

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

OLAVO GUIMARÃES GUERRA NETO

**MEDIDAS CAUTELARES ADMINISTRATIVAS E A LEI 13.655/2018: O CONSE-
QUENCIALISMO JURÍDICO COMO TÉCNICA DE DECISÃO COM JUSTO ENCAIXE
ÀS ACAUTELATÓRIAS EM TRIBUNAIS DE CONTAS**

BRASÍLIA - DF

2024

OLAVO GUIMARÃES GUERRA NETO

MEDIDAS CAUTELARES ADMINISTRATIVAS E A LEI 13.655/2018: O CONSEQUENCIALISMO JURÍDICO COMO TÉCNICA DE DECISÃO COM JUSTO ENCAIXE ÀS ACAUTELATÓRIAS EM TRIBUNAIS DE CONTAS

Dissertação de Mestrado desenvolvida sob a orientação do professor Doutor João Trindade Cavalcante Filho apresentado para obtenção do Título de Mestre em Direito Constitucional.

BRASÍLIA - DF

2024

OLAVO GUIMARÃES GUERRA NETO

MEDIDAS CAUTELARES ADMINISTRATIVAS E A LEI 13.655/2018: O CONSEQUENCIALISMO JURÍDICO COMO TÉCNICA DE DECISÃO COM JUSTO ENCAIXE ÀS ACAUTELATÓRIAS EM TRIBUNAIS DE CONTAS

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional do IDP, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional

Data da defesa

BANCA EXAMINADORA

Prof. Orientador
Filiação

Prof. Avaliador 1
Filiação

Prof. Avaliador 2
Filiação

Prof. Avaliador 3 (Se houver)
Filiação

Código de catalogação na publicação – CIP

G932m Guerra Neto, Olavo Guimarães

Medidas cautelares administrativas e a Lei 13.655/2018: o consequencialismo jurídico como técnica de decisão com justo encaixe às acautelatórias em Tribunais de Contas / Olavo Guimarães Guerra Neto. — Brasília: Instituto Brasileiro Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, 2024.

99 f.

Orientador: Prof. Dr. João Trindade Cavalcante Filho
Coorientador: Profa. Dra. Buenã Porto Salgado

Dissertação (Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional) — Instituto Brasileiro Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, 2024.

1. Medida cautelar. 2. Consequencialismo jurídico. 3. Direito público. I. Título

CDDir 341

A meus pais, meu irmão e minha doce Laís.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 MEDIDAS CAUTELARES ADMINISTRATIVAS	14
1.1 Do poder geral de cautela administrativa	21
1.1.1 Parametrização do órgão de estudo: Tribunais de Contas, conceito e competência	24
1.1.2 Exercício do controle: incursão na função precípua dos Tribunais de Contas	27
1.1.3 Tipos de medidas cautelares administrativas nos Tribunais de Contas	29
1.2 Da teoria dos poderes implícitos.....	39
1.2.1 Caso paradigma norte-americano: <i>McCulloch vs. Maryland</i>	40
1.2.2 Incorporação à brasileira e legitimação pelo Supremo Tribunal Federal da Teoria dos Poderes Implícitos aos Tribunais de Contas: MS 24.510.....	42
1.3 Dos riscos das medidas cautelares dos Tribunais de Contas ao processo administrativos: violação a direitos fundamentais por provimentos indevidos e a possibilidade de responsabilização dos controladores.....	49
2 LINDB LEI Nº 13.655/2018: LEI BÚSSOLA PARA O ARQUIPÉLAGO DE AUTONOMIAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	57
2.1 Surgimento da Lei nº 13.655/2018: tramitação, debates nas Casas Parlamentares e questionamentos ao texto.....	61
2.2 O conceito de consequentialismo jurídico como técnica de decisão da Lei nº 13.655/2018.....	67
2.3 Da validação da segurança jurídica em âmbito administrativo e do pragmatismo como mecanismo de confirmação	72
3 CONSEQUENCIALISMO JURÍDICO COMO TÉCNICA DE DECISÃO DE JUSTO ENCAIXE AOS TRIBUNAIS DE CONTAS: CONSOLIDAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA EM DECISÕES ACAUTELATÓRIAS.....	79
3.1 Consequências na gestão pública: caminho para a redução do Direito Administrativo do medo	86
CONSIDERAÇÕES FINAIS	90
REFERÊNCIAS	94

RESUMO:

Este trabalho tem como objetivo verificar como o consequencialismo jurídico previsto na Lei nº 13.655/2018 poderá trazer melhorias e segurança ao Direito Público, com atenção voltada a sua aplicação perante as Cortes de Contas. As medidas cautelares administrativas foram definidas e caracterizadas, com demonstração do surgimento do poder geral de cautela por meio da Teoria dos Poderes Implícitos importada do Direito Comparado. Para a concretização desses objetivos, além da necessária análise das decisões identificadas, Mandado de Segurança 24.510 e caso *McCulloch vs. Maryland*, para o cumprimento dos objetivos de pesquisa acima, buscar-se-á depurar as conclusões extraídas a partir dessa análise de decisões e da doutrina existentes sobre os assuntos por meio de interpretação hermenêutica. Assim, como metodologia foi realizada uma análise doutrinária e jurisprudencial de abordagem crítica e qualitativa. Desse estudo conclui-se que o consequencialismo jurídico é poderosa ferramenta para consecução de segurança jurídica aos órgãos de controle, capaz de alavancar a qualidade da decisão dos Tribunais de Contas, sendo a LINDB a norma a ser interpretada em conjunto com a CF/88, Leis Orgânicas e Regimentos Internos das Cortes de Contas.

Palavras-chave: Medidas cautelares administrativas. Consequencialismo jurídico. LINDB. Segurança jurídica. Tribunais de Contas.

ABSTRACT:

This work aims to verify how the legal consequentialism provided for in Law No. 13,655/2018 can bring improvements and security to Public Law, with attention focused on its application before the Courts of Auditors. Administrative precautionary measures were defined and characterized, demonstrating the emergence of the general power of precautionary measures through the Theory of Implicit Powers imported from Comparative Law. To achieve these objectives, in addition to the necessary analysis of the decisions identified, MS 24.510 and the case of *McCulloch v. Maryland*, in order to fulfill the above research objectives, we will seek to refine the conclusions drawn from this analysis of existing decisions and doctrine on the subjects through hermeneutic interpretation. Thus, as a methodology, a doctrinal and jurisprudential analysis was carried out with a critical and qualitative approach. From this study it is concluded that legal consequentialism is a powerful tool for achieving legal certainty to the control bodies, capable of leveraging the quality of the decision of the Courts of Auditors, with the LINDB being the norm to be interpreted together with the CF/88, Organic Laws and Internal Regulations of the Courts of Auditors.

Keywords: Administrative precautionary measures. Legal consequentialism. LINDB. Legal certainty.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art./Arts.	Artigo/Artigos
CF/88	Constituição Federal de 1988
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CGU	Controladoria-Geral da União
CC	Código Civil
CPC	Código de Processo Civil
CPC/2015	Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015
LOTUCU	Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União
MS	Mandado de Segurança
MPF	Ministério Público Federal
RITCU	Regimento Interno do Tribunal de Contas da União
STF	Supremo Tribunal Federal
TCE	Tribunal de Contas do Estado
TCU	Tribunal de Contas da União

INTRODUÇÃO

No Brasil, o destacamento de competência para o exercício do controle e fiscalização da administração pública cabe aos Tribunais de Contas. Deveras, suas decisões reverberam em vários setores da sociedade dada a importância que assumem, principalmente as de impacto imediato proferidas cautelarmente.¹

O Tribunal de Contas da União (TCU), um órgão com 134 anos,² assim como os Tribunais de Contas dos Estados e Municipais, na última década consolidaram-se como uma força respeitável no bloco democrático muito em função do arranjo institucional que lhes outorgam o papel de fiscalizadores do Presidente da República, Governadores e Prefeitos, e, das contas públicas federais, estaduais e municipais. Outrora órgãos auxiliares do Poder Legislativo, hoje, galgaram degraus de relevância ao ponto de se colocarem como personagens corriqueiramente lembrados em telejornais, matérias na internet e comentários da sociedade em geral. A mídia jornalística é atraída, por vezes, a noticiar decisões proferidas em medidas cautelares cuja fundamentação perpassa, primordialmente, pela busca da proteção ao erário sem, no entanto, considerar necessariamente a efetividade do processo administrativo.

Conquanto se comente e vislumbre o poderio do TCU, o presente estudo abordará este fenômeno não apenas na esfera de competência federal, com referência ao estudo do consequencialismo jurídico em sede de medidas cautelares administrativas e o viés de estabilização de segurança jurídica do ordenamento jurídico do Direito Público.

O tema se mostra relevante para o estudo administrativo, sobretudo na percepção, internalização e aplicação do novo regramento direcionado à administração pública e agentes políticos advindos da Lei nº 13.655/2018, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.³

Esta pesquisa está escalonada em 3 capítulos, sendo o primeiro destinado a conceituar e apresentar os tipos de medidas cautelares administrativas, ao passo que será verificado, por um lado, a (in)existência de jurisdição dos Tribunais de Contas sob aspecto de sua legitimação constitucional e o instituto do poder geral de cautela administrativa,⁴ com vistas a avaliar se os

¹ PASCOAL, Valdeci. O Poder Cautelar dos Tribunais de Contas. Brasília - DF: **Revista TCU**, n. 115, 2009, p. 103-118.

² Criado a partir do Decreto nº 966-A, de 7 de novembro de 1890, durante o governo provisório de Deodoro da Fonseca.

³ BRASIL. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Redação modificada pela Lei nº 13.655/2018. Brasília/DF, 1942. Disponível em: [Del4657compilado](#). Acesso em: 5 dez. 2024.

⁴ LIMA, Diogo Uehbe. *Competências Cautelares do Tribunal de Contas Da União* 03/02/2022 149 f. Mestrado em Direito Instituição de Ensino: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2022.

fundamentos do Mandado de Segurança nº 24.510⁵ ainda são suficientes para fundamentação da medida cautelar com sustentação à aplicabilidade da teoria dos poderes implícitos por Cortes de Contas.⁶ Por outro lado, se estenderá o estudo para verificar se há uma extrapolação de competências do Tribunal de Contas capaz de ensejar riscos previstos pela Lei nº 13.655/2018, considerando os limites da jurisdição dos Tribunais de Contas sobre os particulares⁷ e os riscos que as medidas cautelares podem causar ao processo administrativo e às partes de boa-fé.⁸

No capítulo 2, intitulado com uma expressão de Carlos Ari Sundfeld⁹ e voltada a descrever que o Direito Administrativo brasileiro associado ao Direito Público seria um arquipélago de autonomias da Administração Pública, com a Lei nº 13.655/2018 servindo como uma tentativa de apaziguar tão sortidos posicionamentos, elencamos o consequencialismo como técnica de decisão da LINDB capaz de trazer segurança jurídica e efetividade das decisões.

Para verificação, parametriza-se o instituto das medidas cautelares administrativas e a forma com que os órgãos de controle dialogam com a nova sistemática vigente, precipuamente sob o viés do consequencialismo da decisão cautelar, considerando os efeitos e reflexos na proteção do públicos *vs.* as garantias do privado, bem como se buscará analisar até quando a atuação é adstrita ao preceito constitucional de efetivo controlador/balizador ou se, em algum ponto, a finalidade foi desviada para imiscuir-se nas intenções do administrador.

Medidas cautelares interferem de modo muito significativo do fluxo normal de atividades do atingido ou jurisdicionado. São medidas onerosas e de adoção excepcional com elevado risco para os direitos dos envolvidos nos termos do art. 927, parágrafo único, Código Civil, Lei nº 10.406/2002.¹⁰ Seu objetivo é, nos casos de grave ameaça, antecipar ou preservar possível resultado de processo administrativo em curso.

⁵ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. **Mandado de Segurança nº 24.510/DF**, de 19 de novembro de 2003. Plenário. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86146>. Acesso em: 13 mai. 2023.

⁶ GOMES, Gilberto Mendes Calasans. *Aplicação da teoria dos poderes implícitos pelo Tribunal de Contas da União*. 2021. 101 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021.

⁷ SUNDFELD, C. A.; VORONOFF, A. Art. 27 da LINDB - Quem paga pelos riscos dos processos? **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], p. 171–201, 2018.

⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. ARRUDA, Jacintho Silveira Dias de. MONTEIRO, Vera Cristina Caspari. ROSILHO, André Janjácomo. O valor das decisões do Tribunal de Contas da União sobre irregularidades em contratos. **Revista Direito GV**. São Paulo. v. 13, n. 3, p. 866–890.

⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo: o novo olhar da LINDB**. 2. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 11.

¹⁰ BRASIL. **Código Civil Brasileiro**, de 10 de janeiro de 2002. Brasília/DF, 2002. Disponível em: L10406compilada. Acesso em: 15 mai. 2024.

Mas, confrontando o instituto ao Direito Público: e se ao final, contrariando a expectativa do controlador, ficar constatado que era legítima a obra realizada pela administração e embargada cautelarmente pelo órgão de controle e fiscalização externa, quem pagará pelos eventuais prejuízos? E, mais, quais barreiras e limitadores deveriam existir para que a decisão seja a mais acertada possível?

O fundamento pode ser encontrado no artigo 37, § 6º da Constituição, no qual: “pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus agentes nesta qualidade causarem a terceiros assegurado direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”; todavia, outro questionamento emerge: o instituto do ressarcimento tem mesmo cabimento quando contraposto a uma atividade precípua do controle externo?

Ainda que as indagações sejam provocativas e necessárias ao debate na seara do Direito Público, respondê-las não é a intenção principal deste trabalho. A discussão não tangenciará a arguir um imperativo de proibição quanto a utilização de cautelares administrativas, ainda que, no uso da Lei nº 13.655/2018¹¹, especificamente no seu artigo 27, se demonstrará que a norma pretende corrigir e desestimular o uso arbitrário deste instrumento insuficientemente justificado ou, apenas, ensejador de danos anormais e injustos ao jurisdicionado.¹²

Para preservar o teor do artigo 27 da LINDB, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal, por relatoria do Ministro Gilmar Mendes no MS 34.233,¹³ anulou o Acórdão nº 927/2016 do TCU¹⁴ que previa a possibilidade de prorrogação do bloqueio dos bens de particular, já que os bens já constrictos cautelarmente por 1 ano seriam prorrogados pela inexistência de fatos novos modificativos da situação inaugural, quanto pela ausente permissão legal para aplicação de medidas por período superior, em ofensa ao art. 44 da Lei 8.443/92¹⁵ c/c art. 276 do Regimento Interno da Corte de Contas da União.¹⁶

¹¹ BRASIL. *Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público*, de 25 de abril de 2018. Lei nº 13.655/2018. Disponível em: [L13655](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2018/2018_04/Lei/L13655.htm). Acesso em: 8 dez. 2024.

¹² SUNDFELD, C. A.; VORONOFF, A. Art. 27 da LINDB - Quem paga pelos riscos dos processos? **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], p. 171–201, 2018.

¹³ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 34.233/DF*, de 15 de fevereiro de 2019. 2ª Turma. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749214379>. Acesso em: 24 abr. 2024.

¹⁴ BRASIL. *Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 927/2016, Plenário* na TC 005.406/2013-7, de 20 de abril de 2016. Plenário. Relator: Ministro Vitor do Rêgo. Disponível eletronicamente em: AC-0927-13/16-P. Acesso em: 24 abr. 2024.

¹⁵ BRASIL. *Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União*, de 16 de julho de 1992. Brasília/DF, 1992. Disponível em: [L8443](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1992/leio3/leio3_01.htm). Acesso em: 5 dez. 2024.

¹⁶ BRASIL. *Tribunal de Contas da União. Regimento interno do Tribunal de Contas da União*. Brasília/DF, 2023. 210 p. Disponível em: [RITCU.pdf](https://www.tcu.gov.br/portal/legislacao/regimento-interno). Acesso em: 4 dez. 2024.

Doravante, o legislador não abriu espaço para interpretação extensiva que onere ou cause prejuízo ao direito fundamental do administrador do administrado a livre disposição de seus bens. O artigo 27 da LINDB vem justamente para corrigir os rumos e restabelecer a legalidade em casos como este, eliminando o descompasso relevante entre custos assumidos por quem processa, ou por quem decide nos processos, e os custos suportados pelos afetados jurisdicionados/controlados/requeridos.

No capítulo 3 comunga-se a inspiração e finalidade da LINDB, com a recepção e o diálogo já na arena institucional das Corte de Contas, questionando-se se com o poder acentuado, controladores externos melhoraram a qualidade da decisão e ajudaram a concretização dos interesses públicos. Saber como os órgãos de controle receberam a LINDB possibilita o cotejo da intenção do legislador com a interpretação e exteriorização a ela aplicada.

Como metodologia, após levantamento e revisão bibliográfica para compreensão dos assuntos tratados; e, jurisprudencial para cientificação de medidas cautelares administrativas e a forma com a qual o poder geral de cautela foi atribuído ao TCU por meio da Teoria dos Poderes Implícitos que descende do caso paradigma *McCulloch vs. Maryland* (1819).

Como hipótese, utilizou-se a impressão de que se por um lado a Lei nº 13.655/2018 atingiu um notável objetivo com a melhora das decisões no exame da consequencialidade nas medidas cautelares proferidas por órgãos de controle, circunstância que desencadeia estabilidade jurídica e consequentemente estabilidade institucional¹⁷, por outro, poder-se-ia arguir que os controladores públicos, ainda que sem se dar conta, passaram a estipular recomendações com força cogente, substituindo o lugar dos gestores públicos na formulação de políticas e na própria condução da máquina estatal, sendo isso um fator de instabilidade para a gestão pública, ainda que isso não se mostre propriamente como uma intervenção indevida.

De maneira indireta, busca-se avaliar se as suspensões cautelares dos Tribunal de Contas se arvoram em preceitos de qualidade e efetivação dos processos administrativos, com viés de confirmação e legitimação do Tribunal de Contas como um poder autônomo e independente do Poder Legislativo¹⁸, ou, se as medidas cautelares são proferidas ao revés da finalidade precípua de proteção ao erário, sem a verificação necessária das consequências práticas de suas decisões.

¹⁷ CARVALHO, Morgana Bellazzi de Oliveira. A lei nº 13.655/2018 e seus efeitos para o controle da administração pública. **Revista Controle - Doutrina e Artigos**, [S. l.], v. 17, n. 2, p. 305–333, 2019.

¹⁸ MEDAUAR, Odete. A processualidade no direito administrativo. 2. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2008.

Como método de verificação desta absorção de conceito será respondida a pergunta: o consequencialismo jurídico é técnica de decisão de justo encaixe aplicado aos Tribunal de Contas nas medidas cautelares administrativas? A Lei nº 13.655/2018 interfere positivamente neste encaixe? Se sim, de que maneira?

A pergunta problema assume maior envergadura quando contraposta à hipótese de legitimação institucional por meio de adoção de medidas cautelares administrativas, que dentre seus pressupostos devem(riam) assumir o risco da decisão e preveem circunstâncias futuras para o jurisdicionado/controlado.

1 MEDIDAS CAUTELARES ADMINISTRATIVAS

A necessidade de regência social exige do Estado a utilização de métodos que apazigue pretensões opostas. A instrumentalização deste ato contínuo se dá por meio do processo, que poderá assumir a natureza de penal, civil, trabalhista, tributário e administrativo, a depender do espectro jurídico do qual se instituiu o conflito.

Ao assumir a feição de direito administrativo, o processo assume autonomia frente ao direito substancial e alberga consigo uma gama de diversidade de natureza e objetivos. Na correlação entre direito material e processual, enquanto o direito material cuida de estabelecer regras que ditam a relação entre os particulares, o processual visa regulamentar uma função pública estatal.¹⁹

Funciona o direito processual administrativo, portanto, como ferramenta do Estado para o exercício da função ou Poder Jurisdicional, mas que não está livre para atuar a seu bel-prazer, pois a natureza da atividade que lhe compete é composta de freios a serem obedecidos, exemplo, a legalidade estrita²⁰. Há, portanto, subordinação a um método ou sistema de atuação que vem a ser o processo que, por sua vez, diferencia-se de procedimento.²¹

Para Humberto Theodoro Júnior, processo e procedimento são conceitos diversos, pois, enquanto processo é, como já descrito, o método ou sistema de compor a lide em juízo através de uma relação jurídica vinculativa de direito público, o procedimento é a forma material com que o processo se realiza em cada caso concreto.²²

Diferentemente, Celso Antônio Bandeira de Mello esmiuça os conceitos de procedimento administrativo ou processo administrativo como se fossem sinônimos²³, notadamente:

“2. *Procedimento administrativo* ou *processo administrativo* é uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem, todos, a um resultado final e conclusivo. Isto significa que para existir o procedimento ou processo cumpre que haja uma

¹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. vol. 1: Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 2.

²⁰ Flávio Garcia (2021) descreve que “quando se cogita a existência de um poder cautelar administrativo, é certo que ele se encontra, em regra, na dependência da existência de normas legais expressas (ainda que só autorizativas de competência), não podendo a Administração adotar determinadas medidas não previstas em lei ou instrumentos normativos correlatos (...)”. (CABRAL, Flávio Garcia. *Medidas cautelares administrativas: regime jurídico da cautelaridade administrativa* / Flávio Garcia Cabral – Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 61)

²¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. vol. 1: Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 2.

²² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. vol. 1: Rio de Janeiro: Forense, 2013.

²³ No decorrer da obra o autor descreve que processo e procedimento são indiferentes, compensadas as forças de uma militância ao tradicionalismo e de recentes terminologias legais: “Quanto a nós, tendo em vista que não há pacificação sobre este tópico e que em favor de uma milita a tradição (“procedimento”) e em favor de outra a recente terminologia legal (“processo”), daqui por diante usaremos indiferente uma da outra. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 478)

seqüência de atos conectados entre si, isto é, armados em uma ordenada sucessão visando a um ato derradeiro, em vista do qual se compôs esta cadeia, sem prejuízo, entretanto, de que cada um dos atos integrados neste todo conserve sua identidade funcional própria, que autoriza a neles reconhecer o que os autores qualificam como “autonomia relativa”. Por conseguinte, cada ato cumpre uma função especificamente sua, em despeito de que todos co-participam do rumo tendencial que os encadeia: destinarem-se a compor o desenlace, em um ato final, pois estão ordenados a propiciar um expressão decisiva a respeito de dado assunto, em torno do qual todos se polarizam.”²⁴

O processo administrativo é prévio, antecede a seara judicial e consigo traz corolários, postulados e normas próprias, dentre elas, a busca de prevenir ou minimizar danos quando se comprove o risco iminente de ocorrência ou de sua majoração. A cautelaridade estatal seria então atuação interpretativa, material e sumária, e, portanto, procedimento, dentro de um processo.

Sobre a intervenção do Estado em processos incipientes e as bases das medidas cautelares, Flavio Garcia explica que isso é traço de uma mudança na configuração Estatal que passa a ser impositiva na busca e concretização de direitos, sendo um efeito secundário, a incidência de um maior número de restrições. Dessarte, o Estado se preocuparia não apenas em reprimir condutas e reparar danos já ocorridos, correlação passado e presente, mas também se resguarda a voltar os olhares para evitar que estes danos venham a ocorrer, ou, ao menos, minimizar seus impactos, uma atuação regida sob uma perspectiva de futuro, a prevenção passa a ser um dever estatal.²⁵

Acontece que, a princípio, a preocupação quanto à cautelaridade estatal ficou restrita a apenas uma das ramificações do processo, a de natureza jurisdicional. O aparecimento do processo civil não foi designado para servir de caráter preventivo, sendo projetado, em realidade, para disciplinar a tutela contra o dano, de maneira eminentemente repressiva.²⁶ A materialidade desta preocupação voltada ao jurisdicional é codificada, expressa, de modo que Ovídio Batista descreve ser o Brasil pioneiro no registro de um código de processo que disciplinasse o processo acautelatório.²⁷

No arcabouço normativo atual, o Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015²⁸, regulamenta e sistematiza as tutelas cautelares, que dispostas no Livro V, reúnem os provimentos

²⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 478.

²⁵ CABRAL, Flávio Garcia. *Medidas cautelares administrativas: regime jurídico da cautelaridade administrativa* / Flávio Garcia Cabral – Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 29.

²⁶ CABRAL, Flávio Garcia. *Medidas cautelares administrativas: regime jurídico da cautelaridade administrativa* / Flávio Garcia Cabral – Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 30.

²⁷ SILVA, Ovídio Batista da. *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 3.

²⁸ BRASIL. *Código de Processo Civil Brasileiro*, de 16 de março de 2015. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: [L13105](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2015/03/lei13105.htm). Acesso em: 1 dez. 2024.

ou atos judiciais que tenham caráter emergencial, sob os rótulos de “tutela provisória”, artigos 294 a 299; “tutela de urgência”, artigos 300 a 302; “do procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente”, artigos 303 e 304; “do procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente, artigos 305 a 310; e, “da tutela de evidência”, artigo 311.

Conquanto o processo jurisdicional esteja acautelado com a normatização das tutelas cautelares, a cautelaridade administrativa é ainda bastante incipiente atribuindo-se a sua razão de existir os mesmos aspectos e atribuídos da cautelaridade judicial, como se acessória o fosse, circunstância que suscita questionamento se existe a possibilidade de surgimento, por interpretação extensiva ou literal da norma, de uma tutela administrativa autônoma.

No raciocínio de Flávio Garcia, sim, pois comunga com a ideia de construção de uma “base teórica e extraível do próprio direito positivo brasileiro que permite que a cautelaridade administrativa seja tratada de maneira autônoma, sem a necessidade de uma invocação automática aos artigos relacionados à tutela de urgência do Código de Processo Civil”.²⁹

Para o avanço do estudo das medidas cautelares administrativas e o aporte normativo que permita atribuir sua autonomia sem a vinculação direta à cautelaridade jurisdicional, é preciso antes de tudo defini-la, já que um conceito abstrato é premissa de conclusões vagas.

Os atributos conceituais de medidas cautelares administrativas podem ser vistos sob duas dimensões, uma voltada para atividade finalística daquilo que se espera com o seu provimento com forma de guarita Estatal; e, outra que se associa ao seu surgimento como fundamentação para emissão de decisões prévias em tribunais administrativos, utilizado com paradigma, neste caso, os Tribunais de Contas, seja Tribunal de Contas da União (TCU) ou os Tribunais de Contas Estaduais (TCE’s) e Municipais³⁰. Trata-se, portanto, de um conceito que permeia tanto pela análise das bases do resultado pretendido com a prolação do provimento, como pela origem do regime acautelatório previsto em decisão exarada por órgão de controle, sendo esta segunda dimensão o fundamento principal de estudo deste trabalho.

No primeiro prisma, ao se conceituar as medidas cautelares administrativas como destinação da atividade Estatal, será dado o sentido de provimentos concretos, adotados por agentes públicos competentes e no exercício da função administrativa, em face, via de regra, de sujeitos determinados, diante de situações de risco, visando a, de maneira acautelatória e provisional, impedir ou minimizar prejuízos a bens jurídicos tutelados, sabendo-se que medidas de urgências

²⁹ CABRAL, Flávio Garcia. *Medidas cautelares administrativas: regime jurídico da cautelaridade administrativa* / Flávio Garcia Cabral – Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 32.

³⁰ No Brasil existem apenas quatro Tribunais de Contas Municipais, localizados na Bahia; Goiás; Pará e Ceará.

judiciais decorrem do exercício da função jurisdicional, já as medidas cautelares administrativas ocorrem no âmbito da atividade administrativa.³¹

Significado semelhante é dado por Diogo Uehbe Lima, que conceitua as medidas cautelares administrativas, voltado ao sistema jurídico do TCU, como atos de comando individuais e concretos, dotados de imperatividade e exigibilidade, que possibilitem a alteração de situações jurídicas de maneira precária e incipiente mediante cognição sumária, e sob a égide da legalidade estrita, sem permissão para prática de comandos sob os parâmetros da economicidade ou legitimidade, visando garantir determinado resultado útil com a utilização de prevenção ou mitigação de danos ou riscos de danos ao erário. Destaca o autor, ainda, que as medidas cautelares administrativas, ou provimentos provisórios, são fundamentos políticos-ideológicos caros ao constitucionalismo democrático e republicano, e servem de justificativa para existência da função de controle na dinâmica do poder, na medida em que cabe ao legislador o dever de limitar as hipóteses que desafiam o emprego destas competências.³²

Dito isto, é necessário separar medidas administrativas de outros provimentos acautelatórios realizados na seara administrativa, pois dentro de suas características é que se encontra sua validade de aplicação do mundo jurídico e o viés de antecipação de decisões que apenas seriam possíveis após depuração de um devido processo legal, nos termos constitucionalmente previstos (CF/88, art. 5º, LV)³³.

A doutrina de Flávio Garcia enumera 9 (nove) características perceptíveis nas medidas cautelares administrativas, a se citar e justificar a seguir: (i) são exercidas na função administrativa; (ii) dotadas de instrumentalidade; (iii) são provisórias; (iv) vinculadas ao procedimento administrativo; v) são dotadas de mutabilidade; vi) possuem o atributo da autoexecutoriedade; (vii) exprimem declaração de vontade; (viii) proferidas em juízo de cognição sumária; e, (ix) são medidas excepcionais.³⁴

Quando se descreve que medidas cautelares administrativa são *exercidas dentro da função administrativa* até parece uma obviedade, todavia a característica que remonta ao conceito é necessária para se pensar o que seria propriamente a seara ou arena administrativa. Ao

³¹ CABRAL, Flávio Garcia. *Medidas cautelares administrativas: regime jurídico da cautelaridade administrativa* / Flávio Garcia Cabral – Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 30.

³² LIMA, Diogo Uehbe. *Competências Cautelares do Tribunal de Contas Da União*. 03/02/2022 149 f. Mestrado em Direito Instituição de Ensino: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2022, p. 107 e 108.

³³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

³⁴ CABRAL, Flávio Garcia. *Medidas cautelares administrativas: regime jurídico da cautelaridade administrativa* / Flávio Garcia Cabral – Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 115-131.

se tratar da perspectiva da função do Estado, remonta-se à tríade de Montesquieu replicada no texto constitucional brasileiro de 1988 no art. 2º³⁵, na qual se estabelecem como poderes instituídos o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, e, partindo-se deste ponto, a função administrativa poderá ser vista tanto de maneira objetiva e material, quanto subjetiva. Na primeira acepção, a função administrativa “leva em conta a natureza jurídica interna da atividade desenvolvida, independente de quem a praticou”; doutro modo, ao se elencar a natureza subjetiva da função administrativa, considerar-se-á o Poder Executivo ou os órgãos que dele derivam como *locus* da atividade administrativa.³⁶

Em complementação ao sentido da função administrativa, Flávio Garcia destaca que é aquela na qual o Estado, na condição de parte e em um regime de Direito Público, desempenha atos de ofício ou mediante provocação, de modo a dar validade às normas infraconstitucionais e à própria Constituição de 1988, sujeita a variadas formas de controle e, principalmente, almejando o interesse público.³⁷ Desta forma, ainda que se imagine o Poder Executivo como titular e detentor da função administrativa, tanto Poder Judiciário quanto Poder Legislativo também poderão praticar atos provisionais cautelares nas suas respectivas funções administrativa quando imbuídos de suas funções atípicas.³⁸

Indo além, e comungando com o escopo desta pesquisa, personagens que não figuram necessariamente no quadrante de poderes estatais, como os Tribunais de Contas, também são dotados da possibilidade de expedição de medidas cautelares no exercício de suas funções administrativas, destacáveis seus Regimentos Internos, sendo essa a segunda dimensão dos atributos de medidas cautelares administrativas, ou a sua origem, que deriva do poder geral de cautela atribuído ao TCU por via do julgamento do Mandado de Segurança nº 24.510³⁹ que será comentado a posterior.

³⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*: Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

³⁶ CABRAL, Flávio Garcia. *Medidas cautelares administrativas: regime jurídico da cautelaridade administrativa* / Flávio Garcia Cabral – Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 118.

³⁷ O autor vai além do conceito de função pública, pois faz o destaque do que seria o poder cautelar administrativo e o exercício da função administrativa: “O poder cautelar administrativo se refere à potestade pública que se manifesta no exercício desta função, ou seja, os atos cautelares administrativos se submetem a um regime essencialmente de Direito Público, sempre em busca do interesse público, concretizando mandamentos legais, sendo exercitados de ofício ou por provocação, e podendo ser objeto de controle pelos órgãos legitimados.” (CABRAL, Flávio Garcia. *Medidas cautelares administrativas: regime jurídico da cautelaridade administrativa* / Flávio Garcia Cabral – Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 119)

³⁸ CABRAL, Flávio Garcia. *Medidas cautelares administrativas: regime jurídico da cautelaridade administrativa* / Flávio Garcia Cabral – Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 119.

³⁹ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24.510/DF*, de 19 de novembro de 2003. Plenário. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86146>. Acesso em: 1 dez. 2024.

