

ANDRÉ JANJÁCOMO ROSILHO

Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Titular Dr. Floriano de Azevedo Marques Neto

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2016

ANDRÉ JANJÁCOMO ROSILHO

Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União

Tese apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração em Direito Administrativo, sob a orientação do Prof. Titular Dr. Floriano de Azevedo Marques Neto.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2016

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

Rosilho, André Janjácomo.

Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União / André Janjácomo Rosilho; orientador: Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto – São Paulo, 2016.

358

Tese (doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

1. Tribunal de Contas da União. 2. Controle. 3. Possibilidades e limites. 4. Administração Pública. I. Marques Neto, Floriano Peixoto de Azevedo. II. Título.

CDU ____

BANCA EXAMINADORA

PARA BRUNA
PARA IVONE (EM MEMÓRIA)

RESUMO

ROSILHO, A. J. **Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União**. 2016. 358f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

O presente trabalho tem por objetivo responder a duas perguntas de pesquisa: 1) Quais são as possibilidades e limites do controle pelo TCU à luz das competências que lhe foram previstas pela legislação vigente? 2) Estaria o TCU interpretando suas competências de modo a expandir suas possibilidades de controle? Para respondê-las, conjugou três perspectivas de trabalho. A primeira, voltada a compreender o contexto em que as normas que disciplinam as competências e atribuições do TCU foram editadas, consiste em uma análise da história legislativa da Constituição e da Lei Orgânica do TCU. A segunda, toma por base as normas constitucionais e legais vigentes para aferir as possibilidades e limites de controle pelo TCU. A terceira, visa avaliar o modo como o próprio TCU interpreta suas competências. Para tanto, propõe uma análise dos atos regulamentares editados pelo Tribunal.

Palavras-chave: Tribunal de Contas da União. Controle. Possibilidades e limites. Administração Pública.

ABSTRACT

ROSILHO, A. J. Control of the Public Administration by the Supreme Audit Court. 2016. 358f. Thesis (Doctorate) – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2016.

This study aims to answer two research questions: 1) What are the possibilities and limits of the Supreme Audit Court – SAC in light of its powers provided for by the law? 2) Is the SAC trying to expand its scope? To answer them, the thesis will combine three different perspectives. The first one aims to understand the legislative history of the Constitution and the statute 8.443/1992. The second one aims to understand the powers that SAC is entitled by the law. The third one aims to understand how the SAC see its role in the control of the public administration.

Key-words: Supreme Audit Court. Control. Possibilities and limits. Public Administration.

RÉSUMÉ

ROSILHO, A. J. **Contrôle de l'Administration Publique par la Cour des Comptes.** 2016. 358f. Thèse (Doctorat) – Faculté de Droit, Université de São Paulo, São Paulo, 2016.

Cette étude vise à répondre à deux questions de recherche: 1) Quelles sont les possibilités et les limites de la Cour des Comptes à la lumière de ses pouvoirs prévus par la loi? 2) Est-ce que la Cour des Comptes tente d'élargir son champ d'application? Pour y répondre, la thèse combinera trois points de vue différents. Le premier vise à comprendre l'histoire législative de la Constitution et de la loi 8,443 / 1992. Le second vise à comprendre les pouvoirs qui la Cour des Comptes a droit par la loi. Le troisième vise à comprendre comment la Cour des Comptes comprend son rôle dans le contrôle de l'administration publique.

Key-words: Cour des Comptes. Contrôle. Possibilités et limites. Administration Publique.

SUMÁRIO

1. Introdução	13
CAPÍTULO 1	20
A CONSTRUÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO DO PÓS- CONSTITUIÇÃO DE 1988	20
1. Introdução	20
2. A história legislativa como instrumento de pesquisa: possibilidades e limites ...	23
3. O Tribunal de Contas da União na Assembleia Nacional Constituinte de 1987- 1988	31
3.1. Organização e dinâmica da Assembleia Nacional Constituinte	35
3.2. Os tribunais de contas no contexto da reconstrução do Poder Legislativo	40
3.3. Debates na Assembleia Nacional Constituinte: grandes temas do controle pelos tribunais de contas e principais atores do processo de elaboração da Constituição de 1988	42
3.3.1. Posição institucional dos Tribunais de Contas	45
3.3.2. Relacionamento entre Poder Legislativo e Tribunais de Contas	50
3.3.3. Grau de abrangência do controle pelos Tribunais de Contas	54
3.3.4. Tipo de controle exercido pelos tribunais de contas: formal ou de resultados?	61
3.3.5. Momento do controle pelos Tribunais de Contas	65
3.3.6. Controle da execução de contratos pelos Tribunais de Contas	70
3.3.7. Poder normativo dos Tribunais de Contas	75
3.4. Conclusões parciais	76
4. O processo de construção da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União	80
4.1. Projeto da Lei Orgânica e seu contexto e o protagonismo do Tribunal de Contas da União no processo legislativo	81
4.2. Grandes temas do controle pelo Tribunal de Contas da União no processo de elaboração da sua Lei Orgânica	86
4.2.1. Grau de abrangência do controle pelo TCU	86
4.2.2. Abrangência da competência do TCU para praticar atos de comando	90
4.2.3. Atividade sancionatória	96

4.2.4. Parâmetros de controle	98
4.2.5. Papel do TCU no sistema de controle da administração pública	100
4.2.6. Edição de normas pelo TCU	101
5. Conclusão	102
CAPÍTULO 2	108
POSSIBILIDADES E LIMITES DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO.....	108
1. Considerações iniciais e notas metodológicas	108
2. Competências do Tribunal de Contas da União e suas possibilidades e limites de controle	120
3. Competência para editar normas	121
3.1. Editar regulamentos.....	122
3.2. Fixar entendimentos gerais e abstratos sobre normas legais e regulamentares.	129
3.3. Pode o Tribunal de Contas da União declarar a inconstitucionalidade de diplomas legais?	136
3.4. Conclusões parciais	143
4. Competência para praticar atos sancionatórios.....	149
4.1. Julgar contas	149
4.2. Aplicar sanções.....	172
4.3. Conclusões parciais	196
5. Competência para praticar atos de comando	201
5.1. Apreciar atos de pessoal para fins de registro	202
5.2. Ordenar a prática de atos por terceiros.....	215
5.2.1. Ordenar correções em editais de licitação	225
5.2.1.1. Mudanças no momento do controle pelo Tribunal de Contas da União: do registro prévio de despesas ao controle a posteriori.....	226
5.2.1.2. Base normativa da atribuição para ordenar correções em editais de licitação	232
5.2.1.3. Tribunal de Contas da União e o exercício da atribuição para ordenar correções em editais no âmbito de processos de desestatização: violação aos limites legais?	238
5.3. Tomar medidas cautelares	246

5.3.1. Determinar o afastamento temporário de administrador e a indisponibilidade de seus bens	247
5.3.2. Sustar atos.....	249
5.3.3. Tem o Tribunal de Contas da União competência para sustar contratos?.....	258
5.4. Ordenar o envio de informações ao Tribunal de Contas da União	269
5.5. Conclusões parciais	271
6. Competência para levantar dados e produzir informações.....	275
6.1. Apreciar contas.....	276
6.2. Investigar e fiscalizar.....	288
6.2.1. Realizar inspeções e auditorias.....	288
6.2.3. Fiscalizar contas de empresas supranacionais de que a União participe.....	300
6.2.4. Fiscalizar a transferência voluntária de recursos da União a outros entes federativos	303
6.3. Conclusões parciais	309
7. Competência para formular orientações gerais	315
8. Competência para representar.....	321
SÍNTESE DAS CONCLUSÕES DO TRABALHO.....	324
1. A ANC e o Congresso Nacional apoiaram o movimento de ampliação das competências e atribuições do TCU, evitando especificar suas possibilidades e limites de controle.....	324
2. As normas que previram e delinearão as competências e atribuições do TCU são um reflexo do período histórico em que foram editadas (marcado pelo desprestígio do Executivo) e da crença do legislador de que órgãos de controle deveriam ter prevalência sobre administradores	326
3. A Constituição de 1988 ampliou o escopo de atuação do TCU, mas não o transformou em instância de revisão geral da administração pública.....	331
4. A Constituição, ao genericamente autorizar o TCU a realizar fiscalizações operacionais e a utilizar novos parâmetros de controle, sem definir com clareza suas possibilidades e limites, deu ensejo a leituras ampliadas de suas competências e atribuições	338
5. O fato de a jurisdição direta do TCU ter sido significativamente limitada pela Constituição não tira a relevância da sua atividade de controle.....	341

6. É preciso desconstruir a crença de que controladores devam ter prevalência sobre controlados e valorizar a segurança jurídica na atividade de controle	343
REFERÊNCIAS	347
ANEXO I – Roteiro de entrevista	357

1. Introdução

A ideia de controle da administração pública está umbilicalmente ligada à necessidade de proteção dos delegatários do poder estatal contra o risco do seu exercício arbitrário.¹ Extrai-se dessa premissa que a razão de ser do controle se encontra nas próprias bases do direito administrativo, que “surgiu atrelado à centralidade do poder decisório e dependente de uma concepção de interesse público voltada a justificar a existência do poder político soberano e restrito à esfera pública”.²

Dito de outro modo, o controle da administração seria, nessa perspectiva, uma decorrência quase natural da noção de Estado de Direito, pois o poder público, apesar de possuir prerrogativas e atribuições para conduzir e coordenar a sociedade, teria, obrigatoriamente, que atuar em estrita observância aos princípios da legalidade e da finalidade. Na hipótese de agir à margem do Direito — ou de modo a violá-lo —, ficaria sujeito a responsabilização. Trata-se de uma garantia dos cidadãos.

Ao longo do tempo, surgiram, no Brasil e alhures, diversos atores, veículos e instrumentos que, espalhados pelos três Poderes e dotados de configurações e características distintas, se voltaram à fiscalização da administração pública e do modo pelo qual ela desempenha suas atribuições. Nalguns casos, receberam competências mais amplas e foco mais genérico, abrangente; noutros casos, receberam competências mais restritas e foco mais específico e delimitado.³

O controle externo da administração pública desenvolvido pelo Poder Judiciário talvez seja, ao menos no Brasil, o mais evidente e debatido de todos.⁴ Não é, contudo, o único tipo de controle incidente sobre as atividades administrativas. Há muitos outros, compondo uma verdadeira *rede de controle*, internos e externos, toda ela voltada a

¹ Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, Os grandes desafios do controle da Administração Pública. In: MODESTO, Paulo (coord.). *Nova Organização Administrativa Brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, pp. 199.

² Idem, p. 198.

³ Para um panorama sobre os mais variados tipos de controles da administração pública, remeto o leitor à obra de Odete Medauar, *Controle da Administração Pública*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

⁴ Como se sabe, o Brasil adotou o sistema de controle jurisdicional unitário, utilizado primordialmente por países anglo-saxônicos. Neste sistema, “os julgamentos dos litígios em que a Administração é parte competem aos juízes e tribunais comuns, admitindo-se varas especializadas, inseridas entre os órgãos de uma única ordem de jurisdição.” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, *Controle da Administração Pública. op. cit.*, p. 199). Opondo-se ao modelo anglo-saxão há o sistema francês, de jurisdição dual. Neste modelo, “em paralelo à jurisdição ordinária ou comum funciona uma jurisdição administrativa, destinada a julgar litígios que envolvem a Administração Pública.” (Idem, *ibidem*).

equacionar a permanente tensão entre autoridade do Estado e a liberdade que se quer garantir aos indivíduos, a proteção contra o arbítrio.⁵

Interessa ao presente trabalho um nicho bastante específico deste amplo universo: o controle desempenhado pelo que Bruno Wilhelm Speck chamou de “instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo brasileiro”⁶, o Tribunal de Contas da União – TCU, descrito pela Constituição de 1988 como órgão de controle externo auxiliar do Poder Legislativo (art. 71, *caput*).

É interessante notar que, apesar de o Tribunal ser uma das instituições mais antigas do Brasil — sua origem está no decreto 966-A, de 7 de novembro de 1890 —, ele chegou a ser descrito, já no início dos anos 1990 — mais de 100 anos após a sua criação, portanto —, como “um grande desconhecido”.⁷ Foi inclusive essa suposta “opacidade” do TCU que motivou Bruno Speck a empreender importante e pioneira pesquisa sobre seu funcionamento e dinâmica, publicada no ano de 2000.⁸

Se esse órgão de controle permaneceu no quase anonimato por tanto tempo, fato é que, hoje, o contexto parece ser bem outro. Há, ao que tudo indica, crescente interesse — por parte de juristas e da sociedade em geral — nas atividades desempenhadas pelos Tribunais de Contas, especialmente pelo TCU, muito em função do seu protagonismo relativamente recente.

Talvez o exemplo mais emblemático da posição de destaque que esse órgão de controle atualmente ocupa seja sua recente manifestação em sede de apreciação de contas do Presidente da República, por meio da qual emitiu parecer prévio recomendando a rejeição das contas do governo relativas ao ano de 2014.⁹ O fato foi bastante noticiado pela imprensa¹⁰, repercutiu amplamente na opinião pública e impactou profundamente o

⁵ Cf. *Idem*, *ibidem*.

⁶ SPECK, Bruno Wilhelm, *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União – o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil*, São Paulo, Fundação Konrad Adenauer, 2000.

⁷ Essa era a opinião de Jair Lins Netto. Nas suas palavras, “(...) paira sobre a instituição que irei discorrer (o Tribunal de Contas) absoluta ignorância acerca da razão da sua existência, o que dificulta distinguir críticas realmente procedentes e aquelas totalmente destituídas de fundamentos fáticos, que lhe são, às vezes, dirigidas” (Tribunal de contas: sempre combatido, nunca conhecido. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 200, abr./jun., 1995, p. 72).

⁸ Cf. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União – o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil*, *op. cit.*, p. 11.

⁹ O parecer do Tribunal, aprovado pela unanimidade dos ministros, foi fruto de relatório e de minuta de parecer apresentados à Corte de Contas pelo Ministro Augusto Nardes, no âmbito do processo TC 005.335/2015-9. Seu conteúdo pode ser consultado no sítio eletrônico do TCU.

¹⁰ V. Dilma Rousseff tem contas de 2014 reprovadas pelo TCU, *Folha de S.Paulo*, 7.10.2015. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/10/1691438-dilma-e-a-primeira-presidente-a-ter-sua-contas-reprovadas-no-tcu.shtml> e Antes de Dilma, só Getúlio Vargas teve as contas do governo rejeitadas pelo TCU, *O Globo*, 8.7.2015. Disponível em: <http://acervo.oglobo.globo.com/fatos->

debate político e jurídico contemporâneo.¹¹ Seria no mínimo inverossímil continuar a descrevê-lo como “um grande desconhecido”.¹²

Esse recente protagonismo do Tribunal tem movimentado inúmeras discussões sobre as possibilidades e limites do controle que lhe compete exercer. Cito dois casos que ilustram algumas das dúvidas que contemporaneamente têm emergido acerca da extensão dos poderes da Corte de Contas.

O primeiro deles envolveu importante embate entre TCU e Poder Executivo. Em 2008, o próprio Presidente da República chegou a publicamente acusar os órgãos de controle — ele se referia, em verdade, especificamente ao Tribunal — de suspender a execução de obras públicas federais sem um “motivo justo”. Segundo alegou, “não é fácil governar com a poderosa máquina de fiscalização e a pequena máquina de execução”.¹³ A suspensão cautelar de obras pelo TCU seria, na sua avaliação, abusiva: “Depois, as obras são autorizadas sem que as pessoas que as paralisaram tenham qualquer indício de punição. Quem dá a ordem para fazer está subordinado a todas as leis, mas quem dá a ordem para parar não fica sob lei nenhuma”.¹⁴

Observado pela ótica do Direito, o conflito suscita importante dúvida jurídica: teria o TCU competência para atuar preventivamente, suspendendo a execução de contratos públicos? Ou, ao fazê-lo, a Corte de Contas estaria exorbitando de suas atribuições, imiscuindo-se indevidamente na função administrativa, própria do Executivo?

O segundo caso envolveu embate entre TCU e Conselho Nacional de Justiça – CNJ, órgão de controle interno do Poder Judiciário. O Tribunal, no ano de 2014, julgou representação formulada pela Secretaria de Fiscalização de Pessoal – Sefip em virtude da

historicos/antes-de-dilma-so-getulio-vargas-teve-as-contas-do-governo-rejeitadas-pelo-tcu-16687345?utm_source=Facebook&utm_medium=Social&utm_campaign=O%20Globo.

¹¹ V. CONTI, José Mauricio. Julgamento do TCU que reprovou contas do governo entrou para a história do Direito, *Consultor Jurídico*, 20 de novembro de 2015. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-out-20/contas-vista-julgamento-tcu-entrou-historia-direito-financeiro#_ftnref2. Acesso em: 11 jan. 2016.

¹² Como apontam Rogério Bastos Arantes, Fernando Luiz Abrucio e Marco Antonio Carvalho Teixeira, o mesmo não poderia ser dito acerca dos tribunais de contas subnacionais. Por meio de pesquisa que abrangeu os 33 tribunais de contas subnacionais, os autores chegaram à conclusão de que esses órgãos de controle são significativamente desconhecidos pela sociedade civil em geral. Sobre o tema, v. A imagem dos tribunais de contas subnacionais, in *Revista do Serviço Público*. Brasília: ENAP, v. 56, nº 1, 2005, p. 62.

¹³ Reportagem intitulada “Órgãos que fiscalizam obras travam o Brasil, diz Lula”, publicada pelo jornal *O Estado de São Paulo*, que pode ser acessada no link a seguir: <http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,orgaos-que-fiscalizam-obras-travam-o-brasil-diz-lula,455745,0.htm>

¹⁴ Reportagem intitulada “Órgãos que fiscalizam obras travam o Brasil, diz Lula”, publicada pelo jornal *O Estado de São Paulo*, que pode ser acessada no link a seguir: <http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,orgaos-que-fiscalizam-obras-travam-o-brasil-diz-lula,455745,0.htm>

identificação de pagamentos de parcela chamada “VPNI – Localidade” a magistrados do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em acréscimo ao subsídio do cargo. O tema havia sido objeto da resolução CNJ 13, de 21 de março de 2006, que expressamente havia autorizado a cumulação de subsídios com a tal parcela posta em xeque pela Sefip.

Segundo o TCU, em que pese o entendimento do CNJ, a referida cumulação esbarraria na vedação contida no art. 39, § 4º, da Constituição Federal.¹⁵ Com base nesse diagnóstico e na constatação de entendimento diverso por parte do CNJ, a Corte de Contas fez constar, em decisão, que haveria “prevalência dos acórdãos do Tribunal de Contas da União sobre as orientações normativas de outros órgãos da Administração Pública Federal, incluindo, portanto, o Conselho Nacional de Justiça”. Disse, ainda, o seguinte:

“As competências do Congresso Nacional, em sede de controle externo, exercidas com o auxílio do Tribunal de Contas da União, com fulcro nos arts. 70 a 75 da Constituição Federal e na Lei nº 8.443/1992, se sobrepõem a eventuais orientações normativas do CNJ, do CSJT ou de outros conselhos de menor nível hierárquico, em sentido contrário, eis que as primeiras vinculam a todos os órgãos administrativos de todas as esferas de Poder, no sistema de freios e contrapesos do Sistema Republicano (cf. o STF - ADI 3.367/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, Pleno, julg. 13/4/2005, D.J. 17/3/2006, Rep. D.J. 22/9/2006, p. 29)”.¹⁶

O referido caso põe em evidência ao menos os seguintes questionamento sobre a extensão das competências do Tribunal: teria o TCU competência para se manifestar no espaço de jurisdição específica do CNJ? Haveria, mesmo, hierarquia entre os órgãos de controle? Tendo em vista a existência de uma miríade de órgãos de controle estatais, como lidar com eventual sobreposição de jurisdições e, conseqüentemente, com possíveis orientações antagônicas?

Responder a essas e a outras indagações semelhantes, ao contrário do que possa parecer, não é tarefa simples; as respostas não estão prontas para serem colhidas do ordenamento jurídico.¹⁷

¹⁵ Confira-se o teor do citado dispositivo da Constituição de 1988:

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.

(...)

§ 4º O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI.

¹⁶ Acórdão TCU 442, plenário, rel. Min. Raimundo Carreiro, j. 26.2.2014.

¹⁷ Chamo a atenção do leitor para o fato de que o presente trabalho não se propõe a responder as indagações levantadas a partir dos casos concretos há pouco expostos. Os casos e questões foram mencionados com a exclusiva finalidade de demonstrar que a atuação contemporânea do TCU suscita importantes dúvidas acerca de suas possibilidades e limites de controle.

Há autores que veem, no plano da realidade, um descasamento entre o teor das normas que delimitaram suas competências e atribuições e a prática contemporânea do TCU.¹⁸ Floriano de Azevedo Marques Neto, ao traçar diagnóstico sobre o que chama de vertente estrutural do controle administrativo — classificação que também abarca outros órgãos para além do Tribunal de Contas —, afirma que se assiste, hoje, a um processo de crescente “autonomização do controle”. Nas suas palavras, ao menos dois fatores contribuiriam para esse diagnóstico:

“(i) o controle tem passado a ser visto como um fim em si mesmo; e (ii) tem-se verificado, em linha com uma tendência expansionista dos mecanismos de controle, a articulação das esferas de controle (CGU, TCU, MP, SCI e AGU). Assim é que, em paralelo a esse processo, advém o seguinte questionamento: *seria o controle uma instância autônoma de governo?*”¹⁹

Esse processo de “autonomização do controle” estaria sendo acompanhado de uma série de problemas. Destaco alguns deles: 1) a *multiplicidade de instâncias* (decorrente de uma fragmentação do quadro normativo e institucional das atividades de controle, frequentemente fazendo com que competências sejam exercidas de maneira sobreposta e excessiva); 2) a *captura das políticas públicas pelo controlador* (a partir do momento em que se passa a exercer o controle pelo controle, sem preocupação com propósitos e finalidades, bem como com resultados, o controlador acaba por se apropriar da pauta de políticas públicas que se intenciona implementar); e 3) o *deslocamento da discricionariedade* (se o controle é exercido pelo controle e o controlador captura as políticas públicas, a discricionariedade do administrador público passa a ser substituída pela opção discricionária do controlador).²⁰

Instigado por esse debate — que envolve discussões sobre os efetivos contornos normativos das competências de instituições de controle, sobre o modo pelo qual elas são concretamente desempenhadas e sobre a existência de eventual descompasso entre a atuação concreta de órgãos de controle e as competências de que realmente dispõem no plano abstrato-normativo —, o presente trabalho propõe dois problemas de pesquisa:

¹⁸ Nesse sentido, v. SUNDFELD, Carlos Ari e ARRUDA CÂMARA, Jacintho. Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Contratações Públicas e seu Controle*. São Paulo: Malheiros, 2013 e JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – controlador ou administrador?, *Revista Brasileira de Direito Público*, ano 12, n. 47, out./dez. 2014.

¹⁹ Os grandes desafios do controle da Administração Pública, *op. cit.*, p. 221.

²⁰ Cf. *Idem*, p. 222.

1) Quais são as possibilidades e limites do controle pelo TCU à luz das competências que lhe foram previstas pela legislação vigente?

2) Estaria o TCU interpretando suas competências de modo a expandir suas possibilidades de controle?

Para responder a essas indagações, três perspectivas de trabalho distintas, porém complementares, foram conjugadas.

A primeira delas lança um olhar externo às principais normas jurídicas que preveem e disciplinam as competências e atribuições da Corte de Contas (Constituição e Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União) com a finalidade primordial de compreender o contexto no qual foram editadas, os problemas e desafios que procuraram concretamente resolver e os atores que participaram do seu processo de elaboração. Para tanto, propõe uma investigação do processo por meio do qual as normas jurídicas foram elaboradas. A premissa dessa iniciativa é a de que a compreensão do contexto em que o Direito é produzido tende a contribuir para a construção de leitura mais realista do ordenamento jurídico. Os achados e reflexões conectados a esse viés de análise estão majoritariamente reunidos no **Capítulo 1**.

A segunda perspectiva de pesquisa está centrada nas normas constitucionais e legais que previram e delinearão as competências e atribuições do TCU. Tem foco, portanto, no direito positivo. Por esse viés dogmático de análise, o trabalho propõe lançar sobre o material legislativo olhar tipicamente jurídico, buscando nele identificar as possibilidades e limites do controle que compete ao Tribunal. Quer-se saber, aqui, quais condutas do TCU são obrigatórias, proibidas e autorizadas pelo Direito. Os achados e reflexões conectados a esse tipo de análise estão majoritariamente concentrados no **Capítulo 2**.

A terceira perspectiva de pesquisa tem por objetivo aferir a visão do TCU sobre suas próprias possibilidades e limites de controle. Ou seja, quer identificar a leitura que o órgão de controle faz das normas que regulamentam suas competências e atribuições. Seria impossível, em uma tese de doutorado, analisar amplamente toda a atividade de controle do Tribunal. Para viabilizar essa proposta, optou-se por realizar investigação centrada nos atos regulamentares editados pela Corte de Contas, normalmente utilizados para disciplinar suas competências e atribuições. Os resultados desse terceiro eixo da pesquisa estão diluídos ao longo de todo o **Capítulo 2**.

Importante fonte de pesquisa utilizada para a elaboração dos **Capítulos 1 e 2** foram as entrevistas realizadas por este autor com servidores do TCU.²¹ Procurou-se, fundamentalmente por meio das indagações arroladas no *Anexo I* (passível de ser consultado na parte final do trabalho), identificar temas, problemas e desafios ligados à atividade de controle desempenhada pela Corte de Contas em seu cotidiano.²² Esse recurso, tal qual a análise do processo de elaboração das normas, agregou informações relevantes e úteis ao exercício de interpretação do ordenamento jurídico e contribuiu substancialmente para a aferição do modo pelo qual o TCU enxerga suas possibilidades e limites de controle.

²¹ As entrevistas foram realizadas na sede do TCU, em Brasília, entre os dias 10 e 11 de junho de 2015, e foram registradas em áudio. Apesar de os 11 entrevistados terem concordado com a divulgação de seus nomes, tive por bem ocultá-los. A eles me referirei durante todo o trabalho por meio de letras (de A a K).

²² Registro que as entrevistas, apesar de terem tomado por base as perguntas arroladas no Anexo I, não seguiram um padrão estruturado ou um método específico. Na prática, assumiram o formato de entrevistas livres.

CAPÍTULO 1

A CONSTRUÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO DO PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988

1. Introdução

Este trabalho parte da premissa de que a análise das normas jurídicas deva levar em consideração seu *contexto*. Afinal, elas não surgem do nada, no vazio; tampouco existem na natureza, pura e simplesmente. Enquanto criação humana, surgem por razões pontuais, por força de atores determinados (ou determináveis) e com a finalidade de atender a propósitos específicos. São, assim, *construções* (jurídicas), estreitamente conectadas ao mundo fático e a problemas concretos. Situa-las no tempo e espaço é, na visão deste autor, crucial para bem compreendê-las e interpretá-las.²³

Neste capítulo, dou início ao exercício de contextualização das normas que disciplinam a atuação contemporânea do TCU. Busco, em síntese, respostas — ou ao menos indícios de respostas — ao seguinte conjunto de perguntas: por que as normas que atualmente regulam a atuação do TCU têm essas (e não outras) características e feições? Quais temas relacionados à atividade de controle da administração pública pelo TCU preocuparam o legislador?²⁴ As propostas de reforma surgidas no debate público estão de algum modo ligadas ao passado da instituição? É possível identificar a participação de atores específicos na modelagem de competências do TCU? Em caso de resposta positiva, quais e de que maneira procuraram influir?

Para implementar esta proposta de pesquisa, proponho percorrer, analisar e sistematizar a *história legislativa* dos principais diplomas normativos vigentes: a Constituição Federal de 1988 e a lei 8.443, de 16 de julho de 1992 (Lei Orgânica do

²³ No mesmo sentido, v. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 112.

²⁴ Com frequência utilizarei a palavra “legislador” em sentido amplo para me referir às instituições responsáveis pela edição de atos normativos que tenham se preocupado em disciplinar a atuação do Tribunal de Contas da União no Brasil (nos planos legal e constitucional). O termo abarca, portanto, não só o Poder Legislativo, como, também, a Assembleia Nacional Constituinte, responsável pela elaboração da Constituição Federal de 1988.

TCU).²⁵ Reunidos, eles são responsáveis por delinear a atual estrutura do TCU e suas principais competências e atribuições.

A expressão “história legislativa” (ou “histórico legislativo”) — tradução livre da expressão “*legislative history*”, colhida do direito norte-americano — não é auto-evidente, reconheço. A despeito da sua aparente vagueza, ela assume — na doutrina estrangeira, bem como neste trabalho — sentido bastante delimitado: diz respeito a todo e qualquer histórico de deliberações e de debates antecedentes à edição de diplomas normativos.²⁶ Em termos concretos, ela se traduzirá no *processo de elaboração da Constituição de 1988 e no processo legislativo da Lei Orgânica do TCU*.

O uso desse tipo de material de pesquisa em trabalhos jurídicos é pouco usual e potencialmente polêmico. A dogmática tende a ignorar os elementos e fatos precedentes à edição das normas porque supostamente diriam respeito exclusivamente ao mundo da Política, e não do Direito, e também por conta da construção de forte consenso ao redor da ideia de que o trabalho do jurista deva se circunscrever ao direito positivo, limitando-se a encontrar o sentido das normas por meio de técnicas hermenêuticas mais objetivas, tais como a sistemática e a teleológica.²⁷

Concordo que a matéria-prima por excelência do jurista seja a norma posta e que, para interpretá-la, o mais adequado seja mesmo privilegiar métodos interpretação que procurem aferir sua finalidade e sua conexão com o diploma e com o ordenamento nos

²⁵ A lei 8.666, de 21 junho de 1993 (Lei de Licitações) e a lei complementar 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), também são importantes sob a perspectiva do controle exercido pelo TCU. No entanto, opto por não inseri-las no objeto deste tópico pelo fato de tratarem do controle pelo TCU em poucos dispositivos e para finalidades muito específicas. O foco desses diplomas evidentemente não é disciplinar e organizar competências do Tribunal. Parece razoável, por esse motivo, limitar as investigações de história legislativa aos diplomas que são centrais à organização das competências e atribuições desse órgão de controle. Além do mais, pude constatar em pesquisa anterior que poucas são as menções aos tribunais de contas no processo legislativo da Lei de Licitações. Para mais informações, v. ROSILHO, André. *Licitação no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013.

²⁶ Cf. ESKRIDGE JR., William N.; FRICKEY, Philip P.; GARRETT, Elizabeth. *Legislation and Statutory Interpretation*. 2^a ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2006, p. 303. Uma observação: os autores em comento admitem, inclusive, a possibilidade de o histórico de deliberações *posterior* à edição de diplomas normativos vir a ser considerado como parte integrante da *legislative history* da norma. Este trabalho, contudo, excluiu essa possibilidade, optando por inserir nesse conceito apenas o material produzido até o momento em que os diplomas normativos são editados.

No contexto brasileiro, Carlos Maximiliano emprega as expressões “materiais legislativos” e “trabalhos preparatórios” para se referir ao conjunto de elementos que, no contexto norte-americano, estariam abarcados pelo conceito de *legislative history*. Veja-se:

“Compreende [o fator de exegese baseado em materiais legislativos] anteprojeto; os Projetos e as respectivas *Exposições de motivos*; Mensagens dirigidas pelo Executivo às Câmaras; memoriais e representações enviadas ao Congresso; relatórios das comissões nomeadas pelo Governo; pareceres e votos em separado emitidos oralmente, ou por escrito, no seio das comissões parlamentares, especiais ou permanentes; emendas aceitas ou rejeitadas; debates tribunicios em sessões plenárias de cada um dos ramos do Poder Legislativo” (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, op. cit., p. 115).

²⁷ Nesse sentido, v. MAXIMILIANO, Carlos, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, op. cit., p. 24.

quais estiver inserida. Desconfio, no entanto, do radicalismo da visão que proscreeve a possibilidade de se olhar para a história legislativa dos diplomas normativos no âmbito do Direito.

Há, a meu ver, uma contradição entre o discurso e a prática: apesar de geralmente não se admitir abertamente a possibilidade de recurso aos chamados materiais legislativos para melhor compreendê-la ou para melhor interpretá-la (porque diriam respeito ao mundo da Política, e não do Direito), valoriza-se, por exemplo, inclusive para fins de interpretação do Direito, a opinião de profissionais da área jurídica ou de áreas afins, que, por conta de sua vivência (como advogados, professores, juizes, deputados, constituintes, etc.), conhecem os porquês das normas, sabem sua origem, entendem seu contexto e são capazes de fazê-las dialogar com o mundo real no qual estão inseridas. Por que, para o Direito, seria plenamente admissível consultar a opinião destes profissionais — que, por vivência prática, conhecem as interfaces entre Direito e Política e são capazes de preencher a abstração das normas com realidade —, mas seria impróprio buscar auxílio na história legislativa de diplomas normativos para melhor compreender o sentido das normas? Parece haver algo de insincero no argumento.

Ambos, a meu ver, são instrumentos válidos e úteis para esse fim; não, em si, há nada de errado em consultar a doutrina jurídica e a opinião de pessoas que conhecem a fundo o sentido das normas, da mesma maneira que me parece adequado recorrer à história legislativa de diplomas normativos para nela buscar subsídios adicionais à sua compreensão.²⁸ Como aponta Carlos Maximiliano, os materiais legislativos são importantes à compreensão do processo histórico²⁹ — e, segundo o autor, “o Direito não se inventa; é um produto lento da evolução, adaptado ao *meio*; com acompanhar o desenvolvimento desta, descobrir a origem e as transformações históricas de um instituto, obtém-se alguma luz para compreender bem”.³⁰

Além disso, os materiais legislativos, mesmo para fins de interpretação do Direito — isto é, para se aferir condutas e comportamentos obrigatórios, proibidos e permitidos —, podem, a despeito das dificuldades e dos riscos inerentes à busca da *mens legislatoris*,

²⁸ O uso da história legislativa como fonte de interpretação do Direito tem, a meu ver, uma “vantagem” em relação a outras fontes externas de interpretação de normas. Pela ótica da democracia, parece ser mais legítimo buscar o sentido das normas no processo legislativo (no qual os representantes do povo se manifestam) do que, por exemplo, na doutrina ou em dicionários jurídicos. V. ESKRIDGE JR., William N.; FRICKEY, Philip P.; GARRETT, Elizabeth, *op. cit.*, p. 310.

²⁹ Cf. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, *op. cit.*, p. 24.

³⁰ *Idem*, p. 112.

ter alguma utilidade.³¹ Tudo dependerá da *forma* como esse material de pesquisa será na prática manejado. Seu uso, como afirma Carlos Maximiliano, deve ser parcimonioso.³²

Com a finalidade de explorar as possibilidades e limites do uso da história legislativa no Direito e de explicitar o uso que dela farei no presente trabalho, proponho, no tópico seguinte, uma breve incursão na literatura jurídica norte-americana sobre o tema. O foco na literatura jurídica dos EUA se justifica, pois, como se verá, essa técnica de pesquisa encontra ampla aplicabilidade prática naquele contexto. Se o objetivo é explorar as possibilidades e limites desse método, parece fazer sentido olhar prioritariamente para jurisdições nas quais ele seja efetivamente empregado.

2. A história legislativa como instrumento de pesquisa: possibilidades e limites

As fontes de interpretação do Direito poderiam ser segmentadas em duas grandes categorias, levando-se em consideração o contexto norte-americano: fontes textuais (*textual sources*) e fontes extrínsecas ao texto da lei (*extrinsic sources for statutory interpretation*). A interpretação jurídica baseada em fontes textuais — aquelas às quais os países de tradição *civil law* estão mais habituados — procura entender os comandos legais à luz do sentido comum das palavras, da sintática das frases e à luz de inferências que se

³¹ É o que se extrai, por exemplo, da fala de Stéphane Monclaire. O autor defende que a leitura das normas da Constituição de 1988 deva levar em consideração o processo por meio do qual foram elaboradas. Confira-se seu depoimento:

“*Ainsi, pour comprendre la nouvelle Constitution brésilienne, texte et contexte ne doivent pas être séparés. Car, même si la force de sa forme tend à nous le faire oublier, elle a été rédigée. Elle n’a donc de sens qu’à travers ce travail d’écriture, c’est à dire, notamment, à travers ses auteurs. Faire l’économie de la question des auteurs (soit, ici, négliger les multiples clivages de l’A.N.C. [Assemblée Nacional Constituinte] et les pressions qui pesèrent sur elle), c’est tomber dans une vision éthérée du droit, c’est croire ou/et faire croire à l’absence du politique, c’est finalement se méprendre sur cette Constitution*” (MONCLAIRE, Stéphane. Les auteurs de la Constitution. In: FAVOREU, Louis (org.). *La Nouvelle République Brésilienne – études sur la Constitution du 5 octobre de 1988*. Paris: Economica, 1991, pp. 73-74).

Virgílio Afonso da Silva e Diogo R. Coutinho, também parecem ver algum espaço para o uso dos materiais legislativos para fins de interpretação normativa. Veja-se:

“Voltamos a afirmar: o recurso a uma pretensa vontade do legislador é extremamente problemático. Mas, se se pretende encontrar algo que ao menos se aproxime desse tipo de vontade, é preciso recorrer às transcrições dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte” (Marco regulatório e repartição de competências no setor de gás. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. v. 257, maio/ago., 2011, p. 255).

³² Essa também é a opinião de Carlos Maximiliano. Segundo o autor, “(...) a possibilidade ou a frequência do abuso jamais constituirá, só por si, motivo, para se condenar o uso de qualquer coisa (...). Os Materiais Legislativos têm alguma utilidade para a Hermenêutica; embora não devam colocados na primeira linha, nem aproveitados sempre, a torto e a direito, em todas as hipóteses imagináveis, para resolver quaisquer dúvidas; ajudam a descobrir o elemento *causal*, chave da interpretação. (...) merecem confiança relativa; deles se sirva o intérprete, com a maior *circumspecção, prudência e discreta reserva*” (*Hermenêutica e Aplicação do Direito, op. cit.*, p. 116).

poderia logicamente fazer do conjunto dos diplomas normativos ou do seu confronto com outras leis do ordenamento. Já a interpretação jurídica baseada em fontes extrínsecas à lei, procura entender o significado dos comandos legais à luz de elementos externos ao texto da norma e às convenções de linguagem.³³

A história legislativa seria, assim, espécie do gênero “fontes extrínsecas de interpretação de textos legais”, juntamente com o que se convencionou chamar de *common law*³⁴ e de *administrative interpretations*³⁵.

Estes instrumentos, ao contrário do que se poderia supor, têm, nos EUA, fundamental importância. Com o objetivo de demonstrá-la, Eskridge Jr., Frickey e Garrett, em excelente obra voltada ao estudo da legislação e da interpretação de leis (*statutes*), relatam o hipotético caso de uma advogada que, demandada por um cliente, elabora uma breve opinião legal para a qual decidiu consultar o texto da norma, checar sua

³³ Confira-se a opinião de Eskridge Jr., Frickey e Garrett sobre as fontes de interpretação do Direito no contexto norte-americano:

“*The textual sources examined in Chapter 7 can be distinguished from extrinsic sources examined in this chapter. Reasoning from textual sources asks how the ordinary speaker would understand the statutory command, in light of the conventional meaning of the words and syntax used and in light of inferences that can be logically drawn from the whole statute or other texts in the code. Interpretation x is better than y because it better accords with normal linguistic usage or better fits with the statute as a complete text. Reasoning from extrinsic sources asks what the statutory command means, in light of sources of legal understandings found outside of the four corners of the statute and conventions of linguistics. Interpretation x is better than y because it is more consistent with a source that the law considers a focal point for filling in the details on a statutory scheme*” (ESKRIDGE JR., William N.; FRICKEY, Philip P.; GARRETT, Elizabeth, *op. cit.*, p. 295).

³⁴ *Common law*, segundo Eskridge Jr., Frickey e Garrett, constituiria um cânone de interpretação do direito anglo-americano, construído ao longo do tempo por meio da jurisprudência, segundo o qual leis que derogam a *common law* (passível de ser aqui genericamente compreendida como tradição ou costumes), devam ser interpretadas restritivamente. Este cânone, apesar de ter sido amplamente criticado, continua, em certos casos, a ter grande relevância prática.

Nas palavras dos autores, “*One of the oldest rules in Anglo-American jurisprudence was that statutes in derogation of the common law should be narrowly construed. Just as common law baselines have eroded in constitutional law, so they have eroded in statutory interpretation, and this form of the canon has been extensively criticized and, in many jurisdictions, rejected. On the other hand, the common law remains highly relevant to the interpretation of statutes regulating traditional common law areas (tort, contract, property, maritime matters), especially where the legislature has adopted or merely codified common law terms and principles*” (ESKRIDGE JR., William N.; FRICKEY, Philip P.; GARRETT, Elizabeth, *op. cit.*, pp. 298-299).

Abner J. Mikva e Eric Lane elencam em sua obra uma vasta lista dos chamados cânones de interpretação. V. MIKVA, Abner J.; LANE, Eric. *An Introduction to Statutory Interpretation and Legislative Process*. Nova Iorque: Aspen Publishers, 1997, pp. 23 e ss.

³⁵ *Administrative interpretations* consistiriam, segundo Eskridge Jr., Frickey e Garrett, na interpretação dada a diplomas legais por órgãos e entes reguladores da administração pública.

Nas palavras dos autores, “*Most government-based statutory interpretations are nowadays rendered by administrative agencies and departments, and courts are second-order interpreters, examining the issues against the backdrop of what agencies have already said (and in some cases have said for a long time). (...) This is not a new phenomenon, for the Court has taken the position that ‘[w]hen faced with a problem of statutory construction, this Court shows great deference to the interpretation given by the statute by officers or agency charged with its administration [Udall v. Tallman, 380 U.S. 1, 16 (1965)]’*” (ESKRIDGE JR., William N.; FRICKEY, Philip P.; GARRETT, Elizabeth, *op. cit.*, pp. 322-323).

interpretação com outras partes do mesmo diploma normativo e verificar o sentido das palavras no dicionário. Após a exposição dos fatos, indagam: deveria a advogada ir além na sua investigação, ou os procedimentos que seguiu seriam suficientes para que a opinião legal realmente fosse sólida e consistente? Em resposta, afirmam:

*“At the very least, she needs to consult relevant agency regulations. It would usually be malpractice if she did not and her answer got her client into trouble with the agency for violating its regulations. For federal statutes, the attorney is also well advised to consult the statute’s committee reports, as they are readily available and often contain valuable guidance. The practitioner would benefit from evaluating the common law background as well. If her understanding of the statute is inconsistent with the traditional common law rule, she should reconsider the firmness with which she holds that view. On the other hand, legislative drafters often intend to overturn or modify the common law practice, so understanding the status quo ante can provide insight into the purposes behind the law”.*³⁶

O alerta feito pelos autores para que a hipotética advogada não ignorasse em sua opinião legal as fontes extrínsecas de interpretação das normas não nos soa — a nós, brasileiros — de todo estranho. É que, apesar de o conceito de fontes extrínsecas de interpretação de textos legais não fazer parte da nossa tradição jurídica, temos, na prática, alguns referenciais que nos ajudam a compreender a mensagem.

Os costumes, por exemplo — figura que, no Brasil, mais se aproximaria da ideia de *common law* —, têm, segundo a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (decreto-lei 4.657, de 4 de setembro de 1942), importante papel na interpretação das leis — nos casos de omissão legal (art. 4º) e de aplicação de leis, atos e sentenças estrangeiros no Brasil (art. 17).³⁷ Já as interpretações administrativas externalizadas por meio de regulação — elaborada por agências reguladoras, pelo Banco Central do Brasil, pela Receita Federal e pelos mais variados órgãos e entes das administrações públicas federal, estadual e municipal —, fazem parte do cotidiano dos profissionais da área jurídica, parecendo-nos natural que ela tenha de ser levada em consideração quando da interpretação do Direito.³⁸ Apenas o estudo da história legislativa dos diplomas legais é que praticamente não encontra correspondência no contexto brasileiro.³⁹

³⁶ ESKRIDGE JR., William N.; FRICKEY, Philip P.; GARRETT, Elizabeth, *op. cit.*, p. 297.

³⁷ É também a opinião de Miguel Reale, segundo o qual “O costume continua desempenhando função relevante na experiência jurídica de nossos dias, não sendo, porém, igual o seu papel em todas as disciplinas. Verificamos uma força maior do Direito costumeiro em certos ramos ou para a solução de determinados problemas, como é o caso do Direito Comercial e do Direito Internacional” (REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 159-160).

³⁸ Este diagnóstico encontra respaldo na opinião de Carlos Ari Sundfeld. Confira-se:

“Do ponto de vista estritamente técnico, a sacralização da lei não é necessária ao direito administrativo, isto é, não é indispensável ao sucesso do projeto de condicionar juridicamente a Administração. Em seu crescimento histórico o direito administrativo foi ampliando enormemente suas bases, e a função tática da lei foi, em muitos casos, sendo assumida por outras fontes normativas. (...)”

Por conta disso, pode nos causar certa surpresa o largo uso da história legislativa nos EUA — por magistrados, advogados, reguladores, acadêmicos, etc. Lá, recorrer ao processo legislativo dos diplomas legais para a interpretação do Direito — especialmente na esfera federal, em que o processo legislativo das leis pode ser mais facilmente consultado — é tão comum quanto recorrer ao próprio texto da norma.⁴⁰

Ao longo do tempo, o Judiciário norte-americano tem admitido como válida a consulta a um extenso rol de documentos que comporiam o processo legislativo dos diplomas legais.⁴¹ Dentre eles, destacam-se as audiências e os relatórios elaborados por comitês do Congresso responsáveis por analisar os projetos de lei (*committee reports and hearings*); declarações dos autores dos projetos de lei (*sponsor statements*) e colóquios do Legislativo (*legislator colloquies*), ambos normalmente realizados no curso dos debates parlamentares; propostas rejeitadas pelo Congresso (*rejected proposals*); as versões finais dos projetos de lei (*conference reports*), desenvolvidas pelo Senado e pela Câmara em conjunto antes do encaminhamento dos diplomas legais ao Presidente; rascunhos do projeto de lei (*drafting documents*), normalmente preparados antes de o projeto ser apresentado ao Congresso; vetos presidenciais ou declarações do Presidente quando da conversão do projeto de lei em diploma legal (*presidential veto or signing statements*); discussões sobre os diplomas legais posteriores à sua edição (*subsequent legislative history*), etc.⁴²

Segundo estudo elaborado pelos citados autores, esse amplo material legislativo, a despeito de em tese ser admitido pelo Judiciário, não tem, todo ele, o mesmo peso e a mesma força de persuasão à luz da jurisprudência. Há, entre eles, uma hierarquia, fixada

A própria Administração Pública tornou-se uma ativa produtora de normas. (...) A administração foi, então, assumindo papel de produzir grande parte dessas normas, por regulamentos administrativos. Em geral isso tem ocorrido sob grande interação com o legislador, que edita leis sobre esses serviços e regulações, as quais a seguir servem de base para o desenvolvimento de uma ampla produção normativa administrativa. Com isso, fica evidente que a teoria do direito administrativo brasileiro não pode mais se assentar no monismo legalista” (SUNDFELD, Carlos Ari. Administrar é criar? In: *Direito Administrativo para Céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 242-244).

³⁹ V. MAXIMILIANO, Carlos *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, *op. cit.*, p. 116.

⁴⁰ Isso não quer dizer que o uso da história legislativa para interpretar textos legais seja imune a críticas. Aliás, muito ao contrário. Diversos autores questionam a pertinência e a legitimidade deste instrumento. Um dos mais proeminentes críticos é, inclusive, ministro da Suprema Corte dos EUA (*Justice Antonin Gregory Scalia*). Para uma revisão da literatura crítica ao uso da história legislativa como método de interpretação do Direito, v. ESKRIDGE JR., William N. The New Textualism. In: *Faculty Scholarship Series*. Paper 3831, 1990, pp. 640 e ss. Para outras críticas ao uso da história legislativa, v. ESTADOS UNIDOS. Department of Justice. Office of Legal Policy. *Using and Misusing Legislative History – a re-evaluation of the status of legislative history in statutory interpretation*, 1989, pp. 45 e ss.

⁴¹ Cf. ESKRIDGE JR., William N. The New Textualism, *op. cit.*, p. 624.

⁴² Cf. ESKRIDGE JR., William N.; FRICKEY, Philip P.; GARRETT, Elizabeth, *op. cit.*, p. 303.

Uma observação: este rol não exaure todos documentos extraídos do processo legislativo de textos legais que já foram admitidos pelo Judiciário norte-americano para fins de interpretação do Direito.

por sucessivas decisões judiciais (especialmente da Suprema Corte), conferindo a cada um desses documentos “força probante” distinta.

Os relatórios elaborados por comitês do Congresso (*committee reports*) são os materiais de história legislativa mais persuasivos. Segundo Eskridge Jr., Frickey e Garrett, quase metade das referências da Suprema Corte à história legislativa dizem respeito a *committee reports* ou a documentos similares. Cenário semelhante se verifica nas cortes estaduais. Este tipo de material é útil a duas principais finalidades: de um lado, fornecem um panorama do objetivo de política pública que motivou a edição do diploma normativo (*general intent*); de outro, fornecem subsídios à análise do conteúdo de cada um dos seus dispositivos e da forma como eles se relacionam entre si (*specific intent*).⁴³

Quase tão importantes como os *committee reports* são as explicações e declarações do autor do projeto de lei (*explanatory statements by the sponsors or floor managers of the legislation*).⁴⁴ Uma das razões pelas quais se atribui alto valor a esse tipo de documento refere-se ao fato de que os *sponsors* supostamente teriam motivos concretos para serem sinceros, haja vista que qualquer exagero ou deslize da sua parte poderia gerar reações da oposição, ou, eventualmente, dar ensejo à necessidade de aliados agirem em seu benefício.⁴⁵

Os demais materiais de história legislativa, para além dos *committee reports* e dos *sponsor statements*, têm, segundo estudo de jurisprudência, menor peso, menor poder de persuasão. Isso porque eles não possuiriam o mesmo grau de confiabilidade dos documentos há pouco mencionados.⁴⁶

A despeito disso, a Suprema Corte, com frequência, acessa os rascunhos e históricos de deliberação de projetos de lei em resposta, por exemplo, ao argumento de que alterações promovidas em diplomas legais não tiveram a intenção de produzir efeitos mais amplos em políticas públicas já consolidadas em diplomas legais.⁴⁷

⁴³ Cf. ESKRIDGE JR., William N.; FRICKEY, Philip P.; GARRETT, Elizabeth, *op. cit.*, p. 311.

⁴⁴ Confira-se exemplo de uso deste tipo de material de história legislativa na Suprema Corte dos EUA:

“*In North Haven Board of Education v. Bell, the Court held that Title IX’s prohibition of sex discrimination in programs receiving federal funds includes employment discrimination by institutions running such programs. Key evidence for the Court included repeated statements by the Senate sponsor that proposed Title IX would cover three kinds of discrimination: admission of students, provision of services and courses of study for admitted students, and employment of faculty and other staff*” (ESKRIDGE JR., William N.; FRICKEY, Philip P.; GARRETT, Elizabeth, *op. cit.*, p. 312).

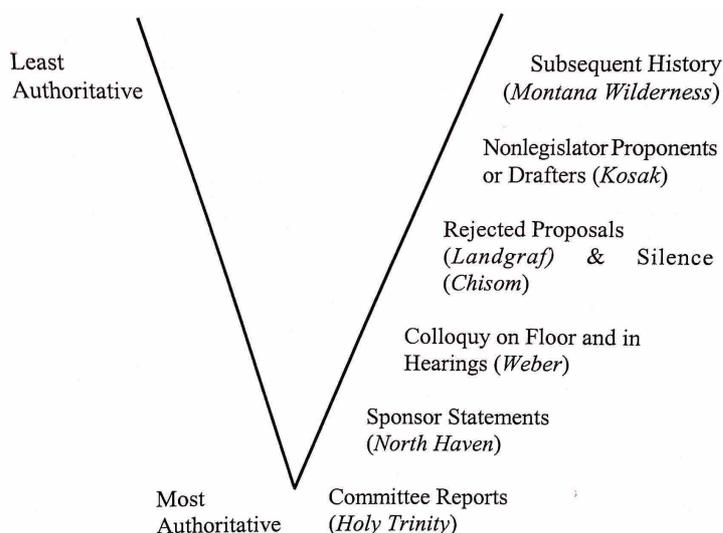
⁴⁵ Cf. ESKRIDGE JR., William N.; FRICKEY, Philip P.; GARRETT, Elizabeth, *op. cit.*, p. 313.

⁴⁶ “*There is less reason to think that such material reflects the views of the enacting coalition and more reason to worry that it might have been strategically planted in the record*” (ESKRIDGE JR., William N.; FRICKEY, Philip P.; GARRETT, Elizabeth, *op. cit.*, p. 313).

⁴⁷ *Idem*, p. 314.

Os *singing statements* realizados pelo Presidente quando da sanção de diplomas legais, por sua vez, geralmente servem a propósitos políticos. Contudo, cada vez mais eles têm sido elaborados de modo a fornecer diretrizes a atores administrativos responsáveis pela implementação das leis e, também, para influenciar a interpretação que o próprio Judiciário futuramente desenvolverá sobre a legislação.⁴⁸

Confira-se, abaixo, o que Eskridge Jr., Fricket e Garrett denominam de funil de abstração da história legislativa. Trata-se de uma representação gráfica voltada a sintetizar a força e o “peso” de cada um dos materiais de história legislativa à luz da jurisprudência de cortes federais norte-americanas. Entre parênteses estão indicados os casos paradigmáticos que, na visão dos autores, são responsáveis por atribuir maior ou menor força a cada um dos tipos de material de história legislativa.



Fonte: ESKRIDGE, William N. Jr.; FRICKEY, Philip P.; GARRETT, Elizabeth. *Legislation and Statutory Interpretation*. 2ª ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2006, p. 317.

Antes de explicitar o modo pelo qual esse trabalho pretende utilizar a história legislativa, farei, a seguir, breve descrição da evolução do posicionamento do Judiciário norte-americano sobre o uso da história legislativa como método de interpretação do

⁴⁸ Idem, p. 315. Em relação a este material de história legislativa em específico, vale atentar para o alerta feito pelos autores:

“Courts have struggled with whether to consider such statements in the interpretive calculus. On the one hand, the President is often a major player in negotiating the terms of a bill, and his view might be uniquely well informed. Moreover, as a repeat player on the Capitol Hill, the President has incentives not to misrepresent the nature of the compromise. On the other hand, presidential signing statements come at a point when the other players cannot respond, rendering them subject to error or manipulation. In light of this factor, such statements should be treated with caution. The same is true of signing statements by state Governors”.

Direito. Como se verá, a jurisprudência da Suprema Corte, a partir de meados da década de 1980, passou consolidar novas diretrizes sobre o tema em questão.

Tradicionalmente, a Suprema Corte dos EUA entendia que o sentido manifesto do texto dos diplomas legais (*plain meaning*) deveria orientar sua interpretação, a menos que esse sentido fosse refutado por uma história legislativa fortemente contraditória. Por esse entendimento, a história legislativa poderia não só ser decisiva para resolver ambiguidades de diplomas legais, como também poderia ser utilizada para refutar o sentido manifesto das leis.⁴⁹

Esta diretriz sofreria uma singela mudança após o ingresso na Suprema Corte do *Justice* Antonin Gregory Scalia, nomeado em 1986 pelo Presidente Ronald Reagan. Scalia foi — e continua a ser (é o *Justice* que há mais tempo serve a Suprema Corte) — um grande opositor ao uso generalizado da história legislativa como método de interpretação do Direito, refutando-a na maior parte dos casos.⁵⁰

A Suprema Corte, a partir de então, passaria a ter maior influência do que se convencionou chamar de “*new textualism*”, um movimento teórico segundo o qual a interpretação do Direito deve estar mais focada no conteúdo das normas e deve ser balizada pelos cânones de interpretação. Esse movimento não aboliu por completo o uso da história legislativa pela Suprema Corte. Tornou-o, contudo, menos frequente e, de certa maneira, mais seletivo, fazendo com que se passasse a empregá-la primordialmente nos casos em que houvesse ambiguidades no texto da lei.⁵¹

O próprio Eskridge Jr., professor da disciplina *Legislation* na *Yale Law School* e defensor do uso da história legislativa como método de interpretação do Direito, reconhece que a corrente do “*new textualism*” em certa medida fez bem à Suprema Corte. Segundo ele, “A já antiga tendência da Corte de ignorar o texto da lei e ir direto à história

⁴⁹ Cf. ESKRIDGE JR., William N., *The New Textualism*, *op. cit.*, p. 624.

Confira-se a opinião do autor, no original: “*The plain meaning of a statute governs its interpretation, unless negated by strongly contradictory legislative history. Under this approach, if a statute is ambiguous, legislative history often will be decisive, and even an apparently plain meaning can be rebutted by legislative history*”.

⁵⁰ Cf. ESKRIDGE JR., William N., *The New Textualism*, *op. cit.*, p. 650.

O curioso é notar que, a despeito de Scalia geralmente ser contrário ao uso de história legislativa para a interpretação de normas legais, ele é um grande defensor da interpretação histórica da Constituição norte-americana. Esse método de interpretação do Texto Constitucional propugna que os julgadores, ao interpretar suas normas, devem, sempre, buscar a interpretação “autêntica”, inspirando-se para tanto no que os federalistas (os pais fundadores da Constituição dos EUA) diziam à época da sua promulgação. Essa contradição é apontada por William Eskridge Jr. (ESKRIDGE JR., William N. *Should the Supreme Court Read The Federalists but Not Statutory Legislative History?*, *George Washington Law Review*, vol. 66, p. 1301-1323, 1997-1998.

⁵¹ V. ESKRIDGE JR., William N.; FRICKEY, Philip P.; GARRETT, Elizabeth, *op. cit.*, p. 319.

legislativa é, em muitos casos, uma tradição que precisa ser corrigida, e eu aplaudo os ‘*new textualists*’ por nos forçar a voltar ao texto da norma”.⁵²

Em estudo mais recente, no entanto, o autor pondera que o próprio “sentido manifesto” da norma é uma construção artificial; depende de convenções. Caso uma das convenções seja a de que a linguagem dos diplomas legais deva ser entendida no contexto das expectativas gerais ou específicas do legislador (*legislature’s general or specific expectations*), a história legislativa deixa de ser um instrumento *extrínseco* de interpretação do Direito, passando, por consequência, a fazer parte de uma análise textual da norma.⁵³

Partindo dessa breve exposição das características da história legislativa como fonte extrínseca de interpretação do Direito e do seu emprego pelo Judiciário dos EUA (especialmente pela Suprema Corte), esclareço o uso que pretendo fazer desse instrumento de pesquisa no presente trabalho.

Como o conjunto de indagações formuladas na introdução desse capítulo permite antever, imagino utilizá-lo primordialmente para colher subsídios do processo legislativo que sejam úteis para identificar a política pública delineada pelo legislador para o controle externo da administração pública pelo TCU (*legislature’s general intent*) e, secundariamente, para auxiliar na resolução de eventuais ambiguidades ou inconsistências de textos jurídicos ligadas ao delineamento de competências da Corte de Contas (*legislature’s specific intent*). Excluo, portanto, a possibilidade de uso da história legislativa para refutar (ou para substituir) o sentido expresso do texto legal — admitindo, claro, que seja em tese possível falar em sentido expresso da norma.

Esclareço, também, que o trabalho não se balizará pelo esquema hierárquico da

⁵² Tradução livre de ESKRIDGE JR., William N., *The New Textualism*, *op. cit.*, p. 690. O autor em questão faz a seguinte síntese sobre sua visão acerca dos potenciais efeitos positivos da doutrina do “*new textualism*”:

“*This recommendation [de os intérpretes voltarem seus olhos ao texto da lei] is the most important contribution of the new textualism, reminding courts and attorneys that legislative history is, at best, secondary and supporting evidence of statutory meaning. Second, the Court should develop clear statement rules (applicable prospectively) that obviate recourse to legislative history in a greater variety of settings. For a possible example, where a statutory text is clear, and where that clarity is consistent with the statutory structure and the apparent statutory policy, the Court should not delve into legislative history. Third, the Court should be more critical of the legislative history it uses, especially when the statute is an old one and the immediate concerns of the legislative history have been overtaken by changed circumstances*”. *Idem*, p. 625.

⁵³ Tradução livre de ESKRIDGE JR., William N.; FRICKEY, Philip P.; GARRETT, Elizabeth, *op. cit.*, p. 322. Confira-se o texto no original:

“*A final lesson of Pepper is that ‘plain meaning’ is itself highly artifactual. It depends upon conventions. If one of the conventions is that statutory language should be understood in the context of the legislature’s general or specific expectations, then legislative history becomes intrinsic to — rather than extrinsic to — a textual inquiry*”.

história legislativa desenvolvido por Eskridge Jr., Frickey e Garrett. Fazê-lo, na minha avaliação, seria um equívoco, por várias razões. De um lado, porque, como não costumamos utilizar história legislativa para interpretar o Direito no Brasil, o esquema poderia dar ensejo a interpretações arbitrárias (afinal, porque, no contexto brasileiro, se poderia dizer que declarações públicas de autores de projetos de lei obrigatoriamente teriam mais “peso” que os debates parlamentares?). Lembre-se que o esquema foi desenvolvido a partir de um contexto muito específico (jurisprudência de tribunais dos EUA). De outro lado, porque os materiais de história legislativa apontados pelos autores norte-americanos nem sempre encontram correspondentes no Brasil, gerando dificuldades de operacionalização prática. E, por fim, porque pode haver variáveis nos casos concretos que, a despeito de não se encaixarem nesse esquema (ou em qualquer outro esquema), possam ser relevantes para a aferição do “peso” dos materiais legislativos.

3. O Tribunal de Contas da União na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988

A Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 – ANC marcou um dos grandes momentos da história recente do Brasil. Não só pelo óbvio fato de ter dado origem à atual Constituição, a de 1988, mas também por ter catalisado a transição do regime ditatorial que governou o país entre 1º de abril de 1964 e 15 de março de 1985 para um regime efetivamente democrático.

O regime militar, apesar de ter oficialmente se desmantelado em 1985, desde meados da década de 1970 já demonstrava fragilidades. A posse do general Ernesto Geisel na presidência da República, em 1974, marcou o início de um processo “lento e gradual” de refluxo do poder ditatorial, cabendo a ele o refreamento da violência física perpetrada pelo Estado contra adversários políticos. “Ao término de seu governo, a Emenda Constitucional nº 11, de 13 de agosto de 1978, revogou os atos institucionais e os atos complementares, símbolos do regime de exceção instaurado em 1964”.⁵⁴

A crescente e generalizada insatisfação com o regime militar desaguou num amplo movimento suprapartidário pelo reestabelecimento das eleições diretas para Presidente da

⁵⁴ ABREU, Alzira Alvez de [et al.] (coord.). *Dicionário Histórico-Biográfico Brasileiro pós-1930*. Vol. II. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2001, p. 1580.

