



Marcelo Barretto Corrêa Dias

**A COMPETÊNCIA DO TCU SOBRE PARTICULARES
CONTRATADOS PELA ADMINISTRAÇÃO NA
JURISPRUDÊNCIA DO STF**

**Monografia apresentada
à Escola de Formação da
Sociedade Brasileira de
Direito Público - SBDP,
sob orientação da
Professora Francesca
Raglione Mariutti**

**SÃO PAULO
2023**

RESUMO

A monografia analisa a *ratio decidendi* da qual se vale o STF para respaldar a aplicação de medidas restritivas de direitos, pelo TCU, a particulares contratados pela Administração Pública. No âmbito interno do TCU, durante os anos que se seguiram à promulgação da Constituição Federal de 1988, houve intensa divergência a respeito dessa possibilidade. Em 2019, no entanto, sem que houvesse alteração legislativa significativa a esse respeito, o órgão sedimentou entendimento de que pessoas físicas ou jurídicas de direito privado contratadas pela Administração podem submeter-se à sua jurisdição. O STF, em suas decisões colegiadas, tende a respaldar essa ampliação do âmbito de atuação adotada pelo TCU a partir de interpretações próprias de sua competência. Assim, à luz das críticas elaboradas em âmbito doutrinário, analisou-se a fundamentação das decisões colegiadas proferidas pelo STF no período entre 1988 e 2023, decorrentes de Mandados de Segurança impetrados contra atos do TCU, nos quais se questiona sua competência. Conclui-se que o STF se vale de fundamentação vaga em suas decisões, não se aprofundando em temas centrais, como a natureza dos recursos administrados pelos entes privados. Assim, contribui com a manutenção de um cenário marcado por indesejável insegurança jurídica, no qual o rol de sujeitos passivos de medidas restritivas adotadas pelo TCU torna-se amplo, de maneira a abarcar, em tese, qualquer pessoa física ou jurídica que se relacione com a Administração.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; Tribunal de Contas da União; competência; medidas restritivas de direitos; particulares contratado pela Administração.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Joanna e Antônio Fernando, pelo amor incondicional.

Aos meus irmãos, Ana e Mário, pelo privilégio de tê-los sempre ao meu lado, tornando a vida muito mais bonita.

À Frances, madrinha querida, presença fundamental em todas as etapas da minha vida e responsável pelo meu ingresso na Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público.

Aos meus avós, Vanda Maria e Manoel Mário. Agradeço, principalmente, por trazerem tanta alegria ao mundo e por tanto se interessarem nos meus projetos. É motivo de imensa felicidade a relação que tenho com vocês!

À Francesca, minha orientadora, pela dedicação extrema dispensada à presente pesquisa, pelas conversas e sugestões ao longo de toda a travessia. Muito obrigado por acreditar no meu projeto e por possibilitar seu desenvolvimento de forma tão generosa e atenciosa. Com certeza, a oportunidade de ter sido seu orientando contribuiu imensamente na minha formação como pesquisador e, mais do que isso, como pessoa.

À Susana, tutora que, com grande entusiasmo, apresentou-me a Escola de Formação e que muito contribuiu à presente pesquisa.

Aos professores Jorge Radi Júnior, Jacintho Arruda Câmara e Juliana Cardoso Ribeiro Bastos, por despertarem meu interesse pelo Direito Público e por apoiarem intensamente minha participação na Escola de Formação.

Aos meus amigos da Turma 26, em especial Érico, Pietra, Deny, Karol, Daniel, Gregório, Arthur e Lucas, por fazerem todo o processo, antes de tudo, divertido. Da mesma forma, agradeço à Mariana Vilella, ao Yasser Gabriel e ao Pedro Furtuoso, que tornaram tudo isso possível.

Por fim, à Beatriz, em quem descobri minha paz e a quem dedico este trabalho.

LISTA DE ACÓRDÃOS ANALISADOS

MS 26.969: Caso "TCU x OSEC" - eternidade do terceiro setor

MS 30.788: Caso "TCU x Daciel Telemed" - constitucionalidade do Art. 46 da LOTCU

MS 24.379: Caso "TCU x Renato Grossi" - responsabilidade solidária

MS 29.599: Caso "TCU x Andrade Gutierrez" - acordo de leniência

MS 36.569: Caso "TCU x Tânia Maria Hoglund" - citação de para defesa em tomada de contas

MS 37.329: Caso "TCU x Nova Engevix" - retenção de pagamentos

MS 37923: Caso "TCU x CNH Industrial Brasil Ltda." - tomada de contas de empresa privada

MS 35.506: Caso "COMPERJ" - indisponibilidade de bens e desconsideração da personalidade jurídica

MS 35.920: Caso "COMPERJ" - desconsideração da personalidade jurídica

LISTA DE ABREVIações

AgR - Agravo Regimental

Art. - Artigo

Arts. - Artigos

CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CF - Constituição Federal

CGU - Controladoria-Geral da União

DNER - Departamento Nacional de Estradas de Rodagem

LAC - Lei Anticorrupção

LDC - Lei de Defesa da Concorrência

LIA - Lei de Improbidade Administrativa

LOTUCU - Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União

MS - Mandado de Segurança

RITCU - Regimento Interno do Tribunal de Contas da União

STF - Supremo Tribunal Federal

TC - Tomada de Contas

TCU - Tribunal de Contas da União

TRT - Tribunal Regional do Trabalho

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Resultados da combinação I

Tabela 2 - Resultados da combinação II

Tabela 3 - Resultados da combinação III

Tabela 4 - Resultados da combinação IV

Tabela 5 - Motivo de descarte dos acórdãos

Tabela 6 - Acórdãos que compuseram o universo de acórdãos analisados

Tabela 7 - Resumo do posicionamento dos ministros no MS 26.969

Tabela 8 - Resumo do posicionamento dos ministros no MS 30.788

Tabela 9 - Resumo do posicionamento dos ministros no MS 24.379

Tabela 10 - Resumo do posicionamento dos ministros no MS 29.599

Tabela 11 - Resumo do posicionamento dos ministros no MS 36.569

Tabela 12 - Resumo do posicionamento dos ministros no MS 37.329

Tabela 13 - Resumo do posicionamento dos ministros no MS 37.923

Tabela 14 - Resumo do posicionamento dos ministros no MS 35.506

Tabela 15 - Resumo do posicionamento dos ministros no MS 35.920

Tabela 16 - Resumo da jurisprudência do STF acerca do tema

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
JUSTIFICATIVA	10
STF COMO ÓRGÃO EMISSOR DAS DECISÕES OBJETO DE ANÁLISE	13
I. METODOLOGIA	15
II. Contextualização do objeto da pesquisa.....	21
1. Poder Judiciário como agente competente para aplicação de medidas restritivas de direitos no âmbito do Direito Administrativo.....	23
2. TCU como agente competente para restrição e limitação de direitos no âmbito do direito administrativo	28
III. A jurisprudência	34
1. Pessoas jurídicas de direito privado como sujeitos passivos de medidas restritivas de direitos aplicadas pelo TCU: O MS 26.969	34
2. Constitucionalidade do artigo 46 da Lei 8.443/1992: O MS 30.788	39
3. MS 24.379 e MS 29.599 - particulares contratados pela Administração como responsáveis solidários pelos danos causados em virtude de acordo	48
4. AgR em MS 36.569 - citação de particular contratado pela Administração para apresentar defesa em Tomada de Contas	57
5. MS 37.329: A possibilidade de cautelar de retenção de pagamentos pelo TCU ..	59
6. MS 37.923 - citação de empresa privada para apresentação de defesa nos autos de tomada de contas.....	65
7. MS 35.506: competência do TCU para a declaração de indisponibilidade de bens e desconsideração da personalidade jurídica.....	67
8. MS 35.920 - desconsideração da personalidade jurídica.....	78
IV. RESUMO DA JURISPRUDÊNCIA E CONCLUSÕES.....	81
REFERÊNCIAS	88

INTRODUÇÃO

O Tribunal de Contas da União ("TCU") é órgão administrativo que tem por função precípua auxiliar o Congresso Nacional no controle externo das contas da Administração Pública Direta e Indireta.¹ Sua competência está prevista nos artigos 70 e 71 da Constituição Federal ("CF"). Os dispositivos, que pretendem determinar o conjunto de deveres públicos a serem satisfeitos pelo órgão, bem como os poderes instrumentais que detém para tanto, desafiam o intérprete que objetiva definir seu sentido e alcance.

André Rosilho, buscando sistematizar a competência constitucionalmente atribuída à Corte a partir dos produtos que a legislação teoricamente lhe autorizou a elaborar, indica que o TCU tem competência para editar normas, praticar atos sancionatórios, praticar atos de comando, levantar dados e, a partir deles, produzir informações, formular orientações gerais e para informar e representar às autoridades.² É evidente, portanto, o caráter amplo, complexo e multifacetado de qualquer análise que pretenda, de forma dogmática, identificar os poderes instrumentais detidos pelo órgão para que possa desincumbir-se do dever que lhe é constitucionalmente atribuído.

Por essa razão, o presente trabalho não se propõe a analisar, de forma detida, cada uma das facetas das competências atribuídas ao Tribunal de Contas da União. Entretanto, na tentativa de contribuir ao debate, é feito um recorte epistemológico e, com isso, é destacada a competência da Corte para a aplicação de sanções. Mais especificamente, o objetivo precípua deste estudo é apoiar a discussão acerca dos possíveis sujeitos passivos das medidas restritivas de direitos aplicadas pela Corte de Contas.

Referente à questão objeto de análise, destaca-se, como referencial legal, o parágrafo único do artigo 70, da Constituição Federal, que estabelece que "*prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada,*

¹ Na concepção de José dos Santos Carvalho Filho, trata-se de órgão integrante do Congresso Nacional que tem a função constitucional de auxiliá-lo no controle financeiro externo da Administração Pública, como emana do art. 71 da atual Constituição. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 34ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.

² ROSILHO, André Janjácómo. *Controle da Administração pelo TCU*. Tese de Doutorado em Direito na USP. São Paulo, 2016, p. 120.

que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária”, bem como o inciso II do artigo 71, que, por sua vez, atribui competência ao TCU para “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.”

A interpretação conjunta dos dispositivos mencionados indica que a determinação dos possíveis sujeitos passivos das medidas restritivas de direitos aplicadas pelo TCU pressupõe a identificação de quem seriam os “responsáveis” pela correta aplicação do dinheiro público. A conclusão é corroborada pelo disposto no artigo 71, VIII, que indica caber ao TCU aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário.

Assim, torna-se necessário identificar quais são os sujeitos que, dando causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público, podem submeter-se à aplicação de medidas restritivas pela Corte de Contas.

A abrangência do parágrafo único do art. 70 implica na impossibilidade de se restringir a aplicação de medidas restritivas de direito a pessoas jurídicas de direito público, de modo que pessoas jurídicas de direito privado integrantes da administração indireta - empresas públicas e sociedades de economia mista - não ficam excluídas dessas medidas. Além disso, é pacífica a possibilidade de entidades do Terceiro Setor que recebam repasse de recursos públicos por meio de convênios serem alvo de tais medidas.³

O mesmo não ocorre com a possibilidade de particulares contratados pela Administração serem sujeitos passivos de medidas restritivas de direitos

³ ROSILHO, André Janjácómo. *Controle da Administração pelo TCU*. Tese de Doutorado em Direito na USP. São Paulo, 2016, p. 174.

aplicadas pelo TCU. O tema foi objeto de incidente de uniformização de jurisprudência no âmbito do TCU, que decidiu por submeter à sua jurisdição os particulares que causem dano ao erário em relação jurídica decorrente de ato ou contrato administrativo sujeito a controle externo.⁴

Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara, no entanto, interpretam a competência constitucionalmente atribuída ao TCU de forma diversa. Para os autores, a regra esculpida no artigo 71, II, não foi concebida para circunscrever qualquer suspeito de causar dano ao erário. Nesse sentido, argumentam que o controle externo deve ser exercido apenas sobre agentes públicos, isto é, autoridades integrantes da Administração ou particulares que façam a gestão delegada de recursos públicos. Em suas palavras, “*o texto não fala em julgar contas ou em agir sobre quem seja agente privado externo, na condição de simples contratado do poder público. Os fornecedores da administração pública não foram incluídos no rol dos jurisdicionados*”.⁵

A fim de contribuir com a definição dos sujeitos passivos de medidas restritivas de direitos aplicadas pelo TCU, portanto, a presente pesquisa busca responder à seguinte pergunta: “qual é a *ratio decidendi* utilizada pelo STF para respaldar a aplicação de medidas restritivas de direitos, pelo TCU, a particulares contratados pela Administração?” Realizou-se, assim, análise quantitativa e qualitativa de decisões colegiadas proferidas em sede de mandados de segurança impetrados contra decisões do TCU que apliquem referidas medidas.

JUSTIFICATIVA

Considerada a atuação do TCU à luz do cenário político e jurídico brasileiro, o exame revela-se particularmente importante. A Constituição Federal de 1988 atribui ao órgão o mais amplo rol de competências da história

⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Incidente de Uniformização de Jurisprudência. Acórdão nº 321/2019. Relatora: Ana Arraes. Brasília, DF, 20 fev. 2019. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/processo/*/NUMEROSOMENTENUMEROS%253A1396720126/DTAUTUACAOORDENACAO%2520desc%252C%2520NUMEROCOMZEROS%2520desc/0> acesso em 10 ago. 2011

⁵CÂMARA, Jacintho Arruda; SUNDFELD, Carlos Ari. *Limite da jurisdição dos tribunais de conta sobre particulares*. São Paulo: Justiça do Direito, v. 33, n.2, 2019.

constitucional brasileira.⁶ Trata-se de evidente reação ao regime político autoritário vigente antes de sua promulgação. Conforme aponta José Afonso da Silva, “as Cortes de Contas sempre seguem a posição do Poder Legislativo. Quando este está sufocado pelo autoritarismo ou pela perda de atribuições básicas, aquelas sofrem as consequências em grau mais profundo.”⁷ Com efeito, acrescenta o autor, é atributo essencial a qualquer Estado Democrático de Direito a autonomia das instituições de apuração de eventuais abusos e desvios da Administração.

Por outro lado, em questões de relevante interesse público, o Tribunal de Contas da União, interpretando sua competência prevista constitucionalmente, parece assumir função alheia ao seu perfil constitucional e legal.⁸ Trata-se de fenômeno que requer atenção detida. Afinal, os Tribunais de Contas no Brasil assumiram papel de protagonismo no controle da administração pública. Suas decisões repercutem em diversos setores da sociedade e influem sobre o desempenho das atividades administrativas.⁹

Sendo assim, a ausência de definição acerca dos possíveis sujeitos passivos de medidas restritivas de direitos aplicadas pelo TCU é causa de insegurança jurídica. Em especial, o desconhecimento a respeito do posicionamento do STF em relação à matéria é prejudicial àqueles que buscam contratar com o Poder Público. Afinal, é de interesse do administrado saber, de antemão, as consequências exatas de qualquer ato jurídico que pratique, seja ele lícito ou ilícito. Nesse caso, em específico, é direito do administrado saber a qual sanção estará sujeito, qual órgão competente e qual o rito para aplicá-la.

⁶ CABRAL, Flávio Garcia. *O Tribunal de Contas da União é um Órgão Político*. Revista de Investigações Constitucionais. São Paulo: 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rinc/a/Wvw3JQwFg4JPOqGkTKsgfRc/?lang=pt&format=html#> acesso em 18.05.2023.

⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 43ª ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 768.

⁸ SUNDFELD, Carlos Ari e ARRUDA CÂMARA, Jacintho. *Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. Contratações Públicas e seu Controle*. São Paulo: Malheiros, 2013.

⁹ CÂMARA, Jacintho Arruda; SUNDFELD, Carlos Ari. *Limite da jurisdição dos tribunais de conta sobre particulares*. São Paulo: Justiça do Direito, v. 33, n.2.

Ademais, a incerteza quanto à competência do Tribunal de Contas da União é prejudicial ao Poder Público. Afinal, é de interesse público a existência de terceiros dispostos a contratar com a Administração, sendo certo que, para isso, é necessário minimizar, tanto quanto possível, a insegurança gerada pela contratação. Nesse sentido, importa considerar que a possibilidade do particular disposto a contratar com o Poder Público sofrer medidas restritivas de direitos advindas de um órgão cuja finalidade institucional é o controle da Administração Pública resvalará, em primeiro lugar, no número de fornecedores interessados, o que poderá refletir nos preços e até mesmo na qualidade da prestação de serviços ou da execução de obras públicas, por exemplo.

Mais do que isso, as decisões do TCU impactam o funcionamento do aparato administrativo. Sua competência fiscalizatória recai sobre uma larga amostra de atos e procedimentos administrativos, sendo certo que, para o efetivo desempenho dessa função, é importante que a Corte seja institucionalmente valorizada. Considerando, pois, que o respeito às competências constitucionalmente delineadas é fator que valoriza as instituições democráticas, é necessário que estas sejam devidamente identificadas e que qualquer extrapolação a esse fator de limitação do poder seja denunciada.

A realização da presente pesquisa, ainda, tem o potencial de fornecer bases à interpretação do arranjo institucional da Constituição brasileira. Isso porque, ao impor medidas sancionatórias e preventivas diretamente aos particulares, o TCU tangencia um campo de atuação reservado ao Poder Judiciário, conforme explicam Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara:

No Direito brasileiro é reservada ao Poder Judiciário a função de condenar alguém ao ressarcimento de danos, inclusive ao erário. A Constituição prevê a ação popular como instrumento de persecução judicial contra atos lesivos ao patrimônio público (art. 5º, LXXIII). A improbidade administrativa (art. 37, § 4º da CF) também depende de ação judicial para ser combatida e proporcionar o ressarcimento ao erário e a punição dos responsáveis (art. 17 da Lei 8.429, de 1992).¹⁰

¹⁰ CÂMARA, Jacintho Arruda; SUNDFELD, Carlos Ari. *Limite da jurisdição dos tribunais de contas sobre particulares*. São Paulo: Justiça do Direito, v. 33, n.2, 2019.

