade subalterna e instrumental exercitada pelo Estado (ou por quem lhe faça as vezes), expressiva do poder público, realizada sob a lei ou para dar aplicação estritamente vinculada a norma constitucional, como atividade emanadora de atos complementares dos atos de produção jurídica primários ou originários, sujeita a dupla sindicabilidade jurídica e dirigida à concretização das finalidades estabelecidas no sistema do direito positivo”.<sup>134</sup>

Com efeito, em todos os conceitos trazidos acima, verificam-se atividades estatais essencialmente relacionadas à execução das *ordens* emanadas do sistema jurídico, objetivando satisfazê-las dentro dos limites que a juridicidade<sup>135</sup> lhes impõe. Tanto é assim que, reconhecidamente, os órgãos que, tipicamente, exercem a função administrativa estão inseridos dentro do Poder Executivo.

Não se observa, pois, nas definições apresentadas, relação entre a função administrativa e o controle. Resta pesquisar, então, a primeira alternativa apresentada no início deste tópico: a administração (pública ou, até mesmo, privada)

---

<sup>132</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 28.

<sup>133</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 36.

<sup>134</sup> MODESTO, Paulo. A função administrativa. **Revista Eletrônica e Direito do Estado**, Salvador, n. 5, 2006.

<sup>135</sup> Sobre juridicidade ver OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Livraria Almedina, 2011.



não pressupõe a existência de controle<sup>136</sup> e, nesse sentido, este seria apenas uma *etapa* ou *subfunção* da função administrativa<sup>137</sup> ?

Pensa-se que, ao se mencionar a expressão “controle” no âmbito da atividade de administrar, isto é, inserido na função administrativa, está a se referir ao próprio controle administrativo (interno) para averiguação da juridicidade do exercício de suas atividades.

O controle externo, todavia, não se encaixa nessa acepção de controle. Ainda que ambas as espécies (interno e externo) possam caracterizar-se como um controle permanente, realizado de ofício, com foco especial nos aspectos contábeis, financeiros e orçamentários do Estado, é incontestável a diferença quando se avalia a forma como o ordenamento constitucional estabelece a estrutura organizacional e as competências funcionais do controle externo. Diferentemente do interno, o controle externo está constitucionalmente constituído para tutelar a boa administração pública, especialmente por meio de tutela do erário e avaliação dos gestores públicos (finalidades que serão mais adiante abordadas), tendo, inclusive,

---

<sup>136</sup> A pressuposição nessa linha decorre deliçã oriunda da Teoria Geral da Administração, disciplina que ensina que a administração abrange quatro tipos principais de funções: planejamento, organização, execução e controle. Por todos os doutrinadores da matéria, cita-se a seguinte definição: “Administrar é prever, organizar, comandar, coordenar e controlar”. FAYOL, Henri. **Administração industrial e geral**. São Paulo: Atlas, 1994. p. 26.

<sup>137</sup> Sobre essa alternativa, cita-se trecho de Cezar Miola que citou o ensinamento de Eduardo Lobo Botelho Gualazzi, in verbis: “Do ponto de vista semântico, nenhuma grande dificuldade é capaz de trazer esta expressão. Porém, não interessa limitar o exame a uma mera questão gramatical. É preciso que se compreenda o controle como princípio, como dogma ínsito e inato da atividade estatal. Mas será o caso, propriamente do controle do Estado, no Estado ou dos agentes e dos atos que estes praticam no exercício dos seus misteres governamentais? Eduardo Lobo Botelho Gualazzi, no concerto da sua valiosa obra considera: Assim, em consonância com a doutrina e o jus positum, conceitua-se controle como o princípio administrativo material, tutelar e autotutelar, de contrasteamento, supervisão e gestão integral da Administração, por meio de sistema horizontal de coordenação central, com o escopo de vigilância, orientação e correção, prévia ou posterior, de atos administrativos e de atos, decisões e atividades materiais de administração”. MIOLA, Cezar. **Regime constitucional dos tribunais de contas**. São Paulo: RT, 1992. p. 26. Além dele, menciona-se, na mesma linha, também o pensamento de Moreira Neto, para quem “Ambos os modos de controle, como expostos, constituem uma específica função da Administração, que apresenta natureza reflexa e que lhe confere o poder-dever de praticar todos os atos necessários à conformação corretiva de sua gestão, tanto em referência ao interesse público não legislado, cuja integração lhe cabe (legitimidade), quanto ao interesse público legislado (legalidade), desdobrando-se, portanto, em duas espécies do gênero função administrativa de controle: o controle administrativo de legitimidade e o controle administrativo de legalidade”. MOREIRA NETO, Diogo de. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 622-623.

poder mandamental (ou revisional) sobre a Administração Pública, em consequência de comando constitucionalmente previsto (art. 71, incisos IX e X, da CRFB).<sup>138</sup>

Portanto, considerando as lições encontradas na doutrina para definir a função administrativa, não se vislumbra, a princípio, a pertinência das características desse específico controle (o externo), conforme previsto nas disposições constitucionais citadas, com os contornos da função estatal referida. De qualquer modo, devem-se buscar, na doutrina, outros aspectos que caracterizem o controle externo para, de forma segura, concluir se sua correta classificação seria como elemento integrante da função administrativa (catalogando-o, assim, como *subfunção* ou *componente* desta função) ou se, de fato, representa específica e autônoma função estatal.

#### **2.2.4 O controle externo no Estado Brasileiro: função estatal autônoma e específica**

De início, cabe destacar que “a função de controle tem sido acrescida às tradicionais funções estatais e o expoente dessa corrente é Karl Loewenstein, que assegura ser a função de controle uma função essencial à teoria do poder”.<sup>139</sup>

Ratificando tal raciocínio, transcreve-se lição de Celso Bastos<sup>140</sup>:

Na verdade, o que se denomina comumente por poderes, mais tecnicamente se designa por funções. E não são poucas as vozes que se levantam contra a trilogia, aventando novas funções que o Estado contemporâneo foi chamado a desempenhar. Dentre estas funções, parece estar assumindo um maior relevo, sendo quase unicamente aceita por todos que têm se dedicado ao estudo do tema mais recentemente, e em especial por Karl Loewenstein, a função de controle.

---

<sup>138</sup> Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: [...] IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade; X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal; [...]. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 13 de mar. 2016.

<sup>139</sup> DAL POZZO, Gabriela Tomaselli Bresser Pereira. **As funções do tribunal de contas e o estado de direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 32

<sup>140</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do Estado e da ciência política**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 161.

Jacoby Fernandes, nessa linha, classifica o controle (de forma ampla) como função “cuja essência está na verificação, trazendo subjacente uma análise comparativa de conteúdo axiológico, com os consectários que lhe são inerentes”.<sup>141</sup> Discorrendo, ainda, sobre a função de controle, o mesmo autor aponta seu objeto principal e seus instrumentos<sup>142</sup>:

O objeto da função de controle, na atualidade, deve ser compreendido em sua visão mais nobre, enquanto vetor do processo decisório na busca do redirecionamento das ações programadas. São, assim, instrumentos da função: a revisão dos atos, a anulação, a admoestação e a punição dos agentes, sempre visando à reorientação do que está em curso, para obter o aperfeiçoamento.

No Brasil, a função de controle é reconhecida pela Constituição, estando repartida por vários órgãos estatais. Por tal razão, essa função de controle sustentada por Karl Loewenstein e conceituada por Jacoby Fernandes, em verdade, deve ser classificada em distintas funções.

Neste trabalho, já se comentou sobre órgãos estatais realizadores de controle (Judiciário, Legislativo, Tribunal de Contas, Ministério Público, Agências Reguladoras, Conselhos Profissionais) e já se conceituou a denominada função de fiscalização. Citada função de fiscalização, conforme bem explicado, assim como todos os órgãos estatais de controle citados, possuem características próprias e diferentes do controle externo objeto desta pesquisa, não se confundindo, portanto, com esta função<sup>143</sup>. Entende-se, portanto, que as atividades de controle do *controle externo* brasileiro representam função estatal específica e autônoma.

Nessa seara, convém ressaltar que o controle externo da função estatal de Administração Pública, conforme se demonstrou, configura-se como elemento essencial do Estado Democrático de Direito e da República, bem como representa instrumento garantidor de direitos fundamentais, razão pela qual deve haver, no desenho da estrutura político-constitucional estatal, instituições que, servindo de *meio*, permitam a efetivação de tal controle. No caso do Estado brasileiro, considerando os modelos constitucionais de controle externo vigentes desde a

---

<sup>141</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas no Brasil**: jurisdição e competência. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 34.

<sup>142</sup> *Ibid.*, p. 35.

<sup>143</sup> Conquanto o foco principal do trabalho seja o controle externo efetuado pelo Tribunal de Contas no Brasil, neste momento ainda está a se falar do controle externo, por assim dizer, amplo, com o intuito de identificá-lo como função estatal própria ou não.

República (que serão abordados especificamente em capítulo próprio), verificou-se exatamente essa preocupação dos constituintes originários: a previsão de modelos e instituições cuja atuação estivesse intrínseca e exclusivamente voltada ao exercício do controle sobre a *res publica* (coisa pública): os Tribunais de Contas.

Mesmo assim, percebe-se que grande parte dos autores que tratam do tema tem dificuldade em reconhecer nova função estatal exercida por esses Tribunais, embora reconheçam que eles (órgãos que exercem – e sempre exerceram – o controle externo) não pertencem a nenhum dos Poderes – o que poderia ser um indício da existência de nova função. Exemplificações desse pensamento podem ser encontradas em obras mais remotas, como na de Luiz Zaidman<sup>144</sup>, assim como nas mais recentes, como no caso de Ricardo Lobo Torres<sup>145</sup>.

Não obstante, a análise das definições e características das funções estatais clássicas (oriundas do modelo tripartite já referido), realizada acima, torna evidente que o exercício do controle externo, com suas próprias definição e características alhures elencadas, não pode ser classificado como parte de alguma daquelas funções. Logo, o controle externo só pode ser classificado como diversa função estatal, reforçando-se a ideia, já citada, de Moreira Neto no sentido de que outras funções acrescentam-se às funções tradicionais do modelo tripartite clássico na composição do Estado Moderno.

Com a evolução do processo organizativo do poder<sup>146</sup>, que obviamente não se esgotou no constitucionalismo clássico e ainda está distante de seu desfecho final no constitucionalismo contemporâneo<sup>147</sup>, destacam-se “novas funções específicas

---

<sup>144</sup> ZAIDMAN, Luiz. As funções das cortes de contas brasileiras à luz da teoria do controle jurídico. **Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal**, Brasília, n. 4, 1973.

<sup>145</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 16. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 209.

<sup>146</sup> Nesse sentido, afirma OLIVEIRA: “A teoria da tripartição dos poderes não mais existe ‘na pureza concebida por Montesquieu’. Diante da complexidade da sociedade moderna, diante das exigências sociais que se impõe ao Estado, não há como conceber a estruturação do poder na forma como ele preconizou. Veja-se que a sua teoria era um contraponto ao absolutismo. Mas na sua época, jamais se cogitava da transformação social advinda das Revoluções Industriais que muito transformaram a forma de Estado. Isso sem falar nas novas dimensões de direitos posteriores, como os de terceira e quarta dimensão”. OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 557.

<sup>147</sup> Sobre a mutabilidade da concepção de divisão do poder, cita-se HÄBERLE: “Esta imagem realista del ser humano en relación con el agudo peligro permanente de que los hombres abusen del poder, no sólo en los cargos políticos o del Estado, conduce actualmente a la lucha constitucional por una división óptima de los poderes, y el renovado retorno creador al ‘texto original’ de Montesquiel (y de Locke) puede reconocer y combatir nuevas zonas de peligro del abuso de poder. Dicho en otras palabras: la división de poderes es un principio relativamente

que passam a ser desempenhadas por órgãos independentes, que não mais se incluem nos três complexos orgânicos que são denominados, por metonímia tradicional, de Poderes, porque exerciam, como ainda o exercem, o que eram antes as únicas segmentações do poder do Estado”.<sup>148</sup>

Moreira Neto, ao analisar todas as atribuições constitucionais aos Tribunais de Contas, concluiu que esses preenchem “todos os critérios que igualmente o identificam e o distinguem como uma das estruturas políticas da soberania, no desempenho de diversas funções de proteção de direitos fundamentais de sede constitucional”.<sup>149</sup>

Assevera Moreira Neto, ainda, que as Cortes de Contas representam um complexo orgânico “garantidor dos valores políticos constitucionais do Estado Democrático de Direito, ou seja, porque exerce funções indispensáveis ao funcionamento dos princípios republicano e democrático, no tocante a um dos mais delicados aspectos de qualquer complexo juspolítico, que é, desde a Magna Carta, a gestão fiscal, como a disposição político-administrativa dos recursos retirados impositivamente dos contribuintes”.

Além disso, o jurista, ao apreciar a redação constitucional relacionada às Cortes de Contas (mais especificamente o *caput* do art. 71), conclui expressamente que o controle externo deve ser classificado como função: “o preceito torna inequivocamente obrigatória a cooperação do Tribunal de Contas no exercício da **função de controle externo**”.<sup>150</sup> (grifou-se).

Com efeito, eventual tentativa no sentido de “encaixar” as atividades exercidas pelo Tribunal de Contas como função administrativa, jurisdicional, legislativa ou de fiscalização tem a mesma razão de ser da tentativa de subordinar a Corte de Contas a um dos três poderes referidos no art. 3º da Constituição da República: apego incondicionado e imutável à concepção de Estado pensada há

---

abierto, con constantes e variantes”. HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. Ciudad de Buenos Aires: Astrea, 2007. p. 329-330.

<sup>148</sup> MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos Tribunais de Contas. In: SOUSA, Alfredo José (Org.). **O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 107.

<sup>149</sup> Ibid., p. 104.

<sup>150</sup> MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos Tribunais de Contas. In: SOUSA, Alfredo José (Org.). **O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 108.

mais de dois séculos, quando somente três poderes estatais eram necessários e, por isso, reconhecidos.

A mesma conclusão é cabível às tentativas de classificar a natureza jurídica dos Tribunais de Contas, de suas decisões ou de seu processo dentro das únicas três molduras existentes na origem da criação teórica do Estado Liberal.

É como se fizéssemos a seguinte analogia: uma empresa produzia, há vários anos (há mais de dois séculos), objetos que lhe eram demandados nos formatos circular, retangular e triangular, que eram entregues aos consumidores em caixas/embalagens com os perfeitos e adequados formatos. A partir de determinado momento, a mesma empresa percebeu que começaram a surgir demandas por objetos no formato pentagonal<sup>151</sup>. Todavia, ela não se preocupou em produzir diferente tipo de caixa para entregar seus produtos e, assim, ora colocava o objeto pentagonal na caixa circular (porque, em alguns casos, era mais semelhante e conforme), ora colocava o objeto pentagonal na caixa retangular (porque, em outros casos, era mais oportuno e conveniente). Ao invés de pensar em colocar seu novo produto em caixa com novo formato, continuou apenas com três formatos de caixa e, na tentativa de relacionar o novo produto (objeto pentagonal) a uma das caixas, forçava seu encaixe.

Nesse exemplo hipotético, resta clarividente que a melhor solução seria a empresa adequar-se à nova realidade e passar a contar com caixas novas nas quais o produto pentagonal se encaixasse perfeitamente em sua moldura, situação que somente facilitará suas atividades: não será dispendioso e poupará aqueles esforços homéricos decorrentes da tentativa de inserir o produto pentagonal na caixa circular ou retangular.

Da mesma forma, devem-se reconhecer as atividades de controle externo como inseridas em nova função estatal<sup>152</sup>, diferente de todas aquelas concebidas na origem do Estado moderno, justamente porque distinta é.<sup>153</sup>

---

<sup>151</sup> Entende-se, na verdade, que outras funções estatais, além do controle externo, igualmente surgiram com a evolução do Estado, pelo que, analogicamente, houve demandas por produtos de outras formas também (hexagonal, cilíndrico e assim por diante), mas somente se citou o objeto pentagonal para referir, por analogia, a função de controle externo.

<sup>152</sup> Reconhecimento terminológico de função que é conferido pelo próprio STF, conforme se percebe no seguinte precedente: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. APOSENTADORIA. CONTROLE EXTERNO PELO TRIBUNAL DE CONTAS. DISCUSSÃO SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DA GRATIFICAÇÃO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. APLICAÇÃO DA SÚMULA 280. 1. É

Nessa linha, classificando-se as atividades de controle externo como função estatal própria, pode-se dizer, por lógica, que representam, igualmente, poderes estatais funcionais. Foi nesse sentido, inclusive, a referência do STF ao controle externo, no julgamento assim ementado:

JUSTIÇA ELEITORAL - REQUISIÇÃO DE SERVIDORES (LEI Nº 6.999/82) - EFICÁCIA TEMPORAL DESSA REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA - CESSAÇÃO DO AFASTAMENTO DOS SERVIDORES REQUISITADOS, POR EFEITO DA SUPERAÇÃO DO PRAZO LEGAL - NECESSÁRIO E AUTOMÁTICO DESLIGAMENTO DO SERVIDOR CEDIDO, COM A SUA CONSEQÜENTE DEVOLUÇÃO À REPARTIÇÃO DE ORIGEM - INEXISTÊNCIA, EM TAL SITUAÇÃO, QUANTO AO SERVIDOR REQUISITADO, DE DIREITO SUBJETIVO À PERMANÊNCIA NO ÓRGÃO ELEITORAL REQUISITANTE - CORRETA DELIBERAÇÃO ADOTADA PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, COM APOIO EM COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL QUE LHE CONFERE A PRERROGATIVA DE EXERCER A FISCALIZAÇÃO EXTERNA DOS PODERES DA REPÚBLICA (CF, ARTS. 70 E 71) - **CONSIDERAÇÕES EM TORNO DO PODER CONSTITUCIONAL DE CONTROLE EXTERNO DEFERIDO, INSTITUCIONALMENTE, AOS TRIBUNAIS DE CONTAS - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - MANDADO DE SEGURANÇA DENEGADO.**<sup>154</sup>

Conclui-se, portanto, importante definição para o presente trabalho: a função de controle externo é função estatal específica e autônoma das demais funções estatais clássicas (administrativa, legislativa, fiscalizadora e jurisdicional), constituindo-se suas competências como poderes funcionais próprios, que devem ser estudados pela doutrina.

---

infraconstitucional a questão referente à natureza jurídica de gratificação ou de outra vantagem pecuniária, quando o Tribunal local acolhe ou rejeita seu caráter geral perante os termos da legislação local que a disciplina. Aplicação da Súmula 280/STF. 2. O acórdão recorrido está em harmonia com a orientação desta Corte, no sentido de que o ato de aposentação configura ato complexo e a aposentadoria só se aperfeiçoa com o registro do **Tribunal de Contas, que exerce sua função constitucional de controle externo**, sendo dispensável a observância do contraditório. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (grifou-se). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n° 900.179. Agravante: Estado de Pernambuco. Agravado: Pedro da Mota Barbsosa. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 13 de outubro de 2015. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 10 jan. 2016.

<sup>153</sup> Na tentativa de detectar uma evolução histórica que proporcionou o nascimento dessa nova função estatal, defende-se a ideia de que a função de controle externo desdobrou da função de fiscalização originalmente concebida para ser exercida pelo Poder Legislativo. Com o passar do tempo e a complexidade das relações jurídicas e sociais, a função de fiscalização, ainda que tenha permanecido com o Poder Legislativo, passou a ser tarefa também de outros órgãos, independentes e autônomos, com características próprias, como o Ministério Público e o **Tribunal de Contas**.

<sup>154</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n° 25.203**. Impetrante: Herivaldo Carlos Gomes. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 03 de agosto de 2005. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 12 jan. 2016.

Respondida a problematização suscitada quanto à caracterização do controle externo como função estatal autônoma e específica, passa-se a analisar o exercício do controle externo, especificamente, pelos Tribunais de Contas.

### 2.3 A FUNÇÃO DE CONTROLE EXTERNO EXERCIDA PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO BRASIL

A função de controle externo no Brasil, desde a primeira Constituição republicana, sempre esteve presente na estrutura funcional brasileira, sendo representada, principalmente, pela atuação dos Tribunais de Contas. Atualmente, o controle externo é conformado pela atuação conjugada do Poder Legislativo e dos Tribunais de Contas, o qual, por vezes, atua em cooperação com o Parlamento e, por outras, age exclusivamente, sem contar com a participação deste.

Ao tratar da matéria, o professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes explicitou sua compreensão de que o exercício pelo Tribunal de Contas de suas funções constitucionais implica a conformação de um sistema de controle externo próprio<sup>155</sup>, sendo, inclusive, diferente do sistema de controle externo exercido pelo Legislativo.

Relativamente a tais sistemas de controle externo, cabe rapidamente socorrer-se de estudos de direito comparado que a doutrina já realizou<sup>156</sup>, identificando, por meio deles, dois modos principais de organização de controle externo: em Auditorias ou Controladorias-Gerais (como é o caso, por exemplo de Argentina – nacionalmente – Cuba, EUA, Canadá, México, Paraguai, Reino Unido, Suécia e Venezuela) e por meio de Tribunais de Contas (Alemanha, Coréia, Espanha, França, Grécia, Holanda, Japão, Portugal e Uruguai).

Como já visto, o Estado brasileiro optou pelo sistema de controle externo sob o modelo de Tribunal de Contas. Ainda no âmbito do direito comparado, cabe mencionar que, na maior parte dos casos, o Tribunal de Contas é órgão autônomo que atua junto ao Poder Legislativo, mas há situações em que a Corte de Contas

---

<sup>155</sup> O jurista conceitua o controle externo exercido pelos Tribunais de Contas como “o conjunto de ações de controle desenvolvidas por uma estrutura organizacional, com procedimentos, atividades e recursos próprios, não integrados na estrutura controlada, visando fiscalização, verificação e correção dos atos”. FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas no Brasil**: jurisdição e competência. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

<sup>156</sup> Por todas as menções encontradas na pesquisa sobre o tema, cita-se a obra mais específica consultada. BARRETO, Pedro Humberto Teixeira. **O sistema tribunais de contas e instituições equivalentes**: um estudo comparativo entre o modelo brasileiro e o da União Europeia. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.



integra o Poder Executivo (sobretudo em países africanos), sendo possível encontrá-lo ainda, embora de forma mais rara, vinculado ao Poder Judiciário (Portugal e Angola).<sup>157</sup>

### 2.3.1 A origem e evolução histórica do Tribunal de Contas no Brasil

É oportuno, então, traçar o panorama histórico da adoção do sistema de controle externo sob a forma de Tribunal de Contas no Brasil. Nesse sentido, cabe mencionar que, a maior parte dos doutrinadores, refere que a primeira notícia de órgão fiscalizador de contas no Brasil data de 28/06/1808, com a denominação de Erário Régio, criado por ato do Príncipe Regente Dom João VI.

Todavia, antes disso, já existiu em território brasileiro instituição com finalidade de fiscalização durante a ocupação holandesa. Como se sabe, os holandeses ocuparam Pernambuco na época do Brasil Colônia – mais especificamente no século XVII<sup>158</sup>. Segundo noticiado por Waldemar Ferreira Martins<sup>159</sup>, Maurício de Nassau teve a ideia de instituir “órgão adequado à fiscalização e tomada das contas de sua gestão, composta de cinco pessoas de muita idoneidade, duas das quais se revezariam anualmente na função de tesoureiro. [...]”. Também segundo relato de Martins, “ainda não se determinou bem a natureza desse aparelho governamental. Tem sido havido como autêntico Tribunal de Contas, o primeiro de que há notícia em toda a América. Não poucos chamam-no de Câmara de Contas. [...]”

Confirmando a existência de uma Câmara de Contas na administração holandesa estruturada durante a ocupação ao território brasileiro, encontra-se registro de crônica escrita por Gaspar Barléu, que acompanhava Nassau durante a referida ocupação, tendo relatado que “[...] existe além disso uma Câmara das

---

<sup>157</sup> PASCOAL, Valdecir. **Direito financeiro e controle externo**. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 122.

<sup>158</sup> O período holandês no Brasil pode ser dividido em três etapas: invasão e conquista de Olinda e Recife (de 1630 a 1637), a chegada, em 1637, de Nassau e sua organização (de 1637 a 1642) e a resistência, insurreição e expulsão dos holandeses (no período de 1642 a 1649).

<sup>159</sup> SCLIAR, Wremyr. **Democracia e controle externo da administração pública**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 2007. p. 161

Contas, que administra o erário da Companhia e examina as contas públicas bem como as do fisco. [...]”<sup>160</sup>

Não obstante a experiência holandesa, no Brasil colônia, de instituição de órgão com semelhança de funções e atribuições ao Tribunal de Contas, o modelo atual de sua concepção tem origem nas consequências da Revolução Francesa, como visto acima. Portanto, tendo a ocupação holandesa ocorrido bem antes do período napoleônico, resta certo que o modelo de fiscalização dos órgãos públicos fixado, pela colonização portuguesa, a partir do período superveniente à Revolução Francesa é que mais influenciou o atual sistema brasileiro de fiscalização. Nessa linha, como já dito, o Erário Régio pode ser considerado o primeiro exemplo realmente influente e importante para a construção de uma Instituição cuja finalidade correspondesse ao controle das contas públicas.

Mais adiante na história brasileira, no ano de 1826 – já durante, portanto, o período de Brasil Império – os senadores do Império Visconde de Barbacena e José Inácio apresentaram projeto visando à criação de uma Corte de Contas no Brasil, sofrendo, contudo, forte oposição de outros senadores, destacando-se o nome de Conde de Baependi. O debate sobre a criação do Tribunal de Contas atravessou todo o Império<sup>161</sup>, só logrando êxito a ideia dos Senadores Visconde de Barbacena e José Inácio após a proclamação da República.

Sob a inspiração de Rui Barbosa, Ministro da Fazenda do Governo Provisório, foi assinado o Decreto nº 966-A, em 07/11/1890, criando um Tribunal de Contas “para o exame, revisão e julgamento de todas as operações concernentes à receita e despesas da República”.

Cabe mencionar que Rui Barbosa, ao definir o órgão de controle para cuja constituição havia fortemente contribuído, referiu, na exposição de motivos relativa ao Decreto recém-mencionado, que se tratava de “corpo de magistratura intermediária à administração e à legislatura, que colocado em posição autônoma com atribuições de revisão e julgamento, cercado de garantias contra quaisquer ameaças, exerce funções vitais no organismo constitucional”.<sup>162</sup>

---

<sup>160</sup> Ibid., p. 162.

<sup>161</sup> Desse período, cabe destacar o projeto de Manoel Alves Branco, em 1845, na mesma linha de instituição de um Tribunal de Contas no Brasil, que foi, igualmente, rejeitado pelo Parlamento.

<sup>162</sup> MARANHÃO, Jarbas. Heraclio Salles e o Tribunal de Contas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 38, n. 149, jan./mar. 2001. p. 55.

Em 1891, o Tribunal de Contas foi previsto constitucionalmente (também sob forte influência de Rui Barbosa) e manteve-se em todas as Constituições brasileiras desde então, estando o prestígio e a valorização constitucionais da Instituição associados às liberdades democráticas: por duas vezes, suas atribuições foram reduzidas – nas Cartas ditatoriais de 1937 (Estado Novo) e 1967 (Ditadura Militar) – e por duas vezes, com a redemocratização, recuperou e ampliou suas atribuições: nas Constituições democráticas de 1946 e 1988.

Desde a primeira Constituição da República, o Tribunal de Contas alterou sua disposição topológica dentro do texto constitucional, já tendo sido previsto nas Disposições Gerais (art. 89 da Constituição de 1891), como órgão de cooperação nas atividades governamentais (arts. 95 a 98, da Constituição de 1934), na parte relativa ao Poder Judiciário (na Constituição de 1937, arts. 99 a 114) e, finalmente, na parte referente ao Poder Legislativo (nas Constituições de 1946, 1967, 1969 e 1988).

### 2.3.2 O Tribunal de Contas na Constituição de 1988

Atualmente, o núcleo essencial das disposições constitucionais relativas aos Tribunais de Contas encontra-se entre os arts. 70 e 75 da Carta Magna, mas há outros artigos na Constituição que são importantes para organização e funcionamento dos Tribunais de Contas no Brasil.

Neste tópico, cumpre referir, de início, a dissertação de mestrado realizada por Álvaro Guilherme Miranda, com base em sua pesquisa efetuada junto à UFRJ: “Mudança institucional do Tribunal de Contas: Os oito modelos debatidos na Constituinte de 1988 para o sistema de fiscalização do Brasil” (2009). Em seu trabalho, o pesquisador identificou três pontos principais de debates efetuados pelos constituintes<sup>163</sup>:

Três elementos básicos nortearam a preocupação dos parlamentares na discussão da maioria desses modelos: o critério de escolha dos ministros do TCU e dos conselheiros dos tribunais estaduais e municipais; a vinculação ou não da organização ao Poder Legislativo e a manutenção ou não da

---

<sup>163</sup> MIRANDA, Álvaro Guilherme. **Mudança institucional do Tribunal de Contas**: os oito modelos debatidos na Constituinte de 1988 para o sistema de fiscalização do Brasil. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, 2009. p. 66

vitaliciedade dos ministros e conselheiros. Se da parte dos dirigentes dos tribunais de contas havia um esforço visando ao fortalecimento da instituição, com um aprofundamento da discussão sobre o controle externo, da parte da maioria dos constituintes envolvidos no assunto havia uma preocupação voltada para a subordinação do tribunal ao Poder Legislativo.

Em sua pesquisa, Miranda percebeu que, dos três assuntos que centraram os debates na Assembleia Nacional Constituinte sobre os Tribunais de Contas, acima referidos, o que mereceu mais atenção dos parlamentares foi a definição do critério de escolha dos Ministros e Conselheiros dos Tribunais de Contas. O tema sobre a vinculação ou não da instituição de fiscalização de contas ao Poder Legislativo, segundo análise do pesquisador, não foi motivo da mesma preocupação dos constituintes, situação que se lamenta dada a maior dimensão e importância do assunto em razão de sua relação com a natureza jurídica das Cortes de Contas.

De qualquer sorte, Miranda ressalta que “ao final, o Tribunal de Contas acabou autônomo e independente de todos os poderes”<sup>164</sup>, definição que ocorreu por meio da mudança do vocábulo “auxiliar” para expressão “com o auxílio de”<sup>165</sup>: o substitutivo da Comissão de Sistematização às emendas de plenário previa, originalmente, em seu art. 81, que “Ao Tribunal de Contas da União, órgão auxiliar do Congresso Nacional no exercício do controle externo, compete [...]”, sendo a redação substituída ainda nessa mesma Comissão para o texto que, ao final, acabou aprovado – “O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete [...]”.<sup>166</sup>

Para além disso, é importante destacar que a Constituição de 1988 foi inovadora ao prever expressamente o “Tribunal de Contas da União”, instituição responsável pelo exercício do controle externo de toda a estrutura administrativa vinculada à União. Além do TCU, o sistema de controle externo no Brasil é

---

<sup>164</sup> Ibid., p. 91

<sup>165</sup> O histórico detalhado dessa mudança, inclusive com referência aos números das Emendas, aos nomes de seus autores e aos discursos por eles proferidos, está nas páginas 91/92 da dissertação de mestrado citada.

<sup>166</sup> Sobre a diferença entre órgão auxiliar para órgão de auxílio, destaca-se ensinamento de Santolim: “Apenas a primeira das competências fixadas no texto constitucional coloca os Tribunais de Contas na condição de órgãos de auxílio ao Poder Legislativo (e quem “presta auxílio”, em situação particular, não é “auxiliar”, que é condição permanente)”. SANTOLIM, Cesar. Corrupção: o papel dos controles externos - transparência e controle social. Uma análise de direito e economia. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito**, v. 7, n. 1, set. 2012. p. 9.

composto por mais 33 Tribunais de Contas em todo o país<sup>167</sup> – são 26 Tribunais de Contas Estaduais que exercem o controle externo em suas respectivas entidades federadas, um Tribunal de Contas do Distrito Federal, dois Tribunais de Contas Municipais, um em São Paulo e outro no Rio de Janeiro, que cuidam exclusivamente das capitais, e mais quatro Tribunais de Contas Estaduais dos Municípios – Bahia, Ceará, Goiás e Pará – que exercem o controle externo exclusivamente sobre os Municípios de cada Estado citado.

No ponto, cabe destacar que o constituinte consagrou, no art. 75 da CRFB<sup>168</sup>, o princípio da simetria para o sistema de Tribunais de Contas, ao passo que previu regra no sentido de que as disposições constitucionais relativas ao Tribunal de Contas da União também se aplicam, no que couber, à organização, composição e fiscalização aos Tribunais de Contas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Além das disposições constitucionais, a legislação infraconstitucional, de abrangência nacional, também trata dos TCs, cabendo destacar a Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 8.666/93), a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/2000) e a Lei de Crimes Fiscais (Lei nº 10.028/2000).

### **2.3.3 O Controle Externo e sua dupla dimensão: o exercício da função estatal exclusivamente pelos Tribunais de Contas e o exercício conjugado entre as Cortes de Contas e o Poder Legislativo**

Para o exercício da função estatal de controle externo, já identificado como elemento fundamental para uma República e para uma Democracia, o constituinte registrou, claramente, as respectivas competências, que não se resumem às previsões da Seção IX do Capítulo I do Título IV. Não se discorda quanto à maior importância das disposições de referida Seção, todavia, outras referências

---

<sup>167</sup> Informação extraída do “Diagnóstico dos Tribunais de Contas do Brasil – Avaliação da Qualidade e Agilidade do Controle Externo”, produzido pela ATRICON – Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil. DIAGNÓSTICO dos Tribunais de Contas do Brasil: Avaliação da Qualidade e Agilidade do Controle Externo. Brasília-DF: Atricon, 2013.

<sup>168</sup> Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, 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. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 13 mar. 2016.

constitucionais complementam o conjunto normativo (de âmbito constitucional) que rege a função de controle externo.<sup>169</sup>

Considerando as disposições constitucionais que dizem respeito à função de controle externo, verifica-se que seu exercício ocorre por meio de duas formas distintas no Estado brasileiro, do ponto de vista das Instituições que o realizam: em determinadas situações, o Tribunal de Contas atua em conjunto com o Poder Legislativo (vale dizer, como “colaborador”, aí o sentido da expressão “em auxílio”) e, em outros casos, atua como protagonista exclusivo<sup>170</sup>. Em ambos os casos, autonomamente.<sup>171</sup>

Para, ao mesmo tempo, comprovar e refinar tal afirmação, analisam-se detalhadamente as principais disposições constitucionais relativas a essa função.

A começar pelo art. 70 da Constituição da República<sup>172</sup>. Em tal dispositivo, o constituinte referiu pela primeira vez à função de controle externo, ao definir a forma

<sup>169</sup> No ensinamento de Gualazzi são “17 artigos que, de modo explícito ou implícito, total ou parcial, direto ou indireto, central ou secundário, dispõem a respeito de controle externo e Tribunais de Contas. Tais artigos são os seguintes: 29 (IX), 31, 33 (§2º), 34 (VII, ‘d’), 35 (II), 49 (IX e X), 51 (II), 70, 71, 72, 73, 74 (XV e XXIV) (sic), 166 (§1º, I), Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – arts. 16 (§2º) e 26 (§1º)”. Destaca-se que nos incisos referidos após o art. 74, certamente o autor quis fazer referência aos incisos do art. 84, nos quais constam as competências privativas do Presidente da República relacionadas ao controle externo: XV – nomear, observar o disposto no art. 73, os Ministros do Tribunal de Contas da União; e XXIV – prestar, anualmente, ao Congresso Nacional, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas referentes ao exercício anterior. MIOLA, Cezar. **Regime constitucional dos tribunais de contas**. São Paulo: RT, 1992. p. 167.

<sup>170</sup> Nesse sentido, cita-se o entendimento do Ministro Celso de Mello, em seu voto proferido no julgamento do MS 24.510/DF (case que será tratado detalhadamente em capítulo específico mais adiante), qualificando o Tribunal de Contas como “protagonista autônomo” do controle externo – deixando de referir, pois, o Poder Legislativo. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n° 24.510-7**. Impetrante: Nascimento Curi Advogados Associados. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Ellen Gracie. Brasília, 19 de novembro de 2003. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 jan. 2016.

<sup>171</sup> A autonomia dos Tribunais de Contas em relação, especialmente, ao Legislativo é reconhecida de forma consolidada pela jurisprudência, indicando-se, por todos os demais, dois julgamentos: (1) ADI n° 4190-8/RJ, no qual o Ministro Celso de Mello afirmou que os Tribunais de Contas são Órgãos investidos de autonomia, inexistindo qualquer vínculo de subordinação institucional ao Poder Legislativo (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4.190-8/RJ**. Requerente: ATRICON. Impetrado: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 01 de julho de 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 jan. 2016.); (2) ADI n° 3.715/TO, no qual o STF declarou inconstitucional a alteração na constituição tocantinense que previra a possibilidade de recurso à Assembleia Legislativa, dotado de efeito suspensivo, dos julgamentos proferidos pelo Tribunal de Contas. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 3.715-3/TO**. Requerente: ATRICON. Impetrado: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 24 de maio de 2006. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 jan. 2016.

<sup>172</sup> Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso

de fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional, e patrimonial da União, tanto em relação aos aspectos que devem ser analisados (legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação de subvenções e renúncia de receitas), quanto aos dois modos em que tal fiscalização ocorrerá, considerando a classificação de acordo com a vinculação entre o controlador e o controlado (externo e interno). No parágrafo único desse dispositivo, encontra-se a regra geral de obrigatoriedade de prestação de contas por parte de todos aqueles que possuem qualquer relação com o dinheiro público, o que dá concretude, em nível constitucional, ao princípio republicano.

Nesse primeiro dispositivo, portanto, ainda não se percebe a divisão da atuação do controle externo consoante as duas formas antes referidas, havendo somente mandamentos genéricos que caracterizam o controle externo.

É a partir do art. 71 da Carta Magna brasileira que se constata citada diferença. Em seu caput, está previsto que “o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete [...]”. De acordo com a literalidade do dispositivo, depreende-se que a titularidade do controle externo recai sobremaneira sobre o Poder Legislativo Federal, todavia, ao enunciar competências específicas e exclusivas para o Tribunal de Contas em relação ao controle externo, o constituinte deu azo à interpretação de que, em verdade, o titular do controle externo seria o Tribunal de Contas e o Congresso Nacional é que prestaria “auxílio” no exercício das competências relativas a tal função.

A “titularidade” pouco importa, em verdade, considerando que ambos exercem suas atividades de forma independente e autônoma. As previsões que realmente relevam no ponto são as competências constitucionais dispostas nos incisos do art. 71 mencionado no parágrafo anterior.

---

Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumas obrigações de natureza pecuniária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998). BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 13 mar. 2016.

O inciso I prevê que compete à Corte de Contas “apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento”. Tal dispositivo prevê competência cuja realização, pelo Tribunal de Contas, não encerra o exercício da função de controle externo em relação às contas prestadas pelo Chefe do Executivo federal: dependerá de julgamento, em definitivo, pelo Congresso Nacional, de acordo com a previsão do art. 49, IX, da CRFB. Isto é, a realização plena dessa competência da função de controle externo somente ocorrerá com a conjugação do trabalho do Tribunal de Contas e do Congresso Nacional.<sup>173</sup>

Diferente é a hipótese trazida no inciso II do art. 71 da Carta Magna brasileira. A redação de referido dispositivo é no seguinte sentido: “julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público”. No exercício dessa competência, o Tribunal de Contas atua como protagonista exclusivo da função de controle externo, isto é, sem qualquer participação do Congresso Nacional. Nessa linha, a jurisprudência do STF<sup>174</sup> vem reconhecendo a diferença de competências previstas nos incisos I e II:

Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Constituição do Estado do Tocantins. Emenda Constitucional nº 16/2006, que criou a possibilidade de recurso, dotado de efeito suspensivo, para o Plenário da Assembléia Legislativa, das decisões tomadas pelo Tribunal de Contas do Estado com base em sua competência de julgamento de contas (§ 5º do art. 33) e atribuiu à Assembléia Legislativa a competência para sustar não apenas os contratos, mas também as licitações e eventuais casos de dispensa e inexigibilidade de licitação (art. 19, inciso XXVIII, e art. 33, inciso IX e § 1º). 3. A Constituição Federal é clara ao determinar, em seu art. 75, que as normas constitucionais que conformam o modelo federal de organização do Tribunal de Contas da União são de observância compulsória pelas Constituições dos Estados-membros. Precedentes. **4. No âmbito das competências institucionais do Tribunal de Contas, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a clara distinção entre: 1) a competência para apreciar e emitir parecer prévio sobre as contas prestadas anualmente pelo Chefe do Poder Executivo, especificada no**

---

<sup>173</sup> No âmbito do exercício desta competência do controle externo, cumpre ressaltar, é que se trava o debate quanto à distinção entre a natureza essencialmente técnica das atividades do Tribunal de Contas e a natureza essencialmente política da participação do Congresso no exercício de referida competência.

<sup>174</sup> Além do julgamento da ADI cuja ementa foi transcrita, conformam a jurisprudência do STF os julgamentos monocráticos das Reclamações 13.965 e 15.902.



**art. 71, inciso I, CF/88; 2) e a competência para julgar as contas dos demais administradores e responsáveis, definida no art. 71, inciso II, CF/88.** Precedentes. 5. Na segunda hipótese, o exercício da competência de julgamento pelo Tribunal de Contas não fica subordinado ao crivo posterior do Poder Legislativo. Precedentes. 6. A Constituição Federal dispõe que apenas no caso de contratos o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional (art. 71, § 1º, CF/88). 7. As circunstâncias específicas do caso, assim como o curto período de vigência dos dispositivos constitucionais impugnados, justificam a concessão da liminar com eficácia *ex tunc*. 8. Medida cautelar deferida, por unanimidade de votos. (grifou-se).<sup>175</sup>

Não se desconhece o processo com repercussão geral que tramita no STF<sup>176</sup> sobre os contornos adequados que devem ser conferidos à matéria, em especial quanto à possibilidade de o Chefe do Executivo, quando também responsável pela efetiva gestão da Administração Pública (for o ordenador de despesas, por exemplo, sem delegar a outros agentes políticos – Secretários – a função), sujeitar-se a dois processos perante o Tribunal de Contas: as contas de governo (inciso I) e as contas de gestão (inciso II).

Ainda que o julgamento da repercussão geral não tenha sido efetuado pelo STF, não se discute que o Tribunal de Contas, quando no exercício da competência entabulada no inciso II recém-mencionado, atuará exclusivamente, sem contar com participação, tampouco interferência, do Poder Legislativo em relação ao julgamento das contas que proferir. O resultado da repercussão geral será extremamente importante para definir quando e em quais limites as Cortes de Contas poderão exercer tal competência. Portanto, é clara a existência de diferença entre as

<sup>175</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.715-3/TO**. Requerente: ATRICON. Impetrado: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 24 de maio de 2006. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 jan. 2016.

<sup>176</sup> Tema 835, Leading Case: RE 848.826 – “Definição do órgão competente, se o Poder Legislativo ou o Tribunal de Contas, para julgar as contas de Chefe do Poder Executivo que age na qualidade de ordenador de despesas”. O Ministro Luís Roberto Barroso, ao se manifestar pelo reconhecimento da repercussão geral da questão constitucional em exame, assim delimitou as indagações a serem respondidas no julgamento do case: “A questão a ser dirimida, portanto, é a seguinte: qual o órgão competente para julgar as contas prestadas pelo Chefe do Poder Executivo que age como ordenador de despesas? Em outras palavras: as contas prestadas anualmente (arts. 31, § 2º, e 71, I, da Constituição) pelo Chefe do Executivo, e que devem ser apreciadas mediante parecer prévio e não julgadas pelo Tribunal de Contas, são apenas as chamadas contas de governo, que se referem aos resultados gerais do exercício financeiro? Ou abrangem também as denominadas contas de gestão, estas relacionadas ao resultado específico de determinado ato de governo e prestadas por todos os administradores de recursos públicos, inclusive Chefes do Executivo que agem como ordenadores de despesas, como é muito comum na maioria dos Municípios do País?”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 848.826/DF**. Recorrente: José Rocha Neto. Recorrido: Ministério Público Eleitoral. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 18 de agosto de 2015. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jan. 2016.

previsões dos incisos I e II do art. 71 da Constituição, ao menos no que se refere aos órgãos executores do controle externo num e noutro caso.