O abrandamento dos instrumentos de repressão utilizados pela ditadura talvez tenha alcançado seu ápice com a revogação do AI-5, em 31 de dezembro de 1978 e, conseqüentemente, com o reestabelecimento do *habeas corpus*.

República, culminando, em 1983, com a famosa campanha “Diretas-Já!”. Esse movimento, que veio a se materializar na Proposta de Emenda Constitucional 5/1983 — mais conhecida como Emenda Dante de Oliveira (PMDB-MT) — foi o caminho que se mostrou disponível à oposição para restabelecer a democracia e, por isso mesmo, onde todos depositaram suas esperanças.⁵⁵ Naturalmente, a rejeição à emenda constitucional causou enorme repercussão, cedendo lugar a um sentimento de frustração generalizada.⁵⁶

A eleição indireta que se seguiu ao movimento “Diretas-Já!”, ocorrida já em 1985, sagrou Tancredo Neves — um dos principais líderes da oposição moderada ao longo de todo o regime militar — e seu vice-presidente, José Sarney — um dos principais articuladores civis do regime militar —, vencedores. Como descreve Carlos Ari Sunfeld, “a viabilização de um Presidente civil pelo Colégio Eleitoral da própria Ditadura fora o fim melancólico de uma campanha popular significativa pelas eleições diretas”.⁵⁷ O trágico é que o Presidente eleito viria a falecer antes mesmo de tomar posse, em 21 de abril de 1985.

Com José Sarney no poder, desconfiava-se do Executivo e de suas promessas. À exceção do breve período de sucesso do plano econômico de combate à inflação (Plano Cruzado), seu governo foi marcado por uma crescente insatisfação política e social, “para a qual não deixaram de contribuir a personalidade do presidente [que guardava evidente associação com o regime militar], os desacertos econômicos e as denúncias persistentes de corrupção e favorecimentos”.⁵⁸

É nesse contexto que surgia uma proposta diferente para pôr fim à ditadura, para realmente virar a página da história do país. “Nem guerrilha socialista, nem rebelião estudantil, nem distensão controlada pelos militares, mas a convocação de uma

⁵⁵ Cf. ROSILHO, André. A Constituição de 1988 e suas políticas em quatro atos. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (org.). *Direito da Regulação e Políticas Públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 20.

⁵⁶ Confira-se relato da votação da Emenda Constitucional Dante de Oliveira:

“Em 25 de abril de 1984, sob estado de emergência decretado na capital federal, foi votada a proposta de emenda constitucional que restauraria o pleito direto. Embora tivesse obtido maioria dos votos dos parlamentares, a emenda não teve o apoio de dois terços dos deputados, necessários para que ela fosse encaminhada ao Senado. Caso ela tivesse sido aprovada, com maioria qualificada, nas duas Casas do Congresso a Constituição seria, então, modificada. Apesar da frustração trazida pelo desfecho do movimento, a verdade é que o regime militar já não apresentava unidade interna, nem contava com apoio político suficiente para prolongar-lhe a duração” (ABREU, Alzira Alvez de [et al.] (coord.), *Dicionário Histórico-Biográfico Brasileiro pós-1930*. Vol. II, *op. cit.*, p. 1580).

⁵⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. Que Constituição? In: *Direito Administrativo para Céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 345.

⁵⁸ ABREU, Alzira Alvez de [et al.] (coord.), *Dicionário Histórico-Biográfico Brasileiro pós-1930*. Vol. II, *op. cit.*, p. 1580.

Assembleia Nacional Constituinte, que criasse a democracia pela força de uma abstração: a refundação da ordem jurídica no País”.⁵⁹

Como aponta Sundfeld, era esse o caminho proposto por Raymundo Faoro⁶⁰, já em 1981, em sua obra intitulada *Assembleia Constituinte – A Legitimidade Recuperada*.⁶¹ Dizia Faoro que

“Para sair do círculo vicioso, em que o poder é obedecido com silêncio, não há outro recurso senão recuperar a legitimidade. Entre esta e o mando existe um percurso, que, travado, leva a uma crise, com o risco de instabilizar a ordem social e, por consequência, as instituições políticas. Dentro de um modelo, sem outra alternativa na conjuntura histórica, tendo em conta uma constituição escrita e rígida, o caminho será a constituinte, para que se configure o trânsito do liberalismo à democracia, sem nenhum bloqueio.

(...)

Só uma inovação política levará ao estágio superior de desenvolvimento político, que as circunstâncias reclamam, inovação que ponha termo à estagnação e ao impasse das fórmulas progressivamente compreendidas na sua vacuidade. Este é o recurso único, na balança do poder depois e dentro das reformas, para evitar que elas se exauram e se retraiam num novo ciclo autoritário, para negar o que se concedeu e desandar o caminho andado. A barreira das quantidades de reformas só se ultrapassa numa mudança básica, com o deslocamento da titularidade da soberania de um grupo para a comunidade como um todo.

(...)

Só o Poder Constituinte reconcilia, pela sua origem de baixo para cima, a constituição social com a constituição jurídico-normativa. É óbvio que, nessa tarefa de compatibilização, existem muitas frustrações, que só se superam com a manutenção do Poder Constituinte no povo, sem apropriações espúrias”.⁶²

Se do ponto de vista político a constituinte representou a retomada da democracia, do ponto de vista do Direito ela representou o óbvio: a refundação de toda a ordem

⁵⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. Que Constituição?, *op. cit.*, p. 345.

⁶⁰ Sobre Raymundo Faoro, v. MARTINS-COSTA, Judith. Raymundo Faoro: o advogado como “líder da comunidade” e “transmissor da cultura”. In: MOTA, Carlos Guilherme; SALINAS, Natasha S. C. (coord.). *Os Juristas na Formação do Estado-Nação brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2010. V. também RICUPERO, Bernardo; FERREIRA, Gabriela Nunes. Raymundo Faoro e as interpretações do Brasil. In: MOTA, Carlos Guilherme; SALINAS, Natasha S. C. (coord.), *op. cit.*

⁶¹ Em verdade, a proposta de retomada da democracia por meio da convocação de uma assembleia nacional constituinte foi publicamente defendida pela primeira vez mesmo antes da obra de Faoro. Mais precisamente em 1971, no II Seminário de Estudos e Debates da Realidade Brasileira, organizado pelo Movimento Democrático Brasileiro – MDB, na cidade de Recife. “Na abertura do encontro de Recife, o grupo organizador, que mais tarde formaria a corrente dos ‘autênticos’, propôs às lideranças partidárias um documento com forte conteúdo nacionalista, no qual pedia, entre outras medidas, a convocação para 1974 de uma Assembleia Nacional Constituinte. (...) Após intensa disputa, os líderes emedebistas redigiram um texto conciliador, de teor nacionalista, mas que moderava os termos da questão constituinte. A ‘Carta de Recife’ pedia a elaboração de uma nova Constituição assim que cessassem os instrumentos de força vigentes” (ABREU, Alzira Alvez de [et al.] (coord.). *Dicionário Histórico-Biográfico Brasileiro pós-1930*. Vol. I. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2001, p. 382).

O tema voltou à tona em 8 de agosto de 1977, quando, “em São Paulo, foi lida pelo jurista Gofredo da Silva Teles Júnior, na Faculdade de Direito do largo de São Francisco, a *Carta aos brasileiros*, documento elaborado por juristas do país, no qual se pedia o retorno ao estado de direito e a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte. Em seguida, o MDB, reunido em convenção extraordinária, adotaria a ideia da convocação de uma Constituinte como uma de suas principais bandeiras de luta” (Idem, p. 383).

⁶² FAORO, Raymundo. *Assembleia Constituinte – A Legitimidade Recuperada*. São Paulo: Brasiliense, 1981, pp. 93-95.

jurídica interna. Menos evidente, contudo, são as consequências que advieram desse processo.

Com a constituinte, abriu-se a possibilidade de praticamente tudo ser revisitado, pontualmente revisado, ou integralmente mantido. Seria o Brasil uma democracia presidencialista ou parlamentarista? Voltaríamos a ser monarquia? Quais seriam as características da democracia brasileira? Quais direitos seriam assegurados aos cidadãos em geral? Quem poderia votar e ser votado? Quais seriam as características do Estado? Seria ele mais interventor? Menos interventor? Quais seriam as suas obrigações? Quais seriam as características de nossas instituições? A depender da maneira que o constituinte respondesse a essas e a muitas outras indagações, a ordem jurídica seria moldada desta ou daquela maneira, conformando os rumos que o país poderia ou deveria futuramente trilhar.

É evidente que a ampla liberdade do constituinte originário em tese permitia que também se discutisse as características, as possibilidades e os limites do controle externo da administração pública, inclusive aquele sob responsabilidade do TCU. Este tema, como de resto os demais, também era página em branco (ou quase em branco) na prancheta do legislador. Cabia a ele escolher a direção, a intensidade e a cor dos seus traços e o desenho que, enfim, viriam a formar.

Afirma-se que o capítulo do controle da administração pública pelo TCU era página *quase* em branco por uma razão: a instituição é uma das mais antigas do Brasil (sua criação e o início do seu funcionamento datam, respectivamente de 1890 e 1893), sendo que, ao tempo da constituinte, inquestionavelmente possuía características historicamente consolidadas e trajetória bem definida.

Seria no mínimo irrealista, portanto, imaginar que a constituinte realmente pudesse mudar *tudo* a respeito do TCU (competências, composição, dinâmica de funcionamento, etc.). Juridicamente, ela até poderia fazê-lo — já que seu trabalho era inaugurar uma nova ordem jurídica interna —, mas, na prática, isso seria praticamente inviável. Afinal, as instituições, como o TCU, inegavelmente têm uma dependência da trajetória (*path dependence*), que, se não limita objetivamente as possibilidades de reforma, ao menos cria inequívocos “constrangimentos” ou “amarras” ao reformador.⁶³ Por outro lado, e pela

⁶³ O fenômeno da dependência da trajetória (*path dependence*) é bem descrito por Mario Gomes Schapiro. Segundo o autor, “As mudanças pelas quais passam tais ambientes sujeitam-se a uma dependência da trajetória (*path dependence*), isto é, os atributos passados importam e influenciam o ritmo das mudanças futuras. Isso porque um arranjo jurídico-institucional não é uma estrutura vazia de direitos e obrigações, plasmada asceticamente e de modo descontextualizado. Antes disso, trata-se de formalização de interesses e

mesma razão, pareceria estranho que o constituinte, em havendo a possibilidade de realizar amplas reformas, simplesmente abrisse mão de implementá-las. Penso ser razoável supor que esse momento específico e único da história muito provavelmente era visto como uma espécie de janela de oportunidade para a realização de mudanças, também no TCU, de algum modo conectadas com a prévia experiência de controle da instituição.

Se essas premissas estiverem corretas — de que a constituinte procurou reformar o TCU a partir do acúmulo de experiência da instituição no controle da administração pública e de que essa reforma, por conta da dependência da trajetória, buscou de algum modo dialogar com seu passado — seria de se esperar que problemas e desafios do controle da administração pública pelo TCU emergissem nos documentos que compõem os anais da ANC e que os atores de algum modo ligados à atuação da Corte de Contas se fizessem presentes, formalizando pleitos, apontando caminhos e vetando possibilidades.⁶⁴

Essa suspeita é reforçada ao se levar em conta que a ANC foi única do ponto de vista organizacional e de funcionamento, tendo sido a mais longa da história do Brasil⁶⁵ e definitivamente a mais aberta à participação popular. Estavam lá, portanto, importantes incentivos para que os mais variados temas e pleitos nela reverberassem.

3.1. Organização e dinâmica da Assembleia Nacional Constituinte

de composições de força, que são cristalizados em uma composição de princípios, regras e estipulações de competência e procedimentos. Este ambiente jurídico-institucional, por sua vez, reforça as posições e os interesses incrustados em seus elementos constitutivos, consolidando tais posições. Com isso, as possibilidades de mudança institucional apresentam limites, representados pela conjugação estável firmada entre o direito e as organizações sociais subjacentes. Por esta razão, uma parte da literatura dedicada às possibilidades de reforma dos arranjos institucionais reconhece a predisposição para que tais processos obedeçam a uma dada trajetória. É como se as mudanças institucionais fossem circunscritas às margens dos correspondentes dutos históricos” (SCHAPIRO, Mario Gomes. *Novos Parâmetros para Intervenção do Estado na Economia*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 286).

⁶⁴ Afinal, políticas públicas (como a do controle da administração pública pelo TCU) “*surgem pela pressão dos interesses*; por razões pragmáticas. Os órgãos voltados à edição de normas — tais como o Legislativo e as agências reguladoras, para citar apenas dois casos — são verdadeiras arenas nas quais os interesses, dos agentes estatais e privados, se fazem presentes e legitimamente buscam ser acolhidos pela legislação. Isso faz parte do jogo democrático” (SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. *Direito e política pública: dois mundos?* In: *Direito da Regulação e Políticas Públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 57).

⁶⁵ Confira-se o depoimento de Presidente José Sarney a propósito dos 20 anos da Constituição de 1988: “Se não fosse a obstinação de Ulysses Guimarães em vê-la concluída [Constituição], insistindo em votar e jogando para leis complementares a regulamentação de dispositivos, a Constituinte não teria fim. Foi a mais longa de nossa história. As de 1823 e 1891 duraram três meses, as de 1934 e de 1946, sete meses. As de 1987-88 levou 20 meses! E, não concluída, só foi votada pelo sacrifício e espírito público de Ulysses”. O depoimento do Presidente Sarney foi publicado em um caderno especial do jornal *O Estado de S. Paulo*, em 2 de outubro de 2008 (p. 24). Neste mesmo caderno há uma série de interessantes reportagens e depoimentos relatando o período de elaboração da Constituição de 1988.

A ANC de fato foi singular. Para além de ter sido, de longe, a mais duradoura, ela iniciou, do zero, um processo de elaboração coletiva do novo Texto Constitucional — as demais constituições surgiram de propostas elaboradas por “comissões de notáveis”, em geral compostas por juristas. Como relata Sarney, “Ao contrário da Constituinte de 1823, com figuras como José Bonifácio, Antônio Carlos — autor do projeto —, Cairu e tantos outros, ou a de 1891, com Rui Barbosa, Prudente de Moraes e Campos Sales, ou ainda a de 1934, com Afrânio de Melo Franco e João Mangabeira, a de 1988 era pobre de prenomes”.⁶⁶

O Presidente Tancredo Neves, acolhendo sugestão de Afonso Arinos de Melo Franco⁶⁷, chegou a tomar a decisão de “convocar uma comissão de estudos constitucionais para, em nome do Executivo, elaborar um anteprojeto que subsidiasse os trabalhos dos futuros constituintes”.⁶⁸ Por conta do falecimento do Presidente, a decisão só viria ser implementada por Sarney, responsável pela edição do decreto 91.450, de 18 de julho de 1985, que criou a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais – CPEC (mais conhecida como Comissão Afonso Arinos, uma homenagem a seu idealizador e presidente).

A CPEC, formalmente instalada no dia 3 de setembro de 1985, concluiu seus trabalhos em 7 de setembro do mesmo ano. “No entanto, como aspectos do anteprojeto desagradaram o palácio do Planalto, notadamente o sistema de governo parlamentarista e a definição do mandato presidencial em quatro anos, o texto final sequer foi enviado, como sugestão, ao Congresso Nacional”.⁶⁹ Sarney, em depoimento recente, apresentou outra versão para o não envio do anteprojeto à ANC. Segundo ele, “a constituinte não quis que lhe mandássemos o anteprojeto (...), quis começar os trabalhos no escuro”.⁷⁰

A meu ver, o receio subjacente à decisão de descartar o projeto base era o de que, por ter sido elaborado por uma “comissão de notáveis”, ele viesse a ser tido como excessivamente hermético. Simplesmente não havia ambiente para a “elaboração de um projeto desenhado com régua e compasso por um grupo de técnicos — coisa típica do

⁶⁶ O ESTADO DE S. PAULO. Os Presidentes e a Constituição. In: Caderno Especial sobre os 20 anos da Constituição Federal de 1988, 2 de outubro de 2008, p. 24.

⁶⁷ Sobre Afonso Arinos de Melo Franco, v. SOARES, Gisele. Afonso Arinos de Melo Franco: uma trajetória. In: MOTTA, Carlos Guilherme; SALINAS, Natasha S. C., *op. cit.*, pp. 325-340.

⁶⁸ ABREU, Alzira Alvez de [et al.] (coord.). *Dicionário Histórico-Biográfico Brasileiro pós-1930*. Vol. I, *op. cit.*, p. 383.

⁶⁹ *Idem*, *ibidem*.

⁷⁰ O ESTADO DE S. PAULO. Os Presidentes e a Constituição, *op. cit.*, p. 24.

regime militar, diriam. (...) O que se queria era ouvir o povo que por tanto tempo deixara de ter voz. E, de fato, o povo *teve voz*".⁷¹

A ausência de texto base somada à vontade de participação de todos os segmentos da sociedade, abafada por mais de 25 anos de ditadura, fizeram com que a ANC fosse bastante permeável aos mais variados interesses. Essa característica do processo de elaboração da Constituição levou seu texto a expressar “uma vasta mistura de interesses legítimos de trabalhadores e categorias econômicas, cumulados com interesses cartoriais, corporativos, ambições pessoais, etc. O produto final foi heterogêneo, com qualidade técnica e nível de prevalectimento do interesse público oscilantes entre extremos”.⁷² De algum modo todos procuraram inserir normas garantidoras de direitos na Constituição, a lei das leis, como estratégia para vincular o Poder Executivo e para evitar eventuais futuras arbitrariedades.⁷³

⁷¹ ROSILHO, André. A Constituição de 1988 e suas políticas em quatro atos, *op. cit.*, p. 22.

Confira-se interessante trecho da fala de Ulysses Guimarães no programa de televisão “Diário da Constituinte”, que ajuda a ilustrar o grau de abertura da ANC à sociedade: “Você também pode chegar à constituinte, enviando sugestões. Suas ou através do seu sindicato, entidade de classe, associações de moradores. As subcomissões destinarão de 5 a 8 sessões para ouvir entidades. Ou você poderá participar das 30 mil assinaturas, patrocinadas por três entidades, para que seja apresentada proposta de emenda ao projeto da futura Constituição do País” (texto transcrito de vídeo publicado na internet).

Esse diagnóstico é reforçado, ainda, pelo discurso de Ulysses Guimarães quando da promulgação da Constituição Federal de 1988: “A participação [na Assembleia Nacional Constituinte] foi também pela presença, pois diariamente cerca de 10 mil postulantes franquearam, livremente, as 11 entradas do enorme complexo arquitetônico do Parlamento, na procura dos gabinetes, comissões, galeria e salões. Há, portanto, representativo e oxigenado sopro de gente, de rua, de praça, de favela, de fábrica, de trabalhadores, de cozinheiros, de menores carentes, de índios, de posseiros, de empresários, de estudantes, de aposentados, de servidores civis e militares, atestando a contemporaneidade e autenticidade social do texto que ora passa a vigorar. Como o caramujo, guardará para sempre o bramido das ondas de sofrimento, esperança e reivindicações de onde proveio” (grifos acrescentados). GUIMARÃES, Ulysses. Discurso do Deputado Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, em 05 de outubro de 1988, por ocasião da promulgação da Constituição Federal, *Revista Direito GV*, nº 8, 2009, pp. 595-601.

⁷² ABREU, Alzira Alvez de [et al.] (coord.). *Dicionário Histórico-Biográfico Brasileiro pós-1930*, vol. II, *op. cit.*, p. 1581.

Por conta dessa característica do Texto Constitucional, Carlos Ari Sundfeld afirma que a Constituição é mais “chapa branca” do que cidadã. Segundo o autor, “(...) a parte mais original da Constituição, que se derrama, é o resultado do arranjo político que dividiu o poder e os recursos públicos entre organizações concretas, com interesses concretos: órgãos do ensino público básico, universidades públicas, órgãos e entes estatais da saúde, INSS, FUNAI, INCRA, Administração Fazendária, Banco Central, órgãos e entes ambientais, Ministério e Secretarias de Cultura, Forças Armadas, Tribunais de Contas, dezenas de Tribunais, Procuradorias, Defensorias, empresas estatais da época (Telebrás, Vale do Rio Doce, Petrobrás, Comgás...), OAB, CBF, Sistema S, sindicatos, etc. Assim, por exemplo, a garantia do direito aos cidadãos à saúde (art. 196) é um prefácio do principal: atender às reivindicações das corporações públicas de saúde por recursos e por um certo tipo de organização, o Sistema Único (art. 197 e ss.)” (SUNDFELD, Carlos Ari. *Que Constituição?*, *op. cit.*, p. 348).

⁷³ Outra importante consequência ligada ao modo como a Constituição foi elaborada diz respeito à dificuldade para se chegar a consensos. Por conta disso, como aponta Floriano de Azevedo Marques Neto, “A saída encontrada foi postergar essas decisões [do que viria a ser inserido no Texto Constitucional]. Da fase ‘tudo precisa estar na Constituição’, passou-se para o ‘tudo precisa ser regulamentado’” (O ESTADO DE S. PAULO. 142 dispositivos à espera de regulamentação. In: Caderno Especial sobre os 20 anos da Constituição Federal de 1988, 2 de outubro de 2008, p. 35).

A permeabilidade de interesses foi favorecida por um curioso sistema de votação instituído à época, que também fugia do usual. Antes de mencioná-lo, contudo, explico a estrutura organizacional da ANC, composta por subcomissões temáticas, comissões temáticas, comissão de sistematização, comissão de redação e plenário. Trata-se de um passo necessário para que se possa adequadamente compreendê-lo.

O corpo constituinte, excluídos os membros da mesa, foi dividido em oito comissões temáticas e uma comissão de sistematização, respeitando-se, em cada um dos comitês, a proporcionalidade partidária. À exceção da comissão de sistematização, na qual a indicação dos integrantes devia ser feita pelos líderes, cada constituinte tinha direito a uma vaga de titular e outra de suplente.

Após serem instaladas, cada comissão se dividiu em três subcomissões, responsáveis por dar início aos debates sobre as reformas constitucionais.⁷⁴ Cada subcomissão, por sua vez, após chegar a um consenso sobre a elaboração de um anteprojeto, deveria se juntar às suas outras convizinhas na comissão temática ascendente, para a feitura de novo anteprojeto, a partir da junção e adaptação dos três anteprojeto produzidos pelas subcomissões “subordinadas”. Em seguida, os textos das oito comissões temáticas deveriam ser enviados à comissão de sistematização, a fim de que fossem compatibilizados em um só projeto constitucional. Esse projeto, por sua vez, seria levado ao plenário da ANC, para votação em dois turnos.⁷⁵

⁷⁴ As comissões temáticas e as respectivas subcomissões foram as seguintes: **I) Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher;** I-A) Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais; I-B) Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias; I-C) Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais; **II) Comissão da Organização do Estado;** II-A) Subcomissão da União, Distrito Federal e Territórios; II-B) Subcomissão dos Estados; II-C) Subcomissão dos Municípios e Regiões; **III) Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo;** III-A) Subcomissão do Poder Legislativo; III-B) Subcomissão do Poder Executivo; III-C) Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público; **IV) Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições;** IV-A) Subcomissão do Sistema Eleitoral e Partidos Políticos; IV-B) Subcomissão de Defesa do Estado, da Sociedade e de sua Segurança; IV-C) Subcomissão de Garantia da Constituição, Reformas e Emendas; **V) Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças;** V-A) Subcomissão de Tributos, Participação e Distribuição de Receitas; V-B) Subcomissão de Orçamento e Fiscalização Financeira; V-C) Subcomissão do Sistema Financeiro; **VI) Comissão da Ordem Econômica;** VI-A) Subcomissão de Princípios Gerais, Intervenção do Estado, Regime da Propriedade do Subsolo e da Atividade Econômica; VI-B) Subcomissão da Questão Urbana e Transporte; VI-C) Subcomissão da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária; **VII) Comissão da Ordem Social;** VII-A) Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores e Servidores Públicos; VII-B) Subcomissão da Saúde, Segurança e do Meio Ambiente; VII-C) Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias; **VIII) Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esportes;** VIII-A) Subcomissão da Educação, Cultura e Esportes; VIII-B) Subcomissão da Ciência e Tecnologia e da Comunicação; VIII-C) Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso.

⁷⁵ Cf. ABREU, Alzira Alvez de [et al.] (coord.). *Dicionário Histórico-Biográfico Brasileiro pós-1930*, vol. I, *op. cit.*, pp. 384-385.

Esta complexa estrutura hierárquica — da qual participavam 559 constituintes filiados a 12 partidos distintos (72 senadores, 23 dos quais biônicos, e 487 deputados) funcionava segundo lógica bastante peculiar. A chamada comissão de sistematização, órgão composto por 93 congressistas e que tinha por finalidade última redigir a Constituição, possuía poderes especiais: “(...) as matérias ali votadas por maioria absoluta, isto é, 47 votos, não podiam ser desfeitas senão por maioria absoluta do plenário, com 280 votos. Assim, estes 47 podiam escrever a Constituição. Enfim, não era a maioria dos constituintes que faria a nova Carta, mas os *experts* ou espertos da Comissão de Sistematização”.⁷⁶ Para José Sarney, “O resultado é que tão pouco quórum fez com que as minorias corporativistas assaltassem o texto legal e ali incluíssem toda espécie de privilégio”.⁷⁷

É curioso observar que a estrutura organizacional da ANC e sua dinâmica de funcionamento, longe de serem detalhes desimportantes, foram fundamentais na conformação do próprio Texto Constitucional. Ao mesmo tempo em que viabilizaram ampla oitiva à população — muito por conta da lógica descentralizada de funcionamento da ANC —, transferiram para um pequeno grupo político (comissão de sistematização) as efetivas decisões a serem tomadas.

A partir dessa breve exposição, esclareço que, para fins de reconstrução da história legislativa da Constituição de 1988 (especificamente no que tange ao controle da administração pública pelo TCU), levarei em consideração todo o material produzido pela ANC e consolidado nos seus registros. A íntegra dos debates em plenário, na comissão de sistematização, nas comissões e subcomissões temáticas, além de obras e documentos correlatos, encontram-se disponíveis para consulta no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados.⁷⁸

⁷⁶ O ESTADO DE S. PAULO, Os Presidentes e a Constituição, *op. cit.*, p. 24.

Sobre os poderes da comissão de sistematização, veja-se:

“Na prática, o sistema de comissões não funcionou como concebido. O relator e os membros da Sistematização tinham poder — e o exerceram — para alterar o trabalho feito nas etapas precedentes. Bernardo Cabral e o grupo que o auxiliava foram alvos de intensas pressões quando elaboravam os substitutivos. A sistematização converteu-se, antes, em um reduzido comitê político de deliberação do que em órgão de adequação e redação. Para complicar, o perfil da Sistematização — deslocado para a esquerda — não correspondia à composição ideológica do plenário” (ABREU, Alzira Alvez de [et al.] (coord.). *Dicionário Histórico-Biográfico Brasileiro pós-1930*, vol. I, *op. cit.*, p. 387).

⁷⁷ O ESTADO DE S. PAULO, Os Presidentes e a Constituição, *op. cit.*, p. 24.

⁷⁸ A Câmara dos Deputados, em comemoração aos 25 anos da Constituição de 1988, dedicou uma seção específica do seu sítio eletrônico para o processo de sua elaboração (<http://www2.camara.leg.br/comunicacao/institucional/constituicao-federal-25-anos>). Para além dos anais da constituinte (disponível neste [link: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-](http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-)

Tendo em vista a extensão do material (os documentos se desdobram em milhares de páginas), procurei, por meio de filtros de busca (viabilizados pelo fato de o material estar em formato pdf.), identificar os trechos dos debates que se referiam expressamente às expressões “tribunal de contas” ou “tribunais de contas”. Esse mecanismo me permitiu localizar discussões, emendas, propostas, projetos e votações ocorridos ao longo de todo o período de funcionamento da ANC e que, de algum modo, se referiram ao controle da administração pública pelo TCU.⁷⁹ As análises sintetizadas nos tópicos seguintes tomam por base o material angariado por meio desse recorte de pesquisa.

3.2. Os tribunais de contas no contexto da reconstrução do Poder Legislativo

Um esclarecimento inicial: a ANC, ao tratar do controle externo da administração pública por tribunais de contas, em alguns momentos se referiu exclusivamente ao TCU, ao passo que, em outros momentos, se referiu exclusivamente aos tribunais de contas estaduais e municipais, ou, então, à generalidade dos tribunais de contas (abarcando as cortes da União, dos Estados e dos Municípios). A realidade é que, na maioria das vezes, o constituinte estava efetivamente preocupado em discutir os temas de fundo, os problemas e desafios mais amplos ligados ao controle da administração pública, e não em ser rigoroso no emprego da nomenclatura. Por conta disso, neste subtópico e nos subtópicos seguintes, em regra me referirei aos tribunais de contas em geral. Quando relevante, no entanto, farei a ressalva e individualizarei a corte de contas alvo de observações.

Dito isso, destaco um traço marcante que emerge dos debates ocorridos nas subcomissões e comissões da ANC: o claro intento dos constituintes de, por meio da reconstrução das normas do Texto Constitucional, recuperar a importância política e o protagonismo do Poder Legislativo.

Trata-se de fenômeno esperado. Afinal, a Constituição que seria produzida pela ANC lançaria as bases da futura democracia, mostrando-se, assim, como ambiente quase natural para que o Legislativo, apequenado por sucessivos anos de ditadura (e, portanto,

[nacional-constituente](#)), é possível consultar documentos históricos, textos, imagens, áudios e vídeos ligados ao processo ou ao momento de confecção do novo Texto Constitucional.

⁷⁹ Trata-se, é evidente, de um recorte de pesquisa utilizado para viabilizá-la. É possível que, por conta da limitação inerente a qualquer critério de busca, algum material relevante tenha ficado de fora do universo de pesquisa. Acredito, contudo, que esse fato por si só não seja suficiente para infirmá-los, prejudicando os resultados do trabalho.

de proeminência do Executivo), reencontrasse seu espaço e sua importância em meio às instituições do Estado brasileiro.⁸⁰

Como apontado por constituintes e por expositores convidados a participar dos debates nas subcomissões, havia, entretanto, um risco inerente a este movimento: o de a balança ser desequilibrada para o outro lado, inflando-se em excesso as competências e atribuições do Legislativo em detrimento das competências e atribuições do Executivo. Eventual sobrecarga do Legislativo poderia gerar paralisia decisória, impedindo esse Poder de cumprir sua missão.⁸¹

⁸⁰ Esse diagnóstico encontra respaldo, por exemplo, na fala do constituinte José Jorge (Relator da Subcomissão do Poder Legislativo) quando da apresentação do anteprojeto elaborado pela subcomissão. Segundo o constituinte, “Tão importante quanto devolver as prerrogativas ao Poder Legislativo — antigo anseio de sucessivas gerações de parlamentares brasileiros, inconformados com a hipertrofia do Executivo — é dotar o Congresso Nacional de meios para exercê-las em sua plenitude, com a eficiência que se requer de um parlamentar ágil e moderno. A redação do anteprojeto anexo buscou tanto quanto possível — com a ajuda dos integrantes desta Subcomissão do Poder Legislativo, e contando com a inestimável colaboração dos demais constituintes, traduzida pela remessa de 650 sugestões de normas constitucionais — alcançar essas duas metas, as quais sem dúvida, encontram apoio em todo o Congresso Nacional e na sociedade brasileira” (Assembleia Nacional Constituinte – Ata de Comissões, Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo, Subcomissão do Poder Legislativo, 8ª reunião ordinária, 12.5.1987, p. 151).

⁸¹ Esse foi o alerta feito pelo expositor convidado para participar da Subcomissão do Poder Legislativo, Paulo Affonso Martins de Oliveira. O expositor, segundo entrevista que concedeu à Câmara dos Deputados em 11.9.2003 (OLIVEIRA, Paulo Affonso Martins de. Entrevista concedida a Glória Varela, Carlos Henrique de Oliveira Porto Filho e Casimiro Pedro da Silva Neto. Brasília, 11 de setembro de 2003. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/a-camara/conheca/historia/historia/historiaoral/memoriadoservidor/Contos%20da%20Camara%201%20e%202/PauloAffonsoMartinsDeOliveira.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2016), ingressou na Câmara dos Deputados em março de 1946, no início da Assembleia Nacional Constituinte, e, em 1988, foi nomeado Ministro do TCU. Confira-se seu depoimento:

“Sr. Presidente, trago uma experiência de natureza pessoal, que começou no ano de 1946. Ao se restabelecer o regime democrático, com a reabertura do Congresso Nacional, ocorreu um fato que, de certa forma, se repete neste momento. O País saía de uma ditadura de sete anos, em que o Presidente da República, em 1937, outorgou uma Constituição ao País e, através de atos pessoais e de decretos-leis, legislava sobre todo o povo brasileiro. (...) Os homens públicos daquela época, em sua grande maioria vindos de situação anterior a 1937, preocuparam-se em outorgar ao Congresso Nacional poderes tais que ficou ele numa posição de superpoder em relação ao Executivo. Atribuíram-se prerrogativas ao Congresso em todos os campos, e aquelas atribuídas ao Executivo não foram plenas, nem exclusivas, nem privativas, como a Constituição hoje em dia estabelece, mas sempre concorrentes. (...) Preocupa-me agora que o Congresso Nacional, na feitura de uma nova Constituição, queira estabelecer princípio semelhante ao que ocorreu em 1946: outorgar-se poderes praticamente ilimitados, em detrimento daquelas competências que devem caber ao Executivo. Não defendo a tese de que ao Executivo tudo e ao Congresso nada, mas temos de encontrar, os Constituintes e V. Ex.^a, em particular, um meio-termo que permita ao Congresso readquirir seu prestígio perante a Nação, através de uma legislação rápida e dentro da realidade do momento, e que o Executivo, por outro lado, também possa agir quando se tomar necessário” (Assembleia Nacional Constituinte – Ata de Comissões, Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo, Subcomissão do Poder Legislativo, 6ª reunião ordinária, 30.4.1987, pp. 105-106).

As preocupações explicitadas por Paulo Affonso Martins de Oliveira encontraram eco na opinião do constituinte relator José Jorge, segundo o qual “Por outro lado, estamos num momento em que procuramos expandir as atribuições que o Poder Legislativo passará a exercer. Então, a preocupação que o Dr. Paulo Affonso aqui externou também é uma importante preocupação nossa. Ao mesmo tempo em que expandirmos essas atribuições do Poder Legislativo, teremos de cuidar para que elas sejam efetivamente cumpridas e possam realmente contribuir para um melhor encaminhamento das questões nacionais, ao invés de atrapalharem aquilo que se deseja fazer no País, ou aquilo que um governo pretende efetivamente executar” (Idem, p. 107).

Esse viés da ANC (de buscar robustecer o Legislativo) também acabou por influenciar a construção das normas que viriam a disciplinar o TCU. O órgão de controle, enquanto auxiliar do Legislativo na fiscalização, seria objeto de atenção do constituinte pelo mesmo motivo: fortalecê-lo seria uma maneira de reagir ao período ditatorial, apontado como responsável por mitigar seus poderes.⁸²

3.3. Debates na Assembleia Nacional Constituinte: grandes temas do controle pelos tribunais de contas e principais atores do processo de elaboração da Constituição de 1988

A análise da história legislativa da Constituição Federal de 1988 em relação aos tribunais de contas foi profícua, viabilizando a identificação de grandes temas do controle da administração pública sob sua responsabilidade. Dentre eles, destacam-se os seguintes: “posição institucional dos tribunais de contas”; “relacionamento entre Poder Legislativo e tribunais de contas”; “critérios para a escolha de membros dos tribunais de contas”; “grau de abrangência do controle pelos tribunais de contas”; “tipo de controle exercido pelos tribunais de contas: formal ou de resultados?”; “momento do controle pelos tribunais de contas”; “controle da execução de contratos pelos tribunais de contas”; e “poder normativo dos tribunais de contas”.⁸³

Por meio da pesquisa, evidenciou-se, também, os atores (constituintes, gestores, acadêmicos, controladores, etc.) que, durante os trabalhos da ANC, se manifestaram sobre a delimitação e conformação das competências deste tipo de órgão de controle. O interessante é notar que os próprios tribunais de contas (com especial destaque para o TCU) se fizeram presentes nos debates, compartilhando experiências e realizando pleitos específicos. Eles inclusive chegaram a apresentar uma minuta do que, na sua avaliação, seria um regramento “ótimo” para as competências das cortes de contas no Brasil — minuta essa que, como se verá, direcionou os trabalhos da ANC e influenciou

⁸² Geraldo Ataliba, expositor convidado pela Subcomissão de Tributos, Participação e Distribuição de Receitas, afirmou que “Termino, Sr. Presidente, recordando as propostas formuladas pelos Tribunais de Contas da União e dos estados. Não sei se a Comissão já as aprecia, certamente o fará. Gostaria de dizer que as li e que, com pequeníssimas e insignificantes alterações, sugeriria fossem aproveitadas. Acho que os tribunais de contas, depois de vinte e tantos anos de radical humilhação — porque foram totalmente alijados do processo de participação na atividade que lhes é precípua de controlar a execução financeira-orçamentária — depois de todas as barbaridades que o autoritarismo impôs ao País, criaram consciência da necessidade de resgatar suas funções e a própria dignidade dos seus membros e fizeram uma proposta muito equilibrada” (Assembleia Nacional Constituinte – Ata de Comissões, Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças, Subcomissão de Tributos, Participação e Distribuição de Receitas, 4ª reunião ordinária com audiência pública, 24.4.1987, p. 51).

⁸³ Para chegar a essas categorias temáticas, li o material produzido pela ANC e procurei classificá-lo a partir do que hoje reputo serem grandes temas do controle da administração pública.

significativamente a redação final dos dispositivos da Constituição atinentes ao controle pelos tribunais de contas. Vale transcrever seu inteiro teor:

Anteprojeto apresentado pelos tribunais de contas na Subcomissão do Orçamento e Fiscalização Financeira da ANC

“Art... (44)* – É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

(VIII)* – Julgar as contas do Governo da União e exercer o controle dos atos da administração pública, com o auxílio do Tribunal de Contas.

Art... (45)* – A lei regulará o processo de controle congressional, pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, dos atos de administração pública, direta e indireta.

§ (1º) – O Tribunal de Contas prestará à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal as informações que forem solicitadas sobre a fiscalização orçamentária, financeira, operacional, e patrimonial, e sobre os resultados das auditorias e inspeções realizadas.

§ (2º) – O Tribunal de Contas comunicará igualmente, suas decisões sobre ilegalidade de despesas e irregularidade de contas.

Art... (70)* – A fiscalização orçamentária, financeira, operacional e patrimonial da União será exercida mediante controle externo e interno:

Art... (71) – O controle externo será exercido pelo Tribunal de Contas e compreenderá:

I – o julgamento dos atos e das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, da administração direta e indireta:

II – apreciação das contas do Governo da União;

III – a realização de inspeções e auditorias orçamentária, financeiras, operacionais e patrimoniais nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário;

IV – a fiscalização das entidades supranacionais de cujo capital social o Poder Público participe, de forma direta ou indireta, nos termos previstos no respectivo tratado constitutivo.

Parágrafo único – As normas para o exercício do controle externo serão fixadas pelo Tribunal de Contas, que aplicará aos responsáveis as sanções previstas em Lei.

Art... (72) – quem quer que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou, por qualquer forma, administre dinheiros, bens e valores públicos, disso prestará contas.

Art... (73) – O Tribunal de Contas dará parecer prévio, em noventa dias, sobre as contas do Governo da União, enviadas pelo Chefe do Poder Executivo ao Poder Legislativo.

Art... (74) – O Tribunal de Contas representará, conforme o caso, ao Poder Executivo, ao Senado Federal ou à Câmara dos Deputados, sobre irregularidades ou abusos por ele verificados.

Art... (75) – O Tribunal de Contas, de ofício ou mediante provocação do Ministério Público, se verificar a ilegalidade de qualquer despesa, deverá:

I – assinar prazo para que o órgão ou entidade da administração pública adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei;

II – sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal.

Art... (76) – O Tribunal de Contas julgará, para fins de registro, a legalidade dos atos de nomeação de pessoal para cargos de caráter efetivo, nos quadros permanentes dos órgãos da administração direta, bem como das concessões iniciais de aposentadoria, reformas e pensões, independente de julgamento as melhorias posteriores, que não alterem o fundamento legal do ato concessório.

Art. 77. O Tribunal de Contas, com sede na Capital Federal e quadro próprio de pessoal, tem jurisdição em todo o País.

§ 1º O Tribunal exerce, no que couber, as atribuições previstas no art. 115 da atual Constituição federal.

§ 2º A lei disporá sobre a organização do Tribunal, podendo dividi-lo em Câmaras e criar delegações ou órgãos destinados a auxiliá-lo no exercício das suas funções e na descentralização dos seus trabalhos.

§ 3º Os seus ministros serão nomeados...[o anteprojeto manteve o critério de nomeação de ministros do Tribunal previsto na Constituição anterior. Preferiu não fazer sugestão de mudanças por considerar o tema próprio do mundo da Política].⁸⁴

O anteprojeto que apresentaram, segundo depoimento do Ministro do TCU Fernando Gonçalves, foi fruto de diálogo entre os tribunais de contas do Brasil e procurou, na medida do possível, refletir a visão deste conjunto.⁸⁵ Também é bastante provável que o anteprojeto tenha sido amplamente inspirado na chamada “Declaração de Lima sobre Diretrizes relativas a Normas de Auditoria”, documento elaborado pela *International Organization of Supreme Audit Institutions* – INTOSAI, no âmbito do seu IX Congresso, ocorrido na cidade de Lima, Peru, no ano de 1977.⁸⁶

A Declaração de Lima, juntamente com a Declaração do México, de 2007, compõem o que Josef Moser, Secretário Geral da INTOSAI, denominou de magna carta da auditoria externa de governos.⁸⁷ Seu principal objetivo, segundo se depreende do seu conteúdo, foi consolidar a independência das instituições superiores de controle e fixar diretrizes gerais e básicas do controle externo da administração pública (passíveis de serem incorporadas pela ordem jurídica interna dos Estados).⁸⁸

A suspeita de que a Declaração de Lima tenha influenciado o anteprojeto apresentado pelos tribunais de contas à ANC surgiu com o alerta feito por um dos servidores do TCU que entrevistei. Na ocasião, o entrevistado afirmou que a Constituição

⁸⁴ Assembleia Nacional Constituinte – Ata de Comissões, Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças, Subcomissão do Orçamento e Fiscalização Financeira, 7ª reunião extraordinária, 6.5.1987, p. 51.

⁸⁵ Veja-se o que o Ministro do TCU Fernando Gonçalves afirmou na ocasião: “Temos a grande satisfação de voltar a esta Comissão e dialogar, mais uma vez, com os Srs. Constituintes, trazendo, desta feita, nossa contribuição, que é resultante da audiência de todos os Tribunais de Contas do País e do sistema todo dos Tribunais de Contas. Foi condensada, enxugada — para usar o termo da época — por nós, pelo Tribunal de Contas da União” (Assembleia Nacional Constituinte – Ata de Comissões, Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças, Subcomissão do Orçamento e Fiscalização Financeira, 6.5.1987, p. 50).

⁸⁶ A INTOSAI — organismo autônomo, independente e não político (hoje reconhecido como uma organização não governamental dotada de *status* consultivo especial no Conselho Econômico e Social das Nações Unidas) — funciona como uma espécie de clube das instituições superiores de controle externo da administração pública de todo o mundo. A INTOSAI, para além de servir de espaço para a troca de experiências entre instituições superiores de controle externo, dedica-se a elaborar diretrizes (*guidelines*) sobre melhores práticas de controle e, também, a produzir parâmetros para que os Estados possam internamente criar (ou reformar) instituições superiores de controle externo. Para mais informações, v. <http://www.intosai.org/>.

⁸⁷ V. consolidação das Declarações de Lima e do México: INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SUPREME AUDIT INSTITUTIONS (INTOSAI). *Declarations of Lima and Mexico*. Disponível em: http://www.intosai.org/fileadmin/downloads/downloads/4_documents/publications/eng_publications/E_Lima_Mexico_2013.pdf. Acesso em: 11 jan. 2016.

⁸⁸ Apesar de ter sido editada em 1977, a Declaração de Lima permanece relevante. Tanto é assim que Assembleia Geral das Nações Unidas, em seu 91º encontro plenário, ocorrido em 22 de dezembro de 2011, aprovou a resolução A/RES/66/209, que, dentre outras coisas, encoraja Estados Membros a aplicar os princípios dessa declaração, adaptados, evidentemente, às estruturas nacionais (item 4).

de 1988 teria incorporado preceitos da Declaração de Lima, sugerindo que o constituinte nela teria se inspirado.⁸⁹ O curioso é que, ao se observar as normas da Constituição atinentes ao controle pelos tribunais de contas, nota-se que elas realmente guardam semelhança com as diretrizes constantes do documento elaborado pela INTOSAI.

Ora, se a Constituição contém dispositivos que parecem ter se inspirado nas diretrizes da Declaração de Lima — e se sua seção intitulada “Da Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária”, como afirmei, realmente tiver sido influenciada pelo anteprojeto apresentado pelo TCU à ANC —, poder-se-ia concluir, por dedução lógica, que os próprios tribunais de contas, para elaborarem sua proposta, colheram subsídios da Declaração de Lima. Essa hipótese ganha consistência ao se contrastar o anteprojeto com a declaração. As semelhanças são muitas e tudo leva a crer que vários dos seus dispositivos de fato nela se inspiraram.

Antes de passar à análise dos debates ocorridos na ANC, duas observações.

De todos os documentos avaliados, as informações mais relevantes foram extraídas da Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças, especificamente da Subcomissão do Orçamento e Fiscalização Financeira (espaço no qual o anteprojeto de autoria dos tribunais de contas foi apresentado). Esta subcomissão concentrou as principais propostas de reforma, de algum modo conectadas às competências dos tribunais de contas. Curiosamente, pouco se pôde extrair da Comissão de Sistematização, a grande responsável pela redação do Texto Constitucional. É que, nessa comissão, os debates foram mais escassos e se concentraram em temas de maior apelo popular (forma de governo a ser adotada pelo Brasil).

Nos sub-tópicos a seguir, sintetizarei pontos ligados aos principais temas acima arrolados, procurando, sempre que possível, relatar a evolução das propostas feitas por constituintes e expositores convidados no curso dos trabalhos da ANC.⁹⁰

3.3.1. Posição institucional dos Tribunais de Contas

⁸⁹ Confira-se excerto do depoimento:

Entrevistado D: “Se você pegar a Constituição, você vai ver que ela cumpriu os requisitos da Declaração de Lima. Quem escreveu o capítulo da Constituição, foi lá e deu uma checada. E boa checada” (entrevista realizada na sede do TCU, em Brasília, no dia 10.6.2015).

⁹⁰ Esclareço que alguns dos temas ligados ao controle pelos tribunais de contas — p.ex., critérios para a escolha de membros dos tribunais de contas — não serão detidamente explorados. Optei por me concentrar nos temas diretamente relacionados ao debate sobre o exercício de competências e de atribuições pelas cortes de contas.

A Constituição Federal de 1988 descreve os tribunais de contas como órgãos auxiliares do Legislativo no controle da administração pública (art. 71). Pelo fato de o Texto Constitucional tratá-los como *auxiliares* (e não como membros) desse Poder e levando-se em conta que os tribunais de contas agem, na prática, com significativa independência do Congresso, questiona-se: Seriam os tribunais de contas entes controladores autônomos, na prática desvinculados de outras estruturas estatais?⁹¹ Ou, então, como indaga Floriano de Azevedo Marques Neto, seriam os tribunais de contas (à semelhança de outros órgãos de controle), instância autônoma de governo?⁹²

Esse debate, hoje feito à luz do Texto Constitucional vigente e do acúmulo de experiência no controle da administração pública pelos tribunais de contas, se colocou de maneira bastante clara já na ANC. Foi o Ministro do Supremo Tribunal Federal Sydney Sanches, convidado pela Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo para participar de audiência pública, quem o iniciou, fazendo as seguintes provocações: 1) A qual Poder deverão pertencer os tribunais de contas? 2) A nenhum deles? 3) A todos eles? e 4) Se não pertencerem a nenhum Poder, serão órgãos soltos na tripartição de Poderes?⁹³

Após lançar essas perguntas, o Ministro se pôs a respondê-las. As respostas, contudo, não foram claras e assertivas. Delas se pode depreender com segurança apenas

⁹¹ Odete Medauar, p.ex., afirma que os tribunais de contas de fato não pertenceriam a Poder algum; seriam, assim, estruturas de controle independentes. Nas suas palavras, “Tendo em vista que a própria Constituição assegura, ao Tribunal de Contas, as mesmas garantias de independência do Poder Judiciário, impossível considerá-los subordinado ao Legislativo ou inserido na estrutura do Legislativo. Se a sua função é de atuar em auxílio ao Legislativo, sua natureza, em razão das próprias normas da Constituição, é de instituição independente, desvinculada da estrutura de qualquer dos três poderes. Por conseguinte, o Tribunal de Contas configura instituição *estatal independente*” (MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 153).

⁹² Floriano de Azevedo Marques Neto traça interessante diagnóstico sobre o que denomina de vertente estrutural do controle administrativo, no qual diz que “Assistimos hoje a um processo de crescente autonomia do controle, que se manifesta ao menos por dois fatores: (i) o controle tem passado a ser visto como um fim em si mesmo; e (ii) tem-se verificado, em linha com uma tendência expansionista dos mecanismos de controle, a articulação das esferas de controle (CGU, TCU, MP, SCI e AGU). Assim é que, em paralelo a esse processo, advém o seguinte questionamento: *seria o controle uma instância autônoma de governo?*” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. In: MODESTO, Paulo (coord.). *Nova Organização Administrativa Brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 221).

⁹³ Confira-se a opinião do Ministro: “Acho que todo Poder deve estar sujeito ao controle. Minha colocação é a de que não se deve controlar externamente apenas o Judiciário, mas todos os Poderes. Aqui surge um problema sério: *esses órgãos de controle pertencerão a que Poder? A nenhum deles? A todos eles? Se não pertencerem a nenhum Poder, serão órgãos soltos na tripartição de Poderes? O que também é uma ideia perfeitamente sustentável: um Tribunal de Contas poderia ser um órgão de controle de contas dos três Poderes e não pertencer a nenhum deles. Só que fica sem um sustentáculo, sem uma base. O Ministério Público poderia ter uma grande atuação nessa área, se desvinculasse do Poder Executivo. Há órgãos que poderiam perfeitamente ser aproveitados*” (grifos acrescentados). Assembleia Nacional Constituinte – Ata de Comissões, Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo, 2ª reunião de audiência pública, 6.5.1987, p. 36.

que ele imaginava uma instituição de controle plural (composta por representantes dos três Poderes e da coletividade) e que não exercesse jurisdição propriamente dita, por receio de medida nesse sentido violar a “única finalidade do Poder Judiciário, que é a de prestar jurisdição”.⁹⁴

A proposta de os tribunais de contas não pertencerem a Poder algum ganhou corpo nas palavras do expositor convidado a participar da Subcomissão do Poder Legislativo Affonso Martins de Oliveira, à época servidor da Câmara dos Deputados (pouco tempo depois ele viria a ser nomeado Ministro do TCU). Segundo ele, o tribunal de contas deveria se constituir em uma espécie de corte autônoma, organicamente desvinculada do Congresso Nacional, prevendo-se, contudo, a possibilidade de recursos contra suas decisões serem apreciados pelo Legislativo.⁹⁵

A proposta encontrou fortes resistências no curso da ANC. O constituinte Farabulini Júnior, por exemplo, considerava que dar autonomia plena aos tribunais de contas, desligando-os do Poder Legislativo, seria medida de baixa eficácia. Isso porque se criaria um tribunal de cuja estrutura nada resultaria, a não ser a apuração de fatos. O raciocínio parece ter sido o seguinte: caso os tribunais de contas não estivessem de algum modo vinculados a Poder algum, suas atribuições obrigatoriamente teriam que ser limitadas pois lhes faltaria legitimidade para praticar atos de comando (tais como sanções, por exemplo), restando-lhes a prática de meros atos instrutórios, investigativos. Para ele, melhor seria que os tribunais de contas continuassem sendo auxiliares do Poder Legislativo.⁹⁶

⁹⁴ Idem, *ibidem*.

⁹⁵ Nas suas palavras, “Quanto ao problema da fiscalização financeira, entendo que o Tribunal de Contas não devia ser subordinado ao Congresso. Considero que ele deveria ser uma Corte autônoma e de suas decisões haveria recurso para o Congresso. O que assistimos é uma completa anomalia, o que acontece atualmente. O Tribunal de Contas, em verdade, está dentro do capítulo do Poder Legislativo, sem nenhuma vinculação a este Poder. Acho que o Congresso deve ter sua fiscalização ampla, com ou sem o Tribunal de Contas. O Tribunal de Contas deve ser uma Corte autônoma, decidindo e tendo seus recursos, porque esses são de natureza administrativa, para o Congresso” (Assembleia Nacional Constituinte – Ata de Comissões, Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo, Subcomissão do Poder Legislativo, 6ª reunião ordinária, 30.4.1987, p. 110).

⁹⁶ Confira-se a fala do constituinte: “Sr. Presidente, nobre Relator, entendo que o Tribunal de Contas deverá sempre funcionar como órgão auxiliar do Poder Legislativo. Este é um ponto de vista que sustento há muito tempo. Dar autonomia plena ao Tribunal de Contas, desligando-o da área do Poder Legislativo, no meu entendimento não teria eficácia porque se criaria um tribunal de cuja estrutura nada resultaria, não ser a apuração dos fatos que ocorrem no desdobramento dos atos praticados pelo Poder Executivo da União, e depois, se for o caso, qualquer tipo de procedimento, até criminal, que por acaso coubesse contra quem também tivesse promovido a malversação de bens públicos e tudo mais” (Assembleia Nacional Constituinte – Ata de Comissões, Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo, Subcomissão do Poder Legislativo, 29.4.1987, p. 79).

Curiosa foi a proposta do Constituinte Rubens Figueiró, segundo a qual os tribunais de contas deveriam integrar o Poder Judiciário, sendo-lhes garantida autonomia administrativa e judicante e viabilizando que suas decisões pudessem vincular a todos (órgãos e entes da administração públicas, cidadãos comuns, etc.).⁹⁷ A sugestão não foi adiante e a possibilidade de os tribunais de contas dizerem o Direito (tal qual uma corte judicial) foi refutada na Comissão de Redação.⁹⁸

Prevaleceu, como se sabe, a proposta de os tribunais de contas serem auxiliares do Legislativo (ficando incerto se, do ponto de vista orgânico, eles pertenceriam, ou não, a esse Poder), ressalvada a necessidade de maior aproximação e interação entre as instituições (Legislativo e tribunais de contas).⁹⁹ Os próprios tribunais de contas foram partidários dessa tese, que, inclusive, constou do anteprojeto apresentado pelo Ministro do TCU Alberto Hoffmann à Subcomissão do Orçamento e Fiscalização Financeira.

Por que os tribunais de contas teriam optado por continuar como auxiliares do Poder Legislativo e não pleitearam, por exemplo, a conversão dos tribunais de contas em órgãos de controle formalmente autônomos, desvinculados de qualquer dos Poderes? O pleito, pela ótica dos próprios tribunais de contas, faria sentido, pois, ao menos em tese, essa nova estrutura teria o potencial de lhes conferir maior independência e protagonismo. E mais: o pleito, como visto, não seria voz isolada na ANC.

Não há respostas cabais a estas indagações.

Poder-se-ia imaginar que a decisão dos tribunais de contas tenha sido motivada pura e simplesmente por inércia — afinal, desde a Constituição de 1946 os tribunais de

⁹⁷ Confira-se a fala do constituinte: “Com relação ao Tribunal de Contas, entendo que ele deve participar de um poder judicante, do Poder Judiciário como um todo. Segundo a minha proposta haverá um elenco de dez ou doze tribunais, entre os quais o Tribunal de Contas da União, que não pode estar sujeito ao Poder Legislativo ou ser seu órgão auxiliar. No meu entender, ele tem de ter autonomia não só administrativa como judicante. As suas decisões devem valer perante qualquer cidadão, qualquer entidade” (Assembleia Nacional Constituinte – Ata de Comissões, Comissão da Organização do Estado, Subcomissão da União, Distrito Federal e Territórios, 27.4.1987, p. 19).

⁹⁸ Veja-se comentário do Constituinte Vivaldo Barbosa sobre o tema: “Sr. Relator, no art. 173 o Tribunal de Contas tem jurisdição em todo o território nacional. O Tribunal de Contas não edita, não diz o direito, nem tem jurisdição. Pode ter atuação ou circunscrição. Eu proporia substituir jurisdição, que é própria do Poder Judiciário, que diz o direito – *jurisdiction*. O Tribunal de Contas não diz o direito” (Diário da Assembleia Nacional Constituinte – Suplemento “B”, Comissão de Redação, p. 98).

⁹⁹ Veja-se as palavras do constituinte Henrique Córdova: “Matéria, todavia, intimamente ligada a um órgão especializado sobre o qual já debatemos anteriormente, para o exame técnico de toda a execução financeira e orçamentária, o Tribunal de Contas, que nos últimos tempos vem procurando transformar-se em um órgão autônomo e quase que em uma espécie de quarto Poder, já que, na estrutura atual, contamos com apenas três. Entendo que ele deva continuar vinculado ao Poder Legislativo, mas dando-se a este a competência ou a atribuição de requisitar, através de suas comissões, a qualquer momento, pareceres e, ao mesmo tempo, o comparecimento de técnicos do Tribunal de Contas e até de ministros do Tribunal de Contas nas comissões encarregadas do acompanhamento da execução nos respectivos setores” (Assembleia Nacional Constituinte – Ata de Comissões, Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo, Subcomissão do Poder Legislativo, 29.4.1987, p. 82).

contas têm sido descritos como auxiliares do Poder Legislativo. Ou, então, por conta do que dispõe a Declaração de Lima da INTOSAI em suas orientações gerais — calcadas, todas elas, na premissa de que a instituição superior de controle externo deva ser independente, mas que, a despeito disso, deva prestar auxílio ao Legislativo — sugerindo, ainda, que em certos casos os tribunais de contas possam até mesmo agir na condição de agentes desse Poder.¹⁰⁰ Tenho, contudo, outra hipótese. A meu ver, a decisão dos tribunais de contas de permanecerem como auxiliares do Legislativo não foi exclusivamente fruto do acaso ou da influência de organismo supranacional. Estes fatores podem mesmo a ter influenciado, mas possivelmente não tenham sido decisivos. Talvez a opção dos tribunais de contas derive mais diretamente de um cálculo político, orientado pelo contexto histórico no qual a ANC estava inserida.

Dado o processo de reconstrução e de fortalecimento do Legislativo na constituinte, é possível que os tribunais de contas tenham estrategicamente optado por permanecer atrelados a esse Poder, tomando carona no seu processo de reforma. Partindo-se da premissa de que a ANC procuraria fortalecer o Legislativo — ampliando suas competências e prerrogativas —, seria razoável supor que, neste ambiente, também haveria espaço para a ampliação das atribuições e dos instrumentos de controle dos tribunais de contas (órgãos até então integrantes desse Poder). Nessa perspectiva, fortalecer o Legislativo implicaria, por consequência, em robustecer os tribunais de contas — e vice-versa.

A hipótese é reforçada pelo depoimento do Ministro do TCU, Ewald Pinheiro, segundo o qual “Quando a lei fortalece o Tribunal, fortalece o Congresso Nacional, porque cabe aos dois o desempenho do controle. Pela Constituição atual, o controle externo existe, tanto para o Tribunal quanto para o Congresso Nacional. Então, fortalecer o Tribunal é fortalecer o Congresso Nacional”.¹⁰¹ Ou seja: naquele momento, parecia interessante aos tribunais de contas estarem a reboque do Legislativo, pois o momento era de prestígio desse Poder — legitimando seu fortalecimento e de todos aqueles que estivessem de algum modo a ele conectados.

¹⁰⁰ Veja-se, p.ex., a seção 8 da Declaração de Lima:

“Section 8. Relationship to parliament

The independence of Supreme Audit Institutions provided under the Constitution and law also guarantees a very high degree of initiative and autonomy, even when they act as an agent of Parliament and perform audits on its instructions. The relationship between the Supreme Audit Institution and Parliament shall be laid down in the Constitution according to the conditions and requirements of each country”.

¹⁰¹ Assembleia Nacional Constituinte – Ata de Comissões, Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças, Subcomissão do Orçamento e Fiscalização Financeira, 6.5.1987, p. 54.

Afirma-se que esta pode ter sido uma *estratégia*, e não um desejo genuíno dos tribunais de contas, pois, como se viu, inclusive no depoimento do Conselheiro do Tribunal de Contas do Distrito Federal, os tribunais de contas aparentemente não eram verdadeiramente próximos dos Legislativos. Apesar de historicamente serem auxiliares desse Poder, tendiam, na prática, a desempenhar um controle bastante independente.

3.3.2. *Relacionamento entre Poder Legislativo e Tribunais de Contas*

Paralelamente à discussão sobre a posição institucional dos tribunais de contas no Brasil, houve, na ANC, intenso debate no qual, partindo-se da premissa de que os tribunais de contas continuariam a ser órgãos de controle externo auxiliares ao Legislativo, tomou-se como mote a seguinte indagação: *como* deveria ser o relacionamento e a interação entre Legislativo e tribunais de contas?

O diagnóstico comum a todos que se manifestaram na ANC, sem exceção, foi o de que, no regime anterior ao da Constituição de 1988, havia pouca interação entre Legislativo e tribunais de contas. Apesar de teoricamente esses serem auxiliares daquele, na prática as cortes de contas atuavam com grande independência e autonomia.