Sendo agente público, é incontroverso ser o particular sujeito passivo das medidas restritivas de direitos adotadas pelo TCU. Entretanto, é necessário identificar se ou em que medida pessoas de direito privado que não adquirem essa qualidade podem sujeitar-se a tais medidas. Nesses casos, haveria competência concorrente do TCU e do Poder Judiciário ou aquele estaria usurpando competência exclusiva deste?

O debate, em última análise, circunda a natureza jurídica dos tribunais de contas. Sendo órgãos de controle, as cortes de contas têm competência fiscalizatória. Essa fiscalização pode ter como objeto quase tudo o que se relaciona à Administração Pública. Além da fiscalização financeira, orçamentária, contábil e patrimonial – matérias sob a jurisdição específica do Tribunal de Contas – cabe-lhe, no exercício da fiscalização operacional, um exame do todo, do conjunto da atuação administrativa.¹¹ Desse modo, sua atuação sobre pessoas que não compõem a Administração requer atenção detida, a fim de que se torne possível a definição de seus contornos e possibilidades.

Nesse sentido, ganha relevo o questionamento de diversas medidas restritivas de direitos adotadas pelo TCU contra particulares contratados pela Administração. Ilustrativamente, menciona-se a possibilidade de retenção de pagamentos devidos a particular contratado; a condenação a ressarcir danos causados ao erário por conta de vícios em contrato administrativo; a declaração de inidoneidade; a desconsideração da personalidade jurídica de empresas contratadas e, por fim, a aplicação de medidas cautelares, a exemplo da indisponibilidade de bens.

STF COMO ÓRGÃO EMISSOR DAS DECISÕES OBJETO DE ANÁLISE

Todas as medidas impositivas mencionadas no tópico anterior já foram adotadas pelo TCU e são objeto de questionamento, via Mandado de

¹¹ SUNDFELD, Carlos Ari e ARRUDA CÂMARA, Jacintho. *Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. Contratações Públicas e seu Controle*. São Paulo: Malheiros, 2013.

Segurança, no STF. Tendo isso em vista, a presente pesquisa opta pela adoção desta Corte como a emissora das decisões objeto de estudo.

São dois os motivos: em primeiro lugar, as decisões colegiadas da Suprema Corte revestem-se de estabilidade e, mesmo que não sejam vinculantes, são parâmetro para a atuação dos demais órgãos do Poder Judiciário, sendo certo que explicitar sua posição a respeito do tema aqui tratado é empreitada que contribui para um cenário de segurança jurídica e estabilidade institucional. Ademais, a competência do TCU é matéria constitucional, de modo que a análise da atuação deste órgão à luz do texto da Constituição não é o bastante para estabelecer os contornos exatos dos poderes instrumentais que detém.

Para que isso seja possível, faz-se necessária pesquisa empírica que demonstre como decide o órgão encarregado de dar a última palavra em matéria constitucional¹². Estaria ele simplesmente respaldando a atuação da Corte de Contas? Ou, por outro lado, a argumentação utilizada pelos ministros traça contornos distintos para a atuação do TCU em relação a particulares contratados pela Administração?¹³ Nota-se, pois, que a análise do posicionamento do STF a respeito de competências autoproclamadas pelo TCU é relevante, inclusive, em termos de diálogo institucional, na medida em que trata de uma amostra exemplificativa da relação entre as cortes.

A importância atribuída pela presente pesquisa ao posicionamento da instância máxima do Poder Judiciário não se deve à adoção da teoria do realismo jurídico. Não se considera que o Direito é o que o magistrado diz. Entretanto, conforme explica Ricardo Marcondes Martins, nas democracias constitucionais há uma regra de calibração: com o trânsito em julgado, o erro do magistrado é assimilado como acerto por motivo de segurança jurídica.¹⁴

¹² No caso dos Mandados de Segurança analisados, o STF não é acionado como Corte Constitucional. Entretanto, é sua a competência privativa para julgamento de Mandados de Segurança impetrados contra atos do TCU, nos termos do art. 102, I, da Constituição Federal.

¹³ Para análise mais aprofundada a respeito do diálogo institucional entre STF e TCU, ver: TRISTÃO, Conrado. *Controle do Tribunal de Contas da União pelo Supremo Tribunal Federal*. Tese de mestrado em Direito na FGV. São Paulo, 2020.

¹⁴ Para uma crítica mais aprofundada à teoria realista do Direito, bem como para considerações mais profundas a respeito da regra de calibração, ver: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Poder Judiciário e estado de exceção: direito de resistência ao ativismo judicial*. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 8, n. 2, p. 457-487, maio/ago. 2021.

Nesse sentido, considera-se a jurisprudência do STF objeto de estudo seguro e eficaz àquilo que propõe este estudo, tendo em vista que a definição das competências do TCU à luz da jurisprudência da Suprema Corte tem o potencial de aumentar a segurança jurídica dos administrados, contribuir ao melhor funcionamento da Administração Pública e, por consequência, valorizar institucionalmente a Corte de Contas.

Além disso, considerado o atual contexto político e social, é importante a verificação do posicionamento do STF acerca da expansão do controle sobre a Administração Pública. A sociedade civil, de forma geral, mostra-se favorável a essa expansão. O respaldo encontrado pela Operação Lava Jato, nesse sentido, é exemplificativo. Entretanto, nos casos em que a atuação de órgãos de controle, como é o caso do TCU, extrapola os limites constitucionalmente delimitados, torna-se necessária a atuação do STF, tendo em vista sua função de, à luz da Constituição Federal, impor limites aos anseios das maiorias ocasionais.

I. METODOLOGIA

A presente pesquisa empírica tem como objeto a jurisprudência do STF acerca da competência do TCU para aplicar medidas restritivas de direitos contra particulares contratados pela Administração. Referida competência é discutida, na Corte Suprema, a partir de Mandados de Segurança impetrados contra decisões do TCU. Nesse sentido, a proposta é identificar, através do site do STF (www.stf.jus.br), decisões colegiadas em Mandado de Segurança que versem sobre a controvérsia apresentada, abordando, no estudo, o período entre 05/10/1988, data de publicação da Constituição Federal de 1988, até 24/07/2023, data de fechamento da pesquisa realizada.

São dois os fatores que levaram à escolha do Supremo Tribunal Federal como órgão jurisdicional emissor das decisões objeto de análise. Em primeiro lugar, trata-se do órgão competente para processar e julgar, originariamente, mandados de segurança impetrados contra atos do Tribunal de Contas da União, nos termos do artigo 102, I, "d". Em segundo, destaca-se sua competência para interpretar a Constituição de forma

definitiva e seu caráter de instância máxima do poder judiciário brasileiro, como já mencionado.

A opção pela análise de decisões colegiadas, em detrimento das decisões monocráticas, justifica-se por representarem um objeto de estudo mais estável, capaz de revelar o posicionamento da Corte de maneira mais coesa. Com efeito, a partir da análise preliminar das decisões, constata-se que a argumentação apresentada pelos ministros nas decisões colegiadas é mais profunda, de modo a torná-las mais relevantes para os fins a que se propõe uma pesquisa qualitativa se comparadas às monocráticas. Ademais, o expressivo número destas decisões disponível para consulta no site do STF tornaria sua análise, neste estudo, inviável, considerando o espaço temporal para seu desenvolvimento.

Preliminarmente, portanto, realizei a busca no site do tribunal (www.stf.jus.br), na aba de pesquisa de jurisprudência, com as seguintes combinações de palavras-chave: ("tribunal de contas" e "pessoa jurídica de direito privado" e "competência"); ("tribunal de contas" e "indisponibilidade de bens"); ("tribunal de contas" e "responsáveis" e "origem dos recursos") e ("tribunal de contas da união" E "verbas recebidas do poder público"). A pesquisa ocorreu no dia 24/07/2023 e, por isso, esse é o marco final deste trabalho. Para cada combinação, foi feita análise preliminar dos acórdãos a fim de verificar a possibilidade de enquadramento aos recortes adotados na pesquisa.

(i) Combinação I

A pesquisa pelas palavras-chave ("tribunal de contas" E pessoa jurídica de direito privado " E "competência "), restrita a mandados de segurança, resultou num total de 6 (seis) acórdãos. Após análise preliminar, foram selecionados: MS 37.329 e MS 30.788.

Tabela 1 - Resultados da Combinação I

6 resultados para: "tribunal de contas" E "pessoa jurídica de direito privado" E "competência"	
Processo	Seleção
MS 37329	O
MS 30788	O
MS 37923 AgR	O
MS 28465	X
MS 32703	X
MS 32703	X

(II) Combinação II

A pesquisa pelas palavras-chave ("tribunal de contas" E "indisponibilidade de bens"), restrita a mandados de segurança e com termo inicial em 01/01/2015, resultou num total de 6 (seis) acórdãos, dentre os quais foram selecionados: MS 35920 e MS 35506.

Tabela 2 - Resultado da combinação II

6 resultados para "tribunal de contas" E "indisponibilidade de bens"	
Processo	Seleção

MS 33092	X
MS 34233 – AgR	X
MS 35506	O
MS 34738 – AgR	X
MS 35435	X
MS 35920	O

(iii) Combinação III

A pesquisa pelas palavras-chave “tribunal de contas” e “responsável” e “origem dos recursos” resultou num total de 3 (três) acórdãos, dentre os quais foram selecionados MS 36569 e MS 24379.

Tabela 3 - Resultado da combinação III

3 resultados para “tribunal de contas” E “responsável” E “origem dos recursos”	
Processo	Seleção
MS 37923 AgR	X
MS 36569	O

MS 24379	O
----------	---

(IV) Combinação IV

A pesquisa pelas palavras-chave "tribunal de contas da união" E "verbas recebidas do poder público" resultou em 1 (um) acórdão, o qual foi selecionado.

Tabela 4 - Combinação IV

1 resultado para "tribunal de contas" E "verbas recebidas do poder público"	
Processo	Seleção
MS 26969	O

(V) Refinamento da amostra

O critério de seleção de decisões colegiadas para compor o objeto da presente pesquisa foi a existência de argumentos favoráveis ou contrários à competência do TCU para aplicar medidas restritivas de direitos contra particulares contratados pela Administração. Sendo assim, nem todos os resultados das buscas pelas palavras-chave supramencionadas foram selecionados. Desse modo, abaixo consta a exposição de motivos para o descarte de decisões encontradas em conjunto com a quantidade de decisões correspondente a cada motivo.

Tabela 5 - Motivos do descarte de acórdãos

Motivo	Quantidade
--------	------------

Trata da competência fiscalizatória do TCU sobre pessoas jurídicas de direito privado em geral, que não celebram contrato com a Administração Pública.	3
Trata da aplicação da cautelar de indisponibilidade de bens em face de servidor público.	2
Trata da aplicação de medidas restritivas de direitos, por parte do TCU, após a celebração de acordo de leniência.	1
Repetido ¹⁵	2

Após o refinamento da amostra, restou 9 (nove) acórdãos, os quais estavam completamente aderentes aos recortes adotados e, por isso, foram adotados como objeto de análise qualitativa.

Tabela 6 - Acórdãos que compõem o objeto da presente pesquisa

Processo	Data de julgamento
26.969	18/11/2014
30788	21/05/2015
24379	04/07/2015
29599	01/03/2016
36569	21/06/2021

¹⁵ Acórdão que aparece em mais de uma busca por palavras-chave.

37329	22/04/2022
37923	24/04/2022
35506	10/10/2022
35920	18/03/2023

II. Contextualização do objeto da pesquisa

A Administração Pública está submetida ao controle dos Poderes Legislativo e Judiciário, além do controle dos próprios atos: o controle administrativo.

Este último é destinado às instituições administrativas - vale dizer, do Poder Executivo. Subdivide-se em controles internos e externos, sendo interno o controle exercido por órgãos da própria Administração, enquanto externo é o controle exercido por órgãos a ela alheios.¹⁶

A Constituição Federal de 1988 ("CF") é um marco político e jurídico que possibilitou a expansão do controle da Administração Pública em um país em processo de redemocratização. Nesse sentido, a fim de impor limites à atuação estatal, após 21 anos de Ditadura Militar, a CF assegurou um amplo rol de direitos e garantias fundamentais, conferiu destaque à descrição de procedimentos que condicionam o agir estatal - licitações e concursos públicos, por exemplo - bem como ampliou os poderes de instituições responsáveis pela fiscalização, a exemplo do Ministério Público e do Tribunal de Contas.

A legislação infraconstitucional que se seguiu à promulgação da CF, portanto, instituiu um extenso sistema de controle da Administração Pública. Exemplificativamente, menciona-se a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Lei 8.443, de 16 de julho de 1992), a Lei de Improbidade

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 962.

Administrativa (Lei 8.429, de 02 de junho 1992) a Lei Nacional do Ministério Público Federal (Lei 8.625, de 12 de fevereiro de 1993) e a Lei Geral de Licitações (Lei 8.666, de 21 de junho de 1993), sendo que todas têm em comum a “*desconfiança com o agente público e aqueles que com ele se relacionavam, em contraposição à fé no controlador*”.¹⁷ Nesse contexto, destaca-se que o TCU, a partir da nova lei, poderia aplicar multa a “*responsáveis por valores públicos*”¹⁸ e declarar inidôneo para contratar com a administração pública particular que fraudasse licitação.¹⁹

Já no início do século XXI, surgiram novas instâncias para fiscalizar a administração pública, como a Controladoria-Geral da União (“CGU”) em 2003, bem como novas leis prevendo competências sancionadoras, como a Lei Anticorrupção (Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013), contribuindo ao delineamento do sistema de controle da Administração Pública no Brasil.

Com efeito, o cenário atual do universo de controle da Administração Pública é marcado pela presença de uma multiplicidade de agentes, sendo diversos os órgãos competentes para a aplicação de sanções e medidas restritivas de direitos em geral. Não é raro, pois, que uma mesma conduta seja considerada ilícita por diversos diplomas, os quais instituem sanções diversas e tornam diferentes órgãos competentes para o julgamento, gerando indesejável insegurança jurídica.

Diante desse contexto, faz-se um recorte e analisa-se a competência para a restrição e limitação de direitos por parte do Poder Judiciário e do TCU no âmbito do direito administrativo.

São dois os motivos que levaram à escolha desse recorte epistemológico. Em primeiro lugar, trata-se de uma amostra exemplificativa que escancara um cenário marcado pela multiplicidade de agentes

¹⁷ GABRIEL, Yasser Reis. *Harmonização de efeitos das sanções de direito administrativo*. Tese de Doutorado em Direito na USP. São Paulo, 2021, p. 26.

¹⁸ A identificação daqueles que podem ser considerados “responsáveis por valores públicos” é central ao desenvolvimento desta pesquisa e será objeto de detidas considerações adiante.

¹⁹ Art. 46. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.

Art. 57. Quando o responsável for julgado em débito, poderá ainda o Tribunal aplicar-lhe multa de até cem por cento do valor atualizado do dano causado ao erário.

competentes para a aplicação de medidas restritivas de direitos no âmbito do direito administrativo. Além disso, questão central ao desenvolvimento dessa pesquisa é a possível invasão, por parte do TCU, de campos de atuação reservados ao sistema de justiça. Assim, faz-se necessário tecer breves considerações a respeito daquilo que a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional reservaram a cada um quando se trata da aplicação de medidas restritivas de direitos.

1. Poder Judiciário como agente competente para aplicação de medidas restritivas de direitos no âmbito do Direito Administrativo

Preliminarmente, importa destacar que não serão objeto de análise crimes contra a Administração Pública. Trata-se de matéria eminentemente penal, ao passo que estas breves considerações são fruto de preocupação com o possível conflito de competência entre o TCU e o Poder Judiciário na aplicação de medidas restritivas de direitos no âmbito do Direito Administrativo.

O Brasil, desde a Constituição de 1891, fez a opção por um sistema de jurisdição *una*. Inspirado no direito norte-americano, o sistema prevê que a administração pública sujeita o controle de seus atos ao Judiciário. Não só: essa sistemática implica em que todo e qualquer conflito acerca da adequada aplicação do Direito ao caso concreto, seja quais forem os litigantes ou a índole da relação jurídica controvertida, poderá ser resolvido no Judiciário.²⁰

Assim, a Constituição Federal prevê instrumentos processuais específicos para se questionar judicialmente a atuação administrativa, como o *habeas data*, a ação civil pública e o mandado de segurança, além das ações ordinárias, os quais objetivam resguardar os administrados contra eventuais abusos e ilegalidades cometidos pela Administração.

A respeito do controle judicial sobre políticas públicas, destacam-se três tipos, quais sejam: (1) controle que tem por objetivo preservar as regras

²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 962.

que presidem o funcionamento da democracia, assegurando sua intertemporalidade; (2) controle sobre forma e conteúdo das políticas elaboradas e implementadas pelos governantes; e (3) controle dos ocupantes de cargos públicos, eletivos, nomeados ou de origem na carreira burocrática, no que diz respeito a sua conduta pública e administrativa.²¹

Em síntese, o primeiro tipo de controle visa preservar o Estado Democrático de Direito contra a investida autoritária de maiorias ocasionais. Nesse sentido, destacam-se as ações de controle difuso e concentrado de constitucionalidade, as quais visam invalidar atos do poder público editados em desconformidade com a Constituição Federal.