A segunda característica das medidas cautelares administrativas é a *instrumentalidade*, cujo significado induz que o provimento acautelatório não é um fim em si próprio, mas se digna a “garantir a eficácia do provimento administrativo final” com vistas à proteção do interesse público, e, protege o bem jurídico o qual se tutela, “impedindo os danos decorrentes de ilegalidades (no caso de medidas cautelares inibitórias).⁴⁰

A *provisoriedade* surge como característica decorrente da instrumentalidade justamente por não possuírem a natureza de definitividade em seus provimentos, limitadas, portanto, no tempo. Acerca disso, “mais correto seria falar em temporariedade, pois elas possuem relação com a situação de perigo aparente, podendo durar por todo o desenrolar de um processo administrativo.”⁴¹

Em seguida, como quarta característica, medidas cautelares administrativas estão *necessariamente vinculadas ao procedimento administrativo principal*, ainda que este aspecto apenas colha seu fundamento de existência quando se está diante de medidas provisionais em sentido estrito ou nas medidas cautelares antecipatórias.⁴²

Como quinta característica das medidas cautelares administrativas tem-se a “*mutabilidade, variabilidade ou revogabilidade*”, que significa a sujeição do ato provisional de ser revertido antes da decisão final do processo administrativo, cuja variação *a posteriori* das circunstâncias concretas será verificada pelo órgão administrativo, avaliando-se se a “medida inicial não é mais adequada à nova situação criada durante o tempo”⁴³.

Destaca-se, outrossim, que a revogabilidade não é um aspecto intrínseco do ato provisional “como se fosse um ato elástico ou desprovido de qualquer estabilidade”⁴⁴, mas sim uma característica do próprio ato administrativo que tem lugar quando uma autoridade, no exercício de sua competência administrativa, conclui que um dado ato ou relação jurídica não atendem ao interesse público e por isso resolve eliminá-los a fim de prover de maneira mais satisfatória

⁴⁰ CABRAL, Flávio Garcia. *Medidas cautelares administrativas: regime jurídico da cautelaridade administrativa* / Flávio Garcia Cabral – Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 121.

⁴¹ CABRAL, Flávio Garcia. *Medidas cautelares administrativas: regime jurídico da cautelaridade administrativa* / Flávio Garcia Cabral – Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 122.

⁴² CABRAL, Flávio Garcia. *Medidas cautelares administrativas: regime jurídico da cautelaridade administrativa* / Flávio Garcia Cabral – Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 123.

⁴³ Ao conceituar de maneira ampla a mutabilidade, Flávio Garcia (2021) descreve que o curto espaço de tempo para alteração da medida cautelar administrativa é mais comum, própria dos provimentos acautelatórios: “A possibilidade de mudança do provimento cautelar, seja ampliando-o, seja restringindo-o, seja revogando-o por completo, acaba sendo algo próprio dos provimentos acautelatórios, já que possuem como pressuposto situações fáticas evidenciadas pela urgência, o que, justamente por essa natureza, tendem a variar em um curto espaço de tempo.” (CABRAL, Flávio Garcia. *Medidas cautelares administrativas: regime jurídico da cautelaridade administrativa* / Flávio Garcia Cabral – Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 125)

⁴⁴ CABRAL, Flávio Garcia. *Medidas cautelares administrativas: regime jurídico da cautelaridade administrativa* / Flávio Garcia Cabral – Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 125.

às conveniências administrativas⁴⁵, previsão já depurada e pacificada pelo Poder Judiciário por força da Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal⁴⁶.

A *autoexecutoriedade* é a sexta característica e dela se extrai que “medidas acautelatórias administrativas, ao serem deferidas pela autoridade administrativa competente não dependem de qualquer espécie de autorização judicial para serem executadas”, já que seu viés de confirmação decorre do requisito da urgência, o que torna ineficaz a necessidade de ratificação ou retificação do Poder Judiciário da decisão tomada. Decerto que decisões ilegais poderão passar pelo crivo judicial, todavia esta exceção não pode ser tomada como regra, a pretexto de ruim o senso emergencial do acautelamento administrativo.⁴⁷

Por *declaração de vontade* como característica das medidas cautelares, há de se pensar que o próprio conceito de função administrativa exige uma atuação expressa, formal e que descreva o posicionamento adotado em determinada circunstância, visto que a cautelaridade exercida dentro e nos limites da função estatal é a manifestação de um posicionamento que lida com a probabilidade de um risco de dano, sendo motivado com as informações que se tem num dado momento específico.⁴⁸

A penúltima característica das medidas cautelares administrativas elencada por Flávio Garcia diz respeito à natureza de decisão realizada em fase de *cognição sumária* na relação fático-jurídica, onde se quer dizer que “à semelhança dos provimentos de urgência judiciais, a cognição realizada pelo agente público ao aplicar um provimento cautelar administrativo é um juízo de probabilidade”, a se perceber que o “órgão administrativo deve somente avaliar a procedência da medida em si mesma, sem adentrar a questão de fundo da demanda em pauta”⁴⁹, não sendo permitido que seja exaurida toda a matéria probatória e se resolva, de imediato e sem a ampla defesa e contraditório (CF/88, art. 5º, LV)⁵⁰, a questão de fundo.

⁴⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 439.

⁴⁶ Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal, de 3 de dezembro de 1969: “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque dêles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”

⁴⁷ CABRAL, Flávio Garcia. *Medidas cautelares administrativas: regime jurídico da cautelaridade administrativa* / Flávio Garcia Cabral – Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 126.

⁴⁸ CABRAL, Flávio Garcia. *Medidas cautelares administrativas: regime jurídico da cautelaridade administrativa* / Flávio Garcia Cabral – Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 123.

⁴⁹ CABRAL, Flávio Garcia. *Medidas cautelares administrativas: regime jurídico da cautelaridade administrativa* / Flávio Garcia Cabral – Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 131.

⁵⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

Por derradeiro, a *excepcionalidade* da medida também é característica das medidas cautelares administrativas, cobrando-se um viés de atuação negativa da Administração Pública, ainda que a prevenção lhe seja um dever de atuação, e se justifica pelos requisitos que a compõe: perigo da demora e verossimilhança das circunstâncias fáticas aliado ao aspecto da proporcionalidade.⁵¹

Superado a conceituação das medidas cautelares administrativas na sua primeira dimensão, com as características que dela são partes componentes, parte-se para a análise de sua segunda dimensão, voltada para identificação da origem de outorga a Tribunais de Contas do chamado poder geral de cautela.

1.1 DO PODER GERAL DE CAUTELA ADMINISTRATIVA

O poder geral de cautela administrativa é neste trabalho retratado como a segunda dimensão de medidas cautelares, dada a correlação fundamento/motivo do órgão responsável pelo provimento acautelatório (poder geral de cautela) e materialização/instrumento utilizado (medidas cautelares administrativas).

Fruto de uma construção interpretativa de direito comparado, traz consigo a necessidade de fortalecimento dos órgãos de controle⁵² – Tribunais de Contas – no combate a malversação do dinheiro público cujo pano de fundo é a prevenção de riscos de danos ao erário causados pela corrupção sistêmica no Brasil, perfazendo hoje um poderoso instrumento de controle da gestão pública⁵³, ainda que haja “celeumas, discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre a constitucionalidade do controle preventivo realizado pelos Tribunais de Contas”.⁵⁴

As bases históricas do poder geral de cautela advêm de um liame vertical iniciado nos Estados Unidos da América (EUA) até a incorporação pelo ordenamento brasileiro, com capi-

⁵¹ CABRAL, Flávio Garcia. *Medidas cautelares administrativas: regime jurídico da cautelaridade administrativa* / Flávio Garcia Cabral – Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 133.

⁵² Não só órgãos de controle, mas todos aqueles que sejam componente do quadram legal e necessitem dar cumprimento às suas determinações.

⁵³ ALVES FILHO, Paulo Roberto Frota; AGUIAR, Simone Coêlho. *O poder geral de cautela no âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Ceará*. Fortaleza - CE: Revista Controle. [S. l.], v. 16, n. 2, p. 276-305, 2018. Disponível em: [Vista do O poder geral de cautela no âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Ceará](#). Acesso em: 2 dez. 2024, p. 279.

⁵⁴ PASCOAL, Valdecir. *O Poder Cautelar dos Tribunais de Contas*. Brasília - DF: Revista TCU, n. 115, 2009, p. 103-118. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/320/365>. Acesso em: 11 mai. 2023. p. 107.

tulação de Teoria dos Poderes Implícitos cujo conceito imediato significa a atribuição de competência a órgãos e instituições de “poderes inerentes” previsto em um diploma constitucional.⁵⁵ A gênese da teoria remonta à Suprema Corte Norte-Americana e a decisão no caso *McCulloch vs. Maryland*, em 6 de março de 1819⁵⁶; após 184 anos, em 19 de novembro de 2003, o Brasil incorpora o conceito por meio da decisão do Supremo Tribunal Federal no MS nº 24.510⁵⁷, para matéria atinente ao TCU e demais órgãos de controle.

Notadamente, o poder geral de cautela, bem como sua definição por via da Teoria dos Poderes Implícitos, colhe sua razão de existir da tanto de eventual “zona cinzenta” ou lacuna normativa com morosidade de deliberações conclusivas após regular tramitação nos processos administrativos, que representa um dos principais problemas enfrentados por Tribunais de Contas no exercício da atividade de controle externo e da qual exsurge efeitos negativos pelo desperdício do tempo na fiscalização dos recursos públicos, o que compromete a eficácia e efetividade⁵⁸ da função precípua destes tribunais administrativos.⁵⁹

Para sintetiza o poder cautelar dos Tribunais de Contas, Diogo Uehbe, com ênfase e escopo de análise voltada ao TCU, estipula seu conceito em três pilares ou fundamentos: primeiro, trata-se de poder instrumental necessário à garantia da eficácia das decisões da Corte de Contas; segundo, enquanto poder instrumental, ele teria sido implicitamente estabelecido pela Constituição, como meio para a consecução dos fins para os quais o TCU foi instituído; e, terceiro, aos processos de contas seriam subsidiariamente aplicáveis as regras que estabelecem o poder geral de cautela para as funções administrativa e jurisdicional.⁶⁰

⁵⁵ CABRAL, Flávio Garcia. *Medidas cautelares administrativas: regime jurídico da cautelaridade administrativa* / Flávio Garcia Cabral – Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 76.

⁵⁶ UNITED STATES. U. S. Supreme Court. *McCulloch vs. Maryland*. 17 US. 4 Wheat. 316, decided 6 of march, 1819. Disponível em: [McCulloch v. Maryland | 17 U.S. 316 \(1819\) | Justia U.S. Supreme Court Center](https://www.supremecourt.gov/opinions/18andother/2018/17-135.html). 2 dez. 2024.

⁵⁷ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24.510/DF*, de 19 de novembro de 2003. Plenário. Relatora: Min. Ellen Gracie. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86146>. Acesso em: 2 dez. 2024.

⁵⁸ Diogo Uehbe Lima (2022) diverge da interpretação de que poder geral de cautela se sustenta pela busca de eficácia ou eficiência, ainda que nada comente sobre a efetividade, em destaque: “Parece-nos, portanto, que o poder geral de cautela também não se sustenta sob a invocação da busca pela eficácia ou eficiência. Essa tese, em nosso entendimento, resultou de um excesso na interpretação da Constituição, que expandiu competências delimitadas, em clara usurpação da função legislativa.” (LIMA, Diogo Uehbe. *Competências Cautelares do Tribunal de Contas Da União*. 03/02/2022 149 f. Mestrado em Direito Instituição de Ensino: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2022, p. 149.)

⁵⁹ ALVES FILHO, Paulo Roberto Frota; AGUIAR, Simone Coêlho. *O poder geral de cautela no âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Ceará*. Fortaleza - CE: Revista Controle. [S. l.], v. 16, n. 2, p. 276-305, 2018. Disponível em: [Vista do O poder geral de cautela no âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Ceará](https://revistacontrole.com.br/revista/ver/16/2/276-305). Acesso em: 2 dez. 2024.

⁶⁰ LIMA, Diogo Uehbe. *Competências Cautelares do Tribunal de Contas Da União*. 03/02/2022 149 f. Mestrado em Direito Instituição de Ensino: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2022, p. 144.

Desta forma, para que o poder geral de cautela possa ser materializado por meio das medidas cautelares administrativas é necessário delimitar a base jurídica-normativa que dê sustentação ao provimento acautelatório. E, neste ponto, reside um empecilho causado pelo ordenamento jurídico brasileiro, que dentro de seu microssistema cautelar administrativo aponta a saída para o preenchimento de lacunas que surjam no decorrer da interpretação da norma que venha a reger procedimentos administrativos⁶¹.

A solução detectada é a de que não basta a utilização isolada dos princípios do Direito Administrativo para sanear eventual omissão legislativa sobre o acautelamento administrativo, a fonte final deve ser buscada “dentro da perspectiva da juridicidade, as quais serão os guias fundamentais para a resolução dos problemas de aplicabilidade normativa”, ou, mais bem explicado:

(...) a cautelaridade administrativa deve reproduzir, *mutatis mutandis*, as previsões do CPC, local onde se encontram as disposições da cautelaridade judicial. Entretanto, na análise do microssistema, acima realizada, a invocação ao CPC é a última medida a ser adotada, devendo ocorrer somente quando todos os demais diplomas legais e princípios administrativos não forem hábeis a trazer uma solução constitucionalmente adequada ao caso concreto.⁶²

A disposição acima está em consonância ao próprio CPC/2015, cuja sistematização dogmática tratou de prever no art. 15 que na ausência de normas que regulem o processo administrativo, aplicar-se-á o Código supletiva e subsidiariamente⁶³, e serve de baluarte quando leis infraconstitucionais, p.ex. a Lei nº 9.784/99⁶⁴, e Regimentos Internos de Tribunais de Contas não dispuserem sobre a possibilidade de acautelamentos administrativos.

Desta feita, a definição com base em conceito e competências dos Tribunais de Contas são necessários à continuidade deste estudo, já que o enfoque das medidas cautelares administrativas será percebido em conjunto com a técnica de decisão do consequencialismo jurídico em processos existentes nesta arena do enquadramento constitucional brasileiro.

A parametrização dos Tribunais de Contas como órgãos previstos no enquadramento constitucional, com características e funções próprias, voltadas ao auxílio do Poder Legislativo e guarda do controle externo, outorga-lhe condições de, cautelarmente, autorizar provimentos administrativos para salvaguarda do erário e da higidez das contas públicas.

⁶¹ CABRAL, Flávio Garcia. *Medidas cautelares administrativas: regime jurídico da cautelaridade administrativa* / Flávio Garcia Cabral – Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 146.

⁶² CABRAL, Flávio Garcia. *Medidas cautelares administrativas: regime jurídico da cautelaridade administrativa* / Flávio Garcia Cabral – Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 148.

⁶³ BRASIL. *Código de Processo Civil Brasileiro, 2015*. Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

⁶⁴ BRASIL. *Lei do Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal*, de 29 de janeiro de 1999. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: [L9784](#). Acesso em: 2 dez. 2024.

1.1.1 Parametrização do órgão de estudo: Tribunais de Contas, conceito e competência

Os Tribunais de Contas, e aqui voltamos a destacar o conceito abrangente de TCU e TCE's e TCM's, chamam atenção por sua aparente polivalência destacada por diferentes competências descritas na CF/88 e em normas infraconstitucionais.

Para Fredie Didier (2024), a natureza jurídica das funções de um Tribunal de Contas fica, muitas vezes, num limbo entre a “administração” e a “jurisdição”⁶⁵, destacando que a Lei nº 13.655/2018⁶⁶, ampliativa da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) criada pelo Decreto-Lei nº 4.657 de 4 de setembro de 1942⁶⁷, não resolveu essa questão e optou pelo caminho da clareza ao denominar como “função controladora”, sendo certo que, administrativas, jurisdicionais ou “de controle”, as funções do Tribunal de Contas devem ser exercidas processualmente.⁶⁸ Jurisdição, aliás, chamada de “direta” por se debruçar sobre matérias de cunho financeiro em sentido lato da gestão pública, o que acarreta e vincula situações financeiras em sentido estrito, contábeis, patrimoniais e operacionais.⁶⁹

Conquanto seja passível de discussão a vinculação ou submissão dos Tribunais de Contas aos demais Poderes instituídos na CF/88, competindo-lhe autonomia na realização técnica de sua função fiscalizadora, é de se reconhecer a delimitação constitucional de tal competência ao exercício de atos de verificação, fiscalização e julgamento de contas, nos termos do art. 71 da CF/88⁷⁰. Isso se atrela ao fato de a CF/88 ter atribuído ao Poder Legislativo a função de controle

⁶⁵ Para o autor, o art. 73 da Constituição, por exemplo, fala em “jurisdição”, ao tratar do Tribunal de Contas da União. DIDIER JR., Fredie. Anteprojeto de Código de Processo de Controle Externo do Estado de Mato Grosso. *Civil Procedure Review*, [S. l.], v. 13, n. 3, 2024. Disponível em: <https://civilprocedurereview.com/revista/article/view/326>. Acesso em: 1 dez. 2024.

⁶⁶ BRASIL. *Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público*, de 25 de abril de 2018. Lei nº 13.655/2018. Disponível em: [L13655](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2018-2019/2018_04/Lei/L13655.htm). Acesso em: 8 dez. 2024.

⁶⁷ BRASIL. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Redação modificada pela Lei nº 13.655/2018. Brasília/DF, 1942. Disponível em: [Del4657compilado](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2018-2019/2018_04/Lei/L13655.htm). Acesso em: 5 dez. 2024.

⁶⁸ DIDIER JR., Fredie. Anteprojeto de Código de Processo de Controle Externo do Estado de Mato Grosso. *Civil Procedure Review*, [S. l.], v. 13, n. 3, 2024. Disponível em: <https://civilprocedurereview.com/revista/article/view/326>. Acesso em: 1 dez. 2024. p. 5 e 6.

⁶⁹ LIMA, Diogo Uehbe. *Competências Cautelares do Tribunal de Contas Da União*. 03/02/2022 149 f. Mestrado em Direito Instituição de Ensino: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2022, p. 83.

⁷⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: I – apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento; II – julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público; III – apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo

externo, com o auxílio dos Tribunais de Contas, órgãos tecnicamente preparados para essa função estatal.⁷¹

Sob o conceito pragmático, é, portanto, órgão administrativo técnico de fiscalização contábil, financeira e orçamentária⁷², com competência funcional claramente estabelecida pela CF/88 que não admite a extrapolação de tais limites sob pena de adentramento em competências específicas do Poder Judiciário.

De mais a mais, o objeto que vem a ser controlado pelos Tribunais de Contas são as contas públicas, sendo o significado atribuído por Valdeci Pascoal um bom encaixe para ilustrar a matéria, a se saber “todos os atos, procedimentos licitatórios, contratos administrativos, ajustes, convênios e outros documentos públicos que tenham ou possam vir a ter implicações de natureza contábil, orçamentária, financeira, operacional ou patrimonial.”⁷³

Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório; IV – realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II; V – fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo; VI – fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município; VII – prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas; VIII – aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II; IX – assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade; X – sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal; XI – representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados; § 1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis; § 2º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito; § 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo; § 4º O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades.

⁷¹ FRANCO, Elisângela Fabres. **A competência dos tribunais de contas pra a concessão de medidas de natureza provisória: uma reflexão sobre seus limites**. 2017. 115 f. Dissertação (Mestrado) Universidade Federal do Espírito Santo. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Espírito Santo, 2017. p. 44.

⁷² PASCOAL, Valdeci. O Poder Cautelar dos Tribunais de Contas. Brasília - DF: **Revista TCU**, n. 115, 2009, p. 103-118. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/320/365>. Acesso em: 11 mai. 2023. p. 106.

⁷³ PASCOAL, Valdeci. O Poder Cautelar dos Tribunais de Contas. Brasília - DF: **Revista TCU**, n. 115, 2009, p. 103-118. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/320/365>. Acesso em: 11 mai. 2023. p. 107.

Dessarte, acerca do posicionamento normativo dos Tribunais de Contas e seu encaixe quanto a inexistência de jurisdição, ainda que o texto constitucional confira o adjetivo de “jurisdição” no art. 73⁷⁴, fato já alertado por Fredie Didier em linhas ao norte, destacamos que a dubiedade parece ser aparente.

O STF em recente deliberação e julgado por via do MS 35.410⁷⁵ discorreu sobre a matéria e, ao nosso sentir, sedimentou e silenciou quaisquer dúvidas sobre a natureza administrativa das Cortes de Contas, quando analisou a superação ou não da Súmula 347 do STF⁷⁶.

No voto do Min. Relator Alexandre de Moraes, acompanhado por todos os Ministros acerca da superação da súmula, à exceção do Min. Marco Aurélio que votou no sentido de manter a sua vigência e higidez, atestou-se a ausência de função jurisdicional do TCU, e, por conseguinte, de qualquer Tribunal de Contas Estadual, *in verbis*:

É inconcebível a hipótese de o Tribunal de Contas da União, órgão sem qualquer função jurisdicional, permanecer a exercer controle de constitucionalidade – principalmente, como no presente caso, em que simplesmente afasta a incidência de dispositivos legislativos para TODOS os processos da Corte de Contas – nos julgamentos de seus processos, sob o pretenso argumento de que lhe seja permitido em virtude do conteúdo da Súmula 347 do STF, editada em 1963, cuja subsistência, obviamente, ficou comprometida pela promulgação da Constituição Federal de 1988.⁷⁷

No contexto que o voto foi referendado, ainda que os Tribunais de Contas não possuam jurisdição, administrativo na sua essência e com funções muito bem delineadas, é inegável seu importante papel no controle externo da Administração Pública ao contribuir para a manutenção do Estado Democrático de Direito, além de colaborar com o Poder Judiciário e o Ministério Público no combate à corrupção. E, aqui emerge a razão das medidas cautelares administrativas, principalmente concedidas em procedimentos licitatórios, eis que convalidam a função social desempenhada pelo órgão.⁷⁸

Para definição clara e precisa do alvo de atuação dos Tribunais de Contas, importante adentrar sobre a conceituação do controle externo e a forma com que se envolve na preservação e proteção do arranjo constitucional dos Poderes constituídos pela CF/88 e seus respectivos papéis institucionais.

⁷⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96.

⁷⁵ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. **Mandado de Segurança nº 35.410/DF**, de 13 de abril de 2021. Plenário. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: [paginador.jstf.br](https://paginador.jstf.br/MS/35410DF). Acesso em: 2 dez. 2024.

⁷⁶ Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal, de 13 de dezembro de 1963: “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.”

⁷⁷ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. **Mandado de Segurança nº 35.410/DF**, de 13 de abril de 2021, p. 17.

⁷⁸ PASCOAL, Valdecir. **O Poder Cautelar dos Tribunais de Contas**. Brasília - DF: Revista TCU, n. 115, 2009, p. 103-118. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/320/365>. Acesso em: 11 mai. 2023. p. 105.

1.1.2 Exercício do controle: incursão na função precípua dos Tribunais de Contas

O conceito de controle é de difícil parametrização, tarefa um tanto árdua e sinuosa, principalmente em razão das várias instituições que exercem essa função e da heterogeneidade de técnicas e mecanismos que nela são empregadas.⁷⁹ Soma-se a isso, e aqui subordinados ao órgão de controle objeto deste estudo, a especificação da natureza dos processos que buscam efetivar o exercício do controle que tramitam nos Tribunais de Contas também não são um tema nítido na esfera dos debates jurídicos.⁸⁰

Para além de um conceito com justo encaixe, o importante é assimilar que a função de controle da administração pode ser exercida, conforme a opção seguida pelo ordenamento jurídico, por várias formas, percebido que as formas de desempenho ocorrem em virtude dos mais variados motivos, impossível isolar um único fator que seja determinante para a consagração de dado modelo como ideal ou mais eficiente.⁸¹

Dessarte, exercida a atividade de controlar, dada a relevância e sensibilidade das competências atribuídas aos órgãos de controle, é inevitável assegurar determinadas proteções que visem garantir a independência de seus membros, protegendo-os de pressões ou de retaliações políticas dos agentes fiscalizados.⁸² O controle deve ser exercido com independência do controlador, discernida, por certo, da discricionariedade exagerada que possa beirar o insequente e cujos reflexos serão tratados em tópico próprio a diante.⁸³

Em um contexto geral, a ideia de controle se associa ao controle financeiro ou ao controle dos gastos públicos, que culmina na precípua defesa dos bens públicos. A premissa que se

⁷⁹ LIMA, Diogo Uehbe. *Competências Cautelares do Tribunal de Contas Da União*. 03/02/2022 149 f. Mestrado em Direito Instituição de Ensino: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2022, p. 36 e 37.

⁸⁰ FRANCO, Elisangela Fabres. *A competência dos tribunais de contas pra a concessão de medidas de natureza provisória: uma reflexão sobre seus limites*. 2017. 115 f. Dissertação (Mestrado) Universidade Federal do Espírito Santo. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Espírito Santo, 2017. p. 47.

⁸¹ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Controle das contratações públicas pelos Tribunais de Contas. *Revista Direito Administrativo*. [S. l.], v. 257, p. 111-44, 2011. Disponível em: [\(99+\) Controle das contratações públicas pelos Tribunais de Contas | Carlos Ari Sundfeld and Jacintho Arruda Câmara - Academia.edu](#). Acesso em: 3 dez. 2024. p. 114.

⁸² Diogo Uehbe Lima (2022) descreve sobre a relação intrínseca entre o exercício do controle e a separação das funções públicas, cujo efeito colateral é a instabilidade das relações político-partidárias com os órgãos de controle: “A estrutura administrativa ou desenho institucional gera uma relação quase simbiótica entre o controle e a separação de funções públicas, cujo efeito colateral é um cenário constante de tensão entre o ideal de legitimação político-democrática personificado nos representantes eleitos, especialmente o chefe do Poder Executivo, e a necessária independência técnica inerente à função de controle financeiro externo. (LIMA, Diogo Uehbe. *Competências Cautelares do Tribunal de Contas Da União*. 03/02/2022 149 f. Mestrado em Direito Instituição de Ensino: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2022, p. 37).

⁸³ LIMA, Diogo Uehbe. *Competências Cautelares do Tribunal de Contas Da União*. 03/02/2022 149 f. Mestrado em Direito Instituição de Ensino: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2022, p. 36.

parte é a de que o controle é inerente aos processos da Administração Pública, sendo os recursos pertencem ao cidadão, de modo que os bens tutelados são de interesse público.⁸⁴ Desta definição do controle em seu aspecto geral, afunilamos ao controle de contas voltado ao órgão responsável pela atividade (controle externo) e ao momento do exercício deste controle (controle prévio).⁸⁵

A atividade de controle externo, quando se tem por corolário toda a atividade estatal, poderá ser dividida a atuação da administração pública em duas atividades: atividade-meio e a atividade-fim, considerado que a máquina administrativa trabalha em dois fronts, a primeira no cumprimento da finalidade constitucional ou legal do órgão por meio da prestação de um serviço público (atividade-fim); e, outra por meio do apoio para que a primeira funcione, ao disponibilizar e manter os recursos necessários para que se cumpra a atividade-fim (atividade-meio).⁸⁶

Ao buscar uma adequação conceitual na CF/88 e em leis esparsas aplicáveis ao propósito, e com olhar voltado para o que seria o controle de contas dos órgãos de controle externo, ter-se-ia a atuação por amplas auditorias operacionais sobre gestão pública, a respeito de qualquer matéria, formulando recomendações de aperfeiçoamento como subsídio à Administração.⁸⁷

No controle externo é indiscutível a importância do Tribunal de Contas na fiscalização dos gastos públicos e, nesse contexto, no equilíbrio de forças entre os Poderes integrantes do Estado brasileiro⁸⁸. Soma-se a isso, assinalar que Tribunais de Contas são órgãos dotados de prerrogativas especiais cujo auxílio ao Legislativo na função de controle externo da administração (CF/88, art. 71) não lhe retira a autonomia e competências próprias, a citar a competência de caráter interventivo em relação à atuação das entidades administrativas e de particulares

⁸⁴ FRANCO, Elisângela Fabres. *A competência dos tribunais de contas pra a concessão de medidas de natureza provisória: uma reflexão sobre seus limites*. 2017. 115 f. Dissertação (Mestrado) Universidade Federal do Espírito Santo. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Espírito Santo, 2017. p. 19.

⁸⁵ O controle interno, concomitante e *a posteriori* não serão tratados, ainda que os Tribunais de Contas os desempenhem. A função do controle externo associado ao momento da fiscalização empreendida que enseja o controle prévio são condicionantes que melhor se ajustam aos provimentos realizados na forma de medidas cautelares administrativas.

⁸⁶ SALGADO, Bueña Porto; MASCARENHAS JÚNIOR, Helmar Tavares. A necessidade de reforma constitucional do Tribunal de Contas como aprimoramento ao sistema de combate à corrupção. Fortaleza/CE: **Revista Controle – Doutrina e Artigos**. v. 14, n. 1, 2016, p. 159-180. Disponível em: [Vista do A Necessidade de Reforma Constitucional do Tribunal de Contas como aprimoramento ao Sistema de Combate à Corrupção](#). Acesso em 7 dez. 2024. p. 163.

⁸⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo: o novo olhar da LINDB*. 2. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 18.

⁸⁸ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Controle das contratações públicas pelos Tribunais de Contas. **Revista Direito Administrativo**. [S. l.], v. 257, p. 111-44, 2011. Disponível em: [\(99+\) Controle das contratações públicas pelos Tribunais de Contas | Carlos Ari Sundfeld and Jacintho Arruda Câmara - Academia.edu](#). Acesso em: 3 dez. 2024. p. 113.

quanto a recursos públicos.⁸⁹ Desta feita, institucionalmente, os Tribunais de Contas exercem de modo autônomo o papel de controlador externo do Executivo e das entidades que compõem a administração indireta.

Estabelecida esta base, não se pode afastar da importante análise d momento em que o controle é realizado, além da pretensão que se espera com a proteção do bem jurídico tutelado, o interesse público. Ao se pensar na prevenção dos riscos de danos e não propriamente de ressarcimento, a matriz de fiscalização do controle externo é prévia.

A fundamento de existência do controle prévio reside na perspectiva do futuro, adiantando-se a prejuízos que venham a existir; é dizer, para examinar atos e fatos que ainda não se tornaram realidade no tempo e no espaço, a tutela a ser prestada apenas terá o interesse de prevenir a ocorrência de ilícito ou danos a serem praticados, inexistindo a possibilidade de remediar ou obstar aquilo que ainda não aconteceu.⁹⁰

Desta feita, o exercício do controle prévio se dá antes da conclusão ou da realização do ato administrativo e pode culminar na suspensão de procedimentos contrários ao ordenamento jurídico e ao interesse público, aplicada a ferramenta da medida cautelar administrativa para preservar a finalidade do controle externo tangente à aplicação correta do dinheiro público.

1.1.3 Tipos de medidas cautelares administrativas nos Tribunais de Contas

A razão deste capítulo é conceituar e definir o que são as medidas cautelares administrativas nos órgãos de controle externo. Deste ponto, busca-se indicar quais os tipos de providimentos acautelatórios e a forma de interação da legalidade normativa com este instrumento.

Para sequência, informa-se que o propósito deste trabalho não é o de trazer o estudo da existência ou não de ato normativo expresso que autorize a concessão de medidas cautelares administrativas por parte Tribunais de Contas estaduais. A existência do instrumento acautelatório administrativo tende a ser replicado pelos órgãos de contas estatais dada sua finalidade, reforçado pela existência da medida no TCU, órgão de controle externo mais antigo do Brasil,

⁸⁹ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Controle das contratações públicas pelos Tribunais de Contas. *Revista Direito Administrativo*. [S. l.], v. 257, p. 111-44, 2011. Disponível em: [\(99+\) Controle das contratações públicas pelos Tribunais de Contas | Carlos Ari Sundfeld and Jacintho Arruda Câmara - Academia.edu](#). Acesso em: 3 dez. 2024. p. 113.

⁹⁰ FRANCO, Elisangela Fabres. *A competência dos tribunais de contas pra a concessão de medidas de natureza provisória: uma reflexão sobre seus limites*. 2017. 115 f. Dissertação (Mestrado) Universidade Federal do Espírito Santo. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Espírito Santo, 2017. p. 23.

que no art. 276 do Regimento Interno e artigos 44 e 45 da Lei Orgânica, respectivamente, Resolução TCU nº 246/2011⁹¹ e Lei nº 8.443/1992⁹², estipulou a referência legal para que providimentos administrativos pudessem ser proferidos pelo controlador. Outrossim, o que se comenta acerca do TCU pode ser também interpretado de maneira geral aos Tribunais de Contas Estaduais, dada que a correlação entre exercícios funcionais permanece, destoam apenas na esfera de atuação pela natureza do recurso fiscalizado.

De maneira objetiva, as medidas cautelares atinentes ao TCU retiráveis do Regimento Interno (RITCU) e Lei Orgânica (LOTUCU), são: (i) afastamento temporário do responsável (LOTUCU, art. 44, *caput*); (ii) indisponibilidade de bens (LOTUCU, art. 44, § 2º); (iii) indicação de prazo para correção de irregularidades e sustação de atos (LOTUCU, art. 45, *caput*); e, (v) medidas cautelares em procedimentos licitatórios (RITCU, art. 276).