Segundo o conferencista convidado pela Subcomissão da União, Distrito Federal e Territórios para expor seu ponto de vista, Conselheiro do Tribunal de Contas do Distrito Federal Fernando Tupinambá Valente, o cerne do problema estaria no fato de os próprios Legislativos não solicitarem a atuação dos tribunais de contas, praticamente ignorando-os. Para ele, a solução para a falta de entrosamento entre as instituições era simples, e passaria por uma atuação mais proativa do próprio Legislativo.¹⁰²

A maioria dos constituintes, contudo, atribuía aos tribunais de contas a responsabilidade pela distância que os separava do Parlamento. Para o constituinte Victor Faccioni, por exemplo, não bastaria que o TCU apresentasse, em pareceres, as contas por

¹⁰² Confirma-se a fala do expositor Conselheiro Fernando Tupinambá Valente:

“Embora, eu já esteja no Tribunal de Contas do Distrito Federal há quase cinco anos, pouquíssimas vezes, talvez em duas ou três oportunidades, recebemos solicitação do Legislativo sobre a nossa atuação. Mandamos anualmente as contas do Governo — e o julgamento das mesmas é público, é um julgamento político do Senado — mas pouquíssimas vezes houve um pedido de complementação dessas informações. Pode-se imaginar que não seja necessário, tendo em vista a quantidade de informações que mandamos. O fato é mencionado porque esta é uma constante em todos os níveis — federal, estadual, municipal e mesmo do Distrito. Evidentemente, pensa-se que na futura Constituição esse entrosamento possa ser melhor exercitado, haja maior número de solicitações por parte do Legislativo, que tem grande soma de informações à sua disposição nos Tribunais, as quais poderão ser livremente requisitados ou solicitados” (Assembleia Nacional Constituinte – Ata de Comissões, Comissão da Organização do Estado, Subcomissão da União, Distrito Federal e Territórios, 27.4.1987, p. 19).

ele avaliadas. Seria preciso mais. A seu ver, a Corte de Contas deveria comparecer ao Congresso Nacional para explicá-los e detalhá-los. Essa seria uma maneira de estreitar laços entre o órgão de controle externo da administração pública (Legislativo) e seu auxiliar (tribunal de contas).¹⁰³

O constituinte Farabulini Júnior, concordando com o constituinte Victor Faccioni, aproveitou a ocasião para registrar uma contundente reclamação: “é muito difícil para um parlamentar falar com um Ministro do TCU — na verdade, é muito mais fácil marcar audiência com o Sr. Presidente da República. (...) A impressão que se tem é a de que se trata de um órgão estanque, com poderes plenos — poderes que, de fato, não possui”.¹⁰⁴

À luz desse cenário, o constituinte Victor Faccioni, mais adiante nos debates, fez a seguinte provocação: “Não deveríamos estabelecer um vínculo maior de relacionamento do Tribunal de Contas, como efetivo órgão auxiliar do Poder Legislativo? Essa situação estanque do Tribunal não será prejudicial? Não se poderia aproveitar um pouco melhor a estrutura do Tribunal de Contas, seu trabalho?”.¹⁰⁵ Estava aberto, assim, o caminho para que se procurasse, por meio do Direito (ou seja, da edição de normas jurídicas) encontrar solução concreta para a interação truncada entre órgão de controle externo e seu auxiliar.

O constituinte Nelson Wedekin, valendo-se do ambiente propício à formulação de regra voltada a aprimorar o relacionamento entre Legislativo e tribunais de contas, sugeriu que a futura norma não se limitasse a dizer que os tribunais de contas deveriam auxiliar, apoiar os Legislativos. Para ele, o Texto Constitucional também precisaria esclarecer o *modo* pelo qual esse auxílio seria operacionalizado. Na sua opinião, o Texto Constitucional deveria fixar meios e fins.¹⁰⁶

¹⁰³ Veja-se a fala do constituinte Victor Faccioni:

“Aliás, no contexto desta preocupação, creio haver outra função que não tem sido exercida da melhor forma e que estaria exigindo um melhor entrosamento. Diz respeito ao fato de o Tribunal de Contas da União e os Tribunais de Contas Estaduais serem órgãos auxiliares do Poder Legislativo. Não me lembro de haver assistido a uma sessão em que o Tribunal de Contas da União comparecesse perante o Congresso Nacional para apresentar e defender seu parecer sobre as contas da União. Creio que deveria haver uma sessão para isto, ou, no mínimo, uma reunião da respectiva Comissão Técnica, com a presença do Relator e do Presidente do Tribunal de Contas, para apresentação do parecer sobre as contas por ele apreciadas. Esses pareceres nos são encaminhados, pura e simplesmente. Esse encaminhamento estabelece um distanciamento entre os órgãos e não contribui para melhor apreciação daquilo que é o objetivo fundamental do Tribunal de Contas, ou seja, apreciar as contas da União, dos órgãos da União, e sobre elas emitir pareceres para serem não só votados no Tribunal, mas para serem igualmente apreciados e votados no Congresso Nacional” (Assembleia Nacional Constituinte – Ata de Comissões, Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo, Subcomissão do Poder Legislativo, 14.4.1987, p. 27).

¹⁰⁴ Idem, *ibidem*.

¹⁰⁵ Idem, p. 110.

¹⁰⁶ Confira-se a opinião do constituinte Nelson Wedekin:

“Acho que todos estamos do acordo neste ponto: o Tribunal de Contas tem de ser um órgão auxiliar do Poder Legislativo. Mas creio que é preciso que constem do texto constitucional as formas pelas quais o Tribunal de Contas é auxiliar. Não basta declarar que é auxiliar. Por exemplo, sou parlamentar, mas não sei

Uma das propostas de regulamentação do tema veio do constituinte Farabulini Júnior: no seu ponto de vista, o ideal seria que a futura Constituição desse a todos os deputados e senadores a competência para *individualmente* incitar o TCU a imediatamente instaurar tomada de contas ou auditoria para a apuração de desvios ou malversação de recursos orçamentários, ou, ainda, para apurar ilegalidades na formação de contratos (e de seus respectivos aditivos), envolvendo tanto a administração direta como a indireta. Ao final do processo de investigação, a Corte de Contas apresentaria relatório circunstanciado à casa do parlamentar que tivesse dado origem à denúncia.¹⁰⁷

Sua ideia, formulada a partir de experiência pessoal¹⁰⁸, era, portanto, a de ampliar o grau de sujeição do TCU ao Legislativo, transformando a Corte de Contas em instrumento de investigação *dos congressistas*, e não do Congresso. A grande novidade da proposta estava na possibilidade de *indivíduos* (e não instituições) acionarem o tribunal para dar início a processos investigatórios.

A proposta encontrou forte resistência. Sara Abraão, expositora convidada pela Subcomissão do Poder Legislativo, abriu a divergência com o seguinte alerta: “tenho sempre muito receio das iniciativas individuais (...) Se cada parlamentar pudesse determinar ao Tribunal de Contas essas providências (...) O Tribunal de Contas, depois de

como poderia ter acesso aos órgãos auxiliares do Poder ao qual pertença. (...). É preciso que constem do texto constitucional as formas pelas quais existe essa efetiva subordinação. Se é auxiliar, da Constituição deverão constar os mecanismos, os artigos, os dispositivos pelos quais isso fique caracterizado cabalmente, não deixando margem a qualquer dúvida com relação a essa subordinação, a essa condição de auxiliar do Poder Legislativo ao Tribunal de Contas” (Assembleia Nacional Constituinte – Ata de Comissões, Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo, Subcomissão do Poder Legislativo, 29.4.1987, p. 81).

¹⁰⁷ Segundo o constituinte Farabulini Júnior, “Há uma sugestão que gostaria de apresentar — e não sei se o farei oficialmente: que o Tribunal de Contas da União, por provocação de Deputado ou Senador, instaure imediata tomada de contas ou auditoria para apuração de desvio ou malversação dos recursos orçamentários ou da ilegalidade na formação de contratos e respectivos aditivos, na administração direta e indireta e fundações, apresentando circunstanciado relatório à Casa de onde se originou a denúncia” (Assembleia Nacional Constituinte – Ata de Comissões, Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo, Subcomissão do Poder Legislativo, 30.4.1987, p. 110).

¹⁰⁸ Farabulini Júnior faz interessante relato de experiência que, segundo ele mesmo disse, seria a motivação para a sua proposta. Confira-se:

“Isto surgiu porque, na verdade, na legislatura passada fiz à Casa denúncia que reputava grave, envolvendo em tomo de mais ou menos, na época, quatrocentos bilhões de cruzeiros, originado isto de contratos aditivos feitos pela Empresa Camargo Correa com a Eletronorte. Então, em resumo, eram contratos aditivos a contratos originários, na ordem de quatrocentos bilhões, na Eletronorte. Sabemos que os contratos aditivos se constituem na parte principal da grande escamoteação dos empreiteiros em relação ao Poder Executivo, nos contratos de obras públicas — aí é que está o grande problema. Requeri o que podia, e depois de meses tenho a resposta de que ao Deputado não cumpria requerer, nem podia. É a resposta do Tribunal de Contas da União que tenho aqui e deveria ter fluído da Comissão de Fiscalização Orçamentária. Na verdade, pedi também o texto por inteiro de cada um dos contratos aditivos, para que aqui pudessem ser examinados” (Idem, *ibidem*).

um certo tempo (...) não faria outra coisa a não ser examinar esses casos, porque todos os parlamentares teriam casos para submeter ao Tribunal de Contas”.¹⁰⁹

Ao final, decidiu a Subcomissão do Poder Legislativo fazer constar do anteprojeto que encaminharia à Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo a proposta de que as comissões do Legislativo tivessem o poder de solicitar que o TCU procedesse a investigações, no âmbito de sua competência, e adotasse as medidas necessárias ao cumprimento da lei.¹¹⁰

O tema, debatido em outra subcomissão (Subcomissão do Orçamento e Fiscalização Financeira), ganhou contornos ligeiramente distintos. Por sugestão dos próprios tribunais de contas, apostou-se na fórmula de que o TCU prestaria as informações solicitadas pelo Congresso Nacional (Câmara e Senado) acerca das fiscalizações, auditorias e inspeções realizadas pelo órgão de controle¹¹¹. O regramento proposto estava em consonância com as diretrizes da Declaração de Lima.¹¹²

É interessante, contudo, notar uma diferença significativa que havia entre a minuta de anteprojeto sugerida pelos tribunais de contas e a minuta afinal elaborada pela subcomissão — que, em boa medida, incorporou as sugestões dos órgãos controladores.¹¹³

¹⁰⁹ Idem, ibidem.

¹¹⁰ Confira-se a fala do relator da Subcomissão, José Jorge:

“Da mesma forma, a atribuição de solicitar ao Tribunal de Contas da União para que, no âmbito da competência deste, proceda à investigação e adote providências necessárias ao cumprimento da lei, constitui meio que garante eficácia ao papel das comissões no campo da fiscalização financeira e orçamentária. A comissão então poderá fazer solicitações, relativamente à sua área de atuação, ao Tribunal de Contas” (Idem, p. 154).

¹¹¹ Confira-se a redação do dispositivo sugerido pelos tribunais de contas no anteprojeto que apresentaram à subcomissão:

“§ (1º) – O Tribunal de Contas prestará à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal as informações que forem solicitadas sobre a fiscalização orçamentária, financeira, operacional, e patrimonial, e sobre os resultados das auditorias e inspeções realizadas” (Assembleia Nacional Constituinte – Ata de Comissões, Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças, Subcomissão do Orçamento e Fiscalização Financeira, 6.5.1987, p. 51).

¹¹² A Declaração de Lima, em sua Seção 16, criou regras voltadas a balizar o envio de informações fruto de investigações ao Legislativo e ao público em geral. Confira-se:

“1. *The Supreme Audit Institution shall be empowered and required by the Constitution to report its findings annually and independently to Parliament or any other responsible public body; this report shall be published. This will ensure extensive distribution and discussion, and enhance opportunities for enforcing the findings of the Supreme Audit Institution.* 2. *The Supreme Audit Institution shall also be empowered to report on particularly important and significant findings during the year.* 3. *Generally, the annual report shall cover all activities of the Supreme Audit Institution; only when interests worthy of protection or protected by law are involved shall the Supreme Audit Institution carefully weigh such interests against the benefits of disclosure*” (v. INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SUPREME AUDIT INSTITUTIONS (INTOSAI). Declarations of Lima and Mexico. Disponível em: http://www.intosai.org/fileadmin/downloads/downloads/4_documents/publications/eng_publications/E_Lima_Mexico_2013.pdf. Acesso em: 11 jan. 2016).

¹¹³ O anteprojeto da subcomissão em comento dispôs sobre o tema da seguinte maneira:

Na primeira, dizia-se que o tribunal de contas, caso provocado, deveria encaminhar ao Congresso os resultados das fiscalizações, dentre elas as *operacionais*. Já no segundo, a menção às fiscalizações operacionais foi suprimida, denotando certa dificuldade da subcomissão em ver como própria dos tribunais de contas a competência para realizar fiscalizações desse tipo. A Constituição, ao final, acabou incorporando dispositivo com redação semelhante à inicialmente sugerida pelos tribunais de contas (prevendo as fiscalizações operacionais). Voltarei ao tema mais adiante.

3.3.3. *Grau de abrangência do controle pelos Tribunais de Contas*

O tema deste sub-tópico materializou-se em discussões específicas envolvendo o controle de recursos transferidos (em sentido amplo) pela União a Estados e Municípios pelo TCU, o controle, pelos tribunais de contas, sobre subsídios, isenções e incentivos concedidos pela administração pública a terceiros e, por fim, a delimitação dos sujeitos passíveis de serem controlados pelos tribunais. Descreverei brevemente como o debate sobre o grau de abrangência do controle pelos tribunais de contas se concretizou em cada uma dessas vertentes.

Os limites do controle pelo TCU sobre recursos transferidos pela União a Estados e Municípios foi significativamente discutido pela ANC. A grande dúvida levantada pelos constituintes era a seguinte: o controle dos recursos transferidos pela União a Estados e Municípios deveria ser também realizado pelo TCU, ou, ao contrário, melhor seria se fosse descentralizado, ficando exclusivamente a cargo dos tribunais de contas estaduais e, quando pertinente, dos tribunais de contas municipais?

As respostas a essa indagação variaram de acordo com: 1) a comissão em que os constituintes estavam alocados; 2) o papel que imaginavam que a centralização e descentralização do controle viria a ter no combate à corrupção na administração pública; e 3) a opinião dos constituintes sobre qual seria a estrutura organizacional do controle da administração pública em tese mais eficiente.

“Art. 30. O Tribunal de Contas da União prestará à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal as informações que forem solicitadas sobre a fiscalização financeira, orçamentária e patrimonial, e sobre os resultados das auditorias e inspeções realizadas.

Parágrafo único. O Tribunal comunicará, ainda, para os fins previstos em lei, suas decisões sobre ilegalidade de despesas e irregularidades de contas” (Assembleia Nacional Constituinte – Ata de Comissões, Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças, Subcomissão do Orçamento e Fiscalização Financeira, 6.5.1987, p. 60).

Todos os constituintes que tiveram assento na Subcomissão dos Municípios e Regiões e na Subcomissão do Poder Legislativo — ambas vinculadas à Comissão da Organização do Estado — se manifestaram em prol da descentralização do controle. Suas opiniões deixaram transparecer certa associação entre a concentração de competências no TCU e o fortalecimento da União e a descentralização de competências aos tribunais de contas estaduais e municipais e o robustecimento dos próprios Estados e Municípios. Talvez essa associação somada ao recorte temático das subcomissões (que em si já tendia a valorizar o local face ao nacional) possa explicar o viés descentralizador do discurso desses constituintes.

Dois foram os principais argumentos utilizados por essa corrente para sustentar o controle exclusivo dos tribunais de contas estaduais e municipais sobre todos os recursos de origem federal.

O primeiro deles era o de que o controle, também pelo TCU, de recursos da União transferidos a outras esferas federativas em nada contribuiria para aprimorar o combate à corrupção no trato com a coisa pública. Segundo se alegou, argumento em sentido contrário partiria da falsa premissa de que o controle centralizado é menos suscetível a desvios e mais eficiente e capaz de moralizar a administração pública. Para esses constituintes, defender a centralização do controle não passaria de uma maneira de aumentar o poder e influência da União e de seus agentes em detrimento das estruturas estaduais e municipais.¹¹⁴

¹¹⁴ Essa era a opinião do constituinte Lúcio Alcântara, segundo o qual “Outra tendência que não devemos aceitar (...) a fiscalização de todos os recursos federais transferidos para os municípios ao Tribunal de Contas da União. Ora, isso já foi assim e sabemos que não funcionou, porque o Tribunal de Contas da União não tem estrutura para exercer essa fiscalização. É apenas uma ideia de centralismo, como se centralizar tivesse sido a melhor coisa que já aconteceu ao País, como se os fiscalizadores federais fossem mais probos e mais eficientes do que os estaduais, ou como se isso atemorizasse mais os ilustres Prefeitos brasileiros. Na verdade, essa fiscalização é errática, imperfeita e meramente escritural. (...) Então, isso deve ficar mesmo com os Tribunais de Contas dos Estados ou órgãos similares, como existem em alguns Estados — o Conselho de Contas Municipais. No Pará, Ceará, Goiás, Bahia etc., há esse órgão. De maneira alguma essa atribuição deve voltar a pertencer ao Tribunal de Contas da União” (Assembleia Nacional Constituinte – Ata de Comissões, Comissão da Organização do Estado, Subcomissão do Poder Legislativo, 29.4.1987, pp. 79-80).

O constituinte José Jorge exarou opinião no mesmo sentido. Confira-se:

“Sou contrário à ideia de se voltar a fiscalizar e de se aprovar as contas dos municípios aqui em Brasília, no Tribunal de Contas da União. Acho que isto não moraliza. Há uns dois meses, li nos jornais, em grandes manchetes, como sendo ideia do Presidente Sarney, que essa seria a grande atitude moralizadora das contas municipais. Não acho que isso moralize alguma coisa. O fato de o sujeito ser julgado em Brasília ou em Recife não vai modificar a forma de a pessoa apresentar contas. O que vai acontecer é que vai dar prestígio aos deputados federais, porque isso a que V. Exa. se referiu como sendo desvantagem, do ponto de vista político é vantagem. Estive conversando com um ministro do Tribunal de Contas da União, ex-deputado federal. S. Exa. me disse: ‘Antigamente os prefeitos vinha a Brasília para irmos com eles ao Tribunal de Contas, para resolver problemas das contas etc.’. Hoje em dia, evidentemente, nenhum prefeito vem mais aqui para resolver esse problema, porque não é necessário. Ele vai a Recife e resolve. Vai sozinho

O segundo argumento era o de que permitir que o TCU também controlasse recursos transferidos pela União a Estados e Municípios importaria em criar sobreposições de controles, produzindo, com isso, inegável ineficiência. Isso porque, nesse caso, o mesmo recurso obrigatoriamente seria controlado por ao menos duas instituições distintas: o TCU (legitimado a controlar por conta da origem federal do recurso) e os tribunais de contas estaduais (legitimados a controlar quando os Estados recebessem recursos federais). Em casos especiais, haveria, ainda, a possibilidade de o mesmo recurso ser fiscalizado por um terceiro órgão: os tribunais de contas municipais.¹¹⁵

Os constituintes alocados em subcomissões vinculadas à Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças, por sua vez, tiveram posicionamento significativamente distinto, geralmente advogando em prol da possibilidade de o TCU ter ingerência sobre ao menos parcela dos recursos transferidos pela União a outros entes federativos. O tema ganhou relevo na Subcomissão do Orçamento e Fiscalização Financeira, logo após a apresentação, pelo Ministro do TCU Alberto Hoffmann, da minuta de anteprojeto elaborada pelos tribunais de contas na qual eles próprios sugeriram normas voltadas a disciplinar suas competências.

O constituinte Furtado Leite, em tom laudatório — talvez por conta da presença na subcomissão de membros do TCU —, elogiou a Corte de Contas federal e ressaltou sua importância e capacidade na fiscalização do emprego de recursos públicos no Brasil, sugerindo, na sequência, que o TCU fosse competente para fiscalizar *quaisquer recursos* repassados pela União a Estados e Municípios. Segundo o constituinte, “A falta da fiscalização, da auditoria pelo [Tribunal de] Contas nos municípios brasileiros tem

ou com deputados estaduais. Essa centralização – são quatro mil muni ó vai dificultar mais. Pode haver algum Tribunal de Contas estadual que seja corrupto ou que não julgue bem, mas a maioria dos Tribunais de Contas, pelo menos o de Pernambuco, é correta, seus membros são pessoas de responsabilidade” (Assembleia Nacional Constituinte – Ata de Comissões, Comissão da Organização do Estado, Subcomissão do Poder Legislativo, 29.4.1987, p. 80).

¹¹⁵ Confirma-se a opinião do constituinte Solon Batista do Amaral:

“Está em pauta, para ser apreciada, uma proposta que devolve ao Tribunal de Contas da União o controle da aplicação pelos municípios dos recursos transferidos pela União. Isso significará a duplicação do controle, porque em Goiás temos a triplicação do controle sobre as contas municipais; temos um Conselho de Contas que fiscaliza o conjunto das contas; um Tribunal de Contas do Estado que fiscaliza a aplicação de recursos transferidos pelo Estado, e teremos, de novo o Tribunal de Contas fiscalizando, pela terceira vez os recursos transferidos pela União. Não me parece cabível que tanto dinheiro público seja aplicado para controlar a mesma despesa. Um controle unitário competente e eficiente, que garanta a transparência nas contas públicas, fará melhor a este País e aos municípios que a multiplicidade de órgãos controladores. Muito obrigado” (Assembleia Nacional Constituinte – Ata de Comissões, Comissão da Organização do Estado, Subcomissão dos Municípios e Regiões, 9ª reunião ordinária, 30.4.1987, p. 92).

trazido prejuízo muito grande para as comunidades”¹¹⁶, sendo que a origem da ausência dessa fiscalização estaria na “falta de atribuição do Tribunal [de Contas da União] para fiscalizar. O que há é uma fiscalização simbólica, por organismos regionais e políticos do mesmo esquema na maioria do País”¹¹⁷.

A opinião do constituinte foi muito bem recebida por outro expositor convidado a participar da subcomissão, o Ministro do TCU Fernando Gonçalves. Para ele, os recursos deveriam ser mais bem distribuídos (entre União, Estados e Municípios), mas seu controle deveria ser centralizado no TCU: “A fiscalização centralizada está imune, está isenta das influências locais, dos problemas locais”¹¹⁸.

Houve, também, quem, mesmo alocado nessa subcomissão, discordasse da opinião de que o poder central estaria menos suscetível à corrupção, sustentando, assim, que cortes de contas estaduais e locais deveriam fiscalizar recursos advindos de transferências da União. No entanto, mesmo aqueles que viam no controle centralizado idêntica margem à prática de desvios concordaram com o robustecimento dos instrumentos de controle, em especial os do TCU.¹¹⁹

É interessante observar que a decisão de muitos dos constituintes e expositores que se posicionaram pela concentração de competências no TCU — permitindo-o controlar recursos federais repassados a Estados e Municípios — parece ter sido motivada única e exclusivamente por um desejo de expandir e de intensificar o controle, originado no diagnóstico de que órgãos de controle “locais” têm elevadas chances de serem cooptados por órgãos, entes e agentes sujeitos à sua jurisdição. Eventuais problemas e custos (financeiros, de eficiência, de gestão, etc.) advindos do controle ampliado pelo TCU, apesar de terem sido identificados (sobreposição de controles e dificuldade de se aferir concretamente as possibilidades e limites do controle), foram ignorados e, em geral,

¹¹⁶ Assembleia Nacional Constituinte – Ata de Comissões, Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças, Subcomissão do Orçamento e Fiscalização Financeira, 7ª reunião extraordinária, 6.5.1987, pp. 51-52.

¹¹⁷ Idem, *ibidem*.

¹¹⁸ Idem, *ibidem*.

¹¹⁹ É o que se depreende do depoimento do constituinte Firmo de Castro. Confira-se:

“Portanto, o que me parece, *data venia* do nobre Constituinte, é que, a par de compartilharmos de todas as suas preocupações, que são muito sérias e verdadeiras, apenas imaginam que a solução estaria em fortalecimento, o quanto menos, os Tribunais de Contas dos Estados e os próprios Conselhos de Contas dos Municípios, mas, não tomando os modelos que aí estão como paradigma, já que o próprio do Tribunal de Contas da União não atende como modelo. Particularmente, estou convencido de que grassaram no País a corrupção e a impunidade. E elas são mais fortes, a nível federal, do que a nível estadual e municipal, exatamente devido à debilidade da estrutura fiscalizadora. Ora, então, parece-me que essa estrutura deve ser fortalecida em todos os níveis. E temos de começar pelo fortalecimento do Tribunal de Contas da União, porém, atribuindo-lhe a competência de fiscalizar os órgãos e as entidades de âmbito federal” (Idem, p. 68).

compreendidos como um “mal necessário”.¹²⁰ Não se procurou, assim, equalizá-los ou encontrar soluções jurídicas capazes de racionalizar e compatibilizar estruturas de controle distintas, de modo a formar um sistema de controle coeso, coerente e, sobretudo, simples e intuitivo. Tomou-se a complexidade e a obscuridade como uma consequência natural e inevitável da criação de órgão de controle forte (entendido, na concepção dos constituintes, como órgão dotado de competências largas, fluidas e abrangentes). Ao que tudo indica, o grau de reflexão sobre qual seria o modelo mais ajustado ao Brasil e às suas realidades foi baixo. Nesse sentido, bastante emblemático é o depoimento do constituinte Furtado Leite, razão pela qual transcrevo-o abaixo:

“Dá para entender que é muita fiscalização. Mas isso é da Federação brasileira. Todo País sofre fiscalização de vários órgãos. O INPS fiscaliza a cidade, o Imposto de Renda fiscaliza a cidade, o Estado e seus coletores fiscalizam a cidade e os órgãos. Então, não vejo que diferença faria o Tribunal de Contas da União ter participação na fiscalização da aplicação dos recursos federais. A minha intenção é no sentido de que haja um melhor aproveitamento.

(...)

Objetivamente, perdoe-me, a experiência que tenho na luta com Prefeituras Municipais, que V. Ex.a conhece, dá-me essa convicção. São muitos anos de convivência e sei das dificuldades. Os órgãos que fiscalizam os Estados com raras exceções, na maioria são comprometidos, não têm autoridade para chegar e autuar. A prática é esta: o calçamento está feito, o papel está aqui, e nada mais do que isso. Preocupo-me com algo mais transparente em que se possa realmente participar.

(...)

A intenção é esta: melhorar os investimentos do Prefeito em sua comunidade, o que não está existindo, nobre Constituinte. O que há, na verdade, com raras exceções, é o seguinte: o Prefeito e o Tesoureiro quem são? É o filho, é o genro do Prefeito o Tesoureiro da Prefeitura. Não é possível que isso continue. Precisamos encarar isto com muita seriedade. Sei de seu pensamento, mas nós, Constituintes, temos uma responsabilidade muito grande na aplicação dos recursos do Governo em qualquer órgão federal”.¹²¹

O controle pelo TCU de recursos federais transferidos a Estados e Municípios ganhou contornos mais concretos na Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças, com a apresentação de substitutivo pelo constituinte José Serra. Sua proposta era a de que não todo e qualquer recurso transferido pela União a outros entes federativos fosse controlada pelo TCU, mas tão somente os recursos voluntariamente repassados por meio de *convênio*.

¹²⁰ Exemplifico por meio da fala do constituinte Messias Góis:

“Mas uma das coisas que me preocupava — e pela qual muito me bati era a necessidade de o Tribunal de Contas não ficar restrito só ao Orçamento da União. É necessário que o Tribunal de Contas da União esteja presente em toda a Administração pública, seja direta, indireta, estatal ou não. E um artigo nesta proposta, caro Relator, foi aqui colocado: ‘Quem quer utilize, arrecade, guarde, gerencie ou, por qualquer forma, administre bens e valores públicos, disso prestará contas.’ Isso é bom. Acho que nós, Constituintes, se quisermos ter um compromisso com a verdade financeira e orçamentária da administração pública, devemos lutar para que este artigo seja aprovado” (Idem, p. 53).

¹²¹ Idem, p. 68.

A proposta inicialmente gerou alguma resistência (por parte de constituintes que viam no substitutivo a possibilidade de o TCU controlar amplamente os recursos recebidos por Estados e Municípios)¹²², que, em momento posterior, foi elidida por esclarecimentos prestados pelo próprio constituinte Serra.¹²³ A comissão de sistematização, ao final, corroborou a proposta consubstanciada no substitutivo, incorporando-a ao texto final da Constituição (art. 71, VI).¹²⁴

¹²² Confira-se a fala do constituinte Cid Sabóia de Carvalho, realizada logo após a exposição, pelo constituinte José Serra, do substitutivo por ele apresentado:

“(…) gostaria de chamar a atenção do Sr. Relator para o item V, do art. 54, do texto atual. Este confere ao Tribunal de Contas da União ‘a fiscalização da aplicação de quaisquer recursos repassados mediante convênio pela União a Estados, Distrito Federal e Municípios’. Sr. Relator, isto simplesmente vai ocasionar o esvaziamento dos Tribunais de Contas dos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro, do Distrito Federal, além de ferir frontalmente a autonomia dos Estados e dos Municípios, tudo isso a um só tempo. É uma medida que contraria o próprio espírito do projeto de V. Exa., uma vez que é excessivamente centralizadora. A União, através do Tribunal de Contas, estaria tendo ingerência nos assuntos de competência dos Estados, Municípios etc.” (Assembleia Nacional Constituinte – Ata de Comissões, Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças, 8.6.1987, p. 203).

¹²³ Confira-se o teor da explicação dada pelo constituinte José Serra relativa ao dispositivo questionado pelo constituinte Cid Sabóia:

“Nobre Constituinte Cid Sabóia de Carvalho, V. Exa. Faz observações que seriam corretas, se disséssemos assim, no item V, do art. 54: ‘A fiscalização da aplicação de quaisquer recursos repassados pela União a Estados.’ Estamos fazendo referência exclusivamente à fiscalização de recursos repassados voluntariamente pela União mediante convênio. Isso de maneira alguma implica esvaziamento de Tribunais de Contas estaduais ou municipais. São recursos voluntários, repassados mediante convênio. Portanto, não criamos um monstro. Poderemos ter criado até um insetozinho, mas não um monstro. Pelo que V. Exa. assinala, haveria esse monstro, caso realmente essa fiscalização se estendesse às transferências, aos recursos partilhados etc. Referimo-nos exclusivamente aos recursos repassados voluntariamente sob o mecanismo de convênio. Isso não leva a essa interferência no grau em que V. Exa. assinala, falando com um Constituinte de notórios conhecimentos nessa área” (Idem, p. 204).

¹²⁴ Veja-se depoimento do constituinte Mauro Miranda no qual, a um só tempo, apoiou a proposta apresentada pelo constituinte José Serra e rechaçou a possibilidade de o TCU centralizar a fiscalização de todo e qualquer recurso transferido a Estados e Municípios:

“não posso concordar com a redação do inciso V do art. 104 do Substitutivo do eminente Sr. Relator, quando estabelece que ‘compete ao Tribunal de Contas da União fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União a Estados, Distrito Federal e Municípios’.

Vejam bem V. Exa., Srs. Constituintes: não se trata apenas da fiscalização daqueles recursos federais que, mediante convênio ou transferências a fundo perdido, a União entrega aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, o que seria aceitável, mas a expressão ‘quaisquer recursos repassados pela União’ leva a esse entendimento. É o que se pretenda é atribuir, também, ao Tribunal de Contas da União, a fiscalização dos Fundos de Participação dos Estados e Municípios e de todo e qualquer imposto partilhado, que caibam à União arrecadar, entregando parte do produto às demais entidades federadas, inclusive aos Municípios.

Ora, os Estados federados têm os seus próprios tribunais de contas, sendo que alguns possuem, ainda, o Conselho de Contas principal. Esse procedimento, consagrado pela atual Constituição, é o mais lógico e adequado a um País federado como o Brasil, que assim se declarou desde a proclamação da República. Todavia, agora, quando nós, Constituintes, estamos empenhados em fortalecer a Federação, vale dizer fortalecer os Estados e Municípios; agora que nós, Constituintes, estamos empenhadas em aprovar tinta efetiva descentralização de poderes, de recursos e de competência, não tem o menor cabimento centralizar o Tribunal de Contas da União à fiscalização de expressiva soma de recursos dos Estados Distrito Federal e Municípios.

Cabe ressaltar que esses recursos não são dinheiro federal que a União, generosamente, transfere a outras esferas de governo, mas é o dinheiro que pertence, por mandamento constitucional, aos Estados, Distrito Federal e Municípios. A União apenas o arrecada por uma questão de política fiscal ou técnica tributária. Que razões podem justificar essa descabida proposta centralizadora? É impossível que o Tribunal

Outra discussão interessante ligada ao tema desse tópico envolveu o controle pelos tribunais de contas sobre subvenções, isenções, subsídios e incentivos em geral concedidos pelo Executivo a terceiros. Geraldo Ataliba, expositor convidado pela Subcomissão de Tributos, Participação e Distribuição de Receitas, foi quem a trouxe à tona, sugerindo à ANC que inserisse o seguinte dispositivo na futura Constituição: “A apreciação administrativa das condições legais para obtenção e manutenção de subvenções, isenções, subsídios, incentivos e vantagens semelhantes será sujeita a reexame necessário pelos Tribunais de Contas, que terão jurisdição sobre tais matérias”.

Para o expositor convidado, a edição de norma com esse conteúdo seria fundamental, pois, ao ampliar as competências dos tribunais de contas (determinando o reexame necessário de uma série de atos praticados pelo Executivo), viabilizaria um controle mais efetivo, abrindo espaço para que abusos e descontroles supostamente praticados pela administração pública pudessem ser coibidos.

É interessante notar que proposta com esse teor importaria no compartilhamento de parcela de atribuições dos Poderes Executivo e Legislativo com órgãos de controle (tribunais de contas), visto que poderiam rever todo e qualquer subsídio, isenção e incentivo conferidos pela administração, com ou sem o aval do legislador.

Não foi por outra razão que a proposta ficou estagnada. O constituinte Nion Albernaz, por exemplo, registrou sua discordância, afirmando ser “inteiramente contrário à competência que dá V. S.^a [Geraldo Ataliba] aos Tribunais de Contas no caso das isenções, das subvenções”.¹²⁵ Segundo o constituinte, dispositivo com este teor traria aos tribunais de contas “um superpoder. Aí estaremos agredindo Montesquieu. Estamos dando ao Tribunal de Contas competência para anular o ato do Poder Legislativo. Acho que ele pode funcionar até como um assessor, mas depois de pronta a lei, no meu entender, o Tribunal de Contas deve cumpri-la”.¹²⁶

de Contas da União seja capaz de fiscalizar 24 Estados, o Distrito federal e mais de 4 mil 100 Municípios. Não devemos esquecer que este tribunal, além das contas da União, propriamente ditas, deve fiscalizar suas autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações; uma tarefa assaz gigantesca e que, permitam-me dizer é hoje executada de maneira bastante eficiente. Se essa não é a razão, qual seria? Por acaso se está sugerindo que seja uma questão de honestidade? Não, recuso-me a acreditar que alguém ainda considere o Poder federal como o único reduto da honestidade neste País. Não há o que comprove esta absurda suposição, se é que ela realmente existe” (Assembleia Nacional Constituinte – Ata de Comissões, Comissão de Sistematização, 19º reunião ordinária, 10.9.1987, p. 650).

¹²⁵ Assembleia Nacional Constituinte – Ata de Comissões, Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças, Subcomissão de Tributos, Participação e Distribuição de Receitas, 4ª reunião ordinária, com audiência pública, 24.4.1987, p. 53.

¹²⁶ Idem, ibidem.

O último dos aspectos ligados ao tema desse tópico se refere aos *sujeitos* passíveis de serem controlados pelos tribunais de contas. Esse aspecto, em verdade, não foi objeto de muitas discussões entre os constituintes. Ele surgiu no anteprojeto apresentado pelos tribunais de contas à Subcomissão do Orçamento e Fiscalização Financeira, foi incorporado ao anteprojeto final da mesma subcomissão e, ao final, foi adicionado à redação final da Constituição de 1988 (com alguns ajustes e modificações). Não gerou grandes debates, oposições, etc. Foi aceito, pura e simplesmente. No entanto, por ter ampliado significativamente o escopo de atuação dos tribunais de contas, merece ser aqui destacado.

Dizia o art. 72 do anteprojeto de autoria dos tribunais de contas que “quem quer que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou, por qualquer forma, administre dinheiros, bens e valores públicos, disso prestará contas”. Ou seja, não só funcionários públicos e órgãos e entes da administração pública deveriam prestar contas aos tribunais de contas, mas qualquer um que de algum modo manuseasse recursos públicos.

O anteprojeto da subcomissão manteve dispositivo com redação semelhante (“Quem quer que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou, por qualquer forma administre bens e valores públicos ou que estejam sob a responsabilidade do Estado, disso prestará contas” – art. 25) e a Constituição, por fim, em seu art. 70, parágrafo único, guardou o mesmo “espírito” do dispositivo proposto pelos tribunais de contas.

3.3.4. Tipo de controle exercido pelos tribunais de contas: formal ou de resultados?

Como aponta Floriano de Azevedo Marques Neto, um dos grandes desafios do controle da administração pública contemporânea consiste em criar sistemas ou mecanismos de controle menos focados na aferição do cumprimento de exigências burocráticas ou formais, e mais direcionado ao alcance concreto de resultados.¹²⁷ O tema, a despeito de ser extremamente atual — trata-se de um dos pontos centrais dos debates

¹²⁷ O autor, ao tecer comentários sobre a responsividade do Direito, afirma o seguinte:

“A ideia [de responsividade] nos traz a um só tempo tanto a abertura da ordem jurídica para as influências sociais, como a necessidade de se endereçar à autoridade objetivos legais precisos. Assim intenta-se evitar que o sistema seja marcado por rigidez ou oportunismo. A relação é direta com a ideia de controle, tal como aqui a desenvolvemos: um controle comprometido com objetivos e efeitos e com a análise do impacto das medidas adotadas, o que demarca a necessidade de seu compromisso com resultados, os quais devem ser buscados em conformidade com as provocações advindas da sociedade” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da administração pública, *op. cit.*, p. 202).

sobre reforma da administração pública¹²⁸ —, foi pautado já no curso da ANC, no ano de 1987.

Andrea Sandro Calabi, à época Secretário do Tesouro Nacional, foi convidado para participar da Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças e, nessa ocasião, ao tratar do emprego de recursos públicos por órgãos e entes da administração, tocou no controle externo sob responsabilidade dos tribunais de contas. Ao comentá-lo, tachou-o de excessivamente formalístico. Segundo o expositor, ele detectaria que “há uma compra errada de clipes, mas passam elefantes pela frente desse sistema de controle”, razão pela qual os tribunais de contas não deveriam se ater ao exame da validade jurídico-legal.¹²⁹

Um dos principais aspectos da história legislativa da ANC ligados às definições do tipo de controle que os tribunais de contas viriam a realizar (mais ou menos formal) disse respeito à possibilidade de realizarem auditoria operacional.

A expressão “auditoria operacional”, enquanto prática distinta, em larga escala e autoconsciente, surgiu no mundo no final dos anos 1970.¹³⁰ Diferentemente dos demais tipos de auditoria (como a financeira e patrimonial, por exemplo), ela não possui sentido unívoco, claro; ao revés, tem escopo bastante amplo. O TCU, adotando o conceito de *performance auditing* cunhado pela INTOSAI¹³¹, atualmente a define como o “exame independente e objetivo da economicidade, eficiência, eficácia e efetividade de

¹²⁸ Ilustro a afirmação por meio do anteprojeto de reforma da administração pública, elaborado por comissão de juristas no ano de 2009 (a comissão foi constituída pela Portaria 426, de 6 de dezembro de 2007, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão). O anteprojeto, que revogaria o decreto-lei 200/67, expressamente fez constar que os controles das atividades dos órgãos e entidades estatais devem visar predominantemente o alcance de resultados (art. 50, III).

¹²⁹ Veja-se o que Andrea Sandro Calabi afirmou na ocasião:

“Existe um sistema de controle externo ao Executivo, exercido pelo Tribunal de Contas da União, em função de sua assessoria ao Poder Legislativo. O fato é que o controle, muitas vezes, se atém a sua mera formalidade, também jurídica. Há qualquer quantidade de empecilhos. há uma compra errada de clipes, mas passam elefantes pela frente desse sistema de controle. Portanto, devemos aprimorar esse sistema de controle, cujo órgão central e a Secretaria do Tesouro Nacional, que está vivamente empenhada nesse aprimoramento, com vistas a perceber não apenas a validade jurídico-legal, a propriedade da execução financeira de um contrato desses, mas também a orientar, no sentido de reverter a execução para os objetivos previamente definidos nos planos de Governo e nos orçamentos. É comum que um plano defina determinada área de atuação, programas, atividades. O orçamento banca, o Congresso aprova o orçamento, mas o controle de fato, o acompanhamento para checar se aquela atividade foi feita ou não, isso é muito precário. Portanto, o sistema de controle e fiscalização é de grande relevância” (Assembleia Nacional Constituinte – Ata de Comissões, Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças, 5ª reunião, 2.6.1987, p. 31).

¹³⁰ Cf. POLLITT, Christopher; SUMMA, Hilka. Auditoria operacional e reforma da administração pública. In: POLLITT, Christopher et al. *Desempenho ou legalidade? Auditoria operacional e de gestão pública em cinco países*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, pp. 26-27.

¹³¹ INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SUPREME AUDIT INSTITUTIONS (INTOSAI). *Appendix to ISSAI 3100*. Disponível em: http://www.issai.org/media/13488/appendix_to_issai_3100_e_.pdf. Acesso em: 11 jan. 2016.

organizações, programas e atividades governamentais, com a finalidade de promover o aperfeiçoamento da gestão pública”.¹³² Independentemente das dúvidas e incertezas que existam em relação a seu conceito, uma coisa é fato: esse tipo de auditoria está mais preocupada com a *qualidade* das despesas governamentais do que com o fato de elas cumprirem, ou não, requisitos formais de validade.

A possibilidade de os tribunais de contas realizarem esse tipo de auditoria não foi objeto de debates — isto é, não foi verbalizado nas subcomissões ou comissões da ANC. Apareceu de maneira bastante clara, contudo, nos anteprojeto apresentados na Subcomissão do Orçamento e Fiscalização Financeira, responsável pela elaboração do texto base que, após sucessivas modificações promovidas pelas comissões, deu origem aos arts. 70 e ss. da Constituição de 1988.

A expressão auditoria operacional surgiu pela primeira vez no anteprojeto apresentado a essa subcomissão pelo TCU.¹³³ Como apontei anteriormente, o TCU, ao anunciar o anteprojeto, frisou que ele supostamente representaria o entendimento dos tribunais de contas em geral. Além do mais, é importante destacar a provável influência da Declaração de Lima da INTOSAI na elaboração dessa proposta normativa, que, segundo se depreende do excerto abaixo transcrito, encoraja os países a autorizar suas instituições superiores de controle externo da administração pública a realizar a tal *performance audit*. Confira-se:

Declaração de Lima da INTOSAI (1977)

“Section 4. legality audit, regularity audit and performance audit

1. The traditional task of Supreme Audit Institutions is to audit the legality and regularity of financial management and of accounting.

2. In addition to this type of audit, which retains its significance, there is another equally important type of audit – *performance audit* – which is oriented towards examining the performance, economy, efficiency and effectiveness of public administration. Performance audit covers not only specific financial operations, but the full range of government activity including both organisational and administrative systems.

¹³² BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Manual de Auditoria Operacional*. 3ª ed. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo (Seprog), 2010, p. 11.

¹³³ Retomo, aqui, o teor dos dispositivos pertinentes:

“Art... (45)* – A lei regulará o processo de controle congressional, pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, dos atos de administração pública, direta e indireta.

§ (1º) – O Tribunal de Contas prestará à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal as informações que forem solicitadas sobre a fiscalização orçamentária, financeira, *operacional*, e patrimonial, e sobre os resultados das auditorias e inspeções realizadas.

Art... (70)* – A fiscalização orçamentária, financeira, *operacional* e patrimonial da União será exercida mediante controle externo e interno:

Art... (71) – O controle externo será exercido pelo Tribunal de Contas e compreenderá:

III – a realização de inspeções e auditorias orçamentária, financeiras, *operacionais* e patrimoniais nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário”.

3. The Supreme Audit Institution's audit objectives – legality, regularity, economy, efficiency and effectiveness of financial management – basically are of equal importance. However, *it is for each Supreme Audit Institution to determine its priorities on a case-by-case basis*".

O documento, a um só tempo, circunscreve como próprio das cortes de contas o campo da legalidade, da regularidade contábil e da administração de recursos e sugere que elas também possam realizar controle de outro tipo, mais focado em resultados e na qualidade das despesas governamentais. Talvez inspirados por esse diploma normativo, os tribunais de contas tenham procurado inserir na Constituição, pela primeira vez, a competência para que desempenhassem auditorias operacionais.

Entretanto, como apontado anteriormente (item 3.3.2.), a Subcomissão do Orçamento e Fiscalização Financeira teve dificuldade de encarar como própria dos tribunais de contas a competência para realizar esse tipo de investigação. O anteprojeto apresentado pelo Constituinte Relator José Luiz Maia, que restou aprovado pela subcomissão, apesar de nitidamente ter se inspirado no anteprojeto apresentado pelos tribunais de contas, suprimiu todas as menções à auditoria operacional relativamente ao controle externo da administração — seja aquele realizado diretamente pelo Legislativo, seja aquele realizado com o auxílio dos tribunais de contas.¹³⁴ A expressão “auditoria operacional” viria a ser incorporada ao projeto da Constituição em momento posterior, provavelmente na Comissão de Redação.

O interessante é que a Subcomissão, mesmo sem dizê-lo de maneira expressa, previu que os órgãos de controle *interno* seriam competentes para realizar auditoria operacional. Veja-se:

¹³⁴ Veja-se o teor dos dispositivos do anteprojeto em questão:

“Art. 23. A fiscalização financeira, orçamentária e patrimonial da União será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno de cada Poder, instituídos por lei.

Art. 24. O controle externo será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União e compreenderá:

III – a realização de inspeções e auditorias financeiras, orçamentárias e patrimoniais nos órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário;

Art. 27. O Tribunal de Contas da União, de ofício ou mediante provocação do Ministério Público ou das auditorias financeiras, orçamentárias e patrimoniais, se verificar a ilegalidade de qualquer ato suscetível de gerar despesa ou variação patrimonial, inclusive editais, contratos, nomeações e contratações de pessoal, aposentadoria, disponibilidades, transferências para a reserva remunerada, reformas e pensões, deverá:”.

Anteprojeto elaborado pela Subcomissão do Orçamento e Fiscalização Financeira

“Art. 35. Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário manterão sistema de controle interno, com a finalidade de:

V – *acompanhar a execução dos programas de trabalho e dos orçamentos;*

VI – *avaliar os resultados alcançados pelos administradores, inclusive quanto à execução dos contratos e convênios.*

Parágrafo único. Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou abuso, darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária” (grifos acrescentados).

O dispositivo não mencionou a expressão “auditoria operacional”, mas nos incisos V e VI do art. 35 praticamente descreveu o que normalmente se entende por tal (vale notar que a Constituição de 1967 já continha dispositivo com redação semelhante – art. 72¹³⁵). Ou seja: para esta subcomissão, auditoria operacional seria atividade própria de órgãos de controle *interno* — e não externo, como os tribunais de contas.

O contraste entre a proposta dos tribunais de contas e o anteprojeto que vingou na Subcomissão do Orçamento e Fiscalização Financeira denota, de um lado, a intenção de os tribunais de contas ampliarem seu campo de controle, adentrando na avaliação de mérito dos programas governamentais e das despesas realizadas pelo Executivo.¹³⁶ Por outro lado, revela a resistência (ao menos inicial) da ANC de ver como própria dos tribunais de contas o exercício de atividade que, a seu ver, seria típica dos órgãos de controle interno.

3.3.5. *Momento do controle pelos Tribunais de Contas*

¹³⁵ Veja-se o teor do art. 72 da Constituição de 1967:

“Art. 72. O Poder Executivo manterá sistema de controle interno, visando a:

I - criar condições indispensáveis para eficácia do controle externo e para assegurar regularidade à realização da receita e da despesa;

II - *acompanhar a execução de programas de trabalho e do orçamento;*

III - *avaliar os resultados alcançados pelos administradores e verificar a execução dos contratos*” (grifos acrescentados).

¹³⁶ Algo que fica ainda mais evidente ao se levar em conta o interessante depoimento do Ministro do TCU Ewald Pinheiro, registrado logo após a apresentação do anteprojeto elaborado pelos tribunais de contas. Para o Ministro, “Existe na administração um pensamento, uma ideia de que o Tribunal não pode examinar a utilidade, a conveniência e a oportunidade de uma despesa. Sou contra isto. É o mérito da despesa. Se a despesa é inútil, como praticá-la? Então esse aspecto surgiu em 1937, período em que o regime, como lembram os eminentes Constituintes, foi autoritário, tendo gerado uma Constituição autoritária, sob o Estado Novo. A Lei Orgânica daquela época vetou ao Tribunal conhecer da utilidade, conveniência ou oportunidade. As posteriores não repetiram isto, mas se mantêm por tradição o princípio, com o qual não me conformo. Acho que em certos casos o exame da utilidade, da conveniência e da oportunidade é essencial para se saber se o dinheiro público foi realmente bem aplicado” (Assembleia Nacional Constituinte – Ata de Comissões, Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças, Subcomissão do Orçamento e Fiscalização, 7ª reunião extraordinária, 6.5.1987, p. 55).

O controle pode se realizar antes da atuação administrativa (controle *ex ante*, que objetiva impedir que um ato ilegal ou contrário ao interesse público seja praticado), simultaneamente (controle concomitante), ou, então, posteriormente à prática de atos administrativos (controle *ex post*, que tem por finalidade corrigi-los, desfazê-los, ou apenas confirmá-los).¹³⁷

Cada uma dessas formas de controle cumpre finalidades distintas e se relaciona de maneira singular com a própria atividade administrativa — podendo condicioná-la, retardá-la, torná-la mais ou menos expedita e eficiente, etc. Por impactar significativamente a atuação da administração pública, o tema (momento do controle) é central aos debates sobre gestão e reforma administrativa.¹³⁸

Em diversos momentos a ANC discutiu se o controle especificamente sob a responsabilidade dos tribunais de contas deveria ser em regra realizado anteriormente, concomitantemente ou posteriormente à prática de atos administrativos. Os tribunais de contas (representados na ANC pelo TCU) dedicaram especial atenção a essa temática.

Pela fala dos ministros do TCU convidados pela Subcomissão do Orçamento e Fiscalização, fica evidente que os tribunais de contas estavam cientes e conscientes do fato de que as cortes de contas, ao longo do tempo e por força de sucessivas reformas legislativas, já foram autorizadas a controlar de diferentes maneiras (previamente, concomitantemente e posteriormente à prática de atos administrativos).

O Ministro do TCU Ewald Pinheiro, em interessante discurso realizado logo após os tribunais de contas apresentarem à subcomissão sua minuta de anteprojeto, destacou que conhecia bem “o Tribunal [TCU] das Cartas de 1937, 1946 e 1967. São idênticos? Evidentemente que não. O Tribunal como estabelecia a Constituição de 37 foi um; o de 46 foi outro e, hoje, temos outro Tribunal. Eles se separam nitidamente”. E mais, afirmou que “Nos regimes anteriores tínhamos o registro prévio e o registro posterior”, sendo a tomada

¹³⁷ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 725-726.

¹³⁸ O já mencionado anteprojeto de reforma da administração pública (produto da comissão de juristas constituída pela Portaria 426, de 6 de dezembro de 2007, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão) debruçou-se sobre o tema e fez clara opção pelo controle em regra *a posteriori*. Confira-se o teor do dispositivo pertinente: “Art. 50. O controle das atividades dos órgãos e entidades estatais deve obedecer ao disposto na Constituição, nesta Lei e na legislação especial e observar as seguintes diretrizes: II – controle *a posteriori*, constituindo exceção o controle prévio ou concomitante”.

Tudo indica que o anteprojeto optou pelo controle em regra *a posteriori* por ver no controle prévio risco de o órgão controlador de algum modo interferir na própria atividade administrativa, eventualmente imiscuindo-se na esfera de discricionariedade do administrador. Essa conclusão está calcada, por exemplo, no que dispõe o parágrafo único do art. 62 do anteprojeto, segundo o qual “O controle externo não pode implicar interferência na gestão dos órgãos ou entidades a ele submetidos nem ingerência no exercício de suas competências ou na definição de políticas públicas”.

de contas uma exceção. “O forte do Tribunal era o registro prévio posterior. Mas esse registro não incidia sobre a totalidade dos gastos. Era um registro ilusório, utópico, porque o registro posterior era feito depois que o ato estava praticado. Conseqüentemente, não se podia desmanchar o que estava errado. Punia-se, havia uma sanção, somente isto”.¹³⁹

O fato de os tribunais de contas, com a Constituição de 1967, terem deixado de realizar o registro prévio de contratos que envolvessem receitas ou despesas (controle prévio necessário para que os contratos se aperfeiçoassem)¹⁴⁰, nitidamente era visto pelo Ministro Pinheiro como uma espécie de “golpe” no Tribunal, em alguma medida compensado pelo fato de a mesma Constituição ter previsto a possibilidade de os tribunais realizarem auditorias e inspeções (controle passível de ser interpretado como concomitante, pois o Texto Constitucional permitiu que as cortes de contas decidissem quando realizá-las).¹⁴¹ Veja-se a ilustrativa fala do Ministro:

“Há também um outro aspecto que eu gostaria de focalizar, a respeito das auditorias. O Tribunal perdeu o registro prévio mas ganhou uma arma importantíssima, que são as inspeções. Hoje em dia o Tribunal não mais espera que venha a ele o processo. Ele vai à entidade, organiza o processo e chega lá de surpresa. O melhor controle é aquele exercício de surpresa. É aquele controle onde o Tribunal decide quando deve controlar. O controle remoto, o controle que hoje se estabelece, com a prestação de contas pela entidade apenas um ano depois de encerrado o exercício, encontra os fatos já consumados. Muitas vezes os fatos se superpõem, fatos mais graves se sucedem a fatos menos graves e os de menos importância acabam sendo esquecidos, evidentemente. É uma lei natural. Então a arma das inspeções, que se delegou ao Tribunal em 1967, é poderosíssima. Em 1967 houve uma revolução no Tribunal de Contas porque perdemos esse registro prévio e o posterior, mas ganhamos a inspeção e o Tribunal faz sua auditoria orçamentária, financeira, patrimonial e hoje até programadas. Ele examina dentro dos programas”.¹⁴²

¹³⁹ Assembleia Nacional Constituinte – Ata de Comissões, Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças, Subcomissão do Orçamento e Fiscalização, 7ª reunião extraordinária, 6.5.1987, p. 54.

¹⁴⁰ Veja-se, por exemplo, o que dispunha a Constituição de 1946 sobre o tema:

“Art. 77 - Compete ao Tribunal de Contas: (...) § 1º - Os contratos que, por qualquer modo, interessarem à receita ou à despesa só se reputarão perfeitos depois de registrados pelo Tribunal de Contas. A recusa do registro suspenderá a execução do contrato até que se pronuncie o Congresso Nacional”.

¹⁴¹ Confirma-se o teor da Constituição de 1967 sobre o tema:

“Art. 71. A fiscalização financeira e orçamentária da União será exercida pelo Congresso Nacional através de controle externo, e dos sistemas de controle interno do Poder Executivo, instituídos por lei. (...) § 3º - A auditoria financeira e orçamentária será exercida sobre as contas das unidades administrativas dos três Poderes da União, que, para esse fim, deverão remeter demonstrações contábeis ao Tribunal de Contas, a quem caberá realizar as inspeções que considerar necessárias”.

¹⁴² Assembleia Nacional Constituinte – Ata de Comissões, Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças, Subcomissão do Orçamento e Fiscalização, 7ª reunião extraordinária, 6.5.1987, p. 55.

A preferência pelo controle prévio ou concomitante — do Ministro Pinheiro¹⁴³ e de outros Ministros, como Fernando Gonçalves¹⁴⁴ — era evidente. Essa forma de controle era especialmente bem vista pelos controladores, pois supostamente lhes permitiria evitar o mal antes que ele ocorresse. Tudo indica, portanto, que já estava presente na ANC o desejo dos tribunais de contas de, como disse um dos servidores do TCU que entrevistei, “fazer menos autópsias e passar a fazer mais biópsias”.¹⁴⁵

Apesar da ferrenha defesa do controle prévio e concomitante pelos tribunais de contas, o anteprojeto que propuseram à Subcomissão do Orçamento e Fiscalização Financeira foi tímido nesse sentido. O diploma normativo concentrou-se no controle *a posteriori*.¹⁴⁶

Esse descompasso entre a fala dos ministros (fortemente centrada na defesa de controles prévios e concomitantes) e os dispositivos do anteprojeto que apresentaram à ANC parece fazer algum sentido quando visto à luz das diretrizes da Declaração de Lima da INTOSAI. Diz o referido diploma normativo que :

Declaração de Lima da INTOSAI

“Section 2. pre-audit and post-audit

1. Pre-audit represents a before the fact type of review of administrative or financial activities; post-audit is audit after the fact.

2. Effective pre-audit is indispensable for the sound management of public funds entrusted to the state. It may be carried out by a Supreme Audit Institution or by other audit institutions.

3. Pre-audit by a Supreme Audit Institution has the advantage of being able to prevent damage before it occurs, but has the disadvantage of creating an excessive amount of work and of blurring responsibilities under public law. Post-audit by a Supreme Audit Institution highlights the

¹⁴³ As falas anteriores do Ministro Ewald Pinheiro já denotavam sua preferência pelo controle prévio e concomitante. Posteriormente, no entanto, o Ministro explicitou sua preferência, tornando-a inequívoca:

“A meu ver, o controle tem que ser preventivo, tem que ser concomitante, tem o Tribunal que estar presente no momento em que o ato é praticado” (Idem, p. 55).

¹⁴⁴ Veja-se fala nesse sentido do Ministro do TCU Fernando Gonçalves:

“A qualquer momento, pode chegar uma equipe do Tribunal de Contas para fiscalizar, sem prévio aviso. Não mais anunciamos os levantamentos e as inspeções que vamos fazer. Fazemos de surpresa. Queremos acompanhar a aplicação dos recursos, quando ela está sendo realizada. É a fiscalização concomitante” (Assembleia Nacional Constituinte – Ata de Comissões, Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças, Subcomissão do Orçamento e Fiscalização, 28.4.1987, p. 6).

¹⁴⁵ A expressão foi mencionada pelo **Entrevistado A** durante entrevista ocorrida na sede do TCU, em Brasília, no dia 10.6.2015. O entrevistado utilizou-a para descrever o que, na sua visão e na visão de muitos outros membros do TCU, deveria ser o novo foco da instituição de controle (realizar controle prévio ou concomitante de modo a evitar a ocorrência de malfeitos).

¹⁴⁶ Talvez os únicos dispositivos do anteprojeto que efetivamente procuraram disciplinar um controle prévio ou concomitante pelos tribunais de contas foram o art. 71, III (que autorizava os tribunais de contas a realizarem inspeções e auditorias — previsão que supostamente viabilizaria um controle concomitante) e o art. 73 (que previa o dever de os tribunais de contas darem parecer prévio sobre as contas do governo — supostamente um controle prévio). Vale destacar que ambos os dispositivos já encontravam correspondentes na Constituição de 1967 (não eram, pois, uma novidade). As demais normas do anteprojeto (que transcrevi na íntegra em tópico anterior) parecem, como dito, remeter a um controle *a posteriori*.

responsibility of those accountable; it may lead to compensation for the damage caused and may prevent breaches from recurring.

4. *The legal situation and the conditions and requirements of each country determine whether a Supreme Audit Institution carries out pre-audit. **Post-audit is an indispensable task of every Supreme Audit Institution regardless of whether or not it also carries out pre-audits***⁷ (grifos acrescentados).

A Declaração de Lima, a despeito de reconhecer que o controle prévio dos recursos públicos é indispensável e de afirmar que essa forma de controle *pode* vir a ser exercida por instituições superiores de controle da administração pública, como o TCU — a depender, claro, das opções feitas pelos legisladores de cada país —, afirmou com todas as letras que o controle *a posteriori* (e não *a priori*) é próprio às instituições superiores de controle da administração pública. Isto é, o controle posterior consubstanciaria o *núcleo duro* das atividades a serem desempenhadas por essas instituições (e não o controle prévio).

Partindo-se da premissa de que o anteprojeto dos tribunais de contas efetivamente tenha colhido subsídios da Declaração de Lima, é possível que as cortes de contas, influenciadas por este diploma, tenham optado por se concentrar na disciplina do que, na visão da INTOSAI, seria próprio aos tribunais de contas, limitando-se a ressaltar, verbalmente, a importância (e a preferência que tinham) pelo controle prévio e concomitante dos atos praticados pela administração pública. Por meio dessa estratégia, poderiam, por exemplo, dar mais ênfase ao que, na sua visão, era mais central à sua atividade (controle *a posteriori*), sugerindo, no entanto, a necessidade de ampliação de outras competências que também julgavam importantes (controles prévio e concomitante).

Muitos dos constituintes pareceram fazer coro aos tribunais de contas, defendendo que eles pudessem desempenhar um controle prévio e concomitante mais amplo.¹⁴⁷ Apesar do largo apoio verbalizado na ANC, a Constituição, como se verá no próximo capítulo —no qual analisarei em detalhes as competências delineadas pela legislação para os tribunais de contas —, optou por privilegiar o controle *a posteriori* pelos tribunais de contas.

¹⁴⁷ Exemplifico por meio da fala do Constituinte Lúcio Alcântara:

“Não há um exame prévio da natureza dos contratos firmados. Quando o Tribunal de Contas vai apreciar, os desmandos, os descaminhos e a corrupção já aconteceram. Há um campo imenso para se trabalhar, para se obter maior controle da ação” (Assembleia Nacional Constituinte – Ata de Comissões, Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo, Subcomissão do Poder Legislativo, 29.4.1987, p. 80).

3.3.6. Controle da execução de contratos pelos Tribunais de Contas

Um dos temas mais debatidos na ANC — relacionados ao controle pelos tribunais de contas, evidentemente — consistiu na possibilidade de, na futura Constituição, as cortes de contas terem competência para sustar a execução de contratos na hipótese de ilegalidades serem detectadas. Para a adequada compreensão dos debates parlamentares é imprescindível retomar o conteúdo pertinente da Constituição de 1967. As opiniões e reações dos constituintes verbalizadas nas comissões e subcomissões da ANC estão diretamente a ele relacionadas. Confira-se:

Constituição da República Federativa do Brasil de 1967

“Art. 73. O Tribunal de Contas tem sede na Capital da União e jurisdição em todo o território nacional.

(...)

§ 5º - O Tribunal de Contas, de ofício ou mediante provocação do Ministério Público ou das Auditorias Financeiras e Orçamentárias e demais órgãos auxiliares, se verificar a ilegalidade de qualquer despesa, inclusive as decorrentes de contratos, aposentadorias, reformas e pensões, deverá:

- a) assinar prazo razoável para que o órgão da Administração Pública adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei;
- b) no caso do não atendimento, sustar a execução do ato, exceto em relação aos contratos;
- c) na hipótese de contrato, solicitar ao Congresso Nacional que determine a medida prevista na alínea anterior, ou outras que julgar necessárias ao resguardo dos objetivos legais.

§ 6º - O Congresso Nacional deliberará sobre a solicitação de que cogita a alínea c do parágrafo anterior, no prazo de trinta dias, findo o qual, sem pronunciamento do Poder Legislativo, será considerada insubsistente a Impugnação”.