O segundo tipo de controle incide sobre a implementação de políticas públicas. A intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas ocorre não apenas a partir das ações de controle de constitucionalidade, mas também pelo plano infraconstitucional. Marco, a esse respeito, é a tutela dos direitos difusos e coletivos, cuja defesa pelo ordenamento jurídico foi inaugurada pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.²²

Por fim, o terceiro tipo de controle é aquele diretamente relacionado à figura dos administradores, direta e individualmente. Esse controle pode se dar por via política, tendo em vista ser a corrupção, por exemplo, crime de responsabilidade e ensejar processo de *impeachment*. Além disso, o mesmo ato pode ser enquadrado como crime comum e como ato de improbidade administrativa.

A Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429, 02 de junho de 1992) fez com que as sanções aplicadas pelo Judiciário contra atos danosos à Administração Pública ganhassem grande relevância. A partir dela, fica instituído o dever para agentes públicos e para agentes privados que, de

²¹ ARANTES, Rogério Bastos *et al.* *Controles democráticos sobre a administração pública no Brasil: Legislativo, tribunais de contas, Judiciário e Ministério Público*. In: LOUREIRO, Maria Rita *et al.* (org.) *Burocracia e política no Brasil*. São Paulo: FGV Editora, 2010 p. 132.

²² ARANTES, Rogério Bastos *et al.* (2010), a esse respeito, destacam importante reconfiguração no sistema de justiça brasileiro e sua relação com o Poder Executivo. Em especial, destacam o aumento dos poderes do Ministério Público, com a consequente influência da instituição no âmbito das políticas públicas. Nesse sentido, citam o Inquérito Civil e o TAC, que possibilitam o controle da Administração e das políticas públicas sem que seja necessária a influência do Poder Judiciário.

alguma forma, se relacionam com o Poder Público, de zelar pelos princípios da boa administração. Consequentemente, em caso de falha, haverá punição pelo Judiciário.

As condutas consideradas falhas são descritas de forma ampla, mas todas estão relacionadas a prejuízos à Administração. Nesse sentido, as sanções previstas também têm efeitos diretamente ligados à atividade administrativa, sendo que impõem aos particulares nela incidentes restrições de direitos e medidas causadoras de impacto patrimonial.

O caráter sancionatório da Lei tem previsão constitucional, dispendo o artigo 37, §4º, que "*Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.*"

A Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429, de 02 de junho de 1992), no entanto, aumenta as espécies de sanção judicial que poderiam decorrer de conduta ímproba, além de estabelecer que tanto agente público, quanto privado, podem ser sujeitos passivos das medidas restritivas de direitos previstas. Trata-se, em suma, de marco da intervenção judicial na gestão pública por meio de instrumentos sancionadores, antes utilizados pela própria Administração. A esse respeito, Yasser Gabriel destaca que:

A LIA, ao mesmo tempo que assumiu o discurso da independência de instâncias, trouxe para o Judiciário a possibilidade de aplicar sanções já existentes em outras normas, muitas das quais associadas ao poder punitivo da administração. Sanções administrativas, portanto. A proibição para contratar com a administração, por exemplo, já existia há 70 anos no ordenamento jurídico brasileiro, sempre como sanção a ser aplicada pela administração em decorrência de irregularidades ocorridas em contratações públicas.²³

Nos termos do Art. 1º, §1º da LIA²⁴, atualizado pela Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021, são considerados atos de improbidade administrativa as

²³ GABRIEL, Yasser Reis. *Harmonização de efeitos das sanções de direito administrativo*. Tese de Doutorado em Direito na USP. São Paulo, 2021, p. 67.

²⁴ Art. 1º, § 1º: "*Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos Arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais*".

condutas dolosas tipificadas nos artigos 9º, 10 e 11²⁵, ressalvados os tipos previstos em leis especiais. A esse respeito, José dos Santos Carvalho Filho explica que:

*A ressalva sobre tipos previstos em leis especiais busca impedir o bis in idem, ou seja, que uma única conduta seja punida mais de uma vez. Assim, se contemplar a conduta qualificada como improbidade, é a lei especial que será aplicada, e não a Lei de Improbidade.*²⁶

A lei indica que o sujeito passivo de condutas ímprobadas é a pessoa jurídica atingida. No entanto, há duas categorias de pessoas privadas, estabelecidas na LIA²⁷, que também podem ser sujeitos passivos. O primeiro grupo é formado pelas entidades privadas que recebem subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de entes públicos ou governamentais, cujo patrimônio tenha sido atingido pelo ato de improbidade. O segundo grupo é constituído por entidades privadas, da administração indireta ou não, para cuja criação ou custeio o erário haja contribuído ou contribua para seu patrimônio ou receita anual.

Quanto aos possíveis sujeitos ativos de atos de improbidade administrativa vislumbram-se dois grupos: agentes públicos e terceiros participantes da conduta. Nos termos do artigo 2º, agente público é *“todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades referidas no artigo 1º.”*

²⁵ Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando em enriquecimento ilícito auferir, mediante a prática de ato doloso, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, de mandato, de função, de emprego ou de atividade nas entidades referidas no art. 1º desta Lei (...).

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei (...).

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas (...).

²⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 37ª edição. São Paulo: Atlas, 2023, p. 799.

²⁷ Art. 1º, § 6º: *“Estão sujeitos às sanções desta Lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade privada que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de entes públicos ou governamentais, previstos no § 5º deste artigo”*.

O artigo 2º, parágrafo único²⁸, deixa claro que a lei se preocupou em proteger a probidade administrativa no que concerne ao uso de recursos de origem pública. São públicos os recursos recebidos por particular (pessoa física ou jurídica), que celebra com a administração pública convênio, contrato de repasse, contrato de gestão, termo de parceria, termo de cooperação ou ajuste administrativo equivalente. Na visão de Carvalho Filho,²⁹ a relação é meramente exemplificativa, de modo que a lei incidirá quando for celebrado contrato de perfil semelhante, retratando instrumento de parceria, ainda que externado com rótulo diverso.

A Lei Anticorrupção - LAC (Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013), por sua vez, permite a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública não somente no âmbito administrativo, como também judicial.

A responsabilização, na sistemática adotada pela lei, é objetiva, ou seja, independe da culpa na prática do ato. Entretanto, para que pessoas físicas integrantes da pessoa jurídica sejam responsabilizadas é necessária a verificação de culpa. Trata-se, neste particular, de responsabilidade subjetiva.³⁰

Para que haja responsabilização judicial à luz da LAC, são legitimados ativos os órgãos de representação dos entes públicos e o Ministério Público. São aplicáveis, isolada ou cumulativamente, as sanções de (a) perdimento de bens, direitos ou valores obtidos em decorrência do ilícito; (b) suspensão ou interdição parcial das atividades; (c) dissolução compulsória da pessoa

²⁸ Art. 2º, parágrafo único: “No que se refere a recursos de origem pública, sujeita-se às sanções previstas nesta Lei o particular, pessoa física ou jurídica, que celebra com a administração pública convênio, contrato de repasse, contrato de gestão, termo de parceria, termo de cooperação ou ajuste administrativo equivalente”.

²⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 37ª edição. São Paulo: Atlas, 2023, p. 526.

³⁰ Art. 3º A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito.

§ 1º. A pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais referidas no caput. § 2º Os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade.

jurídica; e (d) vedação para o recebimento de incentivos, subsídios e subvenções governamentais, nos termos do art. 19, incisos I a IV.

Além disso, a Lei prevê, em seu artigo 19, §4º, a possibilidade de aplicação da cautelar de indisponibilidade de bens, direitos e valores da pessoa jurídica responsável.³¹

Entre a LIA e a LAC pode haver duplicidade de sanções. A sanção de vedação para o recebimento de incentivos, subsídios e subvenções governamentais, por exemplo, é prevista em ambos os diplomas normativos. Nesse sentido, a LIA determina que as sanções aplicadas a pessoas jurídicas devem observar o princípio da vedação ao *non bis in idem*.³²

2. TCU como agente competente para restrição e limitação de direitos no âmbito do direito administrativo

Como já mencionado, os contornos da competência constitucionalmente atribuída ao TCU encontram-se na redação dos artigos 70³³ e 71³⁴ da Constituição. Em esforço de sistematização, André Rosilho

³¹ Art. 19, § 4º: "O Ministério Público ou a Advocacia Pública ou órgão de representação judicial, ou equivalente, do ente público poderá requerer a indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado, conforme previsto no art. 7º, ressalvado o direito do terceiro de boa-fé."

³² Art. 12, § 7º: "As sanções aplicadas a pessoas jurídicas com base nesta Lei e na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, deverão observar o princípio constitucional do **non bis in idem**." (grifos próprios).

³³ Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

³⁴ Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento; II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público; III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório; IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II; V - fiscalizar as contas nacionais das

indica que a Corte de Contas possui competência para “*editar normas; para praticar atos de comando; para levantar dados e produzir informações; para formular orientações gerais e para informar e representar às autoridades competentes.*”³⁵

Valendo-se da sistematização acima referida, o presente estudo faz um recorte e analisa especificamente a competência sancionatória do TCU, a fim de expor o debate acerca dos possíveis sujeitos passivos de suas medidas restritivas de direitos. Segundo o autor supracitado, as atribuições relacionadas a essa competência são: julgar contas e aplicar sanções. À cada uma serão dispensados breves comentários na sequência.

Primeiramente, é importante distinguir os termos “julgar as contas”, previsto no artigo 71, II,³⁶ da Constituição e “apreciar as contas”, previsto no artigo 71, I³⁷, da Constituição. No primeiro caso, o TCU analisa as contas da Administração e toma a decisão concreta a respeito de sua licitude, a qual poderá ou não levar à punição de seus responsáveis, sendo que, neste caso, estará autorizado a tomar decisões impositivas, vinculantes, dispensando, para tanto, aval, concordância ou julgamento de outro órgão. Já no segundo

empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo; VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município; VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas; VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário; IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade; X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal; XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados. § 1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis. § 2º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito. § 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo. § 4º O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades.

³⁵ ROSILHO, André Janjácómo. *Controle da Administração pelo TCU*. Tese de Doutorado em Direito na USP. São Paulo, 2016, p. 152, p. 120.

³⁶ 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.

³⁷ 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.

caso, os efeitos das deliberações do TCU dependem de decisão do Congresso Nacional.³⁸

Conforme depreende-se da redação do art. 71, incisos II e VIII, o julgamento de contas poderá levar à declaração de regularidade ou irregularidade de contas. Neste caso, será possível a aplicação de multa proporcional ao dano, além de sanções previstas em lei. Ademais, nos termos do §3º do art. 71, “As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.”

Os atos de comando decorrentes da declaração de irregularidade de contas apenas podem ser editados para a correção ou punição de ilegalidades. Ou seja, o parâmetro ensejador de atos de comando dessa natureza não pode ser a economicidade, a eficiência ou a efetividade. Além disso, as fiscalizações das quais podem resultar atos de comando são apenas as que envolvam matérias sob sua jurisdição específica, quais sejam: financeira, orçamentária, contábil e patrimonial.³⁹

Neste ponto, sobrepõe-se a discussão a respeito de quem são os sujeitos efetivamente obrigados a prestar contas. Na visão de André Rosilho, o parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal⁴⁰ indica os sujeitos que, eventualmente, poderão vir a ser obrigados a prestar contas. Entretanto, destaca que o Art. 71, II⁴¹, criou regimes distintos para prestação de contas, a depender do sujeito prestador.⁴²

³⁸ Nesse sentido, ROSILHO, André Janjácómo. *Controle da Administração pelo TCU*. Tese de Doutorado em Direito na USP. São Paulo, 2016, p. 152.

³⁹ Nesse sentido, CÂMARA, Jacintho Arruda; SUNDFELD, Carlos Ari. Limite da jurisdição dos tribunais de contas sobre particulares. São Paulo: Justiça do Direito, v. 33, n.2, p. 208

⁴⁰ Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumas obrigações de natureza pecuniária.

⁴¹ 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.

⁴² ROSILHO, André Janjácómo. *Controle da Administração pelo TCU*. Tese de Doutorado em Direito na USP. São Paulo, 2016, p. 154.

Os sujeitos compreendidos na primeira parte do dispositivo - 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 – necessariamente terão de submeter anualmente suas contas ao TCU para posterior julgamento.

O grupo de sujeitos compreendidos na segunda parte do dispositivo só terá que prestar contas em caso de prejuízo ou dano ao erário. Nele, estão englobados todos os sujeitos aos quais quis se referir o artigo 70, parágrafo único, não compreendidos na primeira parte do art. 71, II. A esse respeito, exemplificativamente, destaca-se as entidades do Terceiro Setor que recebem repasse de recursos federais por convênio.

Além da competência para a aplicação da sanção de irregularidade de contas, é também competente o TCU para a aplicação da sanção de ilegalidade de despesa. Esta apenas poderá ocorrer no âmbito de processos investigativos inseridos na competência do TCU para levantar dados e produzir informações. Nas palavras de André Rosilho,

Despesas poderão ser declaradas contrárias à lei no âmbito de fiscalizações de atos ou contratos; de fiscalizações voltadas a aferir a maneira pela qual os recursos repassados por meio de convênios a outros entes federativos estão sendo corretamente empregados; de auditorias ou inspeções etc.⁴³

Os sujeitos passivos das sanções e demais medidas restritivas de direitos aplicáveis pelo TCU – e, neste ponto, chega-se à questão central da presente pesquisa – são aqueles obrigados a prestar contas. Teria, nesse sentido, o regime constitucional permitido ao TCU sua aplicação em relação aos particulares contratados pela Administração?

A resposta ao questionamento depende da verificação da natureza dos recursos repassados ao particular, a título de contraprestação, em virtude de contrato administrativo. Em outras palavras, para que sejam esses particulares tidos como “responsáveis”, nos termos do artigo 71, incisos II e

⁴³ ROSILHO, André Janjácómo. *Controle da Administração pelo TCU*. Tese de Doutorado em Direito na USP. São Paulo, 2016, p. 174.

VIII, é necessário considerar pública a natureza dos recursos repassados, mesmo quando já tiverem integrado o patrimônio do contratado.

O histórico legislativo anterior à Constituição Federal de 1988 revela que o termo “responsáveis” jamais se referiu a particulares contratados pela administração. Conforme sintetizou Yasser Gabriel⁴⁴, até o regime criado pelo Decreto-lei 199 e pelo RITCU de 1977, último padronizado antes da atual Constituição, particulares contratados para prestar serviços, obras ou fornecer bens à administração estavam sujeitos à fiscalização do TCU apenas incidentalmente, por conta da análise da legalidade contratual e de sua execução feita pelo órgão. Não eram, portanto, sujeitos de suas medidas restritivas de direitos.

Ademais, conforme observou André Rosilho, parece ilógica a interpretação de que recursos transferidos pelo Estado a particulares em decorrência de vínculo contratual permaneçam atemporalmente públicos pelo fato de advirem da Administração.⁴⁵

A esse respeito, Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara lembram que o TCU é instituição de perfil administrativo, cujo escopo é a fiscalização de atividade de agentes estatais. Estão, portanto, sujeitos à sua competência os organismos estatais e os agentes públicos. Nas palavras dos autores,

O TCU detém competência para sancionar os “responsáveis” por “despesa ou irregularidade de contas” (CF, art. 71, VIII). Estão sujeitos a esse poder sancionador os servidores ou os particulares que, como delegados da administração, sejam gestores de recursos públicos.⁴⁶

Foge de sua alçada, pois, a fiscalização da atividade privada. Nesse sentido, ao impor medidas preventivas e sancionatórias diretamente a particulares, o TCU acaba por invadir o campo de atuação reservado ao Judiciário.

⁴⁴ GABRIEL, Yasser Reis. *Harmonização de efeitos das sanções de direito administrativo*. Tese de Doutorado em Direito na USP. São Paulo, 2021, p. 58.

⁴⁵ ROSILHO, André Janjácómo. *Controle da Administração pelo TCU*. Tese de Doutorado em Direito na USP. São Paulo, 2016, p. 175.

⁴⁶ CÂMARA, Jacintho Arruda; SUNDFELD, Carlos Ari. Limite da jurisdição dos tribunais de contas sobre particulares. São Paulo: Justiça do Direito, v. 33, n.2, p. 208.

Com efeito, conforme destacou-se no capítulo anterior, o Poder Judiciário é munido de instrumentos suficientes para responsabilizar o particular que cause dano à Administração. Além das sanções penais, neste ponto, destacam-se aquelas previstas na LIA e na LAC. Mais do que isso, o artigo 5º, LIV, da Constituição Federal assegura que *"ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal"*.⁴⁷

No âmbito interno do TCU, durante os anos que se seguiram à promulgação da Constituição Federal, houve intensa divergência para saber se o termo "responsáveis" abrangia os particulares contratados pela Administração. Em 2013, é proferida decisão paradigmática, no bojo do Acórdão 946/2013, que considerou que a parte final do inciso II do art. 71 da Constituição Federal conferiria ao TCU a competência para abrir processo de tomada de contas especial contra particulares *"que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público"*.⁴⁸

Em 2019, o TCU sedimentou entendimento de que pessoas físicas ou jurídicas de direito privado contratadas pela Administração podem submeter-se à sua jurisdição.⁴⁹ A base para referido entendimento é, também, o artigo 71, inciso II, em especial sua segunda parte, que dispõe que compete ao TCU julgar as contas *"daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público."* Entretanto, restou estabelecido que o tribunal não julga contas de particulares que descumpram contratos, sem que haja prejuízo ao erário. Ou seja, a fiscalização não decorre apenas do vínculo com a Administração Pública. Observa-se, pois, que, a despeito de reconhecer que particulares contratados são sujeitos de suas medidas restritivas de direitos, o TCU buscou limitar sua utilização.