Dito isto, as competências do TCU que possibilitam a adoção de medidas cautelares podem ser caracterizadas como competências meio, ou seja, são de natureza eminentemente instrumental ou acessória ao provimento final necessário à efetividade do exercício da função de controle, que se destina, precipuamente, à preservação da tutela do erário no resguardo de pretensão indenizatória Estatal, ou, para inibir ou evitar que danos possam emergir.⁹³

Doravante, ao volver olhares para origem e ao fundamento que autoriza ao TCU a aplicação de medidas acautelatórias, se verifica que a possibilidade normativa se deu por um *incremento* legislativo na Resolução nº 246/2011, que ao exercer o poder normativo, a Corte de Contas expediu um ato que efetivamente disciplinou a criação do poder geral de cautela no Regimento Interno da Corte de Contas⁹⁴, art. 276⁹⁵. Noutro lado, não se pode desgarrar que a

⁹¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Regimento interno do Tribunal de Contas da União*. Brasília/DF: TCU, Secretaria Geral da Presidência, 2023. 210p. Disponível em: [RITCU.pdf](#). Acesso em: 4 dez. 2024.

⁹² BRASIL. *Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União*, de 16 de julho de 1992. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: [L8443](#). Acesso em: 4 dez. 2024.

⁹³ SCAPIN, Romano. *A expedição de providimentos provisórios pelos tribunais de Contas: das “medidas cautelares” à técnica antecipatória no controle externo brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

⁹⁴ ROMEIRO, Geórgia V. L.; SILVEIRA E SILVA, Rafael. *Ampliar para mais Influenciar: o desenvolvimento institucional do TCU a partir da Constituição de 1988*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisa/CONLEG/Senado, 2022. Disponível em: [Ampliar para mais influenciar: o desenvolvimento institucional do TCU a partir da Constituição de 1988](#). Acesso em 5 dez. 2024. p. 36.

⁹⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Regimento interno do Tribunal de Contas da União*. Brasília/DF: TCU, Secretaria Geral da Presidência, 2023: “Art. 276. O Plenário, o relator, ou, na hipótese do art. 28, inciso XVI, o Presidente, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao erário, ao interesse público, ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, poderá, de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar, com ou sem a prévia oitiva da parte, determinando, entre outras providências, a suspensão do ato ou do procedimento impugnado, até que o Tribunal decida sobre o mérito da questão suscitada, nos termos do art. 45 da Lei nº 8.443, de 1992. § 1º. O despacho do relator ou do Presidente, de que trata o caput, bem como a revisão da cautelar concedida, nos termos do § 5º deste artigo, será submetido ao Plenário na primeira sessão subsequente. § 2º. Se o Plenário, o Presidente ou o relator entender que antes de ser adotada a medida cautelar deva o responsável ser ouvido, o prazo para a resposta será de até cinco dias úteis. § 3º. A decisão do Plenário, do Presidente ou do relator que adotar a medida cautelar determinará também a oitiva da parte, para que se pronuncie em até quinze dias, ressalvada a

Lei Orgânica já dispunha nos artigos 44⁹⁶ e 45⁹⁷ as formas de medidas cautelares, todavia faltava-lhe procedimentalidade e um reconhecimento interno do órgão de controle sobre a possibilidade da adoção da medida.

Para além da normatividade infralegal, o fundamento de validade dos parâmetros de fiscalização cabíveis ao TCU está na CF/88, onde o constituinte originário previu no artigo 71 as medidas (ainda não definidas como acautelatória) que poderiam ser tomadas pelo órgão auxiliar do Legislativo, a citar inciso IX, o qual assenta que caberá ao TCU “assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade”; bem como, o inciso X, a qual descreve que ao TCU compete “sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal”.

Os dispositivos constitucionais acima foram reproduzidos pelo art. 45 da Lei Orgânica do TCU, tanto no *caput* para hipótese de estipulação de prazo para que o responsável adote providências necessárias para o cumprimento legal, quanto § 1º, II o qual acentua a comunicação do ato ou contrato ilegal à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal. Demais previsões como indisponibilidade de bens e afastamento temporário do responsável não colhem fundamento e validade diretamente da CF/88, dispostos somente na LOTCU.

hipótese do parágrafo anterior. § 4º. Nas hipóteses de que trata este artigo, as devidas notificações e demais comunicações do Tribunal e, quando for o caso, a resposta do responsável ou interessado devem ser encaminhadas, preferencialmente, por meio eletrônico, observado o período para consulta na forma do §3º do art. 179-B. (NR)(Resolução-TCU nº 339, de 29/06/2022, BTCU Deliberações nº 123/2022, de 06/07/2022) § 5º. A medida cautelar de que trata este artigo pode ser revista de ofício por quem a tiver adotado ou em resposta a requerimento da parte. § 6º. Recebidas eventuais manifestações das partes quanto às oitivas a que se referem os parágrafos anteriores, deverá a unidade técnica submeter à apreciação do relator análise e proposta tão somente quanto aos fundamentos e à manutenção da cautelar, salvo quando o estado do processo permitir a formulação imediata da proposta de mérito.”

96 BRASIL. *Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União*, de 16 de julho de 1992. Brasília, DF: Presidência da República, 1992: “Art. 44. No início ou no curso de qualquer apuração, o Tribunal, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, determinará, cautelarmente, o afastamento temporário do responsável, se existirem indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções, possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao Erário ou inviabilizar o seu ressarcimento. § 1º Estará solidariamente responsável a autoridade superior competente que, no prazo determinado pelo Tribunal, deixar de atender à determinação prevista no caput deste artigo. § 2º Nas mesmas circunstâncias do caput deste artigo e do parágrafo anterior, poderá o Tribunal, sem prejuízo das medidas previstas nos arts. 60 e 61 desta Lei, decretar, por prazo não superior a um ano, a indisponibilidade de bens do responsável, tantos quantos considerados bastantes para garantir o ressarcimento dos danos em apuração.”

97 BRASIL. *Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União*, de 16 de julho de 1992. Brasília, DF: Presidência da República, 1992: Art. 45. Verificada a ilegalidade de ato ou contrato, o Tribunal, na forma estabelecida no Regimento Interno, assinará prazo para que o responsável adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, fazendo indicação expressa dos dispositivos a serem observados. § 1º No caso de ato administrativo, o Tribunal, se não atendido: I - sustará a execução do ato impugnado; II - comunicará a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal; III - aplicará ao responsável a multa prevista no inciso II do art. 58 desta Lei. § 2º No caso de contrato, o Tribunal, se não atendido, comunicará o fato ao Congresso Nacional, a quem compete adotar o ato de sustação e solicitar, de imediato, ao Poder Executivo, as medidas cabíveis. § 3º 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 da sustação do contrato.

Decerto que até este ponto existe vinculação, ainda que parcial, da vontade do constituinte originário à regulamentação por Lei Orgânica das competências da Corte de Contas, respeitado o processo legislativo. A problemática surge no disposto pelo art. 276 do RITCU, pois diferentemente da competência descrita na constituição e pelo legislador ordinário, a possibilidade de o TCU, entre outras providências e sem indicar especificamente quais, suspender o ato ou o procedimento sem fixar prazo para o responsável sanar a ilegalidade, valendo-se dos preceitos do CPC (art. 300), ou seja, caso de urgência e fundado receio de grave lesão ao erário, ao interesse público ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, o que significa que o RITCU não se ateve ao parâmetro de controle estabelecido pela Constituição Federal, passando a estipular critérios mais ambíguos autorizadores da edição de medidas cautelares.⁹⁸

O RITCU proporcionou afrouxamento dos motivos ensejadores de medidas cautelares e restou silente quanto aos parâmetros objetivos que pudessem lhe sustentar, de modo os requisitos de urgência e fundado receio de grave lesão ao erário, ao interesse público preservado a eficácia de decisão de mérito subsequente, devem ao menos respeitar a delimitação da extensão e a intensidade com que o provimento acautelatório de contas interferirá sobre a atividade administrativa, devendo esta ser sopesada pela proporcionalidade da medida que vier a ser adotada, sob o risco de sua irreversibilidade.⁹⁹ O Tribunal de Contas, mesmo sendo responsável pela preservação da legalidade dos gastos públicos, não recebeu a função de intervir diretamente na atividade administrativa sempre que, na sua avaliação, ocorresse prática contrária à lei ou à eficiência na gestão pública.¹⁰⁰

É necessário ter em mente que interpretação extensiva por parte do TCU no controle de atos e contratos através de medidas cautelares administrativa interferirá diretamente sobre a atividade administrativa, do qual os atos, em regra, gozam de atributos como o da presunção de legitimidade e de veracidade, reafirmando o viés de que provimentos sumários só devem surgir em casos realmente graves.¹⁰¹

No que tange aos tipos medidas cautelares em si, eis o enquadramento normativo e conceito.

⁹⁸ FRANCO, Elisângela Fabres. *A competência dos tribunais de contas pra a concessão de medidas de natureza provisória: uma reflexão sobre seus limites*. 2017. 115 f. Dissertação (Mestrado) Universidade Federal do Espírito Santo. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Espírito Santo, 2017. p. 23.

⁹⁹ LIMA, Diogo Uehbe. *Competências Cautelares do Tribunal de Contas Da União*. 03/02/2022 149 f. Mestrado em Direito Instituição de Ensino: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2022. p. 109 e 110.

¹⁰⁰ ROSILHO, André Janjácomo. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. 2016. 358 f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016. p. 247.

¹⁰¹ LIMA, Diogo Uehbe. *Competências Cautelares do Tribunal de Contas Da União*. 03/02/2022 149 f. Mestrado em Direito Instituição de Ensino: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2022. p. 109.

A primeira medida que pode ser tomada pelo TCU é a *determinação de afastamento temporário do responsável*, nos termos do *caput* do art. 44 da LOTCU, abaixo transcrito:

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.

A condição para utilização da medida reside na existência de indícios de que o responsável/gestor público, no exercício de suas funções, tente intencionalmente retardar ou dificultar a prática de funções inerentes à atividade fiscalizatória da Corte de Contas, como a realização de auditoria ou inspeção, além de vindicar a plausibilidade de que novos danos ao erário ou dificuldade de ressarcimento sejam causados.

Neste sentido, para que possa ser efetivamente implementada o provimento de afastamento do responsável, se dependerá da adoção de medidas concretas por parte da autoridade superior do sujeito alvo de decisão do TCU (consistente no ato de afastá-lo), de modo que André Rosilho bem lembra que a lei, no § 1º do art. 44, criou um “incentivo” voltado a evitar que eventual ordem do Tribunal fosse ignorada, e tratou de prever a responsabilização solidária da figura do chefe do administrador, a ocorrer na hipótese de não observância da ordem de afastamento cautelar emitida pela Corte de Contas.¹⁰²

Ainda do artigo 44 da LOTCU, o § 2º dispõe sobre a *decretação de indisponibilidade de bens de responsáveis* pela gestão de recursos federais em valor suficiente para garantia de eventual ressarcimento de danos a serem apurados, também condicionada aos requisitos que permitiriam a ordenação de afastamento temporário de gestor público. Veja-se o teor do dispositivo citado:

§ 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.

Sobre esta medida, três pontos merecem destaque: o primeiro, é que essa medida acautelatória é limitada aos gestores públicos, ou seja, àqueles que estejam imbuídos de função na Administração Pública; o segundo ponto confirma o primeiro, pois sendo a aplicação da medida direcionada aos gestores públicos, a depender da gravidade da infração se poderá determinar a inabilitação do responsável por um período que variará de cinco a oito anos para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública (LOTUCU, art.

¹⁰² ROSILHO, André Janjácomo. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. 2016. 358 f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016. p. 248.

60)¹⁰³; e, o terceiro item questiona a disposição do primeiro item, pois em que pese cristalino, cresce a interpretação extensiva do TCU para expandir a órbita desta competência acautelatória para particulares contratados pela Administração Pública, valendo-se do poder geral de cautela para fundamentar esta decisão.¹⁰⁴

Não obstante, expressamente a lei optou por estabelecer prazo máximo para a indisponibilidade de bens de responsáveis pela gestão de recursos federais, estipulado em um ano; todavia, decidiu não fixar limite para o tempo de afastamento de sujeitos investigados, restringiu-se a dizer que o afastamento seria temporário.¹⁰⁵

Por derradeiro para esta medida cautelar, o art. 61 da LOTCU¹⁰⁶ citado no § 2º, em que pese também prever um tipo de medida cautelar, diferencia-se sobremaneira do art. 44 por não ter viabilizado ao Tribunal emitir verdadeiros atos de comando. Esta norma apenas faculta ao TCU solicitar à Advocacia-Geral da União (ou, se for o caso, aos dirigentes das entidades que lhe sejam jurisdicionadas) o arresto de bens de responsáveis pela gestão (em sentido amplo) de recursos federais que tenham sido julgados em débito, não lhe permitindo agir de maneira isolada para a efetivação da medida cautelar.¹⁰⁷

A terceira medida cautelar administrativa do TCU diz respeito à *indicação de prazo para correção de irregularidades e sustação de atos*, previstas no art. 45, *caput* da LOTCU, que colhe seu fundamento da norma prevista no art. 71, IX e X do texto constitucional, conforme já comentado em alhures. Notadamente, vejamos o conteúdo destes dispositivos:

Art. 45. Verificada a ilegalidade de ato ou contrato, o Tribunal, na forma estabelecida no Regimento Interno, assinará prazo para que o responsável adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, fazendo indicação expressa dos dispositivos a serem observados.

(...)

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

¹⁰³ BRASIL. *Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União*, de 16 de julho de 1992. Brasília, DF: Presidência da República, 1992: “Art. 60. Sem prejuízo das sanções previstas na seção anterior e das penalidades administrativas, aplicáveis pelas autoridades competentes, por irregularidades constatadas pelo Tribunal de Contas da União, sempre que este, por maioria absoluta de seus membros, considerar grave a infração cometida, o responsável ficará inabilitado, por um período que variará de cinco a oito anos, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública.”

¹⁰⁴ LIMA, Diogo Uehbe. *Competências Cautelares do Tribunal de Contas Da União*. 03/02/2022 149 f. Mestrado em Direito Instituição de Ensino: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2022. p. 112

¹⁰⁵ ROSILHO, André Janjácomo. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. 2016. 358 f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016. p. 248.

¹⁰⁶ BRASIL. *Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União*, de 16 de julho de 1992. Brasília, DF: Presidência da República, 1992: “Art. 61. O Tribunal poderá, por intermédio do Ministério Público, solicitar à Advocacia-Geral da União ou, conforme o caso, aos dirigentes das entidades que lhe sejam jurisdicionadas, as medidas necessárias ao arresto dos bens dos responsáveis julgados em débito, devendo ser ouvido quanto à liberação dos bens arrestados e sua restituição.”

¹⁰⁷ ROSILHO, André Janjácomo. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. 2016. 358 f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016. p. 249.

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;

Da correlação do texto constitucional com o que dispôs a lei federal é possível extrair que os incisos tratam de medidas sucessivas; primeiro, é assinalado prazo para correção de irregularidades identificadas e, somente se não houver essa correção, pode-se determinar a sustação do ato. Ou seja, a possibilidade de o Tribunal sustar atos só emerge caso a administração não atenda, dentro do prazo que lhe tiver sido assinado, determinação sua no sentido de sanar ilegalidades previamente apontadas.¹⁰⁸

Desta feita, não é permitido ao TCU tomar medida cautelar de sustar qualquer ato antes de decorrido o prazo que deverá ser concedido à autoridade administrativa para a correção de eventuais vícios de legalidade que tiver detectado.¹⁰⁹ A intimação da Administração para correção de vício ou irregularidade é medida indispensável à caracterização da hipótese que habilita o Tribunal de Contas a determinar a sustação do ato impugnado.¹¹⁰

A problemática comentada outrora ganha força nesta modalidade de medida cautelar, pois ainda que a CF/88 e LOTCU disponham sobre a necessidade de prazo para correção para só então ser possível a sustação de atos, a interpretação alargada do artigo 276 do RITCU tem feito com que o TCU passe a sustar atos sem a condicionante. Abaixo o art. 276 do RITCU:

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

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

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

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

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

¹⁰⁸ ROSILHO, André Janjácomo. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. 2016. 358 f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016. p. 251.

¹⁰⁹ ROSILHO, André Janjácomo. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. 2016. 358 f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016. p. 251.

¹¹⁰ LIMA, Diogo Uehbe. *Competências Cautelares do Tribunal de Contas Da União*. 03/02/2022 149 f. Mestrado em Direito Instituição de Ensino: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2022. p. 117.

cinco dias, iniciando-se a contagem do prazo a partir da mencionada confirmação do recebimento.

§ 5º A medida cautelar de que trata este artigo pode ser revista de ofício por quem a tiver adotado ou em resposta a requerimento da parte.

§ 6º Recebidas eventuais manifestações das partes quanto às oitivas a que se referem os parágrafos anteriores, deverá a unidade técnica submeter à apreciação do relator análise e proposta tão somente quanto aos fundamentos e à manutenção da cautelar, salvo quando o estado do processo permitir a formulação imediata da proposta de mérito.

André Rosilho descreve que o dispositivo acima pretendeu conferir ao Tribunal de Contas uma espécie de poder geral de cautela, permitindo-lhe a adoção de medidas cautelares independentemente de ter constatado ilegalidades e de ter previamente assinado prazo para que a administração pudesse avaliar seu ponto de vista e, se fosse o caso, sanar as falhas apontadas.¹¹¹ Para o autor o supracitado artigo padece de inconstitucionalidade por dois motivos: primeiro, porque tanto o legislador constituinte quando a LOTCU foram taxativos na descrição dos proventos acautelatórios permitidos, não prevendo sobre a possibilidade de sustação de atos ou contratos de maneira direta ou que regimento interno pudesse suplementar o texto constitucional; e, segundo, porque a ordem de a ser seguida para adoção de medida cautelar tem envergadura constitucional e fora replicada em lei federal atinente a descrever as competências do TCU, de modo em não se providenciando a oitiva da Administração para correção de ilegalidades orçamentárias, financeiras, contábil e patrimonial a sustação direta do ato se torna inconstitucional por afronta à processualística estabelecida.¹¹²

A última medida cautelar administrativa de competência do TCU repousa sobre a possibilidade de *suspensão dos procedimentos licitatórios*, sendo a base normativa o art. 171, § 1º da Lei nº 14.133/2021 (BRASIL, 2021)¹¹³, abaixo transcrito:

Art. 171. Na fiscalização de controle será observado o seguinte:

§ 1º Ao suspender cautelarmente o processo licitatório, o tribunal de contas deverá pronunciar-se definitivamente sobre o mérito da irregularidade que tenha dado causa à suspensão no prazo de 25 (vinte e cinco) dias úteis, contado da data do recebimento das informações a que se refere o § 2º deste artigo, prorrogável por igual período uma única vez, e definirá objetivamente:

I - as causas da ordem de suspensão;

II - o modo como será garantido o atendimento do interesse público obstado pela suspensão da licitação, no caso de objetos essenciais ou de contratação por emergência.

§ 2º Ao ser intimado da ordem de suspensão do processo licitatório, o órgão ou entidade deverá, no prazo de 10 (dez) dias úteis, admitida a prorrogação:

I - informar as medidas adotadas para cumprimento da decisão;

II - prestar todas as informações cabíveis;

III - proceder à apuração de responsabilidade, se for o caso.

¹¹¹ ROSILHO, André Janjácomo. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. 2016. 358 f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016. p. 252.

¹¹² ROSILHO, André Janjácomo. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. 2016. 358 f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016. p. 253-258.

¹¹³ BRASIL. Lei de Licitações e Contratos Administrativos, de 1º de abril de 2021. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: [L14133](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2017-2018/2021/Lei/L14133.htm). Acesso em: 5 dez. 2024.

§ 3º A decisão que examinar o mérito da medida cautelar a que se refere o § 1º deste artigo deverá definir as medidas necessárias e adequadas, em face das alternativas possíveis, para o saneamento do processo licitatório, ou determinar a sua anulação.

§ 4º O descumprimento do disposto no § 2º deste artigo ensejará a apuração de responsabilidade e a obrigação de reparação do prejuízo causado ao erário.

Do estudo do dispositivo, especificamente do § 1º, se destaca a competência conferida aos Tribunais de Contas para fiscalizar e controlar qualquer procedimento licitatório a partir da publicação do edital, permitida na concomitância da análise a determinação de medidas corretivas a serem adotadas pela Administração.¹¹⁴ Deste ponto, no § 2º, se destaca norma que colhe seu significado do art. 71, IX da CF/88, já que o prazo assinalado de 10 (dez) dias para Administração demonstrar a correção de irregularidade no processo licitatório (incisos I, II, e III), disposição que comunga com o momento prévio à sustação de atos previsto no texto constitucional.

Mas, voltando ao § 1º, é destacado que da medida cautelar proferida, uma vez exaurido o prazo de 25 (vinte e cinco) dias, prorrogável por igual período, sem que tenha havido apreciação do mérito da irregularidade apontada como fundamento para suspensão do certame, a medida cautelar passa a perder sua eficácia, retomada, desta feita, o prosseguimento da licitação. E, mais, vedado ao órgão de controle externo promover outra medida cautelar sob o mesmo fundamento.¹¹⁵

Sobre este ponto, Diogo Uehbe acentua que se pretende com esta vedação desestimular a banalização da suspensão cautelar de procedimentos licitatórios, reservando esta medida para circunstâncias verdadeiramente graves, com demonstração acentuada e suficiente de ilegalidades.¹¹⁶

Conrado Tristão aprofunda sobre o sobrestamento da suspensão por falta da análise meritória no prazo previsto legalmente, de modo a trazer o questionamento: autonomia e autogoverno dos Tribunais de Contas significam imunidades às normas processuais?¹¹⁷

Para resposta, o autor lança dois argumentos. O primeiro, destaca que art. 171, *caput*, da Lei nº 14.133/2021 destoa do RITCU, que prevê a “suspensão do ato ou do procedimento impugnado (...) até que o Tribunal decida sobre o mérito da questão” (art. 276, *caput*). Neste

¹¹⁴ LIMA, Diogo Uehbe. *Competências Cautelares do Tribunal de Contas Da União*. 03/02/2022 149 f. Mestrado em Direito Instituição de Ensino: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2022. p. 133.

¹¹⁵ LIMA, Diogo Uehbe. *Competências Cautelares do Tribunal de Contas Da União*. 03/02/2022 149 f. Mestrado em Direito Instituição de Ensino: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2022. p. 135.

¹¹⁶ LIMA, Diogo Uehbe. *Competências Cautelares do Tribunal de Contas Da União*. 03/02/2022 149 f. Mestrado em Direito Instituição de Ensino: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2022. p. 115.

¹¹⁷ TRISTÃO, Conrado. *Tribunais de contas são imunes às leis de processo? Nova Lei de Licitações impõe prazo para decisão de mérito em cautelares*. In: ROSILHO, André. (Org.). *Direito Administrativo e Controle de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 355-356.

sentido, traz fala do Min. Presidente do TCU, Bruno Dantas, o qual acentua que a nova Lei de Licitações “interfere em matérias de organização e funcionamento desse órgão de controle externo, desrespeitando suas prerrogativas de autonomia e autogoverno.”¹¹⁸

Em contraponto, destaca a interpretação que o Supremo Tribunal Federal (STF) tem dado à prerrogativa dos tribunais de contas para propor leis que alterem sua organização não abrange questões processuais. Veja-se:

Segundo o STF, importa em violação à autonomia a norma que “usurpar funções fiscalizatórias do TCE-RJ para transferi-las à Assembleia” (ADI 4191); “concede descontos de 50% a 80% em multas administrativas impostas pelo Tribunal de Contas [do estado do Piauí]” (ADI nº 6846 MC); “suprime o inciso (...) segundo o qual a obstrução ao livre exercício das inspeções e auditorias determinadas [pelo TCE-TO] era considerada infração passível de multa” (ADI nº 4418 MC).

Por outro lado, o próprio STF tem aplicado a tribunais de contas prazos processuais previstos na legislação. É o caso da aplicação ao TCU, no âmbito de julgamento da legalidade de aposentadorias, do prazo da prescrição quinquenal do Decreto nº 20.910/1932, que traz regras gerais de prescrição em âmbito judicial e administrativo em relação à Fazenda Pública (RE nº 636.553).

O TCU pleiteia prerrogativa que nem os tribunais judiciais possuem – STF incluso. Órgãos do Judiciário não têm competência privativa para propor ao Legislativo a edição de normas sobre processo. O argumento utilizado pelo TCU de violação a sua autonomia e autogoverno parece estratégia para afastar dos tribunais de contas a incidência de lei que amplia o ônus do controlador.¹¹⁹

Este tópico tratou da caracterização dos tipos das medidas cautelares administrativas que os Tribunais de Contas podem se valer, de modo que ao voltarmos o olhar para o TCU, se destinou a apontar a falta de suporte constitucional e legal do art. 276 do regimento interno, editado pelo próprio Tribunal no exercício do seu poder normativo, e que no aprendizado de André Rosilho conferiria ao órgão de contas poder geral de cautela.

Não obstante, e comungando com o posicionamento de Geórgia Romeiro e Rafael Silveira¹²⁰, há indicação de limitação à competência inscrita no art. 44, da LOTCU, tanto dos sujeitos passíveis de serem destinatários do acautelamento, quanto na extensão temporal da constrição, visto que em ambos os casos, ao utilizar seu poder normativo para criar nova regra no RITCU, expandindo sua capacidade de intervenção nos atos, procedimentos e contratos; ou, na interpretação ampliativa da LOTCU, somando-se à percepção no que toca à competência

¹¹⁸ TRISTÃO, Conrado. *Tribunais de contas são imunes às leis de processo? Nova Lei de Licitações impõe prazo para decisão de mérito em cautelares*. In: ROSILHO, André. (Org.). *Direito Administrativo e Controle de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 355-356.

¹¹⁹ TRISTÃO, Conrado. *Tribunais de contas são imunes às leis de processo? Nova Lei de Licitações impõe prazo para decisão de mérito em cautelares*. In: ROSILHO, André. (Org.). *Direito Administrativo e Controle de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 355-356.

¹²⁰ ROMEIRO, Geórgia V. L.; SILVEIRA E SILVA, Rafael. *Ampliar para mais Influenciar: o desenvolvimento institucional do TCU a partir da Constituição de 1988*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisa/CONLEG/Senado, 2022. Disponível em: [Ampliar para mais influenciar: o desenvolvimento institucional do TCU a partir da Constituição de 1988](#). Acesso em 5 dez. 2024. p. 43.

para fiscalizar atos de pessoal, observam-se ações pela Corte de Contas alargando suas atribuições de novas formas, sem alterações normativas para tanto.

Em continuidade, passaremos a analisar a Teoria dos Poderes Implícitos que compõe o poder geral de cautela assumido pelos Tribunais de Contas.

1.2 DA TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS

No tópico 1.1 descrevemos sobre o poder geral de cautela como segunda dimensão da definição de medidas cautelares administrativas por destacar a origem do regime acautelatório aplicado aos Tribunais de Contas, a primeira dimensão se justificaria pelo resultado pretendido com a prolação do provimento acautelatório.

Ao tratar de origem ou bases históricas, é interessante traçarmos uma linha do tempo mental e delimitarmos marcos temporais que deverão indicar que, no Brasil, o poder geral de cautela que permeia no art. 276 do RITCU é datado de 30 de novembro de 2011 por via da Resolução nº 246/2011, enquanto por provimento judicial, em 2003, o Mandado de Segurança nº 24.510 também destacou o poder geral de cautela, assegurado por aplicação da Teoria dos Poderes Implícitos. Estes dois marcos temporais colhem fundamento de decisão remonta ao ano de 1819, quando a Suprema Corte dos EUA deliberou e decidiu a respeito do caso *McCulloch vs. Maryland*.

O curto retrospecto serve para demonstrar que 184 anos separaram o caso concreto que serviu de base argumentativa para que a Teoria dos Poderes Implícitos pudesse ser acolhida no regimento jurídico brasileiro aos Tribunais de Contas *latu sensu* e, assim, servisse de ponta de lança para que o poder geral de cautela tivesse destaque e posicionamento legal, ainda que questionável na forma com que fora outorgado por parte de poder regulamentar de órgão administrativo, à revelia de previsão constitucional expressa para tal.

A discussão sobre a teoria dos Poderes Implícitos é imprescindível para o diálogo da legitimidade das cautelares por Tribunais de Contas.¹²¹ Por definição, poder-se-á considerar como poderes implícitos a fundada ideia de que para cada poder outorgado pela constituição a determinado órgão, são implicitamente conferidos amplos poderes para a execução desse poder. Trata-se da correlação outorga de poder e meios para exercício deste poder, pois sempre que a

¹²¹ PASCOAL, Valdeci. O Poder Cautelar dos Tribunais de Contas. Brasília - DF: **Revista TCU**, n. 115, 2009, p. 103-118. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/320>. Acesso em: 11 mai. 2023. p. 105.

Constituição outorga um poder, aí se incluem, implicitamente, os meios necessários à sua efetivação, desde que guardada a proporcionalidade: a adequação entre os meios e o fim.¹²²

Dito isto, eis a origem do direito comparado e a incorporação da Teoria dos Poderes Implícitos no Brasil por via de decisão do STF.

1.2.1 Caso paradigma norte-americano: *McCulloch vs. Maryland*

A formação do federalismo dos Estados Unidos da América, ao final do século XVIII, conceituado o federalismo como o sistema político pelo qual se promove a divisão territorial de competências com entes subnacionais, se vincula à criação da teoria dos poderes implícitos.¹²³

Com a virada do século, já no início do século XIX, precisamente em 1819, a teoria dos poderes implícitos é idealizada através de um julgado na Suprema Corte Norte-Americana, no qual o réu, um Estado da Federação, negou a obrigação de uma lei promulgada pelo Congresso Nacional da União, e o demandante, por sua parte, contestou a validade de um ato aprovado pelo legislador desse Estado.¹²⁴ Surgiu deste entrave político-jurídico, o caso *McCulloch vs. Maryland*.¹²⁵

Do aspecto geral para minúcia, o caso surgiu precisamente do atrito de alguns Estados Federados norte-americanos com o Segundo Banco Nacional, de modo que alguns deles começaram a tomar medidas enérgicas e severas contra a instituição. Dentre essas medidas, estava a agressiva tributação instituída pelo Estado de *Maryland* sobre as notas emitidas pelo Banco federal, estopim para judicialização cujo resultado foi uma ação de débito contra *James W. McCulloch* em razão do não recolhimento do tributo que incidia sobre as notas. A decisão advinda da relação jurídica *McCulloch vs. Maryland* foi de grande valia para que o governo federal norte-americano pudesse se consolidar e um movimento importante na formação do que

¹²² PASCOAL, Valdeci. O Poder Cautelar dos Tribunais de Contas. Brasília - DF: **Revista TCU**, n. 115, 2009, p. 103-118. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/320>. Acesso em: 11 mai. 2023. p. 107.

¹²³ GOMES, Gilberto Mendes Calasans. *Aplicação da teoria dos poderes implícitos pelo Tribunal de Contas da União*. 2021. 101 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021. p. 15.

¹²⁴ GOMES, Gilberto Mendes Calasans. *Aplicação da teoria dos poderes implícitos pelo Tribunal de Contas da União*. 2021. 101 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021. p. 16.

¹²⁵ UNITED STATES. U. S. Supreme Court. *McCulloch vs. Maryland*. 17 US. 4 Wheat. 316, argued 22, february, 1819. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/17/316/>. Acesso em 2 dez. 2024.

viria a ser a identidade dos EUA como nação, e a reboque, como efeito reflexo, inaugurou a teoria dos poderes implícitos.¹²⁶

Quer-se dizer, ainda que a Constituição dos EUA não tivesse explicitado a possibilidade de a União, autorizada pelo Parlamento, criar um banco, ela também não o proibia.¹²⁷ Soma-se a isso, a parametrização de que “aquele que tem o poder de realizar algo detém também o poder de escolher os meios”, de modo que todos os meios aptos a atingir um fim dado pela Constituição, desde que não seja vedado, são constitucionais.¹²⁸

Seguindo o posicionamento de Flávio Garcia, esta teoria na sua acepção destrinchada é chamada *inherent power* com aspectos de viés liberal-burguês, oportunidade em que o *Justice Marshall*, no caso *McCulloch vs. Maryland*, argumentou:

Pode-se com assaz razão sustentar que um governo, ao qual se cometeram tão amplos poderes (como o dos Estados Unidos), para cuja execução a felicidade e a prosperidade da nação dependem de modo tão vital, deve dispor de largos meios para sua execução. Jamais poderá ser seu interesse, nem tampouco se presume haja sido sua intenção, paralisar e dificultar-lhe a execução, negando para tanto os mais adequados meios.¹²⁹

A definição abrangente da teoria dos poderes implícitos será considerada como aquela que “teorizou o axioma jurídico ou racional”, segundo o qual onde se pretende o fim se autorizam os meios, ou melhor, sempre que houver outorga de um poder geral, está-se incluído, mesmo que de forma velada, todo o poder particular necessário a efetivá-lo.¹³⁰

No sentido posto, a teoria dos poderes implícitos diz respeito, de forma mais acurada, à atribuição de competência a órgãos e instituições, sendo, pelos termos utilizados no direito comparado, a invocação da tradução literal “poderes inerentes”. Todavia, também se faz uso da

¹²⁶ CASAGRANDE, Cássio Luís; BARREIRA, Jônatas Henriques. O caso *McCulloch v. Maryland* e sua utilização na jurisprudência do STF. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, Brasília, DF, v. 56, nº 221, p. 247-270, jan/mar. 2019. Disponível em: [caso_mcculloch_maryland_casagrande.pdf](#). Acesso em: 8 dez. 2024.