A Constituição de 1967, como se pode ver, determinava que, caso o tribunal de contas verificasse ilegalidade de despesas decorrente de contratos, poderia assinar prazo (razoável) para que o órgão da administração pública adotasse as providências cabíveis e, se não atendido o pedido, teria a possibilidade de solicitar ao Congresso Nacional que sustasse o contrato (ou adotasse outras medidas que julgasse necessárias ao resguardo de objetivos legais). No entanto, na hipótese de o Congresso não se manifestar sobre a solicitação do tribunal de contas em até 30 dias, a impugnação seria considerada insubsistente.

À luz do regramento constitucional então em vigor, Sara Abraão, expositora convidada pela Subcomissão do Poder Legislativo, afirmou que a razão pela qual o TCU, desde 1967, não teria submetido uma única solicitação sequer de impugnação a contratos estaria no art. 73, § 6º. “Sabe por quê [não houve impugnação a contratos]? Porque, pela Constituição, se o Congresso Nacional, dentro de 30 dias, não se manifestar sobre a solicitação do Tribunal de Contas, a impugnação daquele órgão ficaria insubsistente e

prevaleceria o contrato [supostamente maculado por irregularidades]”.¹⁴⁸ Segundo a expositora, o dispositivo em questão apequenaria o tribunal de contas, pois

“Ele examinaria os contratos, verificaria as irregularidades e não poderia impugná-los, teria de mandá-los para o Congresso, solicitando a impugnação. Se o Congresso Nacional não se manifestasse dentro de 30 dias, prevalecia o contrato, irregular ou não, e a decisão do Tribunal de Contas cairia. Então aquela Corte resolveu não mais mandar os contratos para o Congresso. Quer dizer, já faz vinte e tantos anos que o Tribunal de Contas nada mais envia para o Congresso”.¹⁴⁹

Ou seja, o fato de a inércia do Congresso Nacional (para analisar a impugnação a contratos em execução) tornar a manifestação da corte de contas insubsistente (independentemente de análise de mérito), seria, na opinião da expositora, um forte desincentivo à atuação dos tribunais de contas no controle de contratos. Apesar de identificar o que na sua avaliação seria um problema, absteve-se de propor uma solução específica.

O constituinte Messias Góis também se mostrou bastante crítico ao dispositivo da Constituição de 1967, dizendo que o “Congresso Nacional cala e consente no crime. É preciso que este artigo seja afirmativo: ‘É obrigatória, sob pena de o que o Tribunal encontrou ser verdadeiro, um pronunciamento do Congresso Nacional’”.¹⁵⁰ Para ele, portanto, a competência para sustar contratos em execução deveria continuar sendo do Congresso Nacional, porém os congressistas não poderiam ter a opção de, face à provocação do tribunal de contas, quedarem inertes.

É interessante observar que, a despeito de o ambiente na ANC parecer ser bastante favorável a uma mudança do art. 73, § 6º, da Constituição de 1967, os próprios tribunais de contas silenciaram sobre o tema no anteprojeto que apresentaram à Subcomissão do Orçamento e Fiscalização. No anteprojeto, como visto, eles trataram dos mais variados temas — até mesmo da sustação de atos pela corte de contas (art. 75, II) —, mas nada disseram acerca da sustação de contratos com indícios de irregularidades.

Essa constatação torna-se ainda mais curiosa ao se levar em consideração que os tribunais de contas eram, sim, bastante críticos ao mecanismo de controle delineado pela Constituição de 1967 e que abertamente propugnavam por mudança que desse a eles

¹⁴⁸ Assembleia Nacional Constituinte – Ata de Comissões, Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo, Subcomissão do Poder Legislativo, 30.4.1987, p. 110.

¹⁴⁹ Idem, ibidem.

¹⁵⁰ Assembleia Nacional Constituinte – Ata de Comissões, Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças, Subcomissão do Orçamento e Fiscalização, 7ª reunião extraordinária, 6.5.1987, p. 53.

(tribunais de contas) a competência para suprir eventual inércia do Congresso Nacional na avaliação de irregularidades na execução de contratos.

Segundo afirmou o Ministro do TCU Ewald Pinheiro, a Constituição deveria novamente dar ao tribunal de contas a competência para julgar contratos, que, na sua visão, seriam a grande fonte de despesas do Estado.¹⁵¹ Para ele, seria um absurdo jurídico que ato ilegal apontado pelo tribunal fosse convalidado pela inércia do Congresso Nacional (“O que é ilegal é ilegal hoje, amanhã, depois de amanhã, a vida toda. Então não se entende a Constituição ao retirar do Tribunal a competência para julgar os contratos”¹⁵²). Além do mais, a Constituição de 1967, ao retirar dos tribunais de contas a competência para registro prévio dos contratos, teria, na sua visão, fixado prazo exíguo para a apreciação do Congresso Nacional (30 dias) e, portanto, inadequado.¹⁵³

Se os tribunais de contas eram críticos ao modelo instituído pela Constituição de 1967 — que aboliu o registro prévio de contratos pelos tribunais de contas, previu que seria do Congresso a competência para sustar contratos e disse que a inércia do Congresso tornaria insubsistente a manifestação dos tribunais de contas —, por que, então, não propuseram mudanças nessa dinâmica no anteprojeto que apresentaram à ANC?

¹⁵¹ Lembre-se que antes da Constituição de 1967 o tribunal de contas tinha competência para julgar a legalidade de contratos, que só se reputariam perfeitos depois de registrados nas cortes de contas. Nesse sentido, confira-se o teor da Constituição de 1946:

“Art. 77 - Compete ao Tribunal de Contas:

(...)

III - julgar da legalidade dos contratos e das aposentadorias, reformas e pensões.

§ 1º - Os contratos que, por qualquer modo, interessarem à receita ou à despesa só se reputarão perfeitos depois de registrados pelo Tribunal de Contas. A recusa do registro suspenderá a execução do contrato até que se pronuncie o Congresso Nacional.

§ 2º - Será sujeito a registro no Tribunal de Contas, prévio ou posterior, conforme a lei o estabelecer, qualquer ato de Administração Pública de que resulte obrigação de pagamento pelo Tesouro nacional ou por conta deste”.

¹⁵² Assembleia Nacional Constituinte – Ata de Comissões, Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças, Subcomissão do Orçamento e Fiscalização, 7ª reunião extraordinária, 6.5.1987, p. 55.

¹⁵³ Confira-se, na íntegra, a fala do Ministro do TCU Ewald Pinheiro: “E uma reivindicação muito minha é a de que retorne ao Tribunal a competência para julgar os contratos, que constituem a fonte por excelência da despesa. Toda despesa vultosa decorre de um contrato. Antigamente o contrato ia ao Tribunal para registro. E quando o Tribunal recusava o contrato, havia o recurso ao Congresso Nacional. Não era instância única, o Tribunal caminhava geminado com o Poder Legislativo. Depois essa exigência suprimiu-se e hoje se manda que o Tribunal represente ao Congresso, por entender que a despesa, que é a mais importante, que é a mais vultosa, decorrente de contrato, é ilegal. Ora – meu Deus – se uma despesa é ilegal, não há como convalidar essa despesa. O que é ilegal é ilegal hoje, amanhã, depois de amanhã, a vida toda. Então não se entende a Constituição ao retirar do Tribunal a competência para julgar os contratos. Deu ao Tribunal um prazo exíguo, impossível, de trinta dias para que se pronuncie a respeito. Se o prazo decorre e o Congresso não se manifesta, tem-se como insubsistente a impugnação. Se fosse outra a razão de impugnação, mas se o que se invoca é a ilegalidade, não ha como, em trinta dias, transformar o que é ilegal em legal. É um período muito curto para essa prescrição, por assim dizer” (Idem, *ibidem*).

Tenho a impressão de que as cortes de contas quiseram evitar o custo político de formalizar pleito nesse sentido — afinal, qualquer mudança na dinâmica do controle dos contratos firmados pela administração pública importaria na redistribuição de poderes entre Congresso Nacional e tribunais de contas, seu auxiliar. Cogitação nesse sentido não seria absurda, visto que os tribunais de contas deixaram de tratar de outro tema (nomeação dos seus ministros) por considerá-lo excessivamente sensível do ponto de vista político — nas palavras do Ministro do TCU Alberto Hoffmann, “A definição da forma de organização do Tribunal, bem como do processo de nomeação e das prerrogativas de seus ministros, constituem matéria de natureza política, cabendo à soberania da Assembleia Nacional Constituinte sobre elas decidir”¹⁵⁴.

Também é preciso levar em conta que o ambiente da ANC, como visto, já era amplamente favorável à modificação do teor do art. 73, § 6º, da Constituição de 1967. Se os constituintes ao menos num primeiro momento já tendiam a prever solução normativa mais favorável aos tribunais de contas, por que correr o risco de com eles se indispor — constituintes que, em verdade, eram membros do Legislativo investidos de poderes especiais para confeccionar a nova Constituição?

Se a decisão dos tribunais de contas (de se absterem de tratar do tema no anteprojeto que apresentaram à ANC) foi fruto de cautela, de estratégia ou do acaso, é irrelevante. O que realmente importa observar é que a tese de que os tribunais de contas deveriam ter a palavra final acerca da sustação de contratos considerados ilegais (pelas próprias cortes de contas) ganhou força. Prova disso é que o anteprojeto elaborado pela Subcomissão do Orçamento e Fiscalização fez constar que, em caso de inércia do Congresso Nacional (para decidir pela sustação dos contratos indicados pelo tribunal de contas), *prevaleceria a decisão da corte de contas*.¹⁵⁵

¹⁵⁴ Idem, p. 51.

¹⁵⁵ Confira-se o teor do anteprojeto elaborado pela Subcomissão do Orçamento e da Fiscalização:

“Art. 27. O Tribunal de Contas da União, de ofício ou mediante provocação do Ministério Público ou das auditorias financeiras, orçamentárias e patrimoniais, se verificar a ilegalidade de qualquer ato suscetível de gerar despesa ou variação patrimonial, inclusive editais, contratos, nomeações e contratações de pessoal, aposentadoria, disponibilidades, transferências para a reserva remunerada, reformas e pensões, deverá:

I – assinar prazo razoável para que o órgão ou entidade da administração pública adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei;

II – sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado.

§ 1º Na hipótese de contrato, a parte que se considerar prejudicada poderá interpor recurso, sem efeito suspensivo, ao Congresso Nacional.

§ 2º Se o Congresso Nacional, no prazo de 60 (sessenta) dias, não se pronunciar sobre o recurso previsto no parágrafo anterior, *prevalecerá a decisão do Tribunal de Contas da União*”.

E mais: a solução ampliativa das competências dos tribunais de contas ganhou fôlego não só na subcomissão em que o órgão de controle participou mais ativamente, mas, também, na própria Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças. O anteprojeto elaborado pela comissão e encaminhado à Comissão de Sistematização também estabelecia que, em caso de inércia do Congresso Nacional, prevaleceria a decisão do tribunal de contas. Veja-se o que o constituinte José Serra, relator do anteprojeto, disse sobre o tema:

“Fortalecemos também o papel dos Tribunais de Contas e dos organismos de controle interno dentro do Poder Executivo e dos externos, feitos pelos Tribunais de Contas. Permitimos que o Tribunal de Contas suste, quando for o caso, a execução de ato ou contrato eventualmente impugnado, mesmo que, havendo recurso ao Congresso Nacional, este não se manifeste. Hoje, quando isto acontece, prescreve o problema. Permitimos que o Tribunal, depois de determinado tempo, caso não haja manifestação do Congresso Nacional, faça a impugnação”.¹⁵⁶

A despeito de todo o apoio que a solução ampliativa das competências das cortes de contas teve no processo de elaboração da Constituição de 1988, fato é que ela *não foi aceita pela maioria da ANC*. Não se sabe ao certo o momento em que a redação do dispositivo foi alterada; o que se sabe, contudo, é que a redação final do dispositivo correspondente ficou substancialmente distinta daquela sugerida pelas comissões temáticas.¹⁵⁷

Parece razoável supor, assim, que a expressão “o Tribunal decidirá a respeito” tenha conteúdo distinto da expressão “prevalecerá a decisão do Tribunal de Contas da União”. Isto é, tudo indica que a ANC não quis dar aos tribunais de contas a competência para substituir a manifestação de vontade do Congresso Nacional. Interpretação em sentido contrário a meu ver seria equivocada por esvaziar a rejeição da ANC à redação dada ao dispositivo pelas comissões e subcomissões temáticas.

¹⁵⁶ Assembleia Nacional Constituinte – Ata de Comissões, Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças, 6ª reunião, 8.6.1987, p. 39.

¹⁵⁷ Veja-se a redação da Constituição de 1988 em relação ao tema:

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

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

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*” (grifos acrescentados).

3.3.7. Poder normativo dos Tribunais de Contas

Bastante inusitada era a previsão constante do parágrafo único do art. 71 do anteprojeto apresentado pelos tribunais de contas à Subcomissão do Orçamento e da Fiscalização Financeira: “As normas para o exercício do controle externo serão fixadas pelo Tribunal de Contas, que aplicará aos responsáveis as sanções previstas em Lei”. Vale ressaltar que o art. 71 descrevia as competências dos tribunais de contas — por exemplo, julgar atos e contas dos administradores, realizar inspeções e auditorias, etc.

Qual seria, afinal, o conteúdo da norma desse parágrafo único? O que significaria a autorização para que os tribunais de contas fixassem “as normas para o exercício do controle externo”? Qual seria a extensão do poder normativo que a norma pretendia conferir aos tribunais de contas? Nada disso ficou claro exclusivamente a partir do teor do dispositivo.

Talvez por conta do laconismo da norma o constituinte José Luiz Maia tenha solicitado esclarecimentos aos ministros do TCU presentes à sessão: “Com relação ao parágrafo único do art. 71, sugerindo, que atribui ao Tribunal de Contas o poder de normatizar o exercício de controle externo, não seria atribuição do Congresso, inserido até no Regimento Interno da futura Comissão Permanente?”¹⁵⁸

À indagação o Ministro do TCU Ewald Pinheiro respondeu da seguinte maneira:

“O primeiro aspecto é quanto ao parágrafo único do art. 71 da Constituição, que diz que as normas para o exercício do controle serão fixadas pelo Tribunal de Contas, que aplicará aos responsáveis as sanções previstas em lei. Entendemos que, num processo há uma parte processualística, de execução. Evidentemente a lei traçará o controle. Será definido em nossa Lei Orgânica, que deverá surgir. Com relação ao processo, caberá ao Tribunal, como acontece hoje, fixar as normas. Tanto que, quando se fala nas sanções, a lei deve prevê-las, expressamente. A lei prevê a sanção, tem de definir o fato ou o ato passivo de sanção. Então, esta parte é substantiva e é da competência do Congresso Nacional. Mas a parte processualística de organizar o processo caberá ao Tribunal. O sentido do parágrafo é este”¹⁵⁹.

O dispositivo pleiteado pelas cortes de contas não ganhou a adesão dos constituintes e não foi incluído no anteprojeto da Subcomissão do Orçamento e Fiscalização, tampouco no anteprojeto das comissões. Ou seja, o pleito dos tribunais de contas para que pudessem normatizar o controle externo foi rechaçado pela ANC.

¹⁵⁸ Assembleia Nacional Constituinte – Ata de Comissões, Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças, Subcomissão do Orçamento e Fiscalização, 7ª reunião extraordinária, 6.5.1987, p. 56.

¹⁵⁹ Idem, *ibidem*.

3.4. Conclusões parciais

A ANC funcionou de maneira bastante singular. No âmbito das subcomissões e comissões temáticas, foi descentralizada e significativamente permeável aos mais variados interesses; já no âmbito da comissão de sistematização, por exemplo, apontada como a grande responsável por “redigir” a Constituição de 1988, foi substancialmente centralizada e hermética. Por conta dessa complexa dinâmica de funcionamento, não parece factível extrair dos registros da ANC posições, correntes de pensamento ou decisões uniformes e definitivas. É praticamente impossível, pois, cravar que a constituinte inequivocamente objetivou criar tal ou qual norma ou chegar a tal ou qual resultado. A realidade é que havia, dentro da ANC, muitas ANCs; a constituinte era fragmentada, e não um todo homogêneo e coeso.

Isso não quer dizer, contudo, que a reconstrução da história legislativa da Constituição tenha sido vã. Ao revés, por meio desse exercício foi possível identificar com nitidez: 1) desafios, temas sensíveis e importantes entraves ligados ao controle da administração pública sob responsabilidade dos tribunais de contas; 2) atores que influíram no processo de formulação da Constituição de 1988; e 3) a trajetória (mais ou menos precisa, a depender do caso concreto) de elaboração dos dispositivos da Constituição de 1988 relativos ao controle da administração pública sob responsabilidade dos tribunais de contas — justamente as tarefas que o trabalho, nesse tópico em específico, se propôs realizar.

Da leitura dos anais da ANC, observa-se que o grau de reflexão do constituinte sobre o modelo de controle externo a ser desempenhado pelo TCU e sobre as externalidades (positivas e negativas) que as normas que delineou produziram foi baixo. A impressão que se tem é a de que o processo de reforma¹⁶⁰ das competências dos tribunais de contas foi *incremental*¹⁶¹, substancialmente inspirado na prévia experiência de

¹⁶⁰ A expressão “reforma das competências dos tribunais de contas” não é terminologicamente a mais correta, visto que a Constituição de 1988 não promoveu uma *reforma*, mas inaugurou uma nova ordem jurídica. A despeito disso, opto por utilizá-la, pois, como visto, os tribunais de contas não surgiram com a Constituição de 1988. Ao contrário, existiam desde há muito tempo e eram disciplinados pelo regime constitucional anteriormente vigente. Parece razoável, assim, afirmar que a Constituição de 1988, especificamente em relação aos tribunais de contas, promoveu, sim, uma reforma jurídica.

¹⁶¹ O termo “incremental” remete ao incrementalismo, um modelo de análise de políticas públicas idealizado pelo cientista político Charles E. Lindblom. Em síntese, o incrementalismo descreve o processo de construção de políticas públicas por meio de tentativa e erro, isto é, de constantes ajustes dos meios para o alcance de fins pré-definidos. V. LINDBLOM, Charles E. *Muddling through 1: a ciência da decisão incremental*. In: HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, José Francisco (org.). *Políticas Públicas e*

controle e fortemente influenciado por atores externos à ANC (especialmente pelas próprias cortes de contas). A ausência de reflexão sobre um modelo “ótimo” de controle é nítida e, como se verá no capítulo subsequente, impactou a conformação das normas do Texto Constitucional.

Pela perspectiva dos tribunais de contas, a ANC se apresentou como uma janela de oportunidade singular. Digo isso por basicamente duas razões.

A primeira delas se refere à lógica descentralizada da ANC (ao menos no que tange às subcomissões e comissões temáticas). Esse sistema de construção do Texto Constitucional, por ser altamente permeável à sociedade em geral (lembre-se que nenhuma outra constituinte foi tão aberta como a de 1987-1988), permitiu que as cortes de contas se fizessem presentes e que de algum modo conseguissem apresentar aos constituintes seus pleitos, opiniões e interesses. A segunda razão diz respeito ao momento histórico em que a ANC se situou. O ambiente da constituinte era bastante propício à ampliação das competências e do espaço de atuação de instituições de controle da administração pública (Legislativo, tribunais de contas, ministério público, etc.), vez que o país acabava de emergir de um período ditatorial (de pujança quase absoluta do Poder Executivo, portanto). Em reação quase natural ao período ditatorial que a precedeu, o constituinte frequentemente raciocinou em contraposição ao Executivo, produzindo, com isso, condições ideais para o florescimento de instituições voltadas a fiscalizar e a conter a administração.

Não só o ambiente era propício aos controladores como os tribunais de contas, capitaneados pelo TCU, souberam aproveitá-lo. A minuta de anteprojeto que apresentaram à Subcomissão do Orçamento e Fiscalização Financeira, como visto, acabou dando o tom do debate e direcionou a elaboração do Texto Constitucional. Também é interessante observar que a atuação dos tribunais de contas na ANC foi bastante consciente (sabiam o que tinham sido no passado, o que eram naquele momento e o que podiam vir a ser no futuro) e concertada (conforme dito pelos próprios ministros do TCU, a minuta de anteprojeto que apresentaram foi fruto de consenso e de prévio diálogo entre os tribunais de contas de todo o Brasil).

Se fosse preciso sintetizar as características da atuação dos tribunais de contas na ANC em uma única frase, diria que eles procuraram, quase sempre, advogar em prol da

Desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise. 2ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2010, p. 161-180.

ampliação de suas próprias competências e do seu escopo de atuação. Isso fica evidente, por exemplo, nos pleitos que realizaram (via anteprojeto ou verbalmente, nos debates). De uma maneira ou de outra, os tribunais de contas buscaram: 1) ampliar o grau de abrangência do controle — de modo que pudessem fiscalizar quaisquer pessoas (físicas e jurídicas) que gerissem recursos públicos); 2) realizar novos tipos de controle — por exemplo, auditoria operacional, que, antes, apenas fazia parte do plexo de competências de órgãos de controle interno; 3) ampliar as competências para controle prévio ou concomitante — por exemplo, colocando ênfase nas inspeções e auditorias; 4) ter autorização expressa para sustar a execução de contratos — suprimindo, assim, eventual inércia do Congresso Nacional na apreciação da matéria; e 5) obter da Constituição competência normativa, de modo que pudessem editar “normas para o exercício do controle externo”.

Outra constatação interessante desse tópico diz respeito ao provável fato de os tribunais de contas, para elaborarem seus pleitos à ANC (anteprojeto), terem colhido subsídios das normas gerais de controle constantes da Declaração de Lima elaborada pela INTOSAI. O diploma contém uma série de diretrizes que compõem um conjunto de “melhores práticas” — elas explicam, por exemplo, o modo como as instituições superiores de controle deveriam se relacionar com o parlamento; qual deveria ser seu escopo de atuação; quais tipos de controle poderiam e deveriam realizar, etc.

É importante notar, contudo, que, apesar de os tribunais de contas aparentemente terem se inspirado na Declaração de Lima para formalizar suas demandas, eles não ficaram a ela adstritos. O anteprojeto que apresentaram à ANC continha dispositivos que não encontravam correspondência na Declaração de Lima — por exemplo, o que dizia que “O Tribunal de Contas julgará, para fins de registro, a legalidade dos atos de nomeação de pessoal para cargos de caráter efetivo, nos quadros permanentes dos órgãos da administração direta, bem como das concessões iniciais de aposentadoria, reformas e pensões, independente de julgamento as melhorias posteriores, que não alterem o fundamento legal (art. 76)”.

A razão para os tribunais de contas não terem formulado pleito adstrito às diretrizes gerais da Declaração de Lima pode estar no que afirmou um dos servidores do TCU que entrevistei. Veja-se:

Entrevistado D: “(...) atos de pessoal não estão lá [na Declaração de Lima]. Dizem que, em 1988, quando foram redesenhadas as atribuições do TCU, havia um certo receio de que se apenas e tão somente aqueles requisitos da Declaração de Lima fossem constitucionalizados.

Aquilo esvaziaria o tribunal. Havia ali um certo receio [de perder a competência relativa a atos de pessoal]. [O raciocínio parece ter sido:] Então vamos manter a rotina que tinha na Constituição de 1967 (que pegou de 1946), em que havia uma série de procedimentos que o tribunal cumpria. Mantém aí para assegurar nossa necessidade de funcionamento operacional, de pessoal, para agente não perder, para não desidratar. Ouvi dizer, então, que essas atribuições estranhas [como a de controle de atos de pessoal] estão aí por conta do receio de, trazidos apenas os preceitos da Declaração de Lima, ocorrer um esvaziamento do tribunal”.¹⁶²

Tudo indica que os tribunais de contas formularam suas demandas colhendo subsídios das melhores práticas elaboradas pela INTOSAI (Declaração de Lima) e, também, do que dispunham as normas das antigas constituições acerca de suas competências. Procuraram, assim, garantir o melhor de dois mundos, visando, de um lado, ampliar suas competências e, do outro, evitar que a constituinte viesse a desidratá-los.

A despeito da forte influência dos tribunais de contas na ANC (que procuraram ampliar seu espaço de atuação), é preciso observar que nem todas as suas demandas foram atendidas.

É bem verdade que o *discurso* dos constituintes estava fortemente calcado na lógica de “quanto mais controle, melhor!”. Os documentos que compõem a história legislativa denotam que as propostas de ampliação das competências dos órgãos de controle e de ampliação dos controles em geral, não foram precedidas de análises cuidadosas, de aferição de custos e benefícios das medidas a serem adotadas, etc. O processo foi, como dito, altamente incremental e pouco racional (“quanto mais controle, melhor!”). Não obstante o processo ligeiramente caótico e o discurso amplamente favorável à ampliação quase que irrestrita dos controles, a *prática* do constituinte foi significativamente distinta.

Diversos dos pleitos dos tribunais de contas foram barrados, ou ao menos mitigados. Por exemplo, os tribunais de contas não foram autorizados a realizar amplo controle prévio ou concomitante (a regra, como ficará claro no capítulo subsequente, foi o controle *a posteriori*), tampouco foram autorizados a suprir eventual omissão do Congresso Nacional em decidir sobre a sustação de contratos em execução. Há, assim, um contraste entre o *discurso* dos constituintes e a *prática* da ANC.

Em conclusão, é possível dizer que o momento no qual a ANC estava inserida era favorável aos controladores, os quais, muito habilmente, se valeram da estrutura organizacional da ANC para influir. Sua influência provavelmente foi potencializada pelo fato de os constituintes não terem previamente discutido e refletido sobre o que, na sua visão, seria um sistema de controle “ótimo”; não tinham claro para si mesmos qual

¹⁶² Entrevista realizada na sede do TCU, em Brasília, no dia 10.06.15.

deveria ser o específico papel dos tribunais de contas no cenário de controle da administração pública. Por essa perspectiva, pode-se afirmar que os constituintes em alguma medida foram “capturados” pelos controladores¹⁶³, que, no vácuo de ideias e de projetos, conseguiram dar o tom do debate. Nem por isso, como se viu, os tribunais de contas tiveram sucesso em todas as suas demandas. A ANC, face às “provocações” dos tribunais de contas, em diversos momentos reagiu, refutando ou mitigando pleitos que considerava inadequados ou abusivos.

4. O processo de construção da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União

O exercício de análise da história legislativa da lei 8.443, de 16 de julho de 1992 – Lei Orgânica do TCU (ou simplesmente LOTCU), terá por finalidade, tal qual o estudo desenvolvido no tópico anterior, colher subsídios do processo legislativo que sejam úteis à identificação da política pública delineada pelo legislador para o controle externo da administração pública sob responsabilidade do TCU (*legislature’s general intent*) e, secundariamente, à resolução de eventuais ambiguidades ou inconsistências de textos jurídicos ligadas ao delineamento de competências da Corte de Contas (*legislature’s specific intent*).¹⁶⁴ Foge ao escopo do presente tópico explorar em detalhes o conteúdo propriamente dito da LOTCU — essa tarefa ficará para o Capítulo 4.

A matéria-prima com a qual trabalharei a seguir se resume, basicamente, aos projetos de lei que ao final resultaram na LOTCU, aos debates parlamentares, às emendas parlamentares e aos pareceres das comissões do Congresso Nacional (Comissão de

¹⁶³ A expressão “capturado” poderia, em um primeiro momento, sugerir algum juízo de valor da parte do autor (p.ex., dando a entender que teria sido nefasta a participação do TCU no processo de elaboração das normas que viriam a reger suas competências). Definitivamente não é o caso. A expressão é aqui utilizada apenas para chamar a atenção do leitor para o fato de o legislador ter sido fortemente influenciado por uma visão de mundo em específico (a do Tribunal). Esse fato, por si só, não é negativo. Penso, no entanto, que caso o legislador realmente tivesse se debruçado sobre o tema (do controle da administração pública pelo TCU), ele poderia, eventualmente, ter angariado mais elementos, instrumentos e argumentos para ao menos testar as teses, propostas e sugestões que recebeu do TCU. Caso tivesse agido dessa maneira, certamente teria contribuído para enriquecer o processo constituinte.

¹⁶⁴ O uso do processo legislativo para a resolução de eventuais ambiguidades ou inconsistências de textos normativos voltados a disciplinar competências do TCU ficará mais evidente no **Capítulo 2**, no qual me proponho, entre outras coisas, a sistematizar e a interpretar o conjunto de competências criadas pela legislação para o TCU.

Constituição, Justiça e Redação, Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público, etc.).¹⁶⁵

A partir desse material, organizarei a história legislativa do diploma normativo em grandes temas (como procurei fazer em relação à história legislativa da Constituição de 1988), todos eles de algum modo conectados ao delineamento de competências do TCU. Sempre que possível, procurarei demonstrar a evolução de cada um dos assuntos ligados a estes grandes temas e apontar se as propostas e ideias dos congressistas (ou de outros atores que eventualmente tiverem se manifestado no curso do processo legislativo) foram, ou não, incorporadas à LOTCU. Em regra, me absterei de comentar temas e problemas que não tiverem emergido no curso do processo legislativo (nos projetos de lei, nas emendas parlamentares, nos debates parlamentares ou nos pareceres das comissões).

4.1. Projeto da Lei Orgânica e seu contexto e o protagonismo do Tribunal de Contas da União no processo legislativo

A LOTCU derivou do projeto de lei 4.064-A – PL, proposto na Câmara dos Deputados em 27 de outubro de 1989 e enviado à sanção presidencial em 25 de junho de 1992, ao qual foram apensados outros tantos projetos de lei.¹⁶⁶ Como afirmou o Senador Pedro Simon (relator do PL no Senado Federal), o projeto “teve uma longa tramitação na Câmara dos Deputados; permaneceu lá exatamente dois anos”.¹⁶⁷

¹⁶⁵ A íntegra do processo legislativo da LOTCU foi obtida por meio de consulta realizada por e-mail ao Sr. Humberto Caetano de Souza, funcionário da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça. Recebi o dossiê completo da lei 8.443/92 em 12.08.2014.

¹⁶⁶ Os seguintes projetos de lei foram apensados ao PL: 1.492/89 (de autoria do Deputado Adhemar de Barros Filho, buscava regulamentar o procedimento para efetuar denúncias de irregularidades e ilegalidades perante o Tribunal); 3.341/89 (de autoria do Deputado Nilton Friedrich, que também buscava regulamentar o procedimento para a efetuação de denúncias de irregularidades e ilegalidades perante o Tribunal); 3.548/89 (de autoria do Deputado Uldorico Pinto, que também buscava regulamentar o procedimento para a efetuação de denúncias de irregularidades e ilegalidades perante o Tribunal); 3.608/89 (de autoria do Deputado Felipe Mendes, que também buscava regulamentar o procedimento para a efetuação de denúncias de irregularidades e ilegalidades perante o Tribunal); 2.118/89 (de autoria do Deputado Nilson Gibson, que dispunha sobre sanções a serem aplicadas pelo TCU); 3.597/89 (de autoria do Deputado Nelson Friedrich, que genericamente estabelecia infrações aos administradores); e 5.232/90 (de autoria do Senador Nelson Carneiro, que também buscava regulamentar o procedimento para a efetuação de denúncias de irregularidades e ilegalidades perante o Tribunal). Como se pode ver, a maior parte dos projetos de lei apensados ao PL buscava regulamentar o procedimento para denúncias, inclusive por cidadãos comuns, de irregularidades e ilicitudes perante o TCU.

¹⁶⁷ Diário do Congresso Nacional, 03.04.1992, Seção II, p. 1749. A longa tramitação do PL talvez possa ser explicada não pelo litígio, mas pelo aparentemente baixo grau de engajamento dos congressistas na elaboração da LOTCU. A leitura do processo legislativo revela que os deputados federais, ao menos no início da tramitação do PL, não propuseram intervenções mais profundas no seu teor (tampouco se dedicaram a discutir seus dispositivos), demonstrando, assim, pouco interesse pelo PL (seja para convertê-lo em lei, seja para rejeitá-lo). Os senadores, por seu turno, propuseram emendas mais interventivas e chegaram a debater alguns dos seus dispositivos. No entanto, extrai-se dos registros do PL que, não raro,

O tempo supostamente longo para a aprovação do PL poderia, em um primeiro momento, sugerir uma tramitação litigiosa. Não é, contudo, o que os documentos revelam. Evidentemente que houve disputas entre os parlamentares no curso do processo legislativo — sobretudo acerca da conveniência e da possibilidade jurídica da instituição do Ministério Público junto ao TCU e da pertinência de certos julgamentos serem realizados pela Corte de Contas a portas fechadas (temas que, sob a ótica da regulamentação das competências do TCU têm menor relevância) —, mas, a despeito das muitas emendas parlamentares (para se ter uma ideia, só o primeiro parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado propôs 42 emendas ao PL¹⁶⁸), a regra geral foi o consenso, mesmo em relação às propostas de modificação do PL que surgiram no curso do processo legislativo.

É importante, aqui, destacar o peculiar momento da história do Brasil durante o qual o PL tramitou no Congresso Nacional. Sua propositura praticamente coincidiu com o início do mandato do Presidente Fernando Collor de Mello (o primeiro presidente eleito diretamente pelo povo após a queda do regime militar) e sua sanção ocorreu pouco antes de o então Presidente renunciar, em 29 de dezembro de 1992, em função do processo de *impeachment* que contra ele havia sido instaurado. O governo Collor, como é de amplo conhecimento, ficou marcado por uma série de escândalos de corrupção envolvendo desvios de recursos públicos.

E por que essa informação (a de que o PL tramitou durante o governo Collor) seria de algum modo relevante?

A resposta é simples: com o Executivo desgastado e desarticulado — ao ponto de não ter sido capaz de evitar a abertura e o avanço do *impeachment*, um processo essencialmente político conduzido pelo Congresso Nacional —, criou-se ambiente em tese favorável a certo protagonismo do Congresso, que, entre outras medidas, poderia, ao menos teoricamente, se utilizar do PL — que propunha disciplinar as competências de um

votações no Senado a ele relacionadas tiveram que ser sucessivamente adiadas por falta de quórum. Nesse sentido, confira-se fala do Senador Ronan Tito:

“Sr. Presidente, apelo justamente aos Srs. Senadores que se encontram nos seus gabinetes e nas comissões para que venham agora ao plenário, uma vez que essa é matéria da maior importância”.

Na sequência, o Presidente da Sessão, Senador Mauro Benevides, reforçou o pedido do Senador Tito afirmando o seguinte:

“A Presidência volta a insistir aos Srs. Senadores que ainda estão nos corredores, para que apressem o passo a ponto de participar da verificação de quórum, que agora se processa, para o exame do projeto relacionado com a Lei Orgânica do Tribunal de Contas” (Diário do Congresso Nacional, 24.04.1992, Seção II, p. 2376).

¹⁶⁸ Idem, *ibidem*.

dos principais responsáveis pelo controle dos recursos públicos federais — para dar uma “resposta” aos anseios da sociedade (por mais justiça, por menos impunidade, etc.).¹⁶⁹

Em momentos de crise aguda, o legislador, ansiando atender ao clamor popular, não raro responde a escândalos de corrupção na administração pública com ampliação e aprofundamento do aparato de controle — a lei 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade) e a lei 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitações), ambas voltadas a criar amarras à administração pública e a seus gestores e editadas praticamente na mesma época da LOTCU, são exemplos notórios disso.¹⁷⁰ Trata-se de reação quase instintiva (e, portanto, pouco refletida) calcada na suposição de que quanto mais controle houver e quanto mais interventivos e numerosos forem os órgãos de controle, menor será o espaço para corrupção e para desmandos (e, portanto, melhor será). Nesse raciocínio, o grau de corrupção e de desvios seria inversamente proporcional à quantidade e à intensidade dos controles.¹⁷¹

Será, mesmo, que essa lógica é verdadeira? Controles infinitamente abrangentes e intensos realmente trazem bons resultados? Haveria riscos e problemas decorrentes de eventual expansão indiscriminada dos controles? Evidentemente que nesse tipo de ambiente (de reação instantânea a clamores da população), dificilmente haveria espaço para discussões aprofundadas e sofisticadas sobre qual seria o melhor desenho normativo e institucional dos sistemas de controle e sobre qual seria a melhor maneira de torná-los realmente eficientes e eficazes.

¹⁶⁹ Os incentivos para que o Congresso assumisse a postura de “justiceiro” estavam lá. É o que se depreende, p.ex., do depoimento do Senador Pedro Simon. Confira-se:

“Desde o início, Sr. Presidente, desde os debates, como Relator na Comissão, V. Ex^a estão verificando, a matéria recebeu cerca de quarenta emendas de plenário, e nós aceitamos quase que a maioria delas. A nossa preocupação, numa hora como esta, é dar dimensão, é dar força à organicidade da busca da responsabilidade pelos abusos de poder, principalmente no setor público deste País.

(...)

Estou empenhado, junto com muita gente, na campanha contra a impunidade, para que ela não seja a característica deste País. Como bem disse o Líder do meu Partido, Senador Humberto Lucena, já se fala em um novo Governo, oriundo das mudanças estabelecidas pelo Presidente da República. O ilustre Senador governista de Rondônia, Odacir Soares, referiu-se, durante um aparte, ao Governo, não como aquele que caiu por causa da corrupção, mas como um Governo que é um espetáculo, uma maravilha! Receio que, mais uma vez, as manchetes e as notícias e tudo o mais caia no esquecimento, que é uma característica deste País” (Diário do Congresso Nacional, 03.04.1992, Seção II, p. 1755).

¹⁷⁰ V. SUNDFELD, Carlos Ari. Administração e justiça: um novo equilíbrio? In: *Direito Administrativo para Céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 317-340 e ROSILHO, André. *Licitação no Brasil*, op. cit.

¹⁷¹ Essa visão é descrita por Floriano de Azevedo Marques Neto em “Os grandes desafios do controle da administração pública” (op. cit.).

Isto é, sendo o legislador, como afirma Conrado Hübner Mendes, dado a “vender” balas de prata em momentos de crise,¹⁷² não seria de se estranhar que o Congresso, numa dessas reações instintivas (e, portanto, desprovidas do necessário amadurecimento e reflexão), moldasse o PL de modo a fazê-lo refletir o mote “quanto mais controle, melhor”, supostamente na esperança de que o órgão, com mais poder e musculatura, fosse capaz de futuramente evitar desmandos semelhantes aos ocorridos no passado.

Outro relevante aspecto a se ter em mente quando da análise do processo legislativo da LOTCU diz respeito ao fato de que a propositura do PL ocorreu pouco mais de um ano após a promulgação da Constituição Federal de 1988, diploma que, de acordo com o Deputado Osmar Correa, relator da Comissão de Constituição, Justiça e Redação, teria, em relação à disciplina jurídica dos tribunais de contas, inovado ao prever: 1) “o poder de examinar os atos da administração também dos pontos de vista da legitimidade e da economicidade”; 2) “o alcance incondicionado de sua jurisdição sobre todas as pessoas que de alguma forma sejam responsáveis por valores públicos”; 3) “a previsão de eficácia de sentença aos seus julgados, para o fim de execução”; 4) “a consolidação de sua autonomia administrativa”; 5) “a capacidade de suprimento de medidas de competência do Legislativo ou do Executivo, caso estes Poderes se omitam (CF, art. 71, parágrafos 1º e 2º)”.¹⁷³

Foi surpreendente observar a forte presença dos tribunais de contas na ANC, que, como demonstrado no tópico anterior, deram o tom do debate sobre os contornos dos dispositivos constitucionais relativos ao controle sob sua responsabilidade. Menos

¹⁷² MENDES, Conrado Hübner. Os vendedores de bala de prata, *O Estado de S. Paulo*, 12 de maio de 2015. Conrado usa a expressão em contexto bastante específico — refere-se ele às soluções simplistas e populistas na seara penal, que normalmente surgem após algum episódio trágico que termina por chocar a sociedade de um modo geral. O próprio autor reconhece, contudo, que o Legislativo também propõe a solução bala de prata em outras matérias.

Para Conrado, “(...) a política brasileira continua pródiga em vendedores de bala de prata. Que aceitemos ser seus fiéis compradores só faz escancarar nosso déficit de aprendizagem coletiva. Vendem-se bala de prata para solucionar variados assuntos da vida pública. Mas em nenhum lugar ela é tão desoladora quando na segurança, pois manipula nosso instinto mais elementar de sobrevivência. Esse é o trágico enredo dos capítulos passados e futuros da espiral de violência brasileira.

A bala de prata, munição certa e infalível, existe no folclore. Serve para matar lobisomem e outros bichos imaginários. Na política criminal, temos problemas mais espinhosos e demorados para enfrentar. Permanecem tão urgentes como intocados. São importantes demais para ficar na mão de mercadores do medo alheio, acionistas políticos da lucrativa indústria da segurança”.

¹⁷³ Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Redação, 27.06.90. Registro minha discordância em relação ao ponto nº 5 elencado pelo Deputado (“a capacidade de suprimento de medidas de competência do Legislativo ou do Executivo, caso estes Poderes se omitam”). É que, como demonstrado no tópico anterior, a ANC, que inicialmente de fato tendia a autorizar de maneira expressa que os tribunais de contas suprissem eventual omissão de outros Poderes, em algum momento mudou de posição e, ao final, aprovou redação distinta para o § 2º do art. 71 da Constituição, (“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*”). Voltarei ao tema mais adiante, no **Capítulo 2**.

surpreendente, mas nem por isso menos relevante, é notar que o TCU, também em relação ao processo legislativo por meio do qual foi confeccionada sua lei orgânica, se fez significativamente presente, a começar pelo fato de ele próprio ter sido o autor do PL e o responsável por introduzi-lo ao Congresso Nacional.

Ao apresentar o PL ao Legislativo, o TCU invocou o art. 96, II, c/c o art. 73, ambos da Constituição Federal.¹⁷⁴ É curioso que da leitura dos dispositivos não se extrai, ao menos não expressamente, que seria do TCU a iniciativa de propor sua lei orgânica. A realidade é que a Corte de Contas entendeu que estaria implícita na Constituição sua competência privativa para propor ao Congresso o regramento de matérias em tese *interna corporis* (tais como organização interna e cargos do tribunal). Propugnou, assim, que lhe fosse analogicamente atribuída competência que para os órgãos de cúpula do Judiciário foi expressamente conferida pelo Texto Constitucional.

A interpretação analógica do TCU foi aceita pelo Congresso, que não contestou os termos do parecer emitido pela Comissão de Constituição, Justiça e Redação da Câmara dos Deputados, segundo o qual “À ausência de restrição expressa, é concorrente, nos termos do art. 61, caput, da Carta Magna. Embora o Tribunal de Contas não esteja ali

¹⁷⁴ Confira-se o teor dos dispositivos na redação original da Constituição de 1988:

“Art. 96. Compete privativamente:

II - ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169:

a) a alteração do número de membros dos tribunais inferiores;

b) a criação e a extinção de cargos e a fixação de vencimentos de seus membros, dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver, dos serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados;

c) a criação ou extinção dos tribunais inferiores;

d) a alteração da organização e da divisão judiciárias;

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

§ 1º Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão nomeados dentre brasileiros que satisfaçam os seguintes requisitos:

I - mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade;

II - idoneidade moral e reputação ilibada;

III - notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública;

IV - mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos mencionados no inciso anterior.

§ 2º Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão escolhidos:

I - um terço pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice pelo Tribunal, segundo os critérios de antiguidade e merecimento;

II - dois terços pelo Congresso Nacional.

§ 3º Os Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça e somente poderão aposentar-se com as vantagens do cargo quando o tiverem exercido efetivamente por mais de cinco anos.

§ 4º O auditor, quando em substituição a Ministro, terá as mesmas garantias e impedimentos do titular e, quando no exercício das demais atribuições da judicatura, as de juiz de Tribunal Regional Federal”.

contemplado, expressamente, sua equiparação a Tribunal Superior, na forma prevista pelo art. 73, caput, combinado com o art. 96, II, da Lei Maior, confere-lhe o impulso legiferante em matéria afeta a sua organização, como é o caso”.¹⁷⁵

O projeto elaborado pelo TCU (aprovado por unanimidade em sessão plenária do órgão em 25 de outubro de 1989) foi encaminhado ao Congresso Nacional pelo Ministro Presidente do TCU que, curiosamente, era à época Alberto Hoffmann.¹⁷⁶ Hoffmann, como visto anteriormente, teve atuação destacada durante a constituinte; também foi ele que, não só em nome do TCU, mas de todos os tribunais de contas do Brasil, introduziu à Subcomissão do Orçamento e Fiscalização Financeira da ANC o anteprojeto voltado a regulamentar as competências dos tribunais de contas no que viria a ser o futuro Texto Constitucional.

O TCU não se limitou a elaborar e propor o PL. Da leitura do processo legislativo da LOTCU observa-se que a Corte de Contas também acompanhou de perto a evolução do diploma normativo no Congresso, especialmente no Senado Federal. O parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania expressamente menciona que as emendas ao PL propostas pela Comissão advieram de sugestões de senadores e de *ministros do TCU*.¹⁷⁷

Passo, a seguir, a analisar os grandes temas surgidos no processo legislativo, chamando a atenção, sempre que possível, para a aprovação ou reprovação das propostas dos congressistas e para sua eventual incorporação à LOTCU.

4.2. Grandes temas do controle pelo Tribunal de Contas da União no processo de elaboração da sua Lei Orgânica

4.2.1. Grau de abrangência do controle pelo TCU

¹⁷⁵ Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Redação, 27.06.90.

¹⁷⁶ Alberto Hoffmann era economista de formação e foi ministro do TCU no período de 1983 a 1990, o tendo presidido de 1988 a 1989. Hoffmann também foi senador de 1990 a 1991, deputado federal por cinco legislaturas e deputado estadual por três vezes, além de ter exercido outros cargos públicos.

¹⁷⁷ Confira-se fala do Senador Pedro Simon:

“Afora os aprimoramentos decorrentes das Emendas cujo acolhimento acabamos de sugerir, parece-nos conveniente introduzir mais algumas alterações no texto do Projeto ora em exame, boa parte delas, ressalte-se, fruto de sugestões de parlamentares desta Casa e de *Ministros do próprio Tribunal de Contas da União*.

(...)

Acatando ponderação do Tribunal, ampliamos a abrangência da nossa proposta, dando ensejo a que a autoridade que deixar de agastar o dirigente sob investigação seja solidariamente responsabilizada não apenas pelos danos causados, mas também por todos os atos praticados por esse dirigente.” (Diário do Congresso Nacional, 31.03.1992, Seção II).

Estão inseridos nesse tópico debates e discussões relacionados, basicamente, a duas grandes questões: 1) Todo e qualquer recurso transferido da União para outros entes federativos deveria ser considerado como recurso federal e, portanto, em tese passível de ser controlado pelo TCU?; 2) O fato de entes privados receberem recursos públicos federais seria suficiente para que o TCU tivesse competência para investigá-los?

A primeira versão do PL (tal qual encaminhada pelo TCU ao Congresso), dizia que o Tribunal teria jurisdição sobre “os responsáveis pela aplicação dos recursos tributários arrecadados pela União e entregues aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e às instituições financeiras, nos termos do art. 159, incisos I e II, da Constituição Federal” (art. 7º, IV). Ou seja, o TCU, com esse dispositivo, pretendia não só ser autorizado a controlar “quaisquer recursos repassados pela União mediante *convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres*, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município”, tal como preconiza a Constituição em seu art. 71, VI, mas, também, ser autorizado a fiscalizar a aplicação de *recursos de qualquer natureza* arrecadados pela União e transferidos aos demais entes federativos (tais como os recursos arrecadados por meio de impostos pela União e repartidos a outros entes federativos por meio dos fundos de participação dos Estados e dos Municípios).

Tratou-se, pois, de evidente tentativa da Corte de Contas de ampliar o grau de abrangência do controle que lhe havia sido conferido pelo constituinte — lembre-se que a ANC chegou a cogitar que o TCU fosse competente para fiscalizar quaisquer tipos de transferências de recursos da União a outros entes federativos, tendo prevalecido, contudo, o posicionamento encabeçado pelo Senador José Serra (e que, ao final, ficou plasmado no art. 71, VI, da Constituição). Parece crível, portanto, afirmar que o TCU sutilmente pretendeu “driblar” decisão previamente tomada pela ANC.

Atento à mudança pleiteada pelo TCU, o Deputado Jairo Carneiro propôs a Emenda CCJR 01/90, solicitando a supressão do inciso IV do art. 7º do PL. Segundo o Deputado, “os recursos ali arrecadados [receita tributária por partilha de competência, arts. 153 a 156 da Constituição] não são todos federais, para efeito de apropriação. A Constituição manda que, nos percentuais indicados, sejam parte deles entregues aos Estados e ao Distrito Federal. Os Estados, por sua vez, entregarão 25% aos Municípios do que recebem”. Pelo fato de os recursos serem efetivamente dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, independentemente de a União arrecadá-los, “O controle de sua aplicação será da competência dos sistemas próprios, falecendo ao TCU competência para fiscalizá-las”.

Aduziu o Deputado por fim que “A Constituição criou o sistema de fiscalização orçamentária e financeira no âmbito estadual e do Distrito Federal, sendo desprovida de propósito medida que retire dos Tribunais de Contas estaduais a competência para o exercício do controle externo de parte da receita tributária local”. A emenda supressiva foi acolhida e o dispositivo foi removido em definitivo do PL.

O Deputado Jairo Carneiro também propôs outra emenda supressiva (Emenda CCJR 02/90), voltada contra dispositivo semelhante ao que impugnou por meio da Emenda CCJR 01/90. Dizia a primeira versão do PL que a jurisdição do Tribunal abrangeria “os responsáveis pela aplicação dos recursos provenientes das indenizações recebidas pelos Estados e Municípios, resultantes da extração de petróleo, xisto betuminoso e gás natural da bacia sedimentar terrestre e da plataforma continental” (art. 7º, III). Ao considerar como “federais” recursos recebidos pelos Estados e Municípios a título de indenização pela extração de hidrocarbonetos, a Corte de Contas, à toda evidência, quis ampliar o espectro do controle que lhe havia sido fixado pela Constituição.

De acordo com o Deputado, estas receitas (indenizações provenientes da exploração de hidrocarbonetos), apesar de concretamente serem auferidas pelos Estados e Municípios via transferências da União, seriam de “titularidade” dos próprios Estados e Municípios “e, como tal, incorporadas ao seu orçamento anual como participação no resultado da exploração acima mencionada e, como tal, devem ser controladas pelos sistemas próprios dos Estados ou dos Municípios”. Também nesse caso a emenda supressiva foi aprovada, sendo o conteúdo do dispositivo permanentemente removido do PL.

Mais adiante no curso do processo legislativo, o Senador Espiridião Amin propôs a Emenda CCJ 36, também ligada ao grau de abrangência do controle pelo TCU, por meio da qual pretendeu inserir no PL dispositivo para atribuir à Corte de Contas competência para “fiscalizar a aplicação de benefícios fiscais, creditícios e financeiros, de qualquer natureza, quanto a oportunidade e efeitos sócio-econômicos” (art. 1º, V). Segundo o Senador, a Constituição determinaria, em seu art. 70, que o controle externo abrangesse toda e qualquer renúncia de receitas e, por conta disso, seria importante que o TCU, no exercício de suas atribuições constitucionais, fiscalizasse “a aplicação de todo e qualquer recurso público, cabendo-lhe inclusive avaliar a oportunidade e os efeitos das renúncias de receitas”.¹⁷⁸

¹⁷⁸ Diário do Congresso Nacional, 31.03.92, Seção II, p. 1573.

É interessante que a emenda, caso viesse a ser aprovada, em tese abriria espaço para a Corte de Contas exercer competências próprias da administração pública — estabelecer critérios para a aplicação de benefícios fiscais, creditícios, etc. A emenda, no entanto, não foi adiante e o texto sugerido pelo Senador Amin ficou de fora do PL.

O mais polêmico dos aspectos ligados ao grau de abrangência do controle pelo TCU foi consignado pela primeira vez na Emenda CCJ 26, formalmente apresentada ao Congresso pelo Senador Pedro Simon. Em síntese, a emenda pretendia dar à Corte de Contas poder para, se assim julgasse necessário, estender eventuais inspeções e auditorias às *peessoas jurídicas de direito privado* de qualquer forma envolvidas, direta ou indiretamente, na aplicação dos recursos públicos objeto de suas fiscalizações. A emenda, se aprovada, ampliaria a extensão do inciso IV do art. 71 da Constituição (que restringiu as inspeções e auditorias às unidades administrativas dos Poderes e aos administradores responsáveis pela gestão de recursos públicos).

Segundo Simon, a emenda teria sido produto de pleito formulado pelo próprio TCU, segundo o qual seria preciso “deixar claro que a competência do Tribunal para apurar responsabilidades na aplicação de recursos públicos (incisos II e IV do art. 71 da Constituição) se estende também às pessoas jurídicas de direito privado de qualquer forma envolvidas nas despesas sob fiscalização”. Isso porque, novamente na visão do TCU, “a documentação contábil, fiscal, comercial e bancária das entidades privadas que de qualquer forma recebem recursos públicos constitui, frequentemente, elemento imprescindível para a apuração de irregularidade, fraudes e desvios”. Com base no exposto concluiu a Corte de Contas que “nos casos em que (...) as auditorias e inspeções se tenham de estender a essas pessoas, é indispensável que o Tribunal possa impor-lhes sanções, no caso de sonegação de informações, bem como requisitar a cooperação da Polícia Federal, quando necessário”.¹⁷⁹

O pleito do TCU foi amplamente apoiado pelo Senador, que via nessa proposta a possibilidade de moralizar as contratações públicas no país. De acordo com Simon, “estamos permitindo competência para que o Tribunal vá lá na empresa corruptora e que ela tenha a sua escrita aberta, a fim de que a imprensa possa examiná-la, bem como o corruptor, porque, neste País, mudar um corrupto, é muito difícil”. Novamente segundo o Senador, “Estamos (...) determinando (...) que o tribunal possa chegar a ela [empresa] e

¹⁷⁹ Diário do Congresso Nacional, 31.03.92, Seção II, p. 1571.

possa trazer ao banco dos réus e essa empresa não poderá negociar, por 5 anos ou mais, com nenhum setor público estadual, federal ou municipal”.¹⁸⁰

A Emenda CCJ 26, apesar de ter sido aprovada no Senado, encontrou fortes resistências na Câmara dos Deputados. Segundo o Deputado José Thomaz Nonô, a emenda não poderia ser aprovada por supostamente envolver invasão do Tribunal em questões atinentes às empresas de direito privado.¹⁸¹ Fato é que o dispositivo pleiteado pelo TCU e apoiado pelos senadores, ao fim e ao cabo, não vingou.

4.2.2. *Abrangência da competência do TCU para praticar atos de comando*

Este tópico abrange emendas e debates parlamentares de algum modo conectadas às competências do TCU para praticar atos impositivos, isto é, atos que produzam consequências jurídicas concretas e que sejam de observância obrigatória pela administração pública, por seus agentes, ou, eventualmente, por outros sujeitos responsáveis pela gestão de recursos públicos em sentido amplo. Estão excluídos desse tópico emendas e debates parlamentares ligados às competências sancionatórias do Tribunal. Apesar de as sanções em tese poderem ser classificadas como “atos de comando” (já que evidentemente produzem por si só consequências jurídicas concretas e são de observância obrigatória por parte dos sujeitos a quem se dirige), opto por tratá-las em apartado por conta de suas particularidades.

As seguintes questões sintetizam o pano de fundo das discussões que serão relatadas na sequência: 1) Qual deve ser a extensão das competências do TCU para a prática de atos de comando *cautelares* (no caso, destinados a garantir a lisura de investigações em curso)?; 2) Qual deve a extensão das competências do TCU para o exercício de *controle prévio* em matéria de contratações públicas?; 3) Em que medida o TCU deve ser competente para *suprir eventual omissão* dos Poderes Executivo e Legislativo?; e 4) Por onde passaria a linha divisória que delimita o *campo de atuação próprio do controlador* e o *campo de atuação próprio do administrador*?

A primeira discussão relacionada ao tema mais geral deste tópico emergiu por conta da Emenda CCJ 2, proposta pelo Senador Pedro Simon.¹⁸² A emenda — cujo teor

¹⁸⁰ Diário do Congresso Nacional, 03.04.92, Seção II, p. 1756.

¹⁸¹ Cf. Diário do Congresso Nacional, 25.06.92, Seção I, p. 14516.

¹⁸² Confira-se o teor da Emenda CCJ 2, proposta pelo Senador Pedro Simon:

“Art. 44. No início ou no curso de qualquer apuração, poderá o Tribunal, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, determinar, cautelarmente, o afastamento temporário do responsável, se

foi sugerido pelo próprio TCU, segundo informa o Senador — pretendia dar ao Tribunal:

- 1) “Competência para, cautelarmente, determinar o afastamento temporário de responsável cuja atuação forneça indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções, possa retardar ou dificultar as apurações em curso, causar novos danos ao Erário ou inviabilizar o seu ressarcimento”; e
- 2) “Nas mesmas circunstâncias justificadoras do afastamento cautelar acima aludido, competência para decretar também a indisponibilidade de bens do responsável, por prazo não superior a um ano, em quantidade bastante para garantir o ressarcimento dos danos em apuração”.¹⁸³

Na avaliação do Senador, se a emenda fosse aprovada, o dispositivo que procurava instituir passaria a ser o artigo “mais fundamental do espírito desse projeto [PL]”.¹⁸⁴ O dispositivo seria propositadamente “duro”, “pesado”, com a finalidade última de buscar evitar a impunidade e de dar efetividade ao combate à corrupção no âmbito da administração pública.¹⁸⁵ A emenda ganhou amplo apoio da Câmara¹⁸⁶, foi incorporada em definitivo ao PL e, ao final, passou a figurar na LOTCU (art. 44).

Outra relevante discussão foi suscitada por emenda proposta pelo Senador Pedro Simon a qual, também nesse caso, foi fruto de pleito formulado pelo TCU. O Senador, por

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 seu ressarcimento.

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

§ 2º Nas mesmas circunstâncias do caput deste artigo, e do parágrafo anterior, poderá o Tribunal, sem prejuízo das medidas previstas nos artigos 58 e 59, decretar, por prazo não superior a 1 (um) ano, a indisponibilidade de bens do responsável, tantos quantos considerados bastantes para garantir o ressarcimento dos danos em apuração”.

¹⁸³ Diário do Congresso Nacional, 31.03.92, Seção II, p. 1568.

¹⁸⁴ Diário do Congresso Nacional, 24.04.92, Seção II, p. 2397.

¹⁸⁵ Confira-se excerto da fala do Senador Pedro Simon:

“Reconheço que o espírito dessa emenda é pesado. Ela visa buscar a apuração dura em relação aos que praticam qualquer tipo de delito. (...) Digo, com toda a sinceridade: Aqui está talvez o artigo mais fundamental do espírito desse projeto. Compete ao Tribunal, ao Congresso, ao Senado, achar se deve ou não se não deve ser mantido esse artigo. O espírito foi exatamente esse: duro, duro; real, real. Muda toda a filosofia onde se faz o levantamento, se faz a denúncia, se faz o escândalo, se faz a manchete, e nada acontece? Parece-me que sim. Aqui — repito — muda. O cidadão, o Tribunal achou, há indícios reais, concretos evidentes? Afasta. Não é obrigado a afastar, mas se o responsável não afasta é co-responsável” (Diário do Congresso Nacional, 24.04.92, Seção II, pp. 2396-2397).

¹⁸⁶ O apoio da Câmara ao dispositivo propugnado pelo Senado fica evidente em excerto do parecer em substituição à Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público (relator Deputado Adylson Motta). Veja-se:

“À primeira vista, poderia parecer uma norma que estaria invadindo competência das autoridades dos Poderes da República. Mas é preciso que o legislador tenha presente que, ao conceder amplos poderes de investigação e fiscalização ao Tribunal de Contas, é imprescindível que também se lhe outorgue poder para, sendo necessário, afastar o responsável que tumultuará a fiscalização. Ou damos força legal para o Tribunal se afirmar ou, então, permitiremos que todo o seu esforço possa vir por água abaixo, pela presença nociva do responsável pela prestação de contas. Ademais, nunca é repetitivo, o Poder Judiciário poderá ser chamado a resolver qualquer imputação de excesso ou de ilegalidade no exercício da faculdade que ora é conferida àquela Corte de Contas” (Diário do Congresso Nacional, 25.06.92, Seção I, pp. 14514-14515).

meio da Emenda CCJ 5, buscou dar ao Tribunal competência para realizar *controle prévio de editais de licitação não publicados*.¹⁸⁷ A lógica do dispositivo imaginado era simples: editais a partir de determinado valor (definido em regramento pela própria Corte de Contas) deveriam, sob pena de nulidade da futura licitação, ser previamente submetidos à avaliação do TCU, que, assim, poderia *obrigar* a administração a realizar “correções”.

Segundo Simon, “Com relação a essa competência, preconiza o TCU ser imprescindível estabelecer que a Administração não se exime de proceder às correções no edital que venham a ser entendidas necessárias pelo Tribunal, na hipótese deste vir a manifestar-se posteriormente à publicação dessa peça licitatória”.¹⁸⁸ A proposta foi aprovada no Senado, mas em função da forte resistência que encontrou na Câmara¹⁸⁹, acabou sendo definitivamente rejeitada.

A explicação fornecida pelo TCU para justificar a suposta necessidade da criação de mecanismo de controle prévio de editais *não publicados* (garantir que a administração não se eximisse de proceder a eventuais correções nos editais caso o Tribunal viesse a se manifestar posteriormente à sua publicação) não é sincera e, a meu ver, foi estrategicamente utilizada pela Corte de Contas para ocultar suas reais intenções com a edição do citado dispositivo: abrir espaço para que ela pudesse realizar não só um controle de legalidade das licitações e contratos (controle *a posteriori* e de caráter eminentemente reparatório), mas, também, para que pudesse participar da própria modelagem das contratações, contribuindo para a definição de suas premissas (econômicas, jurídicas, fáticas, etc.), dos meios para realizá-las e dos fins a serem com elas alcançados. Como procurarei demonstrar a seguir, há indícios relevantes de que o TCU objetivou influir na própria *atividade administrativa*, retomando, assim, ao menos parcela do poder que outrora já teve.

¹⁸⁷ Confira-se o teor da norma pretendida pelo TCU e apresentada ao Congresso Nacional pelo Senador Pedro Simon:

“Art. 96. O Tribunal, a 1º de fevereiro e a 1º de agosto de cada ano, fixará o limite de valor a partir do qual os editais de licitação lhe deverão ser previamente submetidos.

§ 1º O edital de licitação será enviado ao Tribunal pelo menos 30 (trinta) dias antes da data prevista para sua publicação.

§ 2º Vencido o prazo do parágrafo anterior sem pronunciamento do Tribunal, poderá o edital ser publicado, não se eximindo a Administração, no entanto, de proceder às correções entendidas necessárias pelo Tribunal, em manifestação posterior à publicação do edital.

§ 3º É nula de pleno direito a licitação realizada em desacordo com o prescrito neste artigo”.

¹⁸⁸ Diário do Congresso Nacional, 31.03.92, Seção II, p. 1568.