Igualmente, o inciso III do artigo analisado<sup>177</sup> encarta outra competência exclusiva do Tribunal de Contas para o exercício do controle externo: a apreciação, para fins de registro, da legalidade dos atos de admissão de pessoal e das concessões de aposentadorias, reformas e pensões. Nessa competência do TC, reside uma das mais importantes atribuições da função de controle externo: a fiscalização sobre os dois momentos vitais da gestão de pessoal pelo Poder Público – o início e o fim da carreira de um agente público. Aqui, vale ressaltar que, geralmente, as maiores despesas dos órgãos públicos estão relacionadas aos gastos com pessoal, inclusive havendo previsões, de ordem constitucional<sup>178</sup> e legal (de abrangência nacional)<sup>179</sup>, preocupados em estabelecer limites máximos relativos a essa despesa, o que impõe, acertadamente, a exigência constitucional de se verificar a regularidade na geração de um dispêndio significativo e de longo prazo para a Administração. Tanto o caso da admissão quanto o da aposentadoria geram vínculos prolongados de pessoas com o Poder Público, criando despesas continuadas e relevantes. Se não forem examinadas de início, é possível que a eventual ilegalidade do ato cause sérios prejuízos à Administração, especialmente financeiros.

Logo, nada mais lógico que o controle sobre a utilização dos recursos públicos perpassa, atentamente, pela forma como as pessoas são contratadas para trabalhar pelo Estado, principalmente em vista da legalidade do meio pelo qual isso ocorreu (por exemplo, se o cargo está criado em lei, se a remuneração conferida está prevista em lei, se o acesso ao cargo ocorreu por meio de concurso público,

---

<sup>177</sup> III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 13 mar. 2016.

<sup>178</sup> Art. 169, da CFRB. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 13 mar. 2016.

<sup>179</sup> Art. 19, da Lei de Responsabilidade Fiscal. BRASIL. **Lei Complementar n° 101, de 04 de maio de 2001**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm)>. Acesso em: 13 mar. 2016.

atendendo ao disposto no art. 37, inciso II da Carta Magna), bem como se preocupando como o modo que ela está sendo aposentada, a fim de avaliar, especialmente, a existência do direito à aposentação (cumprimento dos requisitos constitucionais e legais) e os critérios utilizados para calcular o valor do benefício.

Tal competência, indiscutivelmente, é de exercício exclusivo do Tribunal de Contas: ninguém cogita a necessidade de que a apreciação efetuada pela Corte de Contas quanto à legalidade dos atos referidos seja confirmada pelo Poder Legislativo.

De outro lado, o inciso IV do artigo 71 prevê competência ao TC, cujo exercício poderá representar desempenho da função de controle externo de modo exclusivo ou conjugado, a depender da origem do início de sua execução. Explicase: considerando a previsão de que compete ao TC “realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II”, o exercício da função de controle externo poderá restringir-se à atuação da Corte de Contas nos casos em que a iniciativa para realização da inspeção ou da auditoria for sua, ou poderá ser estendida – e lá finalizada – junto ao Poder Legislativo, nas hipóteses em que algum de seus órgãos seja o responsável pela iniciativa de demandar a auditoria ou inspeção a ser realizada pelo Tribunal de Contas.

Na sequência, duas competências exclusivas do Tribunal de Contas (nos incisos V<sup>180</sup> e VI<sup>181</sup>), que trazem o verbo fiscalizar no início de sua redação, o que as aproxima da regra geral prevista no art. 70 há pouco citado: fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais (ex. Itaipu) e fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União aos outros entes da federação.

O inciso seguinte, de número VII, em verdade, representa muito antes um dever institucional da Corte de Contas do que uma competência: “*prestar as*

---

<sup>180</sup> V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 13 mar. 2016.

<sup>181</sup> VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município. *Ibid.*, acesso em: 13 mar. 2016.

*informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;”* Com a mesma natureza de “dever institucional”, caracteriza-se a disposição do §4º do art. 71 sob comento (§ 4º O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades.), pelo que se o menciona na presente parte da análise.

Os incisos subsequentes – VIII, IX, X e XI – referem-se exclusivamente ao exercício do controle externo realizado pelas Cortes de Contas, pois são dispositivos constitucionais que preveem competências para expressão do poder estatal que a Constituição outorgou a tais Instituições. As 4 (quatro) competências estão relacionadas a todos os processos e procedimentos de fiscalização realizados no âmbito do Tribunal de Contas, isto é, são aplicáveis e executáveis em todos eles. Entende-se, em relação a elas, que, por estarem previstas na Constituição de forma a conferir claramente poderes aos Tribunais de Contas, é evidente seu caráter mandamental. Em outras palavras, é dizer que os Tribunais de Contas, ao fiscalizarem os órgãos públicos e atenderem, pois, sua obrigação constitucional, estarão aptos “a aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário” (inciso VIII), “assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade” (inciso IX), “sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal” (inciso X) e “representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados” (inciso XI).

Diante das características e funcionalidades dessas últimas 4 competências analisadas, pode-se classificá-las, em comparação às demais competências enumeradas no art. 71 da Carta Magna, como *competências instrumentais* (ou *competências-meio*) – enquanto as outras seriam classificadas como *competências finalísticas* (ou *competências-fim*), relacionadas propriamente às atividades funcionais a serem desempenhadas pelos Tribunais de Contas.

Assim, entende-se que o constituinte, ao redigir mencionado artigo, formulou duas espécies de competências para as Cortes de Contas: do inciso I ao VII, as

*competências finalísticas* (o que fazer); e, do inciso VIII ao XI, as *competências instrumentais* (como fazer).

Por fim, cabe citar competência do controle externo de exercício conjugado pelos Tribunais de Contas e Poder Legislativo: o ato de sustação de contrato. Por força das disposições constitucionais insertas nos §§ 1º e 2º do art. 71<sup>182</sup>, a sustação do contrato, isto é, o poder mandamental de sustá-lo, é de competência primeira do Congresso Nacional, a qual, somente no caso de inércia deste pelo prazo de 90 dias, passará ao Tribunal de Contas.

Da mesma forma, a previsão do art. 72 da Carta Magna brasileira<sup>183</sup> traz situação da função estatal de controle externo sendo exercida de modo conjugado pelas Cortes de Contas e Poder Legislativo.

Portanto, analisaram-se as competências constitucionais conferidas aos Tribunais de Contas, cujo exame em sua totalidade revela finalidades institucionais que serão abordadas no próximo item do trabalho.

#### 2.3.4 As Finalidades Institucionais dos Tribunais de Contas

Para compreender as finalidades institucionais dos Tribunais de Contas, faz-se necessário, antes de mais nada, firmar premissas teóricas sobre o tema da *tutela dos direitos*<sup>184</sup>. Ainda que não se aprofunde seu exame, é de fácil reconhecimento a

---

<sup>182</sup> Art. 71: [...] § 1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis. § 2º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 13 mar. 2016.

<sup>183</sup> Art. 72, § 2º, CFRB. Entendendo o Tribunal irregular a despesa, a Comissão, se julgar que o gasto possa causar dano irreparável ou grave lesão à economia pública, proporá ao Congresso Nacional sua sustação. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 13 mar. 2016.

<sup>184</sup> Aborda-se o tema sob a perspectiva trabalhada pelo professor Marinoni, em sua obra “Técnica Processual e Tutela dos Direitos”, na qual sustentou que “as espécies de tutela dos direitos estão previstas nas normas materiais, às quais o sistema processual deve servir, oferecendo mecanismos, técnicas capazes de realizar em concreto a situação juridicamente protegida em abstrato. Diante de tal raciocínio, somente uma classificação seria possível quanto à tutela dos direitos: aquela que levasse em conta exclusivamente o direito material atingido ou ameaçado. Todas as demais classificações que tivessem relação com a forma através da qual o processo realiza o direito substancial corresponderiam apenas a técnicas, e não a espécies de tutela”. BOECKEL, Fabrício Dani de. Espécies de tutela jurisdicional. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano 14, n. 89, jun. 2011.

ideia de que o Estado, ao prever direitos por meio de suas normas, automaticamente deve prever instrumentos que permitam a tutela de tais direitos. Em decorrência desse nexos automático entre a previsão de direito pelo Estado e, como efeito incondicionado, a criação de instrumento estatal que o proteja, é que se afirma “que a mais básica forma de tutela dos direitos é constituída pela própria norma de direito material”.<sup>185</sup> Portanto, ao mesmo tempo em que o Estado institui norma criadora de direito<sup>186</sup>, está proporcionando a seus titulares meios para sua proteção e efetivação.

Nota-se, pois, que a preocupação com a *tutela dos direitos* é uma questão que merece atenção do Estado, equivocando-se quem resume a tutela dos direitos à tutela *jurisdicional* dos direitos, isto é, limitando-a somente para uma parte do Estado (o Poder Judiciário). Nesse sentido, Marinoni ensina que “a atividade administrativa [...] também pode contribuir para a prestação de tutela aos direitos. A tutela jurisdicional, portanto, deve ser compreendida somente como uma modalidade de tutela dos direitos”.<sup>187</sup>

Assim como a atividade administrativa e a atividade jurisdicional podem ser classificadas como modalidades da prestação de tutela dos direitos, a atividade exercida no âmbito da função de controle externo segue a mesma lógica, razão pela qual se tem como premissa, no presente trabalho, a concepção de que o exercício do controle externo pelo Tribunal de Contas representa tutela de direitos<sup>188</sup> que estão previstos pelas normas direcionadas à regulamentação da boa Administração Pública.

Por meio da análise das competências constitucionais acima referidas e de tudo que o controle externo representa à Democracia, à República e aos direitos

---

<sup>185</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 145.

<sup>186</sup> O professor Cândido Dinamarco também defende que a própria criação da ordem jurídica substancial já se configura como um ato de tutela estatal. DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. **Revista de Processo**, n. 81, jan./mar. 1996. p. 63.

<sup>187</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 145. Aliás, ao analisar o mesmo texto teórico, Fabrício de Boeckel igualmente conclui que Marinoni “expressamente reconhece que a tutela jurisdicional é apenas uma dentre as várias espécies de tutela jurídica”. BOECKEL, Fabrício Dani de. Espécies de tutela jurisdicional. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano 14, n. 89, jun. 2011.

<sup>188</sup> É pertinente alertar que, em geral e em regra, os direitos ligados à boa administração pública são coletivos, isto é, pertencem a toda a coletividade, mas podem, por vezes, se confundir com direitos individuais como é o caso, por exemplo, de o direito de uma empresa licitante em ver respeitada a legislação pertinente por parte do Poder Público, a fim de que seja ela a vencedora do certame público – e não outra empresa – e, conseqüentemente, a contratada pela Administração Pública.

fundamentais, pode-se extrair, em síntese, uma finalidade institucional ampla da atuação do controle externo: tutelar a boa administração pública quanto às facetas de gestão cuja fiscalização lhe compete por comando constitucional, principalmente para cumprir dois objetivos – (a) a tutela do bom uso do recurso público (resumidamente, denominada de tutela do erário);<sup>189</sup> e (b) avaliação dos gestores públicos (por meio dos julgamentos/pareceres de irregularidade, regularidade ou regularidade com ressalvas sobre as contas públicas examinadas).

Na definição de tutelar o erário, ressalta-se que seu significado não se restringe apenas à proteção dos cofres públicos no sentido de verificar a realização da despesa pública, se esta está de acordo com o ordenamento legal, mas também no sentido de avaliar a realização da receita (isto é, a arrecadação de tributos) tanto para conferir eventuais excessos administrativos na arrecadação de tributos, isto é, se abusos legais não estão sendo cometidos pelo gestor contra o particular-contribuinte, bem como fiscalizar se eventuais omissões não estão sendo cometidas pelo gestor (o que configuraria “renúncia de receita”), situação de infringência legal que, certamente, também refletiria em violações a direitos sociais como os relativos à educação, saúde e segurança.

Assim, com base na conceituação da função estatal de controle externo, mormente na parte que diz respeito à atuação das Cortes de Contas, bem como nas finalidades institucionais enxergadas a partir das competências constitucionais de tais Cortes, buscar-se-á definir a natureza jurídica dos Tribunais de Contas, de suas decisões e de seu processo.

---

<sup>189</sup> Por relevante, destaca-se que Rui Barbosa, na Exposição de Motivos do Decreto 966-A (que criou o Tribunal de Contas da União), já expunha a tutela dos recursos públicos como finalidade institucional do Tribunal de Contas, ao comparar os sistemas francês e italiano de fiscalização sobre a Administração Pública, in verbis: “Dos dois sistemas, o ultimo é o que satisfaz cabalmente os fins da instituição, o que dá toda a elasticidade necessária ao seu pensamento criador. Não basta julgara administração, denunciar o excesso cometido, colher a exorbitância, ou a prevaricação, para as punir. Circunscrita a estes limites, **essa função tutelar dos dinheiros públicos** será muitas vezes inútil, por omissa, tardia, ou impotente. Convém levantar,entre o poder que autoriza periodicamente a despesa e o poder que quotidianamente a executa, um mediador independente, auxiliar de um e de outro, que,comunicando com a legislatura, e intervindo na administração, seja, não só o vigia, como a mão forte da primeira sobre a segunda, obstando a perpetração das infrações orçamentárias por um veto oportuno aos atos do executivo, que direta ou indireta,próxima ou remotamente discrepem da linha rigorosa das leis de finanças.” (grifou-se)

## 2.4 NATUREZA JURÍDICA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO BRASIL, DE SUAS DECISÕES E DE SEU PROCESSO

Neste tópico, discorrer-se-á sobre um dos principais eixos da presente dissertação: a natureza jurídica dos Tribunais de Contas, de suas decisões e de seu processo.

Nos estudos sobre os Tribunais de Contas, esse é um dos assuntos mais tormentosos de se aclarar. Na tentativa de enfrentá-lo, são diversas as formas de abordagem: alguns autores buscaram definir seu “enquadramento constitucional” (Celso Antônio Bandeira de Melo), outros buscaram qualificar o “regime jurídico” das Cortes de Contas (como fez Eduardo Lobo Botelho Gualazzi). De todo modo, em quaisquer situações, o ponto comum<sup>190</sup> na análise da natureza jurídica dos órgãos de controle externo recai sobre a divisão do estudo em dois enfoques: o *orgânico*, a fim de se concluir se existe vinculação do Tribunal de Contas a algum dos Poderes e, caso positivo, a qual deles; e o *funcional*, para se concluir qual a natureza jurídica das atividades do Tribunal de Contas – se idêntica e/ou relacionada a alguma das funções estatais conhecidas.

### 2.4.1 A natureza jurídica dos Tribunais de Contas no Brasil

Finalmente, atinge-se o momento apropriado para discorrer sobre a natureza jurídica dos Tribunais de Contas brasileiros. No ponto, a sistematização adequada da matéria exige sua abordagem a partir da divisão sob dois distintos ângulos: o orgânico e o funcional.

#### 2.4.1.1 A natureza jurídica dos Tribunais de Contas sob o aspecto orgânico

De princípio, deve-se afastar a tese de que o Tribunal de Contas representaria um Poder orgânico<sup>191</sup>, tendo em vista a simples leitura do que dispõe o art. 2º da Constituição da República, da qual decorre uma única interpretação: são

---

<sup>190</sup> Muitos autores não anunciam essa divisão de enfrentamento da matéria, embora acabem, na prática, executando-a.

<sup>191</sup> Tese defendida por Marçal Justen Filho que refere que “mas, no Brasil, é evidente a existência de cinco Poderes, na medida em que nem o Ministério Público nem o Tribunal de Contas podem ser reputados como integrantes em um dos outros três poderes”. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.



Poderes Orgânicos da República Federativa brasileira somente o Legislativo, Executivo e Judiciário<sup>192</sup>.

Não obstante, é impossível afirmar que citado Tribunal, organicamente, *pertence* a um dos Poderes referidos: é uma instituição independente. Para compreender a conclusão pela independência dos Tribunais de Contas em relação aos demais poderes do Estado, basta simples leitura dos artigos 44, 76 e 92 da Constituição da República<sup>193</sup>, os quais preveem, respectivamente, os órgãos que compõem os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Neles, não está incluído o Tribunal de Contas, razão pela qual se depreende, de forma lógica, que estes não pertencem a nenhum daqueles Poderes.

Esse é o entendimento da maior parte da doutrina, citando-se, por todos, o administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>194</sup>:

Assim, a esta controvertida questão, sobre o enquadramento constitucional do Tribunal de Contas, não há senão responder que o Texto constitucional houve por bem delinear-lo como um órgão autônomo, não enquadrado nem no Executivo, nem no Legislativo, nem no Judiciário.

Aliás, a decisão do constituinte de assim fazer tem explicação racional: o órgão com a incumbência de fiscalizar todos os Poderes, nas respectivas funções administrativas, não pode estar subordinado a nenhum deles.

Sobre a posição constitucional do Tribunal de Contas, refere Jacoby Fernandes que, numa “prospecção de técnica legislativa” a Corte de Contas deveria,

<sup>192</sup> Interpretação feita por Celso Antônio Bandeira de Mello em seu artigo “O enquadramento constitucional do Tribunal de Contas”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O enquadramento constitucional do Tribunal de Contas. In: FREITAS, Ney José de (Org.). **Tribunais de Contas: Aspectos polêmicos: estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

<sup>193</sup> Art. 44. O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. [...] Art. 76. O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado. [...] Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário: I - o Supremo Tribunal Federal; I-A o Conselho Nacional de Justiça; II - o Superior Tribunal de Justiça; III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho; V - os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI - os Tribunais e Juízes Militares; VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao\\_Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao_Compilado.htm)>. Acesso em: 13 mar. 2016.

<sup>194</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O enquadramento constitucional do Tribunal de Contas. In: FREITAS, Ney José de (Org.). **Tribunais de Contas: Aspectos polêmicos: estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 70.

juntamente com o Ministério Público, compor um capítulo denominado de “outras das funções essenciais à Democracia”<sup>195</sup>.

Pensada do ponto de vista orgânico, a sugestão de Fernandes certamente encontraria resistência dos defensores do modelo clássico de tripartição de Poderes do Estado, cujo conceito primordial, como já visto, teve origem em proposta formulada por Barão de Montesquieu<sup>196</sup>.

Ocorre que as mudanças de organização da sociedade, conforme se fundamentou acima, exigiram outras funções estatais que não somente aquelas três essenciais que foram visualizadas por Montesquieu no século XVIII<sup>197</sup>. Nesse sentido, surgiu a necessidade de que o Estado tivesse em sua estrutura Instituições, também independentes e harmônicas em relação aos três Poderes clássicos, que cumprissem a função de fiscalização e defesa do interesse público. Assim, o Ministério Público e o Tribunal de Contas ganham relevância na estrutura do Estado, o que, conseqüentemente, é expressado nas Constituições estatais.

Quanto à posição constitucional do Tribunal de Contas no Estado brasileiro, ainda que não intitulasse um Capítulo, como é o caso dos Poderes constituídos, poderia certamente evoluir da atual condição de órgão meramente mencionado em uma das disposições de uma Seção do Capítulo pertinente ao Poder Legislativo para posição de título de uma Seção pertencente a um Capítulo denominado de “Função Essencial ao Controle Externo”, em semelhança ao que já ocorre com o Ministério Público em nossa Carta Magna<sup>198</sup>.

Assim como o Ministério Público, na condição de órgão essencial à função jurisdicional, é titular de algumas competências no âmbito dessa função estatal – por exemplo, titular da ação penal – o Tribunal de Contas, na condição de órgão essencial à função de controle externo, também é titular de determinadas e importantes competências – elencadas acima.

---

<sup>195</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas no Brasil**: jurisdição e competência. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 137.

<sup>196</sup> Para o filósofo, para quem: “[...] tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos”. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 181.

<sup>197</sup> O espírito das Leis foi publicado em 1748.

<sup>198</sup> O Ministério Público, vale recordar, intitula a Seção I do Capítulo IV (*Das Funções Essenciais à Justiça*) do Título IV (*Da Organização dos Poderes*) da Carta Magna brasileira, havendo expressivas previsões constitucionais sobre a Instituição a partir do art. 127.

Todavia, diferentemente do exemplo do Ministério Público, cujo exercício de suas competências depende, para sua perfectibilização, da participação de outra Instituição (vinculada ao Poder Judiciário), o Tribunal de Contas, na maior parte das vezes, exerce suas competências independentemente de outra Instituição, como visto acima. Os casos de exceção são a competência do parecer prévio (art. 71, inciso I, da CRFB) e da sustação de contrato (art. 71, §§1º e 2º, da CRFB).

De qualquer sorte, o fato é que o Tribunal de Contas não pertence e não é subordinado a nenhum dos três Poderes orgânicos clássicos (Legislativo, Executivo e Judiciário), caracterizando-se, pois, como uma Instituição autônoma e independente<sup>199</sup>.

#### 2.4.1.2 A natureza jurídica dos Tribunais de Contas sob o aspecto funcional

Com a definição de controle externo como função estatal autônoma e específica, resta menos tortuosa a tarefa de definir a natureza jurídica dos Tribunais de Contas no Brasil, do ponto de vista funcional.

Conforme visto no capítulo em que se compararam as atividades do controle externo às funções estatais clássicas, o trabalho, ao definir o controle externo como espécie própria de função estatal, inclinou-se automaticamente a conceituar a natureza jurídica funcional dos Tribunais de Contas como Instituição que exerce função estatal própria e autônoma. Isto é, a partir dessa compreensão de que a função exercida pelas Cortes de Contas é própria e diferente das demais, modifica-se o critério de referência utilizado por maior parte da doutrina: a necessidade de encaixe dentro de uma das funções classicamente concebidas.

No ponto, destaca-se que as atividades dos Tribunais de Contas são classificadas, pela maior parte da doutrina, como de natureza administrativa. Por oportuno, ressalta-se a advertência de Carlos Ayres Britto rechaçando tal classificação, para quem “não pode ser um Tribunal tão-somente administrativo um

---

<sup>199</sup> Sobre a diferença de autonomia e independência, compartilha-se da linha conceitual de José Mauricio Conti, que atribui à *autonomia* a capacidade, conferida pelo ordenamento jurídico, de auto-regulamentação da instituição/poder, principalmente no que tange aos aspectos administrativo, orçamentário e financeiro; e à *independência* o fato de não haver subordinação hierárquica, nem interferência ao exercício da função estatal, por parte de outras instituições/poderes – in *A Autonomia do Poder Judiciário*. São Paulo: MP Editora, 2006 – embora não se desconheça que alguns autores tratem as expressões como sinônimas (por exemplo, De Plácido e Silva).

órgão cujo regime jurídico é centralmente constitucional. Os Tribunais de Contas têm quase todo o seu arcabouço normativo montado pelo próprio poder constituinte. Neste sentido, as suas competências e atribuições estão completamente definidas no arquétipo constitucional”.<sup>200</sup>

O mesmo jurista defende também que o Tribunal de Contas não é um órgão jurisdicional<sup>201</sup>: “em síntese, pode-se dizer que a jurisdição é atividade fim do Poder Judiciário, porque, no âmbito desse Poder, **julgar é tudo**. Ele existe para prestar a jurisdição estatal e para isso é que é forrado de competências e atribuições. Não assim como os Tribunais de Contas, que fazem do julgamento um dos muitos meios para servir à atividade-fim do controle externo”.

Além de tudo já referido, entende-se adequado, para definir a natureza jurídica dos Tribunais de Contas, revisitar a justificativa de sua criação no Estado brasileiro. Com efeito, embora as atuais disposições constitucionais que estabelecem a estrutura, organização e funcionamento das Cortes de Contas não sejam idênticas às da primeira Constituição Republicana (1891), a conclusão que se chega, a partir da leitura da Exposição de Motivos do Decreto nº 966-A (ato normativo que veio a criar o Tribunal de Contas no país), é que, na essência da natureza jurídica da Instituição, nada mudou desde então. Propôs Rui Barbosa, em 07/11/1890, que:

[...] a criação de um Tribunal de Contas, corpo de magistratura intermediária à administração e à legislatura, que, colocado em posição autônoma, com atribuições de revisão e julgamento, cercado de garantias – contra quaisquer ameaças, possa exercer as suas funções vitais no organismo constitucional, sem risco de converter-se em instituição de ornato aparatoso e inútil. [...] Não basta julgara administração, denunciar o excesso cometido, colher a exorbitância, ou a prevaricação, para as punir. Circunscrita a estes limites, essa função tutelar dos dinheiros públicos será muitas vezes inútil, por omissa, tardia, ou impotente. Convém levantar, entre o poder que autoriza periodicamente a despesa e o poder que quotidianamente a executa, um mediador independente, auxiliar de um e de outro, que, comunicando com a legislatura, e intervindo na administração, seja, não só o vigia, como a mão forte da primeira sobre a segunda, obstando a perpetração das infrações orçamentárias por um veto oportuno aos atos do executivo, que direta ou indireta, próxima ou remotamente discrepem da linha rigorosa das leis de finanças.<sup>202</sup>

<sup>200</sup> BRITTO, Carlos Ayres. O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas. **Revista de Interesse Público**, Porto Alegre, n. 13, 2002. p. 184.

<sup>201</sup> Ibid., p. 70.

<sup>202</sup> Exposição de Motivos do Decreto 966-A, de 07/11/1890. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, v. 30, n. 82, out./dez. 1999.

Os trechos transcritos, nos quais o então integrante do Governo Provisório<sup>203</sup> apresentou as características dos Tribunais de Contas que se pretendia instituir, demonstram que a essência da Instituição não era de função administrativa, tampouco de legislativa: estaria em posição *intermediária* entre uma e outra. De outro lado, o fato de o Tribunal de Contas estar classificado como “*corpo de magistratura*” poderia suscitar a impressão de que se trata de órgão com função jurisdicional. No entanto, a tarefa de revisar e julgar, de ofício, a execução do orçamento público, como também referido na Exposição de Motivos do Decreto 966-A, não permitiria o encaixe das atividades da Instituição que estava nascendo com a função jurisdicional – tanto foi assim que Rui Barbosa não expressou que estava sendo criado novo órgão integrante do Poder Judiciário, o que poderia ter feito, se assim compreendesse, em consequência de sua formação jurídica. Portanto, criava-se, de fato, uma nova Instituição indispensável ao Republicanismo que então iniciava, assim como também era nova a função estatal que ela viria a exercer.

Considerando, então, as conclusões sobre a natureza jurídica das Cortes de Contas dos pontos de vista orgânica e funcional, infere-se que, conceitualmente, o Tribunal de Contas é um órgão de controle externo da administração pública, autônomo e independente dos três poderes classicamente constituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário), cujas atividades fiscalizatórias sobre a função administrativa decorrem do exercício de função estatal própria e autônoma: a função de controle externo.

Diante dessa definição, pode-se dizer que o Tribunal de Contas, considerando a concepção *montesquiana* de Estado, constitui órgão *sui generis* na organização política brasileira, assim como *sui generis* é a função estatal que exerce, razão pela qual se decide qualificar, tanto a Instituição quanto a função, como de *controle externo*.

#### **2.4.2 A natureza jurídica das decisões dos Tribunais de Contas**

A discussão sobre a natureza jurídica das decisões dos Tribunais de Contas pode ser dividida em duas etapas. A primeira diz respeito à sua classificação de

---

<sup>203</sup> Com a proclamação da República brasileira, em 15/11/1889, constituiu-se um governo provisório, liderado por Deodoro da Fonseca, do qual fazia parte Rui Barbosa, que posteriormente foi nomeado ministro da Fazenda do primeiro governo republicano.

acordo com a função da Instituição e a segunda, certamente vinculada à primeira, guarda relação com suas características, em especial quanto aos aspectos de revisibilidade (*sobre* a Administração e *sob* o Judiciário) e de coercibilidade (em havendo o poder de revisibilidade, quais os instrumentos e limites para efetivação das decisões dos Tribunais de Contas).

Quanto à primeira etapa da discussão, a resposta não é das mais difíceis, em se considerando o raciocínio que se desenvolveu até este ponto. Considerando a natureza jurídica da Instituição, suas decisões, logicamente, seguirão a mesma classificação. Assim, chega-se à conclusão de que a natureza jurídica das decisões dos Tribunais de Contas não se caracteriza como mero ato administrativo e também foge às características das decisões judiciais, razão pela qual merecem classificação própria: devem ser denominadas de *decisões de contas*.

Sem identificá-las dessa maneira, mas concordando com a natureza jurídica distinta da jurisdicional e da administrativa, Di Pietro assim se posiciona sobre as decisões das Cortes de Contas<sup>204</sup>:

“[...] Pode-se afirmar que a decisão do Tribunal de Contas, se não se iguala à decisão jurisdicional, porque está também sujeita ao controle pelo Poder Judiciário, também não se identifica com a função puramente administrativa. Ela se coloca a meio caminho entre uma e outra. Ela tem fundamento constitucional e se sobrepõe à decisão das autoridades administrativas, qualquer que seja o nível em que se insiram na hierarquia da Administração Pública, mesmo no nível máximo da chefia do Poder Executivo”.

Todavia, definir que a decisão tem natureza jurídica “de contas”, em pouco adianta para se compreender suas características, dada a inexistência de definição clara e exata, tanto no ordenamento normativo, como na doutrina, sobre quais os atributos e efeitos das decisões de contas.

Ao tratar das características das decisões de contas, a doutrina, geralmente, limita-se a referir que essas se configuram como título executivo extrajudicial, repercutindo, pois, o dispositivo constitucional que assim prevê. Outro ponto que a doutrina trabalha sobre o assunto refere-se à questão da revisibilidade sobre a Administração Pública: as decisões dos Tribunais de Contas têm o poder de revisar os atos administrativos? Nesse contexto, é possível afirmar que possuem caráter coercitivo/mandamental?

---

<sup>204</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Coisa julgada. Aplicabilidade a decisões do tribunal de contas da União. **Revista do TCU**, v. 27, n. 70, out./dez. 1996. p. 23.

A professora Di Pietro, no que se refere à questão da coercibilidade da decisão de contas, posiciona-se no sentido positivo, como visto na transcrição acima, defendendo que ela “tem fundamento constitucional e se sobrepõe à decisão das autoridades administrativas, qualquer que seja o nível em que se insiram na hierarquia da Administração Pública”.

No entendimento proporcionado pela presente pesquisa, esse é o pensamento mais adequado.

Destaca-se a existência de *case* com repercussão geral no STF<sup>205</sup> que trata justamente da natureza jurídica das decisões dos Tribunais de Contas – no caso, para definir se os efeitos das decisões dos Tribunais de Contas Estaduais possuem ou não caráter mandamental sobre os atos administrativos municipais. O processo que originou tal discussão é do Estado do Rio Grande do Sul, em que o Tribunal de Justiça local, ao analisar mandado de segurança impetrado contra decisão do TCE-RS que negou registro à nomeação de professor de séries iniciais, do Município de Amaral Ferrador, pelo não cumprimento de requisito editalício, concluiu que “em relação aos municípios, as conclusões dos Tribunais de Contas Estaduais, no exercício de sua função institucional, possuem tão somente natureza opinativa, cabendo ao poder executivo o juízo de valor sobre seu acolhimento ou não”.

Com efeito, a decisão do TJ-RS vai de encontro à jurisprudência do STF sobre o caráter mandamental<sup>206</sup> – e não meramente opinativo – das decisões das Cortes de Contas, à exceção do parecer prévio (art. 71, I, da CRFB), conforme se

---

<sup>205</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 576.920/RS**. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Salete Santos da Silva. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 22 de março de 2008. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 10 jan. 2016.

<sup>206</sup> No ponto, ainda que a pesquisa não se preocupe em identificação terminológica precisa e exata em relação aos conceitos do processo civil, adota-se como definição do caráter mandamental da decisão de contas aquela cuja eficácia consista em o magistrado determinar a alguém o cumprimento imediato de sua ordem. Nesse sentido, BAPTISTA da SILVA assim se manifestou: “A ação mandamental tem por fim obter, como eficácia preponderante da respectiva sentença de procedência, que o juiz emita uma ordem a ser observada pelo demandado, ao invés de limitar-se a condená-lo a fazer ou não fazer alguma coisa. É da essência, portanto, da ação mandamental que a sentença que lhe reconheça a procedência contenha uma ordem para que se expeça um mandado. Daí a designação de sentença mandamental. Neste tipo de sentença, o juiz ordena e não simplesmente condena. E nisto reside, precisamente, o elemento eficaz que a faz diferente das sentenças próprias do Processo de Conhecimento. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 2. p. 336.

percebe, em especial, no julgamento do MS n° 23.550/DF<sup>207</sup>, razão pela qual se acredita que a decisão da Suprema Corte, neste *case* de Repercussão Geral, seja no sentido de reconhecer o caráter mandamental das decisões dos Tribunais de Contas em relação aos atos administrativos praticados pela Administração Pública.

Com efeito, entende-se que não há outra interpretação possível à competência conferida pelo texto constitucional ao Tribunal de Contas no art. 71, inciso IX, além da compreensão de que o órgão de controle externo possui poder de revisar com caráter mandamental – e não apenas opinativo – os atos da administração pública sob sua responsabilidade de fiscalização. Mencionado dispositivo constitucional prevê que compete a Corte de Contas “assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade”. Ora, com essa redação, é pouco mais do que evidente o que o constituinte quis dizer, em português mais claro e direto: o órgão ou entidade da Administração Pública cuja gestão tiver cometido ilegalidade de acordo com a conclusão da verificação efetuada pelo Tribunal de Contas *deverá* adotar as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, no prazo assinado pela Instituição de controle externo. Nesse contexto, infere-se que o caráter coercitivo/mandamental da *decisão de contas* equivale-se ao da decisão jurisdicional.

Além do caráter mandamental, a decisão do Tribunal de Contas poderá revestir-se do de *executividade*<sup>208</sup>. Isso porque, nos termos do inciso X do mesmo art. 71, o constituinte previu que competirá ao Tribunal de Contas “*sustar, se não atendido* [quanto à ordem para o órgão ou entidade adotar as providências necessárias ao exato cumprimento da lei – inciso IX], *a execução do ato impugnado,*

---

<sup>207</sup> Constatou na ementa do julgamento citado que: “EMENTA: I. Tribunal de Contas: competência: contratos administrativos (CF, art. 71, IX e §§ 1º e 2º). 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** [...]. (grifou-se). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n° 24.510-7**. Impetrante: Poli Engenharia Ltda. Impetrado: Presidente do Tribunal de Contas da União - TCU; Secretário Adjunto de Administração da Superintendência da Zona Franca de Manaus. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 04 de abril de 2001. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 jan. 2016.

<sup>208</sup> Da mesma forma que se tratou o “caráter mandamental” da decisão da Corte de Contas, aqui não se pretende equiparação total do conceito de “caráter executivo” ao conteúdo teórico conferido pela doutrina processualista ao caracterizar as decisões jurisdicionais. Até porque as decisões de contas não possuem competência para executar os débitos imputados por suas decisões, etapa a ser realizada no âmbito do Poder Judiciário, o que diferencia, portanto, a executividade da decisão jurisdicional e da decisão de contas nesse aspecto.



*comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal*". Isso significa que o próprio Tribunal de Contas, em não havendo a adoção de providências necessárias pelo gestor visando ao cumprimento da lei, poderá executar sua decisão, suspendendo a eficácia do ato impugnado, independentemente de qualquer participação da função jurisdicional do Estado para isso. Logo, nessa hipótese, a sustação declarada pela Corte de Contas implicará a suspensão dos efeitos jurídicos do ato administrativo declarado ilegal, o que demonstra, sem dúvidas, efetiva execução da decisão de contas.

Assim, com base nessas duas características da decisão de contas imbricadas de fundamento constitucional, conforme acima visto, infere-se que a natureza jurídica das decisões de contas qualifica-se por conter poder de revisibilidade sobre os atos administrativos da Administração Pública, o qual se limita às matérias de competência de fiscalização das Instituições de controle externo.

Com efeito, para além das características das decisões de contas aqui abordadas, certamente outras existem<sup>209</sup> (e poderiam ser tratadas com maior profundidade pela doutrina<sup>210</sup>), mas, por não terem grande importância para esta

---

<sup>209</sup> Por exemplo, os caracteres constitutivo, declaratório e condenatório, ao menos em análise superficial, também poderiam, se o critério para classificação fosse o classicamente concebido, ser atribuídos à decisão de contas. Quanto ao caráter constitutivo, pode-se reconhecê-lo nas decisões que apreciam, para fins de registro, as concessões de aposentadorias, reformas e pensões de servidores públicos (art. 71, III, da CRFB), tendo em vista a jurisprudência consolidada do STF classificar como "ato complexo" referida concessão de aposentadoria analisada pelos Tribunais de Contas (v.g.: Mandado de Segurança n° 31.742/DF, julgado em 27/10/2015 e Mandado de Segurança n° 27.628 AgR/DF, julgado em 20/10/2015). Além disso, o caráter declaratório pode ser constatado no julgamento ou na apreciação das contas de sua competência (art. 71, I e II, da Carta Magna brasileira) e o condenatório na aplicação aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, das sanções previstas em lei (art. 71, VIII, da Constituição). Sobre o caráter condenatório, é válido lembrar que a decisão de contas dotada de cunho condenatório, nesse aspecto, não pode ser executada dentro da própria função de controle externo. No §3º do art. 71 da Constituição nacional, restou preconizado que "as decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo", do que se conclui pela necessidade de atuação da função jurisdicional do Estado para dar efetividade e completar a atuação da função de controle externo. Dessa forma, entende-se que o constituinte originário fragilizou a atuação do controle externo ao optar pela impossibilidade de finalização do exercício de atividade estatal dentro do mesmo processo e da mesma função estatal. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao%20Compilado.htm)>. Acesso em: 13 mar. 2016.

<sup>210</sup> Em verdade, as próprias características abordadas na pesquisa também podem ser objeto de estudo com maior verticalidade, como, por exemplo, a necessidade de encontrar resposta científica adequada para a problematização da previsão de multa coercitiva para o cumprimento das decisões de contas, donde se aprofundará o conhecimento dos limites do caráter

pesquisa, ficarão de fora do estudo. De outro lado, retomando a questão da revisibilidade das decisões de contas pelo Judiciário, reitera-se o entendimento pela sua possibilidade apenas em específicos casos e com determinados critérios, conforme visto acima.

De toda forma, finaliza-se o presente tópico classificando-se as decisões proferidas pelos Tribunais de Contas com natureza jurídica própria (isto é, não são decisões judiciais, nem administrativas), aqui denominadas de *decisões de contas*, as quais se revestem de poder com fundamento constitucional para revisar, com caráter mandamental e executivo, os atos da Administração Pública fiscalizáveis por sua competência prevista na Carta Magna.

### 2.4.3 A natureza jurídica dos processos dos Tribunais de Contas

Nas discussões jurídicas, inexistente clareza sobre a natureza do processo que tramita nos Tribunais de Contas para realização do exercício de suas atividades. Embora doutrina e jurisprudência eventualmente classifiquem-no, assim o fazem apenas por meio de mera qualificação, carecendo, porém, de fundamentação a escolha que demonstre e justifique os motivos que levaram à respectiva conclusão.

A definição da natureza jurídica dos processos dos Tribunais de Contas deve passar pelo mesmo caminho percorrido até se chegar à conclusão sobre a natureza de suas decisões: num primeiro momento, importa a identificação de natureza jurídica própria e específica, para, num segundo momento, avaliar os efeitos que disso decorre.

Cabe salientar que parte da doutrina classifica o processo que tramita junto ao Tribunal de Contas como administrativo. Representante desse grupo, Valdecir Pascoal refere que a “atuação do Tribunal de Contas se consubstancia por meio de processo administrativo”.<sup>211</sup> Para além disso, lembra que Hely Lopes Meirelles denomina de processo administrativo de controle “aquele em que a Administração realiza verificações e declara situação, direito, conduta do administrado ou servidor,

---

mandamental das decisões proferidas pelas Cortes de Contas. Nessa linha, cita-se o artigo de Reuder Rodrigues Madureira de Almeida – “Aplicação das astreintes no âmbito dos Tribunais de Contas”. ALMEIDA, Reuder Rodrigues Madureira de. Aplicação das astreintes no âmbito dos Tribunais de Contas. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 75, ano 25, n. 2, abr./maio/jun. 2010.

<sup>211</sup> PASCOAL, Valdecir. **Direito financeiro e controle externo**. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 142.

com caráter vinculante para as partes. Quando neles se deparam irregularidades puníveis, exige-se o contraditório e a ampla defesa”. E conclui que este é o processo realizado nos Tribunais de Contas, fazendo a ressalva, contudo, de que existem algumas particularidades relativas ao processo de controle, especialmente no que se refere à desnecessidade de ampla defesa e contraditório na primeira fase da instrução processual, denominada de “fase investigatória”.<sup>212</sup>

Nessa explicação, porém, atribuíram-se três possíveis classificações à natureza jurídica dos processos que tramitam nas Cortes de Contas: um processo administrativo, um processo administrativo de controle<sup>213</sup> e um processo administrativo de controle com peculiaridades.

Entende-se que, de fato, o processo que tramita junto às Cortes de Contas, analisado sob os seus diversos ângulos, reveste-se de peculiaridades próprias, assim como são próprias as características de sua função estatal. Aliás, é razoável que cada função estatal seja realizada por meio de processo com natureza jurídica própria, diferente da natureza jurídica dos processos relativos às outras funções estatais<sup>214</sup>. Nessa linha, deve-se referir o marco teórico da processualidade ampla, defendida primordialmente pelo austríaco Adolfo Merkl, que defende que o processo deve estar presente no exercício de todas as funções do Estado, e não somente na função jurisdicional.<sup>215</sup> E, dentro desse contexto, a professora Medauar reconhece a relação de identidade existente entre as naturezas da função estatal e o respectivo processo que o expressa, afirmando que “compete ao direito administrativo o estudo

---

<sup>212</sup> Ibid., p. 143.

<sup>213</sup> Essa denominação, aliás, é que foi utilizada pelo pesquisador Reuder Rodrigues Madureira de Almeida, inclusive no título de seu artigo “Devido processo legal: observância do contraditório e da ampla defesa nos processos administrativos de controle”. ALMEIDA, Reuder Rodrigues Madureira de. Devido processo legal: observância do contraditório e da ampla defesa nos processos administrativos de controle. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 31, n. 4, out./nov./dez. 2013.

<sup>214</sup> Nessa linha, convém mencionar a catalogação feita por Moreira Neto ao dividir o gênero processual em espécies próprias processuais relacionadas a cada poder ou órgão constitucionalmente independente: “Trata-se, portanto, o processo administrativo de uma espécie do gênero processual, próprio e essencial à exteriorização metódica da vontade estatal, que engloba os processos legislativo, judiciário e os próprios dos órgãos constitucionalmente independentes”. MOREIRA NETO, Diogo de. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 177.

<sup>215</sup> Assim ensinam Medauar (MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. v. 1. p. 22) e MELLO (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O enquadramento constitucional do Tribunal de Contas. In: FREITAS, Ney José de (Org.). **Tribunais de Contas: Aspectos polêmicos: estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 482).

das peculiaridades da processualidade administrativa, porque esta diz respeito ao exercício da função administrativa”.<sup>216</sup>

Considerando, então, a conclusão de que o controle externo representa função autônoma e específica, parece mais adequado denominar de forma própria e diferenciada o processo pelo qual os Tribunais de Contas exercem suas atividades da função de controle externo. No caso, a pesquisa conclui por denominá-lo de *processo de contas*, seguindo expressão utilizada por Carlos Ayres Britto<sup>217</sup>:

[...] os processos instaurados pelos Tribunais de Contas têm sua própria ontologia. São processos de contas, e não processos parlamentares, nem judiciais, nem administrativos. [...] Que também não sejam processos administrativos, basta evidenciar que as Instituições de Contas não julgam da própria atividade (quem assim procede são os órgãos administrativos), mas da atividade de outros órgãos, outros agentes públicos, outras pessoas, enfim. Sua atuação é consequência de uma precedente atuação (a administrativa), e não um proceder originário. E seu operar institucional não é propriamente um tirar competências da lei para agir, mas ver se quem tirou competências da lei para agir estava autorizado a fazê-lo e em que medida.

Alguns autores denominam-no de processo de controle, como é o caso de Rachel Campos Pereira de Carvalho e Henrique de Paula Kleinsorge.<sup>218</sup> De qualquer sorte, a identificação a ser escolhida para classificar o processo do controle externo é menos relevante do que reconhecer a eles a natureza própria que permita o exercício das atividades-finalísticas das Cortes de Contas, sendo diferente, portanto, da natureza do processo administrativo e, igualmente, do judicial.

Vencida a etapa de qualificação nominal da natureza jurídica do processo dos órgãos de controle externo, restaria definir quais as características e princípios do processo de contas.

#### 2.4.3.1. As características e princípios dos processos dos Tribunais de Contas

A importância de se definir exatamente a separação funcional do poder estatal é conseguir reconhecer as ações próprias de cada função. Tais ações, na

---

<sup>216</sup> MEDAUAR, op. cit., p. 23.

<sup>217</sup> BRITTO, Carlos Ayres. O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas. **Revista de Interesse Público**, Porto Alegre, n. 13, 2002. p. 10.