¹²⁷ Diogo Uehbe descreve sobre a tese levantada e o julgamento, a citar: “No julgamento, foi enfrentada a discussão sobre a possibilidade de o Poder Legislativo federal instituir um banco público em detrimento de eventuais interesses dos estados. Ao apreciar a matéria, a Corte entendeu que, embora tal competência legislativa não estivesse explicitamente apontada no rol constitucional, estaria ela implícita, uma vez que se trataria de competência instrumental “necessária e adequada” às finalidades expressamente atribuídas ao poder central. O debate travado envolveria, portanto, a concepção do modelo de federalismo que deveria prevalecer nos EUA – questão extremamente delicada para aquele país, sobretudo no período incipiente de sua Constituição. (LIMA, Diogo Uehbe. *Competências Cautelares do Tribunal de Contas Da União*. 03/02/2022 149 f. Mestrado em Direito Instituição de Ensino: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2022. p. 151)

¹²⁸ GOMES, Gilberto Mendes Calasans. *Aplicação da teoria dos poderes implícitos pelo Tribunal de Contas da União*. 2021. 101 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021. p. 18.

¹²⁹ CABRAL, Flávio Garcia. *Medidas cautelares administrativas: regime jurídico da cautelaridade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 76.

¹³⁰ CABRAL, Flávio Garcia. *Medidas cautelares administrativas: regime jurídico da cautelaridade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 76.

teoria dos poderes implícitos para tratar sobre as questões de repartição de funções e competência nos Estados federados, sendo utilizada para tais propósitos principalmente a terminologia *implied powers*.¹³¹

Sobre *inherent power* e *implied powers*, Flávio Garcia elenca diferenças entre os conceitos, veja-se:

(...) embora a doutrina brasileira utilize frequentemente um só termo (poderes implícitos), há, pelo menos na forma que vem majoritariamente utilizada, uma pequena diferença entre os *inherent power* e os *implied powers*. Os primeiros voltam-se essencialmente às competências federativas, o que implica dizer que na ausência de uma proibição ou limitação prevista na Constituição Federal, os entes federativos menores teriam implicitamente competências para legislar sobre questões diversas. Já os segundos estariam mais limitados às competências de órgãos ou instituições, significando que na atribuição de determinadas funções, exigira-se que também fossem conferidas, ainda que de maneira implícita, competências para o atingimento do fim previsto.¹³²

Conquanto exista diferenças sutis entre os dois conceitos elas se aproximam, senão coincidem. Para um conceito de poderes implícitos mais conciso, Flávio Garcia ao citar José Afonso da Silva¹³³, preceitua que tanto no que se refere a competências legislativas quanto em torno das competências administrativas dos órgãos, os poderes implícitos se rendem à prática dos atos ou atividades consideradas necessárias ao exercício de poderes expressos, ou reservados.¹³⁴

O contexto histórico se encarrega de demonstrar que os poderes implícitos, ainda que reconhecidos através de uma interpretação da jurisdição constitucional, dependem de atuação do legislador e efetiva criação de suas disposições, sendo de competência apenas do juiz, com poder jurisdicional efetivo, declarar como nula a lei que não seja capaz de obedecer aos preceitos constitucionais.¹³⁵

1.2.2 Incorporação à brasileira e legitimação pelo Supremo Tribunal Federal da Teoria dos Poderes Implícitos aos Tribunais de Contas: MS 24.510

A Teoria dos Poderes Implícitos no Brasil se constrói mediante a argumentação jurídica de que o poder geral de cautela é inerente às atribuições e competências fiscalizadoras dos

¹³¹ CABRAL, Flávio Garcia. *Medidas cautelares administrativas: regime jurídico da cautelaridade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 76-77.

¹³² CABRAL, Flávio Garcia. *Medidas cautelares administrativas: regime jurídico da cautelaridade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 77.

¹³³ CABRAL, Flávio Garcia. *Medidas cautelares administrativas: regime jurídico da cautelaridade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 78.

¹³⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 480.

¹³⁵ GOMES, Gilberto Mendes Calasans. *Aplicação da teoria dos poderes implícitos pelo Tribunal de Contas da União*. 2021. 101 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021. p. 15.

Tribunais de Contas.¹³⁶ Referida teoria foi abraçada quase de forma automática pela doutrina brasileira – muito embora sem que tivesse havido maior reflexão a seu respeito –, servindo de embasamento para diversos julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal.¹³⁷ A incorporação e legitimação da teoria no ordenamento brasileiro se deu por meio do *Leading case* debruçado no MS 24.510.¹³⁸

Destaca-se que o julgamento do MS 24.510 tratou de preencher lacuna normativa, pois, em que pese paradigma para conferir a utilização do poder geral de cautela ao TCU por meio de interpretação da jurisdição constitucional, não significa que cautelares já não fossem antes concedidas e regulamentadas, a se lembrar que a LOTCU, Lei nº 8.443/92 e os artigos 44 e 45 são datados de 1992; o RITCU, antes da promulgação da Resolução nº 246/2011 e do art. 276, regulamentou no art. 19 da Resolução nº 36/1995¹³⁹ e a possibilidade de provimento acautelatório para que o responsável adotasse medidas necessárias para exato cumprimento da norma em casos de ilegalidade de ato ou de contrato e a sua sustação após exaurimento da medida; além da previsão do art. 798 do Código de Processo Civil de 1973, Lei nº 5.869/1973¹⁴¹¹⁴², cuja

¹³⁶ PASCOAL, Valdeci. O Poder Cautelar dos Tribunais de Contas. Brasília - DF: **Revista TCU**, n. 115, 2009, p. 112.

¹³⁷ Flávio Garcia cita: HC 89.837, Rel. Celso de Mello, 20.10.2009; HC 94.173, Rel. Celso de Mello, 27.10.2009; HC 107644, Rel. Ricardo Lewandowski, 06.09.2011. (CABRAL, Flávio Garcia. *Medidas cautelares administrativas*: regime jurídico da cautelaridade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 76-77)

¹³⁸ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*, MS 24.510, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, j. 19-11-2003, DJ 19-03-2004

¹³⁹ Resolução nº 36/1995: “Art. 19. Verificada a ilegalidade de ato ou contrato, o Tribunal, mediante decisão preliminar, com indicação expressa dos dispositivos a serem observados, assinará prazo de quinze dias para que o responsável adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei. § 1º No caso de ato administrativo, o Tribunal, se não atendido: I - sustará a execução do ato impugnado; II - comunicará a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal; III - aplicará ao responsável a multa prevista no inciso II do art. 58 da Lei nº 8.443/92. § 2º No caso de contrato, o Tribunal, se não atendido, comunicará o fato ao Congresso Nacional, a quem compete adotar o ato de sustação e as medidas cabíveis. § 3º 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 da sustação do contrato. § 4º Verificada a hipótese do parágrafo anterior, e se decidir sustar o contrato, o Tribunal: I - determinará ao responsável que, no prazo de quinze dias, adote as medidas necessárias ao cumprimento da decisão; II - aplicará a multa prevista no inciso II do art. 58 da Lei nº 8.443/92; III - comunicará o decidido ao Congresso Nacional e à autoridade de nível ministerial competente. § 5º Independe do ajuizamento sobre a responsabilidade pessoal dos agentes a decisão que delibere pela fixação de prazo para sustação de ato considerado ilegal. § 6º Fixado o prazo para a sustação do ato, nos termos do art. 71, IX, da Constituição Federal, o responsável, ainda que interposto recurso da decisão, não poderá realizar pagamento ou assumir obrigação com base no ato impugnado, sob pena de, confirmada a decisão, responder pessoalmente pelos danos decorrentes, sem prejuízo das demais sanções legais.”

¹⁴⁰ BRASIL. *Tribunal de Contas da União. Estabelece procedimentos sobre o exercício da ampla defesa no âmbito do Tribunal de Contas da União*, de 30 de agosto de 1995. Brasília/DF: TCU, Secretaria Geral da Presidência, 1995. Disponível em: [Pesquisa textual | Tribunal de Contas da União](#). Acesso em: 4 dez. 2024.

¹⁴¹ BRASIL. *Código de Processo Civil Brasileiro*, de 11 de janeiro de 1973. Brasília/DF, 1973. Disponível em: [L5869](#). Acesso em: 7 dez. 2024.

¹⁴² BRASIL. *Código de Processo Civil Brasileiro*, de 11 de janeiro de 1973: “Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz 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.”

possibilidade de o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas quando houvesse fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação, já era previsto, ainda quem não houvesse a autorização legislativa expressa que fundamentasse esse poder geral de cautela.¹⁴³

Em síntese, o Mandado de Segurança impetrado tratou de questionar decisão cautelar do TCU que suspendia procedimento licitatório na modalidade de tomada preços, de um órgão federal, a Companhia Docas do Estado de São Paulo (CODESP), que pretendia a contratação de escritório de advocacia em Brasília, com o acompanhamento de processos nos Tribunais Superiores e órgãos administrativos da Capital Federal.¹⁴⁴ O remédio constitucional impetrado buscava discutir que a medida cautelar do TCU não tinha fundamento legal e que o órgão não disporia de competências para concessão de tal medida, sendo o poder geral de cautela justamente o contra-argumento utilizado pela Corte de Contas, tese vencedora ao final do julgado.¹⁴⁵

Sob relatoria da Ministra Ellen Gracie que indeferiu a segurança¹⁴⁶, os debates de teses antagônicas ficaram à cargo dos votos dos Ministros Ayres Britto, único voto divergente, e Gilmar Mendes, sendo o voto do Vogal, Ministro Celso de Mello, o voto cujo ponto mais conceitual da discussão foi emitido.

O debate encabeçado pelos Ministros Ayres Britto e Gilmar gravitaram sobre a possibilidade de identificação de competências constitucionais implícitas, justamente o fundamento da teoria poderes implícitos. Ayres Britto sustentava que as competências previstas na Constituição de 1988 deveriam ser entendidas como fechadas; enquanto Gilmar Mendes divergia no sentido de que seria possível, até mesmo aconselhável, que se fizesse interpretação extensiva dos poderes que a Constituição e atribuí-la a um órgão público¹⁴⁷, com o destaque, contudo, de que a lógica das competências constitucionais implícitas só poderia ter lugar e fazer sentido

¹⁴³ GOMES, Gilberto Mendes Calasans. *Aplicação da teoria dos poderes implícitos pelo Tribunal de Contas da União*. 2021. 101 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021. p. 50.

¹⁴⁴ PASCOAL, Valdeci. O Poder Cautelar dos Tribunais de Contas. Brasília - DF: **Revista TCU**, n. 115, 2009, p. 112.

¹⁴⁵ GOMES, Gilberto Mendes Calasans. *Aplicação da teoria dos poderes implícitos pelo Tribunal de Contas da União*. 2021. 101 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021. p. 50.

¹⁴⁶ Seguida pelos Ministros Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Antônio Cezar Peluso, Nelson Jobim, Gilmar Mendes e Celso de Mello.

¹⁴⁷ O Ministro Gilmar Mendes em seu voto assegurou: “(...) pois se nos dermos ao trabalho de fazer uma pesquisa no Direito Comparado, vamos verificar que isso é quase elementar. Para não citar ninguém mais indicado, tivemos o Mestre Canotilho, que já abre para a Corte Constitucional portuguesa a ideia das chamadas competências complementares ou implícitas. Se se admite que a própria Constituição não pode codificar, que ela não legisla, apenas positiva tópicos, então devemos admitir a possibilidade de ampliação, de compreensão ou de competências compreensivas, e temos exemplos na Corte, e partir do próprio mandado de segurança (...)”. (BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*, MS 24.510, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, j. 19-11-2003, DJ 19-03-2004. p. 30-31)

quando fosse compatível com o sistema de competências atribuído explicitamente pela Constituição.¹⁴⁸

No sentido da congruência explícita do texto constitucional que permita a competência a implícita dos órgãos de controle, se destaca que o art. 71, X, da CF/88 estabelece que o TCU poderá determinar a “sustação dos efeitos de atos administrativos irregulares”. Com efeito, a sustação descrita significa um provimento acautelatório, eis que ela não deseja a anulação do ato administrativo tampouco põe fim questão relativa à regularidade do ato. Consiste, meramente, em provimento voltado a evitar que se realizem os efeitos de ato que causaria danos ao erário público até a solução definitiva da questão – uma medida cautelar, portanto.¹⁴⁹

Todavia, a Constituição não apenas vislumbrou essa competência cautelar, mas também disciplinou a sua aplicação, sendo que o inciso X deve ser lido com sintonia com o inciso IX do mesmo artigo 71, de modo que para sustação dos efeitos de atos administrativos irregulares pelo TCU, dever-se-á, primeiro, verificar o esgotamento de prazo assinalado pelo próprio Tribunal de Contas para que os responsáveis adotem as soluções cabíveis, para só então o ato ou contrato administrativo ser susado com a comunicação da decisão às duas Casas do Congresso Nacional, Câmara dos Deputados e Senado Federal.

Eduardo Jordão descreve que é esta a fronteira do poder cautelar concedido constitucionalmente ao TCU com o procedimento específico a ser adotado para exercê-lo. A outorga de um poder geral de cautela que permita aos Tribunais de Contas suspenderem atos e procedimentos administrativos sem que sejam estabelecidos prazos aos responsáveis para a adoção das soluções cabíveis não é identificar implicitamente competências que o próprio Constituinte teria querido estabelecer, “é desbaratar e ignorar a sistemática específica que o Constituinte previu para a hipótese”.¹⁵⁰

Quanto ao voto da divergência, o Ministro Ayres Britto concedeu a ordem pretendida, sob o fundamento de que o TCU, antes de ter determinado a suspensão do certame de contrata-

¹⁴⁸ LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (Orgs.). *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2016. Disponível em <https://repositorio.fgv.br/items/47490f2c-c0cc-435c-ab9d-47c0186ce5df>. Acesso em 8 abr. 2024. p. 80.

¹⁴⁹ LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (Orgs.). *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2016. Disponível em <https://repositorio.fgv.br/items/47490f2c-c0cc-435c-ab9d-47c0186ce5df>. Acesso em 8 abr. 2024. p. 80.

¹⁵⁰ LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (Orgs.). *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2016. Disponível em <https://repositorio.fgv.br/items/47490f2c-c0cc-435c-ab9d-47c0186ce5df>. Acesso em 8 abr. 2024. p. 80.

ção da banca de advogados, deveria, justamente, ter assinalado prazo para correção da irregularidade¹⁵¹. O entendimento firmado comunga com o texto constitucional, nos termos do art. 71, IX, de modo que apenas depois de constatada resistência do responsável é que se poderia atribuir à Corte de Contas o permissão para determinar a sustação do ato administrativo questionado (art. 71, X), uma vez que o dispositivo da Lei nº 8.666/1993 não teria suplantado a previsão constitucional. Dessarte, somente em situações excepcionais, que demandem uma atuação mais célere, disporia o TCU da competência para representar as demais autoridades, mas não poderia adotar medidas fora dos limites estabelecidos no art. 71, cujo rol de competência seria taxativo.¹⁵²

De mais a mais, a definição com maior carga acadêmica dos motivos para qual a Teoria dos Poderes Implícitos poderia ser utilizada para fundamentar o poder geral de cautela ao TCU veio do voto do Vogal, Ministro Celso de Mello, cujo transcrição traz a dimensão de seu argumento:

Isso significa, que a atribuição **de poderes explícitos**, ao Tribunal de Contas, **tais como enunciados** no art. 71 da Lei Fundamental da República, **supõe** que se lhe reconheça, **ainda que por implicitude**, a titularidade de meios **destinados** a viabilizar a adoção **de medidas cautelares** vocacionadas a conferir real efetividade às suas deliberações finais, **permitindo**, assim, **que se neutralizem** situações de lesividade, atual ou iminente, ao erário público.

Impende considerar, no ponto, **em ordem a legitimar** esse entendimento, a **formulação** que se fez em torno dos **poderes implícitos**, cuja doutrina, construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos, da América, no célebre *McCulloch v. Maryland* (1819), **ênfatiza** 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 forma atribuídos.

Cabe assinalar, ante a sua extrema pertinência, o **autorizado** magistério de MARCELO CAETANO (**“Direito Constitucional”**, vol. II/12-13, item n. 9, 1978, Forense), **cujas observações**, no tema, **referindo-se** aos processos de hermenêutica constitucional, **assinala** quem, “Em relação aos poderes dos órgãos ou das pessoas físicas ou jurídicas, **admite-se**, por exemplo, a interpretação extensiva, **sobretudo**, pela determinação dos poderes **que estejam implícitos** noutros **expressamente** atribuídos”. Esta Suprema Corte, **ao exercer** o seu poder de indagação constitucional – consoante adverte CASTRO NUNES (**“Teoria e Prática do Poder Judiciário”**, p. 641/650,

¹⁵¹ Em trecho que delibera com os Ministros Sepúlveda Pertence e Cezar Peluso, o Ministro Ayres Britto sustenta seu posicionamento, a se ver: **O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO**: “Muito bem, Vossa Excelência tem razão. Delimito o meu voto: só para suspensão da decisão cautelar do Tribunal de Contas; exclusivamente para esse fim.”; **O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE**: “Quer dizer, ele tem o poder de julgar a representação, mas não tem o poder cautelar eventualmente necessário?”; **O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO**: “Ele não tem poder cautelar.”; **O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO**: “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?”; **O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO**: “Não, ele assina prazo.”; **O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE**: “Em matéria de jurisdição, temos entendido sempre ser o poder cautelar inerente à competência para decidir. Ele pode, verificando uma ilegalidade, assinar prazo para ela ser corrigida, sob pena das medidas ulteriores. Mas não pode prevenir que se torne inútil a decisão futura, enquanto se verificar se há ilegalidade ou não?”; **O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO**: “Excelência, entendo que, como diz a Constituição, cabe a ele representar ao Poder competente...”. ((BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*, MS 24.510, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, j. 19-11-2003, DJ 19-03-2004. p. 12-14)

¹⁵² LIMA, Diogo Uehbe. *Competências Cautelares do Tribunal de Contas Da União*. 03/02/2022 149 f. Mestrado em Direito Instituição de Ensino: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2022. p. 141-142.

1943, Forense) – **deve** ter presente, **sempre**, essa técnica lógico-racional, **fundada** na teoria jurídica **dos poderes implícitos**, para, através dela, conferir **eficácia real** ao conteúdo e ao exercício de dada competência constitucional, **como** a de que ora se cuida, consideradas as atribuições do Tribunal de Contas da União, **tais** como **expressamente** relacionadas no art. 71 da Constituição da República.

É por isso que entendo **revestir-se** de integral legitimidade constitucional a atribuição **de índole cautelar**, que, **reconhecida** com apoio na teoria dos poderes implícitos, **permite**, ao Tribunal de Contas da União, **adotar** as medidas **necessárias** ao fiel cumprimento de suas funções institucionais e ao pleno exercício das competências que lhe foram outorgadas, **diretamente**, pela própria Constituição da República. (marcações originais)¹⁵³

O painel apresentado pelo Ministro Celso de Mello deu sustentação e possibilidade para que a concessão de tutela cautelar pudesse decorrer das competências fiscalizadoras dos Tribunais de Contas, de modo a fundamentar tal asserção na teoria dos poderes implícitos, concessora de amplos poderes aos Tribunais de Contas, mesmo que não arrolados explicitamente no texto constitucional.¹⁵⁴ Noutro giro, para Flávio Garcia, atualmente, o STF tem utilizado o MS 24.510 como “verdadeiro trunfo a legitimar medidas acautelatórias adotadas pelo TCU fora da moldura constitucional e legal”¹⁵⁵, a exemplo de medidas que implicam suspensão parcial de contratos administrativos¹⁵⁶ ou de decretação de indisponibilidade de bens particulares.¹⁵⁷

Este alargamento da interpretação do precedente gerado pelo MS 24.510 foi alvo de crítica de André Rosilho, que a despeito da competência dos Tribunais de Contas para sustarem contratos, bem delineou que o MS 24.510 foi debruçado sobre a possibilidade de medidas cautelares direcionados a sustarem atos pelo Tribunal, não contratos¹⁵⁸.

Ao continuar sobre o tema, o autor rememora que o alerta feito pelo Ministro Nelson Jobim quando do julgamento do MS 24.510, onde asseverou que “a discussão acadêmica acerca das possibilidades e limites dos poderes cautelares do TCU poderia vir a ocasionar problemas

¹⁵³ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*, MS 24.510, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, j. 19-11-2003, DJ 19-03-2004. p. 21-23.

¹⁵⁴ FRANCO, Elisângela Fabres. *A competência dos tribunais de contas pra a concessão de medidas de natureza provisória: uma reflexão sobre seus limites*. 2017. 115 f. Dissertação (Mestrado) Universidade Federal do Espírito Santo. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Espírito Santo, 2017. p. 96.

¹⁵⁵ CABRAL, Flávio Garcia. *Medidas cautelares administrativas: regime jurídico da cautelaridade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 80.

¹⁵⁶ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*, SS 5.182, Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão monocrática, j. 27-06-2017, DJ 02-08-2017; BRASIL, *Supremo Tribunal Federal*, MS 35.038 AgR, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, j. 12-11-2019, DJ 05-033-2020.

¹⁵⁷ Liminares concedidas pela Min. Rosa Weber (MS 34.446, MS 35.404, MS 35.529), pelo Min. Luís Roberto Barroso (MS 34.738), pelo Min. Edson Fachin (MS 34.793 e 34.158) e pelo Min. Gilmar Mendes (MS 35.623 e 35.555).

¹⁵⁸ Descreve o autor que: “Antes de passar à análise das normas, esclareço que é impertinente invocar o MS 24.510 para justificar a sustação de contratos. Lembre-se que o acórdão foi elaborado tendo como foco a sustação de atos pelo Tribunal — não de contratos. Ao utilizar esse julgado como precedente para a sustação de contratos, o TCU parece incidir em erro, fazendo equiparação que o STF não fez (entre atos e contratos).” (ROSILHO, André Janjácómo. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. 2016. 358 f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016. p. 261)

práticos à época não considerados pelos ministros”¹⁵⁹, tenha se provado pertinente, já que, “como reconhecido pelo Tribunal, o tal MS tem servido de base para, na prática, legitimar atuação cautelar do TCU em matéria contratual, em confronto com o que expressamente dispõe o ordenamento jurídico.”¹⁶⁰

As barreiras paulatinamente rompidas pelo TCU acerca da utilização do poder geral de cautela é motivo de críticas ao formato atual. A incorporação da teoria dos poderes implícitos como justificção do nascimento ou existência do poder geral de cautela do TCU, e, por extensão para propósitos deste trabalho, dos TCE’s e TCM’s, possibilitaria uma interpretação alargada do rol de competências definidas pela CF/88 para os órgãos de controle. Deste critério invocado, e considerando que os provimentos acautelatórios seriam instrumentais, seria possível concluir que o poder geral de cautela em instância administrativa seria um pressuposto implícito do texto constitucional, nem mesmo possível de interpretação extensiva para sua convocação.¹⁶¹

Impende destacar que, a fragilidade da fundamentação sobre os poderes cautelares dos Tribunais de Contas a partir da Teoria dos Poderes Implícitos acima exposta não estaria estável ou replicável para toda medida cautelar de maneira indiscriminada. Hoje, inclusive, se alvitra a aplicação de medidas cautelares a sujeitos não integrantes da Administração Pública, mais um avanço de fronteira dos limites que a norma impôs.¹⁶²

Ainda que as críticas ao poder geral de cautela dos Tribunais de Contas sejam de argumentação coerente o conceito geral permanece, a se saber que “STF consolidou jurisprudência no sentido de que os Tribunais de Contas, dada a sua incumbência de zelar pela fiscalização e

¹⁵⁹ A falta do Ministro Nelson Jobim assentou: “Tenho medo dessas discussões meramente acadêmicas, porque, lá adiante, daqui a cinco ou seis anos, vem um fato impondo uma decisão a partir do Tribunal, mesmo não tendo explicitado na Constituição esses poderes. Vamos devagar, para que não se comprometa no futuro, que pode nos pegar muito mal.” (BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*, MS 24.510, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, j. 19-11-2003, DJ 19-03-2004. p. 33)

¹⁶⁰ ROSILHO, André Janjácomo. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. 2016. 358 f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016. p. 260.

¹⁶¹ O autor inclusive questiona a transposição da teoria ao Brasil ao considerar os pontos cruciais para a qual a Corte Norte-Americana tenha atribuídos poderes implícitos ao texto constitucional, questionando se a forma com que fora instituída, hoje, não seria um modelo de “ativismo judicial” e se as bases de decisão seriam replicáveis ao nosso modelo, já “estabilizado” numa República Federativa, notemos; “(...) sobressaem três elementos (do surgimento da Teoria dos Poderes Implícitos) cruciais: (i) a TPI tem por base dispositivo vago da Constituição estadunidense que demandava interpretação; (ii) a TPI está centrada na definição de limites às competências legislativas do Poder Legislativo federal, órgão de soberania nacional; (iii) a TPI e todo o seu desenvolvimento estão intrinsecamente atrelados à discussão sobre o modelo de federalismo que deveria ser adotado nos EUA (maior ou menor influência do governo central frente aos estados).” (LIMA, Diogo Uehbe. *Competências Cautelares do Tribunal de Contas Da União*. 03/02/2022 149 f. Mestrado em Direito Instituição de Ensino: Pontificia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2022. p. 152-153)

¹⁶² GOMES, Gilberto Mendes Calasans. *Aplicação da teoria dos poderes implícitos pelo Tribunal de Contas da União*. 2021. 101 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021. p. 52.

interesse público, têm, sim, a prerrogativa de prevenir danos futuros”, com o direito de adotar tutela provisória para resguardar o resultado final de seu julgamento, havendo, por certo, substancial ampliação da interpretação do art. 71 da CF/88.¹⁶³

Deste modo, a regra atual é simples: “não cabe ler de maneira implícita algo que a Constituição estatuiu explicitamente de outra forma”, sendo este o principal problema da interpretação extensiva dos poderes dos Tribunais de Contas, já que “a CF/88 *não foi silente* sobre a existência de poder cautelar ao TCU. Ela o previu *expressamente*.”¹⁶⁴

1.3 DOS RISCOS DAS MEDIDAS CAUTELARES DOS TRIBUNAIS DE CONTAS AO PROCESSO ADMINISTRATIVOS: VIOLAÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS POR PROVIMENTOS INDEVIDOS E A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DOS CONTROLADORES

O presente tópico pretende verificar os riscos das medidas cautelares administrativas proferidas por Tribunais de Contas quando extrapolativas aos limites para as quais foram inicialmente destinadas pelo quadrante constitucional, já que nos processos estatais, se percebe um descompasso relevante entre custos assumidos por quem processa ou por quem decide nos processos, e os custos suportados pelos afetados/jurisdicionados.¹⁶⁵

Neste sentido, buscar-se-á responder em qual proporção as Cortes de Contas avançam as fronteiras dos poderes implícitos e poder geral de cautela para desaguar em um prejuízo passível de reparação às partes que compõem o processo administrativo, associando-se ao arcabouço de direitos fundamentais violados e os riscos de responsabilização Estatal, já que também na esfera de controle as autoridades públicas devem observar limites e agir com cautela.¹⁶⁶

Conforme se verificou os tópicos antecessores, o TCU, e por conseguinte os demais Tribunais de Contas Estaduais e Municipais, acentuaram o movimento de autoexpansão usando

¹⁶³ FRANCO, Elisangela Fabres. *A competência dos tribunais de contas pra a concessão de medidas de natureza provisória: uma reflexão sobre seus limites*. 2017. 115 f. Dissertação (Mestrado) Universidade Federal do Espírito Santo. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Espírito Santo, 2017. p. 98.

¹⁶⁴ LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (Orgs.). *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2016. p. 80.

¹⁶⁵ SUNDFELD, Carlos Ari; VORONOFF, Alice. Art. 27 da LINDB - Quem paga pelos riscos dos processos?. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], p. 171–201, 2018. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/77654>. Acesso em: 5 dez. 2024. p. 196.

¹⁶⁶ SUNDFELD, Carlos Ari; VORONOFF, Alice. Art. 27 da LINDB - Quem paga pelos riscos dos processos?. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], p. 171–201, 2018. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/77654>. Acesso em: 5 dez. 2024. p. 194.

interpretações jurídicas criativas para ampliar o alcance das normas sobre sua jurisdição.¹⁶⁷ Acerca deste alargamento da jurisdição pelos Tribunais de Contas, nos parece que uma saída abrangente para reforçar ou conter a tendência deveria partir do Parlamento da esfera de atuação respectiva, caso se dispusesse a realizar uma ampla reforma com leis sobre controle de contas e, possivelmente, substituição de leis orgânicas e regimentos internos que são/foram editadas a partir de concepções que se originaram dentro dos próprios tribunais.¹⁶⁸

No que tange aos riscos das decisões administrativas proferidas pelas Cortes de Contas, é mister reforçar que os Tribunais de Contas não são órgãos comparáveis aos tribunais do Poder Judiciário, não residindo em suas decisões o peso jurídico de decisões judiciais.¹⁶⁹ A natureza de seus provimentos é administrativa e, portanto, sujeitáveis à ampla revisão pelo Judiciário, delimitada a análise apenas sobre aspectos da legalidade ou constitucionalidade das decisões administrativas.¹⁷⁰ Deste modo, condenações ao final da depuração meritória que estipulem a irregularidade de atos e contratos com dano/prejuízo ao erário só serão definitivas e vinculantes no âmbito do Tribunal de Contas respectivo.¹⁷¹

Dentro das limitações constitucionais e legais existe à disposição da Corte de Contas um rol de medidas severamente interventivas na esfera das pessoas físicas e jurídicas capazes de lhes causar prejuízos graves, anormais ou injustos, as quais, exatamente por este motivo, não podem ser usadas de forma temerária, tampouco restringir direitos dos jurisdicionados para além do estritamente necessário.¹⁷² Soma-se a isso, o posicionamento que hoje vigora no ordenamento brasileiro trata a lesão a direitos como de natureza essencialmente patrimonial, de

¹⁶⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo: o novo olhar da LINDB*. 2. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 19.

¹⁶⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo: o novo olhar da LINDB*. 2. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 20.

¹⁶⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. ARRUDA, Jacintho Silveira Dias de. MONTEIRO, Vera Cristina Caspari. ROSILHO, André Janjácomo. O valor das decisões do Tribunal de Contas da União sobre irregularidades em contratos. *Revista Direito GV*. São Paulo. v. 13, n. 3, p. 866–890, 2017. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/revdi-reitogv/article/view/73331/70470>. Acesso em: 12 maio. 2023. p. 872.

¹⁷⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. ARRUDA, Jacintho Silveira Dias de. MONTEIRO, Vera Cristina Caspari. ROSILHO, André Janjácomo. O valor das decisões do Tribunal de Contas da União sobre irregularidades em contratos. *Revista Direito GV*. São Paulo. v. 13, n. 3, p. 866–890, 2017. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/revdi-reitogv/article/view/73331/70470>. Acesso em: 12 maio. 2023. p. 881.

¹⁷¹ SUNDFELD, Carlos Ari. ARRUDA, Jacintho Silveira Dias de. MONTEIRO, Vera Cristina Caspari. ROSILHO, André Janjácomo. O valor das decisões do Tribunal de Contas da União sobre irregularidades em contratos. *Revista Direito GV*. São Paulo. v. 13, n. 3, p. 866–890, 2017. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/revdi-reitogv/article/view/73331/70470>. Acesso em: 12 maio. 2023. p. 877.

¹⁷² SUNDFELD, Carlos Ari; VORONOFF, Alice. Art. 27 da LINDB - Quem paga pelos riscos dos processos?. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], p. 171–201, 2018. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/77654>. Acesso em: 5 dez. 2024. p. 194.

modo que só haveria dano se houvesse uma violação ao patrimônio material de outrem, ou que, pelo menos, o bem jurídico lesionado pudesse ser compreendido em termos financeiros.¹⁷³

A violação patrimonial como resultado da lesão provocada poderá ser percebida pela ofensa a direitos fundamentais por meio de medidas cautelares administrativas indevidas proferidas por Tribunais de Contas, destacado que os direitos fundamentais¹⁷⁴ possuem duas dimensões, uma subjetiva, adequada às origens históricas daqueles direitos; e, outra objetiva, que resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional, componentes da essência do que vem a ser o Estado de Direito Democrático.¹⁷⁵

Flávio Garcia elenca quatro direitos fundamentais corriqueiramente ofendidos por meio dos provimentos acautelatórios na sistemática brasileira, a citar: a presunção de inocência; a honra; o devido processo legal; e, a propriedade privada.