⁴⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 26.09.2023.

⁴⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 946, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Brasília, DF, 17 de abril de 2013. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKewj3g_ne2unlAhXkHbkGHdMgDSoQFjAAeqQIABAH&url=http%3A%2F%2Fwww.tcu.gov.br%2FConsultas%2FJuris%2FDocs%2Fjudoc%2FACord%2F20130425%2FAC_0946_13_13_P.doc&usq=AOvVaw3hBlkOzIpsuz>. Acesso em 26.09.2023.

⁴⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 321/2019, Tribunal Pleno. Relatora: Ministra Ana Arraes, Brasília, DF, 20 de fevereiro de 2019. Disponível em: <<https://www.justen.com.br/pdfs/IE145/TCU-Acordao321-2019-Plenario.pdf%3E>> Acesso em 26.09.2023.

III. A jurisprudência

1. Pessoas jurídicas de direito privado como sujeitos passivos de medidas restritivas de direitos aplicadas pelo TCU: O MS 26.969⁵⁰

a. MS 26.969

A despeito do recorte temporal adotado na presente pesquisa ter como marco inicial o ano de 1988, a primeira decisão colegiada em Mandado de Segurança encontrada a partir da busca pelas palavras-chave nos termos expostos no capítulo de metodologia foi julgada 2014.

A esse respeito, interpreta-se que a razão para tanto seja a solidificação do entendimento do TCU acerca da possibilidade de submeter pessoas externas aos quadros da Administração a suas medidas restritivas no bojo do Acórdão 946/2013.

Ademais, é certo que, a partir de 2013, em resposta aos anseios de parte da sociedade civil, intensificou-se o processo de ampliação do controle da Administração Pública. A operação Lava-Jato e o apoio que recebeu de grande parte da opinião pública são, nesse sentido, exemplificativos.

O MS nº 26.969, julgado em 18 de novembro de 2014, consolida o entendimento do STF de que pessoas de direito privado podem ser sujeitos passivos de medidas restritivas de direitos aplicadas pelo TCU, mesmo em momento anterior à Emenda Constitucional nº 19/98, que alterou a redação do parágrafo único do artigo 70 da Constituição Federal.

Pela redação original, era obrigada a prestar contas “*qualquer pessoa física ou entidade pública*” que utilizasse, arrecadasse, guardasse, gerenciasse ou administrasse dinheiros, bens e valores públicos pelos quais

⁵⁰ O ato impugnado pelo MS 26.969 faz parte do processo de tomada de contas especial nº 700.360/1996-4, o qual é sigiloso e, portanto, não foi possível o acesso a seus autos.

a União respondesse, ou que, em nome desta, assumisse obrigações de natureza pecuniária.

Ante a ausência de previsão expressa, questionava-se se pessoas jurídicas de direito privado responsáveis pela gestão de recursos públicos encontravam-se obrigadas a prestar contas ao Tribunal de Contas e, por consequência, se estariam submetidas às suas medidas restritivas de direitos. Com o objetivo de eliminar a dúvida, a Emenda Constitucional nº 19/98 alterou a redação do dispositivo, que passou a ser a seguinte:

Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

Entretanto, no julgamento ora analisado, o STF entendeu que, mesmo à luz da redação original, pessoas jurídicas de direito privado eram obrigadas à prestação de contas.

No caso, a Organização Santamarense de Ensino e Cultura (OSEC) impetrou Mandado de Segurança visando anular decisão proferida pelo TCU, nos autos do processo nº 700.360/1996-4 - Acórdão nº 1.501/2007 - que a condenou de forma solidária a ressarcir o débito de trinta milhões de cruzeiros, por malversação de verbas públicas recebidas do extinto Ministério da Ação Social. O ano de autuação da Tomada de Contas Especial, que originou a referida decisão, é 1996, ou seja, dois anos antes de entrar em vigor a EC nº 19.

O relator, Ministro Luiz Fux, no entanto, entendeu que a imposição do dever de prestar contas a pessoas jurídicas de direito privado decorre da “*ratio subjacente à fiscalização dos recursos públicos*” e da interpretação do inciso II do art. 71 da Constituição.⁵¹

⁵¹ O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

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.

Nesse sentido, fixa uma premissa que, conforme será exposto ao longo do presente relatório, é central à compreensão do entendimento da Corte a respeito da temática estudada. Em suas palavras, *“a ratio da fiscalização pela Corte de Contas reside na origem pública dos recursos, e não no exame da natureza das entidades responsáveis pela sua gestão.”*

O ministro, portanto, firma o entendimento de que pessoas jurídicas de direito privado, em sentido amplo, podem enquadrar-se no conceito de “responsáveis”, ao qual faz referência o artigo 71, quando receberem recursos de origem pública, sendo irrelevante sua natureza jurídica. Em outras palavras, não importa a natureza do ente: recebendo recursos de origem pública, é responsável por recursos públicos e, por conseguinte, deverá prestar contas ao Tribunal de Contas.

Assim, entende-se que, na visão do Ministro, a alteração operada pela Emenda Constitucional nº 19/98 no parágrafo único apenas explicitou uma interpretação extraída da própria sistemática constitucional.

Ademais, destaca que, em âmbito infraconstitucional, o artigo 93 do Decreto nº 200/67⁵², bem como o artigo 8º da LOTCU⁵³, respaldam essa interpretação.

Tabela 7 - Resumo do posicionamento dos ministros no MS 26.969

MS 26.969 (1ª Turma do STF)			
Ministro	Profere o voto?	Posicionamento	Fundamentação

⁵² Art. 93. Quem quer que utilize dinheiros públicos terá de justificar seu bom e regular emprego na conformidade das leis, regulamentos e normas emanadas das autoridades administrativas competentes.

⁵³ Art. 8º. Diante da omissão no dever de prestar contas, da não comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União, na forma prevista no inciso VII do art. 5º desta Lei, da ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos, ou, ainda, da prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao Erário, a autoridade administrativa competente, sob pena de responsabilidade solidária, deverá imediatamente adotar providências com vistas à instauração da tomada de contas especial para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano.

Luiz Fux (relator)	Sim	Entidade do terceiro setor pode ser obrigada a ressarcir os danos causados ao erário.	Submete-se ao TCU todo aquele que recebe recursos públicos. Art. 70, parágrafo único e Art. 71, inciso II da CF; Art. 93 do Decreto nº 200/67 e Art; 8º da LOTCU.
Rosa Weber	Não	Acompanha o relator	-
Luis Roberto Barroso	Não	Acompanha o relator	-
Dias Toffoli	Não	Acompanha o relator	-

b. Considerações a respeito dos votos dos ministros

Relevante notar que, no voto do Ministro Relator, único expresso no Acórdão, ao tratar de pessoas jurídicas de direito privado, em sentido amplo, como “responsáveis por recursos públicos” não se analisa, especificamente, se tais recursos mantêm essa natureza quando passam a integrar o patrimônio do particular.

Essa análise, na visão de André Rosilho⁵⁴ e Yasser Gabriel,⁵⁵ é importante por influenciar na discussão acerca da possibilidade de empresas – ou seja, entidades com fins lucrativos - contratadas pelo Poder Público serem sujeitos passivos de medidas restritivas de direitos aplicadas pelo Tribunal de Contas. Afinal, essa verificação depende da reflexão a respeito da possibilidade do ente ser considerado administrador de recursos públicos.

Desse modo, o voto do ministro não aborda as diferenciações da natureza jurídica de particulares que se relacionam com a Administração. É marcante a diferença do regime jurídico ao qual se submetem entidades do terceiro setor e concessionárias de serviço público, por exemplo. No primeiro caso o particular, por definição, não tem finalidade lucrativa e se relaciona com a Administração com o escopo de contribuir no desenvolvimento de atividades de interesse público. No segundo caso, o particular, ao buscar contratar com a Administração tem finalidade eminentemente lucrativa.

Mais marcante, ainda, é a distinção entre empresas estatais, pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública Indireta, e pessoas de direito privado que, a despeito de eventuais relações jurídicas estabelecidas com a Administração, jamais passam a integrá-la.

Por fim, destaca-se que a decisão foi unânime e que, dentre os presentes, estava o ministro Marco Aurélio. A observação é importante, pois, conforme será examinado ao longo do presente relatório, o ministro, em todas as demais oportunidades, entendeu que empresas contratadas pela Administração não podem submeter-se a medidas restritivas de direitos pelo TCU.

Interpreta-se que, com esse posicionamento, o Ministro considera que a personalidade jurídica de direito privado, em si considerada, não exclui a atuação do TCU, nos termos do parágrafo único do artigo 70 da CF. Nem poderia: não há qualquer dúvida, por exemplo, da sujeição de empresas estatais ao controle do TCU. Entretanto, à luz de seus posicionamentos

⁵⁴ ROSILHO, André Janjácómo. *Controle da Administração pelo TCU*. Tese de Doutorado em Direito na USP. São Paulo, 2016, p. 175.

⁵⁵ GABRIEL, Yasser Reis. *Harmonização de efeitos das sanções de direito administrativo*. Tese de Doutorado em Direito na USP. São Paulo, 2021, p. 61.

seguintes, entende-se que, em sua visão, é necessária a atenção às peculiaridades do regime jurídico de cada ente que se relaciona com o Poder Público.

2. Constitucionalidade do artigo 46 da Lei 8.443/1992: O MS 30.788

Em 2015, o Plenário do STF, por maioria, decidiu ser constitucional a declaração de inidoneidade de particular aplicada pelo TCU, prevista no artigo 46 de sua Lei Orgânica⁵⁶. A discussão a respeito da constitucionalidade do dispositivo surgiu de forma incidental no julgamento do MS 30.788, impetrado contra o Acórdão nº 457/2011 do TCU, proferido no bojo da TC nº 024.273/2008-9.

A esse respeito, relevante notar que a constitucionalidade do dispositivo em momento algum foi objeto de análise pelo TCU no acórdão impugnado.⁵⁷

a. Acórdão nº 457/2011 do TCU

O processo que originou referido Acórdão é representação, datada de 4 de setembro de 2008, cuja finalidade era apurar irregularidades no Pregão Eletrônico 021/2008, que objetivou a contratação de empresa para prestar serviços de suporte técnico, administrativo e de saúde, por diversas categorias laborais, no Ministério dos Transportes.

No Acórdão suprarreferido, o TCU entendeu que restou comprovado que a empresa Dicaciel Telemed Comércio Representações se utilizou de notas fiscais e atestado de capacidade técnica falsificados, eis que a licitante apresentou notas fiscais emitidas por ela sem autorização da Prefeitura Municipal de Juiz de Fora.

⁵⁶ Art. 46. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.

⁵⁷ Sobre a discussão acerca da possibilidade do TCU realizar controle de constitucionalidade, ver: MARIUTTI, Francesca Raglione. Tribunais de Contas ou Tribunais Constitucionais? Uma análise do destino da Súmula nº 347/STF. Monografia SBDP, 2021. Disponível em: <<https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2022/02/FrancescaMariutti.pdf>>. Acesso em 03.10.2023.

Entendendo que a conduta configura fraude à licitação, o TCU, nos termos do voto do Ministro Walton Alencar Rodrigues, declarou inidônea a empresa para participar de licitação no âmbito da Administração Pública Federal, pelo prazo de 5 anos.

Em momento algum a Corte de Contas teceu considerações a respeito de sua competência para sancionar particulares contratados pela Administração, tampouco mencionou qualquer debate acerca da constitucionalidade do artigo 46 de sua lei orgânica.

b. Votos dos ministros do STF no MS nº 30.788

No mandado de segurança impetrado contra o Acórdão do TCU acima analisado, a empresa Dicaciel Telemed Com. Equip. Informática e Serviços Ltda, em momento algum, discute a competência do TCU para sancionar particulares contratados pela Administração, tampouco debate a constitucionalidade do artigo 46 de sua lei orgânica. A impetrante tão somente alega que jamais teve qualquer contrato com o referido órgão e que a punição lhe foi imposta sem observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, tese não acolhida pelo Plenário do STF.

De todo modo, a alegação de que o artigo 46 da LOTCU é inconstitucional aparece logo no voto do relator, Ministro Marco Aurélio.

Na visão do Ministro, a Constituição delinea a competência do TCU de modo a direcionar sua atuação direta à Administração, e não aos particulares. Nesse sentido, aponta que os incisos do artigo 71 da Constituição Federal, disciplinando a competência da Corte de Contas de forma exaustiva, não possibilitam que empresas contratadas sejam sujeitos passivos de medidas restritivas de direitos por parte do TCU.

Com o escopo de corroborar sua tese, cita o inciso XI do artigo 71,⁵⁸ que impõe ao TCU a representação, ao poder concedente, sobre irregularidades ou abusos apurados envolvendo particulares. É dizer, na visão

⁵⁸ Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:
XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

do Ministro, em sendo apurada irregularidade envolvendo pessoa alheia ao aparelho estatal, não deve o TCU agir de forma impositiva, mas sim notificar a autoridade competente para que tome as medidas que julgar necessárias.

O Ministro cita, também, o §3º do artigo 71.⁵⁹ No seu entendimento, o TCU não pode emitir título executivo em face de particular, sendo essa emissão possível apenas em face de agente integrante do aparato administrativo. Por esse motivo, a previsão de que as decisões do TCU que imputem débito constituem título executivo é mais um indicativo de que sua competência para aplicar sanções e outras medidas restritivas de direitos restringe-se à Administração Pública.

Ademais, Marco Aurélio diz declarar a inconstitucionalidade do dispositivo com o escopo de reafirmar o “*sistema de freios e contrapesos*”. O Ministro, no entanto, não explora em maiores detalhes esse argumento.⁶⁰

Na sequência do voto, emerge interessante debate oral entre os ministros presentes a respeito da inconstitucionalidade incidental arguida de ofício pelo Relator. Por sua relevância ao objeto da presente pesquisa, será analisado.

Ao tomar contato com os argumentos apresentados pelo relator, o Ministro Luís Roberto Barroso pede vista.

O Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, tão somente cita o parágrafo único do artigo 70,⁶¹ dando a entender que, em sua visão, a literalidade do dispositivo atribui competência ao TCU para sancionar os particulares contratados pela Administração.

Em resposta, o Ministro Marco Aurélio toca em um ponto pouco explorado em seu voto. Em suas palavras, “*quando se contrata e se tem a*

⁵⁹ § 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

⁶⁰ Interpreto que, com essas palavras, quis o Ministro alegar que a atribuição de competência do TCU para sancionar particulares invadiria competência que é própria do Poder Judiciário. A esse respeito, destaco fala sua em debate oral registrado no acórdão ora analisado: “*Indago: é possível reconhecer ao Tribunal de Contas esse poder – nesse processo que diria bem mais sumário do que o processo judicial – de atribuir débito a particular?*”.

⁶¹ Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária.

contraprestação, quer o serviço, quer o produto, não se 'arrecada dinheiro público'". Neste ponto, percebe-se que o Ministro indica que a definição de quem seja "responsável", termo utilizado no dispositivo supramencionado e tantas vezes referido na LOTCU, depende da verificação da natureza dos recursos administrados. Quando Marco Aurélio afirma que o particular contratado pela Administração "não arrecada dinheiro público" indica a adoção de um ponto de vista importante: os valores pagos ao contratado a título de contraprestação, a partir do momento em que passam a integrar o patrimônio privado, perdem sua natureza de recurso público, de modo a impossibilitar o exercício da competência do TCU de forma direta em relação a essas pessoas.

O Ministro Gilmar Mendes, no entanto, cita outro dispositivo constitucional, qual seja: artigo 71, VIII.⁶² Nele, a Constituição atribui competência ao TCU para aplicar sanções ao "responsáveis", em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas. Mais uma vez, resta claro que a divergência que originou a presente pesquisa tem como ponto central a definição dos sujeitos que podem ser enquadrados nesse conceito. A resposta de Gilmar Mendes indica que, em sua visão, os particulares contratados podem compor o campo semântico do termo "responsáveis".

Colocando fim ao debate, o Ministro Celso de Mello indica a existência de precedente do próprio STF reconhecendo a constitucionalidade do artigo 46 da LOTCU. Trata-se do Agravo Regimental na Petição 3.606/DF, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence. O Ministro Luís Roberto Barroso, ato contínuo, retira seu pedido de vista e passa a votar pela constitucionalidade do dispositivo.

Em sua fundamentação, o Ministro cita os artigos 70 e 71, incisos II e VIII, mas não apresenta interpretação a respeito. É como se a literalidade do texto legal levasse necessariamente à conclusão de que particulares

⁶² VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário.

contratados pela Administração podem ser sujeitos passivos de medidas restritivas de direitos adotadas pelo TCU.

Além disso, o Ministro Luís Roberto Barroso cita como precedente o MS 26.969, de relatoria do Ministro Luiz Fux, analisado no item anterior. Entretanto, não faz distinção que, para o presente estudo, é fundamental. Naquele caso, discutia-se a possibilidade de pessoas jurídicas de direito privado, em sentido amplo, submeterem-se à atuação do TCU, enquanto, no caso ora analisado, discute-se a possibilidade de sujeição de empresa que celebra com o Poder Público contrato administrativo.

A importância da distinção decorre da diferença marcante entre os diferentes regimes jurídicos aos quais podem se submeter pessoas jurídicas de direito privado que se relacionam com a Administração. Entidades do terceiro setor, a exemplo das organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público, por definição, não têm fins lucrativos. Auxiliam o Estado na persecução do interesse público a partir da gestão de recursos que jamais deixam de ser públicos. Por outro lado, particulares que buscam relacionar-se com o Poder Público a partir da celebração de contrato administrativo, o fazem com objetivo de lucro. É válida, pois, a interpretação de que, especificamente no caso dos pagamentos a título de contraprestação pelos serviços prestados, os recursos, ao integrarem o patrimônio particular, deixam de ser públicos.