¹⁸⁹ A reação da Câmara foi iniciada por parecer exarado em substituição à Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público (relator Deputado Adylson Motta). Consta do documento o seguinte:

“Manifesto-me contrariamente a este posicionamento. O Tribunal não possui estrutura para tanto e, certamente, acabaria caindo na permissão para publicação pelo decurso do prazo, conforme previsto no § 2º do projetado artigo. Creio que se trata de um excesso de burocracia, perfeitamente dispensável” (Diário do Congresso Nacional, 25.06.92, Seção I, p. 14515).

A Corte de Contas foi hábil ao fazer crer que o controle de editais já publicados seria ineficaz porque, nesse cenário, supostamente lhe faltariam os instrumentos necessários para induzir a administração pública a sanar ilegalidades que porventura viesse a detectar. Por esse raciocínio, o Tribunal só teria meios para efetivamente combater ilicitudes caso o Congresso lhe conferisse o poder de realizar o controle de editais *antes* de serem publicados — sem essa autorização, infere-se que haveria o risco de eventuais ilicitudes serem “perenizadas”.

Breve olhar para as normas da Constituição de 1988 é suficiente para colocar em xeque a premissa do TCU. Afinal, de acordo com suas normas, a Corte de Contas teria, por exemplo, o poder de punir agentes (art. 71, VIII), de sustar atos (art. 71, X) e de representar às autoridades competentes (art. 71, XI). Ou seja, mesmo sem a possibilidade de obrigar a administração a fazer “correções” *antes* de os editais serem publicados (condicionando sua publicação ao prévio aval do órgão controlador), o TCU teria, sim, meios para determinar que a administração sanasse eventuais ilicitudes — e, portanto, de fazê-la cumprir a legislação.

A realidade é que o dispositivo era pleiteado pelo Tribunal não com vistas a possibilitar o controle de legalidade (pois a legislação já o viabilizava), mas a instituir um controle de outra natureza. A norma propugnada, ao dizer que seria *nula* a licitação 1) caso a administração não submetesse à prévia aprovação da Corte de Contas edital em tese elegível para controle prévio (por envolver valores superiores ao piso fixado pelo TCU) e 2) caso a administração não acatasse as “correções” apontadas pelo Tribunal (sem especificar quais tipos de “correções o Tribunal poderia apontar), acabava, na prática, conferindo ao TCU não só a possibilidade de determinar o saneamento de eventuais ilicitudes, mas, também, *de impor ao poder público suas preferências*. Criava, de fato, partilha do poder de gestão entre a administração e o órgão controlador — afinal, enquanto o Tribunal não se desse por satisfeito, poderia se recusar a cancelar os editais (e se a administração resolvesse “desobedecê-lo”, poderia declará-los nulos).

Tenho a impressão de que o TCU, com o dispositivo, de certa maneira pretendeu retomar o poder que lhe fora conferido pela Constituição de 1934 (e que lhe fora retirado pela Constituição de 1967). Consta do Texto Constitucional de 1934 que o controle a ser realizado pelo Tribunal sobre as contratações públicas seria em regra *a priori* (“Será sujeito ao registro prévio do Tribunal de Contas qualquer ato de Administração Pública, de que resulte obrigação de pagamento pelo Tesouro Nacional, ou por conta deste” (art. 101, § 1º). Isto é, naquele contexto, o TCU realmente possuía atribuições “quase-

administrativas”, vez que as contratações só se completavam após o aval do Tribunal.¹⁹⁰ A Constituição de 1967, por sua vez, eliminou a aludida regra e transformou o TCU em um órgão de controle eminentemente *a posteriori* (retomarei o tema no Capítulo 4). E, como visto na reconstrução da história legislativa da ANC (tópico anterior), o TCU parece não ter se conformado com a perda de poder que lhe impôs o constituinte de 1967.

Também relacionada ao momento do controle (se prévio ou posterior) foi a discussão acerca do grau de abrangência da competência do TCU para praticar atos de comando a que se refere a proposta formulada pelo Senado na Emenda Plenário 37, que pretendia dar ao TCU competência para elaborar parecer prévio sobre as novas contratações de endividamento público externo firmadas pela União e suas entidades.¹⁹¹ A emenda foi aprovada pelo Senado, mas ao final acabou definitivamente rejeitada pela Câmara.

Nas palavras do Deputado Rubens Bueno, “não cabe ao Tribunal de Contas da União manifestar-se previamente sobre a contratação de operações externas de interesses da União”. E isso por que supostamente já haveria diversos controles prévios à referida contratação: “temos a previsão orçamentária, resolução do Senado Federal, lei estadual, exame da legalidade pelo Ministério da Economia. Criar mais um controle prévio para o Tribunal de Contas da União para dizer o quê? Seria inviabilizar de pronto as contratações externas. O Tribunal de Contas da União julga as contas e não a contratação”.¹⁹²

Duas, portanto, foram as razões utilizadas pela Câmara para barrar a proposta do Senado: a mudança que propugnava criava para o TCU competência de controle prévio que de fato não possuía (porque, deduz-se, não encontraria guarida no regramento do órgão fixado pela Constituição) e porque criava instância de controle desnecessária (visto que o mesmo objeto supostamente já seria controlado por outros órgãos fiscalizadores). Ou seja, quis-se, de um lado, evitar uma inconstitucionalidade e, do outro, eventual sobreposição de controles.

¹⁹⁰ V. SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e Rotina no Tribunal de Contas da União: O Papel da Instituição Superior de Controle Financeiro no Sistema Político-Administrativo do Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000, p. 64 e ss.

¹⁹¹ Confirma-se o teor da norma proposta pelo Senado Federal:

“Art. 4º. O Tribunal fiscalizará os atos concernentes à dívida pública interna e externa da União.

§ 1º Em novos contratos de endividamento público externo, nos quais a União e suas entidades sejam tomadoras ou avalistas, o Tribunal emitirá, para remessa ao Senado Federal, o competente parecer prévio.

§ 2º O Tribunal proporá ao Congresso Nacional, juntamente com o Projeto de Lei referido no art. 103, as providências necessárias ao desempenho da competência prevista neste artigo” (Diário do Congresso Nacional, 24.04.92, Seção II, p. 2402).

¹⁹² Diário do Congresso Nacional, 25.06.92, Seção I, p. 14516.

Outro relevante tema que emergiu do processo legislativo, disse respeito à competência do TCU para sustar, ele próprio, contratos que contivessem ilicitudes e em relação aos quais os Poderes Executivo e Legislativo fossem omissos (após terem sido provocados a agir pelo Tribunal).

O TCU, na minuta inicial do PL que submeteu ao Congresso Nacional, fez constar em seu art. 46, *caput* e §§ 1º, 2º e 3º, que caso fossem identificadas ilegalidades em contratos, o Tribunal seria competente para 1) assinar prazo para que o responsável adotasse as providências necessárias ao cumprimento da lei; 2) em não sendo tomadas as providências pelo gestor responsável, comunicar o Congresso Nacional para que possa adotar o ato de sustação do contrato; 3) em não sendo tomadas as providências pelo gestor responsável, solicitar de imediato ao Executivo a adoção das medidas cabíveis; e 4) em caso de omissão do Legislativo ou do Executivo, *decidir a respeito da sustação do contrato*.¹⁹³ O dispositivo não foi objeto de debates, tampouco de emendas e foi convertido em lei (art. 45 e seus parágrafos da LOTCU).

Como visto no tópico anterior, a competência do TCU para sustar ele próprio contratos foi exaustivamente debatida na ANC (item 3.3.6. *supra*). Na ocasião, os tribunais de contas manifestaram profundo descontentamento com a redação da Constituição de 1967 sobre o tema (que, em linhas gerais, fixava prazo para o Congresso analisar impugnações do TCU a contratos, findo o qual elas seriam consideradas insubsistentes – art. 72, § 6º) e os constituintes, de um modo geral, manifestaram apoio ao seu pleito (concordando em lhes conferir a competência para suprir eventual omissão dos Poderes Executivo ou Legislativo, sustando eles próprios contratos nos quais fossem identificadas ilegalidades).¹⁹⁴ Ocorre, no entanto, que a ANC, ao final, optou por rever seu

¹⁹³ Veja-se a redação do PL, tal como proposto pelo TCU:

“Art. 46. Verificada a ilegalidade de ato ou contrato, o Tribunal, na forma estabelecida no Regimento Interno, assinará prazo para que o responsável adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, fazendo indicação expressa dos dispositivos a serem observados.

§ 1º No caso de ato administrativo, o Tribunal, se não atendido:

I – sustará a execução do ato impugnado;

II – Comunicará a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

III – Aplicará ao responsável a multa prevista no art. 56, inciso II, desta lei;

§ 2º No caso de contrato, o Tribunal, se não atendido, comunicará o fato ao Congresso Nacional a quem compete adotar o ato de sustação e solicitar, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

§ 3º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, *o Tribunal decidirá a respeito da sustação do contrato*” (grifos acrescentados).

¹⁹⁴ Confira-se novamente o teor do anteprojeto elaborado pela Subcomissão do Orçamento e da Fiscalização da ANC:

“Art. 27. O Tribunal de Contas da União, de ofício ou mediante provocação do Ministério Público ou das auditorias financeiras, orçamentárias e patrimoniais, se verificar a ilegalidade de qualquer ato suscetível de gerar despesa ou variação patrimonial, inclusive editais, contratos, nomeações e contratações

posicionamento e por modificar a redação do dispositivo que disciplinava o tema. Ao dizer, no art. 72, § 2º, que “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*”, optou por não dar ao TCU competência para cautelarmente sustar contratos, mesmo no caso de omissão dos Poderes. Agora, no PL, tentava o TCU “resolver” eventual dubiedade do Texto Constitucional, evidentemente que interpretando-o pelo viés que lhe era mais favorável (de modo a reforçar seu conjunto de competências), mas em contraposição à decisão da ANC.

Cabe, por fim, aludir à interessante Emenda 8/90, de autoria do Deputado Enoc Vieira. O texto que propunha visava dar ao TCU competência para, em sendo verificada ilegalidade sanável em atos sujeitos a registro perante o Tribunal (por exemplo, aposentadoria), apontar ao órgão de origem medidas para corrigi-la, fixando prazo para o cumprimento da ordem.¹⁹⁵ A norma sugerida pelo Deputado dava ampla margem de liberdade ao Tribunal (para decidir o que seria vício sanável ou insanável e para concretamente fixar as medidas passíveis de suprir as supostas e eventuais ilegalidades) e provavelmente por essa razão tenha sido rechaçada pelo Congresso Nacional.

4.2.3. Atividade sancionatória

Este tópico abrange emendas e debates parlamentares de algum modo conectadas às competências do TCU para aplicar sanções. Em síntese, as discussões relacionadas ao tema deste tópico disseram respeito: 1) à possibilidade jurídica de a autoridade superior ao agente público investigado ser solidariamente responsabilizada; 2) à extensão da sanção de inidoneidade passível de ser aplicada pelo Tribunal; e 3) à extensão da sanção de multa passível de ser aplicada pelo Tribunal.

de pessoal, aposentadoria, disponibilidades, transferências para a reserva remunerada, reformas e pensões, deverá:

I – assinar prazo razoável para que o órgão ou entidade da administração pública adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei;

II – sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado.

§ 1º Na hipótese de contrato, a parte que se considerar prejudicada poderá interpor recurso, sem efeito suspensivo, ao Congresso Nacional.

§ 2º Se o Congresso Nacional, no prazo de 60 (sessenta) dias, não se pronunciar sobre o recurso previsto no parágrafo anterior, *prevalecerá a decisão do Tribunal de Contas da União*”.

¹⁹⁵ Veja-se o texto da norma sugerida pelo Deputado Vieira:

“Art. 41 (...)

§ 3º Ao verificar ilegalidade em qualquer dos atos a que se refere este artigo, o Tribunal poderá negar-lhe registro e determinar sua anulação, quando insanável, se passível de correção, indicará ao órgão de origem as medidas a adotar, para exato cumprimento da lei, fixando prazo para a execução da decisão, sob pena de responsabilidade”.

A Emenda CCJ 2, apresentada ao Congresso pelo Senador Pedro Simon e formulada com a colaboração do próprio TCU, versava sobre o afastamento cautelar do responsável investigado. No § 1º do dispositivo sugerido, dizia que “Ficará solidariamente responsável a autoridade superior competente que, no prazo determinado pelo Tribunal, deixar de atender à determinação prevista no *caput* deste artigo”.

Ao apresentar a emenda ao Congresso, disse o Senador Simon, na condição de relator da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, que, “Acatando ponderação do Tribunal, ampliamos a abrangência da nossa proposta, dando ensejo a que a autoridade que deixar de afastar o dirigente sob investigação seja solidariamente responsabilizada não apenas pelos danos causados, mas também por todos os atos praticados por esse dirigente”.¹⁹⁶ A norma proposta inseria-se no plexo de medidas voltadas a conferir ao TCU mais instrumentos de controle, voltados a garantir a eficácia da sua atuação. A emenda foi aprovada e o dispositivo foi incorporado à LOTCU (art. 44, § 1º).

Outra emenda que também visava aprofundar os mecanismos sancionatórios à disposição do Tribunal era a de número 7, proposta na CCJ pelo Senador Simon. O referido congressista propugnava pela aprovação de texto com a seguinte redação: “Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até 5 (cinco) anos, de licitação na Administração Pública Federal”.¹⁹⁷ A proposta encontrou amplo apoio do Congresso e, ao final, transformou-se no art. 46 da LOTCU.

O último dos aspectos ligados à atividade sancionatória do TCU constava da Emenda CCJ 30, de autoria do Senador José Paulo Bisol, segundo a qual “quando o responsável for julgado em débito, deverá ainda o Tribunal aplicar-lhe multa de até 100% (cem por cento) do valor atualizado do dano causado ao Erário”. Na proposta inicial do Senador Bisol, a multa em comento era uma faculdade; após parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, decidiu-se transformá-la em mandatória. Isso porque, de acordo com o Senador Simon, “as falhas e irregularidades arroladas nos artigos em questão são de tal monta, que a multa, em vez de mera faculdade, deve constituir um consectário lógico natural”.¹⁹⁸ Também nesse caso o dispositivo encontrou amplo apoio do Congresso, levando-o a ser incorporado à LOTCU (art. 54).

¹⁹⁶ Diário do Congresso Nacional, 31.03.92, Seção II, p. 1568.

¹⁹⁷ Idem, p. 1569.

¹⁹⁸ Idem, p. 1572.

4.2.4. Parâmetros de controle

Órgãos de controle, como o TCU, podem controlar instituições e sujeitos tomando por base parâmetros variados. Por exemplo, podem investigar com a finalidade de aferir o cumprimento da legislação (nesse caso, o parâmetro de controle seria o da legalidade), ou, então, com a finalidade de avaliar se a atuação da administração pública é adequada do ponto de vista da relação custo/benefício (nessa hipótese, o parâmetro de controle seria o da economicidade). Os exemplos são múltiplos.

Neste tópico, reúno as discussões emergidas no curso do processo legislativo do PL de algum modo conectadas a essa temática, procurando, na medida do possível, identificar aspectos interessantes ligados aos parâmetros passíveis de serem utilizados pelo TCU para controlar a administração pública.

De um modo geral, todos os debates parlamentares relacionados a este tópico disseram respeito à emenda a que já aludi anteriormente (quando tezi comentários sobre o grau de abrangência do controle pelo TCU). Trata-se da Emenda CCJ 36, de autoria do Senador Espiridião Amin.¹⁹⁹ A emenda proposta pelo Senador propunha dar à Corte de Contas competência para “fiscalizar a aplicação de benefícios fiscais, creditícios e financeiros, de qualquer natureza, *quanto a oportunidade e efeitos sócio-econômicos*” (art. 1º, V, do PL).²⁰⁰

Talvez o motivo central pelo qual a emenda tenha sido rejeitada pela Câmara dos Deputados (e, assim, ficado definitivamente fora do PL e da LOTCU) decorra da previsão segundo a qual o TCU poderia “avaliar a oportunidade e os efeitos sócio-econômicos” de medidas tomadas pela administração. Isso porque, segundo o Deputado José Thomaz Nonô, “não cabe a apreciação quanto à oportunidade e aos efeitos sócio-econômicos ao Tribunal de Contas da União. [Esta] É uma apreciação de natureza eminentemente política, que deve ser exercida por este Poder [Legislativo] e não pelo Tribunal”.²⁰¹

Há na, visão do Deputado, ao menos uma aparente contradição. É que, a um só tempo, ele questionou a atribuição de competência ao TCU para que pudesse controlar a administração com base nos parâmetros “oportunidade” e “efeitos sócio-econômicos”, mas nada disse acerca da possibilidade de o mesmo órgão aferir a “legitimidade” e a “economicidade” das atividades desempenhadas pelo poder público (expressões que

¹⁹⁹ A meu ver, a mesma emenda parlamentar poderia ser analisada por dois ângulos distintos (grau de abrangência do controle pelo TCU e parâmetros de controle).

²⁰⁰ Diário do Congresso Nacional, 31.03.92, Seção II, p. 1573.

²⁰¹ Diário do Congresso Nacional, 25.06.92, Seção I, p. 14516.

constavam da versão final da emenda, tal como aprovada pelo Senado²⁰²). Seriam esses conjuntos de parâmetros de controle (“oportunidade” e “efeitos socioeconômicos” de um lado e “legitimidade” e “economicidade” de outro) efetivamente distintos? Em caso de resposta positiva, quais elementos os apartariam? Quais critérios teriam sido utilizados pelo congressista para considerar o primeiro conjunto desarrazoado e o segundo conjunto razoável?

Vejo duas maneiras distintas de responder a essas provocações.

A forma mais simples de respondê-las seria partir da premissa de que os parâmetros de controle “legitimidade” e “economicidade” seriam essencialmente distintos dos parâmetros de controle “oportunidade” e “efeitos socioeconômicos” para, então, concluir que o fato de os primeiros estarem expressamente previstos na Constituição (art. 70, *caput*) os tornaria lícitos, legítimos e aceitáveis, enquanto que os segundos, por não constarem explicitamente do Texto Constitucional, deveriam ser tidos por inconstitucionais, ilegítimos e inaceitáveis. Dessa maneira, caso a Emenda CCJ 36 viesse a ser aprovada pelo legislador, restariam desvirtuadas as funções e atribuições fixadas pelo constituinte para o TCU.

A segunda vertente de resposta, mais complexa, partiria de premissa distinta, segundo a qual os parâmetros de controle “oportunidade” e “efeitos socioeconômicos” não seriam essencialmente diferentes dos parâmetros de controle “legitimidade” e “economicidade”. Ao revés, estariam neles contidos; haveria entre eles certa sobreposição. O problema, desse modo, não estaria no simples fato de a Emenda CCJ 36 tê-los previsto, mas na *forma* pela qual foram empregados pelo legislador.

Por essa linha de raciocínio, o Tribunal estaria mesmo genericamente autorizado a utilizar os parâmetros de controle “legitimidade” e “economicidade” (como inclusive previsto pela Constituição), mas não poderia deles se valer em quaisquer contextos ou para a prática de quaisquer atos de controle. Concretamente, segundo essa visão, o TCU não poderia “fiscalizar a aplicação de benefícios fiscais, creditícios e financeiros, de qualquer natureza”, valendo-se, para tanto, dos parâmetros de controle “oportunidade” e “efeitos socioeconômicos” (ou, mais amplamente, “legitimidade” e “economicidade”).

²⁰² Veja-se o teor da versão final da emenda:

“Emenda nº 3 – correspondente à Emenda CCJ 36)

Art. 1º (...)

§ 1º No julgamento das contas e na fiscalização que lhe competem, o Tribunal decidirá sobre a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão e das despesas deles decorrentes, bem como sobre a aplicação de subvenções e a renúncia de receitas, avaliando-as quanto à oportunidade e aos efeitos sócio-econômicos”.

Isto é, os parâmetros em questão estariam vedados *para essa finalidade em específico* (e não para toda e qualquer finalidade).

Qual seria a razão para que os parâmetros não fossem adequados ao caso concreto? Talvez o Deputado tenha visto no dispositivo não mera competência do TCU para fiscalizar, como o projeto de norma expressamente dizia (ação da qual teoricamente não necessariamente decorreriam consequências jurídicas concretas e imediatas), mas competência para praticar atos de comando, vinculantes, dos quais automaticamente pudessem decorrer consequências jurídicas concretas (por exemplo, aprovação ou reprovação dos benefícios fiscais, creditícios e financeiros de qualquer natureza eventualmente concedidos pela administração).

Essa última interpretação poderia ser razoavelmente inferida da fala do congressista, segundo a qual a natureza da apreciação em jogo era “eminente política” e que, por esse motivo, deveria ser exercida pelo Legislativo (e não pelo TCU). Ao se referir ao suposto viés político da apreciação, provavelmente nela enxergava a possibilidade de o Tribunal, a partir dela, praticar atos jurídicos concretos (aprovar ou reprovar benefícios fiscais, etc.), não se limitando a simplesmente fiscalizar, investigar.

Se esse tiver sido o caso, é possível que o Deputado tenha considerado ser inadequado o uso dos parâmetros de controle em comento para informar a prática de atos de comando específicos pelo TCU. Para ele, talvez mais adequado seria que a norma tivesse previsto a legalidade como parâmetro de controle — afinal, o controle baseado na legalidade, por em tese dar ao controlador menor margem de discricionariedade — visto que, novamente em tese, ao utilizá-lo deveria se ater a verificar o cumprimento das normas vigentes —, potencialmente trouxesse menor “risco” de eventual interferência do Tribunal na seara política.

Fato é que o Congresso, ao rejeitar o dispositivo proposto pelo Senador Amin, denotou não ver com naturalidade que o TCU decidisse sobre a conveniência de benefícios serem concedidos pela administração e sobre a melhor maneira de alocá-los — aferindo, assim, os efeitos socioeconômicos que viessem a produzir. Para o Congresso, essa tarefa seria atribuição sua.

4.2.5. Papel do TCU no sistema de controle da administração pública

É interessante observar que o legislador, quando da elaboração da LOTCU, chegou a cogitar atribuir competências específicas ao Tribunal que tivessem como foco não a

Corte de Contas em si, mas seu papel no sistema de controle da administração pública. Refiro-me à Emenda 38, proposta pelo Senador José Paulo Bisol, segundo a qual o TCU ficaria responsável por referendar “as demissões de funcionários das unidades de Auditoria Interna da administração pública direta e indireta”.²⁰³ Segundo justificativa apresentada pelo próprio Senador, o sistema de controle interno do governo federal estaria “quase desativado”, sendo que o profissional do controle interno ficaria “a mercê dos chefes de plantão” e suscetível a inúmeras injustiças.²⁰⁴ Em síntese, a ideia do dispositivo era criar, por meio de controle do TCU, obstáculos a demissões arbitrárias de responsáveis pelo controle interno da administração.

A emenda ganhou apoio do Senador Pedro Simon — apesar do risco que aventou de o dispositivo conduzir a interferência indevida do TCU nas atividades do Executivo —, o qual, em parecer apresentado à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, afirmou que comungava “integralmente das preocupações manifestadas pelo autor [Senador Bisol], pois é essencial um acompanhamento rigoroso nas demissões de pessoal no âmbito dos órgãos de controle interno, sabidamente vulneráveis às pressões em razão da própria natureza das funções que exercem”.²⁰⁵ O apoio do Senado, contudo, não foi suficiente para evitar que a emenda fosse rejeitada em definitivo pela Câmara em momento posterior.

4.2.6. Edição de normas pelo TCU

Nada foi verbalizado no curso do processo legislativo da LOTCU acerca do tema objeto deste tópico. Ele deve ser mencionado, no entanto, em função de dispositivo que o próprio TCU inseriu na minuta original do PL e que, ao final, foi incorporado à redação da LOTCU (art. 3º).

Dizia o art. 5º da versão original do PL que “Ao Tribunal de Contas da União, no âmbito de sua competência e jurisdição, *assiste o poder regulamentar*, podendo, em consequência, *expedir atos e instruções normativas sobre matéria de suas atribuições e sobre a organização dos processos que lhe devam ser submetidos, obrigando seu cumprimento, sob pena de responsabilidade*”. O dispositivo, portanto, inequivocamente conferia ao TCU *poder normativo*, tornando-o competente para editar normas voltadas a

²⁰³ Diário do Congresso Nacional, 31.03.92, p. 1573.

²⁰⁴ Idem, ibidem.

²⁰⁵ Diário do Congresso Nacional, 03.04.92, p. 1750.

regulamentar “matéria de suas atribuições” e a “organização dos processos que lhe devam ser submetidos”.

Esta não foi a primeira tentativa do Tribunal de tentar convencer o legislador (em sentido amplo) a lhe dar esse tipo de competência. Lembre-se que, no âmbito da ANC, o anteprojeto apresentado pelo TCU à Subcomissão de Orçamento e Fiscalização Financeira, ao disciplinar o que hoje corresponde ao art. 71 da Constituição, previu que “As normas para o exercício do controle externo serão fixadas pelo Tribunal de Contas, que aplicará aos responsáveis as sanções previstas em Lei”. Na ocasião, a proposta do TCU não vingou, tendo sido rechaçada pelos constituintes que nela viam a possibilidade de interferência indevida do Tribunal em seara própria do Legislativo.

A redação dos dispositivos — pretendidos pelo TCU quando da ANC e no momento da elaboração de sua lei orgânica — era distinta na forma, mas não no conteúdo. Ambos buscavam a mesma coisa: autorizar o Tribunal a regular, por meio de normas (gerais e abstratas), o exercício de suas próprias competências. Duas dúvidas emergem do dispositivo proposto pelo TCU e aprovado pelo Congresso, cujas respostas são essenciais à delimitação do real escopo do poder normativo conferido pela lei ao Tribunal: 1) Quais de fato seriam suas competências (e seus limites)?; 2) Quais seriam as características e os limites do poder normativo atribuído à Corte de Contas pela LOTCU? A discussão suscitada por essas indagações é relevante e complexa e será objeto do Capítulo 4.

5. Conclusão

Este capítulo teve por objetivo reconstruir a história legislativa da Constituição de 1988 e da LOTCU, especificamente no que tange ao regramento das competências da Corte de Contas. Por meio desse exercício, buscou-se, de um lado, colher subsídios que fossem úteis à identificação da política pública delineada pelo legislador para o controle externo da administração pública sob responsabilidade do TCU (*legislature’s general intent*) e, de outro lado, à resolução de eventuais ambiguidades ou inconsistências de textos jurídicos ligadas ao delineamento de competências do Tribunal (*legislature’s specific intent*). Como dito no início desse tópico, a utilidade do recurso à história legislativa para fins de interpretação de textos jurídicos ficará mais evidente no próximo capítulo, voltado à aferição dos contornos conferidos pela legislação às competências e

atribuições da Corte de Contas. Na sequência, serão sintetizadas algumas das conclusões a que o estudo chegou.

De plano é importante observar que tanto a Constituição como a LOTCU foram editadas em momentos em tese favoráveis à ampliação dos controles sobre a administração pública.

A Constituição foi confeccionada imediatamente após a queda do regime militar no Brasil — período em que o Executivo despontou como Poder preponderante —, ao menos teoricamente abrindo amplo espaço para o fortalecimento de órgãos voltados ao controle da administração pública e à contenção de abusos de poder. No caso da LOTCU, o PL que desaguou na Lei Orgânica tramitou entre os anos de 1989 e 1992, período coincidente com o curto governo do Presidente Fernando Collor de Mello, cujo mandato foi gravado por sucessivos escândalos de corrupção envolvendo desvios e malversação de recursos públicos. O Tribunal, na qualidade de importante controlador dos gastos públicos federais (em sentido amplo), novamente encontrou terreno propício à expansão do seu escopo de atuação e ao fortalecimento de suas competências.

O TCU bem soube aproveitar os ventos favoráveis. Lutou em ambas as frentes (ANC e Congresso) para aproximar os legisladores da sua realidade, colocando-os a par dos desafios e problemas que enfrentava no cotidiano e lhes apresentando sugestões de normas que, caso viessem a ser editadas, poderiam, na sua visão, ser úteis para enfrentá-los.

O “plano de ação” do Tribunal junto aos constituintes e congressistas poderia ser segmentado em quatro grandes frentes: 1ª) buscar incorporar à legislação (especialmente à Constituição de 1988) novas competências de controle, muitas delas inspiradas em diretrizes emitidas pela INTOSAI (por exemplo, para realizar auditorias de desempenho, também chamadas de operacionais); 2ª) procurar manter competências historicamente atribuídas pela legislação ao TCU (por exemplo, para controlar atos de aposentadoria); 3ª) tentar recuperar competências que o TCU já teve no passado, mas que acabou perdendo por conta de reformas legislativas (por exemplo, para exercer controle prévio sobre contratações públicas); e 4ª) procurar reverter decisões pontuais tomadas pelo constituinte de 1987-88 em relação às quais discordasse (evidentemente que esta última frente de atuação se aplica exclusivamente à LOTCU).

Esse movimento “expansionista” do Tribunal não era propriamente surpreendente ou inesperado. Afinal, como bem alertou um dos servidores do TCU que entrevistei, é natural que instituições antigas, respeitadas, fortes e bem organizadas, como o Tribunal,

procurem, sempre que possível, ampliar suas próprias competências, ao menos até que essa crescente seja interrompida por ação de algum agente externo “mais forte”.²⁰⁶

Em realidade, o TCU não só se fez presente na ANC e no Congresso como, em ambos os casos, deu o norte dos debates. Nas duas ocasiões, foi o Tribunal (sempre representado pelo Ministro Alberto Hoffmann) quem propôs a primeira minuta do conjunto de normas que viria a disciplinar suas competências (anteprojeto apresentado na Subcomissão de Orçamento e Fiscalização Financeira e projeto de lei 4.064-A/89). E mais: a Corte de Contas não se limitou a dar o impulso inicial à elaboração dessas normas. Ao contrário, manteve-se o tempo todo próximo dos legisladores, acompanhando de perto a evolução de todo o processo e apresentando sugestões e propostas quando julgou necessário e pertinente.

No âmbito da ANC, pretendeu o TCU, de um modo geral e não exaustivo, obter autorização constitucional para fazer auditorias operacionais, utilizar novos parâmetros de controle (legitimidade e economicidade), estender seu controle a toda e qualquer pessoa que viesse a gerir recursos públicos, controlar todo e qualquer tipo de órgão ou ente da administração pública, suprir eventual omissão dos Poderes Executivo e Legislativo em matéria de contratos, ter expressamente reconhecido seu poder normativo, etc.

No âmbito da LOTCU, por sua vez, quis o Tribunal, dentre outras coisas, obter autorização legal para fazer auditorias e inspeções nas empresas, aplicar pesadas multas aos administradores faltosos, aplicar sanção de inidoneidade a empresas que viessem a fraudar licitações, controlar todo e qualquer tipo de recurso transferido pela União a Estados e Municípios (por exemplo, aqueles provenientes dos fundos de participação e as indenizações provenientes da exploração de hidrocarbonetos), sustar a execução de contratos (suprindo eventual omissão dos Poderes Executivo e Legislativo), ter expressamente reconhecido seu poder normativo, etc.

Ao se olhar o processo de construção da LOTCU em perspectiva, nota-se que ele, em boa medida, foi uma espécie de “segundo tempo” da própria ANC. Diversos dos pleitos formulados pelo Tribunal na minuta original do PL eram réplicas mais ou menos idênticas de propostas que já haviam sido formuladas na constituinte e que haviam sido por ela rejeitadas. Ilustro a afirmação mencionando, por exemplo, o pleito para que

²⁰⁶ Confira-se excerto da entrevista:

Entrevistado G: “A questão é a seguinte, como dizia meu ex-chefe: o Tribunal é muito forte. Ele é um órgão muito antigo e é muito respeitado. As pessoas têm um certo medo. Então, é muito difícil, só quem tem uma estatura muito elevada é que questiona. Logo, a tendência é essa aí, ir ampliando suas competências. Enquanto ninguém barrar, vai embora... É algo natural de qualquer instituição. Ainda mais em uma instituição forte, como o TCU” (entrevista realizada na sede do TCU, em Brasília, no dia 10.06.15).

pudesse suprir eventual omissão do Executivo ou Legislativo sustando a execução de contratos e para que pudesse editar regulamentos.

Visto pela ótica do Tribunal, o saldo do processo de construção normativa de suas competências foi bastante positivo. O TCU inequivocamente ganhou mais espaço para atuar e mais força para agir (por exemplo, passou a ter novas competências investigatórias, teve sua jurisdição ampliada para todos aqueles que de algum modo gerissem recursos públicos e ganhou autorização para agir com base em outros parâmetros de controle, para além da legalidade). Apesar do discurso amplamente favorável à ampliação dos controles adotado pela ANC e pelo Congresso, os legisladores, como já deixei antever, adotaram prática ligeiramente distinta. Em muitos casos, rejeitaram os pleitos formulados pelo órgão de controle.

Da observação da história legislativa da Constituição e da LOTCU se pode concluir que foi baixo o grau de reflexão do legislador sobre as características do controle a ser futuramente desempenhado pelo TCU, sobre as características e os limites das competências que o Tribunal viria a ter e sobre o papel que o TCU viria a ter no ambiente mais amplo do controle da administração pública. O diagnóstico que traço coincide com o relato de um dos entrevistados. Transcrevo, abaixo, excerto da conversa:

Entrevistador: “Na sua visão, qual papel que o Direito atribuiu primordialmente ao TCU? Qual teria sido o projeto do legislador para o TCU?”

Entrevistado I: “Sobre isso, vale a pena revisitar os debates das comissões temáticas da constituinte. E aí, você vai ficar pasmo. Se for revisitar esse material sobre o TCU (não só sobre o TCU, mas de um modo geral), você vai verificar que o constituinte não sabia exatamente o que ele queria. Não havia um entendimento muito claro do que viria a ser o órgão de controle externo porque a constituinte inaugurou essa nova sistemática de um TCU independente. Historicamente éramos ligados ao Executivo, o que nos dava uma margem de manobra muito baixa (porque você era vinculado a quem fiscalizava). Éramos vinculados em termos orçamentários, financeiros e tudo mais. A constituinte inaugurou essa nova faceta do TCU, mas de uma forma um pouco impensada, pouco refletida. E o que está ali nos artigos 70 e seguintes da Constituição foi sendo construído pela própria história do TCU”.

Entrevistador: “As normas da Constituição seriam, então, produto de uma evolução do próprio TCU?”

Entrevistado I: “Sim, de uma evolução jurisprudencial e até de uma parca construção doutrinária (porque não temos muita dedicação doutrinária em relação à entidade de fiscalização superior no Brasil). Acho que estamos inaugurando isso agora. O que há são entendimentos doutrinários esparsos. Não existe nada muito pensado a respeito. Então, quando o legislador colocou aqueles artigos ali na Constituição, ele não tinha muito claro o que ele queria. É uma construção constante. E acho que o TCU se fortaleceu internamente na medida em que os quadros que fomos angariando por via de concurso público fez com que tivéssemos um diferencial em termos de quadro técnico. Antes, o nível era baixo (não tínhamos quadros próprios). Era preciso que a Constituição tivesse dedicado capítulo específico (não ao TCU em si, mas ao controle externo como um todo)”.²⁰⁷

²⁰⁷ Entrevista realizada na sede do TCU, em Brasília, no dia 10.6.2015.

Tendo a concordar com essa avaliação. A meu ver, no entanto, seria de se esperar que o legislador, ao desenhar os contornos e instrumentos de ator tão importante como TCU — o órgão é um dos principais responsáveis pelo controle dos recursos públicos federais, sendo, assim, de fundamental importância para o bom funcionamento do Estado de um modo geral e para o sucesso na implementação das mais variadas políticas públicas (vez que todas elas dependem de boa gestão e alocação de recursos públicos) —, refletisse mais profundamente sobre o papel da instituição no ambiente mais amplo do controle da administração pública, sobre o desenho normativo que suas competências viriam a ter (a partir da experiência prévia da instituição no controle da administração pública e de outras informações e dados eventualmente disponíveis) e sobre as possibilidades e riscos inerentes ao projeto de controle da administração pública almejado pelo legislador (em sentido amplo). Isto é, sobre os impactos que o regramento constitucional e legal teriam na realidade (do controle, da gestão, etc.).

Seria um exagero afirmar que a ANC e o Congresso editaram as normas que disciplinam as competências do TCU irrefletidamente. Como visto ao longo de todo o capítulo, o legislador debateu, sim, grandes questões atinentes ao controle que ficaria sob a responsabilidade do TCU e em alguma medida esteve preocupado com os impactos que as normas que estava editando viriam a ter na realidade (da gestão pública e do sistema voltado a controlá-la). O exercício de reflexão, no entanto, foi assistemático, desorganizado, fragmentado e, em boa medida, “capturado” pelo próprio TCU.²⁰⁸

As atuais competências da Corte de Contas foram fruto de um processo *incremental*. O constituinte, calcado em projeto encaminhado pelo próprio Tribunal, usou a base normativa da Constituição de 1967 (relativa ao TCU, evidentemente) para sobre ela fazer ajustes e modificações mais ou menos pontuais. Criou-se, por conseguinte, um conjunto de normas de diferentes eras, com características e finalidades distintas, tudo isso sem se aferir se seriam ou não harmônicas entre si e se, no todo, realmente fariam sentido.

Muito provavelmente daí advenha a dificuldade de alguns dos servidores do TCU que entrevistei para apontar qual teria sido, na avaliação deles, o projeto do legislador

²⁰⁸ Reforço novamente que a expressão “capturado” não contém, aqui, qualquer juízo de valor. Utilizo a expressão apenas para chamar a atenção do leitor para o fato de o legislador ter sido fortemente influenciado por uma visão de mundo em específico (a do Tribunal). Esse fato, por si só, não é negativo. Penso, no entanto, que caso o legislador realmente tivesse se debruçado sobre o tema (do controle da administração pública pelo TCU), ele poderia, eventualmente, ter angariado mais elementos, instrumentos e argumentos para ao menos testar as teses, propostas e sugestões que recebeu do TCU. Caso tivesse agido dessa maneira, certamente teria contribuído para enriquecer o processo legislativo.

para o TCU. É que aparentemente não houve projeto algum. O órgão foi moldado a partir de retalhos de normas, à luz de problemas e desafios do controle da administração pública muito específicos e pontuais, sem uma visão de conjunto ou de contexto. Qual é o risco inerente a essa “estratégia” de reforma? Principalmente o de falta de sistematicidade, ao qual se seguem o risco de conflitos e de incremento da insegurança jurídica — haja vista a possível falta de clareza das normas e a consequente dificuldade de se compreender o que elas efetivamente pretendem e o que concretamente autorizam ou proíbem.

As perguntas centrais que motivam o presente trabalho (“Quais competências a legislação teria previsto para o TCU?” e “Quais seriam seus limites?”) ganham relevo especial à luz do contexto no qual as normas foram editadas. O capítulo seguinte escrutinará a legislação em busca de respostas e, na medida do necessário, se valerá das informações angariadas no presente capítulo, especialmente para explicitar o processo por meio do qual foram elaboradas e para auxiliar na interpretação de dispositivos em relação aos quais haja divergência ou dificuldade de interpretação.

POSSIBILIDADES E LIMITES DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

1. Considerações iniciais e notas metodológicas

A reconstrução da história legislativa dos diplomas responsáveis pelo delineamento das principais competências do TCU (**Capítulo 1**) deu origem a rica fonte de dados e informações acerca do processo de elaboração da sua política de controle. Por meio desse recurso, foi possível visualizar o modo pelo qual as regras jurídicas foram elaboradas, alguns dos problemas e desafios que motivaram os pleitos formulados pelo Tribunal à ANC e ao Congresso Nacional e algumas das principais questões que preocuparam o legislador. Como se verá na sequência, esse recurso também viabilizou a identificação de elementos e de informações importantes de serem considerados quando da interpretação do direito positivo.

O presente capítulo compõe o cerne da tese. Nele pretendo angariar os principais elementos que me permitirão responder às duas perguntas que a motivaram (“Quais são as possibilidades e limites do controle pelo TCU à luz das competências que lhe foram previstas pela legislação vigente?” e “Estaria o TCU interpretando suas competências de modo a expandir suas possibilidades de controle?”).

Para dar conta dessa tarefa, proponho duas frentes distintas, porém interdependentes e complementares. A primeira se voltará a identificar as competências e atribuições que as normas constitucionais e legais previram para o TCU e a delimitar, no plano abstrato, as possibilidades e limites da sua atuação. A segunda frente de trabalho terá por objetivo verificar se a Corte de Contas, ao editar regulamentos voltados a disciplinar suas próprias competências, os têm utilizado para ampliar seu escopo de atuação, para além das fronteiras fixadas pelas normas constitucionais e legais. Explicitarei, na sequência, o modo pelo qual imagino implementar esses dois eixos de pesquisa.

A proposta de identificar e de organizar as competências do TCU (em busca de aferir as possibilidades e limites da sua atividade de controle) poderia, em um primeiro

momento, soar como excessivamente singela e até mesmo banal. Afinal, algum crítico sempre poderia dizer que, para aferi-las, bastaria localizar e ler as normas jurídicas pertinentes e, em complementação, consultar a farta doutrina dedicada a comentá-las.

De fato, a consulta às normas e à doutrina é mesmo imprescindível e pode resolver boa parte das dúvidas e dos problemas de alguma maneira conectados ao delineamento das competências do Tribunal. Este trabalho, contudo, aposta que a leitura das normas e a consulta aos textos jurídicos já produzidos (que são muitos e, em geral, de ótima qualidade)²⁰⁹, seja importante, porém insuficiente, para dar conta das possibilidades e limites do controle pelo TCU. É que, de um lado, as normas, apesar de aparentemente claras, escondem, como se verá, enorme complexidade e, de outro, tudo indica que os doutrinadores que comentaram as competências da Corte de Contas ou não as tomaram como objeto central de seus estudos (naturalmente os levando a tratá-las com maior grau de generalidade), ou enfocaram dimensões específicas da atuação do Tribunal, ou, então, a despeito de as terem tomado como objeto central de suas análises, não procuraram sistematizá-las de modo a aferir, em detalhes, as possibilidades e limites do exercício do controle pelo TCU. Além do mais, não se tem notícia de análise das competências do Tribunal que tenha levado em consideração o processo de elaboração das normas jurídicas que disciplinam sua atuação — elemento esse que, na avaliação deste autor, pode impactar interpretação do regramento constitucional e legal vigente e, por conseguinte, na definição das possibilidades e limites do controle que lhe cabe desempenhar.

O que as normas que regem a atuação do TCU realmente dizem? Quais condutas elas efetivamente obrigam, proíbem ou autorizam? Quais consequências jurídicas podem

²⁰⁹ V. MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*, op. cit.; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da administração pública, op. cit.; DECOMAIN, Pedro Roberto. *Tribunais de Contas no Brasil*. São Paulo: Dialética, 2006; SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e Rotina no Tribunal de Contas da União*, op. cit.; SUNDFELD, Carlos Ari e ARRUDA CÂMARA, Jacintho. Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Contratações Públicas e seu Controle*. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 177-220; BRAGA, André de Castro de Oliveira Pereira e BUCHBINDER, Felipe. “O Tribunal de Contas da União inibe inovações em concessões públicas?”, artigo a ser publicado na *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*; BRAGA, André de Castro de Oliveira Pereira. *O Tribunal de Contas da União inibe inovações em concessões públicas?*. Dissertação (Mestrado Profissional em Administração Pública) – Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13470/O%20TCU%20INIBE%20INOVA%20%87%20%95ES%20EM%20CONCESS%20%95ES%20P%20%95ABLICAS%20%20DISSERTA%20%87%20%83O.pdf?sequence=1&isAllowed=y>; PELEGRINI, Marcia. *A Competência Sancionatória do Tribunal de Contas: Contornos Constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2014; JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – controlador ou administrador?, *Revista Brasileira de Direito Público*, ano 12, n. 47, out./dez. 2014 e FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

(ou devem) advir da atuação concreta do Tribunal? Quais sujeitos devem obediência ao TCU? Apenas órgãos, entes e servidores da administração pública? Em que medida e em quais circunstâncias? Poderia o Tribunal praticar atos de observância obrigatória por particulares em geral? Em que medida e em quais circunstâncias? Seria o TCU um órgão de controle *a posteriori* ou *a priori*? A legislação, ao prever e delimitar as competências do TCU, teria instituído um órgão de controle eminentemente voltado a aplicar sanções? Ou, então, teria ela objetivado instituir um órgão eminentemente voltado a orientar a administração pública no desempenho de suas atividades? Ou, ainda, teria ela visado criar uma espécie de revisor geral dos atos praticados pela administração pública? Seria o Tribunal competente para fazer um pouco de tudo isso? “Quanto” de cada atribuição teriam as normas atribuído ao TCU?

O debate ganha complexidade ao se levar em conta que a Constituição de 1988 diz que o TCU deveria *auxiliar* o Congresso Nacional no exercício do controle externo da administração pública (art. 71, *caput*). Na condição de auxiliar, teria o Tribunal autonomia para tomar certas decisões? Em caso de resposta positiva, quais? Qual a extensão das competências que lhe são próprias e das competências que compartilha com o Poder que auxilia?²¹⁰

Algum grau de incerteza ronda todas as questões acima arroladas (e muitas outras que também poderiam ter sido aqui mencionadas).²¹¹ O diagnóstico, portanto, em sintonia com o que sugerem Sundfeld e Arruda Câmara, é o de que há grande utilidade na elaboração de trabalho cujo foco seja identificar com precisão as competências do TCU e as possibilidades e limites da sua atuação.²¹² Implementar essa proposta, acredita-se, fará

²¹⁰ Sobre o tema, v. MEDAUAR, Odete, *Controle da Administração Pública*, *op. cit.*, pp. 136 e ss. e SUNDFELD, Carlos Ari e ARRUDA CÂMARA, Jacintho, *Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites*, *op. cit.*, pp. 179.

²¹¹ Esse conjunto de perguntas tem o exclusivo objetivo de ilustrar problemas ligados à definição das possibilidades e limites do controle pelo TCU. Não me proponho a respondê-las (ou a respondê-las todas) nos tópicos que se seguem.

²¹² Confira-se o que os autores afirmaram sobre o tema:

“É possível encontrar múltiplas variações institucionais e funcionais no Direito Comparado. Certos Países optam pelo controle prévio das despesas públicas; outros, pelo controle posterior, focado na avaliação de despesas já ocorridas. Existe, ainda, em vários sistemas a previsão de arranjos entre modelos, variando de acordo com a matéria: controle prévio para determinados assuntos e posterior para outros, por exemplo. Em alguns ordenamentos o órgão técnico de controle tem competência constitutiva e desconstitutiva; noutros ele apenas produz informes e pareceres para decisão posterior do Legislativo; há, ainda, a possibilidade de admitir revisão judicial das decisões dos órgãos de controle. A tarefa de sistematizar essas variáveis é das mais relevantes” (SUNDFELD, Carlos Ari e ARRUDA CÂMARA, Jacintho, *Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites*, *op. cit.*, p. 191).

emergir os traços característicos da Corte de Contas e fornecerá parâmetros para o controle do exercício concreto de suas competências e atribuições.²¹³

Tenho duas últimas observações de cunho metodológico a fazer acerca dessa primeira frente de trabalho (identificar e organizar as competências do TCU e aferir as possibilidades e limites da sua atividade de controle).

A primeira tem a ver com o sentido que atribuo à palavra “competência” neste capítulo.²¹⁴ Em tese, há muitas maneiras de dizer quais seriam, no plano abstrato, as competências do TCU. Uma delas seria reproduzir cada uma das específicas atribuições expressamente conferidas pela legislação ao Tribunal — dizendo que ao TCU compete “fiscalizar as contas nacionais de empresas supranacionais...” (art. 71, V, da Constituição), “sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado...” (art. 71, X, da Constituição), “elaborar e alterar seu Regimento Interno” (art. 1º, X, da LOTCU), etc. Muitos autores seguiram por essa linha.²¹⁵

A despeito de essa fórmula realmente ser útil para descrever o que o Tribunal em tese pode fazer, creio que, para os fins deste trabalho (aferir as possibilidades e limites das atividades de controle do TCU), ela não seja a mais adequada. É que ao se limitar a tratar

²¹³ Uma crítica que se poderia fazer à presente proposta de pesquisa é a de que para se aferir as *reais* possibilidades e limites da atividade de controle do TCU seria preciso não só consultar o teor das normas constitucionais e legais que disciplinaram suas competências, o processo por meio do qual elas foram elaboradas e a doutrina jurídica especializada, mas, também, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal relativa à Corte de Contas.

Reconheço a importância de se conhecer a interpretação conferida pela Suprema Corte às normas constitucionais e legais que disciplinam a atuação do TCU para se aferir as *reais* possibilidades e limites do controle que lhe cabe. Este trabalho, no entanto, tem por objetivo verificar os contornos do projeto de controle criado pelo *legislador* (em sentido amplo) para o Tribunal (e não a maneira pela qual esse projeto efetivamente tem sido implementado, por influência direta ou indireta da atuação concreta da própria Corte de Contas, do STF ou de outras instituições e organizações estatais). Por conta disso, penso que minha opção por não incluir a jurisprudência do STF no escopo desse trabalho não o prejudica. Alerto, no entanto, que, a despeito de as decisões do STF não fazerem parte do objeto central desse trabalho, não me furtarei a mencioná-las sempre que pertinentes (com a finalidade de contextualizar as normas jurídicas ou de ilustrar questões importantes ligadas à sua interpretação e aplicação).

Esse material de fundamental importância à aferição das *reais* possibilidades e limites da atividade de controle que cabe ao Tribunal (jurisprudência do STF) compõe o objeto central da pesquisa que se desenvolve no âmbito do Eixo 2 do Grupo de Pesquisa e Controle da Administração Pública – GPCAP, coordenado pelo Prof. Floriano de Azevedo Marques Neto, na Universidade de São Paulo. Esse eixo do GPCAP (que integro na condição de tutor de pesquisa) procura, em síntese, mapear as decisões do STF que se manifestaram sobre as competências do TCU e aferir se a Suprema Corte contribuiu (e de que modo contribuiu) para a modelagem das competências do Tribunal. O Eixo 2 do GPCAP está em fase de consolidação dos resultados de pesquisa.

²¹⁴ No plano conceitual, competência, de acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, poderia “ser conceituada como o círculo compreensivo de um plexo de deveres públicos a serem satisfeitos mediante o exercício de correlatos e demarcados poderes instrumentais, legalmente conferidos para a satisfação de interesses públicos” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 144).

²¹⁵ V., exemplificativamente, MEDAUAR, Odete, *Controle da Administração Pública*, *op. cit.*, pp. 141 e ss.; DECOMAIN, Pedro Roberto, *Tribunais de Contas no Brasil*, *op. cit.*, pp. 73 e ss.; e FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby, *Tribunais de Contas do Brasil*, *op. cit.*, pp. 265-675.

de maneira individualizada cada uma das específicas atribuições do Tribunal (sendo bastante analítica, portanto), ela naturalmente faz com que o intérprete perca a visão do todo, dificultando a identificação do que é realmente fundamental: os *produtos finais*²¹⁶ a que o TCU está autorizado a elaborar e as circunstâncias e condições em que teoricamente poderia elaborá-los.

A definição das competências do Tribunal a partir dos produtos que poderiam decorrer da sua atuação (e não exclusivamente a partir das específicas atribuições que lhe foram previstas pela legislação) traz, a meu ver, enorme ganho didático, pois fornece mais elementos para que o intérprete possa refletir sobre as possibilidades e limites do seu controle. Essa maneira de enxergar a realidade normativa é interessante por tornar mais palatável o *tipo de influência* que o TCU concretamente pode ter no universo sujeito a seu controle, facilitando, por consequência, a delimitação das circunstâncias e das condições que, presentes, o autorizariam a praticar tais ou quais atos.

Opto, assim, por organizar as competências do TCU a partir dos produtos que a legislação teoricamente lhe autorizou a elaborar. Segundo vejo, as normas (constitucionais e legais) previram que o Tribunal seria competente para: 1) *editar normas*; 2) *praticar atos sancionatórios*; 3) *praticar atos de comando*; 4) *levantar dados e produzir informações*; 5) *formular orientações gerais*; 6) *representar*.²¹⁷ Explicitarei, em momento oportuno, o que compreendo por cada uma dessas competências.

O último esclarecimento que faço acerca dessa frente de trabalho diz respeito a dois filtros que utilizarei para ler as normas e que me auxiliarão a delas extrair informações relevantes para os fins da presente pesquisa. Trata-se do *objeto e dos parâmetros de controle*.²¹⁸

Objeto do controle (ou matéria do controle) é o “conjunto de fatos, atos e procedimentos da Administração Pública ou de terceiros que o Tribunal examina e, a

²¹⁶ Valho-me, aqui, da definição de Sundfeld e Arruda Câmara para o que chamaram de “produtos da fiscalização”. Para os autores, produtos da fiscalização seriam “atos que o Tribunal produz em decorrência dos procedimentos que realiza” (SUNDFELD, Carlos Ari; ARRUDA CÂMARA, Jacintho, Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites, *op. cit.*, p. 182).

²¹⁷ A segmentação de competências do TCU, como dito, tem fins didáticos. Evidentemente, no entanto, que essas competências, no plano da realidade, não são exercidas de maneira estanque. É comum que uma mesma ação do Tribunal cônjugue mais de uma competência.

²¹⁸ As expressões foram inspiradas no já aludido artigo escrito por Sundfeld e Arruda Câmara. Os autores em comento referiram-se a “objeto da fiscalização” e a “parâmetros da fiscalização”. Tendo em vista o escopo mais amplo do presente trabalho, tive por bem modificar as expressões de modo a torná-las mais abrangentes. V. SUNDFELD, Carlos Ari; ARRUDA CÂMARA, Jacintho, Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites, *op. cit.*, p. 182.

seguir, avalia, positiva ou negativamente”.²¹⁹ Segundo dispõe a Constituição (art. 70 e 71), o objeto do controle sob responsabilidade do TCU é amplo e pode ser segmentado em *fiscalização financeira, fiscalização orçamentária, fiscalização contábil, fiscalização orçamentária e fiscalização operacional*.

Fiscalização financeira pode ser genericamente caracterizada como “a correta gestão dos recursos públicos — o que exige o exame de atos unilaterais (exemplo: atos de admissão de pessoal) ou bilaterais (exemplos: convênios e contrato de compras) e de procedimentos (exemplo: licitação de obras) pelos quais, direta ou indiretamente, se realizam a despesa pública e a receita pública”.²²⁰ Seu objetivo, como afirma Kenneth M. Dye ao comentar as chamadas *financial audits* (que, ao que tudo indica, corresponderiam às fiscalizações financeiras no plano internacional), não é revelar fraudes (o que não a impede de eventualmente revelá-las), mas dar segurança de que as declarações financeiras não são enganosas e de que representam com fidedignidade as transações econômicas de órgãos e entes (*enterprises*), em conformidade com alguma moldura contábil previamente estabelecida.²²¹

Fiscalização orçamentária, por sua vez, pode ser definida como “a correta execução do orçamento público — o que envolve a análise tanto da observância das leis orçamentárias anuais e plurianuais quanto das normas mais gerais que condicionam sua execução, como a Lei de Responsabilidade Fiscal”.²²²

Fiscalização contábil se consubstanciaria na “correta contabilização de recursos”²²³, ou, então, na “análise dos livros e documentos de escrituração dos diversos órgãos públicos, demonstrativos das receitas e despesas efetuadas em determinado período”.²²⁴ José Afonso da Silva, por sua vez, trata as fiscalizações financeira e contábil em conjunto, genericamente definindo-as como controle “sobre as despesas e receitas”.²²⁵ Como lembra Odete Medauar, “O art. 85 da Lei 4.320, de 17.03.1964 (lei em vigor), trata

²¹⁹ Idem, *ibidem*.

²²⁰ Idem, p. 184.

²²¹ Cf. DYE, Kenneth, M. Corruption and Fraud Detection by Supreme Audit Institutions. In: SHAH, Anwar (coord.). *Performance Accountability and Combating Corruption*. Washington, D.C: The World Bank, 2007, pp. 311-312.

²²² SUNDFELD, Carlos Ari e ARRUDA CÂMARA, Jacintho, Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites, *op. cit.*, p. 184.

²²³ Idem, *ibidem*.

²²⁴ SEMER, Márcia Maria Barreta Fernandes. *Competências Constitucionais do Tribunal de Contas*, dissertação de mestrado, 2000, p. 23, *apud* MEDAUAR, Odete, *Controle da Administração Pública*, *op. cit.*, p. 139.

²²⁵ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 463.

das funções da contabilidade pública, e a Lei 10.180, de 06.02.2001, cuida do Sistema Federal de Contabilidade”.²²⁶

Já a *fiscalização patrimonial*, segundo Sundfeld e Arruda Câmara, se caracterizaria pela “correta gestão do patrimônio público, envolvendo a aquisição, alienação e administração dos bens móveis e imóveis”²²⁷, ou, como diz José Afonso da Silva, pela verificação da “legitimidade dos acréscimos e diminuições do patrimônio em face da gestão financeira em cada exercício”.²²⁸

Por fim, a *fiscalização operacional* — que, apesar de ser a mais ampla de todas, tem conceito relativamente consensual no plano internacional — objetiva “avaliar o desempenho de um *conjunto de operações* administrativas sob o parâmetro da economicidade, eficiência e efetividade/EEE. Importante ressaltar essa distinção: na fiscalização operacional, a análise recai sobre um conjunto de decisões realizadas, enquanto na fiscalização de conformidade os atos e condutas são aferidos isoladamente”²²⁹ e, como aponta José Afonso da Silva, “envolve o controle de resultado”.²³⁰

De acordo com Dye, esse tipo de fiscalização normalmente visa promover informação e segurança sobre a qualidade do gerenciamento de recursos públicos. Para o cumprimento dessa meta, a auditoria operacional engloba a aferição de economia, eficiência e efetividade do emprego de recursos públicos, da qualidade dos sistemas de informação, da capacidade de órgãos e entes entregarem resultados, incluindo a análise de indicadores de performance, de sistemas de monitoramento e do cumprimento de normas legais e éticas (*legal and ethical compliance*). Segundo o autor, apesar de as auditorias operacionais não serem concebidas para detectar fraudes e desvios, ela pode, na prática, eventualmente detectá-los.²³¹

²²⁶ MEDAUAR, Odete, *Controle da Administração Pública*, *op. cit.*, p. 139.

Confira-se o teor do art. 85 da lei 4.320/64, mencionado por Medauar:

“Art. 85. Os serviços de contabilidade serão organizados de forma a permitirem o acompanhamento da execução orçamentária, o conhecimento da composição patrimonial, a determinação dos custos dos serviços industriais, o levantamento dos balanços gerais, a análise e a interpretação dos resultados econômicos e financeiros”.

²²⁷ SUNDFELD, Carlos Ari e ARRUDA CÂMARA, Jacintho, *Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites*, *op. cit.*, p. 184.

²²⁸ SILVA, José Afonso, *Comentário Contextual à Constituição*, *op. cit.*, p. 463.

²²⁹ SUNDFELD, Carlos Ari e ARRUDA CÂMARA, Jacintho, *Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites*, *op. cit.*, p. 187.

²³⁰ SILVA, José Afonso, *Comentário Contextual à Constituição*, *op. cit.*, p. 463.

²³¹ Cf. DYE, Kenneth, M., *Corruption and Fraud Detection by Supreme Audit Institutions*, *op. cit.*, p. 313.

Colleen G. Waring e Stephen L. Morgan traçaram definição semelhante para as auditorias operacionais. Confira-se, no original:

Os parâmetros do controle, por sua vez, poderiam ser caracterizados como “a referência que o Tribunal adota para avaliar positiva ou negativamente certo objeto”.²³² Novamente segundo Sundfeld e Arruda Câmara, “Os parâmetros que o Tribunal pode usar em sua avaliação também são muito variados, não se restringindo à legalidade, pois se estendem também, como diz o art. 70, *caput*, da CF, à economicidade e à legitimidade (ou, para usar fórmula mais consagrada no debate internacional, à economicidade, à eficiência e à efetividade)”.²³³

Para descrever as características essenciais do controle de legalidade, valho-me dos apontamentos de Odete Medauar, segundo a qual ele diria respeito “à verificação da conformação do ato, medida ou atuação administrativa às respectivas normas embasadoras”.²³⁴ Especificamente em relação à gestão de recursos públicos, “a legalidade inscrita no art. 70 da Constituição assume vetores próprios à fiscalização das contas públicas”, de modo que se pode dizer que o controle da legalidade nesse ambiente “busca verificar se a atividade financeira e orçamentária está de acordo com a lei”.²³⁵ Segundo Jose Mauricio Conti, a legalidade inscrita no art. 70 da Constituição “não deve ser compreendida na sua acepção mais restrita, como uma das espécies de norma jurídica, mas em seu sentido amplo, de forma a abranger também as normas hierarquicamente superiores e inferiores”.²³⁶

Deduz-se do que afirma Odete Medauar que os demais parâmetros de controle (economicidade e legitimidade) não podem ser conceituados com precisão.²³⁷

Bruno Nagata, de seu turno, afirma que “a legitimidade evidenciará se a atividade financeira do Estado foi fiel ao seu escopo precípua: a persecução do bem comum”.²³⁸ Na

“Performance auditing is a systemic, objective assessment of the accomplishments or processes of a government program or activity for the purpose of determining its effectiveness, economy or efficiency. This determination, along with recommendations for improvement, is reported to managers, ministers, and legislators, who are responsible for enacting the recommendations or ensuring accountability for corrective action. Performance auditing is an important building block with which to improve accountable and responsive governance of public resources” (WARING, Colleen G.; MORGAN, Stephen L. *Public Sector Performance Auditing in Developing Countries*. In: SHAH, Anwar (coord.). *Performance Accountability and Combating Corruption*. Washington, D.C: The World Bank, 2007, p. 323).

²³² SUNDFELD, Carlos Ari e ARRUDA CÂMARA, Jacintho, *Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites*, *op. cit.*, p. 182.

²³³ Idem, *ibidem*.

²³⁴ MEDAUAR, Odete, *Controle da Administração Pública*, *op. cit.*, p. 140.

²³⁵ NAGATA, Bruno Mitsuo. A limitação da discricionariedade em matéria orçamentária pelos princípios da legalidade, legitimidade e economicidade. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (coord.). *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 374.

²³⁶ *Direito Financeiro na Constituição de 1988*, São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 4.

²³⁷ V. MEDAUAR, Odete, *Controle da Administração Pública*, *op. cit.*, pp. 140-141.