Inicialmente, previsto no art. 5º, LVII, da CF/88, o princípio da presunção de inocência, também tratado como princípio da não culpabilidade, descreve que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, sendo este o direito fundamental de maior envergadura quando da análise dos provimentos cautelares administrativos¹⁷⁶, já que trata de questão precípua, “inerente à própria concepção do que é o processo”. A finalidade pretendida coaduna com a ideia de que o acusado de ter cometido irregularidades, seja civil, penal e administrativa, não poderá ser punido antes do fim do processo em que se busca apurar a verdade dos fatos, nem mesmo ser tratado durante a fiscalização apuratória como se culpado fosse, antes de uma decisão final, em que se tenha sido concedido o contraditório e ampla defesa.¹⁷⁷

¹⁷³ CABRAL, Flávio Garcia. *Medidas cautelares administrativas: regime jurídico da cautelaridade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 291.

¹⁷⁴ Flávio Garcia descreve que a função precípua dos direitos fundamentais, quando voltada a análise para medidas cautelares administrativas, é a de assegurar pretensões individuais em face de terceiros, principalmente quando for o Estado, notemos: “É definível, desta feita, que os direitos fundamentais, além de assegurarem pretensões individuais em face de terceiros, precipuamente o Estado, também refletem valores positivados constitucionalmente, que informam todos o ordenamento jurídico, tornando-se a verdadeira essência da sociedade e, mais importante, vinculam uma atuação coordenada do Estado no sentido de concretização desses direitos.” (CABRAL, Flávio Garcia. *Medidas cautelares administrativas: regime jurídico da cautelaridade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 296)

¹⁷⁵ CABRAL, Flávio Garcia. *Medidas cautelares administrativas: regime jurídico da cautelaridade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 294.

¹⁷⁶ CABRAL, Flávio Garcia. *Medidas cautelares administrativas: regime jurídico da cautelaridade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 298.

¹⁷⁷ CABRAL, Flávio Garcia. *Medidas cautelares administrativas: regime jurídico da cautelaridade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 298.

Por seu turno, a honra, art. 5º, X, da CF/88¹⁷⁸, e, direito da personalidade, art. 20 do Código Civil¹⁷⁹, se externaliza de duas maneiras; a primeira, honra-objetiva, corresponde à reputação da pessoa, a fama que possui no âmbito social; enquanto a segunda, honra-subjetiva, representa o sentimento pessoal de estima ou consciência de sua dignidade, ambas sujeitas à violação da esfera civil do ofendido, pessoa física ou jurídica, quando utilizada medida cautelar administrativa indevida, comumente percebível nos processos administrativos disciplinares.¹⁸⁰

O direito fundamental da propriedade está insculpido no art. 5º, XXII, da CF/88, o qual assegura que “é garantido o direito de propriedade”, sendo aquele que mais sofre interferências dos Tribunais de Contas por meio de medidas cautelares administrativas, *p.ex.* a indisponibilidade e a apreensão de bens. Conquanto não se tenha a completa perda da propriedade, a titularidade dos bens fica na posse do jurisdicionado até provimento final, não se pode afastar do fato que o simples provimento acautelatório causa vulneração de alguns dos atributos ínsitos à propriedade, em especial o de dispor da propriedade no caso de indisponibilidade.¹⁸¹

Por derradeiro, o devido processo legal, previsto no art. 5º, LIV, da CF/88, resta descrito que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Conforme coleciona Flávio Garcia ao citar Carlos Ari Sundfeld, o devido processo legal deveria ser entendido como um princípio inerente do Direito Público, servindo como uma garantia dos particulares contra discricionariedades do Estado.¹⁸²

A ponderação e proporcionalidade devem ser atributos cotejados com a imprescindibilidade para adoção das medidas cautelares administrativas¹⁸³, já que desta relação se terá melhores condições para se verificação ou não da responsabilização pela má utilização do instituto. Neste sentido, Sundfeld e Voronoff trazem importante reflexão, ao destacarem que o ato de instauração do processo, dependendo de sua natureza, pode representar em si mesmo medida

¹⁷⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

¹⁷⁹ BRASIL. *Código Civil Brasileiro*, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, 2002: “Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.”

¹⁸⁰ CABRAL, Flávio Garcia. *Medidas cautelares administrativas: regime jurídico da cautelaridade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 304-305.

¹⁸¹ CABRAL, Flávio Garcia. *Medidas cautelares administrativas: regime jurídico da cautelaridade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 314.

¹⁸² CABRAL, Flávio Garcia. *Medidas cautelares administrativas: regime jurídico da cautelaridade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 319.

¹⁸³ CABRAL, Flávio Garcia. *Medidas cautelares administrativas: regime jurídico da cautelaridade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 324.

bastante gravosa para quem o suporta, como nas hipóteses sancionatórias, sendo que o processo é fruto de uma decisão por parte de quem o deflagrou.¹⁸⁴

Ademais, destacam que as autoridades públicas, ou controladores, conquanto competentes para adotar provimentos acautelatórios de severas repercussões nas esferas privadas de jurisdicionados, não suportam, eles próprios, o ônus daí decorrente; ou seja, tomam decisões sem se preocupar até onde ecoam pois a eles não prejudicarão.¹⁸⁵

Diante deste cenário é que Sundfeld e Voronoff destacam a utilização do art. 927 do Código Civil¹⁸⁶ como norma geral do ordenamento brasileiro, ao descrever a necessidade de reparação de dano, independentemente de culpa, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo ofensor implicar dano ou risco de danos a outrem; e o associam ao art. 27 da LINDB, Lei nº 13.655/2018¹⁸⁷ que alterou o Decreto-Lei nº 4.657 de 4 de setembro de 1942, mais bem explicado no tópico seguinte, que traz a lógica de compensações devidas em atos e fatos do processo, pois, para além dos processos conduzidos por toda a Administração Pública, os dispositivos vinculam igualmente a esfera controladora, reconhecidamente órgãos autônomos de controle, como os Tribunais de Contas.¹⁸⁸

Em conclusão a este ponto, a fiscalização de Tribunais de Contas com os correspondentes incômodos e custos é ônus natural do exercício de funções públicas ou de atividades privadas pelas pessoas físicas e jurídicas; todavia, tal ônus “não inclui o de suportar prejuízos anormais ou injustos causados por medidas gravosas ou anomalias processuais, os quais, como custos ou externalidades, têm de ser compensado.”¹⁸⁹

¹⁸⁴ SUNDFELD, Carlos Ari; VORONOFF, Alice. Art. 27 da LINDB - Quem paga pelos riscos dos processos?. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], p. 171–201, 2018. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/77654>. Acesso em: 5 dez. 2024. p. 173.

¹⁸⁵ SUNDFELD, Carlos Ari; VORONOFF, Alice. Art. 27 da LINDB - Quem paga pelos riscos dos processos?. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], p. 171–201, 2018. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/77654>. Acesso em: 5 dez. 2024. p. 176.

¹⁸⁶ BRASIL. *Código Civil Brasileiro*, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, 2002: “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

¹⁸⁷ BRASIL. *Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018*. Diário Oficial da União de 26 de abril de 2018: “Art. 27. A decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos. § 1º A decisão sobre a compensação será motivada, ouvidas previamente as partes sobre seu cabimento, sua forma e, se for o caso, seu valor. § 2º Para prevenir ou regular a compensação, poderá ser celebrado compromisso processual entre os envolvidos.

¹⁸⁸ SUNDFELD, Carlos Ari; VORONOFF, Alice. Art. 27 da LINDB - Quem paga pelos riscos dos processos?. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], p. 171–201, 2018. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/77654>. Acesso em: 5 dez. 2024. p. 176.

¹⁸⁹ SUNDFELD, Carlos Ari; VORONOFF, Alice. Art. 27 da LINDB - Quem paga pelos riscos dos processos?. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], p. 171–201, 2018. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/77654>. Acesso em: 5 dez. 2024. p. 186.

No quadrante constitucional, Flávio Garcia, ao citar Carlos Ari Sundfeld e Alice Vornoff, descreve que a responsabilidade objetiva¹⁹⁰ estatal pelas medidas cautelares administrativas deve ser cotejada com art. 37, § 6º, da CF/88¹⁹¹ combinado com o CPC/15. A lógica empregada é a de que, nos processos em que forem editadas as medidas cautelares adotadas de ofício, a Administração assume o polo, ou iniciativa, que, no processo civil, seria resguardado ao requerente. Desta feita, ao se aplicar o art. 302 c/c art. 15 do CPC¹⁹², bastaria, para fins de responsabilização de uma medida cautelar administrativa temerária, que o provimento final fosse favorável àquele que comprovar o prejuízo do ato decisório acautelatório do órgão administrativo decisor.¹⁹³

Para melhor exemplificação do giro processualístico e situação das partes no processo administrativo, destaca-se que é o Estado que adota a medida cautelar administrativa com o Estado-juiz que decide pelo provimento acautelatório, de modo que ao particular não recai nenhum poder decisório.¹⁹⁴

Desta feita, se medidas cautelares administrativas (lícitas ou ilícitas) são concretizadas com prejuízos desproporcionais à parte/jurisdicionado, dever-se-á observar, além da necessidade de ela ser certa e jurídica, não precisamente econômica, características essas igualmente necessárias aos atos ilícitos¹⁹⁵, se o dano é especial, ou seja, se onera determinados particulares,

¹⁹⁰ Flávio Garcia destaca que os requisitos para responsabilização Estatal na modalidade objetiva se verificam quando se está diante de três elementos fundamentais, quais sejam: (i) a ocorrência de um fato administrativo; (ii) a existência de um dano; e, (iii) o nexo causal ou relação de causalidade entre aquele fato e o dano causado. (CABRAL, Flávio Garcia. *Medidas cautelares administrativas: regime jurídico da cautelaridade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 241)

¹⁹¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

¹⁹² BRASIL. *Código de Processo Civil Brasileiro*, de 16 de março de 2015: Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se: I - a sentença lhe for desfavorável; II - obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias; III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal; IV - o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor. Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível; Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.”

¹⁹³ CABRAL, Flávio Garcia. *Medidas cautelares administrativas: regime jurídico da cautelaridade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 235.

¹⁹⁴ CABRAL, Flávio Garcia. *Medidas cautelares administrativas: regime jurídico da cautelaridade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 236.

¹⁹⁵ Celso de Mello descreve sobre o risco de medidas cautelares administrativas lícitas gerarem dever de indenização sob a nomenclatura de “risco-proveito”, em que se verifica a quebra da igualdade entre as partes do processo, note-se: “A responsabilidade fundada na teoria do risco-proveito pressupõe sempre ação *positiva* do Estado, que coloca terceiro em risco, pertinente a sua pessoa ou ao seu patrimônio, de ordem material, econômica ou social, em benefício da instituição governamental ou da coletividade em geral, que o atinge individualmente, e atenta contra a igualdade de todos diante dos encargos públicos, em lhe atribuindo danos anormais, acima dos comuns,

não sendo genérico; e, anormal, aquele que ultrapassa os meros gravames patrimoniais inerentes ao convívio social.¹⁹⁶

O argumento de que os riscos das medidas cautelares administrativas emitidas por órgãos de controle seja capaz de acarretar responsabilização de controladores e indenização de prejuízos anormais e desproporcionais aos jurisdicionados, seja algo novo, revolucionário, ele cumpre uma função importante, pois calcado na norma constitucional, art. 37, § 6º, e normas legais, artigos 15 c/c 302 do CPC/15; art. 927 do CC; e, art. 27 da Lei nº 13.655/2018, acaba por advertir os gestores, as autoridades processantes e demais envolvidos em relações de direito público de que processos gravosos infundados ou desprovidos de causa suficiente que os justifique; instaurados de forma anômala, para persecução de objetivos ilegítimos; ou de modo temerário, sem considerar os impactos para a reputação ou para a atividade de quem é processado, podem gerar custos e prejuízos passíveis de compensação, ou seja, podem redundar em danos, inclusive ao erário.¹⁹⁷ 197

Conforme Flávio Garcia bem acentua, ao tornar mais transparente a necessidade de reparação de eventuais danos anormais e injustos causados por essas medidas, mesmo quando tomadas na forma da lei, é um meio não só de proteger direitos fundamentais, como de preservar a própria integridade dos processos estatais.¹⁹⁸

No capítulo 1 tratamos de apresentar as medidas cautelares administrativas, sua definição conceitual e características, definindo que o escopo de estudo seria destinado a verificação de ocorrência no âmbito dos Tribunais de Contas, seja da União, dos Estados ou Municípios.

Ao falar de Tribunais de Contas trouxemos à baila o poder geral de cautela do qual se sustentam para emissão de decisões acautelatória, de modo que do aporte conceitual seguiu-se para conceituação e destacamento das competências dos Tribunais de Contas no quadrante constitucional, elencando o art. 71 como baluarte das funções previstas pelo constituinte originário, na medida em que se definiu o controle externo.

A origem do poder geral de cautela foi ponto importante e de curiosidade respondida, eis que do Direito Comparado se colheram os fundamentos da Teoria dos Poderes Implícitos, primeiro julgado pela Corte Norte-americana no emblemático caso *McCulloch vs. Maryland*

inerentes à vida em Sociedade.” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 1.016)

¹⁹⁶ CABRAL, Flávio Garcia. *Medidas cautelares administrativas: regime jurídico da cautelaridade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 252.

¹⁹⁷ CABRAL, Flávio Garcia. *Medidas cautelares administrativas: regime jurídico da cautelaridade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 197.

¹⁹⁸ CABRAL, Flávio Garcia. *Medidas cautelares administrativas: regime jurídico da cautelaridade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 197.

em 1819 e, posteriormente incorporado pelo ordenamento jurídico brasileiro por meio da decisão do Supremo Tribunal Federal no MS 24.510, em 2003.

Por fim, tratamos de apresentar os riscos das medidas cautelares administrativas nas Cortes de Contas e suas propensas violações a direitos fundamentais quando proferidas de maneira ilegítima, decorrendo disso, a possibilidade de responsabilização dos controladores.

2 LINDB LEI Nº 13.655/2018: LEI BÚSSOLA PARA O ARQUIPÉLAGO DE AUTONOMIAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Antes da Lei nº 13.655/2018¹⁹⁹ atrair eventual protagonismo pela instituição de segurança jurídica e eficiência do direito público nas esferas administrativa e judicial teve que imaginar primeiro quais seriam as bases que permitissem o avanço do Direito Administrativo brasileiro.

Como farol numa noite escura, a Lei nº 13.655/2018, ampliativa da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), criada no início da década de 40 pelo Decreto-Lei nº 4.657 de 4 de setembro de 1942²⁰⁰, possibilitou um cenário de coesão dentre um amontoado de normas existentes e traçou um norte para interpretação e aplicação de um ordenamento que, outrora, não possuía adstrição na forma de aplicar a responsabilidade de processos e responsabilidade de agentes políticos.

Não à toa, Carlos Ari Sundfeld descreve como complexa a forma de se pensar e estruturar o Direito Administrativo brasileiro, cuja diversidade normativa emula um arquipélago com múltiplas autonomias da Administração Pública, sendo que cada nível da Federação, desde os Municípios, passando pelos Estados até se chegar na União, possuem entendimentos próprios sobre como devem(r) aplicar o direito público, isso acobertados pela manta da autonomia que lhes assistem.²⁰¹

E, não só o Direito Administrativo voltado à Administração Pública é um arquipélago de autonomia, o controle público fragmentado desta Administração Pública também parece sê-

¹⁹⁹ BRASIL. *Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público*, de 25 de abril de 2018. Disponível em: [L13655](#). Acesso em: 8 dez. 2024.

²⁰⁰ BRASIL. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Redação modificada pela Lei nº 13.655/2018. Brasília/DF, 1942. Disponível em: [Del4657compilado](#). Acesso em: 5 dez. 2024.

²⁰¹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo: o novo olhar da LINDB*. 2. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2022, 194p.

lo,²⁰² considerada a tendência de proliferação de normas superiores dotadas de elevado grau de abstração e generalidade cujas quantidades de soluções podem ser contraditórias entre si.²⁰³

O aporte para o entendimento e posterior solução para as variadas interpretações do direito público partiu de um escopo, que depurado e alçado como exegese de um problema, serviu como espinha dorsal de um anteprojeto ainda nos idos do ano de 2007. A LINDB buscou disciplinar, ou melhor, restringir, “as insuficiências ou desvio havidos na expansão do controle público ou da regulação administrativa a partir da década de 1980.”²⁰⁴

Deste modo, tal como em uma caixa de ferramentas com muitas possibilidades para resolução de problemas²⁰⁵, serviu a LINDB como objeto de aperfeiçoamento do Direito Administrativo e tal como uma norma-bússola com aspecto de especificidade no Direito traçou os vieses de segurança jurídica, previsibilidade e exame de consequencialidade como técnicas de decisões dos órgãos de controle externo, seja Tribunais de Contas Estaduais, da União, Ministério Público e juízes na representação do Poder Judiciário.

Hoje em dia não mais surpreendente a interpretação que o exercício do controle externo, e do controlador pela especificidade de sua atuação, está associada à própria função de administrar²⁰⁶, de modo a indagar se o controlador, quando toma as rédeas do que seria necessário à atuação executiva estaria contribuindo ou não para composição dos interesses públicos.

Como ponto de discussão, elencou-se se: ao se imiscuir sobre decisões tipicamente de gestores públicos, estariam os controladores contribuindo ou não para facilitação da tomada de

²⁰² No conceito de Sundfeld, de um lado estão os órgãos encarregados de controlar externamente a máquina, os serviços e as políticas do estado: os Ministérios Públicos e os Tribunais de Contas. Entretanto, o controle público vai além desses órgãos de controle externo. Há, ainda, órgãos de *controle interno*. A *advocacia pública*, estruturada em carreira e composta de advogados concursados (a Advocacia Geral da União – AGU, as Procuradorias Gerais dos Estados e, onde existem, as Procuradorias Municipais) faz um controle consultivo focado em aspectos jurídicos. As *corregedorias e controladorias administrativas* (como também a Controladoria Geral da União – CGU) vão além disso, mas olham também as questões jurídicas. Órgãos administrativos de *compliance*, que são mais recentes (a Lei das Estatais, de 2016, induziu as empresas estatais a instituí-las) fazem prevenção de riscos, em parte com olhar jurídico. E órgãos administrativos superiores exercem função revisional interna, por questões de mérito ou jurídicas. (SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo: o novo olhar da LINDB*. 2. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 14.)

²⁰³ Marçal Justen Filho descreve que a generalidade e abstração das normas tornam imprevisíveis a decisão concreta a ser efetivamente adotada para o caso concreto. Este é um dos motivos para o surgimento do consequencialismo jurídico como técnica de decisão para fins de segurança jurídica. (JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista Direito Administrativo*. Edição Especial, p. 13-41, out. 2018. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/download/77648/74311/161992>. Acesso em: 7 mai. 2024. p. 17)

²⁰⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo: o novo olhar da LINDB*. 2. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 33.

²⁰⁵ RIBEIRO, Leonardo Coelho. *O direito administrativo como caixa de ferramentas: a formulação e a avaliação pública entre instrumentalismo, instituições e incentivos*. 2015. 200 f. Dissertação (Mestrado) Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. Rio de Janeiro, 2015.

²⁰⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo: o novo olhar da LINDB*. 2. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 15.

decisões e engrandecimento da Administração Pública? Como consequência, seria a LINDB efetivamente um instrumento para este propósito? Como efetivamente trazer segurança jurídica aos processos administrativos nas atividades de controle?

Decerto que, a premissa do questionamento não se afasta daquilo que é constitucionalmente previsto na Seção IX – Da Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária, artigos 70 a 75, acolhendo e sujeitando o juízo da hipótese acima à matriz da estrutura da Administração Pública de acordo com a previsão constitucional.

Acontece que, conforme Sundfeld destaca, “controlar é influir nas pessoas e no mundo público”, de modo a se perceber quais os impactos que essa mudança de pensamento e paradigma da implementação da LINDB causaram na forma de se pensar o Direito Administrativo e a gestão pública.²⁰⁷

Como reflexo imediato, imagina-se o exercício do controlador no setor público como se fosse um pêndulo. Quanto mais equilibrado e voltado para seu eixo, mais perto do senso do que seria ideal se estará, de modo que eventuais privações, acompanhamentos concomitantes e diligências da fiscalização externa afugentariam os maus gestores dos departamentos públicos. Lado outro, caso o exercício do controle passe a frequentar os extremos, estimulando os controladores a tomada de decisões sem previsibilidade ou contenção das consequências, então se veria um sistema randômico, uma roleta-russa de como a ação administrativa por meio do controlado deveria ou não se posicionar, permitindo a brecha necessária para um risco de proliferação não apenas dos maus gestores, mas, principalmente, desestímulo e distanciamento dos bons agentes públicos.

O receio e medo dos bons agentes públicos assumirem responsabilidade perante a Administração tem também como nascedouro os parâmetros estipulados pelos órgãos de controle, a citar, por exemplo, a hipótese de responsabilização do agente público que estiver aquém de um pensamento médio cujo conceito e as bases de verificação são estipulados pelos próprios controladores.

²⁰⁷ O autor destaca que, ao se adotar uma abordagem subjetiva do tema, a relação comparada entre controlador e controlado é desigual, com vantagem ao primeiro, pois, enquanto aos controlados assiste o senso de pertencimento à Administração Pública cuja estrutura, recursos e capacidades podem impressionar, quando considerado individualmente tornam-se frágeis, muito em função do olhar crítico do controlador a essa estrutura mencionada. Não outro é o pensamento do controlador que ao impingir severas decisões ao controlado adota a máxima do “*quem não deve, não teme*”. (SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo: o novo olhar da LINDB*. 2. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 15.)

Tomando por paradigma o TCU, dentro do escopo do Acórdão nº 1.628/2018²⁰⁸ haverá responsabilidade pela conduta de gestor que destoar daquela esperada de um “administrador médio”, em que se pretende verificar os predicados de boa-fé, cautela, diligência, lealdade e previsão de erros na condução dos trabalhos administrativos. Ao fugir deste parâmetro de razoabilidade, para o TCU, incorrerá o gestor em erro grosseiro, cuja previsão está contida no art. 28 da LINDB.²⁰⁹

Juliana Bonacorsi de Palma²¹⁰, ao interpretar este posicionamento do TCU descreve que o teste de verificação do administrador médio residiria na comparação de comportamento, tomado como razoável em sua conduta se o *check-list* do TCU não registrar qualquer anomalia. Caso a comparação estiver abaixo da expectativa do próprio controlador externo e sua margem de subjetivismo, responsabiliza-se mediante sanções que somente seriam manejadas em situações extremas, quando houvesse discrepância clara entre o critério de atuação do esperado, a noção de administrador médio e a eventualidade de descumprimento de determinações anteriores, conforme conceitos fundamentados pelo Ministro Benjamin Zymler retirados do Acórdão nº 2575/2014-Plenário.²¹¹

Ao partirmos desta situação, a LINDB desafiaria agora não apenas um arquipélago de autonomias da Administração Pública, mas também na condução dos julgamentos perante os

²⁰⁸ BRASIL. *Tribunal de Contas da União*. Acórdão nº 1.628/2018, Plenário na TC 024.434/2014-0, de 18 de julho de 2018. Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Disponível em: AC-1628-23/20-P. Acesso em: 17 abr. 2024.

²⁰⁹ BRASIL. *Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público*, de 25 de abril de 2018 “Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.”

²¹⁰ A análise da autora demonstra que há, em certa medida, um contrassenso com os parâmetros traçados pelo TCU, desafiado por conceitos que em momentos se mostram severos, noutros são suavizados: “Mas quem é o administrador médio do TCU? Para o Tribunal, o administrador médio é, antes de tudo, um sujeito leal, cauteloso e diligente (Ac. 1781/2017; Ac. 243/2010; Ac. 3288/2011). Sua conduta é sempre razoável e irrepreensível, orientada por um senso comum que extrai das normas seu verdadeiro sentido teleológico (Ac. 3493/2010; Ac. 117/2010). Quanto ao grau de conhecimento técnico exigido, o TCU titubeia. Por um lado, precisa ser sabedor de práticas habituais e consolidadas, dominando com mestria os instrumentos jurídicos (Ac. 2151/2013; Ac. 1659/2017). Por outro, requer do administrador médio o básico fundamental, não lhe exigindo exame de detalhes de minutas de ajustes ou acordos administrativos que lhe sejam submetidos à aprovação, por exemplo (Ac. 4424/2018; Ac. 3241/2013; Ac. 3170/2013; 740/2013). Sua atuação é preventiva: ele devolve os valores acrescidos da remuneração por aplicação financeira aos cofres federais com prestação de contas, e não se apressa para aplicar esses recursos (Ac. 8658/2011; Ac. 3170/2013). Não deixa de verificar a regularidade dos pagamentos sob sua responsabilidade (Ac. 4636/2012), não descumprir determinação do TCU e não se envolve pessoalmente em irregularidades administrativas (Ac. 2139/2010)”. (PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Quem é o “administrador médio” do TCU?* Fórum Administrativo: Direito Público. Belo Horizonte, v.20, n.238, dez. 2020. Disponível em: [Quem-é-o-administrador-médio-do-TCU-JOTA-Info.pdf](#). Acesso em: 8 dez. 2024)

²¹¹ O Ministro Benjamin Zymler fundamenta: “25. Por esse motivo, sou da opinião que a atividade de controle externo deve agir com a devida cautela no exame da matéria, de modo a somente manejar as sanções cabíveis em situações extremas, quando for nítido o distanciamento do critério de atuação esperado, considerando a também vaga noção de administrador médio, ou quando forem descumpridas determinações anteriores oriundas deste Tribunal e/ou dos órgãos societários da companhia”. (Acórdão TCU nº 2.575/2014-Plenário. Relator: Min. Benjamin Zymler, j.1/10/2014).

órgãos de controle externo, já que cada Ministro não mais seria uma ilha isolada num contexto de multiplicidade de conceitos e julgados por vezes conflituosos, uma vez que colheriam suas respectivas motivações dentro de uma norma-motriz que prevê e clama estabilidade e segurança jurídica.

Para considerar a Lei nº 13.655/2018 e seus 10 (dez) artigos incluídos no Decreto-Lei nº 4.657/1942 como norma-bússola, se deve considerar não apenas a ruptura com uma forma de interpretar o direito voltado ao setor público que remonta deste a década de 80 com a expansão do controle público, mas precipuamente a maneira como se deu a instalação de suas diretrizes e a incorporação de seu conteúdo pelas Cortes de Controle externo. A título de exemplo, caso fôssemos catalogar quais seriam as matrizes de análise ou os temas-chave dispostos na nova lei, a divisão em 7 (sete) conjuntos apontada por Moreira e Pereira é bastante pertinente, abaixo transcritos:

São 7 temas-chave dispostos na Nova Lei de Introdução: (i) preceitos indeterminados, decisões e efeitos práticos (arts. 20 e 21); (ii) proteção em favor de agentes públicos responsáveis (arts. 22 e 28); (iii) eficácia *ex nunc* a novas interpretações e regras de transição (arts. 23 e 24); (iv) consensualismo público-privado e ajustes de conduta (art. 26); (v) compensação de benefícios ou prejuízos injustos (art. 27); (vi) consultas públicas e participação popular nas escolhas públicas (art. 29) e (vii) dever de estabilização e uniformidade na criação do Direito (art. 30).²¹²

Seguimos com o estudo de como a Lei nº 13.655/2018 foi criada, tomando como ponto de partida um momento anterior ao processo legislativo, e, a adoção dos artigos 20 e 30 como expoentes do estudo do consequencialismo jurídico e segurança jurídica administrativa.

2.1 SURGIMENTO DA LEI Nº 13.655/2018: TRAMITAÇÃO, DEBATES NAS CASAS PARLAMENTARES E QUESTIONAMENTOS AO TEXTO

De uma revelada inquietação por falta de uma leitura adequada durante um voo surgiu os rabiscos iniciais de inserções a serem feitas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, LINDB. Num pedaço de guardanapo repousado em uma bandeja de poltronas de um avião foram projetadas as primeiras ideias que buscariam resguardar a segurança jurídica e eficiência das leis regentes da Administração Pública.²¹³

²¹² MOREIRA, Egon Bockmann; PEREIRA, Paula Pessoa. Art. 30 da LINDB - O dever público de incrementar a segurança jurídica. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], p. 243–274, 2018. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/77657>. Acesso em: 1 jun. 2024. p. 246.

²¹³ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo: o novo olhar da LINDB*. 2. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 7.

Talvez o acaso da circunstância levara Carlos Ari Sundfeld (Fundação Getúlio Vargas, FGV) a projetar um sistema normativo que engendrasses as leis administrativas e que causasse a ruptura necessária para chacoalhar as bases jurídicas da Administração Pública e política. Demonizar gestores não era a solução mais acertada, ainda que fosse, indiscutivelmente, o caminho mais fácil. No cenário posto, o debate acadêmico já estava fomentado, o próximo passo era atizar a atuação legislativa.

A curiosidade sobre como se idealizou a LINDB foi descrita pelo próprio Carlos Ari Sundfeld²¹⁴ e compartilhada posteriormente a Floriano Azevedo Marques Neto (Universidade de São Paulo, USP), outro autor expoente da criação da norma. As ideias foram refinadas e transformadas no texto do Projeto de Lei (PL) nº 349/2015 no Senado Federal²¹⁵, apresentado por Antônio Anastasia, atualmente Ministro do Tribunal de Contas da União – TCU, e, à época, Senador pelo Partido da Social Democracia Brasileira pelo Estado de Minas Gerais (PSDB-MG).

No Senado Federal, Casa Iniciadora do processo legislativo, o conteúdo original da norma tratava de acrescentar à LINDB disposições que davam margem à segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação dos regramentos de direito público.²¹⁶ Na justificativa do PL nº 349/2015 foram propostas medidas para neutralizar importantes fatores de distorção da atividade jurídico-decisória pública²¹⁷, tais como:

- ✓ O alto grau de indeterminação de grande parte das normas públicas;
- ✓ A relativa incerteza, inerente ao Direito, quanto ao verdadeiro conteúdo de cada norma;
- ✓ A tendência à superficialidade na formação do juízo sobre complexas questões jurídico-públicas;
- ✓ A dificuldade de o Poder Público obter cumprimento voluntário e rápido de obrigação por terceiros, contribuindo para a inefetividade das políticas públicas;
- ✓ A instabilidade dos atos jurídicos públicos, pelo risco potencial de invalidação posterior, nas várias instâncias de controle.
- ✓ Os efeitos negativos indiretos da exigência de que as decisões e controles venham de processos (que demoram, custam e podem postergar cumprimento de obrigações);

²¹⁴ Carlos Ari descreve o início de tudo em 1ª pessoa: “No final de maio de 2012, após um seminário em Salvador, em que discuti “A construção do novo Direito Administrativo no Brasil”, cometi a imprudência de entrar sem leituras de mão no avião de volta a São Paulo. Aborrecido pela angústia do tempo que não passava, apanhei a folha de papel que havia no bolso da poltrona e me distraí escrevendo a síntese mais objetiva possível das provocações que acabara de fazer nos debates. O papel era pouco e a solução foi usar sentenças breves, no estilo legislativo clássico (a escassez tem seu valor). Foi assim que surgiu a versão inicial da reforma da LINDB, em favor de mais segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público.” SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo: o novo olhar da LINDB*. 2. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 11.

²¹⁵ Ementa: Inclui, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657, de 1942), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público.

²¹⁶ BRASIL, Senado Federal. Pesquisa nos livros de Anais. Sítio Eletrônico. 2023 Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121664>. Acesso em: 23 abr. 2024.

²¹⁷ A justificativa apresentada colheu seus fundamentos da obra “*Contratações Públicas e Seu Controle*” dos autores Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto, p. 278. (SUNDFELD, Carlos Ari. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Contratações Públicas e Seu Controle*. 2013: Malheiros, p. 278)

- ✓ O modo autoritário como, na quase totalidade dos casos, são concebidas e editadas normas pela Administração Pública.