Por fim, importa destacar que os argumentos utilizados por Barroso, à luz do precedente base para seu voto,⁶³ também não indicam uma conclusão a respeito dos sujeitos passivos dos atos de imposição do TCU. Em verdade, o Ministro tão somente contrapõe a sanção prevista no dispositivo ao quanto disposto no artigo 87 da Lei 8.666/1991.⁶⁴ Conforme aponta Yasser Gabriel,

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental nº 3.606, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 21 de setembro de 2006. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2261761>>. Acesso em 04.10.2023.

⁶⁴ Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: I- advertência; II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato; III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos; IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que

a dúvida central quanto à constitucionalidade da declaração de inidoneidade do TCU não é se o órgão pode ou não aplicar sanções a particulares, mas se contratados pela administração pública que recebem remuneração pelas prestações contratuais executadas podem ser qualificados como responsáveis por valores públicos, nos termos da Constituição Federal.⁶⁵

Sendo assim, entende-se que a problemática não foi enfrentada pelo Ministro que abriu a divergência. Afinal, a análise comparativa proposta apenas tangencia a discussão a respeito da interpretação dos artigos 70 e 71 da CF no que concerne aos possíveis sujeitos passivos de medidas impositivas adotadas pelo TCU.

Os votos que se seguem são breves, pelo que serão analisados de forma conjunta. O Ministro Teori Zavascki fundamenta seu voto pela constitucionalidade do dispositivo à luz de precedentes reconhecendo a constitucionalidade da submissão de entidades do terceiro setor ao Tribunal de Contas, notadamente o MS 26.296, nos termos do voto de Barroso. Da mesma forma, o Ministro Luiz Fux, relator daquele MS, repete os argumentos nele utilizados. O Ministro Dias Toffoli, por sua vez, fundamenta seu voto com base no precedente formado no MS nº 24.379, na sequência analisado. Por fim, os Ministros Celso de Mello e Cármen Lúcia fundamentam seus votos com base na declaração de constitucionalidade do artigo 46 da LOTCU, no bojo da Pet 3.606 -AgR/DF, também seguindo a divergência inaugurada por Barroso.

Tabela 8 - Resumo do posicionamento dos ministros no MS 30.788

MS 30.788 (Plenário do STF)			
Ministro	Profere o voto?	Posicionamento	Fundamentação

seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

⁶⁵ GABRIEL, Yasser. *Harmonização de efeitos das sanções de direito administrativo*. Tese de Doutorado em Direito na USP. São Paulo, 2016, p. 61.

Marco Aurélio (relator)	Sim	Inconstitucionalidade do art. 46 da LOTCU	A competência do TCU é direcionada à Administração, e não aos particulares. Art. 71, inciso XI e §3º.
Celso de Mello	Sim	Constitucionalidade e do art. 46 da LOTCU	Artigo já declarado constitucional em julgado anterior (Pet 3.606 - AgR/DF)
Gilmar Mendes	Sim	Constitucionalidade e do art. 46 da LOTCU	Jurisprudência do STF que reconhece ao TCU poderes de natureza cautelar em face de particulares.
Carmem Lúcia	Sim	Constitucionalidade e do art. 46 da LOTCU	Artigo já declarado constitucional em julgado anterior (Pet 3.606 - AgR/DF).
Dias Toffoli	Sim	Constitucionalidade e do art. 46 da LOTCU	

Luiz Fux	Sim	Constitucionalidad e do art. 46 da LOTCU	Entidades que recebem recursos públicos devem submeter-se à atuação do TCU (MS 26.296).
Rosa Weber	Não	Constitucionalidad e do art. 46 da LOTCU	-
Teori Zavascki	Sim	Constitucionalidad e do art. 46 da LOTCU	Entidades que recebem recursos público devem submeter-se à atuação do TCU (MS 26.296)
Luís Roberto Barroso	Sim	Constitucionalidad e do art. 46 da LOTCU	Arts. 70 e 71, incisos II e VIII

c. Considerações sobre a argumentação dos ministros

A divergência a respeito da constitucionalidade do dispositivo surge no voto do relator, Ministro Marco Aurélio. Em esforço de sistematização do quanto exposto em seu voto escrito e em suas manifestações orais, são 4 (quatro) os argumentos utilizados: (i) O TCU é órgão criado para fiscalizar a Administração Pública, e não particulares que com ela venham a se relacionar contratualmente; (ii) Os artigos 70 e 71 constituem rol taxativo das competências do TCU e, em nenhum momento, fazem menção expressa à competência para aplicar medidas restritivas de direitos contra particulares

contratados pela Administração Pública; (iii) o inciso XI do artigo 71 impõe ao TCU a representação, ao poder concedente, sobre irregularidades ou abusos apurados envolvendo particulares, de modo a retirar-lhe a competência para aplicar ato impositivo de ofício; (iv) os recursos públicos utilizados para adimplir a obrigação da Administração com os particulares perdem essa natureza quando passam a integrar o patrimônio deste.

Os argumentos utilizados pela divergência vitoriosa, inaugurada por Luís Roberto Barroso, não enfrentam todos os pontos levantados pelo Ministro. À luz do voto do Relator, bem como das discussões orais, destacam-se os seguintes: (i) A literalidade do parágrafo único do artigo 70⁶⁶, bem como artigo do artigo 71, incisos II e VIII⁶⁷, leva à conclusão necessária de que particulares contratados pela administração pública - sejam eles empresas ou entes do terceiro setor - são sujeitos passivos de medidas restritivas de direitos. A esse respeito, a utilização do MS 26.969 como precedente apto a fundamentar a tese, revela que, no entendimento dos ministros, a diretriz fundamental para a definição dos sujeitos passivos de medidas restritivas de direito aplicadas pelo TCU é a origem dos recursos; e (ii) a constitucionalidade do artigo 46 da LOTCU foi declarada no bojo da Pet. 3.606 AgR/DF⁶⁸, pelo que o STF, ao rever novamente o mérito, deve chegar à mesma conclusão.

Nota-se, pois, que os argumentos não enfrentam o ponto que nos parece central: a natureza dos recursos pagos a título de contraprestação pela prestação de um serviço a partir do momento em que passam a integrar o patrimônio do particular.

⁶⁶ Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumas obrigações de natureza pecuniária.

⁶⁷ Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público; VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário.

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental nº 3.606, Tribunal Pleno. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 21 de setembro de 2006. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2261761>> acesso em 04.10.2023.

Com isso, nesse julgado, o STF deixa de definir os contornos exatos da competência constitucionalmente atribuída ao TCU. Ou seja, permanecem algumas dúvidas: quais são as pessoas de direito privado que, eventualmente, podem submeter-se a medidas impositivas adotadas pelo TCU? Quais as condições para que essa sujeição ocorra?

3. MS 24.379 e MS 29.599 - particulares contratados pela Administração como responsáveis solidários pelos danos causados em virtude de acordo

a. Decisões do TCU

No Acórdão nº 200, proferido no bojo da TC nº 015.333/97⁶⁹, o TCU declarou ser competente para julgar particulares que celebram acordos extrajudiciais com a Administração a partir do artigo 71, incisos II e IV da CF⁷⁰, bem como a partir dos artigos 4º, 5º e 6º⁷¹ da LOTCU.

⁶⁹ Ato do TCU que desafiou o MS 24.379.

⁷⁰ Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

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;

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.

⁷¹ Art. 4º O Tribunal de Contas da União tem jurisdição própria e privativa, em todo o território nacional, sobre as pessoas e matérias sujeitas à sua competência.

Art. 5º A jurisdição do Tribunal abrange: I - qualquer pessoa física, órgão ou entidade a que se refere o inciso I do art. 1º desta Lei, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumam obrigações de natureza pecuniária; II - aqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário; III - os dirigentes ou liquidantes das empresas encampadas ou sob intervenção ou que de qualquer modo venham a integrar, provisória ou permanentemente, o patrimônio da União ou de outra entidade pública federal; IV - os responsáveis pelas contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo. V - os responsáveis por entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado que recebam contribuições parafiscais e prestem serviço de interesse público ou social; VI - todos aqueles que lhe devam prestar contas ou cujos atos estejam sujeitos à sua fiscalização por expressa disposição de Lei; VII - os responsáveis pela aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município; VIII - os sucessores dos administradores e responsáveis a que se refere este artigo, até o limite do valor do patrimônio transferido, nos termos do inciso XLV

Trata-se de fundamentação superficial que, como se vê, não aborda todos os pontos envolvidos pela discussão. De todo modo, os mesmos dispositivos constitucionais fundamentam a argumentação dos Ministros do STF, conforme será exposto.

O Acórdão nº 854, ato do TCU que desafiou o MS ora analisado, por sua vez, não contém qualquer esforço argumentativo para justificar sua competência sobre pessoas externas à Administração Pública. Além disso, verifica-se a ausência de manifestações a esse respeito ao longo do processo de tomada de contas 003.334/1997-0.

b. Votos dos ministros do STF no MS 24.379

O MS 24.379 foi impetrado contra ato do TCU no qual particulares foram apontados como responsáveis solidários para o recolhimento aos cofres do DNER da importância de R\$ 7.284.302,45 (sete milhões duzentos e oitenta e quatro mil, trezentos e dois reais e quarenta e cinco centavos), em virtude da declaração, nos autos do TC nº 015.333/97, de ilegalidade de acordo extrajudicial celebrado.

O acordo foi celebrado em virtude de danos patrimoniais decorrentes do deslizamento de pedras e terras nas instalações hoteleiras dos impetrantes, os quais seriam de responsabilidade do DNER.

Segundo os impetrantes, não há fundamentação legal e constitucional para sua inclusão no rol de sujeitos passivos de medidas impositivas adotadas pelo TCU.

O relator, Ministro Dias Toffoli, no entanto, não acata a tese. Em sua fundamentação, cita o artigo 71, II e VIII, da CF para defender “que *não é a natureza do ente envolvido na relação que autoriza ou não a atuação da Corte*

do art. 5º da Constituição Federal; IX - os representantes da União ou do Poder Público na Assembléia Geral das empresas estatais e sociedades anônimas de cujo capital a União ou o Poder Público participem, solidariamente, com os membros dos Conselhos Fiscal e de Administração, pela prática de atos de gestão ruínoza ou liberalidade à custa das respectivas sociedades.

Art. 6º Estão sujeitas à tomada de contas e, ressalvado o disposto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, só por decisão do Tribunal de Contas da União podem ser liberadas dessa responsabilidade as pessoas indicadas nos incisos I a VI do art. 5º desta Lei.

de Contas da União, mas sim a origem dos recursos envolvidos". Nesse sentido, defende que tão somente o fato da despesa ter sido operada pelo DNER, autarquia vinculada ao Ministério dos Transportes, é suficiente para ensejar a competência do TCU sobre os destinatários do recurso.

Ademais, o ministro aponta que os impetrantes são beneficiários dos recursos federais sob análise e, tendo concorrido para a prática do dano, podem submeter-se ao controle do TCU.

No mesmo sentido, e citando os mesmos dispositivos constitucionais, o Ministro Luiz Fux indica que a Constituição buscou assegurar a correta aplicação dos recursos públicos estabelecendo mecanismos que possibilitem a responsabilização de todos que tenham contribuído para o dano ao erário.

Da argumentação dos ministros, portanto, extraem-se os seguintes requisitos para que pessoa estranha à gestão pública submeta-se aos comandos do TCU: (i) a origem dos recursos deve ser pública; (ii) o particular deve ter vínculo jurídico com a Administração; (iii) o dano ao erário deve ter ocorrido; e (iv) o particular deve ter colaborado para que o dano ocorresse.

O Ministro Marco Aurélio, no entanto, diverge. Em seu breve voto, realizado oralmente, apresenta o entendimento de que o TCU não poderia determinar a particulares a devolução de valores recebidos em virtude de acordo extrajudicial celebrado com a Administração.

Nesse sentido, apresenta dois argumentos: (i) a atuação do TCU, delimitada constitucionalmente, restringe sua atuação a administradores; e (ii) o pronunciamento do TCU tem eficácia de título executivo, de maneira a obstaculizar eventual processo de conhecimento com a finalidade de discutir os valores devidos no Judiciário. Ou seja, a atribuição de condenar os particulares a ressarcir o erário seria do Poder Judiciário e não do TCU.

Tabela 9 - Resumo do posicionamento dos ministros no MS 24.379

MS 24.379 (1ª Turma do STF)

Ministro	Profere o voto?	Posicionamento	Fundamentação
Dias Toffoli (relator)	Sim	O TCU é competente para condenar particular ao ressarcimento do erário em virtude de acordo extrajudicial celebrado com a Administração	À definição da competência do TCU importa a origem dos recursos, e não a natureza do ente. Arts. 71, incisos II e VIII.
Luiz Fux	sim	Acompanha o relator	À definição da competência do TCU importa a origem dos recursos, e não a natureza do ente. Arts. 71, incisos II e VIII.
Luís Roberto Barroso	Não	Acompanha o relator	-
Marco Aurélio	Sim	O TCU não é competente para condenar particular ao ressarcimento do erário em virtude	Órgão estranho ao Poder Judiciário não pode constituir título executivo em face de particulares;

		de acordo extrajudicial celebrado com a Administração	
--	--	--	--

c. Votos dos ministros do STF no MS 29.599

O MS 29.599 foi impetrado pela Construtora Andrade Gutierrez S/A em face do TCU, com o objetivo de anular a decisão que a condenou solidariamente à devolução de valores ao erário nos autos do TC nº 003.334/1997-0, Acórdão nº 854/2005, em razão de superfaturamento de preços constatado em aditamentos contratuais celebrados entre ela e o DER/MT para a realização de obras na Rodovia BR 163/MT, com o aporte de recursos federais oriundos de convênios firmados com o DNER.

No voto do relator, o Ministro Dias Toffoli, aparece interessante argumento para justificar a competência do TCU para aplicar medidas restritivas de direitos contra particulares contratados pela Administração. Segundo ele, a Construtora não teria sido condenada a restituir os valores recebidos em razão da execução do contrato, *“mas sim a restituir aos cofres públicos a diferença dos valores superfaturados calculados pelo TCU”*. Nesse sentido, a condenação à devolução dos valores decorre de dano ao erário, de modo que inexistente modificação de cláusulas econômico-financeiras do contrato.

Da argumentação acima mencionada, é possível chegar à seguinte conclusão: fossem os valores decorrentes da execução do contrato, ou seja, contraprestação pela execução de um serviço, careceria ao TCU a competência para interferir na esfera jurídica do particular. Como, no entanto, os valores decorrem de um sobrepreço, isto é, de remuneração descolada da prestação de um serviço à Administração, pode o TCU condenar o particular a ressarcir os danos.

Assim, para o Ministro, a Construtora enquadra-se no conceito de “responsáveis”, previsto no artigo 71, VIII. Além disso, considera a

impetrante terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do ato, concorreu para o cometimento do dano apurado, nos termos do artigo 16, §2º, "b" da LOTCU⁷².

Ato contínuo, e de forma semelhante ao ocorrido quando do julgamento do MS 30.788, inicia-se debate oral entre os ministros a respeito da possibilidade de pessoas não integrantes da Administração Pública submeterem-se a medidas restritivas de direitos aplicadas pelo TCU.

O Ministro Marco Aurélio, neste sentido, alega não reconhecer ao TCU, enquanto órgão administrativo, a possibilidade de impor a particular a obrigação de restituir quantia pecuniária à Administração. Em sua visão, seria esse um "superpoder", somente atribuído ao Poder Judiciário.

A argumentação é rebatida pelo Ministro Luiz Fux, que considera ter sido tal competência atribuída ao TCU em virtude do disposto no art. 71, XVIII da CF. Na sequência, o Ministro destaca o seguinte:

Não sei se verificaram que, na Lei de Improbidade, que é uma lei voltada para funcionários públicos, ela equipara os particulares a funcionários naquelas hipóteses em que ela verifica a improbidade perpetrada e os danos causados. Então, por exemplo, hospital particular que conclui com servidor público e cause dano ao erário é condenado pela Lei de Improbidade. De sorte que não é tão atípico.

Entretanto, é relevante notar que o Ministro, com isso, toca em um ponto central na argumentação que sustenta inexistir a competência do TCU, qual seja: a competência privativa do Poder Judiciário para impor medidas restritivas de direitos a particulares. Com efeito, o julgamento das ações de improbidade administrativa é competência deste Poder.

De todo modo, o Ministro Luiz Fux profere oralmente seu voto defendendo a competência do TCU. Em síntese, cita o artigo 71, VIII, destacando que a expressão "responsáveis" é genérica e abrange qualquer

⁷² 16. As contas serão julgadas:

III - irregulares, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências:

c) dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ao antieconômico;

§ 2º Nas hipóteses do inciso III, alíneas c e d deste artigo, o Tribunal, ao julgar irregulares as contas, fixará a responsabilidade solidária:

b) do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado.

pessoa que cause dano erário, ao passo que, se o constituinte quisesse restringir a competência passiva a integrantes da Administração, assim teria feito expressamente.

Por outro lado, o Ministro Marco Aurélio sustenta não ser o TCU competente para lançar, contra particulares, título executivo condenatório. A seu ver, a expressão “responsáveis” não abrange particulares que celebram contrato com a Administração. Entretanto, deixa claro que não questiona a competência do órgão para fiscalizar pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Indireta - empresas públicas e sociedade de economia mista.