²³⁸ NAGATA, Bruno Mitsuo. A limitação da discricionariedade em matéria orçamentária pelos princípios da legalidade, legitimidade e economicidade, *op. cit.*, p. 377.

avaliação do citado autor, o referido conceito seria marcado por “elevada abstração, dificultando a análise da atuação administrativa quanto à observância deste princípio. Na verdade esta dificuldade está, em grande medida, atrelada à complexidade de se distinguir o certo do errado e o justo do injusto”.²³⁹

Nagata ainda sugere que “(...) a análise da legitimidade deve partir da realidade, mais especificamente, de situações concretas, em que se fará um verdadeiro juízo de ponderação entre as necessidades públicas e os meios e recursos adequados para atendê-las”.²⁴⁰ Tratar-se-ia, no entanto, de tarefa complexa, visto que a fiscalização quanto à legitimidade, “(...) além de recorrer a padrões morais intangíveis, deve buscar apoio no estudo do princípio da proporcionalidade e razoabilidade, que evidenciará se a decisão governamental partilhou, na exata medida, os ônus e os bônus que correspondem aos membros da coletividade”.²⁴¹

No que tange à economicidade, o vocábulo poderia sugerir em uma primeira leitura “(...) a ideia de contrariedade a qualquer tipo de gastos exagerados, desperdícios e prodigalidade com os recursos financeiros”²⁴², levando a concluir que “(...) na gestão de bens e valores públicos a administração há de atuar com a prudência devida, na medida em que a persecução do interesse público não admite qualquer desperdício de recursos do erário”.²⁴³

Na avaliação de Bruno Nagata, a fiscalização da economicidade verificará em que medida a administração pública “(...) obteve êxito na equação custo-benefício. Ou seja, se ela conseguiu o melhor benefício desejável ao menor custo possível. Busca-se a otimização nos gastos públicos, havendo, em última análise, uma fiscalização quanto à eficiência da administração”.²⁴⁴

Note-se que há pouca certeza acerca dos reais contornos desses parâmetros (legitimidade e economicidade). A despeito da dificuldade de conceituá-los, o importante é destacar que eles não ensejam avaliações propriamente jurídicas, baseadas no binômico legal/ilegal (ou, mais genericamente falando, permitido/proibido). Envolvem, isto sim,

²³⁹ Idem, *ibidem*.

²⁴⁰ Idem, p. 378.

²⁴¹ Idem, *ibidem*.

²⁴² Idem, *ibidem*.

²⁴³ Idem, *ibidem*.

²⁴⁴ Idem, pp. 378-379.

avaliações de outra natureza — econômica (custo/benefício), política (adequado/inadequado), filosófica (justo/injusto), etc.²⁴⁵

A Constituição de 1988 de fato previu, de maneira ampla e genérica, que o TCU poderia desempenhar suas atividades de controle em relação aos objetos (ou matérias) acima elencados e que, para tanto, poderia se valer dos parâmetros que mencionei. É o que se depreende da leitura conjunta dos arts. 70, *caput*, e 71, *caput*. Dúvida relevante, no entanto, consiste em saber se o Tribunal, ao exercer *cada uma* de suas competências e ao implementar *cada uma* das específicas atribuições que lhe foram conferidas pelo Texto Constitucional (incisos do art. 71 e parágrafos do art. 72) e pela legislação infraconstitucional, poderia, mesmo, se manifestar sobre qualquer matéria e utilizar, para tanto, quaisquer parâmetros de controle.

Seria a autorização genérica extraída do *caput* dos arts. 70 e 71 uma permissão para que o Tribunal licitamente pudesse, por exemplo, assinar prazo (art. 71, IX, da Constituição) para que órgão da administração pública adotasse providência necessária ao exato cumprimento de *norma regulatória do setor elétrico* (matéria, portanto, que não possui cunho financeiro, orçamentário, patrimonial ou contábil, mas que, de certa maneira, poderia figurar em uma auditoria operacional)? Dito de outro modo: poderia o TCU dar uma *ordem* (ato de comando) a órgão ou ente da administração pública para que sanasse eventual *ilegalidade* (em sentido amplo, visto que a norma regulatória pode ou não ter *status* de lei) em *matéria não propriamente financeira*?

Trata-se de dúvida complexa que, para ser adequadamente respondida, depende de leitura atenta das normas, da correta delimitação do alcance dos objetos e parâmetros de controle previstos para o Tribunal e da compreensão do papel atribuído ao TCU pela legislação. Por conta disso, procurarei, nos tópicos subsequentes, avaliar os objetos e parâmetros de controle passíveis de serem utilizados pelo Tribunal para desempenhar cada uma de suas competências e atribuições.

A segunda frente de trabalho (procurar compreender a maneira pela qual a própria Corte de Contas interpreta suas competências e, conseqüentemente, as possibilidades e limites do controle que lhe compete) envolve um desafio peculiar. A dificuldade está em selecionar um nicho específico de atuação do TCU para ser examinado — o Tribunal,

²⁴⁵ José Afonso da Silva parece ter entendimento semelhante. De acordo com o autor, “controle de legitimidade, que a Constituição tem como diverso da legalidade, de sorte que parece, assim, admitir exame de mérito a fim de verificar se determinada despesa, embora não ilegal, fora legítima” e “controle de economicidade, que envolve também questão de mérito, para verificar se o órgão procedeu, na aplicação da despesa pública, do modo mais econômico, atendendo, por exemplo, a uma adequada relação custo/benefício” (SILVA, José Afonso, *Comentário Contextual à Constituição*, *op. cit.*, p. 463).

como se sabe, realiza diversas tarefas distintas e seu controle abrange inúmeros entes e objetos.

Optei, como adiantado na introdução da tese, por não colocar o foco sobre a que talvez fosse a estratégia de pesquisa mais intuitiva de todas: averiguar a jurisprudência da Corte de Contas, procurando nela identificar a visão do órgão acerca das competências que lhe foram conferidas pela legislação. Apesar de a jurisprudência (composta por decisões, acórdãos, súmulas, etc.) provavelmente ser o principal veículo por meio do qual o TCU se manifesta, não a tomarei como objeto central de análise por conta da dificuldade que tive para desenvolver recortes (temático e temporal) que efetivamente fossem viáveis e úteis ao presente trabalho. Em geral, as buscas realizadas no sítio eletrônico do TCU retornaram material excessivamente volumoso ou impertinente.²⁴⁶

O foco desta etapa da tese recairá sobre os *atos regulamentares editados pelo Tribunal*. Escolhi colocar a tônica sobre esse viés de análise por duas razões principais. De um lado, porque as normas criadas pelo TCU de algum modo são produto indireto da sua jurisprudência (normalmente os diplomas aludem, em seus “considerandos”, ao processo/decisão/acórdão que suscitou sua edição), refletindo, ao menos em tese, a visão consolidada do Tribunal sobre temas específicos ligados a problemas e desafios cotidianos da atividade de controle da administração pública. Por outro lado, a decisão de olhar as normas automaticamente criou uma espécie de filtro de relevância, permitindo-me olhar quase que exclusivamente para grandes temas do controle da administração pública pelo TCU — afinal, temas, problemas ou questões mais triviais normalmente não são resolvidos ou pacificados por meio de normas; casos mais simples geralmente são resolvidos por outros mecanismos (tais como decisões pontuais, cartilhas, manuais e relatórios).

Dito isso, esclareço que a base de dados que utilizarei para avaliar a maneira pela qual o TCU enxerga suas competências será essencialmente composta pela resolução-TCU 246, de 30 de novembro de 2011 – Regimento Interno do TCU (ou simplesmente RITCU) e pelas instruções normativas editadas pelo Tribunal no período pós Constituição de 1988 (marco-zero de suas atuais competências) e que permanecem em vigor.²⁴⁷ No

²⁴⁶ Apesar de não utilizar a jurisprudência do TCU como objeto central de análise, farei referência a julgados específicos do Tribunal na medida em que se mostrarem pertinentes e relevantes para fins de demonstração das possibilidades e limites do controle que lhe compete.

²⁴⁷ Há, ao todo, 37 instruções normativas em vigor. São elas: 74/2015; 73/2014; 72/2013; 71/2012; 70/2012; 69/2012; 68/2011; 67/2011; 64/2010; 63/2010; 62/2010; 60/2009; 59/2009; 58/2009; 55/2007; 54/2007; 52/2007; 51/2006; 50/2006; 49/2005; 48/2004; 46/2004; 43/2002; 40/2002; 31/1999; 28/1999; 27/1998; 19/1998; 18/1997; 14/1996; 10/1995; 11/1995; 8/1994; 6/1994; 4/1994; 3/1993; 1/1993.

entanto, quando pertinente e necessário farei referência a outros diplomas editados pelo Tribunal não integrantes desse conjunto.

A inclusão do RITCU no universo de pesquisa se justifica por duas razões. Primeiro, porque a própria LOTCU expressamente delega ao regimento interno a disciplina normativa de diversos temas (para se ter uma ideia, há 50 menções ao termo “regimento interno” no texto da lei). Segundo, porque o RITCU se volta à disciplina da Corte de Contas como um todo, minudenciando o exercício de praticamente todas as competências que lhe foram previstas pela legislação.

O recorte que privilegia as instruções normativas, por sua vez, se justifica porque essa espécie de diploma normativo, segundo o próprio RITCU, se dirige ao público externo e ao Tribunal. Justamente por envolver pessoas físicas, órgãos ou entes sujeitos à sua fiscalização (isto é, aqueles que de algum modo gerenciam recursos públicos, o objeto central de fiscalização da Corte de Contas), pode-se deduzir que as instruções normativas estão conectadas às suas atividades-fim, isto é, às atividades ligadas ao exercício de suas competências e atribuições. Confira-se o teor do RITCU sobre o tema:

Regimento Interno do TCU

“Art. 67. As deliberações do Plenário e, no que couber, das câmaras, terão a forma de:

I – instrução normativa, quando se tratar de disciplinamento de matéria que envolva pessoa física, órgão ou entidade sujeita à jurisdição do Tribunal”.

Os demais diplomas normativos (decisões normativas, portarias, resoluções em geral, resoluções administrativas, etc.), além de normalmente se voltarem “para dentro” do Tribunal, possuem, pelo que se depreende do RITCU, menor importância (ao menos pela ótica da disciplina normativa das competências da Corte de Contas (v. art. 67 e ss. do RITCU).

Decidi excluir da pesquisa as respostas às consultas ao TCU, que, a despeito de terem caráter normativo (art. 1º, § 2º da LOTCU), são casuísticas (posto que suscitadas a partir de dúvidas de interpretação específicas de normas legais e regulamentares) e decididas via jurisprudência do Tribunal (criando, assim, as mesmas dificuldades existentes na pesquisa jurisprudencial para realizar recortes e selecionar filtros adequados).

Essa seleção de normas foi feita por meio de pesquisa realizada no dia 31.08.15 no sítio eletrônico do TCU (<http://portal.tcu.gov.br/cidadao/cidadao.htm>). Para o levantamento de dados, apliquei os filtros “não consta como expressamente revogados” e “instrução normativa”.

Antes de passar ao próximo tópico esclareço que ao analisar os diplomas editados pelo TCU não me proponho a enquadrá-los em alguma das categoria de regulamento admitidas pelo direito brasileiro.²⁴⁸ O objetivo desse viés de pesquisa se restringe a conhecer os atos normativos editados pelo Tribunal e a avaliar se a interpretação que fizeram das competências e atribuições do TCU é, ou não, compatível com as possibilidades e limites de controle a ele fixadas pela legislação.

2. Competências do Tribunal de Contas da União e suas possibilidades e limites de controle

Cada tópico subsequente se dedicará a uma específica competência do TCU (*para editar normas; para praticar atos sancionatórios; para praticar atos de comando; para levantar dados e produzir informações; para formular orientações gerais; e para informar e representar às autoridades competentes*).

Por ora, é importante esclarecer que cada competência reúne um conjunto de atribuições distintas — por exemplo, a atribuição de “aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei...” (art. 71, VIII, da Constituição) está inserida na competência para praticar atos sancionatórios. As atribuições abarcadas por uma única competência têm em comum o fato de que, quando concretamente exercidas pelo TCU, conduzem à elaboração de um mesmo tipo de produto final (dados ou informações; representações; orientações; atos sancionatórios; atos de comando; ou normas).²⁴⁹

Proponho-me a aferir as possibilidades e limites do controle pelo TCU em relação a cada uma de suas atribuições, relacionadas, cada qual, a uma competência em específico. Para tanto, recorrerei inicialmente às normas constitucionais (que delimitam o espectro-base de atuação do Tribunal) e, na sequência, me voltarei às normas legais pertinentes e que estiverem em vigor. A interpretação das normas constitucionais e legais

²⁴⁸ Para mais informações sobre o tema, v. GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p 249.

²⁴⁹ Em geral, cada atribuição do Tribunal foi disciplinada por um dispositivo distinto (p.ex., “apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República...”, art. 71, I, da Constituição). Há casos, no entanto, em se pode interpretar que mais de um dispositivo verse sobre uma mesma atribuição do TCU — p.ex., “prestar informações solicitadas pelo Congresso Nacional...” (art. 71, VII, da Constituição) e “O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades” (art. 71, § 4º, da Constituição). Evidentemente que no exemplo que mencionei os dispositivos preveem comandos distintos. Parece razoável, contudo, afirmar que o objetivo de ambos é idêntico (criar ao Tribunal um dever de encaminhar informações ao Congresso Nacional). Nesses casos, os dispositivos que disserem respeito a uma mesma atribuição serão tratados em conjunto.

levará em consideração os elementos angariados no capítulo anterior e a leitura da legislação infraconstitucional será realizada à luz das diretrizes e condicionantes fixadas pela Constituição.

Complementarmente, consultarei, quando pertinente e necessário, outros materiais além das normas jurídicas vigentes e da história legislativa da Constituição e da LOTCU. Cito, a título de exemplo, normas voltadas à disciplina das competências do TCU que já tiverem sido revogadas, exposições de motivos e vetos da legislação vigente, textos doutrinários, entrevistas que realizei com servidores do TCU e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Logo após expor o teor da legislação sobre cada uma das atribuições do TCU e de na medida do possível estabelecer, em relação a elas, as possibilidades e limites do controle que lhe compete, explicitarei, quando disponível, o teor das normas editadas pelo próprio TCU que guardarem pertinência com a matéria. Limitar-me-ei a comentar mais detidamente apenas as normas que sugerirem eventual descompasso com o teor da legislação (ou, então, que derem ensejo a reflexões sobre as possibilidades e limites do controle pelo tribunal).

Início o estudo pela competência do TCU para editar normas (competência normativa). Essa escolha se justifica tendo em vista que me propus, em relação a cada uma das competências, a verificar se o Tribunal procura, por meio da edição de regulamentos, ampliar as possibilidades do controle que lhe cabe. Parece fazer sentido, pois, explicitar desde já as possibilidades e limites conferidos pela legislação para o exercício de sua competência normativa.

3. Competência para editar normas

A Constituição de 1988 nada disse sobre a competência em comento, que, em síntese, se refere à possibilidade de o Tribunal editar atos normativos gerais (não singulares ou individualizados e que atingem a uma comunidade de sujeitos) e abstratos (não concretos, que descrevem situações hipotéticas e passíveis de se repetirem no futuro).²⁵⁰ Foi a LOTCU a responsável por expressamente dotar o Tribunal de competência normativa, viabilizando que ela fosse concretamente desempenhada por

²⁵⁰ Cf. SUNDFELD, Carlos Ari, *Administrar é criar?*, *op. cit.*, p. 260.

meio de dois instrumentos distintos: edição de regulamentos (art. 3º) e respostas a consultas (art. 1º, XVII).

São exclusivamente essas as atribuições do TCU vinculadas à presente competência. No entanto, tendo em vista que há alguma discussão acerca da possibilidade de o Tribunal declarar a inconstitucionalidade de diplomas legais em casos concretos — agindo, pois, na condição de “legislador negativo” —, opto por abrir tópico voltado a expor esse debate e a demonstrar que o Direito, em verdade, não deu esse poder ao TCU.

3.1. Editar regulamentos

Cuido, de início, do que a lei denominou de “poder regulamentar”. Confira-se o teor do dispositivo pertinente:

Lei Orgânica do TCU

“Art. 3º. Ao Tribunal de Contas da União, no âmbito de sua competência e jurisdição, assiste o poder regulamentar, podendo, em consequência, expedir atos e instruções normativas sobre matéria de suas atribuições e sobre a organização dos processos que lhe devam ser submetidos, obrigando ao seu cumprimento, sob pena de responsabilidade”.

Note-se, de plano, que não há registro algum de normas (constitucionais ou legais) que já tivessem, no passado, previsto atribuição semelhante ao TCU.²⁵¹ Tratou-se, pois, de nítida inovação do legislador.

Outra informação importante de se ter em mente quando da leitura do dispositivo é a de que, tal como visto no **Capítulo 1**, os tribunais de contas fizeram constar do anteprojeto que apresentaram à Subcomissão do Orçamento e Fiscalização Financeira da ANC dispositivo que, apesar da redação distinta, previa conteúdo bastante similar ao da norma ora enfocada — na constituinte pleitearam competência para expedir “normas para o exercício do controle externo”.²⁵²

²⁵¹ É bem verdade, no entanto, que o decreto-lei 2.300, de 21 de novembro de 1986 (que dispunha sobre licitações e contratos da administração pública federal), dizia, no § 2º do seu art. 79, que “O Tribunal de Contas da União, no exercício de sua competência de controle da administração financeira e orçamentária (art. 70, §§ 1º e 3º da Constituição), poderá expedir instruções complementares, reguladoras dos procedimentos licitatórios e dos contratos administrativos”. Apesar de o dispositivo dar margem à interpretação de que o legislador teria conferido poderes normativos ao Tribunal, parece inequívoco que ele não tem a abrangência do art. 3º da LOTCU, sendo, pois, impertinente compará-los.

²⁵² Trata-se do parágrafo único do que supunham que viria a ser o art. 71 do Texto Constitucional. Retomo o teor do dispositivo:

“Art... (71) – O controle externo será exercido pelo Tribunal de Contas e compreenderá:

I – o julgamento dos atos e das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, da administração direta e indireta;

II – apreciação das contas do Governo da União;

O pleito que o conjunto dos tribunais de contas fez à ANC não vingou. Os constituintes, mesmo após esclarecimento prestado pelo Ministro do TCU Ewald Pinheiro — segundo o qual o parágrafo único do art. 71 visava única e exclusivamente viabilizar que os tribunais pudessem editar normas voltadas a organizar aspectos puramente processuais —, não se convenceram da adequação e da pertinência da proposta de dispositivo e parecem nela ter enxergado a possibilidade, mesmo que remota, de os tribunais de contas passarem a atuar em terreno próprio do Legislativo — ou, dito de outra maneira, em espaço reservado à lei. Apesar do insucesso dos tribunais de contas na ANC, o TCU, isoladamente e em momento posterior, insistiu junto ao Congresso na necessidade de obter autorização expressa para editar regulamentos e, dessa vez, teve êxito — a norma aprovada, como visto, diz que “Ao Tribunal de Contas da União (...) assiste o poder regulamentar”.

É interessante notar que o art. 3º da LOTCU foi bastante lacônico, tendo criado, ele próprio, poucos parâmetros para o desempenho dessa específica dimensão da competência normativa da Corte de Contas. Afinal, o que efetivamente significa dizer que o TCU tem poder regulamentar “no âmbito de sua competência e jurisdição” e que está autorizado a “expedir atos e instruções normativas sobre matéria de suas atribuições e sobre a organização dos processos que lhe devam ser submetidos”? Quais teriam sido as possibilidades e os limites do poder regulamentar instituído pela norma? Estaria o TCU autorizado a regulamentar quaisquer objetos (fiscalização financeira, orçamentária patrimonial, contábil e operacional)? Poderia ele fixar normas estabelecendo, por exemplo, critérios para o uso dos parâmetros de controle que genericamente está autorizado a empregar na atividade de controle (legalidade, legitimidade e economicidade)?

A norma diz, ainda, que o Tribunal poderá editar regulamentos “obrigando ao seu cumprimento”. À luz do dispositivo transcrito, quais sujeitos em tese poderiam ser obrigados a observar o conteúdo de diplomas normativos elaborados pelo TCU? Apenas os servidores da Corte de Contas? Ou, também, órgãos e entes da administração pública?

III – a realização de inspeções e auditorias orçamentária, financeiras, operacionais e patrimoniais nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário;

IV – a fiscalização das entidades supranacionais de cujo capital social o Poder Público participe, de forma direta ou indireta, nos termos previstos no respectivo tratado constitutivo.

Parágrafo único – *As normas para o exercício do controle externo serão fixadas pelo Tribunal de Contas, que aplicará aos responsáveis as sanções previstas em Lei*” (grifos acrescentados). Assembleia Nacional Constituinte – Ata de Comissões, Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças, Subcomissão do Orçamento e Fiscalização Financeira, p. 55.

No caso de a lei ter autorizado o Tribunal a expedir regulamentos que vinculassem o Executivo, teria ela se referido apenas à administração federal, ou, também, às administrações estadual, distrital e municipal? Poderia o TCU criar, por meio de regulamentos, obrigações a serem cumpridas por particulares em geral?

A LOTCU, ao disciplinar dessa forma a possibilidade de o Tribunal editar regulamentos, partiu de premissa no mínimo questionável (segundo a qual as competências do TCU seriam clarividentes e seu âmbito de atuação poderia ser facilmente reconhecido) e acabou criando comando tautológico (TCU pode regulamentar no âmbito de sua competência e, por conseguinte, pode expedir atos e instruções normativas sobre matéria de sua atribuição). Em suma, a norma não precisou *o que* poderia ser objeto de regulamentação, não disse a *quem* ela poderia se dirigir (ou quem ela poderia vincular), tampouco estabeleceu um *procedimento* prévio à sua elaboração.

A despeito da vagueza do dispositivo, algumas afirmações podem ser feitas de imediato acerca das possibilidades e limites da atribuição regulamentar criada pela LOTCU.

A primeira delas, um tanto quanto óbvia, é a de que a ninguém ocorreria dizer que o TCU poderia editar normas que não se ajustassem às competências e atribuições que lhe foram fixadas pela legislação.²⁵³ Mesmo que se partisse da premissa de que regulamentos não necessariamente devam estar vinculados à lei, mas à Constituição (visão mais afastada do conceito de legalidade estrita)²⁵⁴, seria preciso concluir que o TCU, ao editar regulamentos, obrigatoriamente teria que respeitar o quadro de competências e de atribuições que lhe foi estabelecido pelo Texto Constitucional — a Constituição, bem ou

²⁵³ Essa também parece ser a opinião de Eduardo Jordão. Veja-se:

“A este ponto, parece claro que, à ausência de lei específica (ou, mais precisamente, de indicações legislativas mínimas), não poderia o TCU produzir validamente normas que gerassem obrigações para terceiros ou para órgãos constitucionais de outro poder. De todo modo, o que é mais curioso é perceber que esta norma infralegal não apenas não poderia existir, como ela de fato não existe. Não há norma infralegal que estabeleça estes poderes prévios de que aqui se cogita” (JORDÃO, Eduardo, *A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – controlador ou administrador?*, *op. cit.*, p. 220).

Essa também é a opinião de Luís Roberto Barroso. Confira-se:

“Não pode o Tribunal de Contas expedir regulamento autônomo, nem muito menos invadir esfera legislativa, impondo requisitos e vedações que não têm lastro em texto legal” (BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. 2ª ed. Tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 234).

²⁵⁴ Gustavo Binbenojm, calcado no diagnóstico de que teria ocorrido um enfraquecimento da lei formal e uma multiplicação dos ordenamentos administrativos setoriais, propõe “como resposta a constitucionalização do direito administrativo. Deve ser a Constituição, seus princípios e especialmente seu sistema de direitos fundamentais, o elo de unidade a costurar todo o arcabouço normativo que compõe o regime jurídico administrativo. A superação do paradigma da legalidade administrativa só pode dar-se com a substituição da lei pela Constituição como cerne da vinculação administrativa à juridicidade” (*Uma Teoria do Direito Administrativo – direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 36-37).

mal, traçou balizas à atuação do TCU, inclusive para quando viesse a agir por meio da edição de regulamentos.

Por consequência, não seria dado ao TCU criar ou subtrair competências, criar ou subtrair atribuições e ampliar ou restringir as possibilidades e limites do controle que lhe cabe. E qual seria, então, a razão de ser do seu poder normativo? A meu ver — e em linha com o esclarecimento prestado pelo Ministro Ewald Nunes à ANC —, ao TCU caberia primordialmente regulamentar, por meio de normas gerais e abstratas, *aspectos procedimentais* ligados ao desempenho concreto de suas atribuições (e, portanto, também aos objetos e parâmetros de controle previstos pela legislação) e *o funcionamento interno da própria Corte de Contas*.²⁵⁵ Dito de outro modo, seu poder regulamentar estaria materialmente adstrito à disciplina dos meios necessários ao alcance dos fins que lhe foram estabelecidos pela legislação. Por exemplo, em tese veria com naturalidade a edição de instrução normativa pelo TCU que se voltasse a regulamentar o passo a passo das auditorias operacionais, prevendo critérios para a seleção de órgão, ente ou programa a ser fiscalizado, para a definição de prazos de início e término desse específico tipo de fiscalização, para a consolidação dos resultados produzidos por meio de auditorias operacionais, etc.

O art. 3º da LOTCU não o diz de forma expressa, mas penso ser razoável dele deduzir que o TCU também estaria autorizado a criar regulamentos que fixassem obrigações a atores externos ao Tribunal (órgãos e entes da administração pública federal, estadual, distrital e municipal e agentes públicos e privados).²⁵⁶ Mas não *quaisquer* obrigações, haja vista a limitação material da atividade regulamentar do TCU. Para que os regulamentos fossem válidos, eles teriam que se restringir a criar obrigações a terceiros *necessárias, proporcionais e estritamente relacionadas a aspectos procedimentais* do controle pelo TCU — ou, então, a aspectos ligados à sua organização interna que, para serem implementados, eventualmente dependessem da colaboração de atores externos —, respeitando, sempre, as possibilidades e limites de controle estabelecidos pela legislação

²⁵⁵ Luís Roberto Barroso também parece adotar posição semelhante. Confira-se:

“Em síntese das ideias enunciadas neste tópico, é possível deixar assentado que a referência feita pela lei ao poder regulamentar do Tribunal de Contas somente será constitucional se interpretada no sentido de uma competência normativa limitada, consistente na ordenação interna de sua própria atuação” (BARROSO, Luís Roberto, *Temas de Direito Constitucional, op. cit.*, p. 235).

²⁵⁶ Afirmo isso até mesmo pelo fato de a Constituição ter fixado amplo grau de abrangência ao controle do Tribunal, dizendo que “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” (art. 70, parágrafo único).

ao Tribunal. Para citar um exemplo hipotético, veria como válida instrução normativa do TCU que determinasse a agentes públicos e privados sujeitos à sua fiscalização o dever de encaminharem ao Tribunal relatórios e informações em determinada periodicidade, em certo formato, contendo as características tais ou quais, etc., sob pena de não serem aceitos.

Não compartilho da visão monista de que a vinculação da administração ao Parlamento — no caso, o TCU, ao assumir papel de ente regulador, faz as vezes da administração — ainda seja a alma do direito administrativo.²⁵⁷ Parece-me que a administração não deva mesmo ser braço mecânico da lei. Seria inadmissível, contudo, que o órgão de controle usasse o poder regulamentar que a lei lhe deu para, sob o pretexto de disciplinar aspectos meramente procedimentais de suas atividades, expandir as possibilidades e limites do controle previamente delimitados pelo legislador. Mesmo que o art. 3º da LOTCU seja vago — e mesmo que lido em apartado eventualmente possa dar ensejo à interpretação de que os poderes normativos do TCU sejam muito amplos — configuraria absurdo jurídico eventual conclusão de que o legislador teria autorizado o Tribunal a editar normas contrárias às leis e à Constituição. Lei com esse teor evidentemente seria inconstitucional.

A realidade é que a LOTCU adiou a decisão de definir com precisão o escopo do poder normativo do Tribunal. Optou por fórmula aberta (“Ao Tribunal de Contas da União, no âmbito de sua competência e jurisdição, assiste o poder regulamentar...”), deixando ao intérprete a tarefa de delimitar as possibilidades e limites do seu poder regulamentar, que, por sua vez, dependem da aferição das competências e atribuições do Tribunal — pela redação do dispositivo, o poder regulamentar do Tribunal seria tão amplo quanto fossem suas competências.²⁵⁸ A chave para corretamente delimitá-lo, portanto, reside em circunscrever as competências e atribuições do TCU e suas possibilidades e limites de controle — tarefa que o presente trabalho propõe executar.

²⁵⁷ Essa é a posição de Carlos Ari Sundfeld. Veja-se:

“Mas o ensaio contesta a ideia monista de que a vinculação da Administração ao Parlamento ainda seja a alma do direito administrativo (...). o ensaio afasta-se da visão de que os administradores teriam de ser braços essencialmente mecânicos, e vê como natural a outorga, a eles, de competências para criar a partir das leis — isto é, que as leis abram espaço jurídico para os administradores instituírem e conceberem soluções, políticas e programas” (SUNDFELD, Carlos Ari, *Administrar é criar?*, *op. cit.*, pp. 233-234).

²⁵⁸ O espaço regulamentar, como afirma Sundfeld, varia em função das características da lei que o cria. Confira-se:

“Os conteúdos possíveis das normas administrativas são definidos pelo conteúdo da lei a regulamentar e pelo conteúdo das demais leis vigentes. Nas matérias e situações em que o próprio legislador houver normatizado muito o espaço do regulamento será menor. Nos casos em que a lei houver autorizado um exercício amplo de competência regulamentar e em que a legislação for mais aberta o espaço do regulamento será maior” (Idem, p. 260).

Teria o TCU, de 1988 para cá, por meio do seu regimento interno ou de INs, disciplinado o exercício da sua atribuição regulamentar? Em caso de resposta positiva, teriam os diplomas normativos precisado o sentido do art. 3º da LOTCU — por exemplo, tornando mais claras as possibilidades e limites do seu poder para editar regulamentos?

Poucas foram as intervenções do TCU voltadas a disciplinar o art. 3º da LOTCU. Elas estão concentradas no RITCU, o qual essencialmente se dedicou a elencar os *tipos de atos regulamentares* que o Tribunal poderia editar²⁵⁹ e a criar uma espécie de *processo normativo prévio* à sua edição.²⁶⁰

²⁵⁹ RITCU:

“Art. 67. As deliberações do Plenário e, no que couber, das câmaras, terão a forma de:

I – instrução normativa, quando se tratar de disciplinamento de matéria que envolva pessoa física, órgão ou entidade sujeita à jurisdição do Tribunal;

II – resolução, quando se tratar de:

a) aprovação do Regimento Interno, de ato definidor da estrutura, atribuições e funcionamento do Tribunal, das unidades de sua Secretaria e demais serviços auxiliares;

b) outras matérias de natureza administrativa interna que, a critério do Tribunal, devam revestir-se dessa forma;

III – decisão normativa, quando se tratar de fixação de critério ou orientação, e não se justificar a expedição de instrução normativa ou resolução”.

²⁶⁰ RITCU:

“Art. 72. O Regimento Interno do Tribunal somente poderá ser alterado mediante aprovação, pela maioria absoluta de seus ministros, de projeto de resolução.

Art. 73. A apresentação de projeto concernente a enunciado da súmula, instrução normativa, resolução ou decisão normativa é de iniciativa do Presidente, dos ministros e das comissões de Regimento e de Jurisprudência, podendo ser ainda sugerida por ministro-substituto ou representante do Ministério Público.

Art. 74. O projeto, com a respectiva justificação, será apresentado em Plenário, competindo ao Presidente proceder ao sorteio do relator.

Parágrafo único. Quando a matéria for de competência das comissões de Regimento ou de Jurisprudência, o sorteio do relator será efetuado somente após a manifestação da respectiva comissão.

Art. 75. O projeto concernente a instrução normativa, resolução e decisão normativa poderá receber emendas dos ministros ou sugestões dos ministros-substitutos e do Procurador-Geral junto a este Tribunal, dentro do prazo proposto pelo relator, com a anuência do Plenário.

§ 1º O relator submeterá ao Plenário, na sessão ordinária seguinte àquela em que houver sido designado, a proposta do prazo referido no caput, cujo termo inicial será o dia seguinte à data da sessão.

§ 2º Caso o relator apresente substitutivo, depois de apreciadas as alterações propostas ao projeto original, será reaberto outro prazo, sugerido por ele ao Plenário, para o oferecimento de novas emendas ou sugestões.

§ 3º Entende-se como substitutivo o projeto elaborado pelo relator, que altera, substancialmente, o projeto original.

Art. 76. Nos projetos de atos normativos em que haja manifestação da Comissão de Regimento ou da Comissão de Jurisprudência, será distribuído aos ministros, ministros-substitutos e ao Procurador-Geral, para fins de apresentação de emendas ou de sugestões, conforme o caso, a versão que houver sido por elas aprovada, acompanhada das respectivas justificações.

Parágrafo único. O ministro que houver sido designado para relatar projeto de ato normativo no âmbito das comissões será excluído do sorteio a que se refere o art. 74.

Art. 77. As emendas e sugestões serão encaminhadas diretamente ao relator da matéria.

Art. 78. A emenda, de acordo com a sua natureza, será assim classificada:

I – supressiva, quando objetivar excluir artigo, parágrafo, inciso ou alínea do projeto;

II – aditiva, quando pretender acrescentar artigo, parágrafo, inciso ou alínea ao projeto;

Art. 79. Encerrado o prazo para emendas e sugestões, o relator apresentará, até a segunda sessão plenária seguinte, o relatório e o parecer sobre o projeto original ou o substitutivo e as alterações propostas.

Art. 80. Encerrada a discussão, a matéria entrará em votação, observada a seguinte ordem:

É interessante notar que o RITCU, ao prever e disciplinar os tipos de atos regulamentares do Tribunal, fez constar, de maneira expressa, a possibilidade de ele se dirigir, via regulamentos (no caso, via IN), a pessoas físicas, órgãos ou entidades sujeitas à sua jurisdição (art. 67, I). O diploma não esclareceu, entretanto, o *conteúdo* que poderia ser veiculado por meio das INs. Dúvidas ligadas ao seu teor permaneceram em aberto.

O procedimento prévio à edição de regulamentos criado pelo RITCU é de fundamental importância e, em boa medida, supre o silêncio da LOTCU sobre o tema. Ao prevê-lo, o regimento interno atentou para o fato de que o TCU, quando atua editando normas gerais, abstratas e vinculantes, age em condição especial (a de “regulador”), sendo preciso, por conta disso, que cuidados especiais sejam tomados com a finalidade de fazê-lo assumir as responsabilidades inerentes a esse específico papel, mesmo que seu espaço para “regular” seja significativamente restrito. Refiro-me à necessidade de fazer o Tribunal atentar para os *ônus do regulador*, materializados na necessidade de se enunciar com clareza e precisão a regra que entende que deva ser utilizada para resolver casos concretos, de estudar com profundidade a realidade na qual vai mexer, de entender as características e as razões de eventual regulação anterior, de identificar as alternativas regulatórias existentes, de antever os possíveis custos e os impactos (positivos e negativos) em todos os seus aspectos e de comparar as características de eventual regulação existente com a cogitada.²⁶¹

I – substitutivo do relator;

II – substitutivo de ministro;

III – projeto originário;

IV – subemendas do relator;

V – emendas com parecer favorável;

VI – emendas com parecer contrário.

§ 1º A aprovação de substitutivo prejudica a votação das demais proposições, salvo os destaques requeridos.

§ 2º Os requerimentos de destaque destinam-se a permitir votação em separado da correspondente matéria, podendo incidir sobre emendas, subemendas e partes do projeto ou do substitutivo.

Art. 81. Considerar-se-á aprovada a proposição que obtiver maioria absoluta de votos dos ministros.

Art. 82. A redação final será votada na mesma sessão ou na sessão plenária seguinte àquela em que for aprovado o projeto concernente a enunciado de súmula, instrução normativa, resolução ou decisão normativa.

Parágrafo único. Será dispensada a votação da redação final se aprovado o projeto originário, sem emendas, ou o substitutivo integralmente.

Art. 83. Somente será admitida emenda à redação final para evitar incorreções gramaticais ou para maior clareza e objetividade do texto.

Art. 84. Os prazos previstos nos §§ 1º e 2º do art. 75 poderão ser dispensados, reduzidos ou ampliados, a critério do Plenário, mediante proposta justificada do Presidente ou do relator.

Parágrafo único. O prazo de apresentação do relatório e parecer previsto no art. 79 poderá ser ampliado, a critério do Plenário, mediante proposta justificada do relator”.

²⁶¹ A expressão “ônus do regulador” é de Carlos Ari Sundfeld, que, no entanto, a utiliza em outro contexto. O autor a utiliza para alertar para o fato de que os juízes, quando decidem com base em princípios

Atento a essa condição especial do Tribunal, o RITCU condicionou a elaboração de atos regulamentares à apresentação de um *projeto* por seu autor (art. 73), o qual deve conter uma *justificativa* a ser apresentada ao plenário (art. 74, *caput*). A edição de regulamento deve, ainda, ser precedida de *discussões* (em mais de uma etapa), as quais poderão levar ministros a elaborar *emendas* e ministros substitutos e o Procurador-Geral junto ao TCU a elaborar *sugestões* (art. 75). Existe, ainda, a possibilidade de substituição do projeto inicialmente apresentado por outro, a ser elaborado pelo relator (art. 75, § 3º). O RITCU exige do relator a elaboração de *relatório* e de *parecer* (art. 79) e determina que a proposta de regulamento seja objeto de *votação* (art. 80).

Esse tipo de procedimento — que, não por acaso, lembra o próprio processo legislativo — cria as oportunidades e os espaços necessários para que o Tribunal avalie e pondere sobre as *características* das normas que pretende criar, o *contexto* no qual elas se inserirão e os *impactos* que porventura provocarão — na dinâmica do próprio TCU e da administração pública e na vida dos jurisdicionados em geral. Trata-se, assim, de medida compatível com o exercício do papel de “regulador” que a LOTCU incumbiu ao órgão de controle.

3.2. Fixar entendimentos gerais e abstratos sobre normas legais e regulamentares

O segundo instrumento criado pela LOTCU para o desempenho de competência normativa pelo Tribunal — que, aliás, também não encontra correspondente na experiência legislativa pretérita — foi a resposta à consulta, prevista em seu art. 1º, XVII, e § 2º. Veja-se o teor dos dispositivos:

Lei Orgânica do TCU

“Art. 1º Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma estabelecida nesta Lei:

(...)

jurídicos (abstratos e fluidos), agem, em realidade, como verdadeiros reguladores. Ao agirem como tal, têm de assumir o ônus correspondente (ônus do regulador). Nas palavras do autor, “Elaborar e enunciar com clareza e precisão a regra que, a partir dos princípios, entendem dever ser utilizada em juízo para resolver casos concretos, do mesmo modo que o regulador faz regulamentos, com suas especificações, antes de sair tomando atitudes caso a caso. Estudar com profundidade a realidade em que vão mexer, entender as características e razões da regulação anterior, identificar as alternativas regulatórias existentes, antever os possíveis custos e os impactos, positivos e negativos, em todos os seus aspectos, da nova regulação judicial que se cogita instituir, comparar as características da regulação existente e da cogitada. Tudo isso tem de aparecer na motivação da decisão judicial” (SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é Preguiça? In: *Direito Administrativo para Céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 228-229).

XVII - decidir sobre consulta que lhe seja formulada por autoridade competente, a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes a matéria de sua competência, na forma estabelecida no Regimento Interno.

(...)

§ 2º A resposta à consulta a que se refere o inciso XVII deste artigo tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto”.

As consultas são instrumentos que permitem que o TCU diga, em abstrato, a interpretação que considera correta de dispositivos *legais e regulamentares* (o TCU não está autorizado a dar respostas a consultas que envolvam dispositivos constitucionais), aplicados no contexto e nas circunstâncias suscitadas pelo autor da consulta (que obrigatoriamente tem de ser uma “autoridade”, sendo vedada a consulta formulada por cidadãos comuns), em matérias “de sua competência”, conferindo à sua resposta caráter *normativo* — isto é, geral, abstrato e vinculante. A resposta a consultas importa prejulgamento de tese, mas não de fatos ou de casos concretos.²⁶²

O dispositivo não esclarece quais seriam as autoridades competentes para provocar o TCU, tampouco diz quais seriam especificamente suas competências. Abriu espaço, assim, para que o próprio Tribunal decidisse, de maneira pontual (decisões esparsas) ou geral (por meio da edição de ato normativo), as autoridades que estariam habilitadas a formular consultas e estabelecesse as matérias que, por supostamente serem de sua competência, poderiam ser levadas à sua apreciação por esse instrumento.

Outro elemento importante de ser destacado é que a LOTCU, ao delinear essa atribuição normativa, não se preocupou em fazê-lo de modo a trazer *segurança jurídica, transparência e previsibilidade* à atuação do Tribunal. O diploma deu poder à Corte de Contas para fixar entendimentos gerais, abstratos e vinculantes, mas não fixou *procedimentos, critérios e parâmetros* a serem observados pelo TCU para *formular respostas a consultas*, para balizar eventual *revisão de respostas a consultas*, ou, então, para disciplinar os *efeitos* que respostas a consultas (e suas revisões) poderiam vir a ter para os jurisdicionados. À semelhança do que se observou em relação ao poder

²⁶² Pedro Roberto Decomain, ao discorrer sobre as consultas, afirma que elas serviriam a propósitos “orientadores” e que seriam voltadas eminentemente a “fornecer orientações antecipadas aos agentes públicos, a respeito de assuntos ligados à Administração” (DECOMAIN, Pedro Roberto, *Tribunais de Contas no Brasil, op. cit.*, p. 148).

Concordo que o TCU, ao responder a consultas e ao explicitar sua interpretação sobre normas legais e regulamentares, acabe cumprindo o papel de orientar a administração no desempenho de suas tarefas e atribuições. Discordo, no entanto, que as respostas a consultas tenham *natureza* de “mera” orientação. Por possuírem caráter *normativo*, são, isto sim, verdadeiros *comandos*, que, se descumpridos, podem, inclusive, ensejar punição. V. p.ex., o art. 58 da LOTCU, que prevê multa por “ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial” (inciso II) e por “reincidência no descumprimento de determinação do Tribunal” (inciso VII).

regulamentar do TCU, a lei, também nesse caso, conferiu amplo espaço de discricionariedade ao Tribunal.

A decisão do Legislativo de não regular esse tema ganha especial importância ao se levar em consideração que: 1) consultas podem ser livremente formuladas por autoridades em face de quaisquer dispositivos legais e regulamentares, havendo, pois, a possibilidade de existirem múltiplas consultas sobre os mesmos dispositivos; 2) não há restrição à realização de novas consultas sobre temas decididos pelo Tribunal em resposta a consultas anteriores; e 3) por surgirem da aplicação de dispositivos legais e regulamentares, há, em tese, espaço muito amplo para a formulação de consultas ao TCU — haja vista que pode haver incontáveis desafios, problemas e questões envolvendo a aplicação das normas em geral.

O instrumento, tal como imaginado pela LOTCU, contém em si o potencial de gerar efeitos exatamente opostos aos desejados pelo legislador (dar mais conforto e segurança aos jurisdicionados ao viabilizar a consolidação de entendimentos gerais sobre a aplicação de normas legais e regulamentares conectadas à sua esfera de atuação). Afirma-se isso por conta da combinação legal de amplo estímulo à formulação de consultas e da ausência de procedimentos, critérios e parâmetros para a formulação de respostas pelo Tribunal. A lei, assim como em relação ao poder regulamentar, deixou obscura a necessidade de o TCU, ao responder a consultas (agindo, portanto, na condição de “regulador”), ter de arcar com os ônus correspondentes (ônus do regulador).

Desse modo, caso o TCU viesse a na prática ignorar os cuidados que deveria ter ao editar normas (medir impactos, testar consequências, certificar-se da necessidade e pertinência da norma, etc.), ele poderia, com sua postura, gerar *insegurança jurídica* — é o que ocorreria, por exemplo, se revisse seu posicionamento sobre um determinado tema sucessivas vezes, sem a devida fundamentação, ou, então, se revisse sua resposta a consulta anterior sem especificar se seu novo entendimento produziria efeitos *ex-nunc*, ou se também produziria efeitos *ex-tunc* (nesse último cenário, os jurisdicionados que agiram com base na antiga resposta do Tribunal teriam descumprido seu posicionamento e poderiam ser sancionados?²⁶³).

²⁶³ Concordo com Pedro Roberto Decomain quando diz que:

“...respondendo o Tribunal ou Conselho de Contas a uma consulta sobre situação concreta (o que, pelas razões já expostas, não se acredita inviável), a sua decisão acerca da legalidade ou ilegalidade da ação administrativa que forma objeto dessa consulta certamente que haverá de prevalecer na análise futura da conduta empreendida, desde que, naturalmente, a ação administrativa empreendida mantenha os mesmos contornos daquela que, quando ainda apenas projetada, havia sido objeto da consulta.

Esse amplo espaço de discricionariedade deixado pela legislação ao TCU (em relação aos *sujeitos* que poderiam acessar o Tribunal, aos *limites materiais* de suas respostas a consultas e ao *processo de elaboração de respostas* a consultas) foi seletivamente preenchido pelo órgão de controle via atuação regulamentar, com a edição do RITCU.

O RITCU, em seu art. 264, limitou o acesso à Corte de Contas via consulta.²⁶⁴ De acordo com o diploma, só são legitimados a formular consultas os presidentes da República, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal (inciso I), o Procurador-Geral da República (inciso II), o Advogado-Geral da União (inciso III), presidente de Comissão do Congresso Nacional ou de suas casas (inciso IV), presidentes de tribunais superiores (inciso V), ministros de Estado ou autoridades do Poder Executivo federal de nível hierárquico equivalente (inciso VI) e comandantes das Forças Armadas (inciso VII).

O RITCU não só limitou os sujeitos passíveis de acessar o TCU por meio de consultas, como também criou, para algumas autoridades em específico (presidente de Comissão do Congresso Nacional ou de suas casas, presidentes de tribunais superiores,

Em outras palavras, se, ao responder à consulta, o Tribunal ou Conselho de Contas entender acertada a ação administrativa pretendida, em vindo ela a ser efetivamente realizada, e guardando, em concreto, as mesmas características do fato submetido anteriormente à consulta, já não mais será viável que o Tribunal, ao depois, venha a entender ilícita essa ação administrativa, impondo sanções ao responsável por ela” (Idem, p. 151).

Deve-se observar, no entanto, que não há dispositivo legal que expressamente vede o Tribunal de agir dessa maneira.

²⁶⁴ RITCU:

“Art. 264. O Plenário decidirá sobre consultas quanto a dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência, que lhe forem formuladas pelas seguintes autoridades:

I – presidentes da República, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal;

II – Procurador-Geral da República;

III – Advogado-Geral da União;

IV – presidente de comissão do Congresso Nacional ou de suas casas;

V – presidentes de tribunais superiores;

VI – ministros de Estado ou autoridades do Poder Executivo federal de nível hierárquico equivalente;

VII – comandantes das Forças Armadas.

§ 1º As consultas devem conter a indicação precisa do seu objeto, ser formuladas articuladamente e instruídas, sempre que possível, com parecer do órgão de assistência técnica ou jurídica da autoridade consulente.

§ 2º Cumulativamente com os requisitos do parágrafo anterior, as autoridades referidas nos incisos IV, V, VI e VII deverão demonstrar a pertinência temática da consulta às respectivas áreas de atribuição das instituições que representam.

§ 3º A resposta à consulta a que se refere este artigo tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto.

§ 4º A decisão sobre processo de consulta somente será tomada se presentes na sessão pelo menos sete ministros, incluindo ministros-substitutos convocados, além do Presidente”.

ministros de Estado ou autoridades do Poder Executivo federal de nível hierárquico equivalente e comandantes das Forças Armadas), a exigência de que suas consultas guardassem *pertinência temática* com as respectivas áreas de atribuição das instituições que representam (§ 2º).

Essas medidas configuram nítida tentativa do Tribunal de conter o afluxo de consultas que potencialmente receberia na hipótese de qualquer autoridade ter a possibilidade de consultá-lo (independentemente do seu nível hierárquico, do Poder a que pertencesse e da esfera federativa à qual estivesse atrelada). Apesar de o RITCU ter suprido a vagueza da LOTCU acerca dos *sujeitos* que poderiam consultar a Corte de Contas (lembre-se que a lei se limita a usar a expressão “autoridade competente”, sem defini-la), ele não criou *limites materiais* claros às respostas a consultas, não instituiu um *procedimento* a ser seguido pelo TCU para a elaboração ou revisão de respostas a consultas (como fez em relação à edição de atos regulamentares), tampouco disciplinou os *efeitos* que respostas a consultas (ou a revisão de respostas a consultas) poderiam ter sobre os jurisdicionados.

O que se vê é que o Tribunal convenientemente limitou o espaço de discricionariedade deixado pela LOTCU apenas em relação a certos aspectos (sujeitos que estariam legitimados a formular consultas e condições para que pudessem formulá-las), mas não a outros. Optou, assim, por postergar eventuais dúvidas ligadas às possibilidades e limites das respostas a consultas e por não estabelecer um procedimento prévio à sua elaboração, ao qual se vincularia (diferentemente do que fez em relação ao seu poder regulamentar).

É interessante observar que a decisão da legislação e do TCU de não disciplinar de maneira geral e consistente a produção de normas pelo Tribunal (via respostas a consultas) tem, ao que tudo indica, na prática gerado alguns efeitos negativos. É o que se depreende do depoimento de alguns dos servidores do TCU que entrevistei. Confira-se o teor da conversa:

Entrevistador: “Qual seria, na avaliação de vocês, a função da produção normativa do Tribunal?”

(...)

Entrevistado B: “Essa é uma das dimensões normativas do Tribunal [a de expedir INs, manifestada em trecho anterior da entrevista]. Agora, tem uma outra dimensão normativa do Tribunal (até estava falando agora na assessoria sobre ela), que é o poder que o TCU tem de responder consultas sobre questões formuladas em abstrato. E aí, diz a LOTCU, que a resposta à consulta do TCU tem caráter normativo. Então, teoricamente, seria uma quase lei. Nesse caminho, o TCU começa a legislar *muito*. Ele faz um ativismo jurisprudencial. E o curioso é que ele responde uma consulta (e tem vários casos assim), dizendo ‘tal procedimento tem que ser feito assim, nessa direção’. Aí a administração fala ‘ok, perfeito’. Um ano e meio depois, o TCU

responde a uma outra consulta de outra maneira. Há uma certa esquizofrenia. O TCU decide em um sentido e daqui a 6 meses pode decidir em sentido totalmente diferente. Já teve acórdãos do TCU que diziam que atos administrativos praticados sob a vigência dessa consulta são considerados ilegais quando forem apreciados à luz dessa outra [consulta]. Tem muito caso assim no TCU, principalmente na área de pessoal. É muito comum. É um poder normativo que o TCU tem e sobre o qual não existe ainda um equilíbrio institucional, uma estabilidade jurisprudencial, para valorizar isso”.

Entrevistado C: “E isso porque o TCU não tem um processo definido para desempenhar essas tarefas”.

Entrevistado B: “Não tem um processo adequado. A consulta é instruída como um outro processo qualquer. Sai o auditor e faz a resposta à consulta. O diretor analisa, assina. O secretário do controle externo vai lá e assina. Chega para o relator. O relator dá uma olhada e distribui. O assessor, se achar que o assunto pode ser analisado de maneira rápida, pode gerar falhas (o ser humano erra). Aí vai para o plenário. Se for um dia em que houver outros processos muito complexos, de repente passa uma resposta que está enviesada, como aquele caso sobre o qual falamos, em que o Tribunal criou critérios que até hoje não conseguimos entender”.

Entrevistado C: “Não é porque o Tribunal não tenha capacidade ou legitimidade para fazer isso...”.

Entrevistado B: “Passa um tempo e o TCU percebe o erro que cometeu e, quando percebe, ele corrige em uma nova consulta, ou faz um acórdão, sem ser consulta, anulando os efeitos da consulta anterior. E fica uma coisa em que o administrador... [o entrevistado dá a entender que esse ambiente geraria insegurança ao administrador]”.

Entrevistado A: “Você concorda que isso decorre muito do fato de os gabinetes não se conversarem?”

Entrevistado B: “Também. Antigamente não era assim...”.
[divergência sobre o tema].

Entrevistado A: “Ao contrário. Antigamente éramos herméticos. Melhoramos muito”.

Carlos Maurício Lociks de Araújo, em artigo no qual se propôs a verificar a existência de uma espécie de ativismo judicial do TCU em respostas a consultas — fenômeno este compreendido pelo autor como “postura dos juízes quando elastecem a interpretação da lei a ponto de criar normas cuja positivação seria competência do Poder Legislativo” —, arrolou casos nos quais o TCU teria adotado postura “ativista”.²⁶⁵ É oportuno mencionar ao menos um deles, com a finalidade de ilustrar alguns dos problemas que emergiram do trecho de entrevista acima transcrito (TCU “legislando” por meio de respostas a consultas e insegurança jurídica gerada pela Corte de Contas em função da ausência de um procedimento voltado a regulá-las).

Opto por mencionar o caso que versava sobre a aferição da correta interpretação do art. 27, IV, e do art. 55, XIII, ambos da lei 8.666/93 (Lei de Licitações)²⁶⁶ — os demais

²⁶⁵ V. ARAÚJO, Carlos Maurício Lociks. *Ativismo na jurisprudência do Tribunal de Contas da União*. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (org.). *Jurisprudência Constitucional*. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), 2013, pp. 152-171. Texto disponível para consulta em: http://www.academia.edu/11645245/Ativismo_na_Jurisprudencia_do_Tribunal_de_Contas_da_Uni%C3%A3o. Acesso em: 11 jan. 2016.

²⁶⁶ Confira-se o teor dos dispositivos da lei 8.666/93:

“Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

(...)

IV – regularidade fiscal e trabalhista;

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

diziam respeito a interpretações jurídicas ligadas à remuneração de servidores públicos. Em síntese, os dispositivos dizem que o licitante deve demonstrar a sua regularidade fiscal e trabalhista na fase de habilitação do certame e, se contratado, deve manter, durante toda a execução do contrato, todas as condições de habilitação exigidas no edital.

Com base nessas normas, o TCU firmou o entendimento de que *todos os pagamentos aos contratados* deveriam ser precedidos da conferência de regularidade fiscal e trabalhista do contratado (Decisão 705/1994-TCU-Plenário e Acórdão 837/2008-TCU-Plenário).²⁶⁷ Como corretamente aponta Carlos de Araújo, “não há disposição legal que imponha a forma como esse controle deve ser exercido nem quanto à possibilidade de retenção de pagamentos após a prestação do serviço, caso não se comprove a regularidade fiscal do contratado”. Com base nesse diagnóstico, argumentou que o TCU, nesse caso em específico, teria extrapolado os limites legais definidos para a matéria, “impondo obrigações não previstas pelo legislador” — afinal, indaga o autor, “Não seria admissível que o gestor público conferisse a regularidade fiscal periodicamente, porém sem fazê-lo necessariamente a cada pagamento?”.

Como aponta o autor, a resposta a essa pergunta foi dada pelo próprio TCU anos depois, na resposta a consulta objeto do Acórdão 964/2012-Plenário, no qual reviu posição anterior, eliminando a exigência de que todos os pagamentos aos contratados fossem precedidos da conferência da regularidade fiscal e trabalhista.²⁶⁸ De acordo com

(...)

XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação”.

²⁶⁷ Confira-se excerto do acórdão:

“...nos contratos de execução continuada ou parcelada, a cada pagamento efetivado pela administração contratante, há que existir a prévia verificação da regularidade da contratada com o sistema da seguridade social, sob pena de violação do disposto no § 3º do art. 195 da Lei Maior; (Dc 705/1994-TCU-Plenário) ...firmar o entendimento, aplicável a todos os órgãos/entidades da Administração Pública Federal, no sentido da inclusão, em editais e contratos de execução continuada ou parcelada, de cláusula que estabeleça a possibilidade de subordinação do pagamento à comprovação, por parte da contratada, da manutenção de todas as condições de habilitação, aí incluídas a regularidade fiscal para com o FGTS e a Fazenda Federal, com o objetivo de assegurar o cumprimento do art. 2º da Lei nº 9.012/95 e arts. 29, incisos III e IV, e 55, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93” (Ac 837/2008-TCU-Plenário).

²⁶⁸ Veja-se trecho da decisão:

“1. Nos contratos de execução continuada ou parcelada, a Administração deve exigir a comprovação, por parte da contratada, da regularidade fiscal, incluindo a seguridade social, sob pena de violação do disposto no § 3º do art. 195 da Constituição Federal, segundo o qual "a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o poder público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios". 2. Nos editais e contratos de execução continuada ou parcelada, deve constar cláusula que estabeleça a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, prevendo, como sanções para o inadimplemento dessa cláusula, a rescisão do contrato e a execução da garantia para ressarcimento dos valores e indenizações devidos à Administração, além das penalidades já previstas em lei (arts. 55, inciso XIII, 78, inciso I, 80, inciso III, e 87, da Lei nº 8.666/93). 3.

Carlos de Araújo, o TCU, ao agir dessa maneira, teria adotado “uma postura menos ativista e mais consentânea com a margem de liberdade que o legislador conferiu aos gestores públicos na aplicação do referido dispositivo da Lei 8.666/93, mantendo-se mais fiel ao texto da lei”.

À luz do teor das normas e do relato dos entrevistados, parece fundamental que a ausência de procedimentos, critérios e parâmetros para a elaboração de respostas a consultas de alguma maneira seja suprida (pela legislação ou pelo Tribunal). Há sinais importantes de que ela esteja contribuindo para que a atuação normativa do Tribunal gere insegurança jurídica (por conta de suas oscilações de posicionamento, por não avaliar os impactos que as normas que edita poderão ter para a administração ou para outros jurisdicionados, etc.). O ideal seria que a própria lei tivesse atentado para o tema, dada a relevância e o impacto que esse instrumento normativo pode ter nas atividades de controle do TCU e no cotidiano da administração e dos agentes públicos e privados em geral — deixar ao Tribunal a opção de regulamentá-lo não parece ser a decisão mais acertada.

A criação, por lei ou ao menos por norma interna do Tribunal, de procedimento para a elaboração e revisão de consultas e de regras para regular os efeitos que as respostas a consultas poderiam ter para os jurisdicionados, criaria estímulos para que o TCU se arcasse com o ônus do regulador e instituiria espaço adequado a testar e discutir a necessidade da criação de normas, suas características, sua extensão, sua viabilidade prática, os impactos, positivos e negativos, que poderiam concretamente produzir, etc. Dispositivo com esse teor também daria mais transparência e previsibilidade ao Tribunal, e, conseqüentemente, mais segurança jurídica a seus jurisdicionados, contribuindo, no limite, para a redução de custos ligados ao controle da administração e para o aprimoramento da gestão pública e do funcionamento do Estado.

3.3. Pode o Tribunal de Contas da União declarar a inconstitucionalidade de diplomas legais?

A resposta à indagação que dá origem ao presente tópico, como já deixei antever, é negativa. O TCU não tem competência para declarar a inconstitucionalidade de diplomas

Verificada a irregular situação fiscal da contratada, incluindo a seguridade social, é vedada a retenção de pagamento por serviço já executado, ou fornecimento já entregue, sob pena de enriquecimento sem causa da Administração” (Ac 964/2012-TCU-Plenário).

legais.²⁶⁹ A origem do imbróglio está na súmula 347, editada pelo STF em 13 de dezembro de 1963. Confira-se o seu teor:

Súmula STF 347, de 13 de dezembro de 1963

“O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público”.

Ignorando-se por ora a dúvida sobre a compatibilidade da súmula com a Constituição de 1988, que lhe é posterior, pergunta-se: em que consistiria, afinal, a atribuição reconhecida pelo STF ao TCU de “apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público”? Teria a Suprema Corte dado ao TCU a possibilidade de recusar-se a aplicar diplomas legais a casos concretos por considerá-los incompatíveis com a Constituição?

Como procurarei demonstrar, tudo indica que o Tribunal de Contas interpreta que sim, isto é, que o STF lhe teria reconhecido a possibilidade decidir pela constitucionalidade de leis e de atos do poder público. Ilustro essa afirmação por meio do relato de dois casos distintos.

O primeiro se refere à relativamente recente manifestação do TCU em sede de prestação de contas da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, relativa ao ano de 2008 (Acórdão 3.151, plenário, rel. Min. José Jorge, j. 30.11.2011). Na ocasião, a Corte de Contas avaliou a legalidade de uma consulta — modalidade licitatória criada para a ANATEL pela lei 9.472, de 16 de julho de 1997 – Lei Geral de Telecomunicações — licitada e contratada pela agência. Surpreendentemente, a conclusão do Tribunal foi a de que a nova modalidade licitatória (a consulta) seria inconstitucional²⁷⁰.

²⁶⁹ Há autores, contudo, que pensam de outra maneira. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, p.ex., sustenta que “(...) se o Tribunal julga determinado ato, frente a determinada lei e, atuando em maior amplitude, verifica que esta lei encontra-se em atrito com aquela de maior hierarquia — Constituição Federal — e partindo do pressuposto lógico de que não pode eximir-se do julgamento, deverá dizer do conflito de normas e de suas consequências sobre o caso concreto, tratando-se tal dicção de um juízo de constitucionalidade” (*Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*, 3ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 173 e p. 381).