O texto original e os 10 (dez) artigos a serem incrementados no Decreto-Lei nº 4.657/1942, na síntese das diretrizes proposta, pretendiam:²¹⁸

- ✓ Consagrar alguns novos princípios gerais a serem observados pelas autoridades nas decisões baseadas em normas indeterminadas (arts. 20 e 21);
- ✓ Conferir aos particulares o direito à transição adequada quando da criação de novas situações jurídicas passivas (art. 22);
- ✓ Estabelecer o regime jurídico para negociação entre autoridades públicas e particulares (art. 23);
- ✓ Criar a ação civil pública declaratória de validade, com efeito erga omnes, para dar estabilidade a atos, contratos, ajustes, processos e normas administrativas (art. 24);
- ✓ Impedir a invalidação de atos em geral por mudança de orientação (art. 25);
- ✓ Disciplinar os efeitos da invalidação de atos em geral, para torná-los mais justos (art. 26);
- ✓ Impedir a responsabilização injusta de autoridade em caso de revisão de suas decisões (art. 27);
- ✓ Impor a consulta pública obrigatória para a edição de regulamentos administrativos (art. 28); e
- ✓ Determinar a compensação, dentro dos processos, de benefícios ou prejuízos injustos gerados para os envolvidos (art. 29)

Apresentado no Senado Federal em 2015, o PL nº 349/2015 foi aprovado após tramitação pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania – CCJC sob relatoria da então Senadora Simone Tebet (PMDB/MS) e remetido à Câmara dos Deputados em 2017 por meio do Ofício nº 304/2017, em cumprimento ao disposto no artigo 65 da Constituição Federal de 1988,²¹⁹ de modo que na Casa Revisora, a numeração foi alterada para PL nº 7.448/2017.²²⁰

Dentre as deliberações na Câmara dos Deputados, a Ata da 77ª Reunião Ordinária realizada em 24 de outubro de 2017²²¹ destaca que a tramitação do PL 7.448/2017 foi prioritária, com aprovação do parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania – CCJC sob relatoria do Deputado Federal Paulo Abi-Ackel (PSDB/MG), atestando-lhe a constitucionalidade da norma e aprovando-a sem emendas e com apenas um voto divergente.²²²

²¹⁸ As diretrizes do texto original colheram seus fundamentos também da obra “*Contratações Públicas e Seu Controle*” dos autores Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto, 9. 280. (SUNDFELD, Carlos Ari. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Contratações Públicas e Seu Controle*. 2013: Malheiros, p. 280).

²¹⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*: “Art. 65. O projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar. Parágrafo único. Sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora.”

²²⁰ BRASIL, *Câmara dos Deputados. Pesquisa nos livros de Anais*. Sítio eletrônico. 2024. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2130119>. Acesso em 23 abr. 2024.

²²¹ BRASIL, *Câmara dos Deputados. Pesquisa nos livros de Anais*. Sítio eletrônico. 2024. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/ordemdodia/integras/1613859.htm>. Acesso em 23 abr. 2024.

²²² O voto contrário do Deputado Luiz Couto (PT/PB), conforme se depreende do texto da Ata da 77ª sessão ordinária da Câmara dos Deputados: 5 - PROJETO DE LEI Nº 7.448/17 - do Senado Federal - Antonio Anastasia - (PLS 349/2015) - que "inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas

Encaminhado o texto sem modificações do original ao Poder Executivo Federal, o Presidente Michel Temer, após consulta aos Ministérios do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, da Fazenda, da Transparência e Controladoria-Geral da União e Advocacia-Geral da União, sanciona o texto com os vetos parciais²²³, sob fundamentação de “contrariedade ao interesse público e inconstitucionalidade”, submetendo as razões dos vetos à apreciação do Congresso Nacional.

Em 26 de abril de 2018, o Congresso Nacional recebe o Veto nº 15/2018 e remete as razões da mensagem do Presidente da República para a Secretaria Legislativa do Congresso Nacional – SLCN.

No dia 10 de maio de 2018 é publicado a conclusão do estudo interno do veto parcial apostado,²²⁴ amadurecida a matéria para deliberação em sessão conjunta pelo Congresso Nacional. Na 55ª Legislatura, 4ª Sessão Legislativa Ordinária, Sessão Conjunta nº 10 de 26 de junho de 2018, todos os vetos presidenciais foram mantidos.

Conquanto a tramitação da Lei nº 13.655/2018 transpareça objetiva e ileso de contrapontos e embates em ambas as deliberações no Congresso Nacional, não significa que o texto inicial e final não tenham sofrido críticas quanto a finalidade esperada. Entidades de fiscalização e controle se insurgiram em desfavor do texto proposto e sancionado.

O Ministério Público Federal, em conjunto com a Procuradoria-Geral da República, a Câmara de Coordenação e Revisão, e, a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, emitiu a Nota Técnica Conjunta nº 1/2018 com críticas aos PL's nº 349/2015 e 7.448/2017.²²⁵

do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público". RELATOR: Deputado PAULO ABI-ACKEL. PARECER: pela constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação. Em 19/09/2017, foi lido o Parecer do Relator, Deputado Paulo Abi-Ackel, pelo Deputado Luiz Fernando Faria e concedida vista ao Deputado Valmir Prascidelli. Na presente Reunião, discutiu a matéria o Deputado Marcos Rogério. O Deputado Luiz Couto, Vice-Líder do PT, orientou contrariamente sua bancada. Passou-se à votação. Foi aprovado o Parecer, com o voto contrário do Deputado Luiz Couto.

²²³ Os vetos parciais do Presidente da República ao texto, foram: Parágrafo único do art. 23 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, acrescido pelo art. 1º do projeto; Art. 25 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, acrescido pelo art. 1º do projeto; Inciso II do § 1º do art. 26, do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, acrescido pelo art. 1º do projeto; § 2º do art. 26 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, acrescido pelo art. 1º do projeto; § 1º do art. 28 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, acrescido pelo art. 1º do projeto; § 2º do art. 29 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, acrescido pelo art. 1º do projeto; §§ 2º e 3º do art. 28 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, acrescido pelo art. 1º do projeto, e o faz mediante a Mensagem nº 212, de 25 de abril de 2018²²³ com a comunicação direcionada ao Presidente do Senado Federal do Veto Parcial nº 15/2018, nos termos do § 1º do art. 66 da Constituição Federal de 1988

²²⁴ BRASIL. *Congresso Nacional. Estudo do veto nº 15/2018*. Veto Parcial ao Projeto de Lei do Senado nº 349 de 2015 (PL nº 7.448, de 2017, na Câmara dos Deputados). Elaboração em 10 de maio de 2018. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7730304&ts=1701804874459&disposition=inline>. Acesso em: 25 abr. 2024.

²²⁵ BRASIL. Ministério Público Federal. *Nota Técnica Conjunta nº 1/2018*. Publicada em 11 de abril de 2018. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/Nota%20Tecnica%201_2018.pdf. Acesso em: 25 de abr. 2024.

As críticas do MPF foram no sentido de que a norma, mais do que disciplinar a atuação do administrador público, impactaria de forma direta e imediata na atuação dos órgãos de controle da Administração Pública, que tomado por pressuposto a esfera federal, afetaria as atividades da CGU, TCU, unidade de controle interno e CADE, bem como reformaria toda atuação do Poder Judiciário.²²⁶

Dos impactos sob a perspectiva administrativa foi questionado a constitucionalidade do texto, já que os artigos propostos “transfeririam indevidamente ao julgador o ônus e as responsabilidades inerentes à atividade do gestor público”, valendo-se de termos que conceitualmente seriam genéricos, lacunosos e cuja aplicação prática ofenderiam os princípios regentes do Direito Administrativo, estrangulando a atividade de controle externo²²⁷ ao afrouxar os mecanismos de fiscalização e controle.²²⁸

Invariavelmente, a discussão também ganharia a arena do Poder Judiciário, ao considerar que o texto proposto para nova LINDB incentivaria uma subversão ou desvirtuamento da função judicial, que passaria a atuar sob o dever de antever alternativas e consequências em benefício de gestores, acautelando-os, ainda que tenham deixado de adotar as ressalvas necessárias para evitar ato ou contrato que viessem a ser invalidados, conforme se depreende no trecho destacado abaixo:

Ora, as consequências práticas, quer de ordem jurídica, quer de ordem administrativa, da invalidação do ato estão preestabelecidas no ordenamento jurídico, sendo de se pressupor que sejam de conhecimento de todos, sobretudo do administrador público. Daí porque, tomando-se inteiramente pertinente a invocação do dispositivo vigente da própria Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Art. 3º Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece), parece excessivo exigir-se do órgão que exerce o controle, manifestação expressa das consequências jurídicas da sua decisão. Há um risco de se converter os órgãos de controle e órgãos judiciais em órgãos de consultoria jurídica da própria Administração.²²⁹

Com críticas semelhantes, o TCU também se insurgiu contra os PL’s 349/2015 e 4.778/2017, e por meio de parecer TCU/CONJUR TC-012.028/2018-5, em face do parecer-resposta elaborado pelos autores do projeto, concluiu que o pressuposto da insegurança jurídica

²²⁶BRASIL. Ministério Público Federal. *Nota Técnica Conjunta nº 1/2018*. Publicada em 11 de abril de 2018. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/Nota%20Tecnica%201_2018.pdf. Acesso em: 25 de abr. 2024. p. 3.

²²⁷ BRASIL. Ministério Público Federal. *Nota Técnica Conjunta nº 1/2018*. Publicada em 11 de abril de 2018. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/Nota%20Tecnica%201_2018.pdf. Acesso em: 25 de abr. 2024. p. 5.

²²⁸BRASIL. Ministério Público Federal. *Nota Técnica Conjunta nº 1/2018*. Publicada em 11 de abril de 2018. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/Nota%20Tecnica%201_2018.pdf. Acesso em: 25 de abr. 2024. p. 7.

²²⁹ BRASIL. Ministério Público Federal. *Nota Técnica Conjunta nº 1/2018*. Publicada em 11 de abril de 2018. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/Nota%20Tecnica%201_2018.pdf. Acesso em: 25 de abr. 2024. p. 5.

e a ineficiência da Administração Pública a serem protegidos “não são problemas que se resolvem com a criação de critérios de interpretação das normas”, visto que critérios com interpretações abertas e conceitos não consolidados trariam grande potencial para promover o efeito inverso do desejado, ou seja, mais insegurança jurídica e ineficiência.²³⁰

Mateus Bertoncini comunga com as críticas do MPF e TCU, indo até mesmo além no argumento, ao descrever que as modificações ao texto da LINDB alterariam os próprios fundamentos do Direito Público brasileiro, e, por conseguinte, do Direito Administrativo, ao “inocular no sistema jurídico nacional o implícito princípio da prevalência do interesse privado sobre o interesse público, em nome da eficiência e segurança dos negócios.”²³¹

Como base da conclusão, o autor assevera, ao interpretar a apresentação dos motivos do Projeto de Lei nº 349/2015 no Senado Federal, especificamente o trecho em que Antônio Anastasia acentua que “quanto mais se avança na produção dessa legislação, mais se retrocede em termos de insegurança jurídica”, bem como, “o aumento de regras sobre processo e controle da administração tem provocado aumento da incerteza e da imprevisibilidade e esse efeito deletério pode colocar em risco os ganhos de estabilidade institucional.”²³², que no Brasil os conceitos de segurança jurídica e controle seriam antagônicos, no sentido de que não se poderia visualizar um “Estado Brasileiro inimigo” como núcleo de um sistema de controle para produção de estabilidade institucional.²³³

Lado outro, e em defesa do projeto apresentado ao Senado Federal, Sundfeld e Jurksaitis²³⁴ lembram que, por mais que a CF/88 tenha previsto um conjunto normativo que dê amparo e suporte aos institutos do direito público, ainda faltava uma norma uniformizadora dos preceitos gerais que devem estabelecer as normas gerais para aplicação e para melhor regulação, tanto na atuação da administração quanto na relação dela com os administrados.

²³⁰ BRASIL. *Consultoria Jurídica do Tribunal de Contas da União*. Parecer, de 20 de abril de 2018. PROCESSO TCU/CONJUR: TC-012.028/2018-5. Interessado: Tribunal de Contas da União. Parecer do Projeto de Lei no 7.448/2017, em face do parecer-resposta elaborado pelos autores do projeto em relação à análise preliminar que esta consultoria havia realizado. Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 2018. p. 55-56.

²³¹ BERTONCINI, Mateus. A suposta alteração dos fundamentos do Direito Administrativo pela nova redação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdagp/article/view/7093/pdf>. Acesso em 23 abr. 2024. p. 17.

²³² Na justificativa do PL nº 349/2015, o Parlamentar faz referência à necessidade de consolidação da democracia mediante a institucionalização do Poder Público, que, mediante a ampla legislação que regulamenta os controles externos e internos dos órgãos estatais, há crescente proliferação de regras era fator determinante para incertezas e imprevisibilidades.

²³³ BERTONCINI, Mateus. A suposta alteração dos fundamentos do Direito Administrativo pela nova redação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdagp/article/view/7093/pdf>. Acesso em 23 abr. 2024. p. 4.

²³⁴ LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (Orgs.). *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: FGV Direito. Rio, 2016. p. 21-24.

Para fins de garantia da estabilidade e segurança jurídica do direito público aplicado à Administração e ao administrado, não é necessário apenas transparecer qual é o direito sob uma perspectiva de princípio que se adeque ao fato; é preciso motivar adequadamente, considerando os efeitos a decisão no caso concreto e até mesmo as possíveis soluções alternativas.²³⁵

Os Projetos de Lei nº 349/2015 e 4.778/2017, tramitados respectivamente do Senado Federal e Câmara dos Deputados, não sofreram graves interpelações ou críticas do Congresso Nacional quanto à aceitação da finalidade de segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do Direito Público proposta. Com ajustes no texto e deliberações legislativas, seguiu para sanção presidencial feita sob vetos parciais, doravante mantidos por meio de nova apreciação legislativa, emergindo a Lei nº 13.655 de 25 de abril de 2018.

Dentre os 10 (dez) artigos implementados, elenca-se como de maior interesse desta pesquisa aqueles destinados a tratar da segurança jurídica, necessidade de previsibilidade e intenção de nova sistemática a ser aplicada como norte de julgamento.

O consequencialismo como técnica de decisão pelos órgãos de controle, o pragmatismo como viés de segurança jurídica e os efeitos desejados pela norma passarão a ser analisados a seguir.

2.2 O CONCEITO DE CONSEQUENCIALISMO JURÍDICO COMO TÉCNICA DE DECISÃO DA LEI Nº 13.655/2018

O art. 20 da LINDB se debruça sobre o estudo das consequências práticas das decisões administrativas, judiciais e controladoras, de maneira que, expressamente, estipula freios ao subjetivismo interpretativo do julgador/decisor.

Com a implementação da Lei nº 13.655/2018, considerada a norma em sua integralidade acrescida dos 10 (dez) novos artigos contidos no bojo do Decreto-Lei nº 4.657/1942, surgiu a problemática: como seria a projeção e assimilação dos princípios e corolários hermenêuticos da nova norma pelo controle externo da Administração Pública? A resposta pode ser obtida através do estudo da construção literária feita do conceito de consequencialismo jurídico, posteriormente convertido em texto normativo pelo Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019.²³⁶

²³⁵ LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (Orgs.). *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: FGV Direito. Rio, 2016. p. 22.

²³⁶ BRASIL. *Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657*, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro, de 10 de junho de 2019. Brasília/DF, 2019. Disponível em: [D9830](#). Acesso em: 22 de mai. 2024.

Era de se esperar que as mudanças e adaptações da LINDB causassem efeitos, precipuamente nos quesitos de segurança jurídica e eficiência, tendo como norte o fortalecimento do ambiente institucional do Direito Público brasileiro.²³⁷ Deste modo, para que se pudesse promover a melhoria da segurança jurídica e eficiência da Direito Administrativo voltado ao Direito Público era preciso entender o que viria a ser o consequencialismo como técnica de decisão empregado pela LINDB, um dos expoentes das alterações do novo texto.

Para o Marçal Justen Filho, o conceito de consequencialismo voltado para o campo jurídico se associa à finalidade pretendida pela LINDB no art. 20²³⁸, a qual se pretendeu diminuir a carga de subjetivismo e a fragilidade de decisões, “impondo a obrigatoriedade do efetivo exame das circunstâncias do caso concreto, tal como a avaliação das diversas alternativas sob um prisma de proporcionalidade.”²³⁹

Ao atribuir o fundamento da validade à norma, considera-se a aplicação do direito como um todo, esclarecendo que o conceito de *aplicar o direito* significa a atividade “juridicamente subordinada ao conteúdo e às determinações de uma norma jurídica de maior hierarquia”, o que vedaria a adoção de critérios de soluções concretas fundadas em avaliações “puramente subjetivas da autoridade estatal.”²⁴⁰

Em sentido similar, Fernando Leal e José Vicente Santos de Mendonça elencam o consequencialismo jurídico como um dos grandes assuntos do direito público atual, motivo que voltam o escopo de suas análises ao tema do consequencialismo e das estratégias regulatórias, conforme se verifica do trecho seguinte:

O eixo temático condutor da obra são as transformações do direito administrativo brasileiro, sob o foco do tema do consequencialismo e das estratégias regulatórias. O consequencialismo é um dos grandes assuntos do direito público contemporâneo. Por muito que se fale, há risco da consolidação de platitudes irrefletidas; de se estabelecer mais um mantra, mais um rótulo vazio para a pseudoerudição que tanto influencia o direito brasileiro. No que esse consequencialismo consiste de fato? Será que a atenção às consequências em julgamentos trará segurança jurídica? O assunto adquire ainda mais proeminência diante de proposta legislativa, inspirada por um dos convidados

²³⁷ CARVALHO, Morgana Bellazzi de Oliveira. A lei nº 13.655/2018 e seus efeitos para o controle da administração pública. **Revista Controle - Doutrina e Artigos**, [S. l.], v. 17, n. 2, p. 305–333, 2019. Disponível em: <https://revistacontrole.tce.ce.gov.br/index.php/RCDA/article/view/529>. Acesso em: 7 mai. 2024. p. 307.

²³⁸ BRASIL. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Redação modificada pela Lei nº 13.655/2018. Brasília, 1942: “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.”

²³⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista Direito Administrativo**. Edição Especial, p. 13-41, out. 2018. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/download/77648/74311/161992>. Acesso em: 7 mai. 2024. p. 15.

²⁴⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista Direito Administrativo**. Edição Especial, p. 13-41, out. 2018. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/download/77648/74311/161992>. Acesso em: 7 mai. 2024. p. 16.

do evento, o professor Carlos Ari Sundfeld, que busca consagrá-lo. O leitor terá farto material para reflexão.

Mas nem só de consequencialismo vive o direito administrativo dos dias de hoje. As diversas inovações — tecnológicas e jurídicas — solicitam estratégias regulatórias variadas. Seja o Uber, seja a economia comportamental, a autorregulação, o PPI ou as *startups*, fato é que há muitos assuntos a serem analisados. O direito administrativo, nascido numa autocompreensão de revolucionários franceses a respeito da separação de poderes, e, desde então, bastante influenciado por doutrinadores, encontra-se, hoje, diante de desafios técnicos e tecnológicos que ultrapassam em muito categorias conceituais do século XVIII. Viver o direito administrativo de 2016 é viver a transformação de uma disciplina e a explosão de suas técnicas.²⁴¹

Tomando por foco apenas o pensamento de Fernando Leal, ao descrever o consequencialismo como força de princípio, sustenta que princípios são normas com estrutura teleológica, sendo que a tomada de decisão com base em princípios jurídicos deveria necessariamente envolver um juízo sobre possíveis efeitos atrelados à aplicação de medidas destinadas a realizadas os estados de coisas a eles vinculados.²⁴²

O pensamento do autor sugere que “justificar decisões com base em princípios significaria recorrer invariavelmente a raciocínios consequencialistas,” sendo que a validade de “argumentos consequencialistas dependeria da confiabilidade das prognoses feitas sobre o que acontecerá com o mundo caso um determinado curso de ação seja adotado”²⁴³. A ideia seria associar o consequencialismo jurídico a um leque de previsões cujas bases são fincadas na proporcionalidade e expectativa de certezas antecipáveis, não sendo alçada do controlador, no caso da aplicação das consequências práticas da decisão voltadas ao controle externo, valer-se de futurologia com exigência de acertabilidade dos fatos ainda desconhecidos.²⁴⁴

²⁴¹ LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (Orgs.). *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: FGV Direito. Rio, 2016. p. 8.

²⁴² LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (Orgs.). *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: FGV Direito. Rio, 2016. p. 27.

²⁴³ LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (Orgs.). *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: FGV Direito. Rio, 2016. p. 27.

²⁴⁴ Ao tratar da expectativa futura de certezas antecipáveis, o autor descreve, ainda quando o PL nº 349/2015 tramitava, que deveriam os tomadores de decisão recorrer, sempre que possível, a dados ou juízos técnicos para sustentar as suas prognoses (algo presente, de alguma forma, na proposta de redação do artigo 27); estabelecer regras de ônus de prova e determinar que resultado deveria ser privilegiado em cenários de plena incerteza ou ignorância sobre o futuro (regras de deferência institucional ou de manutenção do mundo “como está”, por exemplo); obrigar o tomador de decisão a selecionar critérios jurídicos para a ordenação de consequências e a justificar sua preferência por certa alternativa decisória em casos em que critérios diferentes possam ser aplicáveis; impor o ônus de determinação do sentido dos critérios de valoração utilizados para ordenar estados do mundo; criar regras de parada para a consideração de cadeias de consequências, ou argumentos do tipo “efeito dominó”, e prever mecanismos de vinculação para a solução de casos futuros. Esses são apenas possíveis caminhos para que, colocando em termos consequencialistas, o Projeto de Lei possa, se aprovado, produzir com maior probabilidade os efeitos que almeja no direito público brasileiro. (LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (Orgs.). *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: FGV Direito. Rio, 2016. p. 29)

No mesmo sentido Henrique Ribeiro Cardoso e Davi Barretto Dória descrevem que a consideração das consequências jurídicas e administrativas “fica limitada aos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos que são esperados do decisor no exercício diligente de sua atuação”, de modo que não se espera a utilização de informações que não estejam demonstradas nos autos do processo a que apensará a decisão.²⁴⁵

Com maior pragmatismo, José Mendonça descreve que “autoridades interpretativas abdicam de poderes por meio de interpretação de lei”, bem como “exigir a medição de consequências práticas traz problemas de prognose, de comensurabilidade, de axiologia”.²⁴⁶ Ambas as premissas consideraram que a forma de se aplicar o conceito de consequencialismo jurídico toma formações e inspirações ao longo do estudo da teoria da decisão, muito em função da prática do direito em ansiar por novidades irrelevantes e fazendo do decisionismo um produto final de sua análise, de modo que o controlador ou o juiz que buscarem as consequências práticas para fundamentar seu decisionismo estariam sendo “educados e constrangidos por uma nova gramática.”²⁴⁷

A mudança de gramática do direito, portanto, seria pressuposto dos reflexos práticos nas decisões a serem tomadas futuramente. A expressão legislativa, dentre seus corolários, atrairia um viés educacional em que “mesmo que culturas não mudem por leis, leis podem sinalizar *zeitgeists*²⁴⁸ e indicar caminhos”.²⁴⁹

Trata-se de um primeiro passo para inclinações pragmáticas que incitariam autoridades controladoras, judiciais e administrativas a “pensarem nas consequências de seus atos”, como se sugerisse a necessidade de um estado de autoconsciência do julgador em vislumbrar que suas

²⁴⁵ CARDOSO, Henrique Ribeiro; DÓRIA, Davi Barretto. A segurança jurídica dos atos administrativos e a objetivação das demandas refletidas no art. 30 da nova LIND. *Revista Direito Administrativo*. [S. l.], v. 279, n. 3, p. 149–179, 2020. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/82960>. Acesso em: 1 jun. 2024. p. 154.

²⁴⁶ LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (Orgs.). *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: FGV Direito. Rio, 2016. p. 32.

²⁴⁷ Na integralidade, o autor descreve: “Além disso, ele responde à necessidade, típica da prática do direito, por novidades irrelevantes. Se, ontem, a tendência era a ponderação, a proporcionalidade, Alexy e a Alemanha, hoje, talvez, o *must* seja o pragmatismo, o consequencialismo, Posner e os Estados Unidos. Vai-se a ponderação, entra o pragmatismo; fica, em todo caso, o decisionismo.” (LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (Orgs.). *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: FGV Direito. Rio, 2016. p. 32-33)

²⁴⁸ Expressão que significa um conjunto de ideias, crenças, comportamentos e influências que podem vir a caracterizar o espírito de uma determinada época em particular.

²⁴⁹ O autor não é alarmista em seu prognóstico sob a forma de absorção por parte dos controladores e juizes do conceito de consequências práticas das decisões. Descreve que “talvez o futuro, assim como a verdade, esteja no meio. Nem uma transformação autoabdicante de poderes, nem o inócuo acréscimo da palavra “consequências” às fundamentações. Um cenário de primeiro passo; de inclinações pragmáticas que testam caminhos.” (LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (Orgs.). *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: FGV Direito. Rio, 2016. p. 32-33)

decisões, no sentido social, podem gerar mais efeitos do que as adotadas e previstas inicialmente para resolução rápida do conflito posto.²⁵⁰

A doutrina contribuiu com as fundações conceituais do que seria o consequencialismo jurídico em momento concomitante à tramitação da LINDB nas duas casas do parlamento, período de 2015 a 2018, não podendo ser diferente, já que o Direito é a ciência que se propõe a regular o comportamento humano por meio de normas emanadas dos diversos atores e grupos sociais.²⁵¹ O acompanhamento permitiu a segurança jurídica, ainda que no campo teórico, sobre quais seriam os postulados e hermenêutica aplicada para as inovação que passariam a reger os órgãos de controle, administrativos e judiciais.

No capítulo II do Decreto nº 9.830/2019, denominado “Da Decisão”, foram entabulados arranjos conceituais para motivação e decisão, estendendo-se do art. 2º ao 9º. Especificamente no § 2º, do art. 3º, descreveu-se as nuances do que seria o consequencialismo jurídico prático, ao qual “na indicação das consequências práticas da decisão, o decisor apresentará apenas aquelas consequências práticas que, no exercício diligente de sua atuação, consiga vislumbrar diante dos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos.” De modo semelhante, o art. 13 do Decreto Federal nº 9.830/2019 comunga com o significado sugerido pelo art. 22 da LINDB por trazer disposição expressa sobre os limites do controle judicial de regularidade da decisão administrativa, *in verbis*: “Art. 13. A análise da regularidade da decisão não poderá substituir a atribuição do agente público, dos órgãos ou das entidades da administração pública no exercício de suas atribuições e competências, inclusive quanto à definição de políticas públicas.”

Na essência, o Decreto Federal nº 9.830/2019 atribui validade às capacidades das instituições, uma vez que privilegia a função do gestor no direcionamento de políticas públicas e deseja, concomitantemente, impor limite à ocorrência de juízo de valor sobre assuntos dessa natureza por parte do Poder Judiciário, quando exercido a pretexto de estar controlando a legalidade dos atos da Administração Pública. Assim entendido, o Decreto tem o mérito de realçar a prerrogativa do gestor sobre políticas públicas, diante da sua *expertise* técnica e legitimidade democrática, sem ter a pretensão de enfraquecer o controle judicial de legalidade.²⁵²

²⁵⁰ LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (Orgs.). *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: FGV Direito. Rio, 2016. p. 34.

²⁵¹ CAMILO, Crithian Gärtner dos Santos. *Consequencialismo e seu impacto sobre as deliberações do Tribunal de Contas da União*. 2022. Monografia (Especialização em Análise Econômica do Direito) – Instituto Serzedello Corrêa, Escola Superior do Tribunal de Contas da União, Brasília DF. 47 f. p. 19.

²⁵² NIEBUHR, Pedro de Menezes.; MEDEIROS, Isaac Kofi.; DONATO, Thales.; PLETICOS, Eduarda Luckmann. Tribunais ativistas ou deferentes? O que revela a análise da jurisprudência. *Revista Direito FGV*. [S. l.], v. 18, n. 3, 2022. Disponível em: [Vista do Tribunais ativistas ou deferentes? O que revela a análise da jurisprudência](#). Acesso em 2 dez. 2024. p. 14.

No mesmo sentido, é possível também argumentar que a separação constitucional de Poderes (CF/88, art. 2º) serve de fundamento geral para a aplicação do princípio da deferência, “ainda que dela por si só não se extraia uma consequência jurídica específica de autocontenção judicial diante da realidade do gestor público”, que é o caso do *caput* e do § 1º do art. 22 da LINDB e do art. 13 do Decreto Federal nº 9.830/2019.²⁵³

A previsão expressa do Decreto nº 9.830/2018 comunga com a proporcionalidade na prognose e estudo de futurologia previstos por Leal e Mendonça. Para além da noção de evitar ou diminuir carga de subjetivismo da decisão adotando-se soluções concretas já pré-estabelecidas, bem como a utilização de princípios como instrumento do raciocínio consequencialista da decisão, tem-se também a sustentação normativa não apenas do art. 20 da LINDB, mas também do Decreto nº 9.830/2019 que veio a regulamentar conceitos que, porventura, fossem abstratos e inconclusivos.²⁵⁴

A consequência prática da decisão foi conceito pensado e positivado, sendo que os aspectos de segurança jurídica funcionam como um estágio posterior, resultado da consolidação ou não das premissas sustentadas pela LINDB e seus novos artigos. Ao se almejar segurança jurídica, bases sólidas devem ser calcadas com base em um mínimo de pragmatismo, assunto do próximo subtópico.

2.3 DA VALIDAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA EM ÂMBITO ADMINISTRATIVO E DO PRAGMATISMO COMO MECANISMO DE CONFIRMAÇÃO

A segura jurídica é um conceito garantidor, um caminho para se chegar à finalidade do Direito de entregar à sociedade a confiança necessária para regulação das relações particulares e públicas. Entre as motivações para o efetivo surgimento da segurança jurídica, emerge o sen-

²⁵³ NIEBUHR, Pedro de Menezes.; MEDEIROS, Isaac Kofi.; DONATO, Thales.; PLETICOS, Eduarda Luckmann. Tribunais ativistas ou deferentes? O que revela a análise da jurisprudência. *Revista Direito FGV*. [S. l.], v. 18, n. 3, 2022. Disponível em: [Vista do Tribunais ativistas ou deferentes? O que revela a análise da jurisprudência](#). Acesso em 2 dez. 2024. p. 14.

²⁵⁴ LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (Orgs.). *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: FGV Direito. Rio, 2016. p. 32-34.

tido de que nas sociedades contemporâneas a previsibilidade é um pressuposto intocável, necessário como preservação de sobrevivência da própria sociedade,²⁵⁵ sendo preciso “o imperativo de sua regulação para além da simples análise filosófica, pugnando a sua positivação.”²⁵⁶

Na CF/88, a segurança jurídica é conceito de carga valorativa principiológica com previsão no art. 5º, XXXI,²⁵⁷ instituindo a proteção e respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e a coisa julgada. O mesmo sentido do texto normativo é replicado pela própria LINDB no artigo 6º e parágrafos,²⁵⁸ tendo sido acrescentado pela Lei nº 3.238/1957²⁵⁹ que incluiu dispositivos no Decreto-Lei nº 4.657/1942, trazendo regulamentação de conceitos, especificamente, o que seria o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Seguindo o mesmo propósito, a Lei nº 9.784/1999,²⁶⁰ que regulamenta o processo administrativo âmbito da Administração Pública Federal, replica a natureza de princípio da segurança jurídica no artigo 2º.²⁶¹ Doutro lado, e com abordagem diferente, o já comentado Decreto nº 9.830/2019 veio a regulamentar o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657/1942, e em seu Capítulo V descreve a forma de atuação das autoridades públicas para que a aplicação das normas da LINDB possam alcançar a segurança jurídica que se pretende, ou seja, o aspecto finalístico na norma tem um viés mais pragmático.

Com razão os conceitos devem ser esmiuçados pela LINDB, já consideradas as ampliações normativas proporcionadas pela Lei nº 3.238/1957 e Lei nº 13.655/2018, pois sendo uma lei que regulamenta outras leis, suas implicações práticas devem ter escopo interpretativo muito

²⁵⁵ Henrique Ribeiro Cardoso e Davi Barretto Dória (2020, p. 4) conceituam o que é segurança jurídica a partir do elo entre o Estado Democrático de Direito e a proteção à legitimação de confiança que os cidadãos devem ter com relação à atuação do Estado. (CARDOSO, Henrique Ribeiro; DÓRIA, Davi Barretto. A segurança jurídica dos atos administrativos e a objetivação das demandas refletidas no art. 30 da nova LIND. **Revista Direito Administrativo**. [S. l.], v. 279, n. 3, p. 149–179, 2020. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/82960>. Acesso em: 1 jun. 2024. p. 152)

²⁵⁶ AMAURY MAIA NUNES, Jorge. Segurança Jurídica. **Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília**, [S. l.], v. 6, n. 1, 2010. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/view/20435/26247>. Acesso em: 26 abr. 2024. p. 3.

²⁵⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988: “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

²⁵⁸ Dispõe o art. 6º instituído Lei nº 3.238/1957: “Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. § 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbitrio de outrem. § 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.”

²⁵⁹ BRASIL. *Altera a disposições da Lei de Introdução ao Código Civil*. Lei nº 3.238, de 1º de agosto de 1957. Brasília/DF, 1957. Disponível em: [L3238](https://legis.senado.gov.br/legislacao/Lista.do?id=3238). Acesso em: 8 dez. 2024.