<sup>218</sup> CARVALHO, Rachel Campos Pereira de; KLEINSORGE, Henrique de Paula. A cautelaridade nos tribunais de contas. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte, v. 83, n. 2, abr./jun. 2012.

visão dos teóricos da *processualidade ampla*, devem ser externadas conforme a processualidade própria da função.<sup>219</sup> Isso significa dizer: processos delineados e delimitados conforme a natureza jurídica de sua função - legislativa, jurisdicional, administrativa ou de contas.

Portanto, da ideia de processualização da atuação estatal, decorre a imposição de que as funções estatais sejam exercidas por meio de processos, com as garantias que todo processo oferta a seus participantes, visando ao cumprimento dos fins a que se propõem. Nessa linha, cabe mencionar lição de Humberto Theodoro Júnior no sentido de que “a natureza do processo e dos atos processuais deve ser procurada pelo seu objetivo final e não pelo caminho percorrido para atingi-lo”.<sup>220</sup> Por meio desse raciocínio, depreende-se que a função estatal deve ser exercida por meio de processo cuja finalidade será idêntica à da própria função. É dizer, no caso do Tribunal de Contas, que o processo de contas deverá configurar-se como meio adequado e efetivo para atingir os fins almejados pela função estatal de controle externo.

Tendo em vista a finalidade da função de controle externo, conclui-se que o processo de contas deverá revestir-se de características e observar princípios tendo como finalidade a tutela da boa administração pública quanto às facetas de gestão cuja fiscalização compete, por comando constitucional, ao controle externo.<sup>221</sup>

Nessa linha, Augusto Sherman Cavalcanti reconheceu três dimensões do processo de contas. O autor referiu, ao tratar da natureza jurídica dos processos de

---

<sup>219</sup> Nesse sentido, cita-se Di Pietro: “Assim, pode-se falar em processo num sentido muito amplo, de modo a abranger os instrumentos de que se utilizam os três Poderes do Estado – Judiciário, Legislativo e Executivo, para a consecução de seus fins. Cada qual, desempenhando funções diversas, se utiliza de processo próprio, cuja fonte criadora é a própria Constituição; ela estabelece regras fundamentais de competência e de forma, institui os órgãos, define suas atribuições, tudo com o objetivo de assegurar a independência e o equilíbrio no exercício de suas funções institucionais e, ao mesmo tempo, garantir que esse exercício se faça com respeito aos direitos individuais, também assegurados pela Constituição”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 573.

<sup>220</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. As liminares e a tutela de urgência. **Consulex**, n. 139, out. 2002. p. 51.

<sup>221</sup> Mileski e Freitas também vislumbram essa finalidade do processo que tramita junto aos Tribunais de Contas, embora o denominem de “processo de fiscalização”, e relacionam os princípios a serem observados em tal processo: “O processo de fiscalização, no âmbito dos Tribunais de Contas, deverá observar os princípios da legalidade, da moralidade, da economicidade, do desenvolvimento sustentável, da eficácia, da eficiência, da proporcionalidade, da impessoalidade, da legitimidade, da transparência e da publicidade, da motivação, do contraditório e da ampla defesa, e da duração razoável do processo, **tendo como finalidade a efetivação do direito fundamental à boa administração pública**”. (grifou-se). FREITAS, Juarez; MILESKI, Hélio Saul. **Manual de boas práticas processuais dos Tribunais de Contas**. Florianópolis: ATRICON, 2013

contas, que esses contemplam “três dimensões relevantes, três vertentes necessárias ao cumprimento integral de seus fins. A primeira diz respeito ao julgamento da gestão do administrador responsável e é dita dimensão política; a segunda, à punibilidade do gestor faltoso e é dita dimensão sancionatória; e a terceira, à reparação do dano eventualmente causado ao erário e a chamo de dimensão indenizatória”.<sup>222</sup>

Com efeito, as três dimensões visualizadas pelo pesquisador citado encaixam-se na finalidade institucional dos Tribunais de Contas reconhecida na presente pesquisa, que, como visto coincide com a finalidade do respectivo processo. Em verdade, é possível relacionar as três dimensões elencadas por Cavalcanti aos dois objetivos mencionados como resultado de subdivisão da finalidade referida – tutela do erário e avaliação dos gestores públicos. Nesse sentido, a primeira dimensão, de julgamento do administrador responsável, está contida no objetivo de avaliação do gestor público; a terceira dimensão (indenizatória) está relacionada ao objetivo de tutelar o erário; e a segunda dimensão (sancionatória) pode ser catalogada tanto no primeiro quanto no segundo objetivo referidos.

A expedição de provimentos provisórios nos processos de contas, assunto da presente pesquisa, está relacionada com o objetivo de tutelar o erário ou com a dimensão indenizatória, segundo os critérios de classificação vistos acima. Em relação à avaliação do gestor e sua punição, são finalidades que exigem cognição exauriente e plena, de modo que não se cogita a utilização de provimentos provisórios, os quais, vale referir, aqui, ao menos incipientemente, são precedidos de cognição sumária. Portanto, sobre o objetivo do processo de contas relativo à tutela do erário ou da dimensão indenizatória, a depender da classificação adotada, é que o trabalho preocupar-se-á.

Conquanto seja possível encontrar alguma correspondência entre as propostas de classificação, vistas acima, formuladas a partir de aspectos de finalidades e de dimensões do processo de contas, nota-se significativa diferença entre o critério essencial adotado para sua elaboração. A classificação de Cavalcanti está voltada para visão de que a indenização do dano eventualmente causado pela

---

<sup>222</sup> CAVALCANTI, Augusto Sherman. Aspectos da competência julgadora dos tribunais de contas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 237, set. 2004.

má gestão pública seja uma resposta satisfatória dada pelo processo de contas. Ocorre que a evolução dos estudos processualistas demonstrou que a efetiva tutela dos direitos deve priorizar que se evite a violação do direito tutelado pelo processo e pela função estatal correspondentes, não se contentando, portanto, apenas com a superveniente indenização.

Os instrumentos provisórios, dessa forma, poderiam ser utilizados antes mesmo de se cogitar a dimensão indenizatória do processo de contas – já que o dano seria evitado ou estancado. Aliás, com a utilização de tais ferramentas, não somente o dano, mas também o ilícito<sup>223</sup> poderia ser evitado previamente a sua ocorrência ou corrigido o quanto antes, sem necessariamente esperar pela cognição plena e exauriente no processo.

Esse é o assunto que pautará o próximo eixo da pesquisa. Considerando, todavia, a inexistência de lei processual de contas, deve-se definir, de forma pretérita, qual dos Diplomas Legais que regulamentam processos em nível federal ou nacional aproxima-se mais do regramento necessário e adequado para tutelar a boa administração pública, em especial o erário.

#### 2.4.3.2 O processo de contas e seu regramento subsidiário: a Lei 9.874/99 (Lei do Processo Administrativo) ou o Código de Processo Civil?

Conforme visto no tópico anterior, o processo de contas possui natureza jurídica própria, distinguindo-se, pois, dos processos judicial e administrativo.

O processo que formaliza as atividades-fim dos Tribunais de Contas deveria, assim como já acontece com o processo administrativo e o processo judicial, ser regulamentado por uma lei nacional<sup>224</sup>, que previsse seus princípios e regras aplicáveis à atuação processual de todas as Cortes de Contas do país.

---

<sup>223</sup> No processo civil brasileiro, convém referir desde agora, o doutrinador que protagonizou a diferenciação entre os conceitos de *ilícito* e *dano* foi Marinoni, em sua obra *Tutela inibitória*. Para fazê-lo, definiu basicamente que *ilícito* é ato contrário ao direito e *dano* é um prejuízo juridicamente relevante, não tendo como se confundir os dois conceitos. MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

<sup>224</sup> Sabe-se que, em relação ao processo administrativo, não se trata de lei nacional, mas sim de lei federal; todavia, considerando a sólida jurisprudência do STF no sentido de que a lei do processo administrativo federal (Lei n. 9.784/99) é de aplicação subsidiária aos processos administrativos daqueles entes federados que não contenham legislação própria, optou-se por também qualificá-la como nacional.

Tal pensamento, no sentido de existir regramento legal que uniformize a atuação processual das Cortes de Contas, não é novidade e já se tentou concretizá-lo a partir de ações organizativas da ATRICON (Associação dos Tribunais de Contas<sup>225</sup>), que buscou construir uma redação para elaboração de uma “Lei Orgânica Nacional dos Tribunais de Contas” no início dos anos 2000, que conteria, entre outras previsões, normas gerais dos processos que tramitam perante o Tribunal de Contas<sup>226</sup>.

Todavia, até o momento, não se está sequer perto de se realizar tal ideia, tendo em vista que nem projeto de lei<sup>227</sup> sobre o tema tramita no Congresso brasileiro.

Diante da inexistência de regulamentação nacional do processo de contas, cada Tribunal de Contas acaba prevendo suas regras processuais básicas em sua Lei Orgânica específica, complementadas por normas do respectivo Regimento Interno ou por outros atos normativos infralegais.

Em qualquer situação, anteriormente à elaboração do regramento processual de contas ou de forma superveniente, surgirão questionamentos a respeito da matéria: qual diploma legal servirá de inspiração para a confecção do texto que estabelecerá as regras do processo de contas e, nos casos de omissão, qual a base normativa deve ser considerada de aplicação subsidiária aos processos de contas? Diante da exclusão óbvia da comparação entre o processo legislativo e o processo de contas, restarão outros dois regimes jurídicos de processos para comparação: o administrativo e o judicial. Mais especificamente, a dúvida recairá, no que tange às

---

<sup>225</sup> Integrada por Ministros, Conselheiros e seus Substitutos.

<sup>226</sup> Informações extraídas de relato inserido no texto de “Apresentação” do “Manual de Boas Práticas Processuais dos Tribunais de Contas, publicado por Juarez Freitas e Hélio Saul Mileski, em 2013. Do relato mencionado, cabe transcrever o seguinte trecho: “A origem dos estudos sobre o conteúdo desse Manual é remota. Fruto da necessidade de uma certa uniformização da atuação dos Tribunais de Contas houve uma primeira tentativa da Atricon sob a coordenação do Professor Diogo de Figueiredo em meados de 2000, depois abandonada pela falta de adesão mais ampla dos Tribunais de Contas à iniciativa”. FREITAS, Juarez; MILESKI, Hélio Saul. **Manual de boas práticas processuais dos Tribunais de Contas**. Florianópolis: ATRICON, 2013.

<sup>227</sup> Não se desconhece, vale registrar, alegação de que lei nacional sobre a organicidade dos Tribunais de Contas seria inconstitucional, por se tratar de matéria de competência legislativa específica de cada ente federado que contar com uma Corte de Contas em sua estrutura administrativa. Não obstante, registra-se a discordância em relação a tal tese, tendo em vista a similitude da situação do que se propunha aos Tribunais de Contas com a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/1993). Além disso, o processo de contas, por não se configurar como processo administrativo, poderia ser compreendido como matéria cuja competência legislativa é de caráter nacional, conforme previsão do art. 22, I, da CRFB.



regras subsidiárias aplicáveis ao processo de contas, sobre a utilização da Lei 9.784/99 ou do Código de Processo Civil.<sup>228</sup>

É sabido que o STF já se pronunciou, no *MS 23.550/DF*, no sentido da aplicação subsidiária da Lei 9.784/99 ao processo de contas. Na ementa de referido *mandamus*, no qual se discutia a competência do TCU na fiscalização de contratos administrativos, bem como a aplicação de garantias processuais constitucionais no âmbito da Corte de Contas federal, restou assentado, apesar de haver referência às *funções de controle do Tribunal de Contas, de colorido quase – jurisdicional*, que “nada exclui os procedimentos do Tribunal de Contas da aplicação subsidiária da lei geral de processo administrativo federal (Lei n° 9.784/99)”.

De outro lado, a maior parte da doutrina que trata do tema aponta o Código de Processo Civil como fonte subsidiária às normas do processo de contas, destacando-se a opinião da ex-ministra Ellen Gracie sobre o tema: “[...] Por essas características, em termos técnicos, o processo administrativo perante o TCU, de caráter judicialiforme, observa em geral subsidiariamente os princípios do processo civil”.<sup>229</sup>

Apesar de o Tribunal de Contas da União não expressar a natureza das normas de aplicação subsidiária ao seu processo<sup>230</sup>, é representativo o número de Cortes de Contas estaduais que sinalizam o Código de Processo Civil como fonte supletiva ou subsidiária<sup>231</sup>.

<sup>228</sup> CARVALHO e KLEINSORGE apontam as duas possibilidades de legislação como possíveis fontes subsidiárias ao processo de contas (por eles chamado de processo de controle): “O processo de controle é regido pelas leis orgânicas dos tribunais de contas, pelos respectivos regimentos internos, e, subsidiariamente, por via de regra, pelas leis de processo administrativo e pelo Código de Processo Civil. São essas normas que autorizam as cortes de contas a lançarem mão de providimentos cautelares no exercício de sua função constitucional”. CARVALHO, Rachel Campos Pereira de; KLEINSORGE, Henrique de Paula. A cautelaridade nos tribunais de contas. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte, v. 83, n. 2, abr./jun. 2012.

<sup>229</sup> GRACIE, Ellen. Notas sobre a revisão judicial das decisões do Tribunal de Contas da União pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista do Tribunal de Contas da União**, ano 39, n. 110, set./dez. 2007.

<sup>230</sup> No Regimento Interno do TCU, consta o seguinte: “Art. 298. Aplicam-se subsidiariamente no Tribunal as disposições das normas processuais em vigor, no que couber e desde que compatíveis com a Lei Orgânica”. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Resolução nº 155, de 04 de dezembro de 2012**. Aprova o Regimento Interno do Tribunal de Contas da União. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/normativos/regimentos-internos/regimentosinternos.htm>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

<sup>231</sup> Aliás, essa é a posição expressamente adotada pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (art. 147, do seu Regimento Interno –“Nos casos omissos neste Regimento, em matéria processual, aplicar-se-ão subsidiariamente as disposições do Código de Processo Civil”), assim como pelos Tribunais de Contas dos Estados de Minas Gerais (arts. 131,

Recentemente, a dúvida poderia ter sido solvida a partir da vigência do novo Código de Processo Civil, caso este Diploma Legal também trouxesse, no *caput* de seu artigo 15, referência ao *processo de contas*. Todavia, o dispositivo legal mencionado previu apenas que “na ausência de normas que regulem **processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos**, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”. (grifou-se) – redação que muito provavelmente desconsiderou a possível qualificação do processo de contas como processo específico, com natureza própria. Com efeito, mesmo sem haver menção ao processo de contas, a primeira impressão é que o legislador pretendeu adotar o Código de Processo Civil como parâmetro para todos os tipos de processo que expressam e constituem a atuação estatal quando direitos individuais e/ou coletivos estão sendo tutelados pelo Estado (à exceção do processo legislativo, no qual não existe essa finalidade precípua processual de tutelar direitos). Adotando-se essa linha de raciocínio, poderia abreviar-se o caminho de análise quanto à aplicação de Diploma Legal supletivo e/ou subsidiário<sup>232</sup> ao processo de contas, concluindo-se que corresponderia ao Código de Processo Civil.

No entanto, a pesquisa não se contentou em restringir somente sobre tal raciocínio o exame das possíveis justificativas para definir a fonte normativa

---

parágrafo único, 156, 166, §1º e III, 199 e 333 do seu Regimento Interno, cabendo destacar o penúltimo – “Art. 199 - Às medidas cautelares previstas, aplica-se, subsidiariamente, o Código de Processo Civil”), da Bahia (arts. 79, parágrafo único, e 54, §2º, VIII, de sua Lei Orgânica), Pernambuco (art. 206 do seu Regimento Interno), Mato Grosso (arts. 62 e 86 de sua Lei Orgânica), Rio de Janeiro (art. 95 de sua Lei Orgânica) e Paraná (arts. 15, §1º, 44, §1º, 52 e 53 de sua Lei Orgânica, cabendo transcrever os dois últimos - Art. 52. Aplica-se subsidiariamente o Código de Processo Civil, no que couber, em todos os julgamentos no âmbito do Tribunal de Contas. Art. 53. O Tribunal poderá solicitar incidentalmente e motivadamente, aos órgãos e Poderes competentes a aplicação de medidas cautelares definidas em lei, ou determinar aquelas previstas no Regimento Interno, quando houver receio de que o responsável possa agravar a lesão ou tornar difícil ou impossível a sua reparação, nos termos do Código de Processo Civil.)

<sup>232</sup> Sobre a diferença entre subsidiário e supletivo, convém referir a observação de Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello: “O legislador disse menos do que queria. Não se trata somente de aplicar as normas processuais aos processos administrativos, trabalhistas e eleitorais quando não houver normas, nestes ramos do direito, que resolvam a situação. A aplicação subsidiária ocorre também em situações nas quais não há omissão. Trata-se, como sugere a expressão ‘subsidiária’, de uma possibilidade de enriquecimento, de leitura de um dispositivo sob outro viés, de extrair-se da norma processual eleitoral, trabalhista ou administrativa um sentido diferente, iluminado pelos princípios fundamentais do processo civil. A aplicação supletiva é que supõe omissão. Aliás, o legislador, deixando de lado a preocupação com a própria expressão, precisão da linguagem, serve-se das duas expressões. Não deve ter suposto que significam a mesma coisa, se não, não teria usado as duas. Mas como empregou também a mais rica, mais abrangente, deve o intérprete entender que é disso que se trata”. WAMBIER, Teresa Arruda Alvin et al. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**. Artigo por artigo. São Paulo: RT, 2015. p. 75.

subsidiária/supletiva do processo de contas. O argumento principal para responder a dúvida suscitada passa por método de prestigiar o ângulo teleológico<sup>233</sup>: devem-se analisar as finalidades dos processos comparados<sup>234</sup>, a fim de compreender quais são mais similares e próximas aos fins dos processos de contas, cuja conclusão, conseqüentemente, definirá a escolha por um dos conjuntos de regras processuais já estabelecidos como fonte subsidiária e supletiva do regramento do processo que tramita nas Cortes de Contas. No caso da presente pesquisa, o fim do processo de contas a ser atingido, como já visto, está voltado à tutela da boa administração pública.

Pois bem, resta efetuar a comparação entre as finalidades do processo administrativo e do judicial (processo civil) às do processo de contas, a fim de detectar quais daquelas, juntamente com seus respectivos instrumentos, permitem alcançar mais proximamente a tutela da boa administração pública.

Quanto ao processo administrativo, tem-se presente que a simples conceituação é tarefa das mais difíceis, tendo em vista que são múltiplas as atividades da Administração Pública a serem desempenhadas e, conseqüentemente, múltiplas serão as características dos processos realizados e formalizados para execução de seus fins. Por tal razão, as definições da doutrina sobre o processo administrativo, por vezes, acabam sendo elaboradas de forma genérica.<sup>235</sup>

---

<sup>233</sup> Nessa linha, ensina MITIDIERO que “no Estado Constitucional, importa antes de qualquer coisa o ângulo teleológico do assunto”. MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 57.

<sup>234</sup> Aliás, justamente por aplicar a metodologia referida, é que se descartam, de plano, as regras de processo penal como possibilidade de aplicação subsidiária ao processo de contas. A finalidade do processo penal é extremamente específica e peculiar – e pode ser resumida como a busca pela definição de uma relação jurídica surgida após a ocorrência de ilícito penal, caracterizada pelo confronto entre o poder/dever do Estado de punir e o direito do indivíduo de liberdade (direito natural do homem), não podendo ser comparável, em se tratando de essência, a qualquer outro regime jurídico de processo. Dizendo de outro modo, é justamente por se tratar somente de legislações penais nos processos penais – legislação que não se analisa no âmbito das Cortes de Contas – que não se pode compará-los, para fins de escolha de base subsidiária, ao processo de contas.

<sup>235</sup> Exemplificando isso, citam-se dois casos: (a) Moreira Neto apresenta “o conceito de processo administrativo como uma sucessão de manifestações de vontade, cada uma delas identificada singularmente como um ato administrativo, que se dispõe coordenadamente, para atingir um objetivo final que caracterizará, em cada caso, um distinto processo administrativo”; (MOREIRA NETO, Diogo de. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 176); e (b) Carvalho Filho, para quem “o processo administrativo se consubstancia numa sucessão encadeada de fatos, juridicamente ordenados, destinados à obtenção de um resultado final, no caso, a prática de um ato administrativo final”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 806.

Gasparini, ao buscar definição mais precisa para o processo administrativo, evidenciou algumas finalidades a ele relacionadas, *in verbis*.<sup>236</sup>

Processo administrativo, em sentido prático, amplo, é o conjunto de medidas jurídicas e materiais praticadas com certa ordem cronológica, necessárias ao registro dos atos da Administração Pública, ao controle do comportamento dos administrados e de seus servidores, a compatibilizar, no exercício do poder de polícia, os interesses público e privado, a punir seus servidores e terceiros, a resolver controvérsias administrativas e a outorgar direitos a terceiros.

Nenhuma das finalidades, porém, aproxima-se à de tutelar a boa administração pública. Aliás, tanto nessa conceituação quanto em qualquer outra da doutrina administrativa não se verifica referência a objetivo do processo administrativo relacionado, tão especificamente, a tutela da boa administração pública.

De outro lado, sabe-se que o processo civil, no Estado constitucional, tem por finalidade dar tutela aos direitos, principalmente mediante a prestação de decisão justa para o caso concreto.<sup>237</sup> Nesse contexto, resta evidente que a função jurisdicional também cuida de tutelar a boa administração pública, em especial em determinados casos previstos na legislação que regulamenta as ações populares<sup>238</sup>, as ações civis públicas<sup>239</sup> ou, até mesmo, as ações de improbidade

<sup>236</sup> GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 857.

<sup>237</sup> O outro meio apontado para efetivação da tutela dos direitos é “a formação de precedente para promoção da unidade do direito para a sociedade em geral”. Tendo em vista que esse segundo discurso, salvo melhor juízo, não guarda relação com o processo de contas, já que os órgãos de controle externos não integram a função jurisdicional e, portanto, não possuem aptidão a produzir precedente para a sociedade em geral, a pesquisa decidiu não lhe conferir destaque por ora. MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil. **Revista de Processo**, v. 229, ano 39, mar. 2014.

<sup>238</sup> Na Lei nº 4.717/65, prevê o art. 1º que: “Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos”. Aqui, cabe destacar que a ação popular é espécie do gênero ação coletiva, o qual abarca, ainda, o mandado de segurança coletivo e as ações propostas por outros entes que não o Ministério Público. BRASIL. **Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965**. Regula a Ação Popular. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm)>. Acesso 15 fev. 2016.

<sup>239</sup> Na Lei nº 7.347/85, está previsto no art. 1º o seguinte: “Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: [...] VIII – ao patrimônio público e social”. BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de**

administrativa<sup>240</sup> – instrumentos processuais específicos de proteção de direitos coletivos em sentido lato<sup>241</sup>. Para isso, todas as regras previstas no Código de Processo Civil podem ser utilizadas para o exercício dessa tutela, de modo que sua previsão (pelo legislador) e aplicação (pelo julgador) deveriam (e devem) levar em conta a necessidade de haver técnicas processuais adequadas para o cumprimento do seu fim.

Nesse contexto, compreendendo-se que a boa administração pública é um direito fundamental difuso<sup>242</sup>, cuja tutela estatal compete, de forma permanente e ex

---

**1985.** Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (**VETADO**) e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm)>. Acesso 15 fev. 2016.

<sup>240</sup> Na Lei nº 8.429/92, o art. 1º, caput e parágrafo único, prevê que: Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei. Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos. (BRASIL. **Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992.** Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm)>. Acesso 15 fev. 2016.). No ponto, é pertinente transcrever a lição de Prola Júnior, ao discorrer sobre os interesses tutelados pela Lei de Improbidade: Nesse contexto, pelo menos assim nos parece, não se pode proceder à leitura da Lei de Improbidade Administrativa de forma a diminuí-la a um instrumento de proteção de meros aspectos econômicos de uma entidade insulada e apartada da sociedade em que inserida, mas sim como instrumento de tutela de relevantes manifestações coletivas da dignidade da pessoa humana, entendida não como simples objeto do poder estatal, mas como sujeito e destinatário de uma Administração Pública transparente, isonômica, democrática, eficiente, enfim, republicana. PROLA JÚNIOR, Carlos Humberto. Improbidade administrativa e dano moral coletivo. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, ano 8, n. 30.31, jan./dez. 2009.

<sup>241</sup> Gênero que se subdivide nas seguintes espécies: direitos difusos, direitos coletivos em sentido estrito e direitos individuais homogêneos, cada um com seu conceito próprio, consagrados na previsão normativa do Código de Defesa do Consumidor (art. 81). BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 20 fev. 2016.

<sup>242</sup> Para tanto, vale-se da previsão legal do Código de Defesa do Consumidor (art. 81, inciso I), que define como direitos difusos “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”; bem como o ensinamento de Lenza que exemplifica como direito difuso: “a) o direito de todos não serem expostos à propaganda enganosa e abusiva veiculada pela televisão, rádio, jornais, revistas, painéis publicitários; b) a pretensão a um meio ambiente hígido, sadio e preservado para as presentes e futuras gerações; [...] e) o dano difuso gerado pela falsificação de produtos farmacêuticos por laboratórios químicos inescrupulosos; f) a destruição, pela famigerada indústria edílica, do patrimônio artístico, estético, histórico turístico e paisagístico; **g) a defesa do erário público**; [...] j) o dano nefasto e incalculável de cláusulas abusivas inseridas em contratos padrões de massa; k) produtos com vícios de qualidade ou quantidade ou defeitos colocados no mercado de

*officio*, à função de controle externo, conclui-se que a finalidade buscada pelo processo de contas é, na maior parte dos casos<sup>243</sup>, idêntica à do processo civil (tutela de direitos<sup>244</sup>), razão pela qual as regras do CPC são, sem dúvidas, muito mais adequadas do que as regras do processo administrativo<sup>245</sup>.

Dessa forma, resta evidente a maior aproximação funcional entre os processos de contas e os processos judiciais (civis). Para além dessa aproximação, deve-se destacar o caráter *judicialiforme* dos Tribunais de Contas, cuja estrutura contém julgadores e *fiscais da lei* dotados de garantias e prerrogativas funcionais idênticas a de seus pares de referência nas outras funções estatais, exercendo suas atividades em ritos processuais muito semelhantes aos da função jurisdicional. Tal situação, naturalmente, também acaba gerando uma aproximação do processo de contas com o processo judicial (civil).

Observa-se, então, que a finalidade do processo de contas aproxima-se muito da finalidade do processo civil, motivo pelo qual o Código de Processo Civil deve servir de referência subsidiária e supletiva aos processos de contas.

No caso do presente trabalho, a preocupação diz respeito à aplicação de medidas provisórias necessárias à tutela da boa administração pública, que já são aceitas e utilizadas no âmbito do processo judicial<sup>246</sup>, aos processos desenvolvidos

---

consumo; [...]”. (grifou-se). LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 94-95.

<sup>243</sup> Os casos em que a finalidade do processo de contas difere da do processo civil referem-se aos provimentos de julgamento pela regularidade, regularidade com ressalvas ou irregularidade das contas públicas sob fiscalização do Tribunal de Contas. Tal finalidade, como é sabido, não é do processo civil.

<sup>244</sup> Direitos esses que, no caso comparado, correspondem a direitos difusos.

<sup>245</sup> Na principal lei brasileira que regulamenta o processo administrativo (Lei Federal 9.784/99), verifica-se que a maioria de seus dispositivos, no que tange à proteção de direitos, pretendem preservar os direitos individuais dos administrados (tanto é assim que seu art. 1º refere que “esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à **proteção dos direitos dos administrados** e ao melhor cumprimento dos fins da Administração”. – grifou-se), enquanto a tutela a boa administração pública exige mais do que uma simples preservação individual de direitos, exige uma efetiva prestação de tutela coletiva por meios adequados que garantam o direito difuso em jogo. BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm)>. Acesso em 21 fev. 2016.

<sup>246</sup> Nesse sentido, cita-se MORAES, Voltaire de Lima, Dos provimentos provisórios na ação civil pública e/ou na ação coletiva. **Revista Direito e Justiça**, v. 39, n. 2, jul./dez. 2013. Na mesma linha, defendendo a possibilidade das tutelas de urgência e evidência serem aplicadas ao microsistema de tutela dos direitos coletivos, recomenda-se a leitura do seguinte artigo REMÉDIO, José Antônio; SANTOS, Rafael Fernando dos. Tutela de urgência e evidência nas ações coletivas voltadas à proteção dos direitos sociais. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, v. 15, n. 29, jul./dez. 2015.

junto ao Tribunal de Contas durante o exercício de sua função de controle externo. Esse é o assunto que permeará o desenvolvimento do segundo grande eixo da pesquisa.

### 3 OS PROVIMENTOS PROVISÓRIOS EXPEDIDOS PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS

A famigerada morosidade para realização de atos decisórios que visam à prestação de tutela de direitos, estendendo em demasia o lapso temporal entre o início do processo e a decisão definitiva que busca estabelecer justiça ao caso concreto analisado, não representa situação exclusiva dos órgãos do Poder Judiciário: os órgãos de controle externo padecem do mesmo diagnóstico. E o *remédio* para superar a *doença*, num primeiro momento, é idêntico ao receitado no processo civil: a necessidade de antecipação dos atos decisórios processuais. A constatação de que a lentidão desprestigia os mecanismos formais de resolução de litígios acabou valorizando a figura da técnica antecipatória no processo<sup>247</sup>, o que deflagrou, no âmbito do processo de contas, a reflexão quanto à utilidade de provimentos provisórios.

É oportuno reforçar, que a expressão “provimentos provisórios” não costuma ser utilizada, atualmente, para definir qualquer espécie de atuação dos Tribunais de Contas, seja quando a matéria é tratada pela doutrina, seja quando analisada pela jurisprudência. As decisões das Cortes de Contas que se revestem do caráter da provisoriedade, pendentes, portanto, de decisão definitiva, geralmente são identificadas por “medidas cautelares”. De fato, os Tribunais de Contas proferem decisões de cujo conteúdo extraem-se medidas cautelares; não obstante, nem todo provimento com caráter provisório expedido pelos órgãos de controle externo possui as características de cautelaridade, como adiante se verá. Com efeito, a confusão no sentido de classificar como *cautelar* todas as medidas que portassem a característica da provisoriedade tem origem no processo civil, cujos estudos iniciais assim entendiam, o que perdurou até evolução para a correta sistematização dos provimentos provisórios em distintas espécies, sendo uma delas a que comporta a medida com caráter cautelar.

---

<sup>247</sup> Aliás, nesse contexto, percebe-se um deslocamento do foco de atenção principal do processo. Se outrora as sentenças eram o *trunfo* mais cobiçado pelas partes e influenciavam a estratégia para os demais atos processuais, hoje o ponto nevrálgico do litígio, em diversos casos, é a (chamada) *liminar* e a *antecipação de tutela*. O objeto da disputa fundamental, em diversos processos, deixou de ser a sentença final favorável – distante no tempo – mas a antecipada prestação jurisdicional, cuja precariedade, muitas vezes, deixa de ser relevante diante de sua longa vigência.



Consagrando referida evolução dos estudos processualistas, o novo Código de Processo Civil brasileiro (Lei Federal nº 13.105), publicado em 16/03/2015 e com vigência após decorrido um ano de sua publicação<sup>248</sup>, previu, catalogou e regulamentou a *tutela provisória* em seu Livro V, a partir do artigo 294.

Considerando a aproximação do processo de contas ao processo civil, consoante acima visto, assim como a moderna sistematização da matéria trazida pelo novo Código de Processo Civil, entende-se que a forma mais adequada de qualificar as decisões das Cortes de Contas que atualmente são denominadas de “medidas cautelares” é identificá-las por “provimentos provisórios”.

Portanto, com essa qualificação é que se pretende abordar a matéria, sendo necessário, aprioristicamente, compreender ao menos as linhas mestras de pensamento que conduziram a evolução da doutrina processualista no estudo do tema.

### 3.1 OS PROVIMENTOS PROVISÓRIOS NO PROCESSO CIVIL: PERFIL CONCEITUAL

No presente tópico, discorrer-se-á sobre matéria processual de imprescindível abordagem para correta compreensão do tema principal deste trabalho. Ainda que não se pretenda aprofundar, de forma exauriente, os estudos de processo na pesquisa, faz-se necessário dedicar sintetizadas e, espera-se, claras linhas a respeito da linha evolutiva da doutrina processualista quanto a decisões de caráter provisório, desde sua origem, quando se relacionavam todos os provimentos provisórios a medidas cautelares, até o atual estado da arte da matéria, que entende os provimentos provisórios como oriundos da técnica processual antecipatória.

#### 3.1.1 Os provimentos provisórios como provimentos cautelares

De forma simples e buscando evitar grandes divergências conceituais, os provimentos provisórios, como técnica processual, podem ser classificados como medidas fundadas em cognição sumária, contrapondo-se, então, a outra espécie de

---

<sup>248</sup> Art. 1.045, CPC: Este Código entra em vigor após decorrido 1 (um) ano da data de sua publicação oficial. BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 11 mar. 2016.

provimento: o definitivo, baseado em cognição exauriente. Por isso, é intrínseca a relação entre os adjetivos “provisório” e “sumário” quando se trata de processo civil.

Ocorre que, por bastante tempo, a doutrina clássica confundiu toda tutela prestada sumariamente com a espécie *tutela cautelar*. Nesse contexto, chegou-se a defender que “toda tutela cautelar teria natureza antecipatória, toda execução fundada em cognição não definitiva seria de segurança e toda liminar teria natureza cautelar”.<sup>249</sup> Tais pensamentos foram defendidos e difundidos por longo período, proporcionando, de certa forma, um enraizamento de suas concepções na cultura processualista cuja consequência resulta em, até hoje, confusões conceituais acontecerem, inclusive, no âmbito das Cortes Superiores do Judiciário brasileiro.

Com efeito, os primeiros estudos sobre cautelares no Brasil foram inspirados pela doutrina italiana que trabalhou o tema<sup>250</sup>, enraizados, portanto, nas mesmas concepções desenvolvidas no continente europeu. Assim, era natural que as definições traçadas em território italiano fossem importadas sem muito temperamento, o que ocasionou a repetição de equívocos estrangeiros, quando existentes, sem a devida reflexão sobre o assunto.

Referida situação aconteceu no caso do estudo da tutela cautelar, tendo em vista a vinculação, praticamente por equivalência, da *cognição sumária* e da *técnica antecipatória* à teoria da tutela cautelar, o que representou “imprecisão teórica com raízes profundas na historiografia conceitual do direito processual civil e da qual grande parte da processualística contemporânea ainda não conseguiu se desvencilhar”.<sup>251</sup> Não obstante, a fim de se compreender com exatidão mencionada imprecisão teórica, faz-se necessário visitar, ao menos minimamente, os traços conceituais embrionários da tutela cautelar.

Nessa linha, destaca-se a concepção inicial da tutela cautelar como forma de proteção jurídica relacionada somente ao campo da execução forçada. Na visão da

---

<sup>249</sup> MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 18

<sup>250</sup> Aliás, cabe destacar que não só esse assunto, mas praticamente todo o desenvolvimento do direito processual civil no Brasil durante boa parte do século XX (inclusive o período em que se iniciou o estudo de cautelares no país), valeu-se, intensamente, das lições da clássica Escola Italiana de Direito Processual, que foram transmitidas, especialmente, por meio de Enrico Tullio Liebman, que não apenas influenciou os pesquisadores brasileiros à distância, do outro lado do oceano Atlântico, como também o fez estando próximo a eles, já que viveu no Brasil de 1939 a 1946, período em que lecionou na Universidade de São Paulo, tendo como aluno o homem que se tornaria um dos principais protagonistas da confecção do Código de Processo Civil de 1973, Alfredo Buzaid.

<sup>251</sup> MITIDIERO, op. cit., p. 19

doutrina alemã, referida tutela servia para “antecipação da execução forçada (*antizipirten Zwangsvollstreckung*) – como um primeiro estágio de uma realização gradual do direito (*ein erstes Stadium einer punktuellen Rechtsverwirklichung dar*)”.<sup>252</sup>

Ao tratar da tutela cautelar, a doutrina alemã não lhe conferiu conceito autônomo, não a apartando das definições da atividade de execução. Não obstante, inspirada pela concepção da “ação como pretensão da tutela jurídica (*Rechtsschutzanspruch*), relativamente autônoma do direito material, chegou a consentir com a colocação do problema da tutela cautelar no plano do direito processual”<sup>253</sup>, o que preparou, de certa forma, o caminho para construção, pela doutrina italiana, da ideia de “autonomia da *azione assicurativa* e a sua caracterização como *figura generale* no sistema do direito processual civil”.<sup>254</sup>

Nos estudos de processo civil da escola italiana, é sabida a enorme importância de Giuseppe Chiovenda para o desenvolvimento e caracterização de seus principais conceitos. Considerando sua compreensão quanto ao conceito de ação, que, desprendendo-se da “tipologia civilística *dele azioni*”, passou a contar com “*assoluta atipicità*”, classificando-se a partir da “*natura*’ e *degli scopi dell’azione*”, Chiovenda conferiu autonomia conceitual à tutela cautelar, apartando-a do âmbito da execução forçada. Nesse contexto, o processualista italiano “coloca ao lado das funções de cognição (*‘accertamento del diritto*) e de execução (*‘esecuzione di um accertamento di diritto*) a função de atuação da tutela jurídica no processo mediante provimentos cautelares, concebendo-a como uma figura geral”.<sup>255</sup>

Para esta última função do processo, Chiovenda identifica como espécie de ação as “*azioni assicurative*”, cujo objetivo era permitir a “*attuazione dela legge mediante misure cautelari o provisorie*”.<sup>256</sup> Na visão do jurista italiano, a tutela cautelar permitiria uma tutela de conservação, visando a assegurar uma futura satisfação de eventual direito que viesse a ser reconhecido em favor da parte

<sup>252</sup> Para citar as expressões em alemão, Mitidiero cita doutrina germânica de Georg Gütthe (*Zeitschrift für deutschen Zivilprozess*, 1898) e Fritz Baur (*Studien zum einstweiligen*, 1967). MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 19.

<sup>253</sup> Para citar a expressão em alemão, MITIDIERO cita doutrina germânica de Adolf Wach (*Der Feststellungsanspruch – Eins Beitrage zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch*, 1889). *Ibid.*, p. 20.

<sup>254</sup> Como fonte bibliográfica no trecho, Mitidiero citou Agostino Diana, *Le Misure conservative interinali*, 1909. *Ibid.*, p. 21.

<sup>255</sup> *Ibid.*, p. 22.

<sup>256</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene, 1965. p. 58.

postulante. Nesse contexto, Chiovenda tratava cautelaridade como sinônimo de provisoriedade, razão pela qual as medidas cautelares também eram identificadas como medidas provisórias. Logo, os provimentos cautelares eram identificados como provimentos provisórios.

Como características principais do provimento cautelar, Chiovenda apontava que se constituía como direito do Estado, restringindo-se ao particular somente a possibilidade de provocar o seu exercício, bem como arrolava como seus requisitos para concessão a “*possibilita del danno* e a “*possibilita del diritto*”.<sup>257</sup>

A teoria chiovendiana para tutela cautelar mereceu críticas advindas da doutrina que sobre ela se debruçou com maior profundidade<sup>258</sup>, a respeito das quais, todavia, a presente pesquisa não se estenderá, tendo em vista que a obra do jurista italiano não representou verdadeira sistematização da tutela cautelar, a qual somente ocorreu efetivamente a partir da teorização de Piero Calamandrei acerca dos *provvedimenti cautelari*.<sup>259</sup>

Em sua obra *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelare*, de 1936, Calamandrei optou por sistematizar a tutela cautelar sob o ângulo do *provvedimento*, ao invés de fazê-lo a partir do conceito de ação, como fizera seu conterrâneo Chiovenda. Por meio desse critério, Calamandrei reconheceu na “provisoriade do provimento tomado sob cognição sumária o traço decisivo de caracterização da tutela cautelar”.<sup>260</sup> Utilizando mais acentuadamente o critério estrutural para catalogar os provimentos de conhecimento, execução e cautelar – que já fora adotado por Chiovenda em sua conceituação de *azione assicurativa* –, Calamandrei separa, de um lado, os de cognição e execução, por serem definitivos, e, de outro, os de cautela, por serem provisórios. Esse, portanto, é o traço principal que torna peculiar e diferenciada a essência do provimento cautelar, no entendimento de Calamandrei.

O jurista italiano, aí seguindo a mesma linha chiovendiana, também não reconhece que o provimento cautelar constitua-se como uma proteção ao direito da

---

<sup>257</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene, 1965. p. 227.

<sup>258</sup> Nesse sentido, ver a obra de Mitidiero já citada. MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 24-25.

<sup>259</sup> *Ibid.*, p. 27.

<sup>260</sup> *Ibid.*, p. 27.

parte, destacando que serviria à “*amministrazione dela giustizia*”<sup>261</sup>, atendendo muito mais “*alla polizia del processo*” do que a “*tutela dei diritti soggettivi*”<sup>262</sup>. Com essa compreensão, não havia relevância analisar o requisito da satisfatividade para identificar o provimento como cautelar ou não. Para o processualista, os provimentos cautelares poderiam ser “tanto assecuratórios como satisfativos – tanto é assim que Piero Calamandrei entendia como cautelares os provimentos antecipatórios da decisão final de mérito do processo de conhecimento”.<sup>263</sup>

Nesse contexto teórico, a tutela jurisdicional prestada sumária e provisoriamente acabou sendo identificada como tutela cautelar. Disso resultou, aliás, a dificuldade de se diferenciar a tutela cautelar da tutela satisfativa, uma vez que, ao exame dos requisitos da provisoriedade e sumariedade, ambas as possuíam e, na visão calamandrista, eram classificadas como tutela cautelar.

Como é sabido, as ideias de Calamandrei influenciaram fortemente os estudos processualistas no Brasil, inclusive no aspecto de criação legislativa, influenciando nas concepções que marcaram a elaboração do Código de Processo Civil de 1973, protagonizada por Alfredo Buzaid. Nada obstante, no que tange à previsão do processo cautelar como *tertium genus*, a inspiração do Código Buzaid teve origem em proposta teórica de outro italiano: Francesco Carnelutti.

No estudo da tutela cautelar, Carnelutti entendia que a cautelaridade não deveria ser compreendida, do ponto de vista conceitual, como provimento, mas sim como processo, ao lado dos processos de conhecimento e execução. Além disso, enxergava como fim específico do processo cautelar a “*prevenzione*”<sup>264</sup>, no sentido de “*evitare, nei limiti de possibile, quelle alterazioni nell’equilibrio iniziale dele parti, che possono derivare dalla durata del processo*”.<sup>265</sup>

Carnelutti classificava os processos cautelares em três espécies distintas: os inibitórios, pelos quais o juiz poderia “*impedire il mutamento probabile di una*

<sup>261</sup> CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo studio sistemático dei provvedimenti cautelari**. Padova: Cedam, 1936. p. 144.

<sup>262</sup> CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo studio sistemático dei provvedimenti cautelari**. Padova: Cedam, 1936. p. 145.

<sup>263</sup> MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 30.

<sup>264</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Sistema del diritto processuale civile**. Padova: Cedam, 1936. v. 1. p. 205

<sup>265</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Napoli: Morano, 1958. p. 357.

*situazione*<sup>266</sup>; o restitutivo, que possibilitaria “*eliminare el mutamento già avvenuto di una situazione*”<sup>267</sup>; e o antecipatório, que permitiria “*antecipare il mutamento probabile o anche possibile di una situazione*”<sup>268</sup>. Demais disso, o processualista italiano, indo de encontro à ideia de Calamandrei, reconhecia o processo cautelar como “*diritto dela parte verso il giudice*”, ainda que não tenha relacionado a tutela cautelar à proteção do direito material (seguindo a lição de que o processo cautelar visa à tutela do próprio processo).

Com efeito, foram essas premissas teóricas que inspiraram a redação do Código Buzaid nos dispositivos legais relacionados ao processo cautelar. Todavia, vigente a normatização que consagrou tais premissas, não demorou para que a doutrina brasileira se debruçasse sobre o tema, o que gerou ampla revisão em sua sistematização e, posteriormente, alteração legislativa a fim de aperfeiçoar seus contornos teóricos, conforme adiante se verá.

### 3.1.2 Os provimentos provisórios como provimentos urgentes

Antes mesmo do primeiro aniversário do Código Buzaid, a doutrina brasileira já apresentou críticas à proposta importada do Velho Continente e utilizada para sistematizar a tutela cautelar no processo civil brasileiro. Principal expoente da contestação doutrinária mencionada, Baptista Da Silva<sup>269</sup> defendeu a alteração do critério utilizado para o estudo da tutela cautelar: do aspecto estrutural para o funcional.