²⁷⁰ Transcrevo a seguir o informativo do TCU que sintetiza a decisão:

“A Anatel somente poderá utilizar-se do regramento sobre licitações contido na Lei Geral de Telecomunicações, quando implementar concessão, permissão ou autorização de serviços de telecomunicações e de uso de radiofrequência. Em sede da prestação de contas da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL do exercício de 2008, o relator do feito avaliou a legalidade do processo licitatório denominado Consulta nº 03/2008, que culminou na contratação da empresa Guerreiro Consult (Contrato SPB nº 36/2008-Anatel) para “prestação de serviços especializados de consultoria para suporte às atividades de mapeamento da situação atual da exploração dos serviços de telecomunicações, perspectivas para o setor de telecomunicações, no período de 2010 a 2015, e de proposição de metas e condicionamento aplicáveis aos serviços explorados em Regime Público”. Ao examinar a matéria, observou que o parágrafo

Para chegar a essa conclusão, o Ministro relator José Jorge partiu da premissa de que o STF, no julgamento da liminar da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.668 (plenário, rel. Min. Marco Aurélio, j. 20.8.1998) — a referida ADI questionou dispositivos da Lei Geral de Telecomunicações —, ao afirmar que a competência do Conselho Diretor da ANATEL para aprovar normas próprias de licitação e contratação (art. 22, II) ficaria submetida às normas gerais e específicas de licitações e contratos previstas nas respectivas leis de regência, teria dito que a competência normativa do Conselho Diretor da ANATEL deveria ser exercida em estrita vinculação ao conteúdo das *normas gerais e específicas de licitação*. Com base nessa interpretação da decisão do STF e no entendimento do TCU de que a LGT não se caracterizaria como norma geral de licitações e contratos (opinião manifestada no acórdão 2753/2011, plenário, rel. Min. José

único do art. 54 da Lei nº 9.472/97 – Lei Geral de Telecomunicações (LGT) – criou duas novas modalidades de licitação: “Art. 54. A contratação de obras e serviços de engenharia civil está sujeita ao procedimento das licitações previsto em lei geral para a Administração Pública. Parágrafo único. Para os casos não previstos no caput, a Agência poderá utilizar procedimentos próprios de contratação, nas modalidades de consulta e pregão.” – grifos do relator. E mais: “Os arts. 55 a 58 da LGT disciplinaram os procedimentos a serem observados quando da utilização dessas duas modalidades licitatórias, ressaltando-se que elas somente poderiam ser utilizadas em certames destinados à contratação de bens e serviços (exceto de engenharia), haja vista que o caput do dispositivo legal transcrito acima remete os casos de obras e serviços de engenharia à égide da Lei nº 8.666/93”. Acrescentou: “O STF prolatou decisão, por maioria de votos, em sede liminar, no sentido de dar ao art. 22, II, da LGT (‘Art. 22. Compete ao Conselho Diretor: (...) II - aprovar normas próprias de licitação e contratação;’) interpretação conforme a Constituição, sem redução de texto, fixando a exegese segundo a qual “a competência do Conselho Diretor da Anatel fica submetida às normas gerais e específicas de licitação e contratação previstas nas respectivas leis de regência”. Lembrou o relator também que o Tribunal, ao guiar-se pelo comando contido no art. 22, XXVII, da CF/1988, por considerar que a LGT não é norma geral de licitações e contratos e também que a Lei nº 10.520/2002 é a norma geral que disciplina o pregão para a contratação de bens e serviços comuns, por meio do Acórdão nº 2753/2011-Plenário, decidiu “dar ciência à Anatel de que esta se encontra sujeita, no tocante à contratação de bens e serviços comuns, à Lei nº 10.520/2002 e ao Decreto Federal nº 5.450/2005” (subitem 9.3 do Acórdão nº 2753/2011-Plenário)”. De forma análoga, para contratação de objetos não caracterizados como comuns, anotou que deve incidir a regulação da Lei nº 8.666/93, que é norma geral de licitações e contratos, “não havendo mais como prosperar, depois da decisão liminar do STF na ADIn nº 1668-DF, a interpretação literal do art. 54, caput e parágrafo único, da Lei nº 9.472/97, segundo a qual a lei de regência para a aquisição de bens e serviços (exceto de engenharia) pela Anatel é a LGT”. Em seguida, valeu-se do caso concreto sob exame (Consulta nº 03/2008) para demonstrar que o Regulamento de Contratações da Anatel não está em perfeita consonância com a Lei nº 8.666/93. Destacou trechos da instrução técnica para demonstrar sua assertiva: “... o Regulamento de Contratações da Anatel não define os critérios de pontuação das propostas técnicas apresentadas em licitações sob a modalidade consulta ...” e também que “nada dispõe quanto aos critérios de julgamento das propostas técnicas”. Ao final, após transcrever o comando contido no art. 210 da LGT (“Art. 210. As concessões, permissões e autorizações de serviço de telecomunicações e de uso de radiofrequência e as respectivas licitações regem-se exclusivamente por esta Lei, a elas não se aplicando as Leis nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, nº 9.074, de 7 de julho de 1995, e suas alterações”) anotou que, somente em relação às licitações destinadas às concessões, permissões e autorizações de serviço de telecomunicações e de uso de radiofrequência, “... pode o Conselho Diretor da Anatel submeter-se à própria Lei nº 9.472/97 para o exercício de sua competência fixada pelo art. 22, II, da LGT”. O Tribunal, em face desse panorama fático e normativo, decidiu: “9.2. dar ciência à Anatel de que: (...) 9.2.5. a Anatel encontra-se subordinada à Lei nº 8.666/93 para a contratação de objetos não caracterizados como comuns, não enquadráveis, portanto, no regime jurídico da Lei nº 10.520/2002;”. Acórdão nº 3151 /2011-Plenário, TC-015.071/2009-2, rel. Min. José Jorge, 30.11.2011”.

Jorge, j. 19.10.2011), decidiu-se que a ANATEL poderia “expedir normas relativas aos procedimentos operacionais a serem observados nas suas licitações, *tomando como parâmetro, no entanto, as disposições das Leis nº 8.666/93 [Lei de Licitações] e 10.520/02 [Lei do Pregão], normas gerais de licitação e contratação no âmbito da Administração Pública*”.²⁷¹

O problema é que a modalidade licitatória “consulta” não encontra paralelo nas normas gerais de licitação. Como a ANATEL poderia seguir realizando consultas se, por determinação do TCU, teria que obrigatoriamente licitar apenas com base nas leis gerais de licitação, a saber, lei 8.666/93 e lei 10.520/02?

O TCU, mesmo sem dizê-lo expressamente, decidiu pela inconstitucionalidade da consulta da Lei Geral de Telecomunicações, na prática inviabilizando seu uso. Percebe-se que a Corte de Contas, ao se posicionar dessa forma, acabou concluindo em sentido contrário ao próprio STF, vez que este, ao julgar a ADI 1.668, não declarou a inconstitucionalidade da consulta — reconhecendo, por oposição, sua constitucionalidade. Tudo indica que o Tribunal parece não ter concordado com a decisão tomada pela própria da lei (chancelada pelo STF) de criar, para a agência, regras próprias de licitação.

O segundo caso envolve a aplicação, pela Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras, do decreto federal 2.745, de 24 de agosto de 1998.²⁷² O referido diploma instituiu, para a empresa, procedimento licitatório simplificado, apoiando-se no art. 67 da lei 9.478, de 6 de agosto de 1997 – Lei do Petróleo.²⁷³

A Lei do Petróleo deslegalizou de forma drástica a regulação das contratações públicas da Petrobras ao atribuir ao Chefe do Executivo a competência para editar decreto prevendo as regras licitatórias a que a empresa estatal se submeteria. Apesar de a Lei do Petróleo e de o decreto que regulamentou as licitações da Petrobras serem relativamente antigos — datam, respectivamente, do ano de 1997 e de 1998 —, é patente a recusa do TCU, que ainda hoje persiste, em aceitar como natural que a empresa se exima de observar, nas suas contratações, a íntegra da Lei de Licitações. A postura de resistência do TCU foi por diversas vezes levada à apreciação do STF o qual, mesmo que em ações

²⁷¹ ROSILHO, André, *Licitação no Brasil*, São Paulo, Malheiros Editores, 2013, pp. 216-217.

²⁷² Sobre as decisões proferidas pelo STF e TCU envolvendo o regime licitatório simplificado da Petrobrás, v. amplamente ROSILHO, André e GEBRIM, Larissa Santiago, “Política de contratações públicas da Petrobras: o que pensam STF e TCU?”, *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 13, n. 50, abr./jun. 2015, p. 63-88.

²⁷³ Confira-se o teor do referido dispositivo da Lei do Petróleo:

“Art. 67. Os contratos celebrados pela PETROBRÁS, para aquisição de bens e serviços, serão precedidos de procedimento licitatório simplificado, a ser definido em decreto do Presidente da República”.

pontuais e com efeitos *inter partes*, tem chancelado a possibilidade de a empresa estatal se valer de regulamento próprio de licitações para contratar.

Ilustro a posição do TCU por meio da decisão 663/2002 (plenário, rel. Min. Ubiratan Aguiar, j. 19.6.2002), em que avaliou a licitude do regime licitatório adotado pela estatal e a legalidade dos procedimentos de contratação realizados pela Petrobras (após o advento do decreto 2.745/98, evidentemente).

Nas palavras do Min. Aguiar, o art. 37, XXI, da Constituição dispôs que o tema de licitações e contratações deveria ser disciplinado por lei, sendo que, a seu ver, o único diploma legal a dispor sobre a matéria seria a lei 8.666/93 — a Lei do Petróleo teria se limitado a fazer uma delegação imprópria a norma de hierarquia inferior. Desse modo, por supostamente contradizer o art. 37, XXI, da Constituição e perpetrar uma delegação legislativa imprópria, o art. 67 da lei 9.478/97 seria inconstitucional, por consequência também maculando de inconstitucionalidade o decreto 2.745/98.²⁷⁴ O Tribunal reiterou esse seu posicionamento em inúmeras outras ocasiões.²⁷⁵

A despeito da postura do Tribunal ilustrada por meio dos dois casos acima relatados, fato é que o Direito não conferiu ao TCU a atribuição de decidir pela constitucionalidade de normas em casos concretos. A suposta base normativa para fazê-lo, a súmula 347 do STF, tem sido erroneamente interpretada e aplicada.

A súmula em comento foi editada pelo STF com base em um único precedente. Trata-se do Recurso de Mandado de Segurança 8.372, unanimemente rechaçado pela Corte em 11 de dezembro de 1961. O recurso foi interposto por delegado de polícia aposentado, nos termos da lei estadual 4.316/58, contra decisão do Tribunal de Contas do Estado do Ceará que havia negado registro a ato de aposentadoria. O Tribunal de Contas estadual, ao que consta, negou o pedido de registro do ato, pois o próprio STF já teria declarado a constitucionalidade da lei 4.418 (não há menção ao ano da lei), diploma normativo que substituiu a lei estadual 4.316/58 (base normativo do pedido de aposentadoria do delegado de polícia), tornando-a sem efeito.

Ao negar provimento ao RMS 8.372, o Min. relator Pedro Chaves aduziu que o Tribunal de Contas, de fato, não teria competência para declarar a inconstitucionalidade de leis, pois “na realidade essa declaração escapa à competência específica dos Tribunais de Contas”. Disse, no entanto, que “há que se distinguir entre declaração de

²⁷⁴ Ao discorrer sobre a delegação imprópria que estaria presente no art. 67 da Lei no 9.478/97, o Min. Ubiratan Aguiar afirmou que “mesmo que viesse no bojo de uma lei delegada – o que não ocorreu – o art. 67 da Lei 9.478 poderia ser tido como inconstitucional”.

²⁷⁵ Cf. Idem, p. 78.

inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais, pois esta obrigação [a de não aplicar leis inconstitucionais] é obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos poderes do Estado”.

Ao se retomar o conteúdo do julgado que deu origem ao enunciado normativo, observa-se que o TCU, ao aplicá-lo, potencialmente esteja utilizando-o de maneira distinta da imaginada pelo próprio STF (na ocasião em que redigiu o enunciado). Afinal, partindo-se da premissa de que a súmula deva ser interpretada em consonância com os julgados que a originaram — já que representa a consolidação de um entendimento jurisprudencial —, fica evidente que o Supremo não pretendeu dar ao TCU a competência para declarar a inconstitucionalidade de leis, mas, pura e simplesmente, objetivou reconhecer que o Tribunal de Contas, como qualquer órgão de controle, poderia deixar de aplicar leis já declaradas inconstitucionais pelo Judiciário ou, então, que não mais estivessem em vigor.²⁷⁶

Deve-se notar, no entanto, que mesmo que a súmula do STF tivesse pretendido autorizar o TCU a, no exercício de suas atribuições, declarar a inconstitucionalidade de leis, seria impossível que o Tribunal dela extraísse esse tipo de autorização. Fosse esse o real sentido da norma, ela não teria sido recepcionada pela Constituição de 1988, visto que o Texto Constitucional, em seu Capítulo III (Do Poder Judiciário), inequivocamente reserva aos tribunais (judiciais) a competência para fazê-lo. É o que se extrai da redação do seu art. 97 (“Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”).²⁷⁷

Como dito anteriormente, o STF, em diversas assentadas, tem apreciado casos em que o TCU acabou declarando normas legais contrárias à Constituição. Diversas dessas manifestações se concentram no “Caso Petrobras” há pouco relatado.

Ilustro a posição da Suprema Corte por meio do mandado de segurança 25.888, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 22.3.2006, passível de ser classificado como caso paradigmático por ter influenciado uma linha de decisões posteriormente tomadas pelo

²⁷⁶ Cf. *Idem*, p. 70.

²⁷⁷ E, como destaca Marçal Justen Filho, “É imperioso ter em vista sempre que os Tribunais de Contas não são órgãos jurisdicionais, o que significa que a destinação de sua existência não consiste em compor litígios nem em dizer o direito para o caso concreto. Essa advertência é relevante porque os Tribunais de Contas exercitam atividade de controle e o exercício dessa competência pode importar efeitos jurídicos similares às decisões proferidas pelo Estado no exercício da função jurisdicional” (*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 16ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1208”).

STF.²⁷⁸ O referido MS versava sobre decisão do TCU que determinou que a Petrobras se abstinhasse de aplicar o regulamento do procedimento licitatório simplificado, aprovado pelo decreto 2.745/98.

O Min. Gilmar Mendes, na ocasião, ordenou a suspensão dos efeitos da decisão do TCU²⁷⁹, sendo que um dos argumentos utilizados foi o de que declaração de inconstitucionalidade pelo Tribunal de Contas violaria o princípio da legalidade, tanto pela ótica do art. 71 da Constituição, que delimita as competências do TCU, quanto pela perspectiva do art. 177, que estabelece o regime de exploração do petróleo. Apesar de não dizê-lo expressamente, depreende-se do seu voto que a súmula 347 do STF não teria sido recepcionada pela Constituição de 1988 — que, novamente segundo o Ministro, teria ampliado o controle abstrato de constitucionalidade e, em contrapartida, reduzido a amplitude do controle difuso de constitucionalidade.²⁸⁰

²⁷⁸ Essas são algumas das ações que de alguma maneira retomam os argumentos desenvolvidos no MS 25.888: MS/MC no 25.888: AC-MC/QO no 1.193, MS/MC no 27.743, MS/MC no 31.235, MS-ED/MC no 25.986, MS/MC no 26.410, MS no 27.232, MS no 27.337, MS no 27.344, MS/MC no 27.796, MS/MC no 28.745, MS/MC no 29.123, MS/MC no 29.326, MS/MC no 28.744, MS/MC no 27.837 e MS no 26.783.

²⁷⁹ Confira-se trecho do voto do Min. Gilmar Mendes no MS 25.888:

“Em outros termos, a EC no 9/95, ao alterar o texto constitucional de 1988, continuou a abrigar o monopólio da atividade do petróleo, porém, flexibilizou a sua execução, permitindo que empresas privadas participem dessa atividade econômica, mediante a celebração, com a União, de contratos administrativos de concessão de exploração de bem público. Segundo o disposto no art. 177, §1º, da Constituição, na redação da EC no 9/95: ‘§1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo, observadas as condições estabelecidas em lei’. Dessa forma, embora submetidas ao regime de monopólio da União, as atividades de pesquisa, lavra, refinação, importação, exportação, transporte marítimo e transporte por meio de conduto (incisos I a IV do art. 177) podem ser exercidas por empresas estatais ou privadas num âmbito de livre concorrência. A hipótese prevista no art. 177, §1º, da CRFB/88, que relativizou o monopólio do petróleo, remete à lei a disciplina dessa forma especial de contratação. A Lei nº 9.478/97, portanto, disciplina a matéria. Em seu artigo 67, deixa explícito que ‘os contratos celebrados pela Petrobrás, para aquisição de bens e serviços, serão precedidos de procedimento licitatório simplificado, a ser definido em decreto do Presidente da República’. A matéria está regulamentada pelo Decreto nº 2.745, de 1998, o qual aprova o regulamento licitatório simplificado da Petrobrás”.

²⁸⁰ Ilustro essa posição do STF — segundo a qual o TCU não seria competente para declarar diplomas legais inconstitucionais — com outro caso. Veja-se:

“Constata-se, portanto, que foge à competência da Corte de Contas o controle da constitucionalidade de leis e decretos, cabendo-lhe fiscalizar a legalidade dos procedimentos administrativos. Em consequência, a manifestação quanto à inconstitucionalidade representa um posicionamento, mas não uma decisão. Desta forma, em pleno vigor a lei e o decreto de que aqui se trata e, em relação a eles — vigentes — nenhuma ilegalidade foi apontada como tendo sido praticada pela empresa. Ao contrário, o que se lhe imputa é exatamente a observância dos mesmos. (...) Por óbvio, a utilização do procedimento licitatório simplificado, aprovado pelo Decreto n. 2.745/1998, em detrimento da aplicação da Lei n. 8.666/1993 não impede o Tribunal de Contas da União de exercer as suas relevantes atribuições constitucionais”(AgRMS 30.349, primeira turma, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 27.3.2012).

3.4. Conclusões parciais

O legislador previu ao TCU competência para editar normas — equipando-o com atribuições para elaborar regulamentos e para fixar entendimentos gerais e abstratos sobre normas legais e regulamentares —, mas optou por não delimitá-la com precisão e por não explicitar as possibilidades e limites do Tribunal ao exercê-la. Silenciou, assim, quanto aos seus *limites materiais*, quanto aos *sujeitos* a que o TCU por meio dela poderia alcançar, quanto aos *efeitos* que as normas por meio dela produzidas poderiam ter e, finalmente, quanto aos *procedimentos* que deveriam pautar seu exercício.

O Legislativo foi lacônico e transferiu para outro momento e para outras instituições — para o próprio TCU, para o Judiciário e para intérpretes do Direito em geral — a tarefa de precisar quais seriam os contornos de sua competência normativa e quais seriam as possibilidades e limites do seu exercício concreto — lembre-se que a lei optou pela fórmula segundo a qual o TCU só poderia regulamentar ou dar respostas a consultas no âmbito de sua competência, sem, contudo, especificá-la.

Além disso, a LOTCU deu poder especial ao Tribunal — autorizando-o a agir na condição de “regulador” —, mas não apontou expressamente que, em contrapartida, também teria ônus especial (o ônus do regulador). O silêncio do legislador sobre esse ponto em específico se manifestou especialmente na ausência de normas procedimentais capazes de orientar o exercício da competência normativa pela Corte de Contas. Ainda que se possa (corretamente) afirmar que esse ônus decorra do ordenamento jurídico como um todo e da própria condição de “regulador” do TCU, o ideal seria que lei o tivesse explicitado, dizendo, didaticamente, o modo pelo qual ele seria suportado pelo Tribunal.

A realidade é que a lei foi *insuficiente*. Não bastava dizer, genericamente, que ao TCU, “no âmbito de sua competência e jurisdição”, assistiria “poder regulamentar”, ou que lhe caberia “decidir sobre consulta” acerca de dúvida relativa “a matéria de sua competência, na forma estabelecida no Regimento Interno”. Para que a lei pudesse ser considerada suficiente, ela precisaria ter fixado *parâmetros substantivos* (normas de conteúdo) e *adjetivos* (normas de processo e de organização administrativa) que, em seu conjunto, orientassem de modo consistente a ação normativa do Tribunal.²⁸¹

²⁸¹ O debate sobre a suficiência/insuficiência das leis é suscitado por Carlos Ari Sundfeld. O autor, ao discutir o espaço do regulamento no direito brasileiro e a atividade normativa da administração, defende a ideia de que a lei, para que em tese pudesse ser considerada suficiente, teria de estabelecer parâmetros substantivos e adjetivos norteadores da ação normativa da administração. Nas palavras do autor:

Cito, a título de exemplo e para fins comparativos, lei na qual o legislador adotou postura bastante diferente, determinando, *ex-ante*, parâmetros substantivos e adjetivos para o exercício da atividade normativa por órgão regulador. Refiro-me à lei 9.472, de 16 de julho de 1997 (Lei Geral de Telecomunicações – LGT), que, entre outras coisas, previu a criação da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL.

O diploma, ao disciplinar a competência normativa da ANATEL, elencou, com clareza, o *conteúdo específico* sobre o qual ela estaria autorizada (e obrigada) a regulamentar. Disse, por exemplo, que à agência competiria “expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público” (art. 19, IV); “expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado” (art. 19, X); “expedir normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem” (art. 19, XII); e “expedir normas e padrões que assegurem a compatibilidade, a operação integrada e a interconexão entre as redes, abrangendo inclusive os equipamentos terminais” (art. 19, XIV).

Mas isso não foi tudo. O diploma em comento também se preocupou em criar procedimentos que obrigatoriamente deveriam preceder a edição de atos normativos pela agência, sob pena de torná-los inválidos. Nesse sentido, destaca-se a previsão de que as minutas de atos normativos fossem submetidas a *consulta pública*, “formalizada por publicação no Diário Oficial da União, devendo as críticas e sugestões merecer exame e permanecer à disposição do público na Biblioteca” (art. 42). Atentou-se, assim, para a necessidade de induzir o regulador a refletir sobre as características das normas que planejassem editar e a considerar o impacto que elas porventura teriam caso viessem a ser aprovadas.

Observa-se que o estilo do legislador em um caso e no outro foi completamente diverso. Para a LOTCU, adotou fórmula ampla, lacônica; decidiu não decidir, optou por não criar parâmetros substantivos e adjetivos claros. Em relação à LGT, escolheu dizer

“É preciso notar que uma visão de algum modo restritiva quanto à ação normativa da Administração não necessariamente decorre de o intérprete considerar a vinculação da Administração ao Parlamento como princípio definidor do Direito Administrativo, pois pode ter outras razões.

O ponto de vista deste ensaio também pode ser considerado como bastante restritivo, pois exige do legislador a fixação de parâmetros substantivos (normas de conteúdo) e adjetivos (normas de processo e de organização administrativa) que, em seu conjunto, orientem de modo consistente a ação normativa administrativa. Ademais, este ensaio identifica a existência de diversos ônus extralegais para o administrador exercer de modo juridicamente adequado a competência normativa conferida por lei; afinal, não é somente a lei que vincula a Administração” (SUNDFELD, Carlos Ari, Administrar é criar?, *op. cit.*, pp. 268-269).

com nitidez quais seriam os campos específicos nos quais a ANATEL estaria autorizada a intervir pela via normativa e por estabelecer um conjunto de etapas que necessariamente deveriam ser observadas pelo regulador para que seu produto final (normas) tivesse validade jurídica.

O que teria levado o legislador a instituir, para o TCU, poder normativo com essas características e a optar por não criar parâmetros substantivos e adjetivos claros para o seu exercício, diferentemente do que veio a fazer em relação à ANATEL? Duas podem ter sido as razões que motivaram essa decisão.

Como visto no **Capítulo 1**, a primeira minuta do projeto de lei que resultou na LOTCU foi elaborada pelo próprio TCU, tendo sido apresentada ao Congresso Nacional por seu presidente da época, o Ministro Alberto Hoffmann. A minuta inicial do PL já previa a competência normativa do Tribunal e continha os dispositivos que disciplinavam as atribuições para editar atos regulamentares (art. 5º) e para criar normas por meio de respostas a consultas (art. 3º, XV e parágrafo único).

É interessante notar que esses dispositivos não sofreram modificações, acréscimos ou reparos no curso do processo legislativo e as atribuições que previam não foram objeto de debates ou discussões. Outros temas do PL consumiram as energias dos congressistas — principalmente a criação do Ministério Público junto ao TCU e a possibilidade de certas sessões do Tribunal não serem públicas. É possível, pois, que a competência normativa da Corte de Contas tenha passado despercebida, levando o Legislativo a não tomar a iniciativa de estabelecer em detalhes as possibilidades e limites do seu exercício concreto.

A tese é possível, mas improvável. O PL tramitou por cerca de dois anos — tempo considerado longo na opinião do Senador Simon — e passou pelo escrutínio de diversos atores (comissões, técnicos, etc.), que, em algum momento, devem ter atentado para o poder que o PL estava em vias de conferir ao TCU. Se na própria ANC, cujo trabalho era significativamente mais amplo e complexo, o tema não passou despercebido — vez que os constituintes decidiram não atender ao pleito formulado pelos tribunais de contas —, por que no processo legislativo da LOTCU (diploma mais simples e com objeto mais bem delimitado) teria sido diferente?

O mais provável é que o Legislativo tenha assentido em dar ao TCU poder normativo com essas características, deliberadamente deixando de fixar limites precisos ao seu exercício concreto. Isto é, pode ser que se tenha imaginado que o mais adequado seria mesmo fixar em lei *apenas* amplas atribuições do controlador (expedir

regulamentos, responder a consultas, etc.), *não* estabelecendo, de antemão e de maneira minuciosa, o que concreta e efetivamente poderia fazer (inclusive na seara normativa). Se esse tiver sido o caso, o legislador terá agido inspirado por um método de disciplina normativa do controle que enxerga na lei papel específico e peculiar: ampliar os riscos do controlado (administrador, contratados pelo poder público em geral, etc.).

Tendo em vista as características da LOTCU acerca da competência normativa do Tribunal, resta indagar: teria o TCU, ele próprio, editado normas voltadas a discipliná-la, completando, restringindo ou modificando seu sentido?

Em relação a sua competência normativa, o TCU não parece buscar, por meio da edição de regulamentos (RITCU e INs), especificar, restringir ou delimitar o poder que a lei lhe conferiu. Nada de surpresa nesse comportamento da Corte de Contas. Afinal, qual seria seu interesse em se autolimitar? Para ela, a zona de incerteza criada pela lei acerca de suas possibilidades e limites em tese é positiva, pois abre espaço para a ampliação do seu campo de atuação.

É preciso destacar, contudo, que o TCU, em relação à sua atribuição regulamentar, tomou a importante iniciativa de criar procedimentos prévios ao seu exercício, suprimindo, nesse ponto em específico, o silêncio da LOTCU — o RITCU nada disse sobre a atribuição da Corte de Contas para criar normas por meio de respostas a consultas. Os procedimentos criaram etapa importante que permite ao órgão, ao menos em tese, testar e refletir sobre as características e os potenciais impactos dos regulamentos que pretender editar.

Tendo em vista a vagueza da lei e os poucos parâmetros criados pelo próprio TCU para o exercício da competência em comento, seria importante que o Tribunal, caso a caso, expressamente justificasse sua legitimidade para agir. Precisa, assim, assumir o ônus de legitimar sua competência, explicando seu fundamento específico de modo a delimitar com clareza seu âmbito de competência normativa.²⁸²

Antes de avançar para o próximo tópico, um último apontamento: a forma pela qual a LOTCU atribuiu competência normativa ao Tribunal curiosamente lembra a outorga de poder normativo dada pela Constituição ao Conselho Nacional de Justiça – CNJ, ocorrida por meio da emenda constitucional 45, de 2004, responsável pela implementação da chamada reforma do Judiciário. A despeito de no primeiro caso a delegação de poder normativo ter sido feita por meio de lei e de, no segundo caso, ela ter

²⁸² Cf. SUNDFELD, Carlos Ari, *Princípio é preguiça?*, *op. cit.*, p. 220.

sido feita pela própria Constituição, penso que a comparação seja pertinente, ao menos para fins ilustrativos. Transcrevo, abaixo, o dispositivo pertinente:

Constituição Federal de 1988 (redação conferida pela emenda constitucional 45, de 2004)

Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo:

(...)

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, *podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência*, ou recomendar providências;²⁸³ (grifos acrescentados).

Observe-se que a fórmula utilizada pelo legislador foi praticamente a mesma daquela que empregou quando da elaboração da LOTCU (cabe ao CNJ “expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência”). Em pesquisa acerca do poder normativo do CNJ e do uso que o Conselho dele tem feito, constatei de que o CNJ havia, na prática, se transformado em uma espécie de órgão “regulador” do Judiciário (criando direitos e proibições, uniformizando procedimentos, punindo magistrados, etc.).²⁸³

Na ocasião, uma das razões que a meu ver foram determinantes para a transformação do Conselho em um órgão “regulador” foi justamente o fato de suas competências estarem imersas em uma névoa de incertezas, havendo, assim, “significativo espaço para que ele [CNJ] agisse com certa discricionariedade, avançando na medida do possível e definindo limites de atuação”.²⁸⁴

Seu poder normativo estaria sendo utilizado para basicamente duas funções distintas: “A primeira delas é a de centralizador do sistema de justiça brasileiro, concentrando em si decisões antes tomadas em cada uma das “ilhas” do Judiciário e, portanto, diminuindo a autonomia dos magistrados e órgãos a ele subordinados”.²⁸⁵ A segunda seria a de ocupar um espaço que antes pertencia à lei — a constatação foi a de que o CNJ, por meio do seu poder normativo, teria “pouco a pouco inflado suas competências e passado a dispor sobre temas tradicionalmente regulamentados por leis em sentido formal”.²⁸⁶

²⁸³ V. ROSILHO, André. O poder normativo do CNJ e o sistema de justiça brasileiro, *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, ano 4, n. 14, abr./jun. 2010, pp. 80-83.

²⁸⁴ Idem, *ibidem*.

²⁸⁵ Idem, p. 81.

²⁸⁶ Idem, *ibidem*.

À luz desse diagnóstico, não há como não indagar: estaria o TCU se comportando de maneira semelhante? Isto é, estaria o TCU se valendo do seu poder normativo para conferir à legislação interpretação ampliativa, potencialmente conflitante com o teor das normas constitucionais e legais? Há indícios de que a resposta a essa indagação em alguma medida seja positiva.²⁸⁷

O **Entrevistado B**, como visto na transcrição, fala da edição de regulamentos voltados a disciplinar princípios constitucionais (e não dispositivos legais). Nesse caso, estaria o TCU editando regulamentos autônomos? Poderia o Tribunal, sob o pretexto de explicitar o teor de princípios constitucionais, baixar normas criando atribuições e comandos bastante específicos (tais como os que constam da IN 74)?

²⁸⁷ Confira-se, abaixo, excertos de duas entrevistas que apontam para indícios de que o TCU tenderia a usar seu poder normativo com a finalidade de “legitimar” vias de controle não previstas pelo ordenamento jurídico:

Entrevista 1

Entrevistador: “Qual seria a função da produção normativa do Tribunal?”

Entrevistado B: “O Tribunal, quando faz essas INs, normalmente tem uma lei, e está lá na Lei criando uma atribuição para o TCU. Quando o TCU recebe uma atribuição explícita de uma lei, ele expede uma instrução normativa para terceiros (para fora do Tribunal), para os jurisdicionados. No caso das desestatizações foi assim. Tem a lei de concessões e o Tribunal (IN 27) regulamenta a competência dada pela lei ao Tribunal. No caso do acordo de leniência (IN 74), já foi diferente. Até os servidores do Tribunal ficaram um tanto quanto constrangidos, pensando ‘fizeram uma lei *dessas* e nem citaram o TCU?’ Ai, nesse caso, o TCU pegou por princípios. Como o art. 74 da Constituição fala que o controle interno também tem por função auxiliar o TCU no exercício do controle externo, o Tribunal, com base nesse dispositivo e em princípios constitucionais, criou uma IN (não baseada na lei), para dar o mínimo de segurança jurídica. Porque não adianta nada você fazer um acordo de leniência se o TCU pode atuar independentemente e multar e jogar o acordo por água abaixo. Então questionaram se poderiam fazer ou não (a IN). Esse caso fugiu um pouco do habitual. Não é comum”.

Entrevistado A: “Na minha opinião, essa IN (a 74), foi um desastre. Não precisava disso”.

Entrevistado B: “Foi feita de maneira rápida”.

Entrevistado A: “O Ministro Otton na sessão falou uma coisa com a qual concordei 100%. Ele falou: ‘essa IN é inócua’. Está claro na própria Constituição que o TCU pode atuar de qualquer jeito”.

Entrevistado C: “O que valia nessa IN era o último artigo. Você se lembra qual era o último artigo? Dizia assim, tudo que está aqui em cima não elimina a competência do Tribunal. Quer dizer, é letra morta”.

Entrevistado A: “Essa é uma IN atípica. Não leve ela em conta. Veja por exemplo a IN 63, a 27 e as demais”.

Entrevista 2

Entrevistado G: “(...) O Tribunal, nos últimos anos, além do que a Constituição de 1988 já alargou em relação a outras constituições, a própria interpretação nossa, do Tribunal, faz com que isso cada vez mais fique aparente”.

(...)

Entrevistador: “O TCU editou uma série de normas (INs, resoluções), que de certa forma regulam, disciplinam suas próprias competências, em alguns casos mais polêmicos (principalmente quando envolve controle *ex-ante* ou concomitante), vem a minha dúvida: essas normas servem para dar conforto ao Tribunal para agir nesses casos? Você veria nesses instrumentos uma forma de o Tribunal expandir sua esfera de atuação? Qual seria o papel dessas INs?”

Entrevistado G: “A IN é uma norma que o Tribunal normalmente usa para o público externo e as resoluções detalham a lei orgânica, o regimento, etc. Sem dúvida, as INs, em muitos casos, acabam sim extrapolando as competências do TCU. Mas não só elas. A própria jurisprudência do Tribunal ela é farta de exemplos. Principalmente no caso das auditorias operacionais”.

O **Entrevistado G**, por sua vez, avalia que os regulamentos baixados pelo Tribunal servem, nalguma medida, para dar algum grau de conforto à instituição quando ela atua em área em que sua competência é incerta, duvidosa. Os atos regulamentares seriam, dessa forma, um instrumento de autolegitimação do Tribunal quando se propõe a atuar em campo no qual não tenha (ou não não esteja certo de que tenha) competência para agir.

4. Competência para praticar atos sancionatórios

Parcela das normas do ordenamento jurídico conferiu ao TCU a possibilidade de agir impositivamente sobre sujeitos determinados ou ao menos determináveis por meio da prática de atos sancionatórios de cunho administrativo.²⁸⁸

Ao agir dessa maneira, o TCU constitui ou desconstitui direitos, editando atos com efeitos jurídicos imediatos e cogentes que, por terem viés punitivo, em regra são praticados *a posteriori* — isto é, após a ocorrência de fatos ou a prática de atos por sujeitos passíveis de serem por ele sancionados.

Evidentemente que a aplicação de sanções tem de ser precedida da apuração de fatos e da identificação de sua autoria; depende, assim, da produção de provas — pelo próprio TCU (que também pode elaborá-las por meio do exercício da sua competência para levantar dados e produzir informações) ou por terceiros.

Início, a seguir, o estudo das atribuições vinculadas à presente competência (julgar contas e aplicar sanções), chamando a atenção do leitor para os sujeitos, parâmetros e objeto de controle a que a legislação se refere — e, sempre que possível e pertinente, para pontos de dúvida relacionados a seu exercício concreto.

4.1. Julgar contas

A atribuição de julgar contas é das mais antigas do TCU e remonta às suas origens.²⁸⁹ Apesar de a Constituição de 1891 ter se limitado a dizer que o Tribunal teria a

²⁸⁸ Como afirma Fábio Medina Osório, a nota distintiva das sanções administrativas consiste, “além da presença da Administração Pública em um dos polos (como lesada) (...), a ausência de natureza penal da sanção, o que se deve verificar, de um lado, na decisão legislativa soberana e discricionária e, de outro, na ausência de previsão, direta ou indireta, de pena privativa de liberdade.” (OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 104).

²⁸⁹ Cf. SPECK, Bruno Wilhelm, *Inovação e Rotina no Tribunal de Contas da União*, *op. cit.*, p. 83.

função de “liquidar as contas de receita e despesa e verificar a sua legalidade”, nada dizendo sobre o julgamento de contas, a primeira lei orgânica do TCU, editada no ano seguinte à elaboração do citado Texto Constitucional (lei 1.166, de 17 de dezembro de 1892), criou para o órgão de controle a atribuição de “Julgar, em única instância, as contas de todas as repartições, empregados e quaisquer outros responsáveis (...)” (art. 31, § 1º).²⁹⁰

Enquanto que a aprovação das contas do governo ficou nas mãos do Legislativo, as contas dos administradores, por determinação da lei orgânica do Tribunal de Contas de 1892, deveriam ser apreciadas e julgadas, em única instância, pelo próprio TCU. Com isso, o Brasil avizinhou-se da tradição continental de Cortes de Contas, prevendo a esse tipo de órgão competências próprias de julgar.²⁹¹

O que se nota é que o TCU de algum modo acabou aproximado do Poder Judiciário — cuja função primordial é justamente julgar —, por conta disso dando ensejo a dúvidas sobre sua natureza jurídica. A principal delas estava em saber se o Direito, ao conferir ao TCU a possibilidade de julgar contas de administradores em geral, teria, ou não, instituído uma espécie de tribunal administrativo.

O debate acerca das supostas funções jurisdicionais do TCU se estendeu por toda a República Velha e voltou à tona quando da elaboração das Constituições de 1934 (a primeira a expressamente mencionar a atribuição do Tribunal de julgar contas), de 1946 e

²⁹⁰ Veja-se o dispositivo na íntegra:

“Art. 31. Compete ao Tribunal, na tomada de contas dos responsáveis por dinheiros e valores pertencentes à República:

§ 1º Julgar, em única instância, as contas de todas as repartições, empregados e quaisquer outros responsáveis que, singular ou colectivamente, tiverem administrado, arrecadado ou despendido dinheiros públicos ou valores pertencentes à República, ou por que esta seja responsável e estiverem sob sua guarda, e bem assim dos que, por qualquer motivo, as deverem prestar perante o mesmo Tribunal, seja qual for o Ministério a que pertencerem”.

²⁹¹ Cf. SPECK, Bruno Wilhelm, *Inovação e Rotina no Tribunal de Contas da União*, *op. cit.*, p. 83.

Apesar de o Brasil de fato ter se avizinhado da tradição continental de cortes de contas, seria um equívoco supor que o país tenha aderido a um específico modelo, com elementos e características bem definidos e delimitados. Em realidade, como revela depoimento de servidores do TCU que entrevistei, os tribunais de contas de todo o mundo são muito diferentes entre si, mesmo quando considerados apenas os de países europeu-continentais. Esse diagnóstico é especialmente válido em relação ao TCU, pois, segundo se alegou, ele seria dotado de um complexo de competências e de atribuições sem igual no universo das instituições superiores de controle financeiro. Veja-se:

Entrevistado F: “O Brasil se insere na tradição de tribunais de contas europeu-continental. Mas se você for olhar os tribunais de contas inseridos nessa tradição, verá que nenhum tribunal é igual ao outro. O modelo da França é diferente do modelo da Alemanha, que é diferente do modelo da Itália, que é completamente diferente do nosso modelo. O nosso é um modelo muito atípico, muito peculiar e, dizem alguns, com excessos de competências, inclusive (...)”.

Entrevistado E: “Esses países europeus continentais têm, em relação a nós, um diferencial importante. Eles têm o contencioso administrativo em separado. Algumas das questões sobre as quais ficamos nos batendo aqui (p.ex., relativas a licitações e contratos) são típicas de contencioso. Lá, eles [tribunais de contas] se aproximam mais de uma auditoria por conta disso. Não fazem contencioso porque há tribunais específicos para isso” (entrevista realizada na sede do TCU, em Brasília, no dia 11.06.15).

de 1988.²⁹² A despeito das divergências acerca da natureza dessa específica atribuição do TCU — e sobre a pertinência ou impertinência de a Corte de Contas ser equipada com esse tipo de atribuição —, fato é que todos os Textos Constitucionais posteriores ao de 1891 a previram — incluindo os de 1937 e de 1967, ambos elaborados durante períodos ditatoriais.

Passados mais de 120 anos da criação do Tribunal, ainda não há consenso sobre o eventual viés jurisdicional de sua atribuição para julgar contas de administradores — e, por consequência, sobre a natureza do próprio órgão de controle; a doutrina jurídica especializada continua a divergir sobre o tema.²⁹³ Trata-se de questão em aberto, a merecer futuras investigações acadêmicas.²⁹⁴

Adentrando no teor do Texto Constitucional de 1988, a primeira questão que dele emerge é a seguinte: o que efetivamente significaria julgar contas? Teria essa atribuição conteúdo e significado similar à apreciação de contas, descrita pelo inciso I do art. 71?

²⁹² Cf. SPECK, Bruno Wilhelm, *Inovação e Rotina no Tribunal de Contas da União*, *op. cit.*, p. 55.

Como visto no capítulo anterior, a dúvida sobre a natureza e extensão dos poderes do TCU também emergiu nos debates da ANC, em 1988. Os constituintes, ao discutirem sobre a posição institucional do Tribunal, chegaram mesmo a cogitar incluí-lo no rol de órgãos do Judiciário por conta da sua atribuição de julgar contas. A proposta não foi adiante, pois aparentemente a maioria dos membros da ANC não via no TCU a possibilidade de dizer o Direito. É o que se depreende, p.ex., da fala Constituinte Vivaldo Barbosa:

“Sr. Relator, no art. 173 o Tribunal de Contas tem jurisdição em todo o território nacional. O Tribunal de Contas não edita, não diz o direito, nem tem jurisdição. Pode ter atuação ou circunscrição. Eu proporia substituir jurisdição, que é própria do Poder Judiciário, que diz o direito – *jurisdiction*. O Tribunal de Contas não diz o direito” (Diário da Assembleia Nacional Constituinte – Suplemento “B”, Comissão de Redação, p. 98).

²⁹³ Odete Medauar expõe que “Tendo em vista que no texto da Constituição Federal figura a expressão *juízo das contas*, e não *apreciação das contas*, alguns autores conferem natureza jurisdicional a esta função. Mostra-se mais adequado não conferir natureza jurisdicional a função alguma do Tribunal de Contas (...)” (MEDAUAR, Odete, *Controle da Administração Pública*, *op. cit.*, p. 144).

Para Pedro Roberto Decomain, “(...) as contas a serem prestadas por todo e qualquer gestor de recursos públicos serão apreciadas diretamente pelo Tribunal de Contas. Seu pronunciamento, aqui, não terá natureza de parecer e, portanto, de opinião (ainda que com o já ressaltado peso específico), mas sim de decisão, ainda que sem caráter jurisdicional (...)” (DECOMAIN, *Tribunais de Contas no Brasil*, *op. cit.*, p. 83).

Jorge Ulysses Jacoby Fernandes, por sua vez, afirma que “No atual modelo constitucional positivo, ficou indelevelmente definido o exercício da função jurisdicional pelos Tribunais de Contas (...). Por esses motivos, a análise das competências deve levar em conta o sentido técnico e próprio de cada um dos vocábulos empregados. Corolário dessa premissa, o Tribunal de Contas, como regra, não tem competência para dizer o direito no caso concreto, de modo definitivo, com força de coisa julgada; por exceção detém essa competência, na forma do art. 71, inc. II, da Constituição Federal” (FERNANDES, Jorge Ulysses Jacoby, *Tribunais de Contas do Brasil*, *op. cit.*, p. 173 e p. 175).

²⁹⁴ O já mencionado Eixo 2 do Grupo de Pesquisa e Controle da Administração Pública – GPCAP, coordenado pelo Prof. Floriano de Azevedo Marques Neto, na Universidade de São Paulo, ao realizar pesquisa exaustiva da jurisprudência do STF sobre o TCU, identificou que o Supremo, apesar de reconhecer a unidade de jurisdição no Brasil (concentrada no Judiciário) tem, pouco a pouco, obrigado o TCU a observar parâmetros que normalmente balizam a tomada de decisões pelo Judiciário (p. ex., devido processo legal). Esse fenômeno poderia sugerir a existência de movimento voltado a paulatinamente transformar o TCU em uma verdadeira jurisdição de contas. Nesse sentido, v. PALMA, Juliana Bonacorsi, CARVALHO, Juliane Erthal e ROSILHO, André, “A atuação do Tribunal de Contas da União no controle da Administração Pública: uma análise a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal” (no prelo).

Para responder a essas indagações, é preciso, antes, proceder a atenta leitura dos dispositivos constitucionais pertinentes.

Constituição Federal de 1988

“Art. 70.

(...)

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

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;

(...)

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

Julgar contas, para os fins do art. 71, II, importa em escrutiná-las e em tomar decisão concreta sobre sua licitude, a qual poderá, ou não, levar à punição de seus responsáveis (sujeitos submetidos pelo Direito à jurisdição do Tribunal quando do desempenho dessa específica atribuição).²⁹⁵ Diferentemente da atribuição para apreciar contas (vinculada à competência para levantar dados e produzir informações), o TCU, nesse caso, está legitimado a tomar ele próprio decisões impositivas, vinculantes, dispensando, para tanto, aval, concordância ou julgamento de outro órgão qualquer.²⁹⁶

²⁹⁵ Sobre o tema, v. MEDAUAR, Odete, *Controle da Administração Pública, op. cit.*, p. 144.

²⁹⁶ Um dos servidores do TCU que entrevistei dá depoimento interessante sobre a atribuição em comento, que, na sua avaliação, seria a grande responsável pelo fato de o TCU levar a palavra “tribunal” em seu nome. De acordo com o entrevistado, “julgar” teria sentido equivalente ao de “emitir juízo”, sendo impertinente imaginar que a legislação teria lhe conferido essa atribuição para que resolvesse conflitos entre partes, ou, então, para que dissesse o Direito. Ainda na sua avaliação, o poder do Tribunal de julgar (leia-se, de emitir juízo impositivo a terceiros) teria sido bem delimitado pelo ordenamento, razão pela qual defende que seja interpretado e aplicado dentro desses limites. Confirma-se excerto do seu depoimento, extraído de resposta a pergunta que lhe fiz sobre o papel do TCU no controle da administração pública contemporânea:

Entrevistado D: “Costumo dizer o seguinte: a Constituição Federal, lá no art. 71, começa dizendo que ao Tribunal compete apreciar as contas do Presidente da República, mediante parecer prévio, etc. Até então, não é um Tribunal. No inciso II, que vai falar no julgamento de contas, ele ‘vira’ um Tribunal. É esse dispositivo que dá o nome de ‘tribunal’ ao TCU. Tratou-se de decisão do constituinte de delegar [aos tribunais de contas] a tarefa de julgar as contas de todos os administradores, exceto as do Presidente da República (que só poderiam ser apreciadas pelo TCU mediante parecer prévio).

O único lugar onde aparece o verbo ‘julgar’, seja na Constituição, seja na Lei Orgânica do Tribunal, é nos dispositivos que se referem a julgamento de contas. Julgar contas é emitir um juízo sobre a gestão. Não é o sentido estrito da palavra ‘julgamento’ (julgar conflitos, dizer sobre a razão ou Direito das

Análise exclusivamente apoiada no Texto Constitucional permite concluir que o julgamento de contas a que alude o art. 71, II, uma vez realizado, poderá levar à declaração de regularidade/irregularidade de contas (consequência prevista no art. 71, VIII). Em caso de irregularidade de contas, poderá o TCU punir, por meio da aplicação de multa proporcional ao dano e de outras sanções (administrativas) eventualmente previstas em lei. Se algum débito vier a ser constatado, o Tribunal também poderá imputá-lo a seu responsável (art. 71, § 3º). Decisões de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

É importante destacar que o produto final do julgamento de contas pelo TCU não necessariamente será uma sanção — afinal, as contas poderão estar plenamente de acordo com o Direito. A despeito disso, justifica-se alocar a presente atribuição na competência do Tribunal para aplicar atos sancionatórios, pois, caso venha a declarar a irregularidade de contas, automaticamente poderá, por força da Constituição, responsabilizar os sujeitos culpados pelas ilicitudes que as inquinaram de vício — seja a eles imputando débito, seja punindo-os por meio de sanções (art. 71, VIII e § 3º). O processo de julgamento de contas é todo ele orientado à responsabilização.

Dúvida relevante é saber quem, à luz do Texto Constitucional, efetivamente poderá ter suas contas julgadas pelo TCU. Solucioná-la não é tarefa simples, haja vista a redação confusa do inciso II do art. 71.

De início é preciso lembrar importante premissa fixada pela Constituição: “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” (parágrafo único do art. 70) tem o dever de, na forma da legislação, prestar contas a órgãos de controle (internos e externos).

Por meio do citado dispositivo, quis a Constituição transmitir a seguinte mensagem: 1) todo aquele (pessoa física ou jurídica, pública ou privada e, acrescento eu, integrante ou não do aparelho estatal) que de alguma maneira gerencie (em sentido amplo) dinheiros, bens ou valores da União (recursos públicos, portanto); 2) todas as pessoas que gerenciem (em sentido amplo) recursos, mesmo privados, pelos quais a União responda; e

partes, etc.). Não é isso. Tanto é que respeitando essa questão, temos certo pudor em usar esse verbo. Só o usamos no julgamento de contas. Nos demais casos, o Tribunal só aprecia (aprecia a auditoria, aprecia a denúncia, etc.). Quer dizer, o julgamento sobre o juízo da gestão é o único que nos é permitido fazer. Acho que a grande atribuição do Tribunal é essa [o entrevistado usa a palavra ‘grande’ para dar a ideia de ‘destaque’]: emitir um juízo sobre a gestão dos recursos públicos, sobre a gestão feita pelos administradores públicos” (entrevista realizada na sede do TCU, em Brasília, no dia 11.06.15).

3) todos aqueles que assumam obrigações de natureza pecuniária em nome da União têm o dever de prestar contas ao Congresso (e ao seu auxiliar, o TCU) e ao sistema de controle interno de cada Poder, na forma da legislação, os quais, por sua vez, ficam legitimados a aferir a lisura de suas receitas e despesas, também na forma da legislação. A lógica que informa o dispositivo — segundo a qual sujeitos que gerenciam recursos de terceiros (ou em nome de terceiros) devem prestar contas de suas ações ou omissões — também está presente em muitas outras normas do ordenamento jurídico.²⁹⁷

Isso não quer dizer, como procurarei demonstrar, que *todos* os sujeitos a que se refere o parágrafo único do art. 70 *necessariamente* tenham que submeter suas contas ao TCU para julgamento, tampouco que o Tribunal, em qualquer circunstância, possa julgar as contas de qualquer pessoa (física ou jurídica) teoricamente sujeita a sua jurisdição. É que o inciso II do art. 71 da Constituição criou regimes de julgamento de contas diferentes para os dois grandes grupos de sujeitos nele referidos (ambos contidos no conjunto de pessoas constante do parágrafo único do art. 70), prevendo, em relação a cada um deles, distintas possibilidades de controle pelo Tribunal.

O primeiro grupo de sujeitos é composto por “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*” (primeira parte do inciso II do art. 71 da Constituição).

A expressão “administradores e demais responsáveis”, que em princípio poderia gerar alguma incerteza quanto a seu conteúdo, é esclarecida pelo próprio Texto Constitucional: administradores e demais responsáveis são, em verdade, as próprias pessoas (físicas e jurídicas) mencionadas no parágrafo único do art. 70 — isto é, todos aqueles que têm o dever de prestar contas ao Congresso, ao seu auxiliar e a órgãos de controle internos porque de algum modo gerenciam recursos, bens ou valores públicos (ou porque assumem obrigações de natureza pecuniária em nome da União).

Mas atenção: a primeira parte do inciso II do art. 71, ao criar o dever de submissão de contas ao TCU para julgamento, não se referiu a todo e qualquer administrador ou responsável. Ou seja, nem toda pessoa referida no parágrafo único do art. 70 obrigatoriamente terá suas contas julgadas pelo Tribunal. De acordo com o dispositivo, só os administradores e responsáveis *da “administração direta e indireta, incluídas as*

²⁹⁷ Exemplo do uso dessa mesma lógica no ordenamento jurídico pode ser colhido do Código Civil, mais especificamente do instituto da tutela. Confira-se a redação do art. 1.741 do referido diploma: “Incumbe ao tutor, sob a inspeção do juiz, administrar os bens do tutelado, em proveito deste, cumprindo seus deveres com zelo e boa-fé”.

fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal” necessariamente terão de submeter suas contas ao TCU para posterior julgamento. Dito de outra maneira, essa parte do dispositivo só se refere ao julgamento de contas de órgãos (administração direta), entes (administração indireta) e seus gestores. Exceção à regra é o Chefe do Executivo (Presidente da República), cujo julgamento é feito diretamente pelo Congresso Nacional, a partir de parecer elaborado pelo TCU (art. 49, IX c/c art. 71, I, ambos da Constituição).²⁹⁸

Essa primeira parte do art. 71, II se refere ao que Jorge Ulisses Jacoby Fernandes denominou de contas ordinárias, que devem ser anualmente prestadas por sujeitos específicos e por meio das quais o Tribunal procura aferir a gestão financeira de órgãos e entes da administração pública federal.²⁹⁹

O segundo grupo de sujeitos que tem o dever de submeter suas contas ao TCU (e sobre as quais o órgão de controle tem o dever de se manifestar via julgamento) é mais amplo e está referido na segunda parte do inciso II do art. 71. A norma, ao dizer que o Tribunal poderá julgar “as contas daqueles que *derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público*”, obrigou que todos os sujeitos enquadrados no parágrafo único do art. 70, sem distinção, submetessem suas contas ao TCU — evidentemente autorizando seu posterior julgamento —, *mas apenas em caso de prejuízo ou de dano ao erário*.

Na hipótese descrita nessa parte do dispositivo (ocorrência de prejuízo ou de dano ao erário), não só administradores e responsáveis da administração pública direta e indireta poderão ser julgados pelo TCU (grupo de sujeitos referidos na primeira parte do inciso II do art. 71), como também “responsáveis” não integrantes da estrutura do Estado. É o caso, por exemplo, de entidade do Terceiro Setor que receba repasse de recursos federais por convênio.³⁰⁰

²⁹⁸ No entanto, como aponta Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, “(...) se este [Chefe do Executivo] praticar atos de ordenador de despesa, descendo do seu pedestal para assumir condição de simples gestor, passará a responder como tal, ficando sujeito ao julgamento nas mesmas condições do agente cuja função avocou” (FERNANDES, Jorge Ulysses Jacoby, *Tribunais de Contas do Brasil, op. cit.*, p. 406).

²⁹⁹ Nas palavras do autor, “Por esse motivo é que o comando constitucional [inciso II do art. 71] se refere a ‘julgar as contas dos administradores e demais responsáveis’ e ‘daqueles’ que derem causa à perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público. No primeiro caso, refere-se a Constituição às contas ordinárias; no segundo, às contas especiais. No primeiro caso, há gestão, no segundo, apenas a causa do dano, perda, extravio ou outra irregularidade” (Idem, p. 418).

³⁰⁰ Sobre o tema, confira-se a opinião de Rodrigo Pagani de Souza:

“Veja-se, inicialmente, que a entidade do terceiro setor há de prestar contas da aplicação de subvenção recebida diretamente ao órgão ou entidade da administração pública que lhe tenha repassado os recursos — não ao TCU. Quem deve prestar contas sistemática e anualmente ao tribunal são os órgãos e entidades estatais. Todavia, as atribuições de controle do TCU alcançam, sim, as aplicações de subvenções

É fundamental observar que o dever de administradores e responsáveis em geral submeterem suas contas ao TCU e a correspondente autorização para que o órgão de controle venha a julgá-las só emergem em havendo prévio dano ao erário. Trata-se de condição necessária para o regular desempenho, pelo TCU, de sua atribuição de julgar contas.

Novamente segundo Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, a segunda parte do inciso II do art. 71 se refere às chamadas contas especiais, que só serão julgadas pelo TCU quando da ocorrência de dano ao erário (e não anualmente, como no caso das contas ordinárias).³⁰¹

Outra interessante questão que exsurge do Texto Constitucional diz respeito aos parâmetros de controle a que o TCU está autorizado a utilizar para julgamento de contas. Poderia o Tribunal desempenhar essa atribuição a partir de qualquer um dos parâmetros genericamente elencados pelo *caput* do art. 70 da Constituição (legalidade, legitimidade e economicidade)?

Evidentemente que o TCU é livre para analisar as contas que lhe são submetidas a partir de qualquer um dos parâmetros a que está genericamente autorizado a utilizar em suas atividades de controle. Poderá, assim, checar se o dispêndio de recursos da União atendeu aos ditames legais (ao observar, por exemplo, se as receitas constitucionalmente vinculadas à educação e à saúde efetivamente foram empregadas nessas áreas e se as normas da Lei de Responsabilidade Fiscal e das leis orçamentárias foram cumpridas), se os gastos foram legítimos (aferindo se os meios concretamente utilizados pelo gestor eram adequados aos fins que perseguia) e se os recursos públicos federais foram usados de modo a maximizar resultados (por exemplo, mantendo positiva a relação entre custos e benefícios). No entanto, *contas só poderão ser declaradas irregulares em caso de expressas violações à lei.*

Ilegitimidades (que não importarem em expressa violação ao Direito) e atos antieconômicos (que também não importarem em expressa violação ao Direito) não poderão, por si só, dar origem a decisões declaratórias de irregularidade de contas; em outras palavras, não poderão ser os únicos fundamentos de eventual reprovação de contas

pela entidades do terceiro setor. (...) O que ocorre caso, na fiscalização ou julgamento de contas, o TCU verifique alguma irregularidade? Cumpre-lhe instaurar o chamado processo de tomada de contas especial (...)” (SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Controle estatal das transferências de recursos públicos para o terceiro setor*. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 174 e 175. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-29052013-082642/>. Acesso em: 11 jan. 2016).

³⁰¹ FERNANDES, Jorge Ulysses Jacoby, *Tribunais de Contas do Brasil*, op. cit., p. 418.

pelo TCU. Decisão com esse teor só terá validade jurídica se a essas constatações (prática de atos ilegítimos ou antieconômicos) se somarem outras, de natureza diversa, resultantes de expressa e inequívoca violação à lei (ainda que considerada em sentido amplo).³⁰²

Essa conclusão está calcada no fato de a Constituição ter dito que caso o TCU venha a declarar despesas ilícitas ou contas irregulares estará automaticamente autorizado a aplicar sanções administrativas aos sujeitos por elas responsáveis. É o que se extrai do teor do art. 71, VIII, da Constituição (compete 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”).

O direito brasileiro, como se sabe, não admite punições, mesmo que administrativas, sem prévia cominação legal e sem prévia infração à lei (art. 5º, XXXIX, da Constituição).³⁰³ Desse modo, se o próprio Texto Constitucional disse que o julgamento de contas que resulte em declarações de irregularidade de contas é causa para a aplicação de sanções pelo Tribunal, e se a Constituição vedou que sujeitos sejam punidos sem prévia cominação legal, é de se concluir que contas só possam ser julgadas irregulares em caso de expressa e inequívoca violação ao Direito.

³⁰² Essa também parece ser a opinião de Odete Medauar, para quem “A respeito da atribuição ora examinada [art. 71, II, da Constituição], discute-se também a extensão do exame dos órgãos de contas: aprecia-se a legalidade ou também o mérito das contas? Se limitada à legalidade, trata-se do aspecto formal ou de legalidade mais ampla, com possibilidade de exame de matéria fática?”

Não se mostra fácil cogitar de apreciação do mérito das contas, isto é, de sua conveniência e oportunidade, por ser, em tese, privativa da autoridade detentora do poder legal de decidir a respeito da aplicação dos recursos públicos, salvo as despesas vinculadas por imposição legal. Quanto à verificação da ocorrência de fatos justificadores ou de sua autêntica conformação, insere-se no âmbito da legalidade, como se afirma na jurisprudência pátria” (MEDAUAR, Odete, *Controle da Administração Pública*, *op. cit.*, p. 144).

Sabrina Nunes Iocken, Conselheira Substituta no Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, ao que tudo indica tem posicionamento semelhante. Segundo a autora, “Nessa hipótese [julgamento de contas previsto no art. 71, II, da Constituição] há propriamente o exercício de competências de natureza judicante, que permitem a imposição de sanções aos administradores públicos e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos. Não há qualquer margem para arbitrariedades, mas tão somente a aferição imparcial do cumprimento da lei. Adentra-se, novamente, na esfera do ‘indecidível’, em que a validade da decisão de aplicação da lei para uma hipótese legal, sob o comando do caráter cognitivo do julgador, está condicionada à verdade de sua motivação” (IOCKEN, Sabrina Nunes. Em busca da legitimidade da judicatura de contas: o modelo constitucional. In: LIMA, Luiz Henrique (coord.). *Tribunais de Contas: Temas Polêmicos – na visão de Ministros e Conselheiros Substitutos*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 201).

³⁰³ De acordo com Fábio Medina Osório, “Consiste a sanção administrativa, portanto, em um mal ou castigo, porque tem efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente *pro futuro*, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta *ilegal*, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo” (OSÓRIO, Fábio Medina, *Direito Administrativo Sancionador*, *op. cit.*, p. 104).

Em síntese, esse é o silogismo que está na base da Constituição: 1) irregularidade de contas dá ensejo a sanções (art. 71, VIII); 2) sanções pressupõem infração à lei (art. 5º, XXXIX); 3) logo, julgamento de contas que resulte em declaração de irregularidade de contas necessariamente pressupõe infração à lei (ao menos em sentido amplo).

Não decorresse essa conclusão diretamente do Texto Constitucional, de todo modo pareceria estranho, para dizer o mínimo, que o TCU viesse a reprovar contas e a sancionar única e exclusivamente por divergir de opções lícitas feitas por administradores ou responsáveis.

Suponha-se que determinado sujeito obrigado a prestar contas ao TCU por força do art. 70, parágrafo único, da Constituição, quisesse, a todo custo, evitar sanção decorrente de eventual declaração de irregularidade de contas. Suponha-se, ainda, que o Tribunal tivesse autonomia para reprovar contas a partir da mera constatação da prática de atos que, na sua avaliação, fossem ilegítimos ou antieconômicos. Nesse cenário, como esse indivíduo deveria se comportar para ter segurança de que não viria a ser sancionado em decorrência de eventual declaração de irregularidade de contas pelo TCU?

Difícil dizer, pois, além de ter de cumprir com os ditames legais (Lei de Responsabilidade Fiscal, leis orçamentárias, etc.), ele teria que agir como se o Tribunal fosse, imaginando as decisões que o TCU tomaria em seu lugar se tivesse que resolver seus problemas e desafios cotidianos. E, ressalte-se, todo esse esforço imaginativo não lhe daria garantia alguma de que suas contas não seriam reprovadas e de que, ao final, sanções não lhe seriam aplicadas. É que sempre haveria a possibilidade de o Tribunal vir a discordar de decisões (lícitas) tomadas por esse indivíduo.

A realidade é que eventual reprovação de contas escorada apenas na constatação da prática de supostos atos ilegítimos ou antieconômicos (mas lícitos) não passaria de constatação, pelo Tribunal, de que, na sua visão, melhor seria que os recursos públicos tivessem sido empregados pelo administrador de outra maneira. Seria, isto sim, uma declaração das *preferências* do órgão de controle.

Nessas circunstâncias, como poderia o TCU punir (aplicando a sujeitos multas e outras sanções previstas em lei)? Seria lícito ao Tribunal sancionar administradores públicos pelo simples fato de terem atuado de maneira diferente (mas lícita) daquela que, na sua visão, seria ideal? Parece-me que não. Admitir esse tipo de punição como lícita importaria em dizer que a opinião do controlador é “melhor” e “mais correta” do que a opinião do administrador — algo difícil de ser empiricamente comprovado e desprovido

de sentido lógico e de base jurídica. Sanções, repita-se, só podem ser aplicadas por violações ao Direito.

Nem se diga que a Constituição, ao empregar as expressões “ilegalidade” (para despesas) e “irregularidades” (para contas) necessariamente tenha tido a intenção de viabilizar, para esse segundo caso, controle a partir de outros parâmetros (para além da legalidade). Interpretação que conduzisse a essa conclusão incidiria em erro não só pelas razões já expostas, mas também porque contrariaria o sentido que o Direito *sempre* atribuiu à expressão “irregularidade de contas” (contas contrárias à lei), mesmo antes da Constituição de 1988, a primeira a prever os parâmetros “legitimidade” e “economicidade” para os órgãos de fiscalização financeira.³⁰⁴

Não me oponho — e é importante deixar isso claro — à possibilidade mesma de o TCU controlar a partir de parâmetros outros — como a “legitimidade” e a “economicidade”. Reconheço a fundamental importância de a fiscalização do Tribunal buscar, cada vez mais, avaliar a qualidade do gasto público e a capacidade de a administração manejar seus recursos de modo a promover o máximo de bem-estar à sociedade e a implementar com grau de eficiência ótimo as mais variadas políticas públicas sob responsabilidade do Estado. Pela especialidade e *know-how* que tem, o TCU pode e deve cumprir com esse papel. Trata-se, inclusive, de tendência mundial do controle da administração pública por instituições superiores de controle financeiro: agregar ao controle de legalidade (normalmente mais formal) controles de eficiência (normalmente mais substanciais).³⁰⁵

Apenas chamo a atenção para o fato de que esse tipo de controle (mais focado no mérito e na qualidade do gasto público) não pode, por conta do desenho institucional criado pela Constituição para o controle pelos tribunais de contas, dar ensejo a atuação impositiva do TCU — materializada no julgamento de contas e na aplicação de sanções, ou, então, como se verá nos próximos tópicos, na prática de atos de comando em geral.