²⁶⁰ BRASIL. *Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal*. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Brasília/DF, 1999. Disponível em: [L9784](https://legis.senado.gov.br/legislacao/Lista.do?id=9784). Acesso em: 8 dez. 2024.

²⁶¹ BRASIL. *Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal*. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999: “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”

bem delineado. Os preceitos de segurança jurídica, assim como consequencialismo e eficiência, foram alçados como bases para criação da LINDB e seus novos artigos, com especial atenção ao artigo 30 e sua finalidade normativa combinado com o art. 19 do Decreto nº 9.830/2019.²⁶²

Para Cardoso e Dória a busca pela segurança jurídica é o grande alvo da LINDB, a qual desenvolve o argumento de que os envolvidos, quais sejam, o gestor público, o órgão de controle e, eventualmente, um terceiro particular, devem proceder na tomada de decisões, com respeito à segurança jurídica, à previsibilidade consequencialista e aos limites institucionais de cada um, cabendo à Administração Pública instituir a segurança jurídica esperada e necessária.

263

Lembra bem os autores, que aos órgãos de controle e fiscalização, dentro do quadrante constitucional, não lhes foram outorgados a possibilidade de tomada de decisão, desde assuntos corriqueiros até os mais sensíveis, já que são cabíveis apenas ao gestor, todavia não lhes é retrato fiel de suas competências somente a repressão, mas, também, e principalmente, a orientação em casos de irregularidades. A orientação possui carga de segurança jurídica, cuja aproximação de gestor e órgãos julgadores e de controle é um dos vieses da LINDB.

Com a implementação da LINDB busca-se o pragmatismo que se encaixa aos preceitos dos valores da segurança jurídica para se alcançar a estabilidade. Sobre este aspecto, a estabilidade administrativa parte de “exigir uma uniformização dos entendimentos no âmbito administrativo, sem desprezar as possibilidades de conformação do mérito por critérios de conveniência e oportunidade característicos das decisões discricionárias.”²⁶⁴

Ao suscitar a uniformização dos entendimentos em âmbito administrativo é possível alçar como exemplo a utilização dos precedentes que já estiverem positivados no ordenamento jurídico sem que exista o desvirtuamento ou que se subvertam as características do Direito Administrativo puro, que devem ser preservadas para fins de sincronia e harmonização dos sistemas processual e administrativo. A ideia dos autores leva em consideração o microssistema de uniformização jurisprudencial na seara administrativa, cujas decisões tomadas sob o crivo do

²⁶² BRASIL. *Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro, de 10 de junho de 2019*: “Art. 19. As autoridades públicas atuarão com vistas a aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de normas complementares, orientações normativas, súmulas, enunciados e respostas a consultas. Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput terão caráter vinculante em relação ao órgão ou à entidade da administração pública a que se destinarem, até ulterior revisão.”

²⁶³ CARDOSO, Henrique Ribeiro; DÓRIA, Davi Barretto. A segurança jurídica dos atos administrativos e a objetivação das demandas refletidas no art. 30 da nova LIND. *Revista Direito Administrativo*. [S. l.], v. 279, n. 3, p. 149–179, 2020. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/82960>. Acesso em: 1 jun. 2024. p. 151.

²⁶⁴ CARDOSO, Henrique Ribeiro; DÓRIA, Davi Barretto. A segurança jurídica dos atos administrativos e a objetivação das demandas refletidas no art. 30 da nova LIND. *Revista Direito Administrativo*. [S. l.], v. 279, n. 3, p. 149–179, 2020. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/82960>. Acesso em: 1 jun. 2024. p. 174.

juízo de consequencialidade previsto no art. 20 da LINDB servem como fundação para estabilidade do sistema.

Em sentido parecido, Moreira e Pereira tratam o sistema de precedentes como ferramenta importante para o ato de decidir, e, conseqüentemente, como validação do pragmatismo e segurança jurídica, de modo que a institucionalização do dever de respeito às decisões administrativas, seja no plano vertical, ou a estrutura vinculada ao órgão pela hierarquia, seja no plano horizontal, tangente ao próprio órgão ou a entidade prolatora da decisão, atuem não apenas com respeito à autonomia funcional, mas com observância, também, da unidade institucional.²⁶⁵

Dentro deste sentido de sistema de precedentes, o art. 30 da LINDB²⁶⁶ significa a aplicação segurança jurídica por meio do melhoramento do desenho institucional da ordem normativa. Ele convive com o aspecto da indeterminação do Direito, do impacto do constitucionalismo na atividade decisória estatal e foca no dever de criação de precedentes (*lato sensu*), como critérios de racionalidade, legitimidade e institucionalidade da atividade decisória pública.²⁶⁷

Ao depurar este raciocínio, é aceitável que o pragmatismo como instrumento de segurança jurídica parte de uma necessária “criação de mecanismos que estabilizem as decisões no tempo e permitam seu aperfeiçoamento contínuo, a depender das circunstâncias fáticas e jurídicas que identificam os litígios públicos.”²⁶⁸

Noutro giro à ideia do sistema de precedentes, voltado agora à essência e finalidade da norma, Juliana Banarcsi Palma sustenta que a inspiração da LINDB, considerada com a adição da Lei nº 13.655/2018, significa a ampliação de soluções que ajudem a viabilizar o desenho de soluções jurídicas com maior criatividade e conforto decisório. Trata-se de pensar no processo

²⁶⁵ MOREIRA, Egon Bockmann; PEREIRA, Paula Pessoa. Art. 30 da LINDB - O dever público de incrementar a segurança jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], p. 243–274, 2018. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/77657>. Acesso em: 1 jun. 2024. p. 247.

²⁶⁶ BRASIL. *Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público*, de 25 de abril de 2018: “Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.”

²⁶⁷ MOREIRA, Egon Bockmann; PEREIRA, Paula Pessoa. Art. 30 da LINDB - O dever público de incrementar a segurança jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], p. 243–274, 2018. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/77657>. Acesso em: 1 jun. 2024. p. 247.

²⁶⁸ MOREIRA, Egon Bockmann; PEREIRA, Paula Pessoa. Art. 30 da LINDB - O dever público de incrementar a segurança jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], p. 243–274, 2018. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/77657>. Acesso em: 1 jun. 2024. p. 246.

em busca de soluções de alavanquem o diálogo decisório, não mais se engendrando às decisões que já são conhecidas.²⁶⁹

O posicionamento não comunga com autoindulgência de se imaginar que as decisões administrativas e judiciais atuais são insuficientes de motivações ou validade, tampouco se permite sugerir que a aplicação isolada da LINDB signifique que controladores e juízes se transformem automaticamente em arautos do bom direito.

O que se sugere é, ao se aplicar o art. 30 da forma como a autora pretende, o exercício de pensar o processo sabendo que suas reflexões fazem parte de um método que inova na aplicação do direito público, na medida que “pavimenta o experimentalismo na administração pública, como assimilação de novas tecnologias em suas atividades prestacionais e o emprego de mecanismos jurídicos atípicos.”²⁷⁰

O pragmatismo existente na LINDB busca colocar no meio das preocupações do Direito Público as limitações de ordem material e fática que informam a implementação das normas de direito, exigindo-se maior contextualização na interpretação do Direito, na anulação de atos administrativos, na aplicação de sanções e na responsabilização dos gestores públicos.²⁷¹

Sobre o assunto, Cardoso e Dória bem delineiam que a ideia do pragmatismo jurídico não significa propriamente um conceito com postulados de fácil e imediata aplicação, trata, pois, de uma postura interpretativa, carregada de valorações subjetivas do julgador, sem, contudo, afastar-se do principal que é a melhor decisão para o caso concreto. Neste sentido, ainda que lhe falta um conceito consolidado, o pragmatismo jurídico carrega consigo a necessidades de eficiência e praticidade de decisões jurídicas e em todas as esferas decisórias, como bem explica os autores:

A busca pela melhor solução ao caso concreto estaria intrinsecamente ligada a seu resultado prático na esfera social, partindo-se, entretanto, dos valores normativos postos pelo ordenamento jurídico. Esse contexto é revelado no estudo do pragmatismo jurídico, que pondera sobre a necessidade de se averiguar a real utilidade prática de determinada decisão, ou seja, o seu impacto na ordem social, sem que se despreze o conjunto normativo aplicável. A ideia de pragmatismo surge da corrente científico-filosófica datada do final do século XIX, em virtude da necessidade de se atribuir

²⁶⁹ PALMA, Juliana Bonacorsi de. Segurança Jurídica para a inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018). *Revista Direito Administrativo*. [S. l.], v. 279, n. 2, p. 209–249, 2020. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/82012>. Acesso em: 5 dez. 2024. p. 243.

²⁷⁰ PALMA, Juliana Bonacorsi de. Segurança Jurídica para a inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018). *Revista Direito Administrativo*. [S. l.], v. 279, n. 2, p. 209–249, 2020. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/82012>. Acesso em: 5 dez. 2024. p. 211.

²⁷¹ JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], p. 63–92, 2018. v 0.2018.77650. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/77650>. Acesso em: 1 jun. 2024. p. 74.

utilidade prática ao objeto em estudo jurídico, após a incidência de todos os possíveis desdobramentos no plano da realidade.²⁷²

Olhar a segurança jurídica por meio do pragmatismo pretendida pelo art. 30 da LINDB, sob uma ótica reduzida, monolítica e utilitarista, poderia ser considerada como uma invertida do Poder Legislativo ao ativismo judicial e de órgãos controladores, efeito *backlash*. Porém, ainda que se insinue a interpretação de contragolpe a ação de um poder perante o outro, a segurança jurídica é condição para estabilização de um ordenamento jurídico forte cuja defesa é feita pela Constituição Federal de bases já preestabelecidas.

A sustentação normativa para o exame de consequencialismo jurídico como meio para segurança jurídica pragmática no sistema jurídico brasileiro é sólida, de modo que uma unidade institucional se fortalece ao seguir as novidades legislativas previstas na LINDB. Como bem explicam Cardoso e Dória, “a LINDB busca aproximar a utilidade pragmática da norma ante a intangibilidade dos preceitos normativos, de forma a assegurar a pacificação social, estando em busca da tão cara segurança jurídica.”²⁷³

No capítulo 2 foi explicado as razões de surgimento da Lei nº 13.655/2018 e sua incorporação à LINDB, demonstradas as fragilidades do Direito Administrativo voltado ao Direito Público com as múltiplas autonomias de vontades que perambulavam na União, nos Estados e nos Municípios.

A depuração e diálogo institucional para atualização da LINDB colhe argumentos de ambos os lados; a favor de sua tramitação, no caso de seus idealizadores Carlos Ari Sundfeld e Floriano Azevedo, mas também contra, conforme parecer emitido pelo Tribunal de Contas da União, TCU/CONJUR TC-012.028/2018-5, e, pelo Ministério Público Federal, na Nota Técnica Conjunta nº 1/2018.

O que se conclui é que a LINDB necessitava de reformulação e progresso para posicionar-se como um estandarte de segurança jurídica para o Direito Público, tal como foi inicialmente pretendido. Desta forma, foram elencadas como premissas de estudo o consequencialismo jurídico como método de decisão a empregado por controladores e juízes, bem como o pragmatismo como ferramenta de estabilização da segurança jurídica.

Estipuladas as bases conceituais e escopo de estudo, a análise seguirá com a verificação do justo encaixe do consequencialismo jurídico como técnica de decisão aplicável aos Tribunais

²⁷² CARDOSO, Henrique Ribeiro; DÓRIA, Davi Barretto. A segurança jurídica dos atos administrativos e a objetivação das demandas refletidas no art. 30 da nova LIND. **Revista Direito Administrativo**. [S. l.], v. 279, n. 3, p. 149–179, 2020. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/82960>. Acesso em: 1 jun. 2024. p. 255.

²⁷³ CARDOSO, Henrique Ribeiro; DÓRIA, Davi Barretto. A segurança jurídica dos atos administrativos e a objetivação das demandas refletidas no art. 30 da nova LIND. **Revista Direito Administrativo**. [S. l.], v. 279, n. 3, p. 149–179, 2020. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/82960>. Acesso em: 1 jun. 2024. p. 269.

de Contas e o resultado pretendido de segurança jurídica, de modo a trazer maior carga valorativa para suas decisões, precipuamente aquelas de cunho acautelatório tratados no capítulo 1.

3 CONSEQUENCIALISMO JURÍDICO COMO TÉCNICA DE DECISÃO DE JUSTO ENCAIXE AOS TRIBUNAIS DE CONTAS: CONSOLIDAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA EM DECISÕES ACAUTELATÓRIAS

O capítulo derradeiro deste trabalho se interessa em investigar em que medida o consequencialismo jurídico e as medidas cautelares administrativas se correlacionam, indo além do aspecto do art. 20 da LINDB tratado no tópico 2.2 e partindo para uma análise de encaixe às funções precípuas dos Tribunais de Contas, estritamente no viés controlador. Desta forma, não se tratará de levantamento quantitativo de decisões de órgão de controle²⁷⁴, e sim avaliar a forma que o consequencialismo jurídico colabora com o viés de segurança pretendido na Administração Pública, premissa norteadora dos idealizadores da Lei n 13.655/2018, conforme comentado no tópico passado; além de elencar os resultados que poderão ser vistos na gestão pública e o possível desarme do Direito Administrativo do medo.

Ao tratarmos de medidas cautelares administrativas é importante lembrarmos que na decisão entre o passado e o futuro: o consequencialismo é uma necessidade hermenêutica integrativa.²⁷⁵ De maneira que, as pretensões destacadas na Lei nº 13.655/2018 somente trarão algum ganho ao processo administrativo se sua aplicação for norteadada a partir das seguintes questões: (i) o que efetivamente se entende por *consequencialismo*?; (ii) ele é *compatível* com a CF?; e (iii) decidir conforme as consequências *pode fomentar um aumento na segurança jurídica*?²⁷⁶

Dessarte, Abboud destaca que o consequencialismo pode ser considerado na influência de toda ordem de efeitos que serão desencadeados pela decisão, inclusive as acautelatórias, que “na atividade intelectual do julgador, ao analisar as consequências da decisão, no âmbito normativo, nada mais faz do que uma vinculação de quem julga com a coerência de suas decisões passadas”, o que gera a integridade em relação ao futuro, a verificar se essa decisão é “replicável e extensível em causas futuras que demandem o mesmo tipo de provimento judicial”.²⁷⁷

²⁷⁴ A FGV realizou um relatório de como a LINDB, implementação da Lei n 13.655/2018, influenciou as decisões do TCU, utilizando-se de jurimetria e estatística aplicado ao direito, em especial a mineração de texto para identificar os indicadores de relevância semântica nos acórdãos proferidos pelo tribunal, ver em: [relatorio-de-pesquisa_observatorio-do-tcu_aplicacao-dos-novos-dispositivos-da-lindb-pelo-tcu.pdf](#). Acesso em: 8 dez. 2024.

²⁷⁵ ABBoud, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 378.

²⁷⁶ A concepção de Georges Abboud é voltada ao consequencialismo judicial, todavia seus ensinamentos podem ser replicados aos administrativos. (ABBoud, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. P. 378)

²⁷⁷ ABBoud, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 378.

Por seu turno, Schuartz ao tratar das características e implicações do consequencialismo jurídico acentua que os juízos consequencialistas exibem uma estrutura dual, com cada elemento que os compõe, o descritivo e o normativo, estando à mercê das diferentes condições de racionalidade que, em conjunto, definem os critérios de adequação do juízo como um todo.²⁷⁸

No cotejo das implicações, é de se pensar que a vulnerabilidade do julgador para aplicação do consequencialismo jurídico, no mesmo espeque também colocaremos o controlador por disposição da LINDB, inicia-se ao colocar suas convicções pessoais em primeiro plano e apartá-las das variações que o caso concreto efetivamente necessita. A fundamentação de como se aplica as consequências práticas de uma decisão deve, portanto, ser estritamente técnica, não tangenciada para sentimentos intrinsecamente pessoais ou políticos.

Distanciada da técnica, decisões podem convergir para situações que impliquem no *social-consequencialismo*,²⁷⁹ não tomado por seu sentido puro de verificar as variáveis mais importantes decorrentes do ato de julgar, mas por se acreditar na identificação, de forma sistemática, das decisões, cautelares ou definitivas, que venham a causar favorecimento sistemático da parte economicamente mais fraca em nome da realização de alguma concepção de justiça social, desconsiderando que a manifestação a despeito de freios internos pode causar *efeitos perversos*.²⁸⁰

A atitude social-consequencialista é verificada, p.ex, quando medidas cautelares administrativas em sede de Tribunais de Contas são aplicadas tomando como referencial apenas o valor a ser contratado pela Administração Pública em um procedimento licitatório, desconsiderando: 1º) a efetiva legalidade do procedimento licitatório; 2º) os riscos que a demora da prestação do serviços ou entrega do produto licitado acarretará; e, 3º) os prejuízos não apenas ao licitante que não executará o objeto licitado, mas também à Administração Pública que arcará,

²⁷⁸ SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. **Revista de Direito Administrativo**, v. 248, 2008. Disponível em: [Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem | Revista de Direito Administrativo](#). Acesso em: 8 dez. 2024. p. 133.

²⁷⁹ O termo foi criado por Luis Fernando Schuartz, a se saber o trecho: Escritos quase sempre em um estilo bastante assertivo e categórico, mesclando de maneira mais ou menos explícita e consciente argumentos teóricos ou empíricos e político-normativos, esses trabalhos normalmente convergem para a crítica de uma atitude "social-consequencialista" que acreditam poder identificar, sistematicamente, nas decisões judiciais - os exemplos mais comuns provêm de casos relacionados ao inadimplemento de contratos privados envolvendo devedores pobres e credores ricos -, vale dizer, da suposta atitude de favorecimento sistemático da parte economicamente mais fraca em nome da realização de alguma concepção de justiça social. (SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. **Revista de Direito Administrativo**, v. 248, 2008. Disponível em: [Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem | Revista de Direito Administrativo](#). Acesso em: 8 dez. 2024. p. 133)

²⁸⁰ SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. **Revista de Direito Administrativo**, v. 248, 2008. Disponível em: [Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem | Revista de Direito Administrativo](#). Acesso em: 8 dez. 2024. p. 133.

a depender do caso, com novo procedimento licitatório cujo valor poderá ser maior que o inicialmente adjudicado.

Em processos administrativos o Estado é considerado a parte mais fraca da qual se esmera proteção, resguardada a supremacia do interesse público sobre o interesse privado e a proteção ao erário.²⁸¹

Neste sentido, para o consequencialismo ser produtivo em sua aplicação nas medidas cautelares administrativas deve-se valorizar a técnica de outras áreas do conhecimento, a saber, economia, contabilidade e gestão pública, de modo que, para que Tribunais de Contas sejam efetivamente técnicos é necessário se afastar de pretensões políticas e respeitar as competências originárias que lhes foram concedidas.

É destacável que o “consequencialismo é uma calibração daquilo que ficou definido em termos jurídicos. É o dever de o juiz olhar para o futuro antes de concluir seu julgamento.”²⁸² Se a CF/88 constitui a base normativa de todo ordenamento, vinculando todos os órgãos e Poderes, com as balizas materiais e formais necessárias à elaboração das leis, devemos questionar o efetivo ganho democrático e de segurança jurídica que a nova LINDB pretendeu promover ao impor ao juiz o dever de observar as *consequências práticas* de suas decisões.²⁸³

Sob o aspecto da busca da segurança jurídica como resultado do consequencialismo e as bases normativas para sua aplicação, deve-se sopesar o aspecto principiológico. A legitimidade e eficiência são expoentes do direito administrativo pós-moderno; embora dialoguem com outros tantos princípios (CF/88, art. 37), se encontram com maior sincronia na teoria econômica do direito e no consequencialismo jurídico. Sobre este ponto, a legalidade não se mostra mais suficiente em seu conceito, ela deve ir além, vez que só colhe fundamento de concretude se estiver atrelada ao princípio da eficiência, já que uma legalidade morosa e encarecida pode ter seu espírito de surgimento esvaziado. Dessa forma, não basta apenas a legalidade, e sim a prática que reflita o cumprimento da lei de maneira eficiente dentro das soluções observáveis.²⁸⁴

Marcela Araújo da Nova Brandão bem explica que não se trata de imaginar a lei descumprida como caminho para perfectibilização de uma finalidade eficiente. A finalidade pública deve ser almejada e atingida, porém o que se sugere é a fuga de interpretações literais (e

²⁸¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 95.

²⁸² ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 380 e 381.

²⁸³ ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 380 e 381.

²⁸⁴ BRANDÃO, Marcella Araújo da Nova. *Reflexões sobre a aplicação do consequencialismo jurídico: uma visão parcial de um magistrado*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2021. Disponível em: [Reflexões sobre direito e economia | Direito, Economia e Justiça](#). Acesso em: 8 dez. 2024. p. 230-231.

por vezes mal redigidos) de atos normativos em geral. Trata-se, pois, de ajuste do objetivo pretendido que, para além de se pensar no bem-estar social, deve-se também se ater ao caminho mais eficiente para alcançá-lo. "A aplicação da lei somente se legitima quando os objetivos nele previstos forem alcançados na sua aplicação no caso concreto."²⁸⁵

Desta feita, a análise de compatibilidade ou não do consequencialismo com a CF/88 remete à busca de efetividade das medidas propostas pela nova LINDB para fomentar um aumento na segurança jurídica.²⁸⁶ O aumento na segurança jurídica decorre de uma melhora na qualidade decisória, com efetivação de “regras mais rígidas de fundamentação e integridade dos Tribunais na construção de sua jurisprudência.”²⁸⁷

Nota-se que Abboud não acentua a segurança jurídica será atingida com o maior número de regras e rigidez, sua fundamentação é a de que a melhora da decisão qualitativamente verificada é que trará a integridade aos Tribunais, inclusive os de Contas. A rigidez está na fundamentação, não no teor da norma. Esta correlação implica na relação de controlador e controlado, desconstruindo-se “a crença de que controladores devam ter prevalência sobre controlados e valorizar a segurança jurídica na atividade de controle”.²⁸⁸

André Rosilho descreve que por mais paradoxal que possa parecer, “a incerteza quanto às possibilidades e limites do controle, apesar de em tese permitir que os controladores ampliem seu campo de atuação, tende a reduzir sua efetividade e sua eficácia, enfraquecendo-o.”²⁸⁹ O autor, ao comentar sobre a relação de controladores e controlados, estipula:

Quando a legislação não elenca com clareza as competências dos controladores e produz uma zona de penumbra quanto às possibilidades e limites de suas atribuições, cria ambiente propício para que atuem continuamente com vistas a expandir sua esfera de influência. O provável resultado desse fenômeno é: 1) aumento da possibilidade de órgãos de controle distintos atuarem de maneira sobreposta (pois não se sabe ao certo onde começam e onde terminam suas competências, tampouco quais são suas reais possibilidades e limites de controle); 2) aumento do risco de questionamentos judiciais acerca da atuação concreta dos controladores (estariam legitimados a agir dessa ou daquela maneira?); 3) incremento da complexidade e da incerteza na gestão pública (qual órgão de controle é competente para fazer o quê? Na condição de gestor, devo me dirigir somente a esse, ou também àquele órgão de controle? Na condição de contratado pelo poder público, o mesmo fato pode investigado por múltiplos órgãos de controle? Quais?). A realidade é que a máxima de que “quanto mais controle, melhor”

²⁸⁵ BRANDÃO, Marcella Araújo da Nova. *Reflexões sobre a aplicação do consequencialismo jurídico*: uma visão parcial de um magistrado. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2021. Disponível em: [Reflexões sobre direito e economia | Direito, Economia e Justiça](#). Acesso em: 8 dez. 2024. p. 230-231.

²⁸⁶ ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 383.

²⁸⁷ ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 383.

²⁸⁸ ROSILHO, André Janjácomo. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. 2016. 358 f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016. p. 343.

²⁸⁹ ROSILHO, André Janjácomo. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. 2016. 358 f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016. p. 344.

(compreendido aqui como quantidade e intensidade do controle) atende à intuição e à opinião do homem comum, mas, como observa Floriano de Azevedo Marques Neto, não é bom critério para orientar a formulação de políticas públicas de controle.²⁹⁰

Neste cenário, segurança jurídica não é resultado de um ordenamento mais inflado ou de outorga ampla para que controladores desempenhem suas funções com rigidez descabida, é, pois, resultado que se pretende partindo-se da preocupação da fundamentação da decisão administrativa, que no campo acautelatório tem-se preocupação acentuada ante os impactos que pode causar.

Neste sentido, às decisões cautelares administrativas o consequentialismo terá importância normativa se visto como “mecanismo redutor de imprevisibilidade”, mais precisamente, como elemento que vincula a decisão ao futuro.²⁹¹ Olhar para o futuro é uma forma de, sempre dentro dos limites do direito e das competências dos órgãos de controle, reivindicar sua atribuição de construtor do próprio direito²⁹², buscando ao máximo fazer com que suas decisões privilegiem a proteção ao erário, não se desgarrando da preocupação da (in)existência de prejuízo descomedido e anormal de outros personagens do processo administrativo, p.ex, licitantes em processos licitatórios.

A correlação do consequentialismo jurídico com a LINDB terá justo encaixe para implementação de uma sistematização das decisões acautelatórias no âmbito dos Tribunais de Contas quando o art. 20 da LINDB for interpretado como elemento de “combate à discricionariedade para que o consequentialismo não seja usado de forma criativa e ativista sendo mais um dos *valores jurídicos abstratos* usados e a LINDB passou a buscar combater.”²⁹³

Decerto que, a maior problemática das decisões acautelatórias administrativas recai sobre a inadequação da medida sumária, ainda que não se saiba, naquele momento, de sua impertinência. A pretexto de proteção ao erário e da utilização do poder geral de cautela, suspende-se um ato com a fundamentação de receio dos resultados que podem ser gerados. Sobre essa instabilidade, e falta de segurança jurídica ainda que pontual, Schuartz bem acentua que a racionalidade instrumental deve se fazer presente como condutor do decisor na fundamentação da medida acautelatória, veja-se:

“Eventualmente, alguém constatará *no futuro* que a decisão tomada não era adequada à realização do fim que buscava realizar, ou mesmo, que estaria fadada a resultar no

²⁹⁰ ROSILHO, André Janjácómo. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. 2016. 358 f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016. p. 344-345.

²⁹¹ ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 384.

²⁹² ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 384.

²⁹³ ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 395.

seu contrário. Porém, é questionável o valor dessa constatação *ex post* do ponto de vista da *definição* - e do controle da sua satisfação - dos critérios de racionalidade aplicáveis *ex ante* na análise dos atos em questão. Paradoxalmente, quanto mais sofisticado e complexo vai ficando o conhecimento científico que orienta a avaliação *ex post*, mais problemática se torna a sua aptidão para servir de parâmetro na avaliação *ex ante* da racionalidade instrumental dos atos avaliados. Salvo em casos de irracionalidade aparente, o juízo acerca da adequação entre decisões e objetivos e, com ele, o exercício da crítica consequencialista das primeiras devem ser *relaxados*.²⁹⁴

Por mais que seja sopesado eventual equívoco na adoção e adequação de medidas cautelares administrativas, “o efeito de esterilização das eventuais críticas consequencialistas não significa uma *autoimunização* da decisão contra a qual elas se dirigem, pois a discussão poderá também encerrar-se desfavoravelmente àquele que invocou o argumento consequencialista.”²⁹⁵ Neste sentido, o consequencialismo não pode ser usado como valor jurídico abstrato a corroborar a má prática decisória que a reforma da LINDB buscou corrigir.²⁹⁶

Abboud sustenta que o consequencialismo da LINDB possui carga valorativa concreta, sendo um *ferramental* posto à disposição da jurisdição constitucional (também dos Tribunais de Contas) para tratar complexidades e proteger direitos fundamentais e não como mecanismo para inserir uma pobre leitura de um viés *economista* do direito.”²⁹⁷

O ponto ressaltado pelo autor é que “não só consequências podem efetivamente mudar com o decorrer do tempo, como são, também, muitas vezes excessivamente difíceis de serem antevistas.” Isso enfraquece a “base sobre o qual se funda o suposto enrijecimento da segurança jurídica da nova LINDB e são favorecidas decisões casuístas e fragilizadas pela constante possibilidade de as consequências se alterarem”,²⁹⁸ situação de estreita similaridade às medidas cautelares administrativas pela racionalidade do posicionamento.

O contraponto ao aspecto de racionalidade instrumental também é trazido por Schuartz, que ao falar de consequencialismo no pragmatismo jurídico voltado ao decisor, vez que decide de acordo com “o que acredita ser a melhor decisão do ponto de vista da sociedade e alheio a preocupações com a geração de discontinuidades no fluxo das expectativas normativas”, acaba

²⁹⁴ SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. **Revista de Direito Administrativo**, v. 248, 2008. Disponível em: [Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem | Revista de Direito Administrativo](#). Acesso em: 8 dez. 2024. p. 136-137.

²⁹⁵ SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. **Revista de Direito Administrativo**, v. 248, 2008. Disponível em: [Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem | Revista de Direito Administrativo](#). Acesso em: 8 dez. 2024. p. 140-141.

²⁹⁶ ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 396.

²⁹⁷ ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 398.

²⁹⁸ ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 398.

por limitar os aspectos das consequências práticas de sua decisão, tornando-a opcional e, por conseguinte, estreita sob o aspecto normativo.²⁹⁹

Desta feita, sob a égide do consequencialismo jurídico aplicado às decisões dos Tribunais de Contas, indagar-se, se a concessão de medidas cautelares sob a ótica da LINDB teria como viés a estabilidade institucional ou se trataria de uma intervenção indevida, vinculamo-nos à primeira premissa, seja pelo autorizativo constitucional e legal (Leis Orgânicas e Regimentos Internos) pela função precipuamente fiscalizatória dos Tribunais de Contas, seja pelos mecanismos utilizados para validação da segurança jurídica pretendida nas relações dos controladores e controlados.

Por serem órgãos administrativos técnicos de fiscalização contábil, financeira e orçamentária, os Tribunais de Contas devem vincular suas decisões a várias áreas do saber e prever as consequências jurídicas que dela poderão advir. As medidas cautelares administrativas entram neste ponto, pois se mais áreas do conhecimento fomentarem uma decisão, mais próxima do ideal ela tende a estar sabendo-se que consequências não se equipararão a meras probabilidades.³⁰⁰

O ímpeto de impingir limites ao consequencialismo jurídico comunga com a ideia de colocar um fim, balizados pelo escopo da previsibilidade, ao pensamento e à quantidade de desdobramentos factíveis sobre determinada matéria. Questionar *ad infinitum* uma situação posta não é o consequencialismo propriamente dito ou idealizado, mas um subterfúgio para se fixar os pés no mundo das ideias e não se incentivar correções nas situações práticas. Lembremos, o *status* e aplicação do consequencialismo jurídico deve albergar consigo o sentimento de

²⁹⁹ Na literalidade, o autor descreve: “Do menu de teorias do direito que se posicionam a respeito das condições de racionalidade de decisões judicantes, incompatibilidades *de princípio* com este tipo de exigência parecem existir somente com relação à vertente mais romantizada do *pragmatismo jurídico*, que vê o juiz exemplar no visionário disposto a se lançar, inventiva e experimentalmente, em direção a um futuro desconhecido, a fim de escolher o que acredita ser a melhor decisão do ponto de vista da sociedade e alheio a preocupações com a geração de descontinuidades no fluxo das expectativas normativas. O julgador pragmático não se detém perante textos normativos, não aceita restrições no universo dos insumos disponíveis para a justificação das decisões, e faz do direito positivo, da dogmática jurídica, bem como das teorias e estratégias gerais de aplicação do direito (*e. g.*, do formalismo), eles próprios, *objetos de sua escolha*, convertendo-os em “fontes de informação” e em ferramentas cujo emprego apenas deverá justificar-se *instrumentalmente*, vale dizer, em função da sua maior ou menor contribuição para a produção pontual da consequência tratada como a melhor do ponto de vista social. No pragmatismo jurídico, portanto, a reconciliação entre dogmática e consequencialismo é opcional e se subordina à visão do decisor sobre os interesses sociais relevantes para o caso.” (SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. *Revista de Direito Administrativo*, v. 248, 2008. Disponível em: [Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem | Revista de Direito Administrativo](#). Acesso em: 8 dez. 2024. p. 148-149)

³⁰⁰ ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 403.

eficiência, ou, resolução prática, objetiva e simplificada de um problema, e não o complicar ainda mais sob argumento de pensamento à frente.³⁰¹

Dessa forma, há estreita correlação entre as medidas cautelares administrativas e o consequencialismo jurídico nos Tribunais de Contas, não apenas pela previsão do art. 20 da LINDB, mas, precipuamente, pela pretensão de regulamentar a segurança jurídica no Direito Administrativo.