A partir da mudança de critério referida, foi possível uma melhor compreensão da matéria (tutela cautelar) que, conseqüentemente, implicou a sistematização mais apropriada para classificação dos provimentos provisórios. A contar de Baptista Da Silva, passou-se a perceber que nem toda tutela provisória e sumária deveria ser classificada como tutela cautelar. Na visão do processualista gaúcho, há outra espécie de tutela, que não a cautelar, que também possuiria as características da provisoriedade e da sumariedade: a tutela antecipada. Ambas qualificar-se-iam pela

---

<sup>266</sup> Ibid., p. 354.

<sup>267</sup> Ibid., p. 354.

<sup>268</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Napoli: Morano, 1958. p. 354.

<sup>269</sup> Ovídio Baptista da Silva apresentou sua primeira insurgência no livro “As ações cautelares e o novo processo civil”, em 1973. SILVA, Ovidio Araujo Baptista da. **As ações cautelares e o novo processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

urgência em sua aplicação e seriam especificadas, separadamente, pela função que exercem: ou satisfazem ou simplesmente asseguram o direito.

Assim, a tutela provisória e sumária passa a formar o gênero “tutela de urgência”, que se divide em duas espécies distintas: a tutela cautelar e a tutela satisfativa antecipada.

Resumindo esse importante passo na linha evolutiva do estudo da matéria, cita-se objetivo e esclarecedor relato de Mitidiero sobre os aspectos teóricos envolvidos na distinção realizada para conceituar as duas espécies de tutela antes referidas<sup>270</sup>:

Coube a Ovídio Baptista da Silva mostrar que não é possível confundir os dois conceitos. Trata-se de passo decisivo e de mais alta importância no estudo do tem. A tutela cautelar não pode ser confundida com a tutela antecipada: a tutela cautelar apenas assegura a possibilidade de fruição eventual e futura do direito acautelado, ao passo que a tutela antecipada desde logo possibilita a imediata realização do direito. Nessa linha, a satisfatividade converte-se em requisito ‘negativo da tutela cautelar’. Segundo Ovídio Baptista, a tutela cautelar é a tutela sumária que visa a combater, mediante providência mandamental, o perigo de infrutuosidade do direito de forma temporária e preventiva. Não tem por objetivo atacar o perigo na demora da prestação jurisdicional, nem prestar tutela a outro processo. Já a tutela antecipada tem por função combater o perigo de tardança do provimento jurisdicional compondo a situação litigiosa entre as partes provisoriamente. Lança-se Ovídio Batista da estrutura à função: para caracterização da tutela cautelar, tira o foco da provisoriedade do provimento e coloca-o na satisfação ou simples assecuração do direito. Por força da doutrina de Ovídio Baptista da Silva, deixa-se de compreender toda tutela sumária como tutela cautelar. No seu pensamento, a tutela sumária passa a ser entendida como tutela de urgência, gênero no qual se inserem a tutela cautelar, a tutela satisfativa de urgência autônoma e a tutela satisfativa interinal (tutela antecipada). Como é notório, foi por conta de suas lições que o direito processual civil positivo brasileiro passou a distinguir tutela cautelar e antecipação de tutela.

Nessa fase, portanto, os provimentos provisórios eram reconhecidos e identificados por meio da prestação da tutela cautelar e da tutela antecipada (satisfativa). Todavia, tal concepção mostra-se equivocada na medida em que as tutelas cautelares e satisfativas carregam conteúdo definitivo consigo<sup>271</sup>, sendo que a

<sup>270</sup> MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 38-40.

<sup>271</sup> Explicando o caráter definitivo, especialmente, da tutela cautelar, Mitidiero argumenta que: “A tutela cautelar é tão definitiva quanto a tutela satisfativa. Nas duas formas de tutela jurisdicional as decisões finais estão submetidas à cláusula rebus sic standibus – que marca os limites temporais de atuação e autoridade dos respectivos provimentos. Mesmo quando à tutela cautelar não se segue a tutela satisfativa e aquela perde a sua eficácia não se pode falar em temporariedade ou em provisoriedade, já que a não propositura da demanda para realização do

provisoriamente e a cognição sumária dizem respeito a uma técnica processual necessária para que a tutela jurisdicional (cautelar ou satisfativa) seja prestada, nessa hipótese, nos casos de urgência. Aliás, os requisitos para concessão da *tutela de urgência*, apesar da nova definição conceitual, seguem os mesmos que eram exigidos pela classificação anterior que apenas reconhecia a tutela cautelar, quais sejam: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Justamente essa semelhança de requisitos que provoca, ainda hoje, confusão na identificação da tutela cautelar e tutela satisfativa antecipada.<sup>272</sup>

Ocorre que, ainda nesse momento, o equívoco da dogmática processual estava em comparar, tratando dentro do mesmo plano, uma tutela (a de urgência) com uma técnica (a antecipada, mediante a utilização de provimentos provisórios), uma vez que se trata de aspectos distintos do processo.<sup>273</sup> Tutela é resultado, técnica é meio: é como se confundisse, ao analisar alguma modalidade de esporte coletivo como, por exemplo, o futebol, os possíveis resultados de uma partida com as estratégias utilizadas pelas equipes para disputá-la, que resultaria, diante desse equívoco, numa hipotética agrupação das espécies *vitória*, *derrota*, *empate* e *4-4-2*, para classificar os possíveis resultados.

De todo modo, a relevância dessa etapa para evolução do estudo do processo civil é que, se antes a doutrina classificava todos os provimentos

---

direito acautelado constitui condição resolutive que, não concretizada, apaga ex tunc a eficácia da tutela cautelar. Do ponto de vista da estrutura do provimento, portanto, ambos são definitivos". *Ibid.*, p. 40.

<sup>272</sup> Facilitando a distinção das duas espécies, Baptista da Silva criou as expressões "segurança-para-execução", para se referir à tutela cautelar, por ela representar uma proteção jurisdicional que objetiva assegurar o direito à outra tutela do direito, e "execução-para-segurança", em que a tutela satisfativa é prestada de modo antecipado justificado pela urgência que não permite a espera pela tutela realizada somente após cognição plena e exauriente. Mencionadas expressões surgiram, primeiramente sem hífen, na obra "A ação cautelar inominada no direito brasileiro", de 1979, e depois, já com hífen, no livro "Do processo cautelar", de 2001, conforme ensina Mitidiero. MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 48.

<sup>273</sup> Nesse sentido, Álvaro de Oliveira argumenta que não é possível "confundir as formas de tutela jurisdicional com as técnicas que podem ser empregadas para uma melhor realização da própria tutela jurisdicional. A tutela emanada do juiz constitui exercício de poder, representando assim valor, pois implica efeito jurídico, e todo efeito jurídico é valor jurídico condicionado. [...] As técnicas, porém, embora sirvam ao valor, não podem ser com ele confundidas. A esse respeito, observa acertadamente Del Vecchio que as regras técnicas constituem os meios obrigatoriamente empregados para se conseguir um propósito, mas não prejudgam se é lícito, obrigatório ou ilícito propor-se o fim de que se trate. A técnica nada tem a ver com o valor das finalidades a que serve, pois, como meio e instrumento, concerne exclusivamente aos procedimentos que permitem realizá-las, sem se preocupar em esclarecer se são boas ou más". OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro, Forense, 2008. p. 91-92.



provisórios apenas como cautelares, surgiu a inovação de se classificá-los como provimentos relacionados à urgência, havendo uma nova espécie para além da cautelar: a tutela satisfativa antecipada.

### 3.1.3 Os provimentos provisórios como provimentos adequados e efetivos

Seguindo o aprofundamento no estudo da matéria, a doutrina processualista brasileira chegou à constatação de que os provimentos provisórios não se restringem aos casos de tutela de urgência, uma vez que devem ser compreendidos como expressão do direito fundamental à tutela adequada e efetiva. Nessa etapa de estudo da matéria, destaca-se o processualista paranaense Marinoni como seu expoente.<sup>274</sup>

A técnica antecipatória, justificadora da utilização de provimentos provisórios no processo, não tem como objetivo, na visão de Marinoni, simplesmente resolver o problema eventualmente causado pelo perigo da tardança do provimento jurisdicional. Em verdade, ela teria por função “distribuir de forma isonômica o ônus do tempo no processo. Essa distribuição pode ocorrer tanto em face da alegação de urgência – leia-se, de perigo de ilícito ou de perigo de dano – como em face da necessidade de outorgar o devido valor à evidência do direito posto em juízo”.<sup>275</sup>

Assim, os provimentos provisórios poderiam ser utilizados no processo, enquanto expressões de técnica antecipatória decorrente do direito fundamental à tutela adequada e efetiva, nos casos da tutela de urgência (cautelar e satisfativa) e da tutela da evidência, havendo como raiz comum para sua análise conceitual a finalidade de equacionar o ônus do tempo no processo. É dizer: “a técnica antecipatória é o denominador comum capaz de sistematizar o fenômeno da tutela sumária”<sup>276</sup> – e provisória.

A classificação para distinguir uma situação da outra continuaria priorizando o critério *funcional*, tendo em vista que os provimentos provisórios seriam distinguíveis pela finalidade desejada pela parte que propõe ação para realização/satisfação ou

---

<sup>274</sup> Da bibliografia do jurista sobre o tema, citam-se as seguintes obras: MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória, julgamento imediato e execução imediata da sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997 e MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

<sup>275</sup> MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 51.

<sup>276</sup> *Ibid.*, p. 53.

simples asseguarção dos direitos. Nesta etapa evolutiva, a novidade seria a possibilidade de que o requisito da urgência (do *periculum in mora*) fosse dispensado em determinados casos para utilização da técnica antecipatória, haja vista que a tutela de *evidência* também passaria a autorizar o uso dos provimentos provisórios.

### 3.1.4 Os provimentos provisórios como oriundos da técnica antecipatória

No presente tópico, esclarecer-se-á o atual estado da arte, no processo civil, quanto ao tratamento teórico conferido aos provimentos provisórios. Para isso, foi de fundamental importância a devida compreensão sobre a diferença de *planos de discussão* existente na análise das tutelas cautelares e satisfativas (resultados) e da técnica antecipatória (meio). Diante desse entendimento, resta mais tranquila a missão de relacionar a técnica antecipatória à teoria, já vista, da tutela dos direitos.

Com efeito, o caráter diferenciador do estudo da tutela dos direitos é a conclusão no sentido de que “o fim do processo deve ser detectado nas necessidades do direito material”<sup>277</sup>, de modo que os resultados materiais do processo sejam capazes de atender a realização desse direito. Mencionados resultados corresponderiam, justamente, às tutelas dos direitos que devem ser prestadas pelo processo. Nesse sentido, a doutrina referiu, sinteticamente, que “não há como deixar de pensar nas tutelas quando se deseja analisar se o processo, como técnica, está respondendo à sua missão constitucional de dar tutela aos direitos”<sup>278</sup>.

Nesse contexto, o processo deve contar com a possibilidade de expedição de provimentos que, efetivamente, tutelem os direitos-resultados previstos no ordenamento legislativo. Destaca a doutrina que “ter um direito é ter uma posição juridicamente tutelável – isto é, digna de proteção, que goze de atuabilidade”<sup>279</sup>, seja esse direito relativo à sua satisfação ou ao seu acautelamento.

A partir dessa compreensão, resta definir quais são as técnicas processuais necessárias para que o processo proporcione uma prestação de tutela estatal que

---

<sup>277</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 149.

<sup>278</sup> *Ibid.*, p. 149.

<sup>279</sup> MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 55.

seja efetiva, adequada e tempestiva para proteger o direito ameaçado ou violado. Emerge, nesse ponto, a técnica processual antecipatória, que, justamente por permitir o atendimento justo das tutelas dos direitos, “inquestionavelmente tem raiz constitucional”.<sup>280</sup>

A melhor definição doutrinária para referida técnica processual encontra-se em Mitidiero<sup>281</sup>, que propõe, para sua precisa conceituação, a conjugação de três critérios: estrutural, funcional e cronológico. Sob o ângulo estrutural, o provimento antecipatório caracteriza-se pela provisoriedade e cognição sumária. De outro lado, pelo critério funcional, a técnica antecipatória “visa a neutralizar os males do tempo no processo e distribuir isonomicamente o ônus temporal entre os litigantes mediante satisfação ou simples segurança da tutela do direito afirmada em juízo”, isto é dizer, em outras palavras, que objetiva “neutralizar o perigo na tardança da tutela jurisdicional ou prestigiar a maior robustez da posição jurídica de uma das partes”. Por último – e, ao que importa ao presente trabalho, menos importante -, há o critério cronológico, pelo qual se identifica a antecipação de tutela por se constituir sempre como provimento expedido previamente a outro.

Neste ponto, percorrida a evolução histórica desde a origem da compreensão conferida pela doutrina ao estudo da cautelar até chegar à correta conceituação teórica da técnica da antecipação da tutela, é possível concluir que “se um dia se supôs que todas as decisões liminares eram cautelares, hoje sem dúvida é possível afirmar que todas as decisões liminares são oriundas da técnica antecipatória e serão satisfativas ou cautelares conforme o objetivo que delas se espera diante do direito material”.<sup>282</sup> Acrescenta-se aí, como visto, a possibilidade da técnica antecipatória servir à tutela da evidência.

Com efeito, em termos de identificação, o processo civil normativo brasileiro adotou, a partir do novo Código promulgado em 2015, a expressão “tutela provisória”, como visto acima, para identificar as situações em que devem ser utilizados provimentos provisórios justamente em decorrência da técnica antecipatória aqui estudada. Não se desconhece crítica realizada pela doutrina quanto à nomenclatura escolhida pelo novo CPC para denominar os casos de

---

<sup>280</sup> MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 58.

<sup>281</sup> Ibid., p. 58.

<sup>282</sup> Ibid., p. 50.

utilização da técnica processual para tutelar a urgência e a evidência.<sup>283</sup> Nada obstante, a presente pesquisa aproveitará a expressão prevista no Código de Processo Civil recém-vigente – *tutela provisória* – a fim de não destoar da terminologia legal adotada, facilitando, pois, a compreensão do tema.

Conforme sistematização proposta pelo legislador do novo CPC (art. 294), a tutela provisória, resultante da técnica antecipatória, pode fundamentar-se em urgência ou evidência, sendo que a primeira hipótese de fundamentação divide-se em duas espécies: a cautelar e a antecipada/satisfativa. Assim, denominam-se como provimentos provisórios todas as decisões processuais sumárias, fundadas na técnica antecipatória, que atendam às tutelas de urgência e da evidência.

Logo, verifica-se que a sistematização normativa do Código de Processo Civil adequou-se de acordo com a compreensão resultante da relatada evolução dos estudos processualistas na matéria. Assim, compreendido o perfil conceitual da tutela e dos provimentos provisórios no processo civil, resta averiguar a possibilidade de sua aplicação aos processos de contas.

### 3.2 OS PROVIMENTOS PROVISÓRIOS NO PROCESO DE CONTAS À LUZ DO DEBATE CONCEITUAL DO PROCESSO CIVIL

Conhecido o estado da arte do debate conceitual sobre os provimentos provisórios no processo civil brasileiro, passa-se a analisar, comparativamente, o processo de contas e os aspectos da matéria que a ele também dizem respeito.

---

<sup>283</sup> Nesse sentido, Mitidiero pondera que “Se o Código acertou em ver a técnica antecipatória como um meio de distribuição isonômica do ônus do tempo no processo, ligando-a tanto a urgência quanto à evidência (art. 294), errou em denominá-la a partir de um critério puramente interno ao processo, chamando-a conservadoramente de tutela provisória. Essa terminologia obscurece a relação entre técnica processual e tutela do direito, turvando os pressupostos que serão necessários para prestar diferentes tutelas mediante a técnica antecipatória: a tutela inibitória contra o ilícito, que o Código igualmente consagra no art. 497, parágrafo único, certamente atende a pressupostos distintos da tutela ressarcitória contra o dano. A organização do tema na perspectiva da técnica antecipatória poderia ter colaborado para o melhor equacionamento das relações entre direito e processo. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso Processo Civil** - Tutela Dos Direitos Mediante Procedimento Comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

### 3.2.1 O Estado da Questão na Doutrina e na Jurisprudência

Em termos de doutrina, pouco se produziu sobre provimentos provisórios nos processos de contas. Quando se trata do assunto, os teóricos restringem-se a discorrer sobre as “medidas cautelares” expedidas pelas Cortes de Contas.

Ao examinar as linhas doutrinárias que discorrem sobre o tema, encontram-se duas formas de abordagem distintas, cada qual resultante do ângulo de origem a partir do qual se analisou o objeto.

O primeiro modo de verificar a matéria decorreu de simples exame da Lei Orgânica do TCU (Lei Federal nº 8.443), promulgada em 16/07/1992, combinada com seu Regimento Interno. Ambos os instrumentos normativos preveem disposições que, expressamente, autorizam a utilização de medidas cautelares pelo órgão de controle externo federal. Com efeito, preconiza o art. 44 de mencionado Diploma Legal<sup>284</sup> que “o Tribunal, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, determinará, cautelarmente, o afastamento temporário do responsável, se existirem indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções, possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao Erário ou inviabilizar o seu ressarcimento”, situação que representa típico provimento cautelar, tendo em vista a função que desempenha: assegurar a tutela do direito protegido no processo de contas, a fim de combater o perigo de sua infrutuosidade. No mesmo artigo, porém no §2º<sup>285</sup>, consta outra previsão de provimento a ser expedido pelos Tribunais de Contas com caracterização de tutela cautelar: a possibilidade de “decretar, por prazo não superior a um ano, a indisponibilidade de bens do responsável, tantos quantos considerados bastantes para garantir o ressarcimento dos danos em apuração”.

Ainda analisando a redação normativa do TCU, a doutrina visualizou a possibilidade de adoção de “medidas cautelares” nas situações de sustação de ato, procedimento ou contrato impugnados pelos órgãos de controle externo, conforme permitido pelo texto constitucional e pela legislação infraconstitucional (em especial,

---

<sup>284</sup> Dispositivo que contém previsão regimental semelhante no art. 273, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União.

<sup>285</sup> Dispositivo que contém previsão regimental semelhante no art. 274, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União.

art. 45, da LOTCU<sup>286</sup>). Nessa situação, já cabe alertar a ocorrência de equívoco doutrinário ao caracterizar o provimento expedido pelas Cortes de Contas em tais casos como de natureza cautelar. Considerando as distinções doutrinárias entre tutela cautelar e satisfativa acima apresentadas, bem como o fato de que a determinação do Tribunal de Contas que suste ato ilegal representa a satisfação do direito coletivo tutelado pelo processo de contas, não se pode classificá-la na espécie *cautelar*.

De qualquer modo, a doutrina<sup>287</sup> identificava todas as situações supra elencadas como medidas cautelares, muito provavelmente influenciada pela sistematização conferida à matéria pelo Regimento Interno do TCU que qualificou todas essas situações entre os artigos 273 e 276 sob o mesmo Título (VIII): *Medidas Cautelares*.

Nada obstante, a doutrina mais moderna<sup>288</sup> refinou o tratamento sobre a matéria, estudando-a a partir da compreensão conferida ao tema pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que as competências constitucionais dos Tribunais de Contas lhe conferem, implicitamente, poder geral de cautela, utilizável durante o exercício de suas atividades institucionais. Apesar do diferente ponto de partida utilizado por essa outra parte da doutrina, o equívoco cometido ao final é o mesmo: continua a classificar todos os provimentos provisórios, sejam satisfativos ou cautelares, como de natureza cautelar.<sup>289</sup>

---

<sup>286</sup> Dispositivo que contém previsão regimental semelhante no art. 276, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União.

<sup>287</sup> Como exemplo dessa doutrina, citam-se as obras de Benjamin Zymler (ZYMLER, Benjamin. **Direito administrativo e controle**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.) e Francisco Eduardo Carrilho Chaves (CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. **Controle externo da gestão pública: a fiscalização pelo legislativo e pelos tribunais de contas: teoria e jurisprudência**. Niterói: Impetus, 2007.).

<sup>288</sup> Citam-se, nesse contexto, os artigos produzidos por Valdecir Pascoal (PASCOAL, Valdecir. O Poder cautelar dos Tribunais de Contas. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, n. 115, maio/ago. 2009) e por Rachel de Carvalho e Henrique Kleinsroge (CARVALHO, Rachel Campos Pereira de; KLEINSORGE, Henrique de Paula. A cautelaridade nos tribunais de contas. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte, v. 83, n. 2, abr./jun. 2012.).

<sup>289</sup> É bem verdade que Rachel de Carvalho e Henrique Kleinsroge chegam a suscitar a possibilidade de provimento de natureza satisfativa: “Em denúncia, ao paralisar cautelarmente a sequência de procedimento licitatório considerado ilegal, estaria o Tribunal de Contas satisfazendo a pretensão do denunciante, dando-lhe aquilo que ele pretendia obter mediante a decisão final ou assegurando a tutela do direito a ser concedida mediante o provimento final? A tutela, nesse caso, caracterizar-se-ia como cautelar ou como satisfativa?” Todavia, ao responder o questionamento, os autores confundem os conceitos de tutela cautelar e satisfativa: “Nesse sentido, não se vê óbice à decretação de medidas cautelares de cunho satisfativo, ainda que não esteja institucionalizada a antecipação de tutela na esfera do processo de controle”. *Ibid.*, p. 13.

De qualquer sorte, a linha doutrinária que se apoia no entendimento do Supremo Tribunal Federal para estudar o tema refere, invariavelmente, como marco jurisprudencial mais importante da matéria o julgamento realizado, no *MS n.º 24.510/DF*, pelo Plenário da Corte.

Tendo em vista a importância do julgado, por representar um precedente paradigmático relativamente à expedição de medidas cautelares pelos Tribunais de Contas, cabe esmiuçar a análise dos fundamentos que o embasaram.

### **3.2.2 O *leading case* das medidas cautelares nos Tribunais de Contas: o MS n.º 24.510/DF**

O caso, em resumo, referia-se a uma suspensão de licitação<sup>290</sup> determinada pelo Tribunal de Contas da União, em sede cautelar e até o julgamento do mérito, em consequência de apreciação acerca de representação realizada por uma das empresas concorrentes, inconformada com determinadas cláusulas editalícias.

Não satisfeita com a decisão do TCU, outra empresa também participante da licitação impetrou mandando de segurança alegando, entre vários motivos, ausência de competência do Tribunal de Contas para conceder medida cautelar. Relativamente a esse ponto é que se centrou o debate do feito.

Antes dos votos, a Subprocuradora-Geral da República, Sandra Cureau, manifestou-se, em seu parecer, pela impertinência das alegações da impetrante, destacando a competência das Cortes de Contas para exame dos editais de licitação publicados (conforme art. 113 da Lei 8.666/93) que se concilia com a competência constitucional de “assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada a ilegalidade” (art. 71, inc. IX da CRFB). Nessa linha de raciocínio, prosseguiu a Subprocuradora referindo que “se as Cortes de Contas têm legitimidade para determinar que os órgãos ou entidades da Administração interessada adotem as medidas necessárias ao exato cumprimento da lei, com maior propriedade, possuem legitimidade para a expedição de medidas cautelares, como a ora impugnada, a fim de prevenir a

---

<sup>290</sup> A licitação foi realizada na modalidade tomada de preços, pela CODESP (Cia. Docas do Estado de São Paulo) e tinha como objeto a contratação de escritório de advocacia em Brasília para o acompanhamento de processos nos Tribunais Superiores e órgãos administrativos da Capital Federal.

ocorrência de lesão ao erário ou a direito alheio, bem como garantir a efetividade de suas decisões”.

A Ministra Ellen Gracie, Relatora do processo, não elaborou fundamentação própria, tendo adotado as razões expendidas no Parecer para denegar a ordem postulada.

Na sequência, exsurgiu a divergência do Ministro Carlos Ayres Britto, que no seu voto, apesar de ressaltar a relevância constitucional das Cortes de Contas<sup>291</sup>, entendeu faltar competência ao Tribunal de Contas da União para sustar a realização de licitações administrativas. Em síntese, o Ministro defendeu a estrita observância das disposições constitucionais quanto ao rito de procedimentos a ser seguido pelo Tribunal de Contas da União quando do exame de licitações. Segundo seu entendimento, o TCU deveria, ao verificar uma ilegalidade, assinar prazo para sua correção (inciso IX do art. 71 da CRFB<sup>292</sup>). Caso não corrigida a ilegalidade apontada, aí sim, o TCU poderia sustar a execução do ato impugnado, comunicando sua decisão às duas Casas do Congresso Nacional (conforme inciso X do art. 71 da CRFB<sup>293</sup>). Além disso, na visão do Ministro Ayres Britto, as consequências da constatação de tal ilegalidade também seguiriam as previsões constitucionais relativas às competências dos Tribunais de Contas: a aplicação aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa, das sanções previstas em lei (inciso VIII do art.

<sup>291</sup> Quanto à importância conferida pelo Ministro Ayres Britto ao papel das Cortes de Contas previsto pela Constituição brasileira, cabe transcrever o seguinte trecho de seu voto: “Quando a Constituição diz caber ao Tribunal de Contas da União auxiliar o Congresso Nacional, no exercício da função de controle externo, não está dizendo se ele mero órgão auxiliar, mas sim que o controle externo a cargo do Congresso Nacional, não se fará senão com o auxílio do TCU, prestigiando a participação desse Tribunal, verdadeiramente tida pela Constituição como inafastável e imprescindível, sem daí se deduzir um vínculo de subalternidade hierárquica. Também não é correto, data vênua, afirmar que que o Tribunal de Contas, enquanto órgão meramente técnico, apenas emite parecer. Ora, entre tantas competências importantes a ele adjudicadas pela Constituição, a referência a parecer comparece apenas em uma oportunidade: quando da prestação anual de contas do Presidente da República. No mais, o TCU decide, e não mereceria o nome de Tribunal se não fosse para exercer competências decisórias”. – fl. 500 do processo e 10 do voto. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n° 24.510-7**. Impetrante: Nascimento Curi Advogados Associados. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Ellen Gracie. Brasília, 19 de novembro de 2003. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 jan. 2016.

<sup>292</sup> IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 07 mar. 2016.

<sup>293</sup> X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal. Ibid., acesso em: 07 mar. 2016.



71 da CRFB<sup>294</sup>) e a representação ao Poder competente sobre a irregularidade apurada (inciso XI do art. 71 da CRFB<sup>295</sup>).

Diante do voto referido, surgiram alguns debates e determinadas indagações ao prolator do voto divergente. O Ministro Joaquim Barbosa, então, questionou ao Ministro Ayres Britto se não haveria contradição em seu voto ou se não deveria ser declarada a inconstitucionalidade do dispositivo da Lei 8.666/93 que confere atribuição ao Tribunal de Contas para analisar e suspender licitações.

O Ministro Britto contestou que o dispositivo da Lei mencionada referia-se a contratos e não a procedimentos licitatórios, momento em que foi contradito pela Ministra Gracie, que alertou a referência legal a “demais instrumentos regidos por esta Lei”.

Na sequência, o Ministro Britto, apesar de questionado de forma instigante à melhor reflexão pelos Ministros Sepúlveda Pertence<sup>296</sup> e Cezar Peluso<sup>297</sup>, reafirmou que o Tribunal de Contas, a seu juízo, não teria poder de cautela e votou pela suspensão da decisão cautelar impugnada pelo *mandamus*.

Insistindo no debate, o Ministro Sepúlveda Pertence, ao discorrer sobre o inciso IX do artigo 71, ponderou se a medida cautelar não poderia ser adotada pelo Tribunal de Contas no período compreendido entre a denúncia de ilegalidade e sua efetiva verificação: “denunciada a ilegalidade, não tem o Tribunal o poder implícito de sustar o procedimento administrativo até verificar a ilegalidade e, conseqüentemente, determinar a correção?”.

O julgador Ayres Britto, nesse ponto, defendeu que, havendo constatação de ilegalidade pelo Tribunal de Contas, deveria ser observado o inciso VIII do art. 71 da Constituição, que prevê a aplicação aos responsáveis, em caso de ilegalidade de

---

<sup>294</sup> VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 07 mar. 2016.

<sup>295</sup> XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados. Ibid., acesso em: 07 mar. 2016.

<sup>296</sup> O Ministro Sepúlveda Pertence indagou: “Quer dizer, ele tem o poder de julgar a representação, mas não tem o poder cautelar eventualmente necessário?”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n° 24.510-7**. Impetrante: Nascimento Curi Advogados Associados. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Ellen Gracie. Brasília, 19 de novembro de 2003. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 12 jan. 2016. p. 13.

<sup>297</sup> O Ministro Cezar Peluso, de seu turno, questionou: “Ele tem o poder de remediar, mas não o de prevenir? Vamos esperar seja consumada a ilegalidade para, só depois, atuar o Tribunal de Contas?”. Ibid., p. 13.

despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, entendimento que foi questionado criticamente pelo Ministro Cezar Peluso: “Vossa Excelência está propondo aguardar até que seja aplicada a sanção? Quer esperar a consumação do ilícito, a apuração da irregularidade, para, só então, intervir o Tribunal, aplicando as sanções quando pode prevenir o erário?”. Ao que respondeu o Ministro Britto: “Assumo: é assim mesmo como penso”.

Encerrada essa fase de debates, outros votos foram proferidos. O Ministro Cezar Peluso, em voto breve, asseverou sua fundamentação: “[...] os princípios da legalidade e da moralidade, além da analogia estabelecida com o poder jurisdicional, implicam o poder que o Tribunal de Contas tem de prevenir uma situação em que ele atuaria a posteriori, para remediar os danos já causados ao erário. Noutras palavras, parece-me conforme com todos os princípios que é melhor prevenir do que remediar”.

Imediatamente após, votou o Ministro Gilmar Mendes, também denegando a segurança. De suas poucas palavras de fundamentação, cabe destacar seu entendimento de que o catálogo de competências previstas na Constituição jamais será exaustivo e, por meio de uma interpretação sistemática, pode-se concluir que esse poder cautelar está dentro daquelas implícitas. (p. 508 e 509 do processo e 18/19 do voto)

Sequencialmente, proferiu seu voto o Ministro Carlos Velloso, que, igualmente acompanhando a Relatora e em objetiva fundamentação, afirmou que é “possível ao Tribunal que julgará da legalidade do ato, expedir cautelar a fim de prevenir, vale dizer, garantir a decisão que proferirá afinal”. (p. 510 do processo e 20 do voto)

A fundamentação mais prolongada do *case* foi de autoria do Ministro Celso de Mello. Baseando-se principalmente na teoria dos poderes implícitos, defendeu que o “poder cautelar **também compõe** a esfera de atribuições institucionais do Tribunal de Contas, pois se acha **instrumentalmente** vocacionado a tornar efetivo o exercício, por essa Alta Corte, das **múltiplas e relevantes** competências que lhe foram **diretamente** outorgadas **pelo próprio texto** da Constituição da República”. (grifou-se).

Na continuidade da sua fundamentação, explicou que os poderes explícitos conferidos ao Tribunal de Contas pelo art. 71 da Carta Magna brasileira implicam o reconhecimento, ainda que implicitamente, da “titularidade de meios **destinados** a viabilizara adoção **de medidas cautelares** vocacionadas a conferir real efetividade

às suas deliberações finais, **permitindo**, assim, que **se neutralizem** situações de lesividade, atual ou iminente, ao erário”. (grifou-se).

Suscitou, então, a doutrina construída pela Suprema Corte americana quando do julgamento do caso *McCulloch vs. Maryland* (1819), cuja formulação sustentava que “a outorga de **competência expressa** a determinado órgão estatal **importa** em deferimento **implícito**, a esse mesmo órgão, **dos meios necessários** à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos”. (grifou-se).

Na sequência, o Ministro Celso de Mello citou os ensinamentos de Marcelo Caetano (“Direito Constitucional”, vol. II/12-13, item n. 9, 1978, Forense) e Castro Nunes (“Teoria e Prática do Poder Judiciário”, p. 641/650, 1943, Forense) a respeito do assunto, para, então, asseverar que:

**É por isso** que entendo **revestir-se** de integral legitimidade constitucional a atribuição **de índole cautelar**, que, **reconhecida** com apoio na teoria dos poderes implícitos, permite, ao Tribunal de Contas da União, **adotar** as medidas **necessárias** ao fiel cumprimento de suas funções institucionais e ao pleno exercício das competências que lhe foram outorgadas, **diretamente**, pela própria Constituição da República. **Não fora assim**, e desde que adotada, na espécie, uma indevida perspectiva reducionista, **esvaziar-se-iam**, por completo, as atribuições constitucionais **expressamente** conferidas ao Tribunal de Contas da União. (grifou-se).<sup>298</sup>

Ainda na linha de discorrer sobre a teoria dos poderes implícitos, o Ministro Celso de Mello citou a doutrina do Ministro Oswaldo Trigueiro (“Os Poderes do Presidente da República”, Revista de Direito Administrativo, vol. 29/22) e, com o caráter de “lição definitiva”, os ensinamentos de Rui Barbosa (“Comentários à Constituição Federal Brasileira”, vol. I/203-225, coligidos e ordenados por Homero Pires, 1932, Saraiva), que, ao abordar referida teoria, assinalou:

**Não são** as Constituições **enumerações** das faculdades atribuídas aos poderes dos Estados. **Traçam elas uma figura geral do regime**, dos seus caracteres capitais, **enumeram** as atribuições principais de cada ramo da soberania nacional e **deixam à interpretação** e ao critério de cada um dos poderes constituídos, no uso dessas funções, **a escolha dos meios e instrumentos** com que os tem de exercer a cada atribuição conferida. **A cada um dos órgãos** da soberania nacional do nosso regime, **corresponde, implicitamente**, mas inegavelmente, **o direito de ao uso dos meios necessários**, dos instrumentos convenientes ao bom desempenho da missão que lhe é conferida. Nos Estados Unidos, é, desde

<sup>298</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n° 24.510-7**. Impetrante: Nascimento Curi Advogados Associados. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Ellen Gracie. Brasília, 19 de novembro de 2003. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 jan. 2016.

Marshall, que essa verdade se afirma, não só para o nosso regime, mas para todos os regimes. Essa verdade fundada pelo bom senso é a de que – em se querendo **os fins**, se hão de querer, necessariamente, **os meios**; a de que se conferimos a uma autoridade uma função, **implicitamente** lhe conferimos os meios eficazes para exercer essas funções. [...]. **Quer dizer** (princípio indiscutível) que, **uma vez conferida** uma atribuição, **nela se consideram envolvidos todos os meios necessários** para a sua execução regular. **Este**, o princípio; **esta** a regra. Trata-se, portanto, de uma verdade que se estriba ao mesmo tempo em dois fundamentos inabaláveis, fundamento da razão geral, do senso universal, da verdade evidente em toda a parte – **o princípio de que a concessão dos fins importa a concessão dos meios** [...]. **A questão**, portanto, **é saber da legitimidade** quanto ao fim que se tem em mira. **Verificada** a legitimidade deste fim, **todos os meios que forem apropriados a ele, todos os meios** que a ele forem claramente adaptáveis, **todos os meios** que não forem proibidos pela Constituição, **implicitamente se têm concedido** ao uso da autoridade **a quem se conferiu** o poder. (grifos do Ministro Celso de Mello).<sup>299</sup>

Depois da transcrição da qualificada lição de Rui Barbosa, o Ministro Celso de Mello encaminhou a finalização de seu voto, referindo assistir “inteira razão” ao Ministério Público Federal, que se manifestou, no caso, por meio do parecer, já referido, de lavra da então Subprocuradora-Geral da República (Sra. Sandra Cureau).

Antes do dispositivo final de sua decisão, o Ministro, ainda, detalhou a natureza do poder de cautela a ser exercido pelo Tribunal de Contas: “**destina-se** a garantir a própria utilidade da deliberação final a ser por ele tomada, **em ordem a impedir** que o eventual retardamento na apreciação do mérito da questão suscitada culmine **por afetar, comprometer e frustrar** o resultado **definitivo** do exame da controvérsia”. Ainda no intuito de caracterizar os provimentos de natureza cautelar, o Ministro, citando um grupo de processualistas, referiu que “**os provimentos de natureza cautelar** acham-se **instrumentalmente** vocacionados a **conferir efetividade** ao julgamento final resultante do processo principal, **assegurando**, desse modo, plena **eficácia e utilidade à tutela estatal a ser prestada**”. (grifou-se).

Por fim, no último parágrafo de sua fundamentação, o Ministro resumiu sua argumentação da seguinte maneira:

**Assentada** tal premissa, que **confere especial ênfase ao binômio utilidade/necessidade**, torna-se essencial reconhecer **-especialmente** em função do próprio modelo brasileiro de fiscalização financeira e

<sup>299</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n° 24.510-7**. Impetrante: Nascimento Curi Advogados Associados. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Ellen Gracie. Brasília, 19 de novembro de 2003. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 jan. 2016. p. 13.

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. (grifou-se).<sup>300</sup>

Dessa forma, o Ministro Celso de Mello denegou o mandado de segurança, acompanhando, pois, o voto da Ministra-Relatora.

Finalizando os votos fundamentados, o Ministro Sepúlveda Pertence, seguindo a lógica de raciocínio que explicitou num aparte efetuado durante o voto do Ministro Carlos Ayres Britto, expressou que “nenhum poder decisório constitucional é dado para tornar-se ineficaz: e, por isso, tenho como implícito, na norma que outorga o poder de decidir, o poder cautelar necessário a garantir a eficácia da eventual decisão futura”. Nessa mesma linha, o Ministro Sepúlveda, de forma prática e objetiva, expôs seu pensamento:

O inciso IX do art. 71 da Constituição, das competências mais abrangentes que se outorgaram ao Tribunal de Contas em 1988 – “assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada a ilegalidade” – pressupõe um julgamento, que nem sempre se poderá fazer de imediato. Pode consumir tempo. E as circunstâncias exigirão uma sustação cautelar para não cair no vazio a determinação posterior.<sup>301</sup>

Assim, a decisão do processo foi assim resumida: “Preliminarmente, o Tribunal, por unanimidade, afastou a ilegitimidade ativa da impetrante. No mérito, por maioria, indeferiu a segurança, vencido o Senhor Ministro Carlos Britto, que a deferia, em parte, para determinar a sustação da cautelar deferida pelo Tribunal de Contas da União no processo administrativo a que se refere à aludida impetração. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Marco Aurélio. Falou pelo impetrante o Dr. Luís Antonio Nascimento Curi. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 19.11.2003”.

De outro lado, a ementa do acórdão restou assim formulada:

---

<sup>300</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n° 24.510-7**. Impetrante: Nascimento Curi Advogados Associados. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Ellen Gracie. Brasília, 19 de novembro de 2003. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 jan. 2016.

<sup>301</sup> Ibid., acesso em: 12 jan. 2016.

PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. IMPUGNAÇÃO. COMPETÊNCIA DO TCU. CAUTELARES. CONTRADITÓRIO. AUSÊNCIA DE INSTRUÇÃO. 1- Os participantes de licitação têm direito à fiel observância do procedimento estabelecido na lei e podem impugná-lo administrativa ou judicialmente. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada. 2- Inexistência de direito líquido e certo. O Tribunal de Contas da União tem competência para fiscalizar procedimentos de licitação, determinar suspensão cautelar (artigos 4º e 113, § 1º e 2º da Lei nº 8.666/93), examinar editais de licitação publicados e, nos termos do art. 276 do seu Regimento Interno, possui legitimidade para a expedição de medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões. 3- A decisão encontra-se fundamentada nos documentos acostados aos autos da Representação e na legislação aplicável. 4- Violação ao contraditório e falta de instrução não caracterizadas. Denegada a ordem.<sup>302</sup>

Diante do exposto, restou claro o entendimento amplamente majoritário da Suprema Corte quanto à possibilidade de expedição de medidas cautelares pelos Tribunais de Contas. Além disso, a Ementa expressou os objetivos para os quais se permite a expedição de medida cautelar: “prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões”.

De outro lado, a análise dos votos dos Ministros nesse julgamento permite a compreensão sobre a teoria jurídica que fundamentou referida possibilidade: a teoria dos poderes implícitos confere aos Tribunais de Contas o Poder Geral de Cautela. Por meio da mesma análise, foi possível concluir que o poder implícito decorreria do poder explícito conferido constitucionalmente aos Tribunais de Contas no sentido de “assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada a ilegalidade”, conforme art. 71, IX, da Constituição Brasileira.

A partir desse ponto, a pesquisa se deparou com dois questionamentos: 1) apenas a teoria dos poderes implícitos é suficiente para conferir aos Tribunais de Contas o poder geral de cautela? 2) Qual o sentido e o alcance do Poder Geral de Cautela conferido aos Tribunais de Contas?

Antes de respondê-los, faz-se necessário aprofundar a pesquisa jurisprudencial sobre a questão das medidas cautelares no âmbito das Cortes de Contas no país.

---

<sup>302</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 24.510-7**. Impetrante: Nascimento Curi Advogados Associados. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Ellen Gracie. Brasília, 19 de novembro de 2003. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 jan. 2016.

### 3.2.3 Os demais precedentes jurisprudenciais sobre a matéria

Em razão de as competências institucionais do Tribunal de Contas estarem previstas em âmbito constitucional, os conflitos ou dúvidas que a seu respeito forem judicializados serão solvidos, em última instância, pelo Supremo Tribunal Federal. Por isso, durante a realização da presente pesquisa, buscou-se averiguar, junto à Suprema Corte brasileira, as decisões judiciais que trataram das medidas cautelares expedidas pelos Tribunais de Contas. Com esse intuito, buscaram-se, no sítio eletrônico de pesquisa de jurisprudência do STF<sup>303</sup>, julgados nos quais tenham sido referidas as expressões “Tribunais de Contas” e “medida(s) cautelar(es)”<sup>304</sup>, chegando-se ao seguinte resultado: Acórdãos – 158 documentos encontrados; Súmulas – Nenhum documento encontrado; Súmulas Vinculantes – Nenhum documento encontrado; Decisões Monocráticas – 1824 documentos encontrados; Decisões da Presidência – 178 documentos encontrados; Questões de Ordem – 3 documentos encontrados; Repercussão Geral – Nenhum documento encontrado; Informativo – 70 documentos encontrados.

Considerando o objetivo de averiguar o tratamento dado à matéria pela jurisprudência do STF, optou-se por focar a pesquisa, inicialmente, nos 158 documentos encontrados na espécie “Acórdãos”, tendo em vista que as demais espécies de decisão em que havia documentos relacionados não possuem a mesma força de precedente judicial<sup>305</sup> para efeitos de formação de jurisprudência.

Diante dos 158 Acórdãos analisados, a pesquisa filtrou somente aqueles que tratavam da possibilidade de o Tribunal de Contas expedir medidas cautelares, tendo encontrado somente mais 01 (um) case com esse objeto específico, decidido de forma colegiada. Alargando o escopo da pesquisa, buscou-se, ainda, averiguar outros julgados da Suprema Corte que tratassem da matéria, ainda que de forma

<sup>303</sup> Pesquisa elaborada, em 17/10/2015, no sítio eletrônico do STF. SUPREMO Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 17 out. 2015.

<sup>304</sup> No campo “pesquisa livre”, incluíram-se as seguintes expressões para busca: tribunal PROX2 contas E medida\$ PROX2 cautelar\$. No campo das espécies de decisões judiciais a serem pesquisadas, selecionou-se, num primeiro momento, todas as possíveis.

<sup>305</sup> Sobre precedente judicial, utiliza-se a expressão em sua concepção (ainda) clássica, mesmo que não se desconheça o sentido de precedente judicial que vem sem conferido pelos novos estudos de processo civil. A respeito desse novo sentido, recomenda-se a leitura da obra de Daniel Mitidiero: Cortes Superiores e Cortes Supremas: do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente. MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

monocrática<sup>306</sup>. Nessa segunda etapa da pesquisa, encontraram-se mais 06 (seis) julgados emanados da Suprema Corte brasileira, nos quais, juntamente com os outros, buscou-se compreender os contornos e a fundamentação conferida à matéria.

Segue, então, em ordem cronológica com base na data de decisão do STF, a relação dos precedentes constatados na pesquisa, acompanhados dos respectivos relatos.

### 3.2.3.1 Mandado de Segurança n. 26.263/DF

*Síntese do case:* Mandado de Segurança impetrado, por empresa privada, contra decisão do TCU que determinou a suspensão cautelar da Ata de Registro de Preços do Pregão Eletrônico nº 016/2006, realizado pelo Ministério da Justiça para a aquisição de detectores portáteis de traços de substâncias ilícitas, até que a Corte de Contas deliberasse definitivamente sobre o mérito de possíveis irregularidades quanto à restrição ao caráter competitivo do certame, ao direcionamento da licitação e à contratação mais onerosa dos bens a serem fornecidos.

O pedido liminar do *mandamus* foi analisado pela Ministra Ellen Gracie, no exercício da Presidência da Suprema Corte, em 08/01/2007 (decisão publicada em 02/02/2007), de forma direta e objetiva: “a fumaça do bom direito não está evidenciada [...] principalmente em face do decidido pelo Supremo Tribunal Federal no MS 24.510/DF, de minha relatoria, DJ 19.3.2004, no sentido de que o exercício do poder de cautela, pelo Tribunal de Contas, destina-se a garantir a própria utilidade da deliberação final a ser por ele tomada, em ordem a impedir que o eventual retardamento na apreciação do mérito da questão suscitada culmine por afetar, comprometer e frustrar o resultado definitivo do exame da controvérsia”.