Para corroborar sua argumentação, destaca que o TCU sequer tem competência para sustar contratos administrativos, sendo essa competência do Congresso Nacional, nos termos do artigo 71, §1º.⁷³ Nesse sentido, interpreta que a CF, de forma sistemática, buscou impedir a interferência direta do TCU na esfera jurídica de pessoas externas à Administração Pública.

O voto da Ministra Rosa Weber vem após pedido de vista e, com isso, é proferido após o julgamento do MS 30.788, na sessão de 21 de maio de 2015. Nesse acórdão, analisado no tópico anterior, o Plenário do STF declarou constitucional o art. 46 da Lei no 8.443/1992, que institui sanção de inidoneidade a particulares por fraude à licitação, aplicável pelo TCU. É, pois, o precedente base para a argumentação da Ministra. Além deste, a Ministra fundamenta seu voto na argumentação desenvolvida no âmbito do julgamento do MS 24.379, também analisado nesta pesquisa.

Em síntese, portanto, a Ministra destaca, na esteira desses dois julgamentos, que a expressão “responsáveis”, contida no artigo 71, II e VIII, inclui pessoas externas à Administração Pública. Lembra, também, que a possibilidade de condenação solidária está prevista no art. 16, §2º, da LOTCU.

Tabela 10 - Resumo do posicionamento dos ministros no MS 29.599

⁷³ § 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.

MS 29.599 (1ª Turma do STF)			
Ministro	Profere o voto?	Posicionamento	Fundamentação
Dias Toffoli (relator)	Sim	O TCU é competente para condenar particular ao ressarcimento do erário em virtude de superfaturamento em contrato administrativo	Configurado dano ao erário, o particular contratado enquadra-se no conceito de "responsáveis" do Art. 71, incisos II e VIII.
Marco Aurélio		O TCU não é competente para condenar particular ao ressarcimento do erário em virtude de superfaturamento em contrato administrativo	Órgão estranho ao Poder Judiciário não pode constituir título executivo em face de particulares;
Rosa Weber	Sim	Acompanha o relator	A expressão "responsáveis", contida no artigo 71, II e VIII, inclui pessoas externas à Administração Pública, além de

			que a possibilidade de condenação solidária está prevista no art. 16, §2º, da LOTCU.
Luiz Fux (presidente)	Sim	Acompanha o relator	A expressão "responsáveis", do art. 71, inciso VIII é genérica e abrange qualquer pessoa que cause dano erário.

d. Declaração de constitucionalidade do art. 46 da LOTCU e competência do TCU competente para condenar particulares ao ressarcimento ao erário: análise comparativa

Tanto o MS 24.379, como o MS 29.599, trata de casos em que particulares alheios à organização estatal foram condenados, pelo TCU, a ressarcir danos causados ao erário em virtude de relações jurídicas estabelecidas com a Administração Pública. No primeiro caso, tratou-se de acordo extrajudicial superfaturado, enquanto, no segundo caso, de aditivo contratual superfaturado.

Em ambos os casos, todos os membros da Primeira Turma do STF, à exceção do Ministro Marco Aurélio, entenderam que o TCU é competente para interferir na esfera de particulares. A argumentação apresentada pela maioria

enfrenta questão não sedimentada no julgamento do MS 30.788, que discutia a constitucionalidade do artigo 46 da LOTCU, qual seja: a identificação de quais particulares que, na visão do STF, podem ser sujeitos passivos de medidas restritivas de direitos adotadas pelo TCU. A resposta, torna-se simples: todos.

Os argumentos dos Ministros Dias Toffoli, Rosa Weber, Luiz Fux e Dias Toffoli, tomadas em conjunto, podem ser sintetizados da seguinte forma: (i) o termo “responsáveis”, presente nos no artigo 71, incisos II e VIII, abrange qualquer particular que estabeleça relação jurídica com a Administração, sendo indiferente a celebração de acordo extrajudicial ou contrato administrativo; (ii) não importa a natureza jurídica do particular, ou seja, é indiferente ser ele sociedade empresarial ou entidade do terceiro setor, por exemplo; (iii) por fim, é necessária a configuração de dano ao erário.

Importante notar que nenhum ministro enfrentou a contento o questionamento a respeito da possível interferência do TCU na esfera de atuação reservada ao Poder Judiciário.

Por outro lado, o Ministro Marco Aurélio manteve sua estrutura argumentativa, segundo a qual o TCU é órgão administrativo e, portanto, não pode interferir na esfera jurídica de particulares. Segundo o Ministro, o termo “responsáveis” refere-se única e exclusivamente à membros da Administração.

Resta claro, portanto, que, em sua visão, empresas contratadas pelo Poder Público estão excluídas da interferência do TCU. No entanto, não é possível identificar sua posição em relação às entidades do terceiro setor. Afinal, a diferenciação entre particulares não é feita ao longo de sua argumentação.

4. AgR em MS 36.569 - citação de particular contratado pela Administração para apresentar defesa em Tomada de Contas

O MS 36.569, levado à Primeira Turma via agravo regimental, questiona ato do TCU que citou Tânia Maria Hoglund, após desconsiderar a

empresa Linkcon Eireli, da qual é a única sócia. O ato foi expedido no bojo do processo de tomada de contas 015.932/2018-4.⁷⁴

No acórdão, o único voto expresso é da Ministra Rosa Weber.

Em argumentação sucinta, destaca que a mera realização de audiência ou instauração de tomada de contas especial, para apurar potencial dano ao erário, porque inserida no âmbito das atribuições constitucionais da autoridade impetrada (art. 71, II, da CF), não importa em violação a direito líquido e certo, que embasaria o mandado de segurança.

Com esse argumento, a despeito de citar o artigo 71, II, a Ministra não enfrenta diretamente a questão dos possíveis sujeitos passivos de medidas impositivas adotadas pelo TCU. Ou seja, tão somente indica que seria necessário aguardar o desdobramento de Tomada de Contas Especial para que seja possível apurar eventual ilegalidade ou abuso de poder.

Por outro lado, reitera seu posicionamento adotado tanto no MS 24.379, quanto o MS 29.599, segundo o qual

o fator preponderante, sob a ótica constitucional (art. 71, II, da Constituição da República), para definir a sujeição de determinada pessoa, física ou jurídica, pública ou privada, à atividade fiscalizatória do Tribunal de Contas da União diz com a origem dos recursos por ela utilizados, arrecadados, guardados, gerenciados ou administrados (art. 70, parágrafo único, da Lei Maior).

Por fim, importante verificar que o Ministro Marco Aurélio, no presente caso, não se opôs ao posicionamento majoritariamente adotado pela Primeira Turma do STF, como fez nos casos anteriormente analisados. Não se interpreta essa postura como uma mudança de posicionamento do Ministro a respeito da competência do TCU. Entende-se que, no presente caso, ele acolheu o primeiro ponto da argumentação, segundo o qual a mera citação para participação de Tomada de Contas Especial não viola direito líquido e certo do impetrado.

⁷⁴ Nesse processo, o TCU emitiu três deliberações: Acórdão 354/2019; Acórdão 2972/2018 e Acórdão 2207/2018. Em nenhuma delas, manifestou-se a respeito de sua competência para desconsiderar a personalidade jurídica de empresa contratada.

Tabela 11 - Resumo do posicionamento dos ministros no AgR em MS 36.569

MS 36.569 (1ª Turma do STF)			
Ministro	Profere o voto?	Posicionamento	Fundamento
Rosa Weber (Relatora)	Sim	Não configura a citação de particular contratado pela Administração para a apresentação de defesa em TC	A instauração de TC não afronta direito líquido e certo.
Marco Aurélio	Não	Acompanha a relatora	-
Luís Roberto Barroso	Não	Acompanha a relatora	-
Alexandre de Moraes	Não	Acompanha a relatora	-

5. MS 37.329: A possibilidade de cautelar de retenção de pagamentos pelo TCU

O MS 37.329 assume grande relevância ao objeto da presente pesquisa. A medida acauteladora de retenção de pagamentos devidos a particular contratado pela Administração tem relação direta com a discussão a respeito do momento em que recursos públicos, justificadores da

intervenção do TCU, perdem essa natureza e passam a integrar o patrimônio privado.

No ato impugnado via mandamental, o TCU, no bojo do processo 021.542/2016-3⁷⁵, indeferiu pedido de revogação de liminar que implicou na retenção de pagamentos relativos à construção da Usina Termonuclear de Angra dos Reis. Tais pagamentos são referentes a contratos declarados nulos pela empresa estatal contratante, a Eletronuclear,⁷⁶ sendo que a suspensão se deu por força de medida cautelar determinada pela Corte de Contas, com a finalidade de garantir eventual ressarcimento aos cofres públicos como decorrência de condenação do procedimento especial.

Entretanto, deve-se destacar que a Empresa Nova Engevix Engenharia e Projetos S.A., impetrante, havia celebrado acordo de leniência com a CGU/AGU contendo cláusula garantidora dos pagamentos pelos serviços prestados vinculados aos contratos questionados. Com isso, na visão da impetrante, a decisão do TCU seria ilegal exatamente porque violadora dos próprios termos do acordo.

A Primeira Turma do STF, no entanto, por unanimidade de votos, denegou a ordem.

De início, o Ministro Marco Aurélio fixa uma importante premissa: na verificação da extensão da competência do TCU sobre pessoas externas à Administração, diferencia-se a natureza da cautelar de retenção de pagamentos da indisponibilidade de valor já integrado ao patrimônio particular. Naquele caso, a natureza do recurso ainda é pública, justificando a atuação do TCU, enquanto, neste, o recurso já faz parte do patrimônio do ente privado, afastando a atuação do órgão.

Em outras palavras, na visão do Ministro, nada impede que o TCU atue de forma preventiva e determine a retenção de valores ainda não integrados ao patrimônio particular. Trata-se, em suma, de *"deliberação no âmbito*

⁷⁵ Em nenhum momento do processo, o TCU apresentou argumentos para justificar sua competência para aplicar a medida cautelar de retenção de pagamentos.

⁷⁶ Conforme o Acórdão nº 1773/2020 - TCU - Plenário.

administrativo, determinação, a órgão da Administração, para não efetuar satisfação de certa parcela.”

Entretanto, verifica-se contradição na argumentação do Ministro ao expor sua tese de que a celebração de acordo de leniência contendo a cláusula supramencionada não exclui a possibilidade de que o TCU retenha os pagamentos devidos ao contratado. Afinal, a fundamentação tem como base legal o artigo 16, §3º, da Lei 12.846/2013, bem como a cláusula 13.11 do acordo de leniência celebrado.

Ambos os dispositivos transmitem o mesmo comando. O artigo 16, § 3º, da Lei nº 12.846/2013 dispõe que *“o acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado”*. A cláusula 13.11, por sua vez, dispõe que *“observado o disposto na Cláusula 13.1, a celebração do presente Acordo de Leniência não confere quitação às RESPONSÁVEIS COLABORADORAS do dever de ressarcir integralmente os prejuízos causados à UNIÃO.”*

“Reparar o dano” ou “ressarcir os prejuízos” conforme o próprio Ministro reconheceu nos mandados de segurança 24.379 e 29.599, anteriormente analisados, traduzem a ideia de obrigar o particular a transferir um valor já integrado ao seu patrimônio como forma de indenizar a Administração por prejuízos financeiros. Na visão de Marco Aurélio, tratar-se-ia de competência privativa do Poder Judiciário.

A cautelar de retenção de pagamento, por sua vez, objetiva evitar o prejuízo e antecipar eventual ressarcimento. Ocorre em momento anterior à transferência do valor ao particular, de modo que o recurso não perde sua natureza pública.

O Ministro Alexandre de Moraes, acompanhando o Relator, sequer analisa a natureza dos recursos retidos em desfavor da impetrante. Sua argumentação centra-se na legitimação da adoção de medidas cautelares por parte do TCU, independentemente de quem seja o sujeito passivo da medida e da celebração de acordo com outros órgãos.

Com efeito, o Ministro entende que a imposição de medidas cautelares encontra-se implícita na Constituição e tem como escopo a garantia do cumprimento das atribuições previstas em seu artigo 71. A esse respeito, aduz que o ordenamento jurídico brasileiro incorporou a chamada Teoria dos Poderes Implícitos (*inherent powers*), elaborada pela doutrina constitucional norte-americana. De acordo com ela, o órgão deve dispor de todas as funções necessárias, ainda que implícitas, desde que não expressamente limitadas, para o exercício das competências que lhe foram atribuídas pela ordem constitucional.

Ainda, na visão do Ministro, a decisão sobre a revogação da medida cautelar determinada pelo TCU é de sua competência exclusiva. Nesse sentido, a previsão supramencionada no acordo de leniência, em respeito à autonomia de instâncias, não exclui a atuação da Corte de Contas.

Por fim, Alexandre de Moraes cita os mesmos dispositivos mencionados por Marco Aurélio, quais sejam: artigo 16, § 3º, da Lei no 12.846/2013 e a cláusula 13.11 do acordo de leniência celebrado.

O Ministro Dias Toffoli, em seu voto, argumenta que a retenção de pagamentos por parte do TCU justifica-se, primeiramente, por conta da declaração de nulidade do contrato do qual decorreram. A esse respeito, entende que a assinatura de acordo de leniência não suprime essa declaração.

No mais, o Ministro reitera os argumentos apresentados por Alexandre de Moraes e Marco Aurélio, no sentido de que a LAC e o próprio acordo de leniência não obstam a competência do TCU para impor medidas acautelatórias visando assegurar o ressarcimento ao erário.

Tabela 12 - Resumo do posicionamento dos ministros no MS 37.329

MS 37.329 (1ª Turma do STF)

Ministro	Profere o voto?	Posicionamento	Fundamento
Marco Aurélio (relator)	Sim	Acordo de leniência celebrado não exclui a possibilidade de retenção de pagamentos devidos a particular contratado.	A retenção de pagamentos é medida cautelar tomada em âmbito administrativo, de competência do TCU. Como os recursos ainda não integram o patrimônio privado, torna-se possível a atuação do TCU. O Artigo 16 da LAC estabelece que a celebração de Acordo de Leniência não impede a atuação do TCU.
Dias Toffoli	Sim	Acompanha o relator	Declarado nulo o contrato administrativo, deve o TCU reter os pagamentos devidos ao particular

			<p>contratado.</p> <p>O Artigo 16 da LAC estabelece que a celebração de Acordo de Leniência não impede a atuação do TCU.</p>
Rosa Weber	Não	Acompanha o relator	-
Luís Roberto Barroso	Não	Acompanha o relator	-
Alexandre de Moraes	Sim		<p>O TCU pode tomar as medidas cautelares necessárias para assegurar a eficácia de suas medidas.</p> <p>O Artigo 16 da LAC estabelece que a celebração de Acordo de Leniência não impede a atuação do TCU.</p>

--	--	--	--

6. MS 37.923 - citação de empresa privada para apresentação de defesa nos autos de tomada de contas

O MS 37.923, levado à Primeira Turma por agravo regimental, questiona ato do TCU no qual é expedida ordem de citação em face de CNH Industrial Brasil Ltda., empresa privada, para apresentar defesa nos autos de Tomada de Contas.⁷⁷ Na visão do impetrante, a instauração de tomada de contas contra empresa privada não encontra amparo no art. 71, inciso II, da CF, o qual estabelece a competência do TCU para fazer o controle externo das entidades da administração federal.

O Relator, Ministro Dias Toffoli, cujo voto é o único expresso no Acórdão ora analisado, no entanto, denega o pedido. A seu ver, o TCU tem competência para instaurar tomada de contas contra empresa privada que celebra contrato com a Administração.

Em sua fundamentação, o Ministro cita o art. 71, II, da CF, destacando a parte final:

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' (art. 71, II, da Constituição Federal).

Seguindo esse raciocínio, seria a parte final do dispositivo que atribuiria ao TCU a competência para julgar contas de pessoas externas à Administração Pública. A esse respeito, cita, como precedente, o MS nº 24.379, analisado anteriormente, para reafirmar o posicionamento de que *"não é a natureza do ente envolvido na relação que autoriza ou não a atuação da Corte de Contas da União, mas sim a origem dos recursos envolvidos."*

⁷⁷ O ato foi expedido no bojo do processo de tomada de contas especial nº 014.727/2018-8, no qual o TCU não apresenta argumentos para justificar sua competência para interferir na esfera jurídica de particulares contratados.

Assim, seria inviável obstar, desde o início, a atuação do TCU na verificação de irregularidades em contratações públicas.

Tabela 13 - Resumo dos votos dos ministros no MS 37.923

MS 37.923 (1ª Turma do STF)			
Ministro	Profere o voto?	Posicionamento	Fundamentação
Dias Toffoli (relator)	Sim	O TCU tem competência para instaurar tomada de contas em face de particular	Todo aquele que recebe recursos públicos deve submeter-se à fiscalização do TCU. Art. 71, inciso II
Rosa Weber	Não	Acompanha o relator	-
Luís Roberto Barroso	Não	Acompanha o relator	-
Alexandre de Moraes	Não	Acompanha o relator	-

7. MS 35.506: competência do TCU para a declaração de indisponibilidade de bens e desconsideração da personalidade jurídica

Dentre os acórdãos analisados nesta pesquisa, o MS 35.506 é aquele em que o STF mais se aprofundou na análise da competência do TCU para aplicar medidas restritivas de direitos a particulares contratados pela Administração Pública.

O Mandado de Segurança foi impetrado pela sociedade Projeto de Plantas Industriais Ltda., pertencente ao grupo Toyo Engineering Corporation, em face do Acórdão nº 2.014/2017 do TCU, no qual restou determinada a indisponibilidade cautelar, pelo prazo de 1 ano, de ativos no montante equivalente a R\$ 653.058.328,50 – atualizado até 8 de setembro de 2017 –, bem como decretada a desconsideração da personalidade jurídica da impetrante.