A análise das consequências práticas das decisões faz sentido quando se verifica que nas competências do órgão administrativo há a necessidade de manuseio de diversas áreas do saber, seja contábil, jurídico, econômico e de gestão pública. O fato de outras matérias serem adstritas ao sentido da atuação fiscalizatória do órgão traz a ele o dever de correlacioná-las e verificar de que forma uma decisão impacta no aspecto não só fiscalizatório, mas também orçamentário, financeiro e patrimonial, e não apenas do ente político ou do órgão da Administração Indireta o qual fiscaliza, mas, também, daqueles que se tornam personagens do cotidiano da prática administrativa controladora. O consequencialismo jurídico, portanto, sai da seara subjetiva, pragmática, do decisor e passa a ser uma técnica que pertence à instituição.

3.1 CONSEQUÊNCIAS NA GESTÃO PÚBLICA: CAMINHO PARA A REDUÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO DO MEDO

O deferimento de medidas cautelares administrativas deveria ser conjugado com a proteção de direitos fundamentais, conforme tópico 1.3 desta pesquisa, correlacionado, ainda, ao consequencialismo jurídico na fundamentação da decisão para obtenção de maior segurança jurídica. Um caminho para o enraizamento da segurança jurídica, neste sentido, é “inibir a cultura do *excesso* de controle, que vem gerando efeitos colaterais indesejáveis, favorecendo a proliferação de ineficiências.”³⁰²

³⁰¹ BRANDÃO, Marcella Araújo da Nova. *Reflexões sobre a aplicação do consequencialismo jurídico: uma visão parcial de um magistrado*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2021. Disponível em: [Reflexões sobre direito e economia | Direito, Economia e Justiça](#). Acesso em: 8 dez. 2024. p. 234-235.

³⁰² GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle*. Direito do Estado, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>. Acesso em 13 nov. 2024.

A prática de contenção desta cultura do excesso parece arrefecida, considerando que tomar decisões heterodoxas ou praticar ações controvertidas nas instâncias de controle é se expor-se a riscos indigestos,³⁰³ e a regra geral, atualmente, parece ser o controle incisivo e ostensivo. Disso resulta uma das principais consequências do processo de constitucionalização do Direito Administrativo: o contínuo estreitamento das competências discricionárias dos gestores públicos, seja para decisões de mérito ou acautelatórias.³⁰⁴

Fernando Vernalha descreve que a tonificação e densificação do controle da atividade administrativa trazida com a CF/88 surge como resposta à farra de desmandos e frouxidão ética do gestor público historicamente percebida como um vício crônico da Administração Pública. Neste cenário, a sistematização do controle externo se renovou e aprimorou, e passou a ser cultuado como um dos pilares fundamentais da legitimação democrática.³⁰⁵

Acontece que essa aprimoração trouxe consigo parâmetros tão rígidos que se espera do gestor público um conhecimento quase sobre-humano. A configuração desta régua é verificada pelos aspectos que o TCU utiliza para considerar um administrador médio.

Juliana Bonacorsi faz um apanhado interessante, ao apresentar que para o TCU, e consequentemente outro Tribunais de Contas, o administrador médio é, antes de tudo, um sujeito leal, cauteloso e diligente; de conduta sempre razoável e irrepreensível, orientada por um senso comum que extrai das normas seu verdadeiro sentido teleológico; de relativo grau de conhecimento técnico, sabedor de práticas habituais e consolidadas, dominando com mestria os instrumentos jurídicos; sua atuação é preventiva: ele devolve os valores acrescidos da remuneração por aplicação financeira aos cofres federais com prestação de contas, e não se apressa para aplicar esses recursos; além disso, ele não deixa de verificar a regularidade dos pagamentos sob sua responsabilidade; não descumpra determinação do TCU e não se envolve pessoalmente em irregularidades administrativas.³⁰⁶ Os critérios são tão ajustados e excessivos que dificilmente algum controlador teria as aptidões necessárias para ser um gestor público.

³⁰³ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle*. Direito do Estado, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>. Acesso em 13 nov. 2024.

³⁰⁴ NIEBUHR, Pedro de Menezes.; MEDEIROS, Isaac Kofi.; DONATO, Thales.; PLETICOS, Eduarda Luckmann. Tribunais ativistas ou deferentes? O que revela a análise da jurisprudência. *Revista Direito FGV*. [S. l.], v. 18, n. 3, 2022. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/revdireitogv/article/view/88497/83241>. Acesso em 13 nov. 2024. p. 6.

³⁰⁵ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle*. Direito do Estado, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>. Acesso em 13 nov. 2024.

³⁰⁶ PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Quem é o “administrador médio” do TCU?* Fórum Administrativo [Recurso Eletrônico]: Direito Público. Belo Horizonte, v.20, n. 238, dez. 2020. Disponível em: [Quem-é-o-administrador-médio-do-TCU-JOTA-Info.pdf](http://www.forumadministrativo.com.br/Quem-é-o-administrador-médio-do-TCU-JOTA-Info.pdf). Acesso em: 8 dez. 2024.

Acontece que, o estigma de uma Administração Pública desvirtuada impregnou-se de tal forma que muito se imagina que em todo ato administrativo existe vício, se incólume a uma primeira impressão dos órgãos de controle externo, com certeza quando revisitado se encontrará circunstância velada que flerta com a ilegalidade.

Sobre o peso de olhares desconfiados voltado aos gestores públicos, Sundfeld descreve que “a boa gestão pública não é prioridade da legislação brasileira, muito menos de seus intérpretes. A prioridade tem sido outra: limitar e controlar ao máximo – até ameaçar – os gestores, em princípio suspeitos de alguma coisa.”³⁰⁷

A crítica a este formato de limitação nada comensurada também é encampada por Fernando Vernalha, que descreve:

(...) disseminou-se a compreensão de que *quanto mais controle, melhor*, como se a dose de controle fosse indiferente ao bom funcionamento do aparelho administrativo. Em segundo lugar, prestigiou-se um equipamento essencialmente *burocrático* de controle, desprezando-se seus aspectos finalísticos. Isso se relacionou também ao conforto do controlador em se utilizar de um aparato que lhe oferecesse parâmetros seguros de análise e aferição (o recurso cada vez mais frequentes às tabelas referenciais de preço pelas cortes de contas para examinar a “correção” de preços é um exemplo).³⁰⁸

Os problemas da Administração Pública, ou na forma com que a interpretação do controle externo o analisa, não vêm de simples imperfeições técnicas nas leis ou nas pessoas. Reside em algo mais profundo, de uma deferência pelo máximo de rigidez e controle, mesmo comprometendo a gestão pública, tendo-se em mente que “boa gestão pode e deve conviver com limites e controles, mas não com esse maximalismo.”³⁰⁹

Desta densidade de controle que atualmente vigora e reverbera para ineficiências administrativas, associada à superexposição do gestor público e aos riscos jurídicos derivados da cultura acrítica do controle que está impondo-lhe o ônus da inércia,³¹⁰ é que emerge a nova LINDB e suas propostas de consequencialismo para fins de segurança jurídica.

Sundfeld inclusive destaca que o controle da gestão pública pelos órgãos de controle externo deveria adotar o lema: “mais sim, menos não; mais ação, menos pressão.” Decerto que

³⁰⁷ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle*. Direito do Estado, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>. Acesso em 13 nov. 2024.

³⁰⁸ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle*. Direito do Estado, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>. Acesso em 13 nov. 2024.

³⁰⁹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle*. Direito do Estado, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>. Acesso em 13 nov. 2024.

³¹⁰ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle*. Direito do Estado, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>. Acesso em 13 nov. 2024.

o lema não se permite ser aplicado de maneira integral na prática, todavia carrega importante mensagem, a de informar que não se pode recair nas costas do gestor as consequências do risco de falhar e as consequências da incerteza do direito. O gestor tem de ser protegido contra os excessos de fiscalização.³¹¹

Neste capítulo 3 tratamos de analisar o consequencialismo jurídico e a correlação com as medidas cautelares administrativas, verificando que a técnica responsável pela redução de imprevisibilidades futuras tem estreita relação com as funções precípua dos Tribunais de Contas, que por serem órgãos administrativos técnicos de fiscalização contábil, financeira e orçamentária, devem vincular suas decisões a várias áreas do saber como Direito, Contabilidade, Economia e Gestão Pública.

Ao se definir o consequencialismo jurídico numa concepção mais ampla e verificar sua compatibilidade à CF/88, notou-se que a segurança jurídica pretendida pela LINDB tem margem para ser alcançada, diminuindo, assim, a insegurança dos gestores públicos, e, reduzindo o Direito Administrativo do medo.

³¹¹ A citação é a quarta premissa que o autor descreve para possa ser consolidado o lema “mais sim, menos não” na gestão pública. Primeira: muita burocracia e dirigismo legal inibem mais a gestão que a corrupção; segunda, nem todo controle público valeria o custo e o risco que lhe é intrínseco, de modo que órgãos de controle custam caro, além de controladores, por vezes, abusam por cobiçarem vantagens e poder, politizando suas decisões; e, terceira, rejeição da uniformidade burocrática, não se podendo engessar a prática do “falhou, pagou!”, já que grande parte dos processos punitivos contra gestores públicos é por falhas operacionais, por questões formais ou por divergências de opinião, não recaindo prejuízos aos controladores quando erram.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As conclusões deste trabalho são apresentadas sem necessariamente seguir a ordem dos capítulos que o compõem, já que parte de um viés de confirmação das premissas apresentadas nos objetivos gerais e específicos descritos na introdução.

Os Tribunais de Contas, por serem órgãos que lidam com muitas áreas do saber, devem aplicar o consequencialismo jurídico como técnica de decisão nas medidas cautelares administrativas. Pelas inconsistências da formalidade do poder geral de cautela percebido, p.ex., no art. 276 do RITCU, quanto mais partes do conhecimento forem abrangidas mais a decisão estará completa, albergando pertinência ao perigo de demora, legitimidade do direito e proteção ao erário.

Por estarem em uma arena administrativa onde a incursão e análise subjetiva das condutas do agente/jurisdicionado não se mostra possível pelo leque de competências da CF/88 e de leis infraconstitucionais, o consequencialismo deve ser regido por parâmetros objetivos, calcados numa justa percepção da irregularidade de contas, atos de pessoal ou procedimentos licitatórios, respeitados, desta feita, o rito que os incisos XI e X do art. 71 da CF/88, p.ex, assinala a se fornecer prazo razoável para correção de vicissitudes antes de avocar competências, ou, conferi-las de maneira impositivas.

O freio que se pretende com a maturação da medida cautelar administrativa comunga com o viés de segurança jurídica implementada pela LINDB por meio da Lei nº 13.655/2018, motivo pelo qual se vislumbrou um ordenamento que regesse a prática administrativa com pragmatismo, ainda que destinado a uma ação futuroológica de prevenção de danos.

Esta prevenção de danos não está mais subordinada apenas ao olhar voltado à Administração Pública, já que a responsabilidade do controlador também passa a ser suscitada quando se pensa nos riscos dos processos acautelados por decisões prévias e os impactos financeiros que disso podem decorrer. Decerto que este raciocínio se envolve na discussão de afronta das medidas cautelares administrativas aos direitos fundamentais de jurisdicionados, que passaram a ser autuados como partes nos processos perante os Tribunais de Contas por construção interpretativa das Cortes, e não por autorizativo normativo.

Pensar as medidas cautelares administrativas é idealizar que por detrás do instrumento, da ferramenta normatizada que se torna num ato administrativo de provimento provisório, existe um autorizativo jurisdicional, não legislativo, do porquê Tribunais de Contas podem decidir da forma que decidem.

Numa etapa anterior às medidas cautelares existe o poder geral de cautela que outorga aos tribunais, via de regra, jurisdicionais, a possibilidade de instruírem os processos pensando nos riscos que cada procedimento que dele faz parte. Provimentos abruptos podem acontecer como forma de garantir o resultado útil do mérito.

Trazer este ponto para os Tribunais de Contas é elastecer o conceito para que a arena administrativa também possa se valer do mesmo poder (e tudo bem, a previsão pode ser colhida tanto de Leis Orgânicas quanto CPC/15, art. 15) para fundamentar decisões sumárias, acrescentado que ao resultado útil do processo está a garantia do mérito por meio de ressarcimento ao erário, relação presente-passado, e/ou, prevenção de danos, relação futura.

Para Eduardo Jordão, o poder geral de cautela de que disporia o TCU, por conseguinte aos TCE's e TCM's, seria uma *consequência necessária* da detenção de competências corretivas explícitas, como forma de torná-las efetivas na prática. A ideia é a de que o próprio constituinte teria desejado essa interpretação, ou não faria sentido ter estabelecido as competências explícitas.³¹²

A extensão do poder cautelar concedido constitucionalmente ao TCU, utilizado como parâmetro geral pela maioria da doutrina, é bastante claro, de modo que a transgressão ocorre quando se identifica a existência de um poder geral de cautela que permita ao TCU suspender atos e procedimentos administrativos sem que se estabeleça prazo às autoridades administrativas pertinentes para a adoção das soluções cabíveis; isso não é identificar implicitamente competências que o próprio constituinte teria querido estabelecer, mas sim uma burla consciente da vontade do constituinte que previamente pensou sobre a medida acautelatória e os freios que a ela deveriam ser impostos.³¹³

Para que o poder geral de cautela pudesse emergir é previsto uma sustentação, algo que fosse aplicado ao nosso sistema atual e que dialogasse com o quadrante constitucional vigente. A Teoria dos Poderes Implícitos surge, então, para satisfazer à necessidade de se atribuir aos órgãos previstos na CF/88 as ferramentas para que suas competências possam ser exercidas e cumpridas.

Deste viés, o caso *Mcculloch vs. Maryland* exemplifica, através de Direito Comparado, que a Corte norte-americana primeiro vislumbrou esta necessidade em 1819, e que, até nos dias

³¹² LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (Orgs.). **Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2016. Disponível em <https://repositorio.fgv.br/items/47490f2c-c0cc-435c-ab9d-47c0186ce5df>. Acesso em 7 dez. 2024. p. 79.

³¹³ LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (Orgs.). **Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2016. Disponível em <https://repositorio.fgv.br/items/47490f2c-c0cc-435c-ab9d-47c0186ce5df>. Acesso em 7 dez. 2024. p. 80.

atuais se mostra aplicável ante sua razoabilidade e aplicação prática. A teoria, inclusive, passou por gargalos e definições, de modo que moldou a interpretação norte-americana sobre a efetiva autonomia dos órgãos administrativos.

Aos órgãos de controle é necessário a conscientização de autocontenção para as próprias limitações legais inerentes ao exercício do poder geral de cautela. Saber que os procedimentos cautelares devem constituir exceção é o ponto principal.

Sobre este ponto, rememora-se o que André Rosilho descreve sobre o excesso de controle e “a incerteza quanto às possibilidades e limites do controle, apesar de em tese permitir que os controladores ampliem seu campo de atuação, tende a reduzir sua efetividade e sua eficácia, enfraquecendo-o”³¹⁴, assim como Fernando Vernalha, “inibir a cultura do *excesso* de controle, que vem gerando efeitos colaterais indesejáveis, favorecendo a proliferação de ineficiências.”³¹⁵

Superado o estado de excepcionalidade, a concessão de medidas cautelares não pode ser fundada apenas em meras alegações, sejam estas oriundas das equipes técnicas ou de outro interessado. É imprescindível que na motivação da cautelar exista a verificação dos argumentos jurídicos lastreados em indícios de provas materiais, assim como a análise de consequencialidade da decisão, de modo que a concessão da cautelar, sem a ouvida dos gestores responsáveis só deve acontecer quando restar inviabilizada a notificação prévia do administrador responsável.³¹⁶

Valdeci Pascoal, inclusive destaca que se faz necessário avaliar se o caso concreto não indica “uma conjuntura de *periculum in mora* inverso, ou seja, em muitas situações é preferível deixar fluir o procedimento administrativo, sob pena de a suspensão causar um dano superior ao que se buscaria evitar.”³¹⁷

Para que medidas cautelares administrativas sejam proferidas é preciso que os Tribunais de Contas regulamentem os instrumentos, seja por Lei, de competência inicial do Legislativo responsável, ou Regimento Interno, geralmente, por Resolução, todos os procedimentos que se relacionem com as medidas cautelares, e, a partir disso, capacite o seu quadro técnico para que

³¹⁴ ROSILHO, André Janjácomo. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. 2016. 358 f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016. p. 344.

³¹⁵ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle*. Direito do Estado, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>. Acesso em 13 nov. 2024.

³¹⁶ PASCOAL, Valdeci. O Poder Cautelar dos Tribunais de Contas. Brasília - DF: **Revista TCU**, n. 115, 2009, p. 103-118. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/320>. Acesso em: 11 mai. 2023. p. 117.

³¹⁷ PASCOAL, Valdeci. O Poder Cautelar dos Tribunais de Contas. Brasília - DF: **Revista TCU**, n. 115, 2009, p. 103-118. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/320>. Acesso em: 11 mai. 2023. p. 117.

gere uma estrutura organizacional adequada com a finalidade de atribuir máxima efetividade ao exame dos processos cautelares.

A função de controle externo, dentre elas o controle preventivo, é parte inafastável da própria atividade administrativa, obediente, porém, aos precisos limites da lei, da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo que todos os agentes públicos que atuam em suas respectivas competências – de gestão ou de controle – nunca deverão esquecer que o objetivo final de sua atuação é zelar para que o Estado, atuando conforme os princípios da administração pública, cumpra o seu papel fundamental, que é o de promover o bem comum.³¹⁸

O surgimento da Lei nº 13.655/2018 e sua incorporação à LINDB trouxe reformulação e progresso para posicionar-se como um estandarte de segurança jurídica para o Direito Público, tal como foi inicialmente pretendido.

O consequencialismo jurídico como método de decisão a empregado por controladores e juízes é ferramenta importantíssima de estabilização da segurança jurídica, mitigando a insegurança dos gestores públicos, aumentando-se a confiabilidade nas instituições e reduzindo o Direito Administrativo do medo.

³¹⁸ PASCOAL, Valdeci. O Poder Cautelar dos Tribunais de Contas. Brasília - DF: **Revista TCU**, n. 115, 2009, p. 103-118. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/320>. Acesso em: 11 mai. 2023. p. 117.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

ALVES FILHO, Paulo Roberto Frota; AGUIAR, Simone Coêlho. **O poder geral de cautela no âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Ceará**. Fortaleza - CE: Revista Controle. [S. l.], v. 16, n. 2, p. 276-305, 2018. Disponível em: [Vista do O poder geral de cautela no âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Ceará](#). Acesso em: 2 dez. 2024.

AMAURY MAIA NUNES, Jorge. Segurança Jurídica. **Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília**, [S. l.], v. 6, n. 1, 2010. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/view/20435/26247>. Acesso em: 26 abr. 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Brasília/DF, 1988. Disponível em: [Constituição](#). Acesso em: 7 mai. 2024.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**, de 10 de janeiro de 2002. Brasília/DF, 2002. Disponível em: [L10406compilada](#). Acesso em: 15 mai. 2024.

BRASIL. **Código de Processo Civil Brasileiro**, de 16 de março de 2015. Brasília/DF, 2015. Disponível em: [L13105](#). Acesso em: 1 dez. 2024.

BRASIL. **Código de Processo Civil Brasileiro**, de 11 de janeiro de 1973. Brasília/DF, 1973. Disponível em: [L5869](#). Acesso em: 7 dez. 2024.

BRASIL. **Dispõe sobre alteração da Lei de Introdução ao Código Civil**, de 1º de agosto de 1957. Brasília/DF, 1957. Disponível em: [L3238](#). Acesso em: 8 jun. 2024.

BRASIL. **Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal**, de 29 de janeiro de 1999. Brasília/DF, 1999. Disponível em: [L9784](#). Acesso em: 8 jun. 2024.

BRASIL. **Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro**, de 10 de junho de 2019. Brasília/DF, 2019. Disponível em: [D9830](#). Acesso em: 22 de mai. 2024.

BRASIL. **Mensagem nº 212**, de 25 de abril de 2018. Diário Oficial da União de 26 de abril de 2018. Disponível em: [Mensagem nº 212](#). Acesso em: 25 de abr. 2024.

BRASIL. **Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público**, de 25 de abril de 2018. Disponível em: [L13655](#). Acesso em: 8 dez. 2024.

BRASIL. **Congresso Nacional. Estudo do veto nº 15/2018. Veto Parcial ao Projeto de Lei do Senado nº 349 de 2015 (PL nº 7.448, de 2017, na Câmara dos Deputados)**, elaboração em 10 de maio de 2018. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7730304&ts=1701804874459&disposition=inline>. Acesso em: 25 abr. 2024.

BRASIL. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, de 1º de abril de 2021. Brasília/DF, 2021. Disponível em: [L14133](#). Acesso em: 5 dez. 2024.

BRASIL. **Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União**, de 16 de julho de 1992. Brasília/DF, 1992. Disponível em: [L8443](#). Acesso em: 5 dez. 2024.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União. Regimento interno do Tribunal de Contas da União**. Brasília/DF, 2023. 210 p. Disponível em: [RITCU.pdf](#). Acesso em: 4 dez. 2024.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União. Estabelece procedimentos sobre o exercício da ampla defesa no âmbito do Tribunal de Contas da União**, de 30 de agosto de 1995. Brasília/DF, 1995. Disponível em: [Pesquisa textual | Tribunal de Contas da União](#). Acesso em: 4 dez. 2024.

BRASIL. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Redação modificada pela Lei nº 13.655/2018. Brasília/DF, 1942. Disponível em: [Del4657compilado](#). Acesso em: 5 dez. 2024.

BRASIL. **Altera a disposições da Lei de Introdução ao Código Civil**. Lei nº 3.238, de 1º de agosto de 1957. Brasília/DF, 1957. Disponível em: [L3238](#). Acesso em: 8 dez. 2024.

BRASIL. **Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal**. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Brasília/DF, 1999. Disponível em: [L9784](#). Acesso em: 8 dez. 2024.

BRASIL. **Consultoria Jurídica do Tribunal de Contas da União**. Parecer, de 20 de abril de 2018. PROCESSO TCU/CONJUR: TC-012.028/2018-5. Interessado: Tribunal de Contas da União. Parecer do Projeto de Lei no 7.448/2017, em face do parecer-resposta elaborado pelos autores do projeto em relação à análise preliminar que esta consultoria havia realizado. Brasília, 2018. Disponível em: [PL-7448-2017-Inteiro-teor-Altera-LINDB-Parecer-Conjur-2018-04-20.pdf](#). Acesso em: 25 abr. 2024.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Nota Técnica Conjunta nº 1/2018**. Publicada em 11 de abril de 2018. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/Nota%20Tecnica%201_2018.pdf. Acesso em: 25 de abr. 2024.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BERTONCINI, Mateus. A suposta alteração dos fundamentos do Direito Administrativo pela nova redação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdagp/article/view/7093/pdf>. Acesso em 23 abr. 2024.

BRANDÃO, Marcella Araújo da Nova. **Reflexões sobre a aplicação do consequencialismo jurídico: uma visão parcial de um magistrado**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2021. Disponível em: [Reflexões sobre direito e economia | Direito, Economia e Justiça](#). Acesso em: 8 dez. 2024.

CABRAL, Flávio Garcia. **Medidas cautelares administrativas: regime jurídico da cautelaridade administrativa** / Flávio Garcia Cabral – Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 76.

CAMILO, Cristhian Gärtner dos Santos. **Consequencialismo e seu impacto sobre as deliberações do Tribunal de Contas da União**. 2022. Monografia (Especialização em Análise Econômica do Direito) – Instituto Serzedello Corrêa, Escola Superior do Tribunal de Contas da União, Brasília DF. 47 f.

CAMPANA, Priscilla de Souza Pestana. A cultura do medo na administração pública e a ineficiência gerada pelo atual sistema de controle. **Revista de Direito**, [S. l.], v. 9, n. 1, 2017. Disponível em: [A cultura do medo na administração pública e a ineficiência gerada pelo atual sistema de controle | Revista de Direito](#). Acesso em: 8 dez. 2024.

CARDOSO, Henrique Ribeiro; DÓRIA, Davi Barretto. A segurança jurídica dos atos administrativos e a objetivação das demandas refletidas no art. 30 da nova LIND. **Revista Direito Administrativo**. [S. l.], v. 279, n. 3, p. 149–179, 2020. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/82960>. Acesso em: 1 jun. 2024.

CARVALHO, Morgana Bellazzi de Oliveira. A lei nº 13.655/2018 e seus efeitos para o controle da administração pública. **Revista Controle - Doutrina e Artigos**, [S. l.], v. 17, n. 2, p. 305–333, 2019. Disponível em: <https://revistacontrole.tce.ce.gov.br/index.php/RCDA/article/view/529>. Acesso em: 7 mai. 2024.

CASAGRANDE, Cássio Luís; BARREIRA, Jônatas Henriques. O caso McCulloch v. Maryland e sua utilização na jurisprudência do STF. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, Brasília, DF, v. 56, nº 221, p. 247-270, jan/mar. 2019. Disponível em: [caso_mcculloch_maryland_casagrande.pdf](#). Acesso em: 8 dez. 2024.

FRANCO, Elisangela Fabres. **A competência dos tribunais de contas pra a concessão de medidas de natureza provisória: uma reflexão sobre seus limites**. 2017. 115 f. Dissertação (Mestrado) Universidade Federal do Espírito Santo. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Espírito Santo, 2017.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle**. Direito do Estado, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>. Acesso em 13 nov. 2024.

JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], p. 63–92, 2018. v 0.2018.77650. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/77650>. Acesso em: 1 jun. 2024.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista Direito Administrativo**. Edição Especial, p. 13-41, out. 2018. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/download/77648/74311/161992>. Acesso em: 7 mai. 2024

LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (Orgs.). **Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: FGV Direito

Rio, 2016. Disponível em <https://repositorio.fgv.br/items/47490f2c-c0cc-435c-ab9d-47c0186ce5df>. Acesso em 8 abr. 2024.

LIMA, Diogo Uehbe. **Competências Cautelares do Tribunal de Contas Da União**. 03/02/2022 149 f. Mestrado em Direito Instituição de Ensino: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2022.

GOMES, Gilberto Mendes Calasans. **Aplicação da teoria dos poderes implícitos pelo Tribunal de Contas da União**. 2021. 101 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021.

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

MOREIRA, Egon Bockmann; PEREIRA, Paula Pessoa. Art. 30 da LINDB - O dever público de incrementar a segurança jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], p. 243–274, 2018. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/77657>. Acesso em: 1 jun. 2024.

NIEBUHR, Pedro de Menezes.; MEDEIROS, Isaac Kofi.; DONATO, Thales.; PLETICOS, Eduarda Luckmann. Tribunais ativistas ou deferentes? O que revela a análise da jurisprudência. **Revista Direito FGV**. [S. l.], v. 18, n. 3, 2022. Disponível em: [Vista do Tribunais ativistas ou deferentes? O que revela a análise da jurisprudência](#). Acesso em 2 dez. 2024.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Quem é o “administrador médio” do TCU?** Fórum Administrativo [Recurso Eletrônico]: Direito Público. Belo Horizonte, v.20, n. 238, dez. 2020. Disponível em: [Quem-é-o-administrador-médio-do-TCU-JOTA-Info.pdf](#). Acesso em: 8 dez. 2024.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Segurança Jurídica para a inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018). **Revista Direito Administrativo**. [S. l.], v. 279, n. 2, p. 209–249, 2020. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/82012>. Acesso em: 5 dez. 2024.

PASCOAL, Valdeci. O Poder Cautelar dos Tribunais de Contas. Brasília - DF: **Revista TCU**, n. 115, 2009, p. 103-118. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/320>. Acesso em 24 abr. 2024.

PIQUERAS GARCIA, Gilson; ARAKAKI, Murilo; RODRIGUES, Simone Andréa; TIENGO HAMANAKA, Thalita; MARINS MALINOSKY, Ulisses. Nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, consequencialismo e jurimetria: Um estudo sobre as decisões do Tribunal de Contas da União. **Revista Simetria da Escola Superior de Gestão e Contas do TCMSP**, [S. l.], v. 1, n. 9, p. 23–45, 2022. Disponível em: <https://revista.tcm.sp.gov.br/simetria/article/view/95>. Acesso em: 22 abr. 2024

RIBEIRO, Leonardo Coelho. **O direito administrativo como caixa de ferramentas: a formulação e a avaliação pública entre instrumentalismo, instituições e incentivos**. 2015. 200 f. Dissertação (Mestrado) Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. Rio de Janeiro, 2015.

ROMEIRO, Geórgia V. L; SILVEIRA E SILVA, Rafael. **Ampliar para mais Influenciar: o desenvolvimento institucional do TCU a partir da Constituição de 1988**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisa/CONLEG/Senado, 2022. Disponível em: [Ampliar para mais influenciar: o desenvolvimento institucional do TCU a partir da Constituição de 1988](#). Acesso em 5 dez. 2024.

ROSILHO, André Janjácomo. **Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União**. 2016. 358 f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016. Disponível em: [Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União | Portal TCU](#). Acesso em: 5 dez. 2024.

SALGADO, Bueña Porto; MASCARENHAS JÚNIOR, Helmar Tavares. A necessidade de reforma constitucional do Tribunal de Contas como aprimoramento ao sistema de combate à corrupção. Fortaleza/CE: **Revista Controle – Doutrina e Artigos**. v. 14, n. 1, 2016, p. 159-180. Disponível em: [Vista do A Necessidade de Reforma Constitucional do Tribunal de Contas como aprimoramento ao Sistema de Combate à Corrupção](#). Acesso em 7 dez. 2024.

SCAPIN, Romano. **A expedição de provimentos provisórios pelos tribunais de Contas: das “medidas cautelares” à técnica antecipatória no controle externo brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. **Revista de Direito Administrativo**, v. 248, 2008. Disponível em: [Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem | Revista de Direito Administrativo](#). Acesso em: 8 dez. 2024.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 480.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo: o novo olhar da LINDB**. 2. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2022, 194 p.

SUNDFELD, Carlos Ari. Chega de Axé no Direito Administrativo. Artigo na Sociedade Brasileira de Direito Público. Disponível em: <https://sbdp.org.br/publication/chega-de-axe-no-direito-administrativo/>. Acesso em 8 dez. 2024.

SUNDFELD, Carlos Ari; VORONOFF, Alice. Art. 27 da LINDB - Quem paga pelos riscos dos processos?. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], p. 171–201, 2018. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/77654>. Acesso em: 1 jun. 2024.

SUNDFELD, Carlos Ari. ARRUDA, Jacintho Silveira Dias de. MONTEIRO, Vera Cristina Caspari. ROSILHO, André Janjácomo. O valor das decisões do Tribunal de Contas da União sobre irregularidades em contratos. **Revista Direito GV**. São Paulo. v. 13, n. 3, p. 866–890, 2017. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/revdireitogv/article/view/73331>. Acesso em: 1 jun. 2024.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Controle das contratações públicas pelos Tribunais de Contas. **Revista Direito Administrativo**. [S. l.], v. 257, p. 111-44, 2011. Disponível em: [\(99+\) Controle das contratações públicas pelos Tribunais de Contas | Carlos Ari Sundfeld and Jacintho Arruda Câmara - Academia.edu](#). Acesso em: 3 dez. 2024.

SUNDFELD, Carlos Ari. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Contratações Públicas e Seu Controle**. 2013: Malheiros, p. 278.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. vol. 1: Rio de Janeiro: Forense, 2013. ISBN 978-85-309-4517-6.

TRISTÃO, Conrado. **Tribunais de contas são imunes às leis de processo?** Nova Lei de Licitações impõe prazo para decisão de mérito em cautelares. In: ROSILHO, André. (Org.). *Direito Administrativo e Controle de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 355-356.

JULGADOS

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. **Mandado de Segurança nº 24.510/DF**, de 19 de novembro de 2003. Plenário. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86146>. Acesso em: 13 mai. 2023.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. **Mandado de Segurança nº 34.233/DF**, de 15 de fevereiro de 2019. 2ª Turma. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749214379>. Acesso em: 24 abr. 2024.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. **Mandado de Segurança nº 35.410/DF**, de 13 de abril de 2021. Plenário. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: [paginador.jsp](#). Acesso em: 2 dez. 2024.

BRASIL. *Tribunal de Contas da União*. **Acórdão nº 2.575/2014, Plenário** na TC 046.515/2012-7, de 1º de outubro de 2014. Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Disponível eletronicamente em: AC-2575-38/14-P. Acesso em: 17 abr. 2024.

BRASIL. *Tribunal de Contas da União*. **Acórdão nº 1.628/2018, Plenário** na TC 024.434/2014-0, de 18 de julho de 2018. Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Disponível em: AC-1628-23/20-P. Acesso em: 17 abr. 2024.

BRASIL. *Tribunal de Contas da União*. **Acórdão nº 927/2016, Plenário** na TC 005.406/2013-7, de 20 de abril de 2016. Plenário. Relator: Ministro Vita do Rêgo. Disponível eletronicamente em: AC-0927-13/16-P. Acesso em: 24 abr. 2024.

UNITED STATES. U. S. Supreme Court. **McCulloch vs. Maryland**. 17 US. 4 Wheat. 316, decided 6 of march, 1819. Disponível em: [McCulloch v. Maryland | 17 U.S. 316 \(1819\) | Justia U.S. Supreme Court Center](#). Acesso em: 2 dez. 2024.