A Ministra julgadora, fazendo referência à previsão do art. 71, inciso IX, da Carta Magna brasileira, reafirmou a lógica apresentada no julgamento do MS nº 24.510: “[...] se a Corte de Contas tem legitimidade para determinar que os órgãos ou entidades da Administração adotem as medidas necessárias ao exato cumprimento da lei, com maior propriedade possui legitimidade para a expedição de

---

<sup>306</sup> Para essa determinada pesquisa, utilizaram-se as expressões “tribunal de contas” e “medidas cautelares” e “24.510” (referência ao MS 24.510).



medidas cautelares, como a ora impugnada, a fim de prevenir a ocorrência de lesão ao erário ou a direito alheio, bem como de garantir a efetividade de suas decisões”.

Por tais razões, a Ministra Ellen Gracie indeferiu o pedido liminar do mandado de segurança impetrado, o qual sequer teve sua análise definitiva e colegiada efetivada, em razão da desistência da parte autora quanto à continuidade do processo<sup>307</sup>.

### 3.2.3.2 Mandado de Segurança n. 26.547

*Síntese do case:* Mandado de Segurança impetrado contra decisão do TCU que, mesmo sem a oitiva da parte interessada (sociedade de economia mista), determinou a invalidação do procedimento licitatório e do contrato celebrado com a empresa a quem se adjudicou o objeto da licitação.

O Mandado de Segurança n. 26.547 é apontado, por parte da doutrina, igualmente como importante marco decisório do STF no tratamento da matéria. O caso foi julgado em 23/05/2007, por decisão monocrática o Ministro Celso de Mello, relator da matéria, mesmo julgador que, na decisão do MS n° 24.510 antes referido, fundamentou com maior profundidade seu voto.

Quanto ao caso do MS n° 26.547, transcreve-se, de início, a ementa formulada pelo Ministro Celso de Mello para resumir a matéria:

**TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PODER GERAL DE CAUTELA. LEGITIMIDADE. DOCTRINA DOS PODERES IMPLÍCITOS. PRECEDENTE (STF). CONSEQÜENTE POSSIBILIDADE DE O TRIBUNAL DE CONTAS EXPEDIR PROVIMENTOS CAUTELARES, MESMO SEM AUDIÊNCIA DA PARTE CONTRÁRIA, DESDE QUE MEDIANTE DECISÃO FUNDAMENTADA. DELIBERAÇÃO DO TCU, QUE, AO DEFERIR A MEDIDA CAUTELAR, JUSTIFICOU, EXTENSAMENTE, A OUTORGA DESSE PROVIMENTO DE URGÊNCIA. PREOCUPAÇÃO DA CORTE DE CONTAS EM ATENDER, COM TAL CONDOTA, A EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL PERTINENTE À NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES ESTATAIS. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO EM CUJO ÂMBITO TERIAM SIDO OBSERVADAS AS GARANTIAS INERENTES À CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO "DUE PROCESS OF LAW". DELIBERAÇÃO FINAL DO TCU QUE SE LIMITOU A DETERMINAR, AO DIRETOR-PRESIDENTE DA CODEBA (SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA), A INVALIDAÇÃO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO E DO**

<sup>307</sup> Decisão do relator homologando a desistência proferida em 25/09/2007, conforme consulta ao sítio eletrônico do STF (no campo “Acompanhamento Processual”, do MS 26.263/DF. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n° 26.263/DF**. Impetrante: EBCO Systems Ltda. Impetrado: Tribunal de Contas da União - TCU. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 25 de setembro de 2007. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 jan. 2016.

**CONTRATO CELEBRADO COM A EMPRESA A QUEM SE ADJUDICOU O OBJETO DA LICITAÇÃO. INTELIGÊNCIA DA NORMA INSCRITA NO ART. 71, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO.** APARENTE OBSERVÂNCIA, PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, NO CASO EM EXAME, DO PRECEDENTE QUE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FIRMOU A RESPEITO DO SENTIDO E DO ALCANCE DESSE PRECEITO CONSTITUCIONAL (MS 23.550/DF, REL. P/ ACÓRDÃO O MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE). INVIABILIDADE DA CONCESSÃO, NO CASO, DA MEDIDA LIMINAR PRETENDIDA, EIS QUE NÃO ATENDIDOS, CUMULATIVAMENTE, OS PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DE SEU DEFERIMENTO. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. (grifou-se)<sup>308</sup>

No corpo da decisão, o Ministro Celso de Mello discorreu sobre diversos assuntos que dizem respeito às competências constitucionais. Além de reafirmar a possibilidade de expedição de medidas cautelares pelos Tribunais de Contas, reiterando praticamente os mesmos argumentos utilizados no julgamento do MS nº 24.510 (inclusive, citando-o expressamente), o jurista acrescentou a autorização para que os provimentos cautelares fossem expedidos, diante da urgência, mesmo sem a oitiva da parte contrária, bem como o fato de as decisões dos Tribunais de Contas possuírem caráter de *determinação* e não de mera *recomendação*.

Quanto aos fundamentos das medidas cautelares, o Ministro resumiu, já no início do decisum, seu entendimento da matéria: “[...] **impende reconhecer**, desde logo, **que assiste**, ao Tribunal de Contas, **poder geral de cautela. Trata-se de prerrogativa institucional** que decorre, por **implicitude**, das atribuições que a Constituição **expressamente** outorgou à Corte de Contas”. (grifou-se).

Detalhando mais essa linha de raciocínio, o magistrado referiu que mencionado poder geral de cautela “[...] **supõe que se reconheça**, a essa Corte [...], **a possibilidade de conceder provimentos cautelares** vocacionados **a conferir** real efetividade às suas deliberações finais, **permitindo**, assim, **que se neutralizem** situações de lesividade, atual **ou** iminente, ao erário”. (grifou-se).

Portanto, seguindo a mesma lógica jurídica explicitada no julgamento do MS nº 24.510/DF, o Ministro Celso de Mello reasentou a possibilidade de expedição de medidas cautelares.

---

<sup>308</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 26.547/BA**. Impetrante: Companhia das Docas do Estado da Bahia. Impetrado: Tribunal de Contas da União - TCU. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 04 de abril de 2001. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 jan. 2016.

No que se refere aos outros dois temas importantes tratados neste *decisum*, conforme acima noticiado, cabe destacar respectivos excertos que demonstram o exame e conclusão da matéria pelo julgador.

A possibilidade de concessão de provimentos cautelares *inaudita altera parte*, pelos Tribunais de Contas, foi considerada legítima, sem desrespeito à garantia constitucional do contraditório, porquanto “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”. (grifou-se).

Segundo o Ministro, esse entendimento do tema está autorizado por lições doutrinárias<sup>309</sup> que, embora se refiram a processos judiciais, também se aplicam inteiramente “**aos procedimentos administrativos**”<sup>310</sup>, **notadamente** àqueles instaurados perante o Tribunal de Contas, **considerando-se**, para esse efeito, os princípios e diretrizes **que regem** a teoria geral do processo [...]”.(grifou-se).

Por tais razões, então, conclui o Ministro pela “**possibilidade**, ainda que excepcional, de concessão, **sem** audiência da parte contrária, de medidas cautelares, por deliberação do Tribunal de Contas, **sempre que necessárias à neutralização imediata** de situações de lesividade, atual **ou** iminente, ao interesse público.” (grifou-se).

Quanto ao segundo ponto, relativo à natureza impositiva da decisão do Tribunal de Contas apreciada no julgamento do MS, o Ministro esclareceu, ainda preliminarmente, que “**a deliberação** do E. Tribunal de Contas da União, no caso, **analisada** em seu conteúdo material, **não veicula** mera recomendação (**como sugere** a ora impetrante), **mas consubstancia**, no ponto versado **na presente**

<sup>309</sup> Como exemplos de doutrinadores para essa matéria, o Ministro citou: SANCHES, Sydney. **Poder cautelar geral do juiz no processo civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 30; MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. v. 4; DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987. p. 336-371; DENTI, Vittorio. Sul Concetto di funzione cautelare. **Studi P. Ciapessoni**, 1948, p. 23-24; CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**. Pádua: Cedam, 1936, p. 20; THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Tutela Cautelar**. [S.l.]: Aide, 1992. v. 4.

<sup>310</sup> Conforme se percebe no capítulo em que se tratou do “processo de contas”, diverge-se quanto à expressão “procedimento administrativo” utilizado pelo Ministro Celso de Mello, o que, de qualquer forma, não interfere na concordância com a ideia traduzida no trecho transcrito.

impetração mandamental, **clara determinação** [...] que, **por efeito** de sua natureza mesma, **revela-se impregnada de caráter impositivo**". (grifou-se).

Ainda sobre a determinação expedida pelo Tribunal de Contas da União, questionada no Mandado de Segurança, referiu o Ministro Celso de Mello que ela não determinou a anulação de processo licitatório, nem suspendeu a execução de contrato administrativo, mas se limitou a ordenar, à autoridade competente, que assim procedesse. Nessa linha de atuação, complementou o Ministro, o TCU procedeu de acordo "**com a jurisprudência** desta Suprema Corte, **que já decidiu**, por mais de uma vez, **a propósito** das atribuições daquela Alta Corte de Contas, **que**[...] **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. (MS 23.550/DF, Rel. p/ o acórdão Min. Sepúlveda Pertence)". (grifou-se).<sup>311</sup>

Por todas essas razões, entendeu o Ministro que o TCU havia agido adequada e corretamente com base em suas competências constitucionais, explícitas e implícitas, razão pela qual estaria ausente o requisito pertinente à plausibilidade jurídica da pretensão mandamental examinada. Assim, indeferiu o pedido de medida liminar do mandado de segurança impetrado, decisão da qual houve recurso interposto pela parte autora (Agravo Regimental na Medida Cautelar no Mandado de Segurança nº 26.547).

O Plenário do STF, então, analisou a matéria em 06/06/2007 e, por unanimidade, não conheceu do agravo regimental, sendo a decisão ementada da seguinte maneira:

MANDADO DE SEGURANÇA - MEDIDA LIMINAR INDEFERIDA - DECISÃO FUNDAMENTADA - ATO DECISÓRIO INSUSCETÍVEL DE IMPUGNAÇÃO RECURSAL (SÚMULA 622/STF) - RECURSO NÃO CONHECIDO. - Não cabe recurso de agravo contra decisão do Relator, que, motivadamente, defere ou indefere pedido de medida liminar formulado

---

<sup>311</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 23.550**. Impetrante: Poli Engenharia Ltda. Impetrado: Presidente do Tribunal de Contas da União - TCU; Secretário Adjunto de Administração da Superintendência da Zona Franca de Manaus. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 04 de abril de 2001. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 jan. 2016.

em sede de mandado de segurança impetrado, originariamente, perante o Supremo Tribunal Federal. Precedentes.<sup>312</sup>

As decisões deste *case*<sup>313</sup>, portanto, reforçaram o entendimento jurisprudencial do STF no sentido de reconhecer a possibilidade de expedição de medidas cautelares pelos Tribunais de Contas.

### 3.2.3.3 Suspensão de Segurança n. 3.789/MA

*Síntese do case:* Neste caso, a Suspensão de Segurança foi ajuizada contra decisão do Tribunal de Justiça do Maranhão que, liminarmente, tornou sem efeito a cautelar do Tribunal de Contas daquele Estado que suspendeu os efeitos orçamentários, contábeis e financeiros de Decretos do Executivo autorizadores da abertura de créditos suplementares.

A decisão foi proferida, em 17/04/2009 (publicada em 27/04/2009), pelo Ministro Cezar Peluso, na condição de Presidente (interino<sup>314</sup>) da Suprema Corte brasileira, que entendeu ser caso de deferimento da suspensão de segurança solicitada, pois comprovada a alegação de violação ao art. 71 da Constituição da República.

Na hipótese, segundo palavras do Ministro Peluso, “o TCE pretende lhe seja reconhecida competência constitucional, para, diante de fundado receio de lesão à ordem jurídica, expedir medidas cautelares, tendentes a prevenir gravames ao erário e a garantir a efetividade de suas decisões”.

No entendimento do julgador, assiste razão a essa pretensão do TCE, conforme reconhecido pela Suprema Corte no julgamento do MS 24.510/DF. Afirmado isso, o Ministro passou a transcrever a ementa e os fundamentos dos votos que compuseram referido julgado, para, ao final, concluir que

---

<sup>312</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n° 26.547/BA**. Impetrante: Companhia das Docas do Estado da Bahia. Impetrado: Tribunal de Contas da União - TCU. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 04 de abril de 2001. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 12 jan. 2016.

<sup>313</sup> Conforme consulta ao sítio eletrônico do STF, verifica-se que a decisão do Agravo Regimental transitou em julgado em 14/10/2009. SUPREMO Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 15 out. 2015.

<sup>314</sup> Na época, o Presidente do STF era o Ministro Gilmar Mendes.

São conclusões que de todo convém à espécie, pois, no caso, sob pretexto de que a 'Corte de Contas Estadual não detém função jurisdicional típica' (fls. 23), o que é truísmo, o ato ora impugnado, cassando-lhe a eficácia da ordem de suspensão dos decretos e dos respectivos convênios, a princípio tidos por danosos ao tesouro estadual, aniquilou na prática, à primeira vista, a competência fiscalizatória que a Constituição Federal outorgou àquele órgão e que, como é óbvio, só pode exercida, se lhe sejam assegurados os meios que a garantam e tornem efetiva. 3. Do exposto, defiro o pedido de suspensão de segurança, para suspender os efeitos da decisão liminar proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 10363/2009, inclusive no que respeita à proibição da Corte de Contas Estadual determinar suspensão de atos análogos.<sup>315</sup>

Assim, também neste caso, o STF reconheceu a possibilidade de a Corte de Contas lançar mão das medidas cautelares para o exercício de suas competências constitucionais.

#### 3.2.3.4 Suspensão de Segurança n. 4.009/RR

*Síntese do case:* Nesta Suspensão de Segurança, o STF analisou medida cautelar adotada pelo Tribunal de Contas do Estado de Roraima determinando o afastamento preventivo de alguns servidores públicos de seus cargos, bem como a indisponibilidade de seus bens. Referiu, ainda que não tenha sido objeto da controvérsia judicial, a possibilidade de expedição de cautelar, pelo Tribunal de Contas, para suspensão de contrato administrativo e de pagamento superfaturado decorrente desse contrato.

O Ministro Gilmar Mendes, na presidência do STF, analisando a Suspensão de Segurança n. 4.009/RR (data de julgamento 27/10/2009, data de publicação 05/11/2009), reconheceu, na fundamentação de sua decisão, a possibilidade de a medida cautelar, expedida pelo Tribunal de Contas, ser utilizada também para suspensão de contrato. Alertou, todavia, que tal assunto não era objeto da discussão do feito, a qual se cingia ao afastamento e a indisponibilidade de bens de determinados servidores do Executivo de Roraima.

A decisão do TCE-RR teve três vertentes: (i) suspender o pagamento de contrato; (ii) afastar preventivamente de suas funções o Procurador-Geral do Estado, o Controlador-Geral do Estado e a Diretora do Departamento de Liquidação da CGE

---

<sup>315</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Segurança n° 3.789/MA**. Requerente: Tribunal de Contas do Estado do Maranhão e outros. Requerido: Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 17 de abril de 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 jan. 2016.

até a formalização de decisão final; e (iii) decretar a indisponibilidade de bens e o bloqueio das respectivas contas correntes. Eis o inteiro teor da ementa formalizada pelo TCE-RR:

EMENTA: INCIDENTE PROCESSUAL. PREGÃO PRESENCIAL N.º 412/2008. INDÍCIOS DE ILEGALIDADE. DECISÃO PRELIMINAR SUSPENDENDO OS PAGAMENTOS À EMPRESA VENCEDORA DO CERTAME. DESCUMPRIMENTO. DESPESA REALIZADA E NOVOS CONTRATOS FIRMADOS. PARECER EXARADO PELA PROGE SUSTENTANDO AUSÊNCIA DE IMPEDIMENTO PARA O PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO DO CONTRATO. ANUÊNCIA DA CONTROLADORIA GERAL DO ESTADO. OMISSÃO NO DEVER DE COMUNICAR IRREGULARIDADES À ESTA CORTE DE CONTAS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. POSSIBILIDADE DE COMETIMENTO DE OUTROS APTS ILEGAIS E INVIABILIDADE DE RESSARCIMENTO DE EVENTUAIS PREJUÍZOS AO ERÁRIO. AFASTAMENTO DO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES E DECRETAÇÃO DE INDISPONIBILIDADE DOS BENS. COMUNAÇÃO DE PRAZO PARA O GOVERNADOR DO ESTADO CUMPRIR A DECISÃO SOB PENA DE RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. REITERAÇÃO DA DECISÃO À SECD E SEFAZ.<sup>316</sup>

Os atingidos por tal decisão buscaram a suspensão da decisão do TCE-RR junto ao Tribunal de Justiça local, impetrando mandados de segurança individuais (respectivamente, n.º 01009013002-1, de n.º 01009013048-4e de n.º 01009013023-7), alegando, em síntese, que não foi respeitado o contraditório e a ampla defesa pela Corte de Contas roraimense, bem como não foi seguido o rito adequado para suspensão de contrato administrativo, competência que somente caberia à Assembleia Legislativa.

O TJ-RR suspendeu a decisão do TCE-RR, o que motivou, então, o ajuizamento do pedido de suspensão de segurança pela Corte de Contas, sustentando, em síntese, grave lesão à ordem e à economia públicas.

Na decisão da suspensão de segurança, o Ministro Gilmar Mendes asseverou que “quanto à decisão formalizada nesses processos (MS n.º 0100901302-3 e MS n.º 01009013048-4), assiste razão ao Tribunal de Contas estadual sobre o fato de que lhe é reconhecida competência constitucional para, diante de fundado receio de lesão à ordem jurídica, expedir medidas cautelares, com a finalidade de prevenir

---

<sup>316</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Segurança n.º 4.099/RR**. Requerente: Tribunal de Contas do Estado de Roraima e Outros. Requerido: Tribunal de Justiça do Estado de Roraima. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 27 de outubro de 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 jan. 2016.

gravames ao erário público e de garantir a efetividade de suas decisões (SS 3.789, Min. Cezar Peluso, DJ 27.4.2009, MS 24.510, Min. Ellen Gracie, DJ 19.11.2003)”.  
Na sequência, todavia, esclareceu que o objeto analisado na SS referia-se somente a uma parte da decisão cautelar adotada pelo TCE-RR:

Contudo, a decisão formalmente sobrestada pelo Tribunal de Justiça estadual foi a proferida no Incidente Processual 868/2009, apensado à Representação 2009.10.020-01/2009-02, vale dizer, a segunda decisão formalizada pelo Tribunal de Contas estadual, que afastou autoridades do exercício das funções, bloqueou os respectivos bens e contas correntes. A questão atinente à validade ou não da primeira decisão envereda-se sobre o mérito dos mandados de segurança impetrados na origem, não cabendo a esta Presidência, na via estreita da análise de pedido de contracautela, pronunciar-se sobre este. Tal matéria deve ser debatida no exame do recurso cabível contra o provimento jurisdicional que ensejou a presente medida (SS-AgR n.º 2.932/SP e SS-AgR n.º 2.964/SP, entre outros).<sup>317</sup>

Quanto ao afastamento e à indisponibilidade de bens decretados pelo TCE-RR, o Ministro Gilmar Mendes indeferiu o pedido de suspensão da segurança formulado pela Corte de Contas roraimense, valendo transcrever os dois últimos parágrafos da decisão:

Importante ressaltar, ainda mais uma vez, que a decisão que aqui se discute diz respeito apenas ao afastamento preventivo das funções do Procurador-Geral do Estado, do Controlador-Geral do Estado e da Diretora do Departamento de Liquidação da CGE, à decretação da indisponibilidade de seus bens e ao bloqueio de suas respectivas contas correntes. Ante o quadro, indefiro o pedido de suspensão de segurança formulado na inicial.<sup>318</sup>

Nesse caso, portanto, o Ministro Gilmar Mendes, na condição de Presidente da Suprema Corte reafirmou o poder de cautela dos Tribunais de Contas, inclusive para suspender a execução contratual, ainda que tenha, na análise concreta do caso, indeferido o pedido de suspensão de segurança relativamente ao afastamento de cargos e à indisponibilidade de bens de determinados agentes públicos.

---

<sup>317</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Segurança n° 4.099/RR**. Requerente: Tribunal de Contas do Estado de Roraima e Outros. Requerido: Tribunal de Justiça do Estado de Roraima. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 27 de outubro de 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 jan. 2016.

<sup>318</sup> Ibid., acesso em: 12 jan. 2016.



### 3.2.3.5 Mandado de Segurança 30.593/DF

*Síntese do case:* Medida cautelar adotada pelo TCU para determinar a paralisação das obras executadas pela impetrante (empresa privada, empreiteira de obras contratada pelo DNIT) e, em seguida, a indisponibilidade de seus bens, providências que, segundo alegação da impetrante, teriam sido realizadas sem sua audiência prévia, em violação ao direito de defesa e ao princípio do contraditório.

Trata-se de decisão monocrática, proferida pelo Ministro Joaquim Barbosa, em 08/06/2011, analisando o pedido de medida cautelar no Mandado de Segurança n. 30.593/DF.

No processo de contas realizado junto ao TCU, havia indícios da “ocorrência de diversas irregularidades no processo licitatório e na contratação de obras junto à impetrante, especialmente a suposta existência de favorecimento, sobrepreço e conluio entre servidores do DNIT e a empresa-impetrante”.

O TCU, então, adotou o ato impugnado no mandado de segurança ora analisado com base no “poder geral de cautela que possui para determinar a realização de providências urgentes, inclusive sem oitiva prévia das partes interessadas, sempre que houver fundado receio de dano ao erário, a direito alheio ou risco de ineficácia da decisão de mérito”, citando, nesse sentido, o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no MS 24.510, rel. min. Ellen Gracie, Pleno, DJ 19.03.2004.

Ao decidir, o Ministro Joaquim Barbosa entendeu que “o direito líquido e certo alegado pela impetrante – direito de acesso aos autos, à ampla defesa e ao contraditório – já foi exercido perante o TCU por ocasião da juntada do relatório de inspeção aos autos do processo de tomada de contas”. Dando prosseguimento a essa linha de raciocínio, asseverou o Ministro que “o fato de que ainda não foi tomada decisão favorável à impetrante no processo em questão não significa, portanto, que tenha havido violação aos direitos acima referidos”.

Quanto à procedência da alegação de que o direito ao contraditório deveria ter sido exercido antes da decretação da indisponibilidade de bens, concluiu o Relator que esbarraria “na possibilidade, reconhecida àquele órgão de controle pela jurisprudência desta Corte, de se valer de medidas cautelares sem oitiva da parte contrária, quando assim for necessário para evitar dano ao erário”, transcrevendo, então, o a ementa do acórdão proferido no MS n° 24.510.

Analisando os fatos que motivaram a expedição de medida cautelar no caso concreto, o julgador mencionou que “a manutenção da indisponibilidade dos bens até o presente momento parece se justificar pelo risco de que o patrimônio da impetrante – bens que tem origem, também, nos contratos mantidos com o poder público – possa vir a se alienado antes que seja apurada a efetiva ocorrência de danos ao erário decorrentes de vícios na contratação com o DNIT e, por extensão, antes de serem executadas as obrigações decorrentes da responsabilidade apurada pela eventual existência desses danos”.

Finalizando sua decisão, o Ministro referiu que “para alcançar juízo acerca da desnecessidade da tomada de contas especial – conclusão que a impetrante diz ser possível agora – é necessário esgotar a fase probatória daquele processo específico, razão pela qual entendo que deve ser mantida em vigor a medida cautelar impugnada neste mandado de segurança”

Assim, indeferiu a liminar postulada, ao mesmo tempo em que abriu vista à Procuradoria Geral da República<sup>319</sup>.

A decisão monocrática proferida no mandado de segurança examinado, embora ainda não julgado em definitivo, representa mais uma confirmação advinda do STF autorizando a expedição de medidas cautelares pelos Tribunais de Contas.

### 3.2.3.6 Mandado de Segurança n. 33.092/DF

*Síntese do case:* Mandado de Segurança impetrado pelo ex-presidente da Petrobrás e outros servidores da estatal brasileira contra decisão do TCU que determinou a indisponibilidade de seus bens, no caso de fiscalização pelo órgão de controle federal da aquisição da refinaria americana *Pasadena Refining System Inc.* (PRSI)

O julgamento do MS n° 33.092/DF provocou, mais uma vez, o Supremo Tribunal Federal a se manifestar sobre a possibilidade de medidas cautelares serem expedidas pelo Tribunal de Contas da União.

---

<sup>319</sup> Parecer exarado, em 26/06/2012, de forma sucinta e objetiva, sem abordar a questão que interessa ao presente trabalho – medidas cautelares expedidas pelos Tribunais de Contas. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n° 24.510-7**. Impetrante: Nascimento Curi Advogados Associados. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Ellen Gracie. Brasília, 19 de novembro de 2003. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 jan. 2016.

A primeira decisão, nesse processo, ocorreu de forma monocrática: o Ministro Gilmar Mendes, relator do feito, indeferiu o pedido de liminar do MS, em 13/08/2014. Menos de um ano depois, sobreveio a decisão colegiada: em 24/03/2015, a Segunda Turma do STF decidiu em definitivo a matéria<sup>320</sup>, denegando a segurança pleiteada, nos termos do voto do Relator. A Ementa da decisão foi elaborada nos seguintes termos:

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.<sup>321</sup>

O Mandado de Segurança ora analisado decorreu de situação fática nacionalmente conhecida<sup>322</sup>: a aquisição da refinaria americana *Pasadena Refining System Inc.* (PRSI) pela *Petrobras America Inc.* (PAI), subsidiária integral da Petróleo S.A. (Petrobras).

O *mandamus* foi impetrado por José Sérgio Gabrielli e Outros, em face do Acórdão 1.927/2014, proferido em Sessão do Plenário do Tribunal de Contas da União (TCU), que determinou a indisponibilidade de bens dos impetrantes.

Nesse ponto, vale destacar, de início, que há dispositivo legal que autoriza a possibilidade de determinação, pelo TCU, da indisponibilidade de bens pertencentes

---

<sup>320</sup> Conforme consulta ao sítio eletrônico do STF, o trânsito em julgado da decisão ocorreu em 15/09/2015. SUPREMO Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

<sup>321</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n° 33.092/DF**. Impetrante: José Sérgio Gabrielli de Azevedo e outros. Impetrado: Tribunal de Contas da União - TCU. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 24 de março de 2015. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 12 jan. 2016.

<sup>322</sup> Por todas as notícias veiculadas na mídia sobre o assunto, citam-se, exemplificativamente, matérias divulgadas por dois dos maiores grupos de comunicação no Brasil: ENTENDA a compra da refinaria de Pasadena pela Petrobras. [S.l., 2014]. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2014/03/entenda-compra-da-refinaria-de-pasadena-pela-petrobras.html>>. Acesso em: 14 dez. 2015; ENTENDA o caso da refinaria da Petrobras em Pasadena (EUA). [S.l., 2014]. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/03/1433096-entenda-o-caso-da-refinaria-da-petrobras-em-pasadena-eua.shtml>>. Acesso em: 14 dez. 2015.

aos responsáveis pelos danos em apuração: a hipótese está prevista na Lei Orgânica da Corte de Contas Federal, em seu art. 44, §2º<sup>323</sup>.

Todavia, o Ministro Gilmar Mendes, ao fundamentar seu voto, pouco – ou nada – deu importância à previsão legal, centrando seu argumento no poder geral de cautela, decorrente da teoria dos poderes implícitos, assim como foi feito no julgamento do MS nº 24.510/DF, *in verbis*:

Neste ponto, vale destacar que a jurisprudência desta Corte reconhece assistir ao Tribunal de Contas um poder geral de cautela, que se consubstancia em uma prerrogativa institucional decorrente das próprias atribuições que a Constituição expressamente outorgou à Corte de Contas para o seu adequado funcionamento e o alcance de suas finalidades. É o que restou consignado por esta Corte, por exemplo, no julgamento do MS 24.510/DF, Plenário, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJ, 19.03.2004. Nesse julgado, o Ministro Celso de Mello acentuou, com propriedade, a importância da legitimidade constitucional dada ao TCU para adotar medidas cautelares destinadas a conferir real efetividade às suas deliberações finais, de modo a permitir que possam ser neutralizadas situações de lesividade, atual ou iminente, ao Erário. Vale ressaltar o seguinte excerto de seu voto, no que aqui interessa: [...]<sup>324</sup>

O Ministro Gilmar Mendes, a fim de reforçar sua argumentação, citou praticamente todos os *cases* analisados na presente pesquisa, referindo que “*esse entendimento tem sido reafirmado por esta Corte em reiteradas decisões que envolvem, em maior ou menor medida, a discussão cautelar e meritória da abrangência do poder geral de cautela do TCU, a saber: MS 23.983*<sup>325</sup>, Rel. Min.

<sup>323</sup> Art. 44. No início ou no curso de qualquer apuração, o Tribunal, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, determinará, cautelarmente, o afastamento temporário do responsável, se existirem indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções, possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao Erário ou inviabilizar o seu ressarcimento.[...] § 2º Nas mesmas circunstâncias do caput deste artigo e do parágrafo anterior, poderá o Tribunal, sem prejuízo das medidas previstas nos arts. 60 e 61 desta Lei, **decretar, por prazo não superior a um ano, a indisponibilidade de bens do responsável**, tantos quantos considerados bastantes para garantir o ressarcimento dos danos em apuração. (grifou-se). BRASIL. **Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992**. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8443.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8443.htm)>. Acesso em 10 dez. 2015.

<sup>324</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 24.510-7**. Impetrante: Nascimento Curi Advogados Associados. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Ellen Gracie. Brasília, 19 de novembro de 2003. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 12 jan. 2016.

<sup>325</sup> Nota de rodapé acrescentada pela pesquisa para explicar que, neste caso, o TCU decretou a indisponibilidade de bens por um ano de empresas que haviam firmado contrato com o TRT da 2ª Região, que fora declarado nulo em razão de apontadas irregularidades presentes no pacto e na sua execução. Por decisão monocrática, o Ministro Eros Grau, apesar de reconhecer que “o ato impugnado decretou a indisponibilidade dos bens dos impetrantes pelo prazo de um ano, em **perfeita consonância** com a limitação contida no art. 44, § 2º da Lei n. 8.443/92” (grifou-se), declarou “prejudicado não só o pedido de liminar, bem como a concessão da segurança

*Eros Grau, DJ 30.08.2004; MS 26.263 MC/DF, proferida pela Ministra Ellen Gracie no exercício da Presidência do STF (RISTF, art. 13, VIII), DJ 02.02.2007; MS 25481 AgR/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe 25.10.2011)*”.<sup>326</sup>

O Ministro-Relator citou, ainda, o julgamento de medida liminar no MS n° 26.547/DF e no MS 30.593/DF (também acima vistos), para dizer da possibilidade de o Tribunal de Contas expedir, excepcionalmente e de forma fundamentada, medidas cautelares, mesmo sem audiência da parte contrária, nos casos em “que necessárias à neutralização imediata de situações de lesividade ao interesse público ou à garantia da utilidade prática de suas deliberações finais”.

Na sequência, o Ministro relatou, detalhadamente, os fatos averiguados pela fiscalização do TCU sobre a operação de aquisição da refinaria *Pasadena* pela Petrobrás para, ao final, denegar a segurança postulada.

Acompanhando o Ministro Gilmar Mendes, votaram a Ministra Cármen Lúcia, que fez questão de destacar “[...] a inexistência de qualquer ilegalidade [...] quanto ao poder de tutela exercido, neste caso, pelo Tribunal de Contas”, e o Ministro Celso de Mello, que ressaltou seu entendimento de que “a deliberação do E. Tribunal de Contas da União [...] reveste-se de plena legitimidade jurídica”, em consequência do poder geral de cautela que lhe inerente por reflexo das atribuições institucionais que lhe foram conferidas pela Constituição da República.

### 3.2.3.7 Quadro-resumo das decisões do STF sobre a matéria

Diante da pesquisa jurisprudencial realizada<sup>327</sup>, procurou-se diagnosticar em cada julgado analisado, referências pertinentes a cinco características que podem

---

pleiteada, eis que a decisão administrativa atacada não mais produz qualquer tipo de ônus ao patrimônio dos impetrantes”, tendo em vista ter transcorrido mais de um ano entre a decretação de indisponibilidade e a data da decisão. Assim, extinguiu o mandado de segurança, ante a perda de seu objeto. Em razão de o desfecho do processo decorrer de questão processual, não tendo sido a matéria de fundo (medida cautelar) enfrentada de forma exauriente, o trabalho não esmiuçou a análise desse mandamus.

<sup>326</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n° 33.092/DF**. Impetrante: José Sérgio Gabrielli de Azevedo e outros. Impetrado: **Tribunal de Contas da União - TCU**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 24 de março de 2015. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 jan. 2016.

<sup>327</sup> Não se pode deixar de mencionar, embora não guarde relação com a possibilidade de expedição de provimento cautelar pelos Tribunais de Contas, outro precedente que reafirmou a aplicação da teoria dos poderes implícitos a essas Cortes. Trata-se do Mandado de Segurança n° 32.494/DF, situação em que o TCU estendeu à empresa-impetrante a mesma sanção aplicada a outra empresa, que teria os mesmos sócios, o mesmo endereço e o mesmo fornecedor, com

sintetizar, de forma objetiva, a opinião do STF sobre a matéria, as quais vão adiante relacionadas no seguinte quadro-resumo:

---

base na teoria da desconsideração da personalidade jurídica. O writ mencionado no presente tópico foi impetrado, em 21/10/2013, com pedido de liminar, que acabou sendo analisado e deferido, em 11/11/2013, pelo Ministro Celso de Mello. Não obstante, o parecer da Procuradoria-Geral da República no feito, datado de 12/03/2014, é pela denegação de segurança. Com efeito, em sua decisão monocrática, o Ministro Celso de Mello reafirmou a possibilidade de se compreender competências institucionais implícitas do Tribunal de Contas a partir da análise de suas competências explícitas. Assim, tal julgado representa mais uma confirmação do STF quanto ao poder implícito de cautela dos Tribunais de Contas.

Quadro 1 – Síntese STF

<b>Número do Precedente</b>	<b>Órgão Julgador</b>	<b>Matéria analisada no precedente</b>	<b>Normas jurídicas referidas como fundamentação da “medida cautelar”</b>	<b>Teorias jurídicas referidas como fundamentação da “medida cautelar”</b>	<b>Finalidades/funções da “medida cautelar” citadas</b>
MS 24.510	Plenário do STF	Suspensão de licitação (concorrência), por representação de um licitante	Art. 71, inciso IX, da Constituição da República Artigos 4º e 113, § 1º e 2º da Lei nº 8.666/93	Poder geral de cautela reconhecido ao TCU como decorrência de suas atribuições constitucionais (teoria dos poderes implícitos).	Prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões
MS 26.263	Decisão Monocrática (Ministra Ellen Gracie)	Suspensão cautelar da Ata de Registro de Preços de determinado Pregão Eletrônico (realizado pelo Ministério da Justiça)	Não foram referidas normas jurídicas neste caso.	Poder geral de cautela reconhecido aos TCs como decorrência de suas atribuições constitucionais (teoria dos poderes implícitos). Citado o precedente do MS 24.510/DF.	Prevenir a ocorrência de lesão ao erário ou a direito alheio, bem como de garantir a efetividade de suas decisões
MS 26.547	Decisão Monocrática (Ministro)	A invalidação do procedimento licitatório e do	Art. 71, inciso IX, da Constituição da República	Poder geral de cautela reconhecido ao TCU como decorrência de suas	Conferir real efetividade às deliberações finais do TCU, permitindo, assim, que se

	Celso de Mello)	contrato celebrado com a empresa a quem se adjudicou o objeto da licitação		atribuições constitucionais (teoria dos poderes implícitos).	neutralizem situações de lesividade, atual ou iminente, ao erário
SS 3.789/MA	Decisão Monocrática (Ministro Cezar Peluso)	Suspender os efeitos orçamentários, contábeis e financeiros de Decretos do Executivo abrindo créditos suplementares.	Art. 71 da Constituição da República	Poder geral de cautela reconhecido aos TCs como decorrência de suas atribuições constitucionais (teoria dos poderes implícitos). Citados os mesmos argumentos do MS 24.510/DF.	Prevenir gravames ao erário e a garantir a efetividade de suas decisões
SS 4.009/RR	Decisão Monocrática (Ministro Gilmar Mendes)	Afastamento e a indisponibilidade de bens determinados servidores do Executivo de Roraima	Não foram referidas normas jurídicas neste caso.	Poder geral de cautela reconhecido aos TCs como decorrência de suas atribuições constitucionais (teoria dos poderes implícitos). Citado o precedente do MS 24.510/DF.	Prevenir gravames ao erário público e de garantir a efetividade de suas decisões
MS 30.593	Decisão	Paralisação das	Não foram referidas	Poder geral de cautela	Evitar dano ao erário



	Monocrática (Ministro Joaquim Barbosa)	obras executadas por empresa privada (empreiteira de obras contratada pelo DNIT) e a indisponibilidade de seus bens	normas jurídicas neste caso.	reconhecido aos TCs como decorrência de suas atribuições constitucionais (teoria dos poderes implícitos). Citado o precedente do MS 24.510/DF.	
MS 33.092	Segunda Turma do STF (Rel. Min. Gilmar Mendes)	Dano ao patrimônio da Petrobras. Medida cautelar de indisponibilidade de bens dos responsáveis. <sup>328</sup>	Art. 44, § 2º, “d”, da Lei 8.443/92, e os artigos 273 e 274 do Regimento Interno do TCU. Art. 71 da CRFB <sup>329</sup> .	Poder geral de cautela reconhecido ao TCU como decorrência de suas atribuições constitucionais (teoria dos poderes implícitos).	Neutralização imediata de situações de lesividade ao interesse público ou à garantia da utilidade prática de suas deliberações finais.

Fonte: Elaborado pelo autor.

<sup>328</sup> O ato impugnado consistia na decisão que decretou a indisponibilidade de bens visando à apuração de dano ao erário, de gestão temerária e de ato antieconômico decorrentes da aquisição da refinaria americana Pasadena Refining System Inc. (PRSI) pela Petrobras America Inc. (PAI), subsidiária integral da Petróleo S.A. (Petrobras).

<sup>329</sup> Trecho do voto: “o ato impugnado – inclusive no que tange à ordem cautelar de indisponibilidade de bens – está inserido no campo das atribuições constitucionais de controle externo exercido pelo Tribunal de Contas da União (art. 71, CF/88)”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n° 24.510-7**. Impetrante: Nascimento Curi Advogados Associados. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Ellen Gracie. Brasília, 19 de novembro de 2003. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 jan. 2016.

### 3.2.4 Análise da jurisprudência comentada

Neste tópico, analisar-se-á, de forma mais profunda, a posição do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade de expedição de “medidas cautelares” pelos Tribunais de Contas.

Ressalta-se, de plano, que, diante da percepção quanto às finalidades desenhadas pelo STF para justificar a utilização de “medida cautelar” pelos TCs, dúvida emerge no que tange à correção da identificação/nomeação das denominadas medidas cautelares (ainda mais se forem consideradas, em conjunto às finalidades referidas, as situações fáticas que demandaram posicionamento judicial): seriam os provimentos de “cautela”, adotados pelos Tribunais de Contas, relacionados somente à tutela cautelar ou, também, à tutela satisfativa antecipada?

Com efeito, parece evidente o erro conceitual cometido pela Suprema Corte do país nos casos em que trata como se *cautelar* fosse, indistintamente, outras situações de *tutela provisória*, em especial aquelas que tutelam o próprio direito fundamental à boa administração pública durante o processo de contas. Casos que, notoriamente, se caracterizam por ser de *tutela satisfativa* são classificados como “cautelares” pelo STF. Tal equívoco certamente decorre da confusão cometida pela doutrina brasileira processualista do século XX, que se valeu dos estudos importados de juristas italianos no que se refere à categorização e critérios de definição das *medidas cautelares*, que só foi desfeito com a luz dada à matéria pelo processualista Baptista da Silva – conforme visto acima.

Nesse contexto, cumpre ressaltar comentário acadêmico elaborado pela Ministra Ellen Gracie<sup>330</sup>, refletindo a ideia de que a Suprema Corte brasileira, ao mencionar o “princípio dos poderes implícitos” nos julgamentos que envolviam os Tribunais de Contas, conferia a estes o poder de editar “medidas **antecipatórias** ou cautelares”<sup>331</sup> (grifou-se):

---

<sup>330</sup> Quando escreveu artigo sobre a revisão judicial das decisões do TCU pelo STF. GRACIE, Ellen. Notas sobre a revisão judicial das decisões do Tribunal de Contas da União pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista do Tribunal de Contas da União**, ano 39, n. 110, set./dez. 2007. p. 7-14.

<sup>331</sup> *Ibid.*, p. 14.

A esse respeito, feriu-se interessante discussão do STF quando do julgamento do MS 24.510-7/DF (no mesmo sentido MS 26.547 e MS 23.550) referido em que prevaleceu a ideia de que pelo princípio dos poderes implícitos cabe ao TCU o (sic) de editar medidas antecipatórias ou cautelares conforma (sic) a natureza ou gravidade do caso.

A partir da análise dos precedentes do STF, torna-se irrefutável a afirmação de Gracie. Consoante se percebe no quadro resumo antes apresentado, as chamadas “medidas cautelares” poderiam funcionar ou para *tutela satisfativa*, evitando a ocorrência do dano ao erário e tutelando, portanto, o direito fundamental à boa administração pública, ou para *tutela cautelar*, assegurando a efetividade da deliberação final do processo de contas. Dessa forma, constata-se que o Supremo Tribunal Federal, por meio de jurisprudência consolidada, autoriza a atuação dos órgãos de controle externo por meio de *provimentos provisórios* relacionados à *tutela de urgência*, seja na espécie cautelar, seja na espécie satisfativa.<sup>332</sup>

---

<sup>332</sup> Por pertinente, convém mencionar partes dos precedentes analisados que, se vistos isoladamente, poderiam gerar confusão interpretativa a indicar que somente o poder de cautela, tecnicamente denominado, seria conferido às Cortes de Contas. Nesse sentido, foi a fundamentação do voto de Celso de Mello, tanto no julgamento do MS 24.510 quanto na decisão do MS 26.547: no início de seus argumentos, o Ministro, aparentemente, atribui aos TCs possibilidade de expedir medidas de tutela de urgência (tanto espécie cautelar como na satisfativa), mas depois, na parte final de sua fundamentação, restringe à possibilidade de cautelar mais restrita (só para garantir a utilidade e efetividade do processo). Na mesma linha desse segundo momento argumentativo de Celso de Mello, o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento do MS 24.510, deixa claro, também, a natureza puramente cautelar do provimento a ser expedido pelos Tribunais de Contas: a preocupação com o tempo, isto é, ao final do julgamento é possível que a licitação já tenha ocorrido e, assim, seja inócua a determinação expedida. Em que pesem essas duas posições, a pesquisa evidenciou que a maior parte das decisões proferidas pelo STF sobre o assunto, inclusive a decisão colegiada do Plenário considerada como *leading case* da matéria, admitiram a possibilidade de que os Tribunais de Contas expedissem, em verdade, provimentos de tutela de urgência, em seu gênero – e não apenas da espécie tutela cautelar. Por todas essas decisões, cita-se, novamente, trecho da ementa do julgamento do MS n° 24.510: “O Tribunal de Contas da União tem competência para fiscalizar procedimentos de licitação, determinar suspensão cautelar [...], examinar editais de licitação publicados e, [...], possui legitimidade para a expedição de medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões”. Com efeito, a medida cautelar, como acima denominada na ementa, não pode ser analisada simplesmente por sua identificação nominal ou sob seu viés estrutural, deve ser examinada pela ótica funcional, isto é, para qual função sua utilização está sendo autorizada. Nesse sentido, não há dúvidas de que o STF autoriza a expedição de medidas satisfativas (“para prevenir lesão ao erário”) e medidas puramente cautelares (“garantir a efetividade de suas decisões”). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n° 24.510-7**. Impetrante: Nascimento Curi Advogados Associados. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Ellen Gracie. Brasília, 19 de novembro de 2003. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 jan. 2016. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n° 26.547/BA**. Impetrante: Companhia das Docas do Estado da Bahia. Impetrado: **Tribunal de Contas da União - TCU**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 04 de abril de 2001. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 jan. 2016.