As medidas foram adotadas no processo de tomada de contas especial destinado à quantificação do dano e apuração final de responsabilidades referente a contrato firmado entre a empresa Petróleo Brasileiro S.A e o Consórcio TUC Construções, para a construção da Central de Desenvolvimento de Plantas de Utilidade do Complexo Petroquímico do Rio de Janeiro - COMPERJ.

Quanto à competência do TCU, a impetrante alega ser o órgão incompetente para instituir restrições ao patrimônio do particular, à luz do artigo 44, § 2º da LOTCU⁷⁸, lido em conjunto com os artigos 273 e 274 do RITCU⁷⁹. Além disso, afirma ser o órgão incompetente para a aplicação da

⁷⁸ 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.

⁷⁹ Art. 273. No início ou no curso de qualquer apuração, o Plenário, de ofício, por sugestão de unidade técnica ou de equipe de fiscalização ou a requerimento do Ministério Público, determinará, cautelarmente, nos termos do art. 44 da Lei nº 8.443, de 1992, o afastamento temporário do responsável, se existirem indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções, possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao erário ou inviabilizar o seu ressarcimento. Parágrafo único. Será solidariamente responsável, conforme o § 1º do art. 44 da Lei nº 8.443, de 1992, a autoridade superior competente que, no prazo fixado pelo Plenário, deixar de atender à determinação prevista no

desconsideração da personalidade jurídica, por ausência de previsão constitucional ou legal.

a. Acórdão nº 2.014/2017 do TCU

No Acórdão nº 2.014/2015, proferido no processo de tomada de contas especial nº 34.902/2015-5, o TCU alega ser competente para decretar a indisponibilidade de bens de particular, bem como declarar a desconsideração da personalidade jurídica. Os argumentos utilizados são repetidos em sua defesa no MS ora analisado.

O órgão afirma que o rol do artigo 71 da CF, em conjunto com os artigos 1º, 4º, 5º, 6º, 12 e 16, § 2º, da LOTCU legitimam sua atuação. Mais especificamente, destaca que o art. 44 de sua lei orgânica, interpretado à luz do art. 71, VIII da CF, atribui-lhe competência para interferir na esfera jurídica de particulares contratados pela Administração, de modo a legitimar a decretação de indisponibilidade de bens e a desconsideração da personalidade jurídica.

Ambos os dispositivos se referem a “responsáveis” pela administração de recursos públicos, restando evidente que, para o TCU, esse conceito abrange pessoas externas à Administração Pública.

Ainda, em sua defesa no MS ora analisado, refere-se aos fundamentos de decisão monocrática proferida pelo ministro Celso de Mello no Mandado de Segurança nº 32.494. Indica, pois, dispositivos da LDC e da LAC, as quais autorizam o CADE, a CGU e as autoridades máximas de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivos, Legislativo e Judiciário a adotarem a referida medida.⁸⁰

caput. Art. 274. Nas mesmas circunstâncias do artigo anterior, poderá o Plenário, sem prejuízo das medidas previstas nos arts. 270 e 275, decretar, por prazo não superior a um ano, a indisponibilidade de bens do responsável, tantos quantos considerados bastantes para garantir o ressarcimento dos danos em apuração, nos termos do § 2º do art. 44 da Lei nº 8.443, de 1992.

⁸⁰ Art. 14 (LAC) A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa.

b. Voto dos ministros proferidos no bojo do MS 35.506

O Ministro Marco Aurélio reafirma sua posição no sentido de que o TCU, enquanto órgão administrativo destinado ao controle externo da Administração Pública, tem competência para aplicar medidas restritivas de direitos apenas em face de agentes públicos. Nesse sentido, na visão do Ministro, é inconstitucional qualquer interferência do TCU na esfera jurídica de particulares externos à Administração.

No caso em tela, portanto, afirma que não é competente o TCU para *"o implemento de medida cautelar a restringir direitos de particulares, de efeitos práticos tão gravosos como a indisponibilidade de bens e a desconsideração da personalidade jurídica."*

Observa-se que, com essa argumentação, o Ministro não alega a ausência do chamado poder geral de cautela supramencionado. Em sua visão, esse poder existe, mas apenas em face de agentes públicos.

Nesse sentido, destaca a impropriedade de justificação da medida com base no art. 44 da LOTCU. O termo "responsável", presente no dispositivo, em sua visão, refere-se ao responsável pelo contrato, o servidor público.

Ainda, afirma que a imposição de medida cautelar apenas seria possível em face de sujeitos que devem prestar contas ao TCU. A esse respeito, reafirma que a Constituição limita a legitimação passiva àqueles que utilizem, arrecadem, guardem, gerenciem ou administrem dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumam obrigações de natureza pecuniária (art. 70, parágrafo único). Ou seja, em sua visão, sendo privado o recurso integrado ao patrimônio do particular, descabe a atuação do TCU sobre ele.

Art. 34 (LDC) A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.

Por fim, destaca que a LOTCU, em seu art. 61,⁸¹ direciona ao Judiciário a decisão sobre a constrição de bens daqueles considerados em débito, pelo TCU, ao final de tomada de contas. Ou seja, o TCU pode apenas declarar o particular em débito, mas jamais aplicar-lhe medida impositiva, a exemplo das cautelares de indisponibilidade de bens e desconsideração da personalidade jurídica.

O Ministro Ricardo Lewandowski diverge do relator.

Preliminarmente, discorre de maneira genérica - isto é, sem considerar eventuais peculiaridades do sujeito passivo - a respeito do poder geral de cautela atribuído ao TCU por força de interpretação constitucional sedimentada pelo STF. Em suas palavras,

prevalece na Supremo Tribunal Federal a posição de que as cortes de contas, em situações de urgência, nas quais haja fundado receio de grave lesão ao erário, ao interesse público ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, podem aplicar medidas cautelares, consubstanciadas, dentre outras, na suspensão do ato ou do procedimento inquinado de ilegal, até que sobrevenha decisão final acerca da questão posta.

Na sequência, o Ministro cita uma série de decisões monocráticas que, de fato, reconhecem a atribuição do TCU para fiscalizar as contas de particulares contratados pela Administração em caso de dano ao erário. No mesmo sentido, para respaldar sua argumentação com uma decisão do plenário, cita manifestação do STF que supostamente reconheceria referida competência ao TCU: o MS 25.880, de relatoria do Ministro Eros Grau.

Ocorre que, no caso, discutia-se ato do TCU que determinou a restituição dos vencimentos percebidos por Assessora de Juiz do TRT da 1ª Região, bem como o pagamento de multa com fundamento no disposto no art. 57 da LOTCU.

Nesse Mandado de Segurança, a impetrante argumenta que nunca foi administradora ou gestora de dinheiro, bens ou valores públicos, nem

⁸¹ 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.

ordenadora de despesas do TRT, de modo que jamais poderia ter sido incluída no polo passivo do procedimento instaurado pelo TCU.

O Ministro Eros Grau, no entanto, considera o argumento irrelevante. É dizer, o fato da impetrante não controlar diretamente a destinação dos recursos públicos, não afasta a competência do TCU para, diante de dano ao erário decorrente de nomeação, submetê-la à sua fiscalização. Destaca, nesse sentido, a posição da impetrante como servidora pública.

Argumenta, ainda, que o artigo 71, II, da Constituição do Brasil é claro ao definir que compete ao TCU julgar as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário. Além disso, destaca que o artigo 8º da LOTCU torna o órgão competente para fiscalizar quaisquer atos lesivos ao patrimônio público.

Entretanto, por ser a tese construída a partir do julgamento das contas de uma servidora pública, não se trata de precedente válido para respaldar a tese sustentada pelo Ministro Ricardo Lewandowski. Com efeito, discute-se a aplicação de medidas impositivas em face particular que, indiscutivelmente, integra a Administração Pública.

O debate, portanto, é outro: diz respeito à possibilidade de servidor que jamais exerceu cargo de administração ou gestão financeira de recursos públicos submeter-se ao TCU.

O trecho da ementa do julgado mencionado, citado pelo Ministro Lewandowski, de fato, é capaz de causar alguma confusão:

A competência do Tribunal de Contas da União para julgar contas abrange todos quantos derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário, devendo ser aplicadas aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei.

Entretanto, a leitura do inteiro teor do acórdão revela que o posicionamento do Ministro Eros Grau não é pela competência do TCU para aplicação de medidas restritivas de direitos em face de particular contratado pela Administração Pública. O excerto indica que, mesmo que o servidor público não exerça atividade de administração ou gerência de recursos

públicos, em caso de ilegalidade verificada, pode ser sujeito passivo de medida restritiva de direito aplicada pelo TCU.

De todo modo, com base no precedente acima mencionado, o Ministro Ricardo Lewandowski sustenta a competência das cortes de contas para lançarem mão de medidas cautelares, as quais, levando em consideração a origem dos recursos envolvidos, podem também recair sobre particulares.

Todavia, o Ministro faz uma ressalva importante. A despeito de poder, cautelarmente, decretar a indisponibilidade de bens e desconsiderar a personalidade jurídica, a decisão definitiva do destino dos bens acautelados e da pessoa jurídica caberá ao Poder Judiciário, considerando o princípio da reserva da jurisdição. Em outras palavras: cautelarmente, é competente o TCU para decretar a indisponibilidade de bens e desconsiderar a personalidade jurídica; definitivamente, trata-se de reserva de jurisdição para ambos os casos.

O Ministro Edson Fachin também entende ser possível que o TCU, cautelarmente, decrete a indisponibilidade de bens e desconsidere a personalidade jurídica de particular contratado.

Quanto à indisponibilidade de bens, seguindo o mesmo raciocínio apresentado por Ricardo Lewandowski, cita julgados anteriores do STF que, genericamente, reconhecem ao TCU o poder geral de cautela, com base na teoria norte-americana dos poderes implícitos. A partir deles, conclui inexistir interpretação válida possível que exclua do âmbito de incidência das medidas cautelares impostas pelo TCU as empresas que firmem contratos com a Administração Pública e que "façam uso do dinheiro público." Por essa expressão, interpreta-se que o Ministro se refere a qualquer contratado pela Administração que receba contraprestação pecuniária.

Nesse sentido, o Ministro interpreta os artigos 70 e 71 da CF de modo a concluir pela relevância não da natureza do ente, mas da origem dos recursos para fins de delimitação da competência do TCU. Coerentemente, aduz que o poder de decretar a indisponibilidade dos bens desses particulares encontra-se prevista no artigo 44, §2º, da LOTCU.

Da mesma forma, sustenta que a desconsideração da personalidade jurídica é poder cautelar implícito do TCU, tomando como base os argumentos do Ministro Celso de Mello em decisão monocrática no MS 32.494. Em suas palavras:

não é possível que a mera inexistência de legislação específica preste-se a negar ao Tribunal de Contas a competência de, constatada a ocorrência de utilização fraudulenta da pessoa jurídica para praticar e ocultar gravíssimos danos ao erário, determinar a medida extrema, a fim de exercer seu mister constitucional na tutela do patrimônio público.

Por fim, argumenta que a desconsideração da personalidade jurídica não é reservada ao Poder Judiciário. Afinal, a LAC prevê o instrumento no capítulo que disciplina o processo administrativo.⁸² A despeito da previsão não se referir ao TCU, o Ministro interpreta que sua previsão no referido diploma legal depõe contra a tese da reserva de jurisdição e possibilita aplicação analógica no caso sob análise.

O Ministro Gilmar Mendes acompanha a divergência inaugurada pelo Ministro Ricardo Lewandowski. Nesse sentido, destaca o poder geral de cautela constitucionalmente atribuído ao TCU.

Para reafirmar que esse poder incide, também, sobre pessoas externas à Administração, destaca o art. 16, §2º, "b", da LOTCU. Assim, argumenta que a expressão "terceiro", contida no dispositivo, refere-se necessariamente à pessoa fora do quadro próprio de agentes públicos em sentido amplo, desde que tenha participado ou de alguma forma concorrido para o dano. Sendo possível, portanto, a aplicação de sanção a particular, também seria possível a imposição de medida cautelar.

Especificamente quanto à desconsideração da personalidade jurídica, argumenta que a medida não se inclui na cláusula de reserva de jurisdição, tendo em vista o já citado art. 14 da LAC.

⁸² Art. 14. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa.

Por fim, retoma a ideia dominante na argumentação dos ministros nos votos analisados: o que deve determinar a sujeição de pessoa física ou jurídica à atividade fiscalizatória da Corte de Contas é a origem dos recursos.

O Ministro Alexandre de Moraes também acompanha a divergência.

Entretanto, não se aprofunda na análise acerca dos possíveis sujeitos passivos de medidas restritivas de direitos aplicadas pelo TCU. Limita-se a reafirmar a tese do poder geral de cautela do TCU e sua imprescindibilidade para o bom desempenho da fiscalização da Administração. Nesse sentido, constrói uma argumentação que respalda a ampliação do poder cautelar do TCU, a partir de sua generalização:

Entre essas competências implícitas, parece-nos que não poderia ser afastado o poder geral de cautela, para que, em hipóteses que entender necessário, o Tribunal de Contas da União pretenda garantir a plena efetividade de suas decisões finais, sob pena de engessamento instrumental para o exercício de suas funções constitucionais expressas. Não reconhecer ao Tribunal de Contas da União seus poderes cautelares implícitos corresponde a diminuir a efetividade de sua atuação em defesa da legalidade das condutas da administração pública.

Por fim, quanto à desconsideração da personalidade jurídica, cita, também, o art. 14 da LAC.

O Ministro Nunes Marques, por sua vez, concedeu parcialmente a ordem. Votou por anular o acórdão impugnado na parte em que determinou a indisponibilidade de bens da impetrante por *“ausência de qualquer embasamento fático acerca de estar havendo malversação do patrimônio, bloquear, ainda que cautelarmente, bens financeiros e não financeiros de valor equivalente ao débito em apuração.”*

Entretanto, naquilo que constitui o objeto da presente pesquisa - a competência do TCU para aplicar medidas restritivas de direitos - o Ministro acompanha a maioria divergente. Ou seja, para ele, o TCU é competente tanto para a decretação da indisponibilidade de bens, quanto para a desconsideração da personalidade jurídica.

A esse respeito, suas considerações foram breves. Limitou-se o ministro a rememorar o poder geral de cautela e citar posicionamentos anteriores do STF.

Por fim, o último voto expresso no Acórdão ora analisado resume bem os fundamentos da maioria vencedora.

A Ministra Rosa Weber também entende que o STF possui poder geral de cautela e que esse poder se aplica aos particulares contratados pela Administração Pública. Isso, pois, na definição da sujeição passiva de medidas adotadas pelo TCU importa mais a origem dos recursos do que a natureza do ente.

Ademais, quanto à desconsideração da personalidade jurídica, sustenta que, na ausência de lei expressa atribuindo tal poder ao TCU, aplica-se, por analogia, o art. 14 da LAC.

Tabela 14 - Resumo dos votos dos ministros no MS 35.506

MS 35.506 (Plenário do STF)			
Ministro	Profere o voto?	Posicionamento	Fundamentação
Marco Aurélio	Sim	O TCU não pode decretar a indisponibilidade de bens, nem desconsiderar a personalidade jurídica de particular contratado	A imposição de medidas cautelares pelo TCU apenas pode incidir sobre membros da Administração Pública
Ricardo	Sim	O TCU é competente para decretar a	Poder geral de cautela (teoria

Lewandowski		indisponibilidade de bens, bem como desconsiderar a personalidade da pessoa jurídica de particular contratado	doutrinária norte-americana dos poderes implícitos); MS 25.880.
Edson Fachin	Sim	O TCU é competente para decretar a indisponibilidade de bens, bem como desconsiderar a personalidade da pessoa jurídica de particular contratado	Poder geral de cautela (teoria doutrinária norte-americana dos poderes implícitos); Artigos 70 e 71 da CF; Art. 44, §2º da LOTCU; Art. 14 da LAC.
Gilmar Mendes	Sim	O TCU é competente para decretar a indisponibilidade de bens, bem como desconsiderar a personalidade da pessoa jurídica de particular contratado	Poder geral de cautela (teoria doutrinária norte-americana dos poderes implícitos); Artigos 70 e 71 da CF; Art. 16, §2º, "b" da LOTCU; Art. 14 da LAC
Alexandre de Moraes	Sim	O TCU é competente para decretar a indisponibilidade de	Poder geral de cautela (teoria doutrinária norte-

		bens, bem como desconsiderar a personalidade da pessoa jurídica de particular contratado.	americana dos poderes implícitos); Art. 14 da LAC.
Nunes Marques	Sim	O TCU é competente para decretar a indisponibilidade de bens, bem como desconsiderar a personalidade da pessoa jurídica de particular contratado. ⁸³	Poder geral de cautela (teoria doutrinária norte-americana dos poderes implícitos).
Rosa Weber	Sim	O TCU é competente para decretar a indisponibilidade de bens, bem como desconsiderar a personalidade da pessoa jurídica de particular contratado.	Poder geral de cautela (teoria doutrinária norte-americana dos poderes implícitos); Artigos 70 e 71 da CF; Art. 16, §2º, "b" e Art. 44, §2º da LOTCU; Art. 14 da LAC.
Cármem Lúcia	Não	O TCU é competente	

⁸³ Entretanto, conforme destacado, o Ministro concedeu parcialmente a segurança por ausentes os pressupostos fáticos para a indisponibilidade de bens.

		para decretar a indisponibilidade de bens, bem como desconsiderar a personalidade da pessoa jurídica de particular contratado.	-
--	--	--	---

8. MS 35.920 - desconsideração da personalidade jurídica

O MS, impetrado pela UTC Engenharia S.A, questiona a competência do TCU para desconsiderar a personalidade jurídica de particular, medida tomada no processo de tomada de contas especial nº 034.902/2015-5⁸⁴, destinado à quantificação do dano e apuração final de responsabilidades relacionadas a contrato firmado pela empresa Petróleo Brasileiro S.A. e o Consórcio TUC Construções para a obra da Central de Desenvolvimento de Plantas de Utilidade do Complexo Petroquímico do Rio de Janeiro.