Considerando as conclusões do primeiro capítulo sobre a função de controle externo e o processo de contas, a pesquisa analisará as premissas teóricas utilizadas pela Suprema Corte para justificar a possibilidade de expedição das denominadas “medidas cautelares”, que, a partir de agora, passam a ser identificadas como provimentos provisórios de urgência, em razão de esta expressão representar qualificação tecnicamente mais adequada (de acordo com o novo CPC). Num segundo momento, a preocupação será verificar os casos, os limites e os contornos em que se permite a utilização dos provimentos provisórios pelas Cortes de Contas quando do exercício das atribuições constitucionais que lhe foram conferidas, buscando identificar se apenas nos casos de tutela de urgência, ou também nos de tutela da evidência referidos provimentos podem ser expedidos.

Para o primeiro momento dos dois mencionados, faz-se necessário avaliar a aplicação da teoria dos poderes implícitos, elemento unânime de todas as decisões do STF para fundamentar o chamado “poder geral de cautela” conferido às Cortes de Contas. Nessa seara, cabe averiguar se os poderes conferidos explicitamente aos Tribunais de Contas pela Constituição brasileira permitem, de fato, a conclusão de que lhe é permitido, por competência implícita, lançar mão de provimentos provisórios no exercício de sua função de controle externo.

Dito isso, já que esgotada a pesquisa quanto à análise jurisprudencial da matéria de cautelares expedidas pelos Tribunais de Contas, passa-se, de imediato, ao exame dos fundamentos teóricos utilizados para permiti-las.

### **3.2.5 A teoria dos poderes implícitos e o poder geral de cautela**

A teoria dos poderes implícitos tem sua origem na Suprema Corte dos EUA, no ano de 1819, no precedente *Mc Culloch vs. Maryland*. De acordo com referida teoria, a Constituição, ao conferir, explicitamente, uma função a determinado órgão ou instituição, também lhe confere, implicitamente, os meios necessários para a consecução de suas atividades finalísticas.

Entende a jurisprudência do STF que, por aplicação da teoria dos poderes implícitos, o Tribunal de Contas contaria com *poder geral de cautela* para o exercício de suas funções. Nada obstante, é necessário que se responda se a teoria dos poderes implícitos aplica-se à atuação dos Tribunais de Contas e,

consequentemente, se decorreria, dessa aplicação, *poder geral de cautela* às Cortes de fiscalização do país. E mais: qual o significado desse poder geral de cautela?

A construção do raciocínio que aplicou a teoria dos poderes implícitos partiu do voto do Ministro Celso de Mello, como visto acima, no qual foi citado, entre outras doutrinas, a de Rui Barbosa, que explicava a teoria dos poderes implícitos também a partir da citação à criação teórica norte americana. Nesse contexto, deve-se cogitar a inadequação da comparação entre as Constituições brasileira e americana, em razão de sua (sabida) enorme diferença quanto à classificação pelo critério de extensão/tamanho: enquanto a primeira classifica-se por ser analítica, a segunda caracteriza-se por ser sintética. Desse modo, a teoria dos poderes implícitos, trazida de interpretação da Constituição norte-americana, não poderia ser importada para aplicação na Carta Magna brasileira, com característica tão distinta quanto à extensão.

Se for verdade tal conclusão, também assim deve ser considerado o fato de que toda Constituição, obviamente, não tem a capacidade de prever integralmente os meios de atuação de seus *órgãos de soberania nacional*<sup>333</sup>. Assim, por mais que se constate que nossa Carta Magna possui regras específicas em excesso para regulamentação das instituições do país, seria demais exigir que previsse os instrumentos processuais de atuação dos Tribunais de Contas.

Aliás, a Constituição **não** prevê, de forma expressa, que o Poder Judiciário<sup>334</sup> e o Poder Administrativo<sup>335</sup> estejam municiados do “poder geral de cautela”, o que

<sup>333</sup> Expressão usada por Rui Barbosa, na doutrina mencionada e transcrita pelo Ministro Celso de Mello. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n° 24.510-7**. Impetrante: Nascimento Curi Advogados Associados. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Ellen Gracie. Brasília, 19 de novembro de 2003. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 jan. 2016.

<sup>334</sup> Na Constituição, na parte que trata do Poder Judiciário, a única referência à cautelar que se encontra é a seguinte: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: [...] p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;” Se se exigisse que o poder de cautela fosse explicitado pelo constituinte como instrumento conferido para o exercício das funções estatais, somente se permitiria a conclusão de que a função jurisdicional apenas poderia lançar mão de provimento cautelar no caso de julgamento, pelo STF, de pedido efetuado em ações diretas de inconstitucionalidade, o que, como se sabe, é uma compreensão completamente absurda. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 13 mar. 2016.

<sup>335</sup> Quanto à função administrativa, a previsão constitucional que, de alguma forma, menciona a possibilidade de adoção de medidas cautelares em seu âmbito é o seguinte: “Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos

não impede que a doutrina e jurisprudência assim reconheçam.<sup>336</sup> No caso da função jurisdicional, tal possibilidade decorre da lógica que reconhece, para o atingimento da finalidade exigida à respectiva função estatal, a necessidade de lhe conferir os instrumentos adequados para tanto. Da leitura de dispositivos constitucionais, extraiu-se o direito fundamental à ação, que corresponde ao direito à tutela adequada, efetiva e tempestiva mediante processo justo<sup>337</sup>, conclusão que reconhece a autorização constitucional de se empregar a técnica processual antecipatória, a fim de que se realizem as tutelas de urgência – gênero que engloba a cautelar e a satisfativa. Ou seja, o “poder geral de cautela”, como expressão da possibilidade de a função jurisdicional prestar a tutela cautelar atipicamente, está previsto constitucionalmente, ainda que não esteja explicitamente disposto nesse sentido.

Nesse sentido, o poder geral de cautela reconhecido ao Tribunal de Contas deve ser analisado a partir de ângulo constitucional: ainda que não seja a teoria dos poderes implícitos a mais adequada para incidir ao caso, o exame das competências constitucionais do Tribunal de Contas, a fim de definir a finalidade institucional que deve ser atingida/cumprida pela atuação realizada por meio de processo estatal

---

diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: [...] § 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de **acautelamento** e preservação”. Da mesma forma, se se exigisse que o poder de cautela fosse explicitado pelo constituinte como instrumento conferido para o exercício das funções estatais, somente se aceitaria a hipótese de que a função administrativa apenas poderia lançar mão de provimento, por assim dizer, cautelar nas situações que envolvam patrimônio cultural brasileiro, o que, como se verá adiante, não é a melhor interpretação da matéria. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 13 mar. 2016.

<sup>336</sup> Tal entendimento foi consolidado especialmente a partir da edição da Lei n.º 9784/1999, na qual foram editados dois dispositivos relativos ao exercício do poder geral de cautela pela Administração Pública. O primeiro refere-se ao artigo 61, parágrafo único, que consagrou a positivação do poder geral de cautela especificamente no âmbito da interposição de recurso administrativo: Art. 61. Salvo disposição legal em contrário, o recurso não tem efeito suspensivo. Parágrafo único. Havendo justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução, a autoridade recorrida ou a imediatamente superior poderá, de ofício ou a pedido, dar efeito suspensivo ao recurso. De outro lado, o artigo 45 do mesmo diploma positivou o poder geral de cautela de forma genérica na esfera administrativa: Art. 45. Em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado. Além disso, a jurisprudência confirma essa possibilidade conforme se percebe, exemplificativamente, no julgamento do RMS n.º 31973/DF, tendo por relatora a Ministra Cármen Lúcia. BRASIL. **Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm)>. Acesso em 21 fev. 2016.

<sup>337</sup> Nesse sentido, ver SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 618-619 e 630-631.

correspondente (o processo de contas), é que determinará a possibilidade de se outorgar às Cortes de Contas o denominado “poder geral de cautela”.

Aliás, cabe destacar que mencionado “poder geral de cautela”, teoria nascida dos estudos do processo civil relacionados à tutela cautelar, evoluiu ao lado do desenvolvimento da doutrina processualista a respeito do tema, cujos desdobramentos, conforme acima visto, geraram a compreensão de que a tutela cautelar correspondia somente a uma espécie das tutelas sumária e provisória que o processo podia proporcionar. Tal evolução refletiu, igualmente, na concepção do “poder geral de cautela”, que passou a ser conceituado como “poder geral de antecipação”, consoante se explicará no próximo item da pesquisa.

### 3.2.5.1 Do poder geral de cautela ao poder geral de antecipação: a atipicidade da técnica antecipatória

Para compreender a mudança de paradigma teórico do poder geral de cautela ao poder geral de antecipação, faz-se necessária mínima aproximação com a evolução dos estudos doutrinários que conduziram à nova visão.

O poder geral de cautela (ou poder cautelar geral), enquanto teoria do processo civil<sup>338</sup>, encontra-se consagrado no direito positivo brasileiro desde o Código de 1939 (art. 675), sendo previsto, igualmente, nos dois Diplomas Legais que o sucederam: Código de 1973 (art. 798) e Código de 2015 (art. 301).

O sistema processual brasileiro, em relação à matéria do poder geral de cautela, inspirou-se no art. 324 do Projeto Carnelutti<sup>339</sup>, que, por sua vez, “provém diretamente do instituto das inibitórias do velho direito peninsular que o Código de 1865 suprimira”.<sup>340</sup>

Segundo o processualista gaúcho Baptista da Silva, haveria duas formas de compreender o que se convencionou chamar de “poder geral de cautela”: o primeiro

---

<sup>338</sup> Considerando que o “poder geral de cautela” tratado pela jurisprudência do STF acima analisada aproximou-se do instituto na forma em que abordado nos estudos de processo civil – e não de processo penal – já se parte da análise da função jurisdicional quando efetuada por meio de processo civil. De qualquer sorte, destaca-se que, ainda que haja divergência doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, a opinião majoritária é pela existência do poder geral de cautela também no âmbito do processo penal brasileiro.

<sup>339</sup> No ano de 1926, Francesco Carnelutti elaborou um projeto de revisão do Código de Procedimento Civil italiano, o qual, contudo, não foi aprovado.

<sup>340</sup> SILVA, Ovídio Araújo. Baptista da. **Do processo cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 109.

deles, apontado por Calamandrei, corresponde à atuação do juiz como *polícia judiciária*, com o intuito de disciplinar a “boa marcha do processo”; e o segundo diz respeito à possibilidade de o juiz adotar provimentos cautelares inespecíficos (isto é, não citados na legislação), nos casos em que houvesse fundado receio de que uma parte, antes do julgamento do feito, causasse ao direito ‘da outra lesão grave e de difícil reparação.

A segunda situação decorre do fato de o legislador certamente não conseguir, mesmo por maior detalhamento que der à matéria, esgotar todas as situações de perigos envolvendo os direitos subjetivos a serem tutelados pela função jurisdicional, tampouco as respectivas medidas cautelares relacionadas, sendo impossível, pois, tipificá-las integralmente nos dispositivos legais. Portanto, justamente dessa impossibilidade, deriva o poder geral de cautela, para que se permita ao juiz a possibilidade de determinar as 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.

A ideia pode ser sintetizada com o ensinamento de Marinoni (2008, p. 97)<sup>341</sup> que, ao examinar os artigos 798 e 799 do CPC de Buzaid, ponderou:

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

Não se pode esquecer que, ao tempo do surgimento teórico da tutela cautelar, suas características essenciais e definidoras eram a provisoriedade e sumariedade. Todavia, com a evolução dos estudos do processo civil, conforme visto nos capítulos acima, verificou-se que as situações de proteção jurídica que eram classificadas como *tutela cautelar* abrangiam outras funções que não apenas a assecuração do direito, o que implicou a criação teórica da *tutela de urgência*, subdividida em tutela cautelar e tutela satisfativa. Mais adiante, a evolução doutrinária foi no sentido de que não apenas a *urgência*, mas também a *evidência*

---

<sup>341</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil** - processo cautelar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 4. p. 97.



exigiria provimentos provisórios para distribuir isonomicamente os ônus da demora processual.

A evolução das concepções processuais seguindo a linha citada, também não se pode olvidar, acompanhou o desenvolvimento dos estudos quanto à teoria da *tutela dos direitos*.<sup>342</sup> No contexto dessa teoria, é que a ação passou a ser reconhecida como direito que visa à prestação de tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva. O processo, sabe-se, é o instrumento que deve proporcionar referida prestação, de modo que, em razão da imprescindibilidade de se proteger completamente as inúmeras situações de direito material previstas no ordenamento, “a doutrina tem apontado decididamente para a necessidade de atipicidade da tutela jurisdicional predisposta pelo Estado”, o que significa dizer que “parte-se da existência de uma ‘*generale tutelabilità*’ de todas as situações substanciais carentes de tutela no plano do direito material”.<sup>343</sup>

Seguindo a mesma lógica, a técnica antecipatória também deve ser atípica, conclusão que reflete a ideia da atipicidade da tutela jurisdicional. Isso porque a tutela jurisdicional e a técnica antecipatória possuem absolutamente o mesmo objetivo: proporcionar a tutelabilidade completa das situações jurídicas protegidas no âmbito do direito material. Retomando as tutelas jurisdicionais da urgência e da evidência, a correta compreensão indica que “um ordenamento processual civil só pode ser concebido como completo do ponto de vista do Estado Constitucional se predispõe ao jurisdicionado a técnica antecipatória de forma atípica e voltada não só a combater a urgência, mas também para prestigiar a evidência das posições jurídicas postas em juízo”.<sup>344</sup>

Assim, passou-se a entender que “a técnica antecipatória tem de ser predisposta para tutela geral de toda e qualquer situação jurídica no plano do direito material”<sup>345</sup>, o que somente é possível mediante o reconhecimento da *técnica antecipatória atípica* aplicável ao processo. Daí que a ideia de “poder geral de

---

<sup>342</sup> Sobre o estudo da Tutela dos Direitos, adotam-se como referência teórica os trabalhos de Marinoni a respeito do tema, em especial na obra *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

<sup>343</sup> MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 64.

<sup>344</sup> *Ibid.*, p. 63.

<sup>345</sup> *Ibid.*, p. 65.

cautela”, derivada da atipicidade dos provimentos cautelares a serem empregados no processo, ampliou-se para concepção do “poder geral de antecipação”.

Ocorre que o antes denominado “poder de cautela” não é exclusividade da função jurisdicional do Estado, sendo extensível a outras funções estatais que exercessem atividade decisória nas situações em que o ordenamento jurídico assim estabelecesse, como é o caso da função de controle externo exercida pelo Tribunal de Contas, conforme reconhecido pelo STF. Resta saber, então, se o denominado “poder geral de antecipação”, da mesma forma, também foi conferido pelo ordenamento jurídico à atuação estatal exercida pela função de controle externo.

### **3.2.6 A função de controle externo e o poder geral de cautela: compreensão do reconhecimento jurisprudencial do STF**

À função de controle externo exercida pelos Tribunais de Contas é reconhecido, pelo Supremo Tribunal Federal, o poder geral de cautela. Tendo em vista o reconhecimento partir do órgão responsável pela última e definitiva interpretação sobre as disposições do ordenamento jurídico brasileiro, frágil seria eventual posicionamento que defendesse a impossibilidade de as Cortes de Contas no país exercerem o poder geral de cautela. No caso, além de respaldado por *argumento de autoridade* (expressado na posição da autoridade institucional máxima no país, consoante recém-citado), o poder geral de cautela dos Tribunais de Contas encontra solidez na *autoridade do argumento* que o fundamenta em razão da natureza jurídica do processo de contas assim exigir: a tutela do direito protegido pelo processo de contas, por vezes, não pode esperar pela decisão final e definitiva a respeito do objeto fiscalizado.

Com efeito, considerando que tanto à função jurisdicional, quanto à função administrativa também é atribuída, pela doutrina e jurisprudência, a possibilidade de utilização do *poder de cautela*, não haveria razão lógica para que à função de controle externo, exercida por *corpo de magistratura intermediária à administração e à legislatura*<sup>346</sup>, não fosse reconhecido o mesmo poder.

---

<sup>346</sup> Expressão utilizada por Rui Barbosa para definir a posição do Tribunal de Contas na estrutura estatal republicana que ajudara, na condição de protagonista, a instaurar. Exposição de Motivos do Decreto 966-A, de 07/11/1890. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, v. 30, n. 82, out./dez. 1999. p. 254.

De acordo com o raciocínio desenvolvido pela jurisprudência do STF ao analisar o poder de cautela implicitamente conferido às Cortes de Contas, não haveria sentido a Constituição atribuir-lhes competências expressas para o exercício de função estatal sem que, ao mesmo tempo, autorizasse o uso dos instrumentos adequados para sua realização. Embora o Supremo tenha utilizado a teoria dos poderes implícitos para fundamentar seu raciocínio, este poderia ser teoricamente sustentado pelos estudos processualistas que relacionam a técnica processual adequada à tutela dos direitos que se pretende realizar – sem se olvidar, ainda, da teoria da processualidade ampla.

Reforça-se que tal silogismo decorre da compreensão de que as técnicas do processo e suas classificações devem ser adequadas às tutelas que o Estado se propõe a ofertar aos direitos por ele preestabelecidos. Disso resulta a necessidade de se atualizar a sistematização teórica da matéria processual na medida em que se renovam ou se modificam os direitos a serem tutelados de acordo com o ordenamento jurídico. A função do processo é dar efetividade aos direitos tutelados pelo Estado, logo deve contar com técnicas que assim proporcionem. Se a classificação das técnicas do processo não mais permite a correta tutela dos direitos preestabelecidos pelo ordenamento, o que deve ser ajustada é a classificação teórica do processo e seus provimentos e não o contrário. Primeiro vem os direitos escolhidos pelo ordenamento jurídico (constitucional e infraconstitucional) para depois vir o processo e suas respectivas técnicas visando à tutela daqueles.

Nesse campo, Marinoni, ao relatar o entendimento de que a classificação clássica das sentenças (declaratória, condenatória e constitutiva) não mais era suficiente para tutelar os Direitos do Estado Constitucional, ensina<sup>347</sup>:

Porém, o que realmente importa é perceber que as sentenças nada mais são do que instrumentos ou técnicas processuais que variam conforme as necessidades do direito material expressas em cada momento histórico. A classificação das sentenças, do mesmo modo que a ação – como a doutrina já fez questão de frisar –, tem uma visível relatividade histórica. A compreensão das sentenças, isto é, das técnicas processuais – que podem ser chamadas de sentenças, provimentos, etc. – capazes de permitir a tutela dos direitos depende da consideração do Estado, do momento social e político, e sobretudo do ordenamento jurídico nos quais operam.

---

<sup>347</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 417.

Presente esse raciocínio, é fácil compreender, abstraindo-se a teoria dos poderes implícitos, os motivos que fundamentam o reconhecimento de poder geral de cautela aos Tribunais de Contas. Aliás, considerando os casos em que o STF autorizou o uso de poder geral de cautela pelo órgão de controle externo, é possível afirmar, como já feito, que foi reconhecido poder geral para utilização de provimentos de urgência, uma vez que se tratavam não só de provimentos cautelares, mas também de satisfativos.

Nessa linha, resta analisar se o reconhecimento jurisprudencial do STF está correto e suficiente, buscando-se definir quais os provimentos processuais são necessários e adequados para o processo de contas tutelar o direito fundamental cujo cuidado compete, por mandamento constitucional, ao Tribunal de Contas: o direito à boa administração pública.

### 3.3 O PROVIMENTO PROVISÓRIO COMO INERENTE AO PODER DE CONTROLE EXTERNO DO TRIBUNAL DE CONTAS

A tutela provisória no processo civil, aplicável por meio da técnica processual antecipatória, encontra fundamento em preceitos constitucionais cuja interpretação cotejada levou à construção das concepções de *direito fundamental de ação* e *direito fundamental ao processo justo*. Nesse cenário doutrinário, é decorrência consectária de tais direitos a necessidade de o processo prestar tutela estatal de forma efetiva, adequada e tempestiva.

Com apoio nessa base teórica, procura-se averiguar, a partir das próximas linhas, os fundamentos que relacionam os provimentos provisórios ao poder de controle externo do Tribunal de Contas.

#### **3.3.1 O Direito Fundamental à Boa Administração Pública Tutelado pelo Tribunal de Contas e o Reconhecimento de um Poder de Antecipação de Tutela**

Nos processos desenvolvidos junto aos Tribunais de Contas, identificados como processo de contas, o bem jurídico tutelável corresponde ao direito de a sociedade contar com boa administração por parte dos gestores da coisa pública, em especial no que diz respeito à boa utilização dos recursos públicos, denominando-se de direito fundamental à boa administração pública.

É importante alertar que o direito à boa administração pública é sempre coletivo, mas pode igualmente se constituir, por vezes, como direito individual específico de pessoas naturais ou jurídicas, como é o caso, por exemplo, (i) de uma empresa licitante que deseja ver respeitada a legislação, por parte do Poder Público, para satisfazer seu direito a participar de justa concorrência pública; ou (ii) de uma pessoa cuja classificação em concurso público não teve a ordem de chamamento respeitada e, por isso, pretende realizar seu direito à nomeação.

De qualquer sorte, o certo é que os processos que expressam o exercício da função estatal de controle externo pelos Tribunais de Contas devem contar com os meios necessários para tutelar mencionado direito, dando-se concretude, assim, a teoria da processualidade ampla.

Decorre dos valores e princípios formadores do Estado Constitucional, a ideia de que a tutela dos direitos, inclusive a desse direito fundamental, deve ocorrer de maneira adequada, tempestiva e efetiva.

Dessa forma, a tutela jurídica protegida pelo processo de contas deve contar com técnicas processuais adequadas, tempestivas e efetivas. Com efeito, a evolução dos estudos do processo civil acima expostos demonstrou que a técnica processual antecipatória é necessária para concretização da tutela com as características mencionadas nos casos de urgência e evidência. Em outras palavras, é dizer que o processo civil exige a adoção de provimentos provisórios, caracterizados pela sumariedade, nas situações de urgência e evidência.

Considerando a aplicação subsidiária do processo civil ao processo de contas, é de se cogitar que as situações em que se autoriza a técnica antecipatória de tutela nas decisões do processo civil também sejam amplamente aproveitáveis para utilização no processo de contas. A cogitação parece inclinar para uma resposta positiva, o que se aprofundará no próximo tópico.

### **3.3.2 A competência para a expedição de provimentos provisórios no âmbito do tribunal de contas**

Conforme visto acima, o *poder geral de cautela* foi reconhecido aos Tribunais de Contas pelo Supremo Tribunal Federal. Passo seguinte dado pela pesquisa diante desse reconhecimento referiu-se à definição e aos limites desse poder geral de cautela: em verdade, o poder conferido pelo STF abarca não só a possibilidade

de expedição de medidas cautelares que visassem a garantir a efetividade final do processo, na função de asseguaração do direito, mas também se estenderia para o outro caso de tutela de urgência reconhecido pela doutrina – o de tutela antecipada/satisfativa.

A resposta para tal questionamento passou pela análise das funções/finalidades conferidas às denominadas *medidas cautelares*, conforme entendimento do próprio STF. Do exame, resultou a percepção de que a Suprema Corte identificava sempre como *medida cautelar* as situações que, na verdade, ora correspondiam, de fato, à tutela cautelar, ora correspondiam aos casos de tutela satisfativa. Ao cometer equivocada igualização, o Supremo acabou utilizando como critério de identificação somente a estrutura do provimento e o conceito de que toda decisão sumária configura-se como cautelar. Todavia, fez-se necessário utilizar a *lente funcional*<sup>348</sup> para redefinir a classificação de *medida cautelar* feita pelo STF, adequando-se-a no sentido de conferir nova roupagem à possibilidade de expedição, nos processos de contas, de decisões sumárias que atendessem à tutela cautelar ou à satisfativa: os provimentos provisórios de urgência.

Não se pode esquecer que “a tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência”<sup>349</sup> no processo civil. Assim, o gênero dos provimentos provisórios comporta, ainda, os provimentos para tutela de evidência, além dos de urgência. Considerando a aplicação subsidiária do processo civil ao processo de contas, resta mais fácil compreender o raciocínio que sustenta a possibilidade de proteção à tutela da evidência no processo de contas: o titular do direito<sup>350</sup> que se evidencia como mais provável na discussão jurídica merece ter sua pretensão protegida adequadamente por meio de técnica processual, o que sustenta a

---

<sup>348</sup> Mudança de instrumento visual protagonizada, inicialmente, por Baptista Da Silva, como visto, e seguida por vasta doutrina que acompanhou sua linha.

<sup>349</sup> Art. 294, do CPC. BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm)>. Acesso em: 11 mar. 2016.

<sup>350</sup> O legítimo titular do direito discutido no processo de contas é, obviamente, o povo, que é representado pela atuação dos servidores que deflagram o processo de contas (carreira cujos integrantes normalmente são denominados de Auditores) e dos membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas (citados no art. 73, §2º, I, da CRFB). Deve-se ressaltar que o direito discutido no processo de contas também pode representar direito individual, de interesse também de pessoas da sociedade, como é o caso, por exemplo, do direito de servidores públicos em seus atos de admissão ou aposentadoria e de empresas que participam de licitações públicas, situações que são decididas e tuteladas no âmbito do processo de contas.

possibilidade de uso da técnica antecipatória para expedição de provimentos provisórios para realização da tutela da evidência.

Portanto, em razão de as competências constitucionais dos Tribunais de Contas demonstrarem sua função de tutelar o direito à boa administração pública, o exercício de tal função deve ocorrer por meio de processo que permita a aplicação das tutelas de urgência e da evidência, já que essas representam tutelas sintonizadas com a teoria da tutela dos direitos – sendo ambas concretizáveis pela expedição de provimentos antecipatórios/provisórios.

Valendo-se das normas vigentes para tutela provisória, pode-se inferir que, também no processo de contas, “a tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada”.<sup>351</sup> Além disso, poderá o Ministro/Conselheiro do Tribunal de Contas “determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória”<sup>352</sup>, o que demonstra a maleabilidade da técnica executiva a ser empregada ao caso concreto, sem haver rigidez quanto a sua tipicidade, justamente para que o processo conte com a efetividade que dele se espera. De outro lado, a “consideração de adequação” a ser feita pelo julgador, para escolher as medidas que efetivarão a tutela provisória, não significa exercício de convencimento particular, com critérios pessoais que pretendam justificar porque a medida “A” e não a “B” foi adotada. Os critérios para escolher quais medidas devem ser consideradas adequadas pertencem à Ciência do Direito e não ao Ministro/Conselheiro julgador do caso concreto. Tal percepção implica a necessidade de argumentação técnico-jurídica para fundamentar a escolha da medida “A” e não a “B”, principalmente mediante ponderação a ser realizada em todos os níveis da estrutura trifásica da proporcionalidade.<sup>353</sup>

Finalizando o presente tópico, destaca-se que, por analogia à previsão do art. 299 do CPC, a tutela provisória no processo de contas deverá ser requerida ao

---

<sup>351</sup> Art. 296, do CPC. BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 11 mar. 2016.

<sup>352</sup> Art. 297, do CPC. Ibid., acesso em: 11 mar. 2016.

<sup>353</sup> Nesse sentido, Mitidiero ensina que: “Em um sistema atípico de técnica executiva, os postulados da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito devem estruturar argumentativamente o emprego da técnica executiva a fim de que o poder judicial de escolha da técnica processual possa ser intersubjetivamente controlável”. WAMBIER, Teresa Arruda Alvin et al. **Breves comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 778-779.

Ministro/Conselheiro responsável pela fiscalização da gestão cujo ato seja impugnado, nos casos em que o respectivo processo de contas já tenha sido distribuído a um dos julgadores. Nessa situação, a tutela provisória será concedida em caráter dito “incidental”, em razão de ocorrer de forma incidental a processo já em andamento. A outra hipótese de concessão de tutela provisória, no que se refere ao critério momento processual de seu deferimento, é a de caráter antecedente, realizada antes da deflagração de qualquer processo de contas, mas que se restringe somente aos casos de tutela de urgência, espécie da tutela provisória que será adiante examinada.

### **3.3.3 Da possibilidade de expedição de provimentos fundados na urgência (cautelares e satisfativos)**

A relação entre a tutela de urgência e o processo de contas está reconhecida, de forma consolidada, pela jurisprudência do Supremo. Corretamente, afirmou o vértice máximo do Poder Judiciário brasileiro que os Tribunais de Contas podem lançar mão de provimentos provisórios que assegurem o direito discutido no processo de contas ou mesmo o realizem, por meio de decisão com cognição sumária, a fim de evitar a falta de efetividade do processo em razão dos efeitos maléficos do tempo.

Com a mesma lógica aplicada até aqui, entende-se que os dispositivos do novel Código de Processo Civil relacionados aos provimentos provisórios de urgência devem ser utilizados junto aos processos de contas, adaptando-se, por evidente, as eventuais partes que não se conectem à realidade do órgão de controle externo. Nessa linha, afirma-se que a tutela provisória de urgência, seja cautelar, seja satisfativa, poderá ser concedida em caráter antecedente ou incidental.<sup>354</sup>

De outro lado, a tutela de urgência apresenta como requisitos legais a existência de “elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”.<sup>355</sup> Observa-se que o legislador previu

---

<sup>354</sup> Art. 294, parágrafo único, do CPC. BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 11 mar. 2016.

<sup>355</sup> Art. 300, do CPC. Ibid., acesso em: 11 mar. 2016.



condições idênticas à concessão da tutela de urgência<sup>356</sup>, restando a diferenciação conceitual percebida somente a partir do ângulo da tutela final que está sendo antecipada provisoriamente. Quanto à probabilidade do direito, é indiscutível que representa elemento comum entre as tutelas provisórias satisfativa e cautelar, esclarecendo a doutrina que o critério concessivo se refere a “probabilidade lógica – que é aquela que surge da confrontação das alegações e das provas com os elementos disponíveis nos autos, sendo provável a hipótese que encontra maior grau de confirmação e menor grau de refutação nesses elementos”.<sup>357</sup>

No que se refere ao outro requisito, a constatação de que também seria idêntico é reforçada pela leitura das disposições que dizem respeito aos procedimentos de requerimento, em caráter antecedente, da tutela antecipada e da tutela cautelar. Tanto no art. 303 (tutela satisfativa) quanto no art. 305 (tutela cautelar) do CPC é mencionado o “perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo” como elemento integrante das tutelas que o provimento processual pretende atender. Nesse sentido, haveria a compreensão legislativa de que é idêntico o *periculum in mora* que justifica a tutela cautelar e a tutela satisfativa, tendo em vista que ambos pretendem combater o “perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo”.<sup>358</sup>

De toda sorte, cabe destacar, sobre as condicionantes da tutela de urgência referentes ao perigo da tardança processual, que parte da doutrina<sup>359</sup> vislumbrou provável intenção do Código em estabelecer o requisito do “perigo de dano” para os casos de tutela satisfativa e o de “risco ao resultado útil do processo” relacionado à tutela cautelar. Considerando essa hipótese, duas críticas foram feitas: a primeira refere-se ao fato de não haver previsão de *perigo de ilícito* e apenas de *perigo de*

---

<sup>356</sup> Na mesma linha: “No entanto, quer se trate de tutela antecipada, quer de cautelar, os requisitos para a concessão delas são agora os mesmos: juízo de probabilidade e perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (art. 300, caput)”. MORAES, Voltaire de Lima. **Novo código de processo civil anotado/OAB**. Porto Alegre: OAB/RS, 2015. p. 239.

<sup>357</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvin et al. **Breves comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 782 – no capítulo escrito por **Daniel Mitidiero**.

<sup>358</sup> Referida leitura leva à compreensão de que o objetivo do legislador foi padronizar os requisitos para concessão das tutelas cautelar e satisfativa no que tange ao perigo da demora, indo de encontro ao pensamento de Baptista Da Silva (Processo Cautelar), para quem o perigo da demora para tutela satisfativa (*periculum in mora*) é diferente do perigo da demora para tutela cautelar (*periculum damnum irreparabile*).

<sup>359</sup> WAMBIER, op. cit., p. 782.

*dano*<sup>360</sup>; e a segunda “porque a tutela cautelar não tem por finalidade proteger o processo [...], tendo por finalidade tutelar o direito material diante de um dano irreparável ou de difícil reparação”.<sup>361</sup>

Quanto à primeira crítica, a premissa ressaltada é que “o próprio Código admite a existência de uma tutela apenas contra o ilícito ao ter disciplinado o direito à tutela inibitória e o direito à tutela de remoção do ilícito (art. 497, parágrafo único, ...)”.<sup>362</sup> Havendo previsão de tutela definitiva contra o ilícito, é lógico que haja previsão de tutela provisória. Além disso, o legislador do novo Código referir somente perigo de dano infringe a “proibição de retrocesso na proteção do direito fundamental à tutela adequada, já que o Código Buzaid, depois das *Reformas*, utilizava-se de uma expressão capaz de dar vazão à tutela contra o ilícito (‘receio de ineficácia do provimento final’)<sup>363</sup>

Objetivando superar os conceitos inapropriados utilizados pelo Código no ponto, a doutrina sugere que os requisitos do *perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo* sejam compreendidos e classificados com a expressão *perigo na demora*. Assim, a tutela provisória de urgência exigiria que a parte evidenciasse o “perigo que a demora no oferecimento da prestação jurisdicional (*periculum in mora*) representa para a efetividade da jurisdição e a eficaz realização do direito”.<sup>364</sup>

Afastando-se da discussão sobre quais situações caracterizariam o *perigo na demora*, o fato é que a redação legal do novo CPC no ponto cotejada com o reconhecimento jurisprudencial do STF quanto ao poder “cautelar” dos Tribunais de Contas, não deixa dúvida que, em verdade, a tutela de urgência – e não meramente a cautelar – é aplicável aos processos de contas. Ao tratar da matéria, a Suprema Corte explicita que as “medidas cautelares” expedidas pelos Tribunais de Contas

---

<sup>360</sup> No processo civil brasileiro, o doutrinador que protagonizou a diferenciação entre os conceitos de *ilícito* e *dano* foi MARINONI, em sua obra *Tutela inibitória*. Para fazê-lo, definiu basicamente que *ilícito* é ato contrário ao direito e *dano* é um prejuízo juridicamente relevante, não tendo como se confundir os dois conceitos. MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

<sup>361</sup> WAMBIER, op. cit., p. 782-83.

<sup>362</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvin et al. **Breves comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 782 – no capítulo escrito por Daniel Mitidiero.

<sup>363</sup> Ibid., p. 782.

<sup>364</sup> DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 597.

objetivam *prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões*<sup>365</sup>, situações que se encaixam nas situações de perigo na demora que justificam a tutela de urgência no novo Código: perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Assim, as regras trazidas pelo novo CPC para tutela de urgência, algumas simplesmente replicadas do antigo Código processual, devem ser observadas, da mesma forma em que aplicadas às ações de tutela de direito coletivo no âmbito da função jurisdicional<sup>366</sup>, ao processo de contas (obviamente, mediante os necessários ajustes que aparem as diferenças principalmente em relação às denominações discrepantes existentes na comparação entre a estrutura judicial e a de contas).

Nesse contexto, “a tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia”<sup>367</sup>, o que significa a possibilidade de expedição de provimentos provisórios pelas Cortes de Contas na forma *inaudita altera parte*<sup>368</sup>, quando o tempo necessário para ouvir os argumentos do gestor/responsável fiscalizado for capaz de frustrar a efetividade da tutela à boa administração pública, ou, caso contrário, após a apresentação inicial dos esclarecimentos prévios.

Outra norma aproveitável ao processo de contas, relativamente à tutela de urgência, é a que diz respeito à forma de sua concessão: “a tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou

---

<sup>365</sup> Transcreveu-se, no ponto, trecho da ementa do leading case referido no trabalho: o julgamento do MS nº 24.510. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 24.510-7**. Impetrante: Nascimento Curi Advogados Associados. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Ellen Gracie. Brasília, 19 de novembro de 2003. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 jan. 2016.

<sup>366</sup> Nos processos judiciais de direitos coletivos, é plenamente aceitável, mesmo antes do novo Código de Processo Civil, a utilização de provimentos de urgência, tanto cautelares quanto satisfativos, nas ações de tutela de direito coletivo, como bem demonstra Voltaire de Lima Moraes, em seu artigo “Dos provimentos provisórios na ação civil pública e/ou na ação coletiva” (MORAES, Voltaire de Lima, Dos provimentos provisórios na ação civil pública e/ou na ação coletiva. **Revista Direito e Justiça**, v. 39, n. 2, jul./dez. 2013.). Na mesma linha, defendendo a possibilidade das tutelas de urgência e evidência serem aplicadas ao microsistema de tutela dos direitos coletivos, recomenda-se a leitura do seguinte artigo: REMÉDIO, José Antônio; SANTOS, Rafael Fernando dos. Tutela de urgência e evidência nas ações coletivas voltadas à proteção dos direitos sociais. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, v. 15, n. 29, jul./dez. 2015.

<sup>367</sup> Art. 300, §2º, do CPC. BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 11 mar. 2016.

<sup>368</sup> Possibilidade já reconhecida pelo STF, como visto acima, no julgamento do MS nº 26.547. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 26.547/BA**. Impetrante: Companhia das Docas do Estado da Bahia. Impetrado: **Tribunal de Contas da União - TCU**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 04 de abril de 2001. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 jan. 2016.

incidental”.<sup>369</sup> Considerando os casos de processos que já tenham sido deflagrados no âmbito dos Tribunais de Contas, os provimentos provisórios de urgência que se fizerem necessários à tutela cautelar ou satisfativa serão expedidos de forma incidental aos feitos – isto é, serão expedidos provimentos provisórios, neste caso, durante o processo de contas já iniciado.

Por outro lado, também é possível que a tutela provisória de urgência seja requerida em caráter antecedente junto aos Tribunais de controle externo. Nessa situação, é possível que a tutela provisória de urgência seja provocada (i) internamente, originando-se de sugestão/requerimento oriundo dos agentes públicos responsáveis pelos atos de fiscalização nas Cortes de Contas; ou (ii) externamente, nos casos em que o controle social denuncia ao Tribunal de Contas possíveis irregularidades ou ilegalidades ocorridas na gestão pública, demandando-lhe, pois, a atuação da função estatal do controle externo.<sup>370</sup>

As regras específicas quanto à forma antecedente de concessão de cada uma das espécies de tutela que compõem a de urgência, bem como outras regras relevantes do novo CPC no que tange à tutela de urgência e que podem ser aplicadas ao processo de contas, são melhores examinadas separadamente haja vista o novel regramento ora se referir à satisfativa, ora se direcionar à cautelar. Assim, optou-se por analisá-las em tópicos próprios.

### 3.3.3.1 Dos provimentos cautelares nos processos de contas

Em se tratando dos provimentos que atualmente são denominados de provisórios, os de natureza cautelar foram os primeiros a se discutirem nos processos de contas pós-Constituição Cidadã, graças à normatização prevista na

---

<sup>369</sup> Art. 294, parágrafo único, do CPC. BRASIL, op. cit., acesso em: 11 mar. 2016.

<sup>370</sup> Vale lembrar que as hipóteses de tutela provisória de urgência em caráter antecedente de origem externa contam com amparo constitucional e legal, respectivamente, nos seguintes dispositivos: **(i)** art. 74, § 2º, da CRFB - § 2º *Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.* **(ii)** Art. 113, caput e § 1º, da Lei 8.666/93 - Art. 113. *O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto. §1º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo.*

Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União. Em referido Diploma Legal, é prevista situação clássica de natureza cautelar (art. 44, §2º): a indisponibilidade de bens do responsável cujas contas estão sendo fiscalizadas, por prazo máximo de um ano, até o valor correspondente ao dano em apuração. Referida hipótese no processo de contas do TCU assemelha-se fortemente com a de arresto no processo judicial, a qual está prevista no novo CPC juntamente com outras espécies de tutela de natureza cautelar: “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 asseguuração do direito”.<sup>371</sup>

Mencionado dispositivo, cumpre esclarecer, consagra a concepção da atipicidade<sup>372</sup> dos provimentos provisórios de natureza cautelar, tendo em vista mencionar a possibilidade de efetivação de “qualquer outra medida idônea para asseguuração do direito”. Assim, todo provimento necessário ao atendimento das tutelas de urgência cautelares no processo de contas é utilizável pelo Ministro/Conselheiro do órgão de controle externo.

No caso do procedimento em caráter antecedente, a peça (denúncia externa ou proposição interna) que deflagrará o exercício da função de controle externo pelo Tribunal deve indicar a discordância com a atuação da Administração Pública que gerou a alegada irregularidade, bem como “a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”.<sup>373</sup>

Considerando o caráter referencial da tutela cautelar, o legislador previu no CPC que “o pedido principal pode ser formulado conjuntamente com o pedido de tutela cautelar”.<sup>374</sup> Caso não seja, deverá ser formulado no prazo de 30 (dias), hipótese em que será processado nos “mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar”<sup>375</sup>.

---

<sup>371</sup> Art. 301, do CPC. BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 11 mar. 2016.

<sup>372</sup> Aliás, reforça-se, por importante, o entendimento de que a atipicidade mencionada refere-se não somente aos casos de tutela cautelar, mas sim a todos os provimentos provisórios, como dispõe o novo CPC (art. 297). BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 11 mar. 2016.

<sup>373</sup> Art. 305, do CPC. Ibid., acesso em: 11 mar. 2016.

<sup>374</sup> Art. 308, §1º, do CPC. Ibid., acesso em: 11 mar. 2016.

<sup>375</sup> Art. 308, caput, do CPC. Ibid., acesso em: 11 mar. 2016.

Com o intuito de ilustrar a tutela cautelar a ser requerida em caráter antecedente, constrói-se hipotético exemplo: em determinado processo licitatório, verificou-se que a respectiva planilha de custos e formação de preços que integra o edital apresentava valor superior aos encontrados em certames com o mesmo objeto na região, não havendo tempo suficiente para verificação minuciosa dos itens específicos que a compõem. Neste caso, visando à asseguarção do direito à boa administração pública, pode ser requerida, tanto por origem interna quanto externa, a suspensão da licitação, até verificação exata sobre quais valores específicos estão eventualmente superiores na composição de planilha – ou, ainda, se há justificativa para o suposto sobrepreço. Percebe-se que, na hipótese ilustrativa, o direito a ser realizado/satisfeito corresponde à correta realização da licitação, com os preços devidamente estabelecidos, não sendo a mera suspensão do processo competitivo a tutela final buscada para proteção do direito à boa administração pública. Citada tutela final, nesse exemplo, corresponderia à revogação ou à retificação da licitação impugnada, objetivando adequá-la ao ordenamento jurídico, a qual pode ser requerida em conjunto com o pedido de tutela cautelar (suspensão do processo licitatório) ou dentro do prazo de 30 dias.

Outra hipótese de tutela cautelar, essa prevista na ordem legal, é a que autoriza 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”.<sup>376</sup> Embora o provimento assemelhe-se mais com medida cautelar do processo penal em comparação aos provimentos do processo civil<sup>377</sup>, não deixa de se caracterizar como uma técnica do processo de contas para

---

<sup>376</sup> Redação do art. 44 da Lei Federal 8.443/92 (Lei Orgânica do TCU). BRASIL. **Lei n° 8.443, de 16 de julho de 1992**. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8443.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8443.htm)>. Acesso em 10 dez. 2015.

<sup>377</sup> Tal afirmação baseia-se, principalmente, nas espécies de medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal: Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: [...] II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; [...] VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais. BRASIL. **Decreto-Lei n° 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 18 de out. de 2015.

assegurar o direito à tutela (dita) principal, classificando-se, pois, como um provimento provisório de urgência da espécie cautelar.

Considerando a atipicidade do provimento de tutela cautelar acima noticiada, torna-se impossível a missão de tratar de forma exauriente dos casos em que os provimentos cautelares podem ser utilizados no processo de contas. De qualquer sorte, o certo é que todas as situações em que, preenchidos os requisitos exigidos (probabilidade do direito e perigo na demora), a tutela ao direito de assegurar a tutela ao direito substancial almejado<sup>378</sup> for necessária, estar-se-á diante de tutela de urgência de natureza cautelar a ser aplicada no processo de contas.

### 3.3.3.2 Provimentos antecipados/satisfativos no processo de contas

Assim como é impraticável a tarefa de analisar integralmente os casos de tutela cautelar no processo de contas, também o é nas situações de provimentos de urgência antecipados/satisfativos. Tendo em vista as diversas leis e regras que compõem o ordenamento jurídico a ser observado pelos órgãos públicos para o cumprimento do direito à boa administração pública, incontáveis são as possibilidades de direitos cuja violação – ou iminência de – pode ser tutelada pelos processos de contas, inclusive por meio da aplicação da tutela de urgência antecipada.

De fato, os provimentos provisórios de urgência de natureza antecipada podem, igualmente, ser utilizados nos processos de contas, valendo-se, da mesma forma, das regras do Código de Processo Civil para sua aplicação.