Destaca-se que o presente MS provém do mesmo processo de tomada de contas especial que o MS 35.506, anteriormente. Ambas as empresas impetrantes integram o Consórcio TUC Construções.

Assim, os posicionamentos e as fundamentações dos ministros que proferiram seus votos são rigorosamente os mesmos em relação àqueles utilizados no MS 35.506 para defender ou negar a competência do TCU para desconsiderar a personalidade jurídica, conforme tabela abaixo:

Tabela 15 - Resumo dos votos dos ministros no MS 35.920

MS 35.920 (Plenário do STF)

⁸⁴ Trata-se do mesmo processo que deu origem ao MS 35.505.

Ministro	Profere o voto?	Posicionamento	Fundamentação
Marco Aurélio	Sim	O TCU não pode desconsiderar a personalidade jurídica de particular contratado	A imposição de medidas cautelares pelo TCU apenas pode incidir sobre membros da Administração Pública
Ricardo Lewandowski	Não	O TCU é competente para desconsiderar a personalidade da pessoa jurídica de particular contratado.	-
Edson Fachin	Não	O TCU é competente para desconsiderar a personalidade da pessoa jurídica de particular contratado.	-
Gilmar Mendes	Sim	O TCU é competente para desconsiderar a personalidade da pessoa jurídica de particular contratado.	Poder geral de cautela (teoria doutrinária norte-americana dos poderes implícitos);

			Artigos 70 e 71 da CF; Art. 16, §2º, "b" da LOTCU; Art. 14 da LAC
Alexandre de Moraes	Sim	O TCU é competente para desconsiderar a personalidade da pessoa jurídica de particular contratado.	Poder geral de cautela (teoria doutrinária norte-americana dos poderes implícitos); Art. 14 da LAC.
Nunes Marques	Não	O TCU é competente para desconsiderar a personalidade da pessoa jurídica de particular contratado.	-
Rosa Weber	Não	O TCU é competente para decretar a indisponibilidade de bens, bem como desconsiderar a personalidade da pessoa jurídica de particular contratado.	-
Cármem Lúcia	Não	O TCU é competente para decretar a	

		indisponibilidade de bens, bem como desconsiderar a personalidade da pessoa jurídica de particular contratado.	-
--	--	--	---

IV. RESUMO DA JURISPRUDÊNCIA E CONCLUSÕES

Concluída a análise dos acórdãos, aponta-se as principais conclusões resultantes dessa pesquisa.

A resposta à pergunta “qual é a *ratio decidendi* utilizada pelo STF para respaldar a aplicação de medidas restritivas de direitos, pelo TCU, a particulares contratados pela Administração” depende, primeiramente, da sistematização dos julgados analisados.

Do quanto exposto, a jurisprudência do STF sobre o tema objeto desta pesquisa mostrou-se estável no período analisado (2014 - 2023). Todos os mandados de segurança nos quais emerge a discussão a respeito da competência do TCU foram denegados. A argumentação dos ministros que compõem a maioria nos julgamentos analisados, a despeito de variações pontuais, segue a seguinte lógica: caso determinada entidade, de alguma forma, receba recursos públicos, independentemente de sua natureza, poderá, em tese, submeter-se às medidas restritivas de direitos aplicadas pelo TCU em caso de dano ao erário. É o que demonstra a tabela abaixo, elaborada para resumir o posicionamento dominante dentro da Corte.

Tabela 16 - Resumo da jurisprudência do STF acerca do tema

Processo	Data de julgamento	Órgão colegiado	Posição unânime ou dominante no STF
-----------------	---------------------------	------------------------	--

26.969	18/11/2014	Primeira Turma	Entidades do terceiro setor podem submeter-se à fiscalização do TCU mesmo antes da alteração da redação do Art. 70, parágrafo único da CF, pois recebem recursos públicos, os quais jamais perdem essa natureza.
30.788	21/05/2015	Plenário	O Art. 46 da LOTCU é constitucional se tomados como parâmetros os Arts. 70 e 71 da Constituição, os quais tratam como "responsáveis" todos aqueles que recebem recursos de origem pública. Nada impede, pois, que a legislação infraconstitucional preveja sanção de contas aplicável a particular contratado pela Administração.
24.379	04/07/2015	Primeira Turma	O TCU é competente para declarar a responsabilidade solidária de particular que celebra acordo extrajudicial com a Administração, uma vez que este recebe recursos de origem pública.

29.599	01/03/2016	Primeira Turma	O TCU é competente para declarar a responsabilidade solidária de particular em razão de aditivo contratual superfaturado, uma vez que tais valores integrados ao patrimônio do particular são de origem pública.
36.569	21/06/2021	Primeira Turma	A citação de particular contratado pela Administração para apresentação de defesa em sede de tomada de contas não viola direito líquido e certo do impetrante.
37.329	22/04/2022	Primeira Turma	O TCU tem competência para decretar a cautelar de retenção de pagamentos devidos a particular contratado, mesmo tendo este celebrado acordo de leniência com outros órgãos da Administração. Além da origem pública dos recursos ensejar a atuação do TCU, a celebração de acordo com outro órgão em nada interfere nessa competência.

37.923	24/04/2022	Primeira Turma	O TCU tem competência para instaurar tomada de contas em face de particular contratado pela Administração, pois todo aquele que recebe recursos de origem pública está sujeito a suas medidas restritivas de direitos.
35.506	10/10/2022	Plenário	O TCU tem competência para declarar a indisponibilidade de bens e desconsiderar a personalidade jurídica de particular contratado pela Administração Pública. É implícito na CF o poder de cautela atribuído ao órgão. Além disso, por analogia, aplica-se o disposto no artigo 14 da LAC.
35.920	18/03/2023	Plenário	O TCU tem competência para desconsiderar a personalidade jurídica de particular contratado pela Administração por força do poder geral de cautela e da aplicação do Art. 14 da LAC por analogia.

Em que pese a estabilidade do posicionamento majoritário da Corte, na análise do conjunto das decisões, observou-se inconsistências na argumentação dos ministros.

Primeiramente, verifica-se a ausência de uma análise detida da natureza jurídica do particular que se relaciona com a Administração. No MS 30.788, que considerou constitucional o artigo 46 da LOTCU, o Ministro Luís Roberto Barroso tratou de forma indistinta todas as pessoas jurídicas de direito privado que se relacionam com a Administração. Sem tratar das peculiaridades de cada regime jurídico, considerou, de forma genérica, que o TCU é competente para aplicar medidas restritivas de direitos em face de particulares.

Da mesma forma, percebe-se que os ministros não analisaram, de forma detida, a natureza dos recursos administrados pelas empresas contratadas. A argumentação apresentada nos Acórdãos analisados restringe-se à afirmação de que, sendo a origem dos recursos pública, é competente o TCU para a fiscalização.

Entretanto, a análise omitida é relevante, pois, conforme observou André Rosilho, parece ilógica a interpretação de que recursos transferidos pelo Estado a particulares em decorrência de vínculo contratual permaneçam atemporalmente públicos pelo fato de advirem da Administração.⁸⁵

Ainda, a tese adotada pela maioria dos ministros do STF de que não é a natureza do ente envolvido na relação que autoriza ou não a atuação da Corte de Contas da União, mas sim a origem dos recursos envolvidos, respalda uma ampliação excessiva da competência do TCU. É que, adotando essa concepção, resta indefinido o grupo de sujeitos que podem se submeter às medidas restritivas de direitos adotadas pelo TCU.

A argumentação utilizada pelo STF, nesse sentido, dá margem para circunscrever ao âmbito de atuação do TCU qualquer suspeito de causar dano ao erário. Seguindo essa lógica, particular que, por exemplo, agindo como sujeito externo à Administração, cause prejuízo por ato de vandalismo,

⁸⁵ ROSILHO, André Janjácómo. *Controle da Administração pelo TCU*. Tese de Doutorado em Direito na USP. São Paulo, 2016, p. 175.

poderia ser enquadrado no universo de sujeitos submetidos ao controle de contas, o que, evidentemente, seria teratológico.⁸⁶

Além disso, verifica-se que, no MS 35.506, julgado no qual a argumentação dos ministros é a mais aprofundada, o Acórdão utilizado como paradigma para a tomada de decisão apresenta peculiaridades que tornam impossível, a partir dele, sustentar a tese de que o TCU é competente para aplicar medidas restritivas de direitos a particulares contratados pela Administração.

Trata-se do MS 25.880, de relatoria do Ministro Eros Roberto Grau. No caso, o STF analisou sanção aplicada pelo TCU a assessora de juiz do trabalho, ou seja, a servidora pública. Em seu voto, o relator considerou que o fato da impetrante não controlar diretamente a destinação dos recursos públicos, não afasta a competência do TCU para, diante de dano ao erário decorrente de sua nomeação, submetê-la à sua fiscalização. Em outras palavras, constrói a tese de que, caso pessoa integrante dos quadros da Administração, independentemente da natureza de sua função, cause dano ao erário, poderá submeter-se à fiscalização do TCU.

Resta claro, portanto, que o precedente utilizado para fundamentar o posicionamento majoritário da Corte no MS 35.506 possui tese que lhe é inaplicável. Com efeito, neste, a discussão é a respeito da aplicação de medidas restritivas de direitos pelo TCU a pessoa externa aos quadros da Administração.

No mesmo acórdão, verifica-se a sobreposição de argumentos relacionados ao chamado “poder geral de cautela” - na visão dos ministros do STF, implícito na CF - e a definição dos sujeitos passivos de medidas restritivas de direitos adotadas pelo TCU.

Os Ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Kassio Nunes Marques, por exemplo, valem-se do poder de cautela para justificar a

⁸⁶ Esse mesmo exemplo é utilizado por Jacintho Arruda Câmara e Carlos Ari Sundfeld para criticar a tese de que o TCU pode estender sua atuação a particulares contratados pela Administração Pública. Nesse sentido, ver: CÂMARA, Jacintho Arruda; SUNDFELD, Carlos Ari. Limite da jurisdição dos tribunais de conta sobre particulares. São Paulo: Justiça do Direito, v. 33, n.2.

declaração de indisponibilidade de bens de particular contratado pela Administração. Com isso, distanciam-se da discussão principal no julgado, qual seja: a definição de limites à atuação do TCU sobre particulares. É que a tese da existência do poder de cautela, nos termos apresentados pelo STF, pode ser utilizada independentemente do sujeito passivo, de forma que em nada contribui para sua definição. É mantido, portanto, cenário de indesejável insegurança jurídica.

Ademais, não se verifica o necessário aprofundamento na argumentação que sustenta a atribuição do referido poder ao TCU. De forma genérica, a Suprema Corte limita-se a apontar que o ordenamento jurídico brasileiro incorporou a chamada Teoria dos Poderes Implícitos (*inherent powers*), elaborada pela doutrina constitucional norte-americana. De acordo com ela, o órgão deve dispor de todas as funções necessárias, ainda que implícitas, desde que não expressamente limitadas, para o exercício das competências que lhe foram atribuídas pela ordem constitucional.

Observa-se, nesse sentido, o caráter circular da argumentação utilizada para justificar a competência do TCU sobre particulares a partir dessa teoria. É que, segundo ela, se a competência é constitucionalmente atribuída ao órgão, torna-se ele competente para adotar as medidas cautelares necessárias para que possa desincumbir-se de seu dever. Todavia, não resta analisada a premissa fundamental do silogismo: a Constituição realmente atribuiu ao TCU a competência para aplicar medidas restritivas de direitos a particulares contratados pela Administração?

Em contrapartida, importa destacar uma constante nos Acórdãos analisados: a posição dissonante da maioria adotada pelo Ministro Marco Aurélio.

Em síntese, seu posicionamento apoia-se na natureza jurídica do TCU: órgão cujo escopo é o controle externo da Administração Pública. Assim, seus atos impositivos podem apenas atingir pessoas integrantes do aparato estatal. Nesse sentido, sustenta que o termo “responsáveis” constante nos artigos 70 e 71 da CF abarca apenas servidores públicos, jamais particulares que contratados pela Administração.

No mais, a presente pesquisa analisou uma amostra da relação institucional entre TCU e STF. A esse respeito, observou-se que esta Corte respaldou uma interpretação ampliada das próprias competências adotada por aquela. Verifica-se, pois, que o STF, neste particular, mostrou-se favorável à expansão do controle da Administração Pública.

No entanto, adotou postura que contribuiu à manutenção de um cenário de indesejável insegurança jurídica. Ao invés de precisar o âmbito de atuação do TCU à luz do que dispõe a Constituição Federal, valeu-se de fundamentação abstrata para justificar a atuação do TCU sobre particulares contratados.

Nesse sentido, respaldando a aplicação de medidas restritivas de direitos a pessoas externas à Administração Pública, reconheceu ao TCU poderes que, pela sistemática constitucional, são privativos do Judiciário. Afinal, conforme apontam Jacintho Arruda Câmara e Carlos Ari Sunfeld, no Direito brasileiro é, em regra, reservada ao Poder Judiciário a função de condenar alguém ao ressarcimento de danos, inclusive ao erário, sendo certo que a atuação do controle externo até pode recair sobre pessoa física ou sobre pessoa jurídica privada. Para isso, no entanto, o particular deve ter assumido a condição de agente público, exercendo uma das atividades inerentes à gestão de recursos públicos.⁸⁷

REFERÊNCIAS

ARANTES, Rogério Bastos *et al.* *Controles democráticos sobre a administração pública no Brasil: Legislativo, tribunais de contas, Judiciário e Ministério Público.* In: LOUREIRO, Maria Rita *et al.* (Org.) *Burocracia e política no Brasil.* São Paulo: FGV Editora, 2010 p. 132.

⁸⁷ CÂMARA, Jacintho Arruda; SUNDFELD, Carlos Ari. Limite da jurisdição dos tribunais de contas sobre particulares. São Paulo: Justiça do Direito, v. 33, n.2.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18/09/2023.

_____. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Lei de Improbidade Administrativa. Brasília, DF, 02 jun. 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 18.10.2023.

_____. Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992. Lei Orgânica do TCU. Brasília, DF, 16 jul. 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm. Acesso em: 18.10.2023.

_____. Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Lei de Defesa da Concorrência. Brasília, DF, 30 nov. 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em 18.10.2023.

_____. Lei nº 12.846, de 01 de agosto de 2013. Lei Anticorrupção. Brasília, DF, 01 ago. 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em 18.10.2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 25.880. Primeira Turma. Relator: Min. Eros Grau. Julgamento em 07.02.2007. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2368419>. Acesso em 18.10.2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 26.969. Primeira Turma. Relator: Min. Luiz Fux. Julgamento em 18.11.2014. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=288230731&ext=.pdf>. Acesso em 18.10.2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 30.788. Plenário. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento em 21.05.2015. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=307336531&ext=.pdf>. Acesso em 18.10.2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24.379. Primeira Turma. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgamento em 04.07.2015. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=307336531&ext=.pdf>. Acesso em 18.10.2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 29.599. Primeira Turma. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgamento em 01.03.2016. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309917022&ext=.pdf>. Acesso em 18.10.2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 36.569. Primeira Turma. Relator: Min. Rosa Weber. Julgamento em 21.06.2021. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346897663&ext=.pdf>. Acesso em 18.10.2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 37.329. Primeira Turma. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento em 22.04.2022. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15353358112&ext=.pdf>. Acesso em 18.10.2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 37.923. Primeira Turma. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgamento em 10.10.2022. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15350993868&ext=.pdf>. Acesso em: 18.10.2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 35.506. Plenário. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento em 10.10.2022. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15355296226&ext=.pdf>. Acesso em 18.10.2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 35.920. Plenário. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento em 18.03.2023. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15357244614&ext=.pdf>. Acesso em 18.10.2023.

CÂMARA, Jacintho Arruda; SUNDFELD, Carlos Ari. *Limite da jurisdição dos tribunais de conta sobre particulares*. São Paulo: Justiça do Direito, v. 33, n.2.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 34ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.

GABRIEL, Yasser. Harmonização de efeitos das sanções de direito administrativo. Tese de Doutorado em Direito na USP. São Paulo, 2016.

MARIUTTI, Francesca Raglione. Tribunais de Contas ou Tribunais Constitucionais? Uma análise do destino da Súmula nº 347/STF. Monografia SBDP, 2021. Disponível em: <<https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2022/02/FrancescaMariutti.pdf>> acesso em 03.10.2023.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

ROSILHO, André Janjácomo. *Controle da Administração pelo TCU*. Tese de Doutorado em Direito na USP. São Paulo, 2016.

ROSILHO, André Janjácomo. *Tribunal de Contas da União: Competências, Jurisdição e Instrumentos de Controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

SILVA, Jose Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 43ª ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

SUNDFELD, Carlos Ari e ROSILHO, André Janjácomo (Orgs.). *Tribunal de Contas da União no Direito e na Realidade*. São Paulo: Almedina, 2021.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Contratações Públicas e seu Controle*. São Paulo: Malheiros, 2013.

TRISTÃO, Conrado. *Controle do Tribunal de Contas da União pelo Supremo Tribunal Federal*. Tese de mestrado em Direito na FGV. São Paulo, 2020.