Nessa conjuntura, a tutela antecipada pode ser requerida em caráter antecedente, seguindo as regras procedimentais dos arts. 303 e 304 do novo CPC. Isso significa dizer que é possível que haja processo de contas específico sobre determinado ponto de análise, para tratar exclusivamente do requerimento da tutela antecipada e à indicação de tutela final, sendo possível que aquela (tutela antecipada) torne-se “estável se da decisão que a conceder não for interposto o

---

<sup>378</sup> Destaca-se que o direito substancial almejado, para ser protegido pela tutela de natureza cautelar, deve ser exclusivamente tutelável pelo Tribunal de Contas, não dependendo a tutela estatal da participação de outro órgão. Tal situação e a respectiva argumentação serão abordadas apropriadamente em momento oportuno.

respectivo recurso”.<sup>379</sup> Acerca do assunto, cumpre referir, ainda, que, do mesmo modo que a tutela cautelar, o requerimento em caráter antecedente da tutela antecipada, no âmbito do Tribunal de Contas, pode ocorrer com origem interna e externa.

Por outro lado, caracterizando-se por ser regra exclusiva da tutela antecipada, encontra-se no novo CPC norma replicada do regramento processual anterior quanto ao perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão: “a tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão”.<sup>380</sup> Conquanto essa regra tenha merecido leitura parcimoniosa da doutrina<sup>381</sup>, sua aplicação é de máxima importância nos processos de contas.

Justifica-se a afirmação quanto à importância da preocupação frente ao perigo da irreversibilidade dos efeitos da decisão com o seguinte caso hipotético: contrato público de coleta de lixo com provável sobrepreço, cuja licitação foi provavelmente ilícita, e o pagamento ocorrerá em poucos dias, situação que evidencia a iminência do dano ao erário. Nesse caso, estão presentes os requisitos da probabilidade do direito e do perigo na demora, e considerando que a tutela final a ser buscada no processo de contas refere-se à rescisão do contrato ilegalmente constituído e a consequente cessação de seus efeitos (inclusive o pagamento), o provimento provisório que determinasse a suspensão do contrato e seus efeitos dotar-se-ia de natureza satisfativa. Ocorre que, assim sucedendo, é certo que os serviços contratados de coleta de lixo automaticamente cessarão, situação que perdurará até nova contratação, a qual, ainda que aconteça emergencialmente,

---

<sup>379</sup> Redação do caput do artigo 304. BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 11 mar. 2016.

<sup>380</sup> Art. 300, §3º, do CPC. Ibid., acesso em: 11 mar. 2016.

<sup>381</sup> Diz a doutrina que “No exato momento em que o art. 300, §3º, veda a concessão de antecipação da tutela quando ‘houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão’, ele vai à contramão da lógica do provável que preside a tutela provisória (Ferruccio Tommaseo, *I Provvedimenti d’Urgenza – Struttura e Limiti della Tutela Anticipatoria* cit.). Justamente por essa razão, tendo a técnica antecipatória o objetivo de combater o perigo na demora capaz de produzir um ato ilícito ou um fato danoso – talvez irreparável – ao direito provável, não há como admitir a concessão dessa tutela sob o simples argumento de que ela pode trazer um prejuízo irreversível ao réu. Seria como dizer que o direito provável deve sempre ser sacrificado diante da possibilidade de prejuízo irreversível ao direito improvável – o que é obviamente um contrassenso. WAMBIER, Teresa Arruda Alvin et al. **Breves comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. – p. 783 no capítulo escrito por **Daniel Mitidiero**.



demorará tempo suficiente para que a cidade acumule lixo e os problemas que daí decorrem.

Nesse exemplo, certamente haveria irreversibilidade dos efeitos da decisão de contas, porquanto o período sem serviço de coleta de lixo seria, de fato, irreversível. Diante dessa situação, a observância à regra de não concessão da tutela de urgência de natureza antecipada nos casos em que houver perigo de irreversibilidade implica a necessidade de ponderação para que os serviços continuassem sendo prestados, mas com pagamento limitado ao valor do contrato descontado o sobrepreço detectado. Assim, não haveria irreversibilidade decorrente dos efeitos da decisão de contas.

Outro exemplo diz respeito aos casos de irregularidades na gestão da folha de pessoal, com pagamento de verbas remuneratórias em desacordo com o ordenamento jurídico vigente. Constatando-se inconformidade, por exemplo, no pagamento de uma gratificação a determinado grupo de servidores, o provimento final do processo de contas corresponde à cessação definitiva de referido pagamento, a fim de tutelar a boa administração pública. Havendo a probabilidade do direito<sup>382</sup> e o iminente perigo de dano (já que o pagamento da folha ocorre todos os meses)<sup>383</sup>, trata-se, indubitavelmente, de mais um caso de tutela antecipada a ser expedida no *iter* do processo de contas, valendo ressaltar que, em princípio, não existe perigo de irreversibilidade nesse caso concreto, já que as parcelas eventualmente suspensas poderão ser pagas posteriormente pela Administração, se a probabilidade do direito não se confirmar, após cognição exauriente, no provimento definitivo.

Como visto no início deste capítulo, incontáveis são os casos de tutela final a ser prestada pelo processo de contas, de modo que, por consequência, incalculáveis

---

<sup>382</sup> Não se desconsidera o fato de que, na análise quanto à probabilidade do direito nos casos de remuneração de agentes públicos, o princípio da proteção da confiança deve ser observado adequadamente. Nesse sentido, pondera-se, aprioristicamente e apenas em tese, que o pagamento de nova gratificação, ainda não integralizada à remuneração do servidor, não chega a atingir o núcleo jurídico do princípio da proteção da confiança. De outro lado, se se tratar de pagamento de gratificação antiga, já consolidada à remuneração, é mais fácil evidenciar a caracterização de violação a tal princípio.

<sup>383</sup> Nessa hipótese, o outro requisito pertinente ao perigo na demora, o risco ao resultado útil do processo, também pode ser caracterizado, caso reconhecida a possibilidade de que ele também se relaciona à tutela antecipada – e não somente à cautelar. Com efeito, considerando a hipótese de que as despesas irregulares correspondessem a valores volumosos, que ultrapassassem, largamente, o patrimônio do responsável pela gestão fiscalizada, o resultado útil do processo de contas cuja decisão final determinasse o ressarcimento ao erário dos valores certamente restaria comprometido.

são as situações que podem gerar a expedição de provimentos provisórios de urgência antecipados pelas Cortes de Contas. Basta que se verifiquem os requisitos necessários e impulsionadores da utilização da tutela antecipada (probabilidade do direito e o perigo na demora) e a regra do risco de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

### 3.3.3.3 Análise quanto à possibilidade de concomitância dos provimentos provisórios de tutela de urgência

Diante de uma situação que contemple os requisitos da probabilidade do direito e do perigo na demora, o Tribunal de Contas deverá lançar mão, prioritariamente, de qual provimento provisório de urgência? Podem tais provimentos provisórios ser utilizados ao mesmo tempo, sobre o mesmo fato? O trabalho pretende, nesta parte, lançar luzes sobre tais questionamentos.

No ponto, propõe-se reflexão sobre as hipóteses cujas irregularidades constatadas potencialmente causem dano, isto é, impliquem lesão ao erário. Nesse contexto, se se fosse optar pela utilização de provimento cautelar no processo de contas, para assegurar o direito à tutela do direito que permitisse a restituição ao erário dos valores indevidamente realizados, poderia haver, por exemplo, a decretação de indisponibilidade de bens do responsável fiscalizado. Nesse cenário, ter-se-ia que questionar sobre seu patrimônio, a fim de compará-lo ao valor do possível dano que deverá ser ressarcido ao erário. Caso tal valor seja inferior ao valor do patrimônio do responsável, a expedição da medida cautelar referida, até o limite do valor do suposto dano, parece suficiente, sendo despidendo lançar mão do provimento de tutela antecipada.

Todavia, um dos direitos a serem realizados no processo de contas é, sem dúvida, tutelar o erário. Isso significa dizer, como já referido, que a atuação do Tribunal de Contas deve visar a proteger os cofres públicos para que nenhum dano ocorra. Para isso, é imprescindível que os Tribunais de Contas possam lançar mão de provimentos processuais que, já em cognição sumária, permitam a tutela provisória do direito protegido. Assim, no caso hipotético sob reflexão, haveria a possibilidade de, havendo risco de dano, se expedir provimento provisório de tutela satisfativa.

Respondendo à indagação quanto à possibilidade de expedição conjunta de dois provimentos de urgência com naturezas distintas, explicita-se posicionamento em sentido contrário tendo em vista a ideia de referibilidade da tutela cautelar à tutela satisfativa. No ensinamento da doutrina, “a relação que existe entre a tutela satisfativa e a tutela cautelar é de natureza material: a tutela cautelar serve para conservar a tutela do direito para sua eventual e futura satisfação. A tutela cautelar é referível à tutela satisfativa, porque está preordenada à sua conservação”.<sup>384</sup>

Dessa forma, inexistente possibilidade de provimentos de urgência, um de natureza cautelar e outro de natureza satisfativa, serem expedidos sobre a mesma circunstância fático-jurídica. Se a tutela cautelar conserva a tutela satisfativa, logo, ao tempo em que esta é realizada (ainda que antecipadamente), não há razão para se cogitar a permanência da conservação proporcionada pela tutela cautelar. De fato, pode ocorrer a expedição concomitante de provimentos cautelar e antecipado sobre a mesma base jurídica, mas por aspectos distintos. Por exemplo, a análise de determinada execução de contrato administrativo permitiu constatar provável adimplemento parcial que gerou – e estava gerando – dano mensal na ordem de R\$ 20.000,00. Nesse cenário, é possível que seja expedido provimento provisório cautelar para decretar a indisponibilidade de bens do responsável fiscalizado que garantam a tutela do direito ressarcitório aos cofres públicos – análise com viés pretérito – e provimento provisório satisfativo para suspender o pagamento de valores a maior, a fim de que cesse o perigo de (mais) dano imediatamente – análise com viés presente e futuro.

Quanto ao segundo ponto indagado, relativamente à eventual preferência/prioridade para escolha de uma das espécies de provimento de urgência, compreende-se que a resposta é negativa. Inexistente critério apriorístico que possa indicar qual dos caminhos de técnica processual é o melhor, sendo um bom norte, nada obstante, a busca por aquele que, aparentemente, seja mais efetivo para cada situação concreta.

---

<sup>384</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvin et al. **Breves comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 776 – no capítulo escrito por **Daniel Mitidiero**.

### 3.3.4 Da possibilidade de expedição de provimentos provisórios fundados na evidência

A evidência é a segunda alternativa justificadora para expedição de provimentos provisórios no processo civil.<sup>385</sup> O mesmo raciocínio desenvolvido até sua afirmação normativa serve para justificar sua utilização no processo de contas: a distribuição justa do ônus relativo ao tempo do processo deve valorizar o direito que está em evidência, antecipando, pois, a tutela a favor de quem o detém.<sup>386</sup> A concepção de que a tutela estatal deve ser efetiva, tempestiva e adequada implica a necessidade de que também o processo de contas abarque técnicas que permitam essa justa distribuição.

No que tange às previsões da tutela da evidência no novo CPC, é importante referir a leitura realizada pela doutrina a respeito do tema, bem como relacionar a aplicação de tais dispositivos ao processo de contas. Nesse contexto, o primeiro ponto a ser destacado refere-se a requisito necessário à concessão da tutela de urgência que é dispensável à tutela da evidência – e que acaba por ser o critério essencial para diferenciação das duas espécies da tutela provisória: o perigo na demora. Nos casos em que o legislador permitiu o uso de provimentos da tutela da evidência, é absolutamente dispensável o questionamento quanto à urgência decorrente do perigo na demora.

Preconizou o novo CPC quatro hipóteses para justificar a prestação da tutela da evidência, tendo a doutrina reconhecido como característica comum capaz de reconhecê-las sob a mesma classificação a ideia de *defesa inconsistente*<sup>387</sup>. Das quatro situações legais previstas, entende-se que apenas uma não é transportável ao processo de contas: quando “se tratar de pedido reipersecutório fundado em

<sup>385</sup> Art. 294, do CPC: “A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência”. BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 11 mar. 2016.

<sup>386</sup> Ressalta-se que Didier Jr adiciona como função da tutela da evidência também a finalidade punitiva, como ocorre na hipótese do art. 311, I, do CPC: “Trata-se de tutela de evidência punitiva, que funciona como uma sanção para apenas aquele que age de má-fé e, sobretudo, que impõe empecilhos ao regular andamento do feito, comprometendo a celeridade e lealdade que lhe devem ser inerentes”. DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil I**. 17. ed. São Paulo: Podivm, 2015. p. 620. Neste trabalho, quanto à função da tutela da evidência, adota-se a posição ressaltada no corpo do texto, servindo a presente nota de rodapé apenas para evidenciar outra função reconhecida por parte da doutrina.

<sup>387</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvin et al. **Breves comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 796 – no capítulo escrito por **Daniel Mitidiero**.

prova documental adequada do contrato de depósito<sup>388</sup> Assim sendo, passa-se a analisar as três hipóteses legais de tutela da evidência que podem ser aplicáveis ao processo de contas.

O primeiro caso que permite a concessão da tutela da evidência diz respeito aos momentos em que “ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte”<sup>389</sup> Argumentam os processualistas que essa previsão deve ser reconhecida como uma *regra aberta* que autoriza a antecipação da tutela para todos os casos em que “a defesa do réu se mostre frágil diante da robustez dos argumentos do autor – e da prova por ele produzida”<sup>390</sup>. Isso quer dizer, em síntese, a possibilidade de concessão da tutela provisória da evidência em todas as situações de *defesa inconsistente*<sup>391</sup>.

A segunda hipótese trazida pelo novo CPC corresponde aos casos em que “as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”<sup>392</sup>. Em relação à redação da parte final do dispositivo, a doutrina processualista alerta para “equivoco de orientação em que incidiu o legislador a respeito do tema dos precedentes”.<sup>393</sup>

Não haveria lógica para tutelar a evidência somente nos casos de a tese estar fundamentada em *julgamentos de casos repetitivos* (que seriam os casos do incidente de resolução de demandas repetitivas, arts. 976 a 987, e dos recursos repetitivos, arts. 1.036 a 1.041 – todos dispositivos do novo CPC) ou em *súmulas vinculantes*, deixando de fora a possibilidade de *proteção diferenciada* à evidência nos casos de outras teses que podem igualmente estar fundadas em *precedentes*<sup>394</sup>.

<sup>388</sup> Art. 311, III, do CPC. BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 11 mar. 2016.

<sup>389</sup> Art. 311, I, do CPC. *Ibid.*, acesso em: 11 mar. 2016.

<sup>390</sup> WAMBIER, op. cit., p. 796.

<sup>391</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela de evidência**. São Paulo, Saraiva. 1996.

<sup>392</sup> Art. 311, II, do CPC. BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 11 mar. 2016.

<sup>393</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvin et al. **Breves comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 796 – no capítulo escrito por **Daniel Mitidiero**.

<sup>394</sup> Para estudar, com profundidade, o tema dos precedentes no direito brasileiro, recomenda-se a leitura dos trabalhos de Marinoni (MARINONI, Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.), Mitidiero (MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes**

Assim, por interpretação sistemática, teleológica e extensiva da regra do art. 311, II, do novo CPC<sup>395</sup>, a tutela provisória da evidência deveria ser concedida, ao menos<sup>396</sup>, nas situações em que o novo CPC qualifica como precedente, as quais correspondem, segundo art. 927 do Diploma Processual, às seguintes hipóteses: as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; os enunciados de súmula vinculante; os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Por último, discorre-se acerca da previsão do inciso IV do art. 311 do Código Processual, que permite a concessão da tutela da evidência quando “a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável”. Tal previsão é vista pela doutrina como “hipótese clássica em que o tempo para produção da prova deve ser suportado pelo réu – e não pelo autor que já se desincumbiu de seu ônus probatório documental”.<sup>397</sup> Entende-se que, para seu deferimento, é necessário o preenchimento de três requisitos<sup>398</sup>: (i) a evidência seja demonstrada pelo autor mediante prova exclusivamente documental<sup>399</sup>; (ii) a parte autora apresente prova documental (ou documentada) apta a comprovar os fatos constitutivos de seu direito; (iii) ausência de contraprova documental do réu que possa gerar dúvida razoável quanto ao fato constitutivo da parte autora ou do próprio direito alegado.

---

**supremas – do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.),

<sup>395</sup> BRASIL, op. cit., acesso em: 11 mar. 2016.

<sup>396</sup> Diz-se “ao menos” porquanto parte da doutrina entende que a relação legal (art. 927 do novo CPC) não é exaustiva. Dessa forma, a outros casos que se caracterizassem como precedente também poderia aplicar-se a tutela provisória. DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil I.** 17. ed. São Paulo: Podivm, 2015. p. 461.

<sup>397</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvin et al. **Breves comentários ao novo código de processo civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. p. 797.

<sup>398</sup> DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil I.** 17. ed. São Paulo: Podivm, 2015. p. 629.

<sup>399</sup> Uma interpretação extensiva autorizaria que também se considere a prova documentada (como a prova emprestada ou a produzida de forma antecipada) ou a evidência de fatos que prescindem de prova (como o notório, o incontroverso e o confessado).

Conquanto se possa desenvolver raciocínio que conduza à conclusão de que se trata de hipótese de tutela de evidência definitiva e não provisória<sup>400</sup>, a importância de sua previsão no gênero tutela provisória, na prática, revela-se pelo fato de eliminar o efeito suspensivo da apelação interposta contra sentença que a confirmar ou conceder – aliás, situação que se aplica a todas as hipóteses de tutela provisória conforme previsão do art. 1.012 do novo CPC.

Destaca-se, ainda, que das três previsões legais mencionadas para concessão da tutela da evidência, somente uma pode ser concedida liminarmente (isto é, *inaudita altera parte*): quando for possível que as alegações de fato sejam comprovadas apenas por meio documental e sejam fundadas em tese firmada em precedente. Considerando que as outras duas possibilidades exigem a avaliação da defesa a ser apresentada, o legislador simplesmente seguiu a lógica racional ao prever que somente naquele caso assim fosse.<sup>401</sup>

Pois bem, conforme já referido, as três situações analisadas de tutela provisória da evidência podem ser aplicadas no processo de contas. No primeiro caso, as hipóteses em que restar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto objetivo protelatório do responsável fiscalizado ou de outra parte do processo de contas (por exemplo, a pessoa cujo ato de admissão ou aposentadoria esteja sendo analisado pelo Tribunal de Contas), é possível a concessão da tutela da evidência. Servindo-se de exemplos que autorizariam a concessão da tutela da evidência no processo civil para essa hipótese<sup>402</sup>, cita-se a seguinte relação de atos que também podem ocorrer junto ao processo de contas: (a) reiterada retenção dos autos por tempo delongado; (situação que tende a desaparecer com o avanço do processo eletrônico); (b) fornecimento de endereços inexatos a fim de embaraçar intimações; (c) apresentação de informações equivocadas; (d) contradição de atitudes realizadas em dois processos distintos, estabelecendo sustentações distintas de determinados fatos ou fundamentos, sem justificar adequadamente o motivo da diferença; (e) invocação de tese esdrúxula ou nitidamente contrária à

---

<sup>400</sup> Nessa linha, Didier Jr. afirma que: “Trata-se de hipótese de tutela de evidência inevitavelmente definitiva, que se confunde com o julgamento antecipado do mérito e que fora, equivocadamente, colocada no rol de hipóteses de tutela provisória”. DIDIER JR., op. cit., p. 629.

<sup>401</sup> Art. 311, parágrafo único, do CPC. BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 11 mar. 2016.

<sup>402</sup> Exemplos extraídos de Didier Jr. DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil I**. 17. ed. São Paulo: Podivm, 2015. p. 630.

orientação dominante nos tribunais superiores; (f) repetição de requerimento/recurso antes indeferido.

Quanto ao segundo caso citado, a atenção volta-se à tese firmada em *precedente*, já que praticamente em todos os casos do processo de contas as alegações de fato são comprovadas documentalmente. Assim, quando no processo de contas verificarem-se irregularidades que vão de encontro à tese firmada em precedente, deverá ser expedida tutela provisória da evidência, no sentido de satisfazer imediatamente o direito à boa administração pública violado, independentemente de verificação quanto à urgência. Em hipotético processo de contas no qual se fiscalize, por exemplo, a aplicação do teto constitucional remuneratório (art. 37, XI, da CRFB), tese já firmada em precedente do STF, e se constate que determinado órgão público não o está respeitando, é caso de expedição de tutela provisória da evidência pela Corte de Contas responsável pelo respectivo controle externo.

Derradeiramente, analisa-se a última hipótese de aplicação da tutela da evidência ao processo de contas. No caso, diz respeito à distribuição do ônus do tempo às partes processuais: se for comprovado suficientemente os fatos constitutivos do direito infringido e não havendo prova hábil a lhe gerar dúvida, deve-se lançar mão do provimento provisório da tutela da evidência. É dizer que, em havendo, por exemplo, robusta comprovação em Relatório de Auditoria quanto à eventual inconformidade com o ordenamento jurídico e, de outro lado, não existir prova minimamente capaz de suscitar dúvida razoável no que se refere ao alegado-comprovado inicialmente, trata-se de caso de aplicação da tutela da evidência.

Ante tudo que foi visto nas linhas supra, resta evidente a necessidade e correção de se avançar no estudo das técnicas processuais de possível utilização no processo de contas, não havendo dúvida de que não apenas a tutela de urgência, mas também a tutela da evidência pode ser expedida pelos Tribunais de Contas sob o aspecto de provimento provisório.

### 3.4 A DIMENSÃO, O MOMENTO E A MODALIDADE DA ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS E OS PROVIMENTOS PROVISÓRIOS

Nesta última parte do trabalho, pretende-se relacionar a dimensão, o momento e a modalidade da atuação das Cortes de Contas, no exercício da função



estatal de controle externo, e os provimentos provisórios. Referentemente a tais aspectos, procurar-se-á definir os contornos limítrofes que delineiam a atuação dos Tribunais de Contas por meio de provimentos provisórios.

Em relação à dimensão da atuação do controle externo, conforme visto no ponto 2.3.3, classifica-se em duas espécies. Uma, na qual a atuação do Tribunal de Contas precede e depende da atuação do Poder Legislativo; e a segunda, em que o órgão de controle externo exerce as competências da função de controle externo de forma exclusiva, isto é, sem a participação do respectivo Parlamento.

Quanto ao momento e à modalidade da atuação dos Tribunais de Contas, trata-se de aspectos que, por sua correlação recíproca, merecem tratamento conjunto. No que tange ao momento, sistematiza-se a classificação em três distintas espécies – prévia, concomitante e posterior – e, relativamente à modalidade, são duas as possibilidades a serem catalogadas: o controle preventivo e o repressivo.

Este tópico, então, dividir-se-á em dois subtópicos: o primeiro para relacionar as dimensões da atuação do Tribunal de Contas e os provimentos provisórios, e o segundo para discorrer acerca do momento e modalidade dessa atuação e sua correspondência com referidos provimentos.

### **3.4.1 A dimensão da atuação do Tribunal de Contas no exercício exclusivo da função de controle externo e os provimentos provisórios**

Como visto acima, o controle externo é exercido em duas dimensões: o exercício da função estatal pode ocorrer exclusivamente pelos Tribunais de Contas ou por conjugação de forças entre as Cortes de Contas e o Poder Legislativo

Com efeito, em se tratando de provimentos provisórios determinados pelos Tribunais de Contas, lógico é que sua utilização ocorra somente até o limite em que estes atuam exclusivamente no exercício do controle externo. Nos casos em que o Poder Legislativo atua conjuntamente com as Cortes de Contas nas atividades relacionadas à função estatal referida (julgamento das contas dos Chefes do Poder Executivo, se regular, regular com ressalvas ou irregular, e sustação de contratos<sup>403</sup>),

---

<sup>403</sup> Não se pode olvidar o entendimento jurisprudencial no sentido de que o Tribunal de Contas, conquanto não possua poder para anular ou sustar contratos administrativos, tem competência, conforme o art. 71, IX, da CF, para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação de contrato e, se for o caso, da licitação de que se originara – orientação firmada no

carece competência aos Tribunais de controle para expedir provimentos provisórios. É dizer que, nas hipóteses em que os provimentos processuais de contas não puderem realizar a atuação estatal por si sós e dependerem do respectivo órgão do legislativo, não há que se cogitar a aplicação dos provimentos provisórios.

Nesse sentido, deve-se ressaltar que, ainda naqueles casos em que as Cortes de Contas exerçam exclusivamente o exercício do controle externo, determinadas situações não permitem a utilização de provimento provisório, tendo em vista a impossibilidade de atuação baseada simplesmente em cognição sumária. É o caso do julgamento dos administradores e demais responsáveis (à exceção dos Chefes do Poder Executivo), previsto no art. 71, II, da CRFB: é impossível julgar as contas sem conhecê-las e examiná-las integral e plenamente. Certamente um ato de gestão ou um determinado conjunto de atos de gestão, analisados isoladamente, permitem a atuação do Tribunal de Contas por meio de cognição sumária e, por consequência, autorizam a utilização de provimentos provisórios. Todavia, por mais que se conclua pela irregularidade desse ato, o julgamento final das contas somente poderá ocorrer após o conhecimento de todos os atos que envolvam a gestão examinada. Por tal razão, conclui-se que não pode haver decisão provisória relacionada ao julgamento das contas dos administradores.

Por outro lado, todo e qualquer procedimento de contas em que seja possível a verificação de ilegalidades<sup>404</sup>, as prováveis ou as evidentes ilegalidades poderão ser atacadas por meio de provimentos provisórios. Melhor dizendo: as prováveis e as evidentes ilegalidades deverão ser respondidas efetivamente por provimentos provisórios, sendo necessário que os procedimentos de contas estejam adequadamente estruturados para assim ocorrer.

Nesse cenário, é possível identificar em qual das atribuições conferidas aos Tribunais de Contas, segundo classificação doutrinária, ocorre a participação exclusiva dos órgãos de controle externo para o exercício da função estatal.

---

juízo do MS 23550/DF, visto acima, e consolidada na decisão do Mando de Segurança nº 26.000/SC (rel. Min. Dias Toffoli, 16/10/2012).

<sup>404</sup> A concepção de ilegalidade deve compreender seu sentido mais amplo – podendo ser denominada de antijuridicidade ou ilegalidade ampla – visando adequação ao novo paradigma da “legalidade”, cujo conteúdo, seguindo a linha de constitucionalização do Direito, vai além da lei como sua fonte constitutiva, para comportar também a Constituição e os princípios que regem o ordenamento jurídico vigente.

Primeiramente, cumpre diferenciar as expressões função, competência e atribuição. Segundo Ayres Britto, em sintético ensinamento<sup>405</sup>: função é o controle externo, competência é o rol previsto no art. 71 da Constituição, e atribuição, vocábulo utilizado no art. 73 da Carta Magna, tem o sentido de prerrogativa e serve para igualar o TCU aos tribunais judiciais.

Todavia, cabe mencionar, no ponto, que a doutrina, em sua maioria, classifica as atividades dos Tribunais de Contas por *funções*, não havendo, de qualquer modo, uniformidade quanto às espécies das funções diagnosticadas. No presente trabalho, considerando que se identificou o controle externo como uma função estatal, denominar-se-á de *atribuição*<sup>406</sup> ou *competência*<sup>407</sup> do Tribunal de Contas, para evitar confusões, o que muitos da doutrina identificam como suas funções.

Nessa linha, cabe mencionar algumas classificações para as competências/atribuições das Cortes de Contas, elaboradas pela doutrina. O professor Evandro Martins Guerra<sup>408</sup>, por exemplo, opta por catalogar as competências desempenhadas pelos Tribunais de Contas de maneira mais resumida, valendo-se de quatro categorias: opinativa, jurisdicional, corretiva e fiscalizadora.

De outra banda, uma classificação mais extensa, porém melhor sistematizada, foi elaborada pela professora Di Pietro<sup>409</sup>, que dividiu as atribuições das Cortes de Contas da seguinte maneira: de fiscalização financeira, de consulta, de informação, de julgamento, sancionatória, corretiva e de ouvidor.

Ao definir a função sancionatória, a jurista afirma que seu exercício ocorre quando os Tribunais de Contas aplicam “aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário”. Percebe-se, então, que a definição de tal função vai ao encontro exato da

---

<sup>405</sup> BRITTO, Carlos Ayres. O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas. **Revista de Interesse Público**, Porto Alegre, n. 13, 2002. p. 67-68.

<sup>406</sup> Gualazzi identifica como função ou **atribuição** do Tribunal de Contas, as atividades desenvolvidas a partir das previsões constitucionais do art. 71 da Constituição da República. GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Regime jurídico dos tribunais de contas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

<sup>407</sup> Utilizando-se, portanto, o ensinamento de Ayres Britto há pouco referido. BRITTO, Carlos Ayres. O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas. **Revista de Interesse Público**, Porto Alegre, n. 13, 2002.

<sup>408</sup> GUERRA, Evandro Martins. **Os controles externo e interno da administração pública e os Tribunais de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 35.

<sup>409</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 753.

previsão contida no art. 71, inciso VIII, da CRFB. Portanto, as únicas atribuições, com atividade decisória, que comportariam atuação exclusiva da Corte de Contas é a corretiva e a sancionatória. Contudo, para a atribuição catalogada na espécie sancionatória, é válido o mesmo raciocínio utilizado para as situações em que as decisões de contas exigem a perfectibilização da cognição plena e exauriente. Logo, resta a atribuição/função corretiva para relacionar com os provimentos provisórios.

Assim, os provimentos provisórios somente podem ser expedidos nas situações em que o Tribunal de Contas exerce o controle externo como protagonista exclusivo e que seja possível a cognição sumária para suas decisões, situações essas que sucedem quando o órgão de controle exerce sua atribuição corretiva. Isto é, naqueles processos em que o Poder Legislativo também seja protagonista do exercício do controle externo, bem como seja imprescindível a cognição exauriente para correta atuação da função estatal, será impossível a expedição de decisões com caráter provisório pelas Cortes de Contas.

### **3.4.2 Momentos e modalidades do controle externo do Tribunal de Contas e provimentos provisórios**

O exercício do controle externo pelo Tribunal de Contas pode ser classificado de diversas formas, entre as quais se destaca aquela que utiliza como critério o momento de sua realização. Aponta a maioria da doutrina que o controle externo efetuado pelos Tribunais de contas pode ocorrer de forma prévia (*a priori*), concomitante ou posterior (*a posteriori*).

Parte da doutrina identifica como sinônimas as expressões “controle prévio” e “controle preventivo”, equívoco que se pretende desconstruir nas próximas linhas, tendo em vista que os conceitos mencionados são definidos a partir de critérios distintos. Enquanto o controle prévio é definido a partir de critério temporal, pelo qual prepondera o momento em que é realizado o controle, o controle preventivo é examinado sob o critério funcional, no qual prevalece a análise da função exercida pelo controle.

Nesse quadro, dedicam-se os últimos parágrafos da pesquisa para explicitar os conceitos mínimos de cada espécie de controle referido, relacionando-os com o emprego de provimentos provisórios nos processos de contas.

### 3.4.2.1 Controles prévio e preventivo: controles com distintos critérios de classificação

Os autores que classificam o controle exercido pelos Tribunais de Contas por meio de critério relativo ao momento de atuação da Instituição de fiscalização (se antes, durante ou depois da ocorrência do objeto fiscalizado), geralmente tratam o *controle prévio*, conforme referido, como sinônimo de *controle preventivo* (expressões às quais se soma, ainda, o controle *a priori*).

Para Evandro Guerra<sup>410</sup>, por exemplo, o controle *prévio* é sinônimo de *preventivo* ou *a priori* e se caracteriza por ser “o controle exercido antes de ser praticado o ato administrativo visando prevenir a prática do ato ilegal ou não conivente com o interesse público”.

Tal espécie de controle foi definido pela INTOSAI (*International Organization of Supreme Audit Institutions*), por meio da *Declaración de Lima sobre las líneas básicas de la fiscalización*, como sendo a “verificação, antes do fato, das atividades administrativas ou financeiras”, tendo esse mesmo documento destacado que “um eficaz controle prévio é indispensável à administração sã dos dinheiros públicos confiados ao Estado”.

O controle prévio caracteriza-se, portanto, pela sua ocorrência relacionar-se a momento anterior à atuação administrativa<sup>411</sup>, com o propósito de corrigir tempestivamente ou impedir a realização de despesas lesivas ao erário ou de atividades incompatíveis com os princípios norteadores da Administração Pública.

---

<sup>410</sup> GUERRA, Evandro Martins. **Os controles externo e interno da administração pública e os Tribunais de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 25.

<sup>411</sup> Alguns autores sequer cogitam a possibilidade de o Tribunal de Contas exercer o controle prévio/a priori por entenderem que este representaria uma condição de eficácia para o ato/contrato administrativo, situação que o ordenamento constitucional não permite mais desde 1967, conforme leciona Magalhães Júnior: “Até o advento da Constituição Federal de 1967, o controle prévio correspondeu ao núcleo do sistema de fiscalização dos atos e contratos administrativos, exercido pelo Tribunal de Contas. Este se baseava no chamado sistema de registro prévio, com base no qual a administração, antes de celebrar seus atos e contratos, os submetia ao Tribunal de Contas, para que este apreciasse da sua legalidade, com especial ênfase na verificação de sua adequação com a lei orçamentária. Como desdobramento deste controle, o ato/contrato poderia ser simplesmente registrado, vetado de forma absoluta ou registrado sob protesto”. Aliás, essa espécie de controle prévio, com cuja vedação normativa de realização a pesquisa concorda, é que foi analisada pelo STF no julgamento da ADI 916, sendo corretamente considerada descabida no atual ordenamento vigente. DAL POZZO, Gabriela Tomaselli Bresser Pereira. **As funções do tribunal de contas e o estado de direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 52.

Justamente esse propósito é que leva à classificação de tal controle como sendo *preventivo*. Ocorre que a característica preventiva do controle está relacionada a critério que leva em conta a função ou finalidade da atividade fiscalizatória e não o critério *momento*. O controle com fins de prevenir a concretização de irregularidades pode ser realizado antes, durante ou depois do objeto fiscalizado.<sup>412</sup> Portanto, o controle prévio ou a priori não pode ser tratado como sinônimo do controle preventivo, pois são critérios diferentes que os conceituam.

Além disso, a definição de critério momentâneo para classificar a atuação do controle pode causar confusões pois sua classificação dependerá da definição do objeto a ser fiscalizado. Ainda se valendo da situação hipotética de análise de contrato administrativo, as espécies de controle, quanto ao seu momento, podem facilmente variar de acordo com simples mudança do objeto de verificação para, por exemplo, a licitação que o precedeu. Em sendo a licitação o objeto a ser fiscalizado, todos os controles que ocorrem antes, durante ou após a execução do contrato devem ser classificados como *posteriores* ou *a posteriori*.

A alteração de classificação de controle prévio para concomitante ou posterior, portanto, é facilmente realizável por meio de simples mudança do objeto-referência da fiscalização efetuada. O critério momentâneo, portanto, não parece ser o mais relevante para o estudo da atuação das Cortes de Contas e o uso de provimentos provisórios.

#### 3.4.2.2 Controles concomitante e posterior: possibilidade de controle preventivo?

Entende-se que critério mais relevante está relacionado à função ou finalidade do controle, pelo que se destacam os controles preventivo e repressivo (os quais a pesquisa decide denominar como *modalidade do controle*). A partir de tal critério, passa a ter maior importância os efeitos que decorrem do controle em relação ao

---

<sup>412</sup> Exemplifica-se o afirmado mediante hipótese em que a fiscalização de controle externo é exercida sobre um contrato administrativo: o controle pode ocorrer logo que assinado o contrato, antes, portanto, do início de sua execução (controle prévio); pode ocorrer durante a execução do contrato (concomitante); e após a finalização do contrato (posterior). Em todas as situações, o controle poderá ser preventivo. Havendo a constatação, por exemplo, após o último mês de contrato, de medições de serviços que não foram efetivamente realizados, que geraram, assim, equivocada liquidação da despesa, cujo pagamento ainda não fora efetuado, é possível que ocorra um controle posterior e preventivo.

objeto de fiscalização do que o simples momento de ocorrência do controle em relação à situação fático-jurídica analisada. É dizer: importa mais qual será o resultado/efetividade do controle do que simplesmente quando ele será realizado.

Nesse sentido, os controles preventivo e repressivo aproximam-se aos conceitos de tutela preventiva<sup>413</sup> e tutela repressiva, elaborados pelos teóricos do processo civil, para diferenciar a tutela prestada anterior ou posteriormente ao dano ou à ilicitude.<sup>414</sup>

Considerando, então, o ângulo que analisa a função do controle em relação aos ilícitos/danos à boa administração pública, classifica-se o controle externo do Tribunal de Contas como preventivo (antes da violação ao direito)<sup>415</sup> ou repressivo (após). Aliás, seguindo essa linha de raciocínio, e não esquecendo que a Corte de Contas também presta tutela estatal, pode-se também caracterizar o controle preventivo e o repressivo, fazendo um paralelo com o processo civil, como tutelas preventiva e repressiva prestadas no âmbito da função de controle externo.

---

<sup>413</sup> Cabe destacar que a tutela preventiva no processo civil é, de certa forma, recente nos estudos processualistas. Nesse sentido, Marinoni ao entender que a classificação clássica das sentenças (declaratória, condenatória e constitutiva) não era suficiente para tutelar os Direitos do Estado Constitucional, ensina que: “Tudo isso revela que o sistema clássico de tutela dos direitos não foi pensado para permitir a tutela preventiva, ou ainda que a doutrina clássica não se preocupava com essa modalidade de tutela jurisdicional, o que certamente tinha relação com a ideia de que qualquer infringência à lei ou ao contrato poderia ser recomposta por meio de dinheiro ou pela sanção de nulidade, e de que não importava a tutela preventiva, única realmente adequada para tutelar os novos direitos”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 417.

<sup>414</sup> Nessa linha, Marinoni refere que: “Quando a tutela jurisdicional (final) é realmente olhada pelo ângulo do direito material, torna-se fácil perceber que ela pode ser repressiva ou preventiva, isto é posterior ou anterior à violação do direito, o que obviamente também acontece com a tutela antecipatória”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 181.

<sup>415</sup> A atuação preventiva do controle externo, cumpre destacar, foi prevista por Rui Barbosa desde a origem do Tribunal de Contas no país, conforme se verifica no seguinte excerto da Exposição de Motivos do Decreto nº 966-A: “Todos estes dados são elementos de valor inestimável e de impreterível necessidade no mecanismo da instituição que temos em mira. Conspiram todos eles em firmar **a jurisdição preventiva, característica essencial dessa organização** no estado de excelência a que a Bélgica e a Itália a elevaram, e que hoje reclamam para a França as vozes mais competentes no assumpto. ‘Vale infinitamente mais’, dizem os italianos, **‘prevenir os pagamentos ilegais e arbitrários do que censurá-los depois de efetuados**. A contrasteação posterior basta em relação aos agentes fiscais; porque estes prestam cauções, que lhes tornam eficaz a responsabilidade, em defesa do Thesouro. Mas os ministros não dão fiança, por onde assegurem ao Estado a reparação do dano, que causarem, e, portanto, é mister uma garantia preliminar, a qual vem a ser precisamente a que se realiza na **fiscalização preventiva do tribunal**.’ (GIOVANI Gean-quinto. **Corso di diritto amministrativo**). **O sistema da verificação preventiva decorre**, segundo eles, dos direitos orgânicos do parlamento, que ‘não deve descansar exclusivamente na fidelidade do ministério’. (grifou-se). UGO: **La Corte dei Conti**. Tit. I, c. I, a 1, 1882.

Dessa contextualização, e seguindo o paralelismo junto às construções teóricas do processo civil, decorre outro critério para conceituação das tutelas dos direitos, que diz respeito à forma como o processo proporcionará, preventiva ou repressivamente, a tutela ao direito substancial: inibindo ou removendo o ato ilícito/danoso, reparando ou ressarcindo o direito/violado. Dessa forma, a tutela preventiva contra o ilícito é classificada como *tutela inibitória*. A tutela repressiva contra o ilícito caracteriza-se como a *tutela de remoção do ilícito* (ou tutela reintegratória), cujo objetivo seria “restaurar o estado de fato anterior à prática do ato ilícito, suprimindo a causa ou os efeitos do ato ilícito que já ocorreu”.<sup>416</sup> De outro lado, para a doutrina processualista, a tutela contra o dano será sempre repressiva, dividindo-se em reparatória (para combater o dano na forma específica) ou ressarcitória (para proporcionar à parte lesada, ao menos o, equivalente ao dano monetariamente).<sup>417</sup>

Todas as espécies de tutelas referidas (inibitória, remoção do ilícito, reparatória ou ressarcitória) são independentes entre si e aplicáveis ao processo de contas, assim como são aproveitáveis os respectivos fundamentos que as justificam no âmbito do processo civil. No ponto, é indispensável referir, ainda que sinteticamente, os fundamentos que justificam a tutela inibitória, que são praticamente idênticos aos da tutela de remoção do ilícito. Com efeito, sobre os fundamentos da tutela inibitória, insuperáveis são as palavras do processualista Marinoni<sup>418</sup>, motivo pelo qual é imperiosa a transcrição *ipsis litteris* de sua lição:

A ação inibitória se funda no próprio direito material. Se várias situações de direito substancial, diante de sua natureza, são absolutamente invioláveis, é evidente a necessidade de admitir uma ação de conhecimento preventiva. Do contrário, as normas que proclamam direitos, ou objetivam proteger bens fundamentais, não teriam qualquer significação prática, pois poderiam ser violadas a qualquer momento, restando somente o ressarcimento do dano. Como o direito material depende – quando pensado na perspectiva da efetividade – do processo, é fácil concluir que a ação preventiva é consequência lógica das necessidades do direito material.

---

<sup>416</sup> MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 56.

<sup>417</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014 e MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

<sup>418</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 253-254.



De fato, é impossível negar essa lógica: se existe uma norma positivada no ordenamento, seu cumprimento apriorístico, isto é, a necessidade de que seja respeitada desde seu nascimento, deve ser buscado efetivamente, sendo imprescindível que exista meio processual que permita combater tempestivamente sua violação ou, até mesmo, sua potencial violação. Na mesma linha, o processualista gaúcho Fabrício de Boeckel defende que “a prevenção contra o dano ou a ilicitude logicamente representa atitude mais consentânea com a finalidade primeira das normas, que é orientar comportamentos. A aplicação de sanções é necessariamente corretiva de situações patológicas, portanto subsidiária”.<sup>419</sup>

Observa-se que o processualista menciona a necessidade de prevenção contra a ilicitude ou o dano, diferenciando-se da concepção antes mencionada que apenas visualiza ações repressivas contra o dano – sem mencionar ações preventivas. A dupla menção referida decorre da divisão conceitual realizada entre dano e ilícito<sup>420</sup>, a qual justifica a desnecessidade de configuração do dano para tutelar o direito protegido pelo ordenamento e buscado pela parte – isto é, a ocorrência (ou provável ocorrência) de ilícito já é suficiente para gerar à parte direito à tutela do direito.

Nada obstante, mesmo que a doutrina entenda que o provimento processual preventivo somente seja relacionado ao ilícito, está a conferir, ao mesmo tempo, a possibilidade teórica de que meio processual seja preventivo também ao dano (pelo menos ao “dano tutelável”). Explica-se: em regra, o dano pressupõe a ocorrência de um ilícito<sup>421</sup>, lógica que se aplica, *a fortiori*, ao processo de contas. Somente se pode concluir pela ocorrência de dano tutelável pelo processo de contas, caso esse tenha sido originado pela realização de um *ato ilícito*. Dessa forma, conferindo-se instrumentos processuais que permitam a tutela preventiva ao ilícito (tutela inibitória) automaticamente estar-se-á propiciando a possibilidade de tutela preventiva ao dano.

---

<sup>419</sup> BOECKEL, Fabrício Dani de. Espécies de tutela jurisdicional. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano 14, n. 89, jun. 2011.

<sup>420</sup> Sobre a diferenciação de dano e ilícito, ver nota de rodapé 207.

<sup>421</sup> Não se desconhece que, no âmbito da responsabilidade civil, alguns casos de atos lícitos podem gerar danos indenizáveis. Todavia, tais situações são excepcionais, motivo pelo qual é adequado afirmar que, em regra, o dano pressupõe a ocorrência de ilícito – até porque quando se fala de tutela contra o ilícito, logicamente está a se falar no sentido amplo da expressão, aproximando-se ao conceito de antijuridicidade, que alberga todas as situações em que o direito material proporciona direito subjetivo a ser tutelado.

Em resumo, no processo de contas, existem ilícitos que causam ou podem causar danos e outros não causam ou sequer têm esse potencial. De qualquer modo, para quaisquer casos de ilícito, é possível que provimentos processuais preventivos sejam aplicáveis. Feitas essas observações, passa-se a abordar as espécies analisadas de controle e tutela realizados pelo processo de contas, relacionando-os à possibilidade de expedição de provimentos provisórios.

#### 3.4.2.3 Controles prévio, concomitante e posterior, tutela preventiva e repressiva: os casos de utilização de provimento provisório no processo de contas

Neste tópico, a abordagem terá como referência inicial a classificação que se baseia, para critério de distinção, no momento do controle realizado pelo Tribunal de Contas –classificação que, vale dizer, é preferida pela doutrina que estuda os órgãos de controle externo.

Com esse método, o primeiro tipo de controle a ser abordado é o prévio, que, conforme dito, se caracteriza por acontecer previamente ao objeto fiscalizado. Diante dessa situação, o processo de contas que decorre do controle prévio somente poderá prestar tutela preventiva, sendo impossível a prestação da tutela repressiva. É óbvia a explicação: se o controle prévio possui uma perspectiva para o futuro, isto é, para analisar atos/fatos que ainda não aconteceram, a tutela a ser prestada somente poderá prevenir a ocorrência de ilícito/dano a serem cometidos, não havendo a possibilidade de remediar (repreender) aquilo que ainda não aconteceu. Desse modo, a tutela final que pode ser prestada pelo processo de contas, no caso de controle prévio, refere-se à tutela inibitória, a qual será efetivada mediante decisões coercitivas dos Tribunais de Contas aos órgãos fiscalizados, visando a inibir a ocorrência de ilícitos (que, como acima explicado, podem ou não causar danos).

Nesse caso, são plenamente aplicáveis os provimentos processuais provisórios que proporcionem a tutela inibitória, seja por meio de satisfação (tutela de urgência antecipada e de evidência) seja por meio de assecuração (tutela de urgência cautelar). De fato, havendo os fundamentos que autorizam a tutela de urgência ou da evidência, nada obsta que a técnica antecipatória seja utilizada no processo de contas.

A segunda espécie a ser analisada é o controle concomitante, que é classificado como o “controle tendente a acompanhar a atuação administrativa de forma simultânea, verificado a regularidade do ato administrativo de plano, no mesmo momento em que é praticado”.<sup>422</sup> Nesse modelo de controle, é possível a realização de tutela preventiva e repressiva no processo de contas, na medida em que a fiscalização ocorre com perspectivas pretérita, presente e futura: verificam-se fatos recém-acontecidos, os que estão acontecendo e aqueles que acontecerão em curto espaço de tempo. Nesse contexto, se no processo de contas for constatado ilícito que já aconteceu e continua sucedendo, o processo de contas deverá prestar tutela inibitória – tutela preventiva que inibirá a continuidade da violação à lei – e tutela de remoção de ilícito – tutela repressiva que restaura o estado de fato anterior à prática do ilícito. Com efeito, assim como nos casos de tutela inibitória, nas situações de tutela de remoção do ilícito igualmente se vislumbra a possibilidade de utilização de provimentos provisórios, bastando apenas a verificação de seus fundamentos justificadores.

Ainda sobre o controle concomitante, é de se destacar que o principal objetivo da fiscalização não passa pelo dano, não havendo, em regra, atenção especial do controle externo, nesses casos, voltada para apurar os danos ocorridos por responsabilidade daqueles que estão sendo fiscalizados. Por tal razão, o processo de contas, nas situações de controle concomitante, não contribui essencialmente para a tutela ressarcitória.

Tal contribuição pode originar-se nos processos de contas relacionados ao controle posterior (ou *a posteriori*), que “ocorre após a realização do ato praticado em decorrência da ação administrativa desenvolvida, com a finalidade de proceder a uma avaliação sobre a sua correção e legalidade, com o objetivo de promover a sua aprovação ou homologação e, no caso de encontrar erros, falhas e vícios, adotar medidas que levem a sua correção ou desfazimento”.<sup>423</sup>

---

<sup>422</sup> GUERRA, Evandro Martins. **Os controles externo e interno da administração pública e os Tribunais de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 26.

<sup>423</sup> MILESKI, Helio Saul (MILESKI, Hélio Saul. Tribunal de Contas: evolução, natureza, funções e perspectivas futuras. **Revista Interesse Público – INPB**, Belo Horizonte, n. 45, set./out. 2007. p. 177). Além desse conceito para “controle posterior”, cabe referir o de Evandro Guerra que ensina: “Após praticado o ato administrativo, o controle é chamado posterior, a posteriori ou corretivo. Possui o propósito de rever tal ato para confirmá-lo, se legal e regular, corrigi-lo no caso de eventuais defeitos apurados ou desfazê-lo, por via da revogação ou declaração de

Nos casos de controle posterior, as condições são mais propícias para que se apure, com exatidão, a existência e a extensão do dano – justamente por se tratar de controle com perspectiva pretérita, isto é, apenas direcionada para os atos/fatos da gestão que já aconteceram e já foram finalizados. Por essa característica retrospectiva, o controle posterior está mais voltado, em geral, para tutela repressiva do que para preventiva. Nada impede, porém, que, durante o controle posterior, seja verificada situação irregular de possível continuidade, cuja correção evidenciará a prestação de tutela preventiva. Todavia, é mais comum que as situações irregulares verificadas sob o ângulo retrospectivo já estejam consolidadas, de modo que a tutela repressiva é que deverá ser o foco do processo de contas.

Nesse contexto, a tutela de remoção do ilícito será a tutela final para os casos em que verificada ilicitude e, para as hipóteses de dano, devem-se aplicar provimentos que permitam a tutela final reparatória ou ressarcitória<sup>424</sup>. Ocorre que, nas circunstâncias que envolvem dano constatado pela atuação fiscalizadora do Tribunal de Contas, o processo de contas possui um limite de competência para a tutela reparatória ou ressarcitória, que vai até a decisão “de que resulte imputação de débito”, redação prevista na parte inicial do §3º do art. 71 da Carta Magna brasileira. Na parte final desse dispositivo, está preconizado que a decisão de imputação de débito terá eficácia de título executivo, do que se compreende que optou o constituinte por limitar o processo de contas apenas à etapa cognitiva da tutela final repressiva contra o dano, deixando ao Poder Judiciário a etapa executiva. Dessa forma, não contando o Tribunal de Contas com os meios executivos para

---

nulidade”. GUERRA, Evandro Martins. **Os controles externo e interno da administração pública e os Tribunais de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 26.

<sup>424</sup> No ponto, cabe diferenciar a aplicação da *tutela reparatória* e da *tutela ressarcitória* ao processo de contas. Em virtude de interpretação conjugada entre o inciso VIII do *caput* e o §3º, ambos do art. 71 da Constituição Nacional. Considerando o fato de que o inciso VIII, apesar de deixar em aberto as hipóteses de sanções aos responsáveis (“as sanções previstas em lei”), especificou o “dano causado ao erário”, somado à redação do §3º referir “imputação de débito”, conclui-se que os danos sancionáveis pelo Tribunal de Contas limitam-se àqueles causados ao erário, cuja tutela do direito prestada somente pode corresponder ao pagamento monetário efetuado pelo responsável do dano. Assim, por exemplo, se o dano decorrer de despesa ilegal, a tutela específica corresponderá à restituição do valor indevidamente despendido, razão pela qual se configura, no caso, a tutela reparatória. Por outro exemplo, se o responsável fiscalizado pelo Tribunal de Contas tiver causado dano por deixar vencer milhares de remédios que se tornaram inutilizáveis, a tutela deve ser o pagamento monetário do valor equivalente ao dano causado, não se cogitando que ele possa repará-lo mediante a compra de medicamentos em espécie. Logo, nessa segunda hipótese exemplificativa, tem-se o caso de *tutela ressarcitória*. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 13 mar. 2016.

tutela final repressiva contra o dano (ressarcitória ou reparatória), ilógico que possua a competência para expedir provimentos provisórios relativos a essa tutela.

Em resumo do presente tópico, conclui-se que os provimentos provisórios nos processos de contas, tanto os de urgência quanto os de evidência, podem ser aplicados nos controles prévio, concomitante ou posterior. No primeiro caso, somente será possível a efetivação da tutela preventiva, que se relacionará à tutela (final) inibitória, havendo a possibilidade natural de se lançar mão dos provimentos provisórios nos casos de urgência ou evidência. Já no controle concomitante, as tutelas preventiva e repressiva poderão ser prestadas no processo de contas, relacionando-as, respectivamente, à tutela inibitória e à tutela de remoção do ilícito – que também podem ser provisoriamente tuteladas, nos termos já vistos. Por fim, o controle posterior, caso apresente situações de tutela preventiva e repressiva contra o ilícito, terá a mesma lógica teórica apresentada na assertiva anterior, podendo-se, pois, utilizar os provimentos provisórios. Todavia, no caso da tutela repressiva contra o dano, em que não há instrumento direto do Tribunal de Contas para concretizar sua tutela final (ressarcitória ou reparatória), é natural que também lhe careçam os instrumentos provisórios a ela relacionados.

Diante desse acervo de possibilidades quanto ao momento de controle, modalidades e finalidades da tutela proporcionada pelo processo de contas, bem como as respectivas técnicas processuais nele aplicáveis, os Tribunais de Contas, mirando suas competências constitucionais, devem organizar a atuação de sua fiscalização, a fim de ponderar e definir a proporção adequada de procedimentos fiscalizatórios, de acordo com os critérios *momento* e *finalidade*, para realizar o controle externo<sup>425</sup>, bem como devem estruturar seus procedimentos processuais de modo a prever técnicas capazes de proporcionar a realização do controle e a prestação da tutela do direito de forma efetiva, adequada e tempestiva.

---

<sup>425</sup> Essa ponderação, por exemplo, pode basear-se nos índices de ressarcimento ao erário das despesas ilegais cujo débito ao responsável é imputado por meio das decisões dos Tribunais de Contas.

### 3.5. A APLICAÇÃO IMEDIATA DOS PROVIMENTOS DE TUTELA PROVISÓRIA NAS CORTES DE CONTAS

Tendo em vista a recente vigência do novo Código de Processo Civil e sua inovadora sistematização quanto à tutela provisória, é provável que dúvidas surjam quanto à imediata aplicação de provimentos provisórios no âmbito dos processos de contas. Nesse contexto, é possível que as hesitações para aplicação da matéria decorram de aspectos substancial ou formal. Quanto ao primeiro cenário, o questionamento seria se a tutela provisória materialmente é transponível ao processo de contas, isto é, se as situações previstas no Código de Processo Civil realmente podem encaixar-se na moldura emergente da natureza jurídica do processo de contas. No que tange à segunda hipótese, a pergunta a ser respondida seria se, mesmo não havendo previsão legal especificando a tutela provisória nos processos de contas, esta poderia ser aplicada imediatamente.

Quanto ao primeiro ponto, a resposta foi elaborada durante todo o presente trabalho, mediante a concatenação de premissas lógicas que se busca resumir nas próximas (poucas) linhas.

O Tribunal de Contas, no exercício de sua função constitucional de controle externo, tem como finalidade tutelar a boa administração pública quanto às gestões contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e pelos critérios da legalidade, da legitimidade e da economicidade, especialmente visando à tutela do erário. Considerando os ensinamentos sobre a prestação estatal de tutela dos direitos, a leitura das competências constitucionais dos Tribunais de Contas implica o reconhecimento de que a finalidade institucional prevista e exigida ao órgão de controle externo é tutelar, como dito, o direito (fundamental e coletivo) à boa administração pública, nas facetas cuja fiscalização lhe compete. A tutela desse direito, assim como a tutela de todos os demais direitos, deve ocorrer de forma efetiva, adequada e tempestiva. Nesse sentido, o controle externo deve atuar por meio de processo que permita a utilização de instrumentos que concretizem a tutela efetiva, adequada e tempestiva da boa administração pública. Assim, o processo do Tribunal de Contas deve contar com a possibilidade de lançar mão de provimentos provisórios, aproximando-se das conclusões teóricas dos estudos do processo civil nesse aspecto, que possibilitem a antecipação da prestação de tutela, nos casos de urgência (cautelares e satisfativas) e de evidência.

Nesse contexto, as hoje chamadas "medidas cautelares" devem ser utilizadas nos processos dos Tribunais de Contas para as situações em que o processo civil permite a concessão das tutelas de urgência e de evidência, motivando, assim, nova identificação nominal: os provimentos provisórios.

No que se refere ao segundo questionamento, sobre o aspecto formal, a resposta também foi construída nas linhas acima. A ausência de previsão legal que refira, expressamente, a possibilidade de provimentos provisórios serem empregados nos processos de contas não é empecilho para que as Cortes de Contas utilizem a técnica antecipatória a fim de expedir referidos provimentos.

Um, porque o fundamento autorizador dessa possibilidade é de origem constitucional. Conforme a construção acima feita, verifica-se que as competências constitucionais dos Tribunais de Contas, somadas à compreensão de que os direitos fundamentais devem ser tutelados efetiva, adequada e tempestivamente por atuação estatal constituída e expressada pelo processo, evidenciam a necessidade de que o processo de contas possua instrumentos que permitam, em determinados casos, assegurar ou satisfazer o direito relacionado à tutela final que será prestada. Nesse cenário, é de se questionar, caso o novo Código de Processo Civil não trouxesse expressamente o Livro da Tutela Provisória, o entendimento seria de que não poderiam os juízes lançar mão de provimentos que realizassem a tutela da urgência e a tutela da evidência? Por ter origem constitucional a concepção que explica a tutela provisória, parece que a resposta ao questionamento deveria ser negativa. Da mesma forma, pois, ao processo de contas.

O segundo argumento que justifica a desnecessidade de previsão legal específica tratando da matéria sustenta-se na aplicação subsidiária do Código de Processo Civil. Como visto acima, no item 2.4.3.2 do trabalho, o Diploma Legal de Processo Civil deve ser considerado como fonte supletiva e subsidiária ao regramento do processo de contas. Dessa forma, ainda que não haja dispositivos legais que regulamentem a tutela provisória no processo de contas, poderá a norma legal do processo civil servir de fundamento e referência para os casos em que os pressupostos da tutela provisória evidenciarem-se no processo de contas.

De qualquer sorte, entende-se recomendável que as regras normativas da tutela provisória aplicável ao processo de cada Tribunal de Contas sejam previstas em ato normativo infralegal, na espécie instrumental em que geralmente são dispostas as regras processuais do respectivo órgão (Regimento Interno, Resolução

ou outro), objetivando propiciar a cognoscibilidade e calculabilidade, necessárias à segurança jurídica, às pessoas atingidas diretamente pela atuação processual do controle externo.

Por fim, cabe alertar que o ato infralegal que normatizará a aplicação das tutelas provisórias não pode ir além das competências constitucionais e legais que fundamentam os limites da tutela final que presta o Tribunal de Contas mediante sua atuação. Isso quer dizer, por exemplo, que não pode o Regimento (ou outro ato normativo) prever a expedição de provimentos que permitam tutelar provisoriamente situações fático-jurídicas que não são tuteláveis definitivamente por atuação exclusiva do Tribunal de Contas.<sup>426</sup>

Devem-se observar, portanto, os limites possíveis à atuação do Tribunal de Contas, de acordo com as disposições do ordenamento constitucional e infraconstitucional, para regulamentar acertadamente os provimentos provisórios dos processos de contas pela via infralegal. Assim sendo, não haverá óbices para que as técnicas processuais adequadas – em especial, a técnica antecipatória – possam ser utilizadas imediatamente nos processos de contas.

---

<sup>426</sup> Exemplo dessa situação seria a seguinte: o Tribunal de Contas cuja lei orgânica não autoriza a decretação de indisponibilidade de bens prevê, em ato infralegal próprio, a possibilidade de concessão de provimento provisório de natureza cautelar que determine mencionada indisponibilidade. Como visto, o Tribunal de Contas não possui competência constitucional para atuação institucional que implique a constrição de bens do responsável fiscalizado, tanto é assim que a etapa executiva, no que tange as tutelas reparatória ou ressarcitória, é de competência do Poder Judiciário, onde se podem executar os títulos relativos aos débitos imputados. Não havendo fundamento constitucional, e sem olvidar o direito fundamental que garante que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV), entende-se que somente seria possível a interferência do Tribunal de Contas no patrimônio jurídico dos responsáveis fiscalizados mediante autorização legislativa, o que ocorre, por exemplo, no caso do Tribunal de Contas da União, cuja lei orgânica, consoante acima tratado, prevê a possibilidade de decretação de indisponibilidade de bens.



## 4 CONCLUSÃO

Ao final da presente pesquisa, resumem-se as linhas que foram percorridas durante sua realização, expondo-se, em conjunto, as conclusões de cada etapa do trabalho.

Na primeira parte da dissertação, analisaram-se os poderes funcionais e as respectivas funções estatais, comparando-se sua concepção liberal clássica, que partia da ideia de tripartição de funções do Estado, com o atual entendimento doutrinário sobre a matéria, que reconhece o surgimento de novas funções estatais para o atendimento das necessidades e demandas sociais do Estado contemporâneo.

Na mesma linha de evolução do estudo sobre a estruturação e organização do Estado, a pesquisa abordou a ideia de policentrismo institucional, pela qual se admite novos complexos orgânicos de Poder, que não somente aquelas clássicas estruturas representativas dos três poderes de Montesquieu, como órgãos autônomos indispensáveis para própria existência do Estado Democrático e Republicano.

Diante dessas premissas, buscou-se encontrar a classificação apropriada para as atividades estatais relacionadas ao controle externo no Estado brasileiro, bem como para a Instituição que o exerce como seu único mister<sup>427</sup>: o Tribunal de Contas. Com efeito, ao se analisar as funções clássicas, em especial as funções administrativa e jurisdicional – que se apuraram com maior detalhamento em razão de serem as funções com potencial hipotético mais elevado para abarcar, como *etapa, subfunção ou parte*, o exercício do controle externo –, concluiu-se que seus conceitos e características não servem para definir e explicar as atividades de controle externo. Logo, tais atividades merecem, por rigor científico, ser catalogadas em diferente função.

Descartando-se, pois, as três funções clássicas como possíveis gêneros da espécie controle externo, buscou-se analisar os aspectos relacionados à função de fiscalização, exercida, ainda segundo a teoria montesquiana, pelo Poder Legislativo, por meio da fiscalização realizada sobre a atuação do Executivo, com a finalidade de

---

<sup>427</sup> Lembrando que o Poder Legislativo também exerce o controle externo, todavia, suas atividades não se resumem a essa espécie de função, ou melhor dizendo, sequer são preponderantes quanto a isso: a principal função do Poder Legislativo é, sem dúvida, a legiferante.

controlar a obediência deste às disposições legais estabelecidas por aquele. Todavia, no desenho constitucional do Estado brasileiro, verificou-se que a função de fiscalização, classicamente de competência exclusiva do Legislativo, atualmente é prevista de forma tímida ao Parlamento e, intensamente, a duas Instituições de controle independentes e autônomas: o Tribunal de Contas e o Ministério Público, cada uma com suas atribuições constitucionais específicas.<sup>428</sup>

Em relação às atribuições conferidas ao Tribunal de Contas, depreendeu-se que, em virtude de suas particularidades diferenciadoras da concepção original pela qual se definiu a função de fiscalização, bem como pela magnitude dos valores republicanos e democráticos que justificam e norteiam sua razão de existência, uma distinta função estatal, que desdobra da função de fiscalização, está prevista na ordem constitucional brasileira: a função de controle externo, que tem como finalidade principal a tutela da boa administração pública, em especial, visando à tutela do erário e à avaliação dos gestores públicos.

Demais disso, constatou-se que os Tribunais de Contas exercem suas atividades de controle externo em duas formas/dimensões distintas: algumas executadas conjuntamente com o Parlamento, mas a maioria delas desempenhadas de forma protagonista e exclusiva. De todo modo, em quaisquer das maneiras mencionadas, a atuação da Corte de Contas será independente e sem subordinação.

A partir de tal conclusão, ficou mais fácil identificar a natureza jurídica das Cortes de Contas brasileiras, assim como a do seu processo e de suas decisões: todos estão vinculados ao exercício da função estatal de controle externo e devem buscar atingir as finalidades para as quais essa função existe. Diante desse cenário, é que a teoria da tutela dos direitos e da processualidade ampla explicam a necessidade, com fundamento constitucional, de que o processo que tramita junto aos Tribunais de Contas, denominado de *processo de contas*, possua técnicas adequadas para a realização da tutela que protege.

Na segunda etapa, o trabalho analisou, inicialmente, os estudos desenvolvidos pelos teóricos do processo civil para estabelecer as técnicas

---

<sup>428</sup> Na prática, tais Instituições que poderiam eventualmente apenas complementar as atividades de controle desempenhadas pelo Parlamento de forma permanente, acabam, em verdade, exercendo-as praticamente em sua integralidade, haja vista que as Casas Legislativas exercem suas atividades de controle somente de maneira pontual e esporádica.

processuais que seriam adequadas para proteção do direito que não pode aguardar, para sua efetividade, pela cognição exauriente. Nesse contexto, é indiscutível a crescente importância que assumem as medidas processuais de cognição sumária.

O mesmo cenário e a mesma bagagem teórica são plenamente transportáveis ao processo de contas, o que foi examinado na sequência do trabalho, quando a pesquisa se debruçou sobre os precedentes judiciais do Supremo Tribunal Federal que analisaram a possibilidade ou não de as Cortes de Contas expedirem as denominadas *medidas cautelares*. Verificou-se que, ante a uniformidade de pensamentos convergentes detectados nos casos analisados, existe uma jurisprudência pacífica da Suprema Corte a respeito da matéria, respondendo positivamente à hipótese. De qualquer sorte, o trabalho preocupou-se em analisar, detalhadamente, os fundamentos jurídicos adotados pelo Supremo Tribunal Federal nos principais *cases* (normas jurídicas citadas e teorias doutrinárias utilizadas) e as finalidades pretendidas em cada situação que justificou o uso do instrumento da cautelar. Nessa fase, emergiu a teoria dos poderes implícitos e do poder geral de cautela, ambas justificadas pelas disposições expressas no art. 71 da Constituição da República.

Considerando, então, a função estatal de controle externo exercida, de maneira independente e sem subordinação, pelos Tribunais de Contas, constatou-se a exatidão decisória do Excelso Pretor no sentido de reconhecer forma instrumental, adequada e tempestiva para o exercício da função estatal de controle externo. Nada obstante, a justificativa deve-se à teoria da processualidade ampla, como explicação para que o exercício do controle externo se realize por meio da processualização que se espera – e se exige – de toda a atuação estatal e à teoria da tutela dos direitos, concepção que defende a necessidade de os órgãos estatais tutelarem satisfatoriamente os direitos cujo dever de proteção lhe é conferido pelo ordenamento jurídico.

A finalidade do processo de contas é tutelar a boa administração pública. Isso significa dizer que a atuação do Tribunal deve visar a proteger a observância dos preceitos da boa Administração Pública, especialmente para que os recursos públicos sejam corretamente aplicados pelos governantes e gestores. Por isso, entende-se que o processo de contas também proporciona tutela estatal à sociedade e o bem jurídico envolvido nesse processo é nada mais nada menos do

que um direito fundamental: o direito fundamental à boa administração pública, em especial em sua faceta de gestão fiscal/financeira.

Assim como ocorre no processo civil, a tutela estatal promovida pelo processo de contas a esse direito fundamental também deve ser efetiva, tempestiva e adequada. Dessa forma, não apenas as situações de tutela cautelar, mas também os casos de tutela antecipada satisfativa devem ser observados para, se preenchidos os requisitos teóricos exigidos, motivarem a expedição de provimentos de urgência pelos Tribunais de Contas. Com base nesse raciocínio, haveria uma aproximação entre as hoje denominadas “medidas cautelares” do processo de contas e os provimentos de tutela de urgência, estudados pela doutrina processualista.

E as conclusões da pesquisa não pararam nesse ponto. Com efeito, para tutelar o direito à boa administração pública, em especial ao bom uso dos recursos públicos, é imprescindível, como dito, que os Tribunais de Contas possam lançar mão de técnicas processuais adequadas à prestação da tutela estatal de sua competência. Essa premissa provocou a compreensão de que não seria suficiente ao processo de contas apenas contar com a possibilidade de expedição de provimentos antecipatórios para os casos de urgência, uma vez que as hipóteses da tutela da evidência, nesse marco teórico, igualmente justificariam o uso da mesma técnica processual. Destarte, concluiu-se, tendo como referência o novo Código de Processo Civil, que os provimentos provisórios, tanto para tutela da urgência quanto para tutela da evidência, devem estar no cardápio de opções processuais das Cortes de Contas.

Na parte final do trabalho, buscou-se delimitar os contornos da atuação dos Tribunais de Contas por meio dos provimentos provisórios. Nesse cenário, relataram-se as situações, inclusive citando-se alguns exemplos, em que o Tribunal de Contas não apenas pode como deve expedir provimentos provisórios nos processos em que sejam evidenciados os fundamentos para tutela de urgência ou da evidência.

Por isso tudo é que o *poder geral de cautela* reconhecido aos Tribunais de Contas pela Suprema Corte brasileira, em verdade, deve ser visto como um poder amplo de utilização da técnica processual antecipatória. Diante dessa realidade, as conclusões desta pesquisa permitem afirmar que há base teórica para que não somente as *medidas cautelares* sejam expedidas nos processos de contas, mas

todas as *medidas* que utilizem a técnica antecipatória como fundamento. Portanto, o entendimento da presente pesquisa quanto ao seu conteúdo principal sustenta, já em consonância com a nova classificação do Código de Processo Civil sobre a matéria, a possibilidade fundamentada no ordenamento jurídico vigente para expedição de provimentos provisórios pelos Tribunais de Contas brasileiros.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Afonso Gomes. **O tribunal de contas na ordem constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

AGUIAR, Ubiratan Diniz de; ALBUQUERQUE, Marcio André Santos de; MEDEIROS, Paulo Henrique Ramos. **A Administração Pública sob a perspectiva do controle externo**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

\_\_\_\_\_. **Controle externo: anotações à jurisprudência do Tribunal de Contas da União: temas polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMEIDA, Reuder Rodrigues Madureira de. Aplicação das astreintes no âmbito dos Tribunais de Contas. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 75, ano 25, n. 2, abr./maio/jun. 2010.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**. 2. São Paulo: Atlas, 2012. v. 2.

ARAÚJO, Julio Cesar Manhães de. **Controle da atividade administrativa pelo Tribunal de Contas na Constituição de 1988**. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ATRICON – Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil. **DIAGNÓSTICO dos Tribunais de Contas do Brasil: Avaliação da Qualidade e Agilidade do Controle Externo**. Brasília-DF: Atricon, 2013.

BARBOSA, Cleyton Marcelo Medeiros. A incidência da cláusula do devido processo legal no procedimento de auditoria governamental desenvolvido pelos tribunais de contas. **Revista do TCE RN**. Natal, v. 6, n. 1, dez. 2004.

BARBOSA, Raíssa Maria Rezende de Deus. **Os Tribunais de Contas e a moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BARRETO, Pedro Humberto Teixeira. **O sistema Tribunais de Contas e instituições equivalentes: um estudo comparativo entre o modelo brasileiro e o da União Europeia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BASTOS, Celso. **Curso de teoria do estado e ciência política**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. **Curso de teoria do Estado e da ciência política.** São Paulo: Saraiva, 1995.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada:** tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito brasileiro. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito administrativo e seus novos paradigmas.** Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BISOL, José Paulo. Tribunal de Contas: o poder legislativo e a constituinte. **Revista do TCE RS.** Porto Alegre, v. 2, n. 5, jun. 1985.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política.** 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BOECKEL, Fabrício Dani de. Espécies de tutela jurisdicional. **Âmbito Jurídico,** Rio Grande, ano 14, n. 89, jun. 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do estado.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 13 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 18 de out. de 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2001.** Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm)>. Acesso em: 13 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965.** Regula a Ação Popular. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm)>. Acesso 15 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.** Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm)>. Acesso 15 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 20 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992.** Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de

mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm)>. Acesso 15 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992.** Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8443.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8443.htm)>. Acesso em 10 dez. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.** Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm)>. Acesso em 21 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20152018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 11 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.715-3/TO.** Requerente: ATRICON. Impetrado: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 24 de maio de 2006. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 12 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.190-8/RJ.** Requerente: ATRICON. Impetrado: Assembleia Legislativa do Estado do Tocantins. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 01 de julho de 2009. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 12 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 900.179.** Impetrante: Estado de Pernambuco. Agravado: Pedro da Mota Barbsosa. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 13 de outubro de 2015. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 10 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 23.550.** Impetrante: Poli Engenharia Ltda. Impetrado: **Presidente do Tribunal de Contas da União - TCU; Secretário Adjunto de Administração da Superintendência da Zona Franca de Manaus.** Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 04 de abril de 2001. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 12 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 24.510-7.** Impetrante: Nascimento Curi Advogados Associados. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Ellen Gracie. Brasília, 19 de novembro de 2003. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 12 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 25.203.** Impetrante: Herivaldo Carlos Gomes. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 03 de agosto de 2005. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 12 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 26.263/DF.** Impetrante: EBCO Systems Ltda. Impetrado: **Tribunal de Contas da União - TCU.** Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 25 de setembro de 2009. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 12 jan. 2016.



\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n° 26.547/BA**. Impetrante: Companhia das Docas do Estado da Bahia. Impetrado: **Tribunal de Contas da União - TCU**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 04 de abril de 2001. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n° 33.092/DF**. Impetrante: José Sérgio Gabrielli de Azevedo e outros. Impetrado: **Tribunal de Contas da União - TCU**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 24 de março de 2015. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n° 576.920/RS**. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Salete Santos da Silva. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 22 de março de 2008. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n° 848.826/DF**. Recorrente: José Rocha Neto. Recorrido: Ministério Público Eleitoral. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 18 de agosto de 2015. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Segurança n° 3.789/MA**. Requerente: Tribunal de Contas do Estado do Maranhão e outros. Requerido: Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 17 de abril de 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Segurança n° 4.099/RR**. Requerente: Tribunal de Contas do Estado de Roraima e Outros. Requerido: Tribunal de Justiça do Estado de Roraima. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 27 de outubro de 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 jan. 2016.

BRITTO, Carlos Ayres. O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas. **Revista de Interesse Público**, Porto Alegre, n. 13, 2002.

CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**. Padova: Cedam, 1936.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2014.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas como instância dinamizadora do princípio republicano. **Revista do TCE de Santa Catarina**, Florianópolis, n. 6, set. 2008. p. 26.

CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Napoli: Morano, 1958.

\_\_\_\_\_. **Sistema del diritto processuale civile**. Padova: Cedam, 1936. v.1.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Rachel Campos Pereira de. A cautelaridade nos tribunais de contas. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte, v. 83, n. 2, abr./jun. 2012.

\_\_\_\_\_.; KLEINSORGE, Henrique de Paula. A cautelaridade nos tribunais de contas. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte, v. 83, n. 2, abr./jun. 2012.

CASTARDO, Hamilton Fernando. **O Tribunal de Contas no ordenamento jurídico brasileiro**. Campinas: Millenium, 2007.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. A atuação do Tribunal de Contas em face da separação de Poderes do Estado. **Revista do TCE-RJ**. Rio de Janeiro, ano 18, n. 38, out./dez. 1997.

CAVALCANTI, Augusto Sherman. Aspectos da competência julgadora dos tribunais de contas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 237, set. 2004.

CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. **Controle externo da gestão pública: a fiscalização pelo legislativo e pelos tribunais de contas: teoria e jurisprudência**. Niterói: Impetus, 2007.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene, 1965.

CINTRA, Antonio Carlos Araujo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CONTI, José Maurício. **A Autonomia do Poder Judiciário**. São Paulo: MP Editora, 2006.

COSTA JÚNIOR, Eduardo Carone. As funções jurisdicional e opinativa do Tribunal – Distinção e relevância para a compreensão da natureza jurídica do parecer prévio sobre as contas anuais dos prefeitos. **Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais**. Belo Horizonte, v. 39, n. 2, abr./jun. 2001.

COSTA, Luiz Bernardo Dias. **Tribunal de contas: evolução e principais atribuições no estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

DAL POZZO, Gabriela Tomaselli Bresser Pereira. **As funções do tribunal de contas e o estado de direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. São Paulo: Saraiva, 2013.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Tribunais de Contas no Brasil**. São Paulo: Dialética, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Coisa julgada. Aplicabilidade a decisões do tribunal de contas da União. **Revista do TCU**, v. 27, n. 70, out./dez. 1996.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo**, 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil I**. 17. ed. São Paulo: Podivm, 2015.

\_\_\_\_\_. **Direito processual civil: tutela jurisdicional individual e coletiva**. 5. ed. Salvador: Juris Podivm, 2005.

DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. Tutela jurisdicional. **Revista de Processo**, n. 81, jan./mar. 1996.

DROMI, Roberto. **Modernización del control público**. Madri: Hispania Libros, 2005.

ENTENDA a compra da refinaria de Pasadena pela Petrobras. [S.l., 2014]. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2014/03/entenda-compra-da-refinaria-de-pasadena-pela-petrobras.html>>. Acesso em: 14 dez. 2015.

ENTENDA o caso da refinaria da Petrobras em Pasadena (EUA). [S.l., 2014]. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/03/1433096-entenda-o-caso-da-refinaria-da-petrobras-em-pasadena-eua.shtml>>. Acesso em: 14 dez. 2015.

Exposição de Motivos do Decreto 966-A, de 07/11/1890. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, v. 30, n. 82, out./dez. 1999.

FAGUNDES, Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

FAYOL, Henri. **Administração industrial e geral**. São Paulo: Atlas, 1994.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas no Brasil: jurisdição e competência**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

FERRÃO FILHO, Denis Peixoto. O controle dos atos administrativos pelos Tribunais de Contas através da concessão de medidas cautelares. **Revista da Escola Superior de Controle Externo 2010/2011**. Campo Grande, 2010/2011.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. ; MILESKI, Hélio Saul. **Manual de boas práticas processuais dos Tribunais de Contas**. Florianópolis: ATRICON, 2013

FREITAS, Ney José de (coord). **Tribunais de contas**: aspectos polêmicos. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FURTADO, José de Ribamar Caldas. Controle de legalidade e medidas cautelares dos tribunais de contas. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, v. 39, n. 110, set./dez. 2007.

FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela de evidência**. São Paulo, Saraiva. 1996.

GALLOTTI, Luiz Octavio. Tribunal de contas e o poder legislativo. **Revista TCM RJ**. Rio de Janeiro, v. 16, n. 21, nov. 2000.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GOUVEIA, Maria T. Carolina de Souza. Poder legislativo. Controle externo dos atos do Executivo. Extensão e limites da função fiscalizadora do legislativo. **Revista de Administração Municipal**. Rio de Janeiro, n. 264, out./dez. 2007.

GRACIE, Ellen. Notas sobre a revisão judicial das decisões do Tribunal de Contas da União pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista do Tribunal de Contas da União**, ano 39, n. 110, set./dez. 2007.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Regime jurídico dos tribunais de contas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

GUERRA, Evandro Martins. **Os controles externo e interno da administração pública e os Tribunais de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. Ciudad de Buenos Aires: Astrea, 2007.

HAYEK, Friedrich August Von. **Os fundamentos da liberdade**. São Paulo: Visão, 1983.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha**. 20. ed. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1998.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

KELLES, Márcio Ferreira. **Controle da administração pública democrática: tribunal de contas no controle da LRF**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

LAMY, Eduardo de Avelar. A distinção entre medidas urgentes e tutela de urgência conseqüências para o escopo de sistematização. **Revista de Processo**, v. 29, n. 118, dez. 2004.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral da ação civil pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LESSA, Sebastião José. O devido processo legal: a segurança jurídica e a instância administrativa. **Fórum Administrativo**: Direito Público. Belo Horizonte, n. 75, maio. 2007.

LEVY, José Luiz. A suspensão imediata dos atos da administração determinada cautelarmente pelos tribunais de contas. **Revista IOB de Direito Administrativo**, n. 24, dez. 2007.

LIMA, Luiz Henrique, coord. **Tribunais de contas**: temas polêmicos na visão de ministros e conselheiros substitutos. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

\_\_\_\_\_. **Controle externo**: teoria, legislação e jurisprudência. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACHADO, Raquel Ramos; BARROSO, Felipe dos Reis; ARAGÃO, Ítalo Viana. Medidas cautelares como meio de garantia da efetividade da jurisdição de contas. **Revista Controle – Doutrinas e Artigos**. Fortaleza, 2011.

MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A questão dos limites no poder cautelar geral. **Revista TCMSP**, n. 7, set. 2000.

MARANHÃO, Jarbas. Heraclio Salles e o Tribunal de Contas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 38, n. 149, jan./mar. 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo. 6. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. **Tutela inibitória**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_.; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil** - processo cautelar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 4.

\_\_\_\_\_. **Manual do processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso Processo Civil** - Tutela Dos Direitos Mediante Procedimento Comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Tratado de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

MATEUS, Wilson Roberto. Poder legislativo: função fiscalizatória. **Revista Jurídica**. Campinas, v. 19, n. 1, 2003.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. v. 1.

\_\_\_\_\_. **Controle da administração pública**. São Paulo: RT, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. O enquadramento constitucional do Tribunal de Contas. In: FREITAS, Ney José de (Org.). **Tribunais de Contas: Aspectos polêmicos: estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MELLO, José Luiz de Anhaia. **Da competência do tribunal de contas para negar aplicação a leis inconstitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1965.

MELLO, Marcílio Barenco Corrêa de. O Princípio da proibição do excesso na concessão de medidas cautelares pelas Cortes de Contas. **Revista do TCE-MG**. Belo Horizonte, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

MESSA, Ana Flávia. O controle parlamentar e sua eficácia. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, ano 21, n. 82, jan./mar. 2013.

MILESKI, Helio Saul. **O Controle da gestão pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas: evolução, natureza, funções e perspectivas futuras. **Revista Interesse Público – INPB**, Belo Horizonte, n. 45, set./out. 2007.

\_\_\_\_\_. ZYMLER, Benjamim (prefácios); FREITAS, Juarez (prefácios). **O controle da gestão pública**. 2. ed. rev., atual. e aum. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução n° 87, de 03 de agosto de 2006**. Regulamenta, no âmbito do Ministério Público Federal, a instauração e tramitação do Inquérito Civil (art. 6º, VII, da Lei Complementar n° 75/93 e art. 8º, § 1º, da Lei n° 7.347/85). Disponível em: <[http://csmfp.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/resolucoes/resol\\_87\\_%20ago\\_2006.pdf](http://csmfp.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/resolucoes/resol_87_%20ago_2006.pdf)>. Acesso em: 10 fev. 2015.

MIOLA, Cezar. **Regime constitucional dos tribunais de contas**. São Paulo: RT, 1992.

MIRANDA, Álvaro Guilherme. **Mudança institucional do Tribunal de Contas**: os oito modelos debatidos na Constituinte de 1988 para o sistema de fiscalização do Brasil. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, 2009.

\_\_\_\_\_. Manual de direito constitucional, 2000, p. 180 apud MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil. **Revista de Processo**, v. 229, ano 39, mar. 2014.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. Rio de Janeiro: Livraria Boffoni, 1947. v.2.

MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil. **Revista de Processo**, v. 229, ano 39, mar. 2014.

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

\_\_\_\_\_. **Cortes superiores e cortes supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. **Processo Civil e Estado Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. Tendências em Matéria de Tutela Sumária: de Tutela Cautelar à Tutela Antecipatória. **Revista de Processo**. São Paulo, ano 16, vol. 197, jul. 2001.

MODESTO, Paulo. A função administrativa. **Revista Eletrônica e Direito do Estado**, Salvador, n. 5, 2006.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

MORAES, Alexandre de. **Curso de direito constitucional**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Voltaire de Lima, Dos provimentos provisórios na ação civil pública e/ou na ação coletiva. **Revista Direito e Justiça**, v. 39, n. 2, jul./dez. 2013.

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

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos Tribunais de Contas. In: SOUSA, Alfredo José (Org.). **O novo Tribunal de Contas**: órgão protetor dos direitos fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

MOTTA, Adylson. Apresentação à 3ª edição. In: SOUSA, Alfredo José (Org.). **O novo Tribunal de Contas**: órgão protetor dos direitos fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

MUSSO, Diritto costituzionale, 1992 apud MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Algumas notas sobre órgãos constitucionalmente autônomos (Um estudo de caso sobre os Tribunais de Contas no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 223, n. 24, jan./mar. 2001.

NEGRÃO, Theotonio. **Código de processo civil e legislação processual em vigor**. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NÓBREGA, Marcos. O controle do gasto público pelos tribunais de contas e o princípio da legalidade: uma visão crítica. **Revista Brasileira de Direito Público**. Belo Horizonte, n. 23, out./dez. 2008.

NUNES, Castro. **Teoria e prática do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1943.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro, Forense, 2008.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Livraria Almedina, 2011.

PASCOAL, Valdecir. **Direito financeiro e controle externo**. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

\_\_\_\_\_. O Poder cautelar dos Tribunais de Contas. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, n. 115, maio/ago. 2009.

PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. **Controle externo**: temas polêmicos na visão do Ministério Público de Contas. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

PONSI, Roberto Carlos Sasso. **O devido processo legal no tribunal de contas**. Porto Alegre: UCS, 2004.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <[http://bo.io.gov.mo/bo/i/pt/crp92pt/titulo2\\_4.htm](http://bo.io.gov.mo/bo/i/pt/crp92pt/titulo2_4.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2016.

PROLA JÚNIOR, Carlos Humberto. Improbidade administrativa e dano moral coletivo. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, ano 8, n. 30.31, jan./dez. 2009.

\_\_\_\_\_. RINGENBERG, Diogo Roberto. O sigilo bancário e os Tribunais de Contas. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (Org.). **Controle externo – Temas polêmicos na visão do Ministério Público de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

REMÉDIO, José Antônio; SANTOS, Rafael Fernando dos. Tutela de urgência e evidência nas ações coletivas voltadas à proteção dos direitos sociais. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, v. 15, n. 29, jul./dez. 2015.



ROVARIS, Jacqueline Mezzomo. **A eficácia das decisões do tribunal de contas relativamente aos municípios**. Passo Fundo; 2003.

SANNINI NETO, Francisco; CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Teoria dos poderes implícitos e seu desvirtuamento em favor do poder investigatório do ministério público. **Revista Consulex**, n. 393, jun. 2013.

SANTOLIM, Cesar Santolim. A Lei Anticorrupção e os Tribunais de Contas. **Tribunais de Contas - Temas Polêmicos na Visão de Ministros e Conselheiros Substitutos**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

\_\_\_\_\_. Corrupção: o papel dos controles externos - transparência e controle social. Uma análise de direito e economia. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito**, v. 7, n. 1, set. 2012.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SCLIAR, Wremyr. **Democracia e controle externo da administração pública**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 2007.

SEMINÁRIO O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA HISTÓRIA REPUBLICANA. **Anais do Seminário O Supremo Tribunal Federal na história republicana**. Brasília: AJUFE, 2002.

SILVA JÚNIOR, Bernardo Alves da. O exercício do poder cautelar pelos tribunais de contas. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, v. 40, n. 113, set./dez. 2008.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Ovidio Araujo Baptista da. **As ações cautelares e o novo processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

\_\_\_\_\_. **Curso de processo civil**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 2.

\_\_\_\_\_. **Do processo cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SIMÕES, Edson. **Tribunais de contas: controle externo das contas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SOUSA, Alfredo José (Org.). **O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SOUZA, Aluisio Gama de. **Direito público no Tribunal de Contas**. Rio de Janeiro: Faculdade Gama e Souza, 2007.

SUPREMO Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 17 out. 2015.

TARDIN, Luiz Gustavo. **Fungibilidade das tutelas de urgência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

TAVARES, José F. F. **O tribunal de contas**: do visto em especial (conceito, natureza e enquadramento na actividade de administração). Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. As liminares e a tutela de urgência. **Consulex**, n. 139, out. 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 16. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

\_\_\_\_\_. **Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo**. Obra em homenagem a Eduardo García de Enterría. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Resolução nº 155, de 04 de dezembro de 2012**. Aprova o Regimento Interno do Tribunal de Contas da União. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/normativos/regimentosinternos/regimentosinternos.htm>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

UGO: **La Corte dei Conti**. Tit. I, c. I, a 1, 1882.

VERGOTTINI, Giuseppe de, Diritto costituzionale comparato, 1999, p. 419 apud MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O parlamento e a sociedade como destinatários do Trabalho dos Tribunais de Contas. In: SOUSA, Alfredo José (Org.). **O novo Tribunal de Contas**: órgão protetor dos direitos fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvin et al. **Breves comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZAIDMAN, Luiz. As funções das cortes de contas brasileiras à luz da teoria do controle jurídico. **Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal**, Brasília, n. 4, 1973.

ZYMLER, Benjamin. **Direito administrativo e controle**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.