³⁰⁴ Para citar apenas um exemplo, mesmo sob a égide da Constituição de 1967 — que não previu outros parâmetros de controle para além da legalidade —, se convencionava que o TCU, ao julgar contas de administradores e demais responsáveis, poderia, entre outras coisas, declará-las irregulares. Nesse sentido, v. Pontes de Miranda:

“5) JULGAMENTO DAS CONTAS DOS ADMINISTRADORES E DEMAIS RESPONSÁVEIS. — As contas podem ser simplesmente irregulares ou dolosas ou falsas ou com elementos de falsificação” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, pp. 222).

³⁰⁵ É o que revelam Collen Waring e Stephen Morgan:

“As government programs continue to grow in magnitude and complexity, public sector auditing has evolved and extended its scope beyond mere financial or compliance audits to the auditing of performance to support policy makers in their oversight role” (WARING, Colleen; MORGAN, Stephen, *Public Sector Performance Auditing in Developing Countries*, *op. cit.*, p. 323).

Ao agir dessa maneira (aferindo o mérito de despesas e a qualidade de gastos públicos), o TCU pode e deve se manifestar — publicando e divulgando relatórios, orientando a administração pública a aprimorar suas práticas e métodos, dialogando com gestores e, se for o caso, representando às autoridades competentes. Só não tem competência para, direta ou indiretamente, obrigar administração e gestores a incorporar suas preferências a práticas administrativas, sob pena de deixar de ser órgão de controle externo (função que lhe foi expressamente atribuída pelo Texto Constitucional), passando a ser uma espécie de revisor geral da atividade administrativa (função que propositadamente não lhe foi conferida pelo constituinte).

Antes de avançar para a avaliação do modo pelo qual a LOTCU disciplinou a atribuição em comento, resta explicitar as matérias (ou objetos) sobre as quais o Tribunal está autorizado a se manifestar quando do julgamento de contas a que alude o art. 71, II, da Constituição.

Ainda que o TCU, na instrução dos processos de julgamento de contas, tome contato com matérias variadas (de cunho administrativo ou regulatório, por exemplo), ele só poderá declarar a ilegalidade de despesas ou a irregularidade de contas se forem constatadas ilegalidades em matéria financeira (em sentido amplo). É que para fazê-lo, o exame de legalidade precisaria ser realizado em matéria inserida na sua jurisdição direta (por meio da qual poderia alcançar diretamente seus jurisdicionados). Na hipótese de o Tribunal identificar ilegalidades em matérias estranhas a essa sua jurisdição, lhe caberia apenas representar a quem de direito, emitir orientações ou levantar dados e produzir informações (a serem divulgados no formato de relatórios, por exemplo), sem impor gravames a quem quer que seja.³⁰⁶

Apesar de a Constituição o ter genericamente autorizado a proceder a fiscalizações dos mais variados tipos e capazes de abarcar os mais variados objetos, o espaço de controle no qual tem jurisdição direta é o financeiro, orçamentário, contábil e patrimonial.³⁰⁷ Só matérias financeiras em sentido amplo — isto é, que de algum modo

³⁰⁶ No mesmo sentido, v. Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara:

“No entanto, se o Tribunal de Contas, fazendo fiscalização operacional, se depara com ilegalidades em matéria fora de sua jurisdição direta (quanto à aplicação da lei de estrangeiros, por exemplo), cabe-lhe apenas representar a quem de direito, sem impor diretamente deveres a quem quer que seja (...)” (SUNDFELD, Carlos Ari e ARRUDA CÂMARA, Jacintho, *Competências de controle dos tribunais de contas – possibilidades e limites*, *op. cit.*, p. 183).

³⁰⁷ V. OLIVEIRA, Regis Fernandes (coord.). *Lições de Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 119 e ss.

digam respeito a receitas públicas ou despesas públicas — podem dar ensejo a ação impositiva do TCU.³⁰⁸

Essa conclusão exsurge da própria redação da Constituição, a qual, nos casos em que optou por expressamente aludir a matérias quando da regulamentação de competências do TCU que o autorizariam a agir impositivamente, se referiu única e exclusivamente a objetos financeiros, contábeis, orçamentários ou patrimoniais. No art. 71, II, disse que competiria ao Tribunal “julgar as *contas* dos administradores (...)” (e não práticas administrativas, por exemplo); no art. 71, III, afirmou que caberia ao TCU “apreciar, para fins de registro, a legalidade dos *atos de admissão de pessoal* (...) bem como a das *concessões de aposentadorias, reformas e pensões* (...)” (e não qualquer outra matéria que não tivesse conotação financeira, em sentido amplo). Todas essas atribuições de alguma maneira envolvem controle sobre atos, contratos ou atividades relacionados à geração de receitas ou de despesas públicas. Em momento algum o Texto Constitucional fez referências a matérias operacionais ao disciplinar competências inseridas no campo de jurisdição direta do Tribunal.

Além do mais, é interessante observar que o campo de atuação ensejador da jurisdição direta do TCU tem sido o financeiro, em sentido amplo, desde o seu surgimento. Dizia a Constituição de 1891 que “É instituído um Tribunal de Contas para *liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade* (...)” (art. 89). A Constituição de 1934, por sua vez, afirmava que “É mantido o Tribunal de Contas, que (...) julgará as *contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos*” (art. 99) e que “Os *contratos* que, por qualquer modo, interessarem imediatamente à *receita ou à despesa*, só se reputarão perfeitos e acabados, quando registrados pelo Tribunal de Contas” (art. 101). Já a Constituição de 1937, mais sintética, dizia que “Para acompanhar (...) a execução orçamentária, *julgar das contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos e da legalidade dos contratos* celebrados pela União, é instituído um Tribunal de Contas (...)”

³⁰⁸ É o que também apontam Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara:

“De modo que os poderes de intervenção direta do Tribunal de Contas (isto é, poderes de emitir atos de comando), restritos que são ao campo sob sua jurisdição específica, são limitados materialmente. Cabe ao Tribunal assegurar: (a) a correta gestão dos recursos públicos – o que exige o exame de atos unilaterais (exemplo: atos de admissão de pessoal) ou bilaterais (exemplos: convênios e contratos de compras) e de procedimentos (exemplo: licitação de obras) pelos quais, direta ou indiretamente, se realizam a despesa pública e a receita pública (fiscalização financeira); (b) a correta execução do orçamento público – o que envolve a análise tanto da observância das leis orçamentárias anuais e plurianuais quanto das normas mais gerais que condicionam sua execução, como a Lei de Responsabilidade Fiscal (fiscalização orçamentária); (c) a correta contabilização dos recursos (fiscalização contábil); e (d) a correta gestão do patrimônio público, envolvendo a aquisição, alienação e administração dos bens móveis e imóveis (fiscalização patrimonial)” (SUNDFELD, Carlos Ari e ARRUDA CÂMARA, Jacintho, *Competências de controle dos tribunais de contas – possibilidades e limites*, *op. cit.*, p. 184).

(art. 114). A Constituição de 1946, mais rica em detalhes, afirmou que “A administração financeira, especialmente a execução do orçamento, será fiscalizada na União pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas” (art. 22) e que competiria ao Tribunal “julgar as contas dos responsáveis por dinheiros e outros bens públicos, e as dos administradores das entidades autárquicas” (art. 77, II), etc. A Constituição de 1967 foi pelo mesmo caminho, dizendo que “O controle externo do Congresso Nacional será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas e compreenderá a “(...) o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos” (art. 71, § 1º).

A doutrina, ao comentar os Textos Constitucionais pretéritos, também apontou o campo financeiro como sendo característico do Tribunal — não distinguindo entre seus campos de jurisdição direta e indireta, é verdade. Ruy Barbosa, nos seus ensaios sobre a Constituição de 1891, descreveu o TCU como “uma instituição em grande parte de natureza judiciária e política, destinada, por sua índole essencial, a sentenciar sobre assuntos de mais alta gravidade, e servir solidamente de dique aos abusos administrativos em negócios financeiros”.³⁰⁹ Araújo Castro, ao discorrer sobre a Constituição de 1937, atribuiu ao TCU função semelhante. A seu ver, o órgão seria um “fiscal da administração financeira” e exerceria “suas funções, acompanhando diretamente, ou por suas delegações, a execução do orçamento da receita e da despesa públicas e julgando as contas dos responsáveis por dinheiros, ou bens públicos, cabendo-lhe ainda rever as contas anuais da gestão financeira”.³¹⁰ A descrição que Pontes de Miranda faz da Constituição de 1967 e o relato de Ewald Pinheiro sobre as competências do TCU nas Constituições de 1891, 1934, 1937, 1946, 1967/69 e 1988 convergem para o mesmo diagnóstico.³¹¹

Em relação às demais matérias, que não a financeira (em sentido amplo), o Tribunal não tem poder de intervenção direta e específica. É até mesmo por isso que, no tocante a essas outras matérias, as autoridades administrativas não têm propriamente o

³⁰⁹ BARBOSA, Ruy. *Commentários à Constituição Federal Brasileira*. Volume VI. São Paulo: Saraiva, 1934, p. 443.

³¹⁰ ARAÚJO CASTRO, Raimundo de. *A Constituição de 1937*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941, p. 286.

³¹¹ V., respectivamente, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 219 e ss. e PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *O Tribunal de Contas Através do Tempo*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 1990, pp. 15 e ss.

dever de prestar contas ao TCU, pois este só conhece delas incidentalmente (em fiscalizações operacionais, por exemplo).³¹²

Mesmo nos casos em que a Constituição, ao disciplinar competências e atribuições do Tribunal inseridas no seu campo de jurisdição direta, não tiver expressamente aludido a matérias financeiras, não será possível interpretar o silêncio do constituinte como uma autorização tácita (escorada no *caput* do art. 70) para que adentre, por essa via, em matérias operacionais. Interpretação em sentido contrário acabaria por transformar o TCU em instância de revisão geral da administração pública — pois, nesse caso, a Corte de Contas passaria a ter a possibilidade de rever, inclusive para modificar, praticamente qualquer ação do gestor no exercício de sua função administrativa.

No plano infraconstitucional, a presente atribuição foi regulamentada pela LOTCU que, em síntese, procurou organizar o processo de julgamento de contas pelo Tribunal, esclarecendo seus requisitos e balizas e apontando as possíveis consequências de suas decisões. Ao fazê-lo, há indícios de que o legislador tenha procurado conferir interpretação peculiar à Constituição, ampliando as possibilidades de controle do TCU para além dos limites que lhe foram previamente estabelecidos pela Constituição. A seguir, farei uma exposição panorâmica das normas legais pertinentes para, na sequência, indicar o que a meu ver seriam excessos e imprecisões do diploma.

De acordo com a LOTCU, “As contas dos administradores e responsáveis (...) serão anualmente submetidas a julgamento do Tribunal, sob a forma de *tomada ou prestação de contas (...)*” (art. 7º, *caput*). Ao prever esses instrumentos, a lei optou por não defini-los de antemão, limitando-se a dizer que se prestariam a fiscalizar “todos os recursos, orçamentários e extra-orçamentários, geridos ou não pela unidade ou entidade” (art. 7º, parágrafo único). Viabilizou-se, assim, ulterior regulamentação pelo próprio TCU, por exemplo, via edição de atos normativos.

Adicionalmente à tomada e prestação de contas, a LOTCU instituiu a chamada tomada de contas especial, processo de natureza peculiar, cabível em casos específicos: 1) “omissão no dever de prestar contas [evidentemente que por parte dos sujeitos obrigados a submetê-las ao Tribunal]”; 2) “não comprovação da aplicação dos recursos repassados

³¹² Nesse sentido, v. Carlos Ari Sunfeld e de Jacintho Arruda Câmara:

“Quanto às demais matérias sobre as quais eventualmente se debruça no bojo de auditorias operacionais, o Tribunal de Contas não tem poder de intervenção direta e específica, nem tem a possibilidade de emitir qualquer ato de comando. Por isso, no tocante a essas outras matérias as autoridades administrativas não têm propriamente o dever de prestar contas ao Tribunal, pois este só conhece delas incidentalmente, ao fazer auditorias operacionais” (SUNDFELD, Carlos Ari e ARRUDA CÂMARA, Jacintho, *Competências de controle dos tribunais de contas – possibilidades e limites*, *op. cit.*, p. 185).

pela União [mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres a Estados, ao Distrito Federal ou a Município – art. 5º, VII]”; e 3) em sendo constatada a “prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao Erário” (art. 8º, *caput*).

Segundo se depreende do texto da lei, a tomada de contas especial — cujo objetivo primordial é apurar fatos, identificar responsáveis e quantificar danos (parte final do art. 8º) — obrigatoriamente deve ser instaurada pela autoridade administrativa competente nas hipóteses acima arroladas. Se ela não o fizer, ficará solidariamente responsável (parte final do art. 8º).³¹³

A LOTCU, em seu art. 9º, previu rol de elementos que deveriam integrar todos os três processos — tomada de contas, prestação de contas e tomada de contas especial: “relatório de gestão” (inciso I); “relatório do tomador de contas, quando couber” (inciso II); “relatório certificado de auditoria, com o parecer do dirigente do órgão de controle interno, que consignará qualquer irregularidade ou ilegalidade constatada, indicando as medidas para corrigir as faltas encontradas” (inciso III); e “pronunciamento do Ministro de Estado supervisor da área ou da auditoria de nível hierárquico equivalente (...)” (inciso IV). A estrutura processual do julgamento de contas sugere uma mimetização dos processos judiciais.

O diploma em comento, para além de ter desenhado diferentes categorias de processos de julgamento de contas (tomada e prestação de contas e tomada de contas especial) e de ter listado os documentos que deveriam instruí-los, elencou, ainda, os tipos de decisões que o TCU poderia proferir no desempenho da presente atribuição (decisões

³¹³ Confira-se o conteúdo do art. 8º da LOTCU:

“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.

§ 1º Não atendido o disposto no **caput** deste artigo, o Tribunal determinará a instauração da tomada de contas especial, fixando prazo para cumprimento dessa decisão.

§ 2º A tomada de contas especial prevista no **caput** deste artigo e em seu § 1º será, desde logo, encaminhada ao Tribunal de Contas da União para julgamento, se o dano causado ao Erário for de valor igual ou superior à quantia para esse efeito fixada pelo Tribunal em cada ano civil, na forma estabelecida no seu Regimento Interno.

§ 3º Se o dano for de valor inferior à quantia referida no parágrafo anterior, a tomada de contas especial será anexada ao processo da respectiva tomada ou prestação de contas anual do administrador ou ordenador de despesa, para julgamento em conjunto”.

preliminares, definitivas ou terminativas³¹⁴) e fixou seus possíveis resultados (declaração de contas regulares, regulares com ressalvas ou irregulares³¹⁵).

Na hipótese de as contas investigadas serem julgadas regulares, “o Tribunal dará quitação plena ao responsável” (art. 17). Caso sejam julgadas regulares com ressalvas, “o Tribunal dará quitação ao responsável e lhe determinará, ou a quem lhe haja sucedido, a adoção de medidas necessárias à correção das impropriedades ou faltas identificadas, de modo a prevenir ocorrência de outras semelhantes” (art. 18). Já se forem julgadas irregulares, duas são as possíveis consequências, a depender das características do caso concreto. Em havendo débito, o TCU poderá condenar o responsável ao pagamento da dívida atualizada monetariamente e acrescida de juros de mora e lhe aplicar multa (art. 19, *caput*). Em não havendo débito — mas comprovando-se o disposto nas alíneas “a”, “b” e “c” do inciso III do art. 16 da LOTCU — o Tribunal poderá aplicar multa (art. 19, parágrafo único). Há, ainda, a possibilidade de o TCU considerar as contas ilíquidáveis

³¹⁴ Veja-se a explicação da LOTCU para cada um desses tipos de decisão:

“Art. 10. A decisão em processo de tomada ou prestação de contas pode ser preliminar, definitiva ou terminativa.

§ 1º Preliminar é a decisão pela qual o Relator ou o Tribunal, antes de pronunciar-se quanto ao mérito das contas, resolve sobrestar o julgamento, ordenar a citação ou a audiência dos responsáveis ou, ainda, determinar outras diligências necessárias ao saneamento do processo.

§ 2º Definitiva é a decisão pela qual o Tribunal julga as contas regulares, regulares com ressalva, ou irregulares.

§ 3º Terminativa é a decisão pela qual o Tribunal ordena o trancamento das contas que forem consideradas ilíquidáveis, nos termos dos arts. 20 e 21 desta Lei”.

³¹⁵ Confira-se o teor dos dispositivos da LOTCU que explicitam as possibilidades do TCU em sede de julgamento de contas:

“Art. 15. Ao julgar as contas, o Tribunal decidirá se estas são regulares, regulares com ressalva, ou irregulares.

Art. 16. As contas serão julgadas:

I - regulares, quando expressarem, de forma clara e objetiva, a exatidão dos demonstrativos contábeis, a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão do responsável;

II - regulares com ressalva, quando evidenciarem impropriedade ou qualquer outra falta de natureza formal de que não resulte dano ao Erário;

III - irregulares, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências:

a) omissão no dever de prestar contas;

b) prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial;

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

d) desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos.

§ 1º O Tribunal poderá julgar irregulares as contas no caso de reincidência no descumprimento de determinação de que o responsável tenha tido ciência, feita em processo de tomada ou prestação de contas.

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

a) do agente público que praticou o ato irregular, e

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.

§ 3º Verificada a ocorrência prevista no parágrafo anterior deste artigo, o Tribunal providenciará a imediata remessa de cópia da documentação pertinente ao Ministério Público da União, para ajuizamento das ações civis e penais cabíveis”.

em “caso fortuito ou de força maior, comprovadamente alheio à vontade do responsável”, tornando “materialmente impossível o julgamento de mérito (...)” (art. 20).

Como bem lembra Odete Medauar, o ordenamento jurídico, com o tempo, acabou criando novo e importante desdobramento de eventuais declarações de irregularidade de contas pelo TCU. Trata-se da inelegibilidade daqueles que tiverem suas contas reprovadas, hipótese descrita pelo art. 1º, I, “g”, da lei complementar 64, de 18 de maio de 1990 – Lei das Inelegibilidades, com redação dada pela lei complementar 135, de 4 de junho de 2010.³¹⁶

Apesar de essa específica consequência da declaração de irregularidade de contas não constar da LOTCU, mas da Lei de Inelegibilidades, é fundamental apontá-la por conta de sua relevância e de seu potencial impacto na administração e em seus administradores. Afinal, o referido diploma valorizou ainda mais a atribuição do TCU para julgar contas, na prática lhe conferindo bastante poder (declarar a inelegibilidade de ocupantes de cargos ou funções públicas para as eleições que se realizarem nos oito anos subsequentes, contados a partir da data da decisão condenatória).³¹⁷

Passo, agora, à análise do que a meu ver seriam indícios de que o legislador teria feito interpretação inadequada da Constituição, aparentemente com a finalidade de viabilizar que o Tribunal pudesse julgar contas, inclusive declarando-as irregulares, sem que, para tanto, precisasse apontar reais infrações à lei — bastando a mera indicação da prática de atos supostamente ilegítimos ou antieconômicos.

³¹⁶ MEDAUAR, Odete, *Controle da Administração Pública*, *op. cit.*, p. 145.

Confira-se o teor do citado dispositivo da Lei de Inelegibilidades:

De acordo com o citado dispositivo, são inelegíveis “os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensão ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição”.

³¹⁷ É importante notar, contudo, que a inelegibilidade não tem caráter punitivo. É o que o próprio STF decidiu no âmbito do Mandado de Segurança 22.087, Plenário, rel. Min. Carlos Velloso, j. 28.03.1996. Veja-se:

“*Constitucional. Eleitoral. Inelegibilidade. Contas do administrador público: rejeição. LC 64/1990, art. 1.º, I, g. Inclusão em lista para remessa ao órgão da Justiça Eleitoral do nome do administrador público que teve suas contas rejeitadas pelo TCU, além de lhe ser aplicada a pena de multa. Inocorrência de dupla punição, dado que a inclusão do nome do administrador público na lista não configura punição. Inelegibilidade não constitui pena. Possibilidade, portanto, de aplicação da lei de inelegibilidade, LC 64/1990, a fatos ocorridos anteriormente a sua vigência. À Justiça Eleitoral compete formular juízo de valor a respeito das irregularidades apontadas pelo Tribunal de Contas, vale dizer, se as irregularidades configuram ou não inelegibilidade*”.

Sobre o tema, consultar OLIVEIRA, Regis Fernandes (coord.), *Lições de Direito Financeiro*, *op. cit.*, p. 133.

A primeira etapa da “estratégia” utilizada pelo diploma para criar as condições necessárias para esse controle mais largo do TCU — uso a palavra estratégia, pois, à luz da história legislativa do diploma, pode-se inferir que o legislador objetivou alargar a competência sancionatória do Tribunal — foi estabelecer, logo no § 1º do seu art. 1º, que “No julgamento de contas e na fiscalização que lhe compete, o Tribunal decidirá sobre a *legalidade*, a *legitimidade* e a *economicidade* dos atos de gestão e das despesas deles decorrentes, bem como sobre a aplicação de subvenções e a renúncia de receitas”.

A premissa fixada pelo dispositivo — da qual dificilmente alguém discordaria, pois, de fato, o TCU é competente para olhar seu objeto de controle por esses três vieses — tem efeito simbólico relevante: frisar que todos os parâmetros de controle genericamente listados pelo art. 70 da Constituição também devem de alguma maneira informar o exercício do julgamento de contas. Note-se que, ao fazê-lo, a LOTCU não esclareceu (ao menos não nesse momento) a maneira pela qual esses parâmetros poderiam ser concretamente manejados pelo Tribunal no desempenho dessa específica atribuição.

Mais adiante na lei, constata-se que o § 1º do art. 1º é, em verdade, o prelúdio do art. 16, responsável por elencar os possíveis resultados do julgamento de contas pelo Tribunal. Transcrevo, a seguir, a íntegra do dispositivo:

Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União

“Art. 16. As contas serão julgadas:

I – regulares, quando expressarem, de forma clara e objetiva, a exatidão dos demonstrativos contábeis, a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão do responsável;

II – regulares com ressalva, quando evidenciarem impropriedade ou qualquer outra falta de natureza formal de que não resulte dano ao Erário;

III – irregulares, quando comprovada *qualquer das seguintes ocorrências*:

a) omissão no dever de prestar contas;

b) prática de *ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico*, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial;

c) dano ao Erário decorrente de *ato de gestão ilegítimo ou antieconômico*

d) desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos.

§ 1º O Tribunal poderá julgar irregulares as contas no caso de reincidência ou descumprimento de determinação de que o responsável tenha tido ciência, feita em processo de tomada ou prestação de contas.

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

a) do agente público que praticou o ato irregular, e

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.

§ 3º Verificada a ocorrência prevista no parágrafo anterior deste artigo, o Tribunal providenciará a imediata remessa de cópia da documentação pertinente ao Ministério Público da União, para ajuizamento das ações civis e penais cabíveis” (grifos acrescentados).

Observa-se da leitura conjunta do art. 1º, § 1º, com o art. 16 (especialmente com seu inciso III, alíneas “b” e “c”) que o legislador cravou a premissa de que todos os parâmetros de controle mencionados pelo art. 70 da Constituição poderiam ser indistintamente utilizados pelo TCU quando do exercício de sua atribuição de julgar contas com a finalidade de dela extrair consequência peculiar: a de que decisões declaratórias de irregularidades de contas supostamente poderiam licitamente se apoiar única e exclusivamente em atos de gestão alegadamente ilegítimos ou antieconômicos.

Por meio dessa estratégia, a LOTCU fez parecer que reprovações de contas pelo Tribunal baseadas unicamente em atos desse jaez não passariam de decorrência natural do regular exercício das atribuições que lhe foram conferidas pela Constituição. A realidade, contudo, tal como visto anteriormente, é que o Texto Constitucional só permitiu que o TCU viesse a reprovar contas a partir de exame de legalidade em matérias inseridas no seu campo de jurisdição direta (matérias financeiras em sentido amplo).

O interessante é que a LOTCU não só “permitiu” que o Tribunal viesse a declarar contas irregulares por meio impróprio, como também o “autorizou” a aplicar sanções (multas) caso comprovada “qualquer das ocorrências previstas nas alíneas a, b e c do inciso III, do art. 16”, mesmo inexistindo qualquer débito.³¹⁸ Além disso, na hipótese de a declaração de irregularidade de contas ter como causa “dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico” ou “desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos”, o TCU terá de fixar a responsabilidade solidária do agente público que tiver praticado o ato irregular e de terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, tiver de algum modo concorrido para o cometimento do dano apurado (art. 16, § 2º).

Ao editar normas com esse conteúdo, o legislador, mesmo sem apoio na Constituição, acabou ampliando o espaço para intervenção do Tribunal nas atividades administrativas; criou, na prática, mais mecanismos por meio dos quais o TCU poderia pressionar poder público e gestores a incorporar seu ponto de vista a práticas administrativas, pois caso viesse a discordar de opções lícitas tomadas pelo administrador,

³¹⁸ É o que se depreende da leitura do art. 19 da LOTCU. Veja-se:

“Art. 19. Quando julgar as contas irregulares, havendo débito, o Tribunal condenará o responsável ao pagamento da dívida atualizada monetariamente, acrescida dos juros de mora devidos, podendo, ainda, aplicar-lhe a multa prevista no art. 57 desta Lei, sendo o instrumento da decisão considerado título executivo para fundamentar a respectiva ação de execução.

Parágrafo único. Não havendo débito, mas comprovada qualquer das ocorrências previstas nas alíneas a, b e c do inciso III, do art. 16, o Tribunal aplicará ao responsável a multa prevista no inciso I do art. 58, desta Lei”.

o Tribunal, de acordo com a LOTCU, poderia declarar suas contas irregulares e lhe aplicar sanções (mesmo na ausência de dano ao erário).

A iniciativa do legislador de promover esse alargamento da atuação do TCU via julgamento de contas — aumentando seu potencial para indiretamente influir na atividade administrativa — acaba, na prática, desvalorizando a opinião e as escolhas do gestor na mesma proporção em que termina por valorizar a opinião e as escolhas do controlador — afinal, pelo arranjo jurídico criado pela LOTCU, o Tribunal em tese poderá impor ao administrador sua visão acerca da legitimidade e economicidade de práticas administrativas em geral.

Esse viés da legislação (de fortalecer o TCU e de fragilizar o gestor) potencialmente seja produto do momento em que a LOTCU foi confeccionada, que, como apontado no capítulo anterior, era marcadamente favorável à ampliação dos controles sobre a administração, muito por conta da desconfiança que se tinha do Executivo — basta lembrar que o país, após longo período ditatorial, acabava de se ver envolto em um processo de *impeachment* do Presidente da República, sobre o qual recaíam fortes suspeitas de práticas de corrupção. Era bastante compreensível, assim, a crença do legislador no controle e parecia bastante lógica (ao menos naquele momento) a aposta de que o interesse público seria mais bem construído pelas mãos de controladores do que pelas mãos de gestores (vistos como a origem de boa parte dos males que afligia o Brasil).

É importante destacar, contudo, que esse processo de limitação da discricionariedade da administração por meio do alargamento de competências e de atribuições dos controladores (no caso, do TCU) não parece ter levado em consideração o eventual impacto que poderia vir a ter na segurança jurídica.

No plano infralegal, a atribuição em comento foi regulamentada pelos arts. 188 ao 213 do RITCU — que minudenciou os processos e prazos, em linha com o teor da LOTCU — e pelas INs 6, de 8 de junho de 1994 (estabelece normas de organização e apresentação de tomadas e prestações de contas e rol de responsáveis), 63, de 1º de setembro de 2010 (estabelece normas de organização e de apresentação dos relatórios de gestão e das peças complementares que constituirão processos de de contas da administração federal) e 71, de 28 de novembro de 2012 (dispõe sobre a instauração, a organização e o encaminhamento ao TCU dos processos de tomada de contas especial).

Antes de passar à atribuição para aplicar sanções, chamo a atenção para indícios apontados por Bruno Speck de que a atribuição do TCU para julgar contas ocupe, no

plano fático (não no plano jurídico), lugar de destaque no conjunto de competências e de atribuições do Tribunal.

De acordo com o autor, “Desde a abolição da fiscalização prévia através do registro das despesas [mudança promovida pela Constituição de 1967, como se verá no tópico voltado à análise da competência do Tribunal para praticar atos de comando], o julgamento das contas tornou-se a função central do Tribunal de Contas”.³¹⁹ Na sua avaliação, a apreciação de contas prestadas por administradores de recursos públicos é atividade-chave do TCU em relação a três aspectos.³²⁰

O primeiro deles diz respeito à estrutura processual da atividade de julgamento de contas — que segue sequência análoga a de processos judiciais (prestação de contas por órgão ou ente; etapa de instrução processual, por iniciativa do Tribunal, caso considere necessária informações suplementares; confrontação com argumentos dos responsáveis pelas contas; e julgamento) —, que acabou se espraiando para outras tarefas desempenhadas pelo Tribunal.³²¹ Nas palavras de Speck, “É notável que vários elementos dessa lógica processual do julgamento das contas também orientem a elaboração de pareceres sobre as contas do governo, a fiscalização por meio de inspeções e auditorias e o registro das contratações e aposentadorias”.³²²

O segundo aspecto que faria a atribuição de julgar contas uma atividade-chave do Tribunal diz respeito ao fato de ela ter influenciado fortemente a configuração de sua estrutura interna. Na avaliação de Speck, “A necessidade de aprovação das contas impôs uma estreita vinculação entre a estruturação dos órgãos controlados e o órgão de controle, o Tribunal de Contas”.³²³ Em outras palavras, por conta da atribuição em comento, o TCU

³¹⁹ SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e Rotina no Tribunal de Contas da União*, op. cit., p. 85.

O Relatório Anual de Atividades do TCU relativo ao ano de 2014 parece revelar que o diagnóstico feito por Speck permanece válido. Consta desse documento que só no ano de 2014 o Tribunal apreciou de forma conclusiva 2.597 processos de contas e contas especiais, sendo que em 1.372 (52,8%), 2.307 responsáveis foram condenados ao pagamento de multa ou ao ressarcimento de débito. O número de condenações é bem inferior quando considerados outros tipos de processos (fiscalizações, denúncias ou representações): em 179 processos, 361 responsáveis foram condenados. Interessante notar que dos processos de julgamento de contas, 51% foram tidos como regulares, 24% como irregulares e 25% como regulares com ressalvas (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Relatório de Atividades: 2014*. Brasília: TCU, 2015, pp. 37-38).

³²⁰ Cf. SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e Rotina no Tribunal de Contas da União*, op. cit., p. 85.

³²¹ Idem, ibidem.

³²² Idem, pp. 85-86.

³²³ Idem, p. 87.

estaria reproduzindo internamente a estrutura da própria administração pública (de forma simplificada, é claro).³²⁴

O terceiro e último aspecto apontado pelo autor se refere à alocação de recursos humanos e materiais para o desempenho dessa tarefa. Segundo dados que coletou, “o número de processos em relação à atividade de julgamento [de contas] é considerável, somente comparável aos processos de registro de admissões e aposentadorias (...)”.³²⁵ Em seu estudo, também aponta que “Os processos de fiscalização têm uma importância periférica nessa contagem, e são responsáveis por menos de 5% dos processos de controle no Tribunal de Contas”.³²⁶

Depoimentos colhidos de alguns dos servidores do Tribunal que entrevistei reforçam diagnóstico traçado por Speck, segundo o qual a atribuição de julgar contas realmente seria, no plano fático, uma atividade-chave do Tribunal, tendo grande influência sobre seu funcionamento em geral e sobre o desempenho de outras de suas atribuições e competências.

No relato que fizeram, apontaram que apesar de o ordenamento jurídico ter primordialmente conferido ao TCU as missões de produzir informações sobre a gestão de recursos públicos e de dar transparência ao Estado, a atribuição que com o tempo na prática teria ganhado maior destaque é justamente a de julgar contas — que, na visão dos entrevistados, teria sido, comparativamente às demais atribuições do Tribunal, significativamente mais delimitada e restringida no plano jurídico, supostamente fazendo dela uma atribuição “menor”. A preponderância no plano fático dessa forma de agir do Tribunal (impositiva, via julgamento de contas) teria sido responsável, novamente na visão dos servidores entrevistados, por transformá-lo no tribunal administrativo que o Brasil não possui.³²⁷

A tônica da atuação do TCU sobre o julgamento de contas de algum modo teria sido, de acordo com os entrevistados, produto do surgimento e da consolidação de uma

³²⁴ Recentemente, o TCU passou por ampla reconfiguração de sua estrutura organizacional. O organograma completo da atual configuração da Corte de Contas pode ser consultado no link a seguir: <http://portal.tcu.gov.br/transparencia/estrutura-organizacional/>.

³²⁵ SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e Rotina no Tribunal de Contas da União*, op. cit., p. 89.

³²⁶ Idem, ibidem.

³²⁷ **Entrevistado D:** “Acho que a grande atribuição do Tribunal é essa: emitir juízo sobre a gestão dos recursos públicos, sobre a gestão feita pelos administradores públicos. Ocorre que o nome Tribunal, muito por conta de uma exacerbação da nossa cultura jurídica, foi migrando um pouco dessa grande função de emitir opiniões, de falar sobre a gestão, de falar sobre a transparência [do Estado]. O TCU foi se deslocando um pouco dessa função, assumindo as funções de um quase tribunal administrativo (que, aliás, o Brasil não tem). O TCU passou a dirimir contencioso administrativo. Então, se hoje você observar, grande parte dos processos que temos hoje é de contencioso. São representações, são denúncias, etc.” (entrevista realizada na sede do TCU, em Brasília, no dia 11.06.2015).

“cultura jurídica” no Tribunal. A avaliação que fazem é a de que o TCU, especialmente a partir dos anos 1990, teria passado a receber servidores majoritariamente ligados ao Direito, os quais, por conta da sua vivência e experiência, teriam, no seu cotidiano, paulatinamente colocado ênfase no julgamento de contas pelo Tribunal (que por sua própria natureza tem maior afinidade com o mundo jurídico).³²⁸

É possível, assim, que essa suposta influência da atribuição para julgar contas sobre as demais atribuições do Tribunal não decorra apenas de aspectos processuais, como apontado por Speck. Pode-se inferir, a partir dos depoimentos que colhi, que a própria lógica do julgamento de contas — caracterizada pela tomada de decisões com efeitos imediatos e impositivos sobre a administração e seus gestores — possa de alguma maneira irradiar efeitos sobre outras atribuições do TCU, que, em princípio, funcionariam a partir de lógica completamente distinta (não impositiva, mas meramente informativa).

4.2. Aplicar sanções

A atribuição em comento tem base normativa na Constituição, mais especificamente no art. 71, VIII e § 3º — dispositivos aos quais já aludi no tópico anterior ao comentar o julgamento de contas pelo TCU.³²⁹ Tendo em vista que diversas das dúvidas sobre as possibilidades e limites do seu exercício pelo Tribunal já foram abordadas — em especial as relativas aos parâmetros e objetos de controle passíveis de dar ensejo à aplicação de sanções — opto, nesse momento, por colocar mais ênfase em outros aspectos da atividade sancionatória do TCU — tais como, por exemplo, os tipos de sanções autorizadas pelo Texto Constitucional e efetivamente previstas pela legislação.

³²⁸ **Entrevistado E:** “(...) nos últimos 15-20 anos temos reforçado no TCU uma cultura jurídica. Tenho a impressão de que o pessoal com cabedal maior na área jurídica começou a entrar no Tribunal no início dos anos 90. Então, parece, na minha visão pelo menos, que essas pessoas identificaram um nicho, legítimo inclusive. [Por conta da sua atuação] esse nicho parece que deixou de ser um simples nicho e passou a ser a área de atuação majoritária do Tribunal, em detrimento da área de auditoria, que ainda hoje é muito mal compreendida” (entrevista realizada na sede do TCU, em Brasília, no dia 11.06.2015).

³²⁹ Para facilitar a leitura dos comentários que se seguirão, relembro o teor dos citados dispositivos:
“Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

(...)

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

(...)

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

Como aponta Marcia Pelegrini, a atribuição sancionatória do Tribunal “era desconhecida nos textos das Constituições anteriores” e talvez por isso seja uma das que tenham sido menos exploradas pela doutrina.³³⁰ Isso não quer dizer que o TCU só tenha sido autorizado a punir a partir da Constituição de 1988. Anteriormente, a referida atribuição encontrava previsão no âmbito infraconstitucional — mesmo a primeira lei orgânica do TCU (a lei 1.166, que data de 17 de dezembro de 1892) já previa a possibilidade de o Tribunal “Impor multas aos responsáveis que não apresentarem as contas, ou os livros e documentos de sua gestão, nos prazos que lhes houverem sido marcados, quando não o tiverem feito nos prescritos nas leis, regulamentos, instruções e ordens em vigor” (art. 31, § 4º).

Na opinião de Eduardo Jordão, a Constituição, ao dotar o TCU da atribuição para aplicar sanções (administrativas)³³¹, conferiu-lhe poder para indiretamente interferir em atividades da administração, induzindo comportamentos e práticas, com a finalidade de zelar por sua legalidade — vale lembrar que a Constituição também lhe atribuiu poder (significativamente limitado, diga-se) para interferir diretamente em atividades administrativas, nesse caso por meio da prática de atos de comando — ou, como diz Jordão, por meio do exercício de “competências corretivas”.³³²

De acordo com a Constituição, duas são as possíveis causas para a aplicação de sanções pelo Tribunal: “ilegalidade de despesa” e “irregularidade de contas”. Essa última — produto do exercício da atribuição do TCU de julgar contas — foi amplamente debatida no tópico anterior, ao qual remeto o leitor para maiores informações e detalhes. No que tange à primeira delas (ilegalidade de despesa), cabe, nesse momento, tecer algumas considerações.

³³⁰ PELEGRINI, Marcia, *A Competência Sancionatória do Tribunal de Contas*, op. cit., p. 103.

³³¹ Essa também parece ser a opinião de Marcia Pelegrini. Veja-se:

“Fixamos, pois, o entendimento de que as sanções aplicadas pelo Tribunal de Contas são de natureza administrativa e que, portanto, sua criação e aplicação estão submetidas ao regime jurídico administrativo” (PELEGRINI, Marcia, *A Competência Sancionatória do Tribunal de Contas*, op. cit., p. 107).

³³² Confirma-se a opinião de Eduardo Jordão sobre o tema:

“A Constituição atribui ao TCU poderes diretos e indiretos de combate aos vícios de legalidade, legitimidade e economicidade que entender existentes nas decisões administrativas. Como poderes diretos, devem-se citar as chamadas ‘competências corretivas’ — aquelas voltadas a sanar os vícios identificados nos atos administrativos ou ao menos evitar a promoção dos seus efeitos (item 1.1). Como poderes indiretos, a menção a ser feita é às ‘competências sancionatórias’, aquelas que correspondem a uma punição ao agente e, por essa via, indiretamente, estimulam a retirada ou desestimulam a produção destes atos viciados (item 1.2). Como se vê, as medidas relativas às primeiras competências recaem sobre os atos viciados; as segundas, sobre as autoridades públicas responsáveis pela sua realização” (JORDÃO, Eduardo, *A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – controlador ou administrador?*, op. cit., p. 213).

Ao contrário da declaração de irregularidade de contas — que só pode ocorrer em sede de controle de contas (ordinárias ou especiais) —, a declaração de ilegalidade de despesa poderá ocorrer no âmbito de outros processos investigativos (em sentido amplo) inseridos na competência do TCU para levantar dados e produzir informações. Despesas poderão ser declaradas contrárias à lei no âmbito de fiscalizações de atos ou de contratos; de fiscalizações voltadas a aferir a maneira pela qual recursos repassados por meio de convênios a outros entes federativos estão sendo concretamente empregados; de auditorias ou de inspeções, etc.

Desse modo, caso o Tribunal, valendo-se dos instrumentos previstos pela legislação, venha a identificar despesas ilícitas — isto é, despesas contrárias à lei —, poderá, na forma do Direito e observadas as garantias processuais, declará-las ilegais, ficando conseqüentemente legitimado a aplicar as sanções que previstas pela legislação e que se mostrarem pertinentes.

É importante destacar que a aplicação de sanções pelo TCU não poderá ocorrer em sede de controle prévio — afinal, não se pode punir condutas, atos ou fatos antes de se materializarem. Especificamente no caso de ilegalidade de despesas, as sanções poderão ser aplicadas por meio de controle concomitante — isto é, na medida em que as despesas forem sendo realizadas. Na hipótese de irregularidade de contas, sanções em regra serão aplicadas por meio de controle *a posteriori* — ou seja, após sua consolidação e envio à análise do Tribunal.³³³

No que tange aos sujeitos passíveis de serem sancionados, a Constituição limitou-se a dizer que o TCU poderia aplicar sanções “aos responsáveis”. Em linha com o que afirmei no tópico anterior acerca do teor dessa expressão, poderão ser alvo de sanções os sujeitos obrigados a prestar contas a órgãos de controle internos ou externos — isto é, “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” (parágrafo único do art. 70) — desde que, é claro, ocorram despesas ilegais ou declarações de irregularidade de contas.

Por conta da abrangência do parágrafo único do art. 70 da Constituição, poderão ser alvo de sanções, por exemplo, até mesmo entidades do Terceiro Setor que recebam repasse de recursos públicos por meio de convênios. A despeito da abertura do

³³³ No mesmo sentido, v. PELEGRINI, Marcia, *A Competência Sancionatória do Tribunal de Contas*, *op. cit.*, p. 103.

dispositivo, indaga-se: seria juridicamente admissível que algum diploma legal viesse a autorizar o TCU a aplicar sanções a agentes privados *contratados* pela administração pública?

Note-se que para que a resposta a essa indagação fosse positiva, seria preciso enquadrar os sujeitos contratados pelo Estado em alguma das categorias de “responsáveis”, a saber: 1) administradores (em sentido amplo) de recursos públicos (nesse caso, seria preciso considerar como pública a natureza dos recursos repassados a particulares contratados pelo Estado a título de contraprestação); 2) administradores (em sentido amplo) de dinheiros, bens ou valores pelos quais a União responda; ou 3) sujeitos que assumissem obrigações de natureza pecuniária em nome da União.

Recursos recebidos por particulares a título de contraprestação, apesar de serem públicos em sua origem, a meu ver têm natureza privada, eliminando, assim, a possibilidade de enquadramento de contratados na primeira hipótese (gestor, em sentido amplo, de recursos públicos). Seria estranho imaginar que recursos transferidos pelo Estado a particulares em decorrência de vínculo contratual permanecessem atemporalmente públicos pelo simples fato de terem advindo de ente público. Com base no art. 71, VIII, da Constituição, portanto, contratados pelo Estado só poderiam ser alvo de sanções do TCU se pudessem ser enquadrados na parte final do parágrafo único do art. 70 (hipóteses 2 e 3 *supra*).³³⁴

O fato de o Texto Constitucional ter restringido a possibilidade de o TCU sancionar entes privados que possuam vínculo contratual com o Estado não quer dizer que esteja impedido de fiscalizá-los na hipótese de não se encaixarem em nenhum dos cenários acima traçados. Afinal, o TCU poderia, para além de fiscalizar os processos de contratação (licitação, contratação direta, etc.), se valer de instrumentos de controle inseridos na sua jurisdição indireta (na qual não pratica atos impositivos), a exemplo da representação (art. 71, XI).

Em relação aos parâmetros de controle a que o TCU está autorizado a utilizar para sancionar responsáveis por despesas ilegais ou por contas irregulares, repito algo que já disse anteriormente: o Tribunal é livre para analisar despesas e contas a partir de qualquer um dos parâmetros a que está genericamente autorizado a utilizar em suas atividades de

³³⁴ Na avaliação do Ministro do STF Marco Aurélio Mello (voto vencido), o art. 71 da Constituição não teria dado ao TCU a atribuição de aplicar sanções a particulares contratados pelo Estado, pois “Quando se contrata e se tem a contraprestação, quer o serviço, quer o produto, não se ‘arrecada dinheiro público’” (Mandado de Segurança 30.788, rel. do acórdão Min. Roberto Barroso, j. 21.5.15).

controle (legalidade, legitimidade e economicidade), *mas só poderá sancionar caso venha a identificar expressas violações à lei.*

Ilegitimidades (que não importarem em expressa violação ao Direito) e atos antieconômicos (que também não importarem em expressa violação ao Direito) não poderão, por si só, dar origem a sanções. E isso por uma boa razão: o direito brasileiro não admite punições, mesmo que administrativas, sem prévia cominação legal e sem prévia infração à lei. Desse modo, se o Texto Constitucional autorizou o Tribunal a aplicar sanções, só pode tê-lo feito em sede de controle de legalidade, em caso de expressa violação ao Direito.

Admitir que o Tribunal pudesse punir — indiretamente induzindo gestores a adotar certas práticas e a assumir certos comportamentos — exclusivamente a partir de constatações de supostos atos ilegítimos ou antieconômicos na prática importaria em dizer que a opinião do TCU sobre a gestão de recursos públicos seria “mais correta” e teria “maior valor” do que a opinião do Executivo (administrador público). Ao dar à Corte de Contas a possibilidade de, por meio de sanções, pressionar a administração a incorporar seu ponto de vista a práticas administrativas em geral, a legislação parece ter partido da premissa de que o controlador seria mais apto a atender ao interesse público do que os próprios gestores — apesar de a Constituição ter primordialmente dado ao Executivo a atribuição de decidir pela conveniência e oportunidade no manejo de recursos públicos.

É impertinente hierarquizar juízos de valor emitidos dentro da legalidade por órgãos distintos e não subordinados. Seria especialmente estranho sustentar que, em havendo mera divergência de opinião entre TCU e administrador, deveria prevalecer o ponto de vista do controle externo e não daquele cuja missão (conferida pelo Direito) é justamente a de realizar atividades administrativas e decidir a melhor maneira de concretamente alocar recursos públicos (dentro dos parâmetros legais, evidentemente).

Note-se que quando o TCU decide fiscalizar o mérito de despesas e a qualidade de gastos públicos, ele pode e deve se manifestar, mas pelos veículos próprios, inseridos no âmbito de sua jurisdição indireta — publicando e divulgando relatórios, orientando a administração pública a aprimorar suas práticas e métodos, dialogando com gestores e, se for o caso, representando às autoridades competentes; nessa seara não é competente para obrigar a administração e seus gestores a incorporar suas preferências a práticas administrativas, sob pena de deixar de ser órgão de controle externo (função que lhe foi expressamente atribuída pelo Texto Constitucional), passando a ser uma espécie de

revisor geral do Executivo (função que propositadamente não lhe foi conferida pela Constituição).

Explicito, a seguir, as matérias (ou objetos) sobre as quais o Tribunal pode editar atos sancionatórios.

Ainda que o TCU, na instrução dos processos de julgamento de contas ou em outros processos de fiscalização, tome contato com matérias variadas (de cunho administrativo), ele só poderá declarar a ilegalidade de despesas ou a irregularidade de contas (e, portanto, só poderá sancionar) se forem constatadas ilegalidades em matéria financeira (em sentido amplo). Na hipótese de o Tribunal identificar ilegalidades em matérias estranhas à sua específica área de atuação, lhe caberia apenas representar a quem de direito, emitir orientações ou levantar dados e produzir informações (a serem divulgados no formato de relatórios), sem impor gravames a quem quer que seja.³³⁵ Friso: o TCU não é órgão de revisão geral da atividade administrativa; o ordenamento jurídico lhe conferiu a possibilidade de agir impositivamente em casos específicos, inseridos no seu campo de jurisdição direta (financeiro).

Não parece haver fundamento a suposição de que o reconhecimento da incompetência do TCU para agir impositivamente, via aplicação de sanções, em matérias situadas fora do seu espaço de jurisdição direta, mitigaria a eficácia de sua atuação e geraria suposto déficit de punição de condutas contrárias ao Direito. Como aponta Marcia Pelegrini, o ordenamento previu outros instrumentos para o combate a ilicitudes em matérias não propriamente financeiras.³³⁶

³³⁵ No mesmo sentido, v. Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara:

“No entanto, se o Tribunal de Contas, fazendo fiscalização operacional, se depara com ilegalidades em matéria fora de sua jurisdição direta (quanto à aplicação da lei de estrangeiros, por exemplo), cabe-lhe apenas representar a quem de direito, sem impor diretamente deveres a quem quer que seja, inclusive porque nesse campo material não tem competência sequer para sancionar” (SUNDFELD, Carlos Ari e ARRUDA CÂMARA, Jacintho, Competências de controle dos tribunais de contas – possibilidades e limites, *op. cit.*, p. 183).

Essa também parece ser a opinião de Marcia Pelegrini. Confira-se:

“Todavia, não vislumbramos autorização constitucional para a previsão de sanções de qualquer natureza, desvinculadas ou que não decorram de atos que tenham resultado em ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, exatamente porque o legislador constituinte estabeleceu que competirá ao Tribunal de Contas ‘aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei...’. Ora, parece que a lei somente poderá estabelecer sanções para as situações que tenham dado causa às situações especificadas na Carta Magna” (PELEGRINI, Marcia, *A Competência Sancionatória do Tribunal de Contas*, *op. cit.*, p. 126).

³³⁶ Veja-se a opinião da autora em comento:

“Mas cumpre também perquirir se estaria a eficácia das ações do Tribunal de Contas comprometida pelo fato de não poderem ser aplicadas multas ou outro tipo de sanção quando inexistente situação de irregularidade de contas ou ilegalidade de despesas. (...) Os estatutos dos servidores públicos e as leis que regulam a atuação dos agentes políticos contêm inúmeras penalidades a serem aplicadas para agentes públicos desidiosos, de modo que o Tribunal de Contas pode requerer a instauração de procedimento para

Questão interessante é identificar os tipos de sanções que o Texto Constitucional autorizou o TCU a aplicar quando do exercício de sua atribuição sancionatória.

Num primeiro momento, poder-se-ia imaginar que o constituinte teria se eximido da tarefa de fixar limites ou condicionantes a esse tipo de atividade, vez que no inciso VIII do art. 71 disse que caberia ao *legislador* fixar as sanções passíveis de serem concretamente aplicadas pelo TCU. Fosse esse o caso, sobre a atividade sancionatória da Corte de Contas incidiriam apenas as balizas e limites estabelecidos pela Constituição para a aplicação de sanções em geral (p. ex., art. 5º, XXXIX).

Ocorre, no entanto, que o constituinte não se limitou a atribuir ao legislador o poder-dever de arrolar, em lei, as sanções a serem na prática manejadas pelo Tribunal (instituído, assim, reserva legal para o tema).³³⁷ Depreende-se da leitura do inciso VIII do art. 71 c/c o § 3º do mesmo dispositivo que o Texto Constitucional determinou que dentre as sanções a serem elencadas em diploma legal, duas teriam que estar presentes: 1) imputação de débito a seus responsáveis; e 2) multa proporcional a danos causados ao erário.

À luz do exposto, indaga-se: teria a Constituição condicionado a previsão de sanções à constatação de dano ao erário? Ou, ao revés, teria o legislador legitimidade para prever em lei sanções desconectadas de eventuais débitos? Poderia a legislação prever multa em valor superior a eventuais prejuízos gerados à União? Em suma: quais balizas a Constituição efetivamente teria criado para a atividade legiferante em matéria de sanções administrativas passíveis de serem aplicadas pelo TCU?

A Constituição, a meu ver, não determinou ao legislador que só previsse sanções, mesmo quando revestidas da roupagem de multas, única e exclusivamente por conta de prejuízos causados ao poder público. É verdade que o Texto Constitucional criou o dever de o legislador estabelecer em lei imputação de débito ao seu responsável (§ 3º do art. 71 da Constituição) e multa proporcional ao dano causado ao erário (inciso VIII do art. 71 da

apuração dessas condutas em face do desatendimento ou obstrução de sua ação. A sanção seria aplicada no âmbito do órgão controlado, porque atinente a comportamento relacionado com o desempenho funcional dos agentes públicos, e não à função de controle externo exercida pelo Tribunal de Contas” (Idem, p. 127).

³³⁷ Importante atentar para as observações feitas por Marcia Pelegrini sobre o dispositivo constitucional em comento:

“A Carta Política brasileira definiu que as sanções a serem aplicadas pelo Tribunal de Contas no exercício de sua competência punitiva deverão estar estabelecidas em lei, afastando-se assim, em sintonia com todo o sistema, a possibilidade do estabelecimento de sanções através de ato infralegal.

A competência para criar sanções foi reservada ao Poder Legislativo, sendo matéria de reserva de lei, que, em sentido formal, qualifica-se como instrumento constitucional de preservação da integridade de direitos e garantias fundamentais, de modo que o princípio da reserva legal atua como expressiva limitação constitucional ao poder do Estado, cuja competência regulamentar não se reveste de suficiente idoneidade jurídica que lhe permita restringir direitos ou criar obrigações” (Idem, p. 114).

Constituição). Não o impediu, contudo, de instituir outras sanções, vinculadas a outros fatos para além de eventual prejuízo causado à União — lembre-se que o inciso VIII do art. 71 expressamente diz que caberá à lei estabelecer “*entre outras cominações*, multa proporcional ao dano causado ao erário”.

Apesar de eventual prejuízo aos cofres do poder público aparentemente não ser imprescindível à existência mesma de sanções, a Constituição prevê, sim, importante condicionamento à atividade legiferante nessa matéria: sanções só podem ter como causa a ocorrência de despesas ilegais ou a constatação de contas irregulares — as quais, repito, só podem ser caracterizadas mediante exame de legalidade em matéria financeira.³³⁸

Não poderia o legislador determinar que eventual descumprimento de norma legal de cunho não financeiro por gestores públicos viesse a dar ensejo à aplicação de sanções pelo TCU. Afinal, controle de legalidade em outras matérias não pode legitimamente configurar despesa ilegal ou declaração de contas irregulares, não tendo o condão, por conseguinte, de gerar punições pela Corte de Contas. Nesses casos, o Tribunal poderia desempenhar suas competências inseridas na sua jurisdição indireta — para levantar dados e produzir informações, para orientar ou para representar. Não poderia, contudo, praticar atos impositivos que interferissem na atividade administrativa (atos de comando ou sanções, respectivamente).

Também decorre do Texto Constitucional (em especial do seu art. 5º, XXXIX), que a lei, ao prever sanções, tem de ser *suficiente*. Isto é, tem de minimamente descrever as condutas censuradas e as correspondentes punições, de forma a garantir a antecipada ciência dos indivíduos, e, com isso, resguardar em sua plenitude o direito de defesa. “Todo indivíduo deve ter a possibilidade de saber antecipadamente se sua ação é punível ou não antes de praticá-la”.³³⁹

Não defendo, com isso, que a lei tenha de ser exaustiva. Como apontado por Marcia Pelegrini, “(...) num plano legal é quase impossível que o legislador descreva todas as condutas passíveis de serem sancionadas, sobretudo pela diversidade da atuação estatal (...)”.³⁴⁰ No caso das sanções a serem aplicadas pelo TCU, fazê-lo seria especialmente difícil porque boa parte das condutas exigíveis dos responsáveis por despesas públicas necessariamente serão descritas por normas variadas (Lei de

³³⁸ No mesmo sentido, v. PELEGRINI, Marcia, *A Competência Sancionatória do Tribunal de Contas*, *op. cit.*, p. 126.

³³⁹ *Idem*, p. 115.

³⁴⁰ *Idem*, p. 116.

Responsabilidade Fiscal, leis orçamentárias, leis de contratações públicas, etc.). Um mínimo de segurança, contudo, a lei tem de dar.

Ao regulamentar o tema do presente tópico, a LOTCU previu três diferentes tipos de sanção: 1) multa, nitidamente eleita pelo diploma como instrumento punitivo por excelência³⁴¹; 2) inabilitação do responsável para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da administração pública³⁴²; e 3) declaração de inidoneidade do licitante que vier a fraudar licitações³⁴³.

Extraí-se do teor de suas normas que multas, ao menos em tese, podem recair sobre pessoas físicas ou jurídicas, sejam elas agentes públicos ou privados. A inabilitação do responsável para o exercício de cargo de confiança, por sua vez, recai sobre pessoas físicas, agentes públicos ou privados. A terceira modalidade de sanção (inidoneidade) recai sobre agentes privados que tiverem participado de certame licitatório.

³⁴¹ Confira-se o teor dos dispositivos da LOTCU que regulamentaram o uso da multa pelo Tribunal:

“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.

Art. 58. O Tribunal poderá aplicar multa de Cr\$ 42.000.000,00 (quarenta e dois milhões de cruzeiros), ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional, aos responsáveis por:

I - contas julgadas irregulares de que não resulte débito, nos termos do parágrafo único do art. 19 desta Lei;

II - ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial;

III - ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte injustificado dano ao Erário;

IV - não atendimento, no prazo fixado, sem causa justificada, a diligência do Relator ou a decisão do Tribunal;

V - obstrução ao livre exercício das inspeções e auditorias determinadas;

VI - sonegação de processo, documento ou informação, em inspeções ou auditorias realizadas pelo Tribunal;

VII - reincidência no descumprimento de determinação do Tribunal.

§ 1º Ficarà sujeito à multa prevista no caput deste artigo aquele que deixar de dar cumprimento à decisão do Tribunal, salvo motivo justificado.

§ 2º O valor estabelecido no caput deste artigo será atualizado, periodicamente, por portaria da Presidência do Tribunal, com base na variação acumulada, no período, pelo índice utilizado para atualização dos créditos tributários da União.

§ 3º O Regimento Interno disporá sobre a gradação da multa prevista no caput deste artigo, em função da gravidade da infração.

Art. 59. O débito decorrente de multa aplicada pelo Tribunal de Contas da União nos do art. 57 desta Lei, quando pago após o seu vencimento, será atualizado monetariamente na data do efetivo pagamento”.

³⁴² Transcrevo o dispositivo da LOTCU que disciplinou a sanção de inabilitação:

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

³⁴³ Confira-se o teor do dispositivo pertinente da LOTCU:

“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”.

Importante observar que há problemas na LOTCU relacionados à disciplina da atividade sancionatória do Tribunal. O primeiro deles fica evidente a partir da simples leitura do capítulo V do título II do diploma, voltado à regulamentação das sanções: a descrição das hipóteses de cabimento das multas — o principal instrumento sancionatório posto à disposição do TCU — foi feita de forma excessivamente ampla e imprecisa, dando ao Tribunal larga margem de discricionariedade para aplicá-las e, colateralmente, gerando significativa insegurança jurídica para os sujeitos teoricamente passíveis de serem multados.³⁴⁴ O segundo problema do diploma consistiu em ter criado sanções para casos em que o ato de sancionar era impertinente — isto é, em situações nas quais o Texto Constitucional não autorizou o TCU a agir impositivamente, via edição de atos sancionatórios.

Passo, na sequência, a relatar pontos específicos do diploma nos quais essas insuficiências efetivamente se materializaram.

Como visto, disse a Constituição que o TCU só poderia sancionar em havendo despesa ilegal ou conta irregular (art. 71, VIII). A lei, por sua vez, afirmou que o Tribunal poderia aplicar “multa de Cr\$ 42.000.000,00 (quarenta e dois milhões de cruzeiros), ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional, aos responsáveis por (...) *ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial*” (art. 58, *caput* e inciso II).

Dizer que “ilegalidade de despesa” ou “irregularidade de contas” possam ser caracterizadas pela constatação de “ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial” é quase redundante. Como aponta Marcia Pelegrini, “(...) são infundáveis as normas e regulamentos a serem observados [para se aferir infrações à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial], gerando enorme dificuldade na identificação da conduta que eventualmente poderá vir a ser punida”.³⁴⁵

A realidade é que a lei, ao desempenhar o papel que lhe foi expressamente atribuído pela Constituição (prever sanções e regulamentá-las), disse pouco; eximiu-se, no

³⁴⁴ Essa também parece ser a opinião de Marcia Pelegrini. Veja-se:

“A referida lei [LOTUCU] pode ser considerada dentre aquelas que a doutrina denomina de ‘aberta’ ou ‘elástica’, na medida em que descreveu parte significativa dos ilícitos de forma ampla e imprecisa, e a mesma amplitude e imprecisão ocorreu em relação ao estabelecimento das sanções correspondentes” (PELEGRINI, Marcia, *A Competência Sancionatória do Tribunal de Contas*, *op. cit.*, p. 131).

³⁴⁵ Idem, *ibidem*.

caso, de precisar sanções e de apontar com clareza suas hipóteses de cabimento e as possibilidades e limites do órgão responsável por aplicá-las. Com isso, acabou — voluntária ou involuntariamente — transferindo para o TCU a expectativa de que, valendo-se da sua competência para editar atos regulamentares, viesse a descrever com maior grau de precisão as possibilidades de apenamento de condutas ilícitas, reduzindo, assim, a insegurança jurídica causada pela vagueza das normas constitucionais e legais e, por consequência, sua própria discricionariedade para agir via prática de atos sancionatórios.³⁴⁶

Afirmo que o inciso II do art. 58 da LOTCU foi *quase* redundante porque elencou como uma das causas da multa mencionada no *caput* do dispositivo elemento novo, responsável por gerar dissonâncias com o teor da Constituição: violação a norma legal ou regulamentar de natureza *operacional*. Apesar da dificuldade de se precisar em abstrato o conteúdo desse tipo de norma, parece razoável assumir que ela tenha algo a ver com a regulamentação de atividades administrativas em geral, pois, como aponta Hikka Summa, auditoria operacional — isto é, auditoria que toma como parâmetro de análise normas de natureza operacional — comumente é compreendida como sendo “uma forma de auditoria focada na eficiência e na efetividade ou no custo benefício das atividades públicas”.³⁴⁷

Violações a normas que tenham por objeto matérias que não estejam inseridas na jurisdição direta do TCU (composta por matérias financeiras em sentido amplo) não o autorizam a praticar atos com efeitos imediatos e cogentes, tal como os de cunho sancionatório, que interfiram, mesmo que indiretamente, na própria atividade administrativa.³⁴⁸ O papel do TCU é de controlador externo, não de revisor geral da administração pública.

³⁴⁶ Essa também parece ser a opinião de Marcia Pelegrini. Veja-se:

“Cremos que as dificuldades do legislador em descrever todas as possibilidades de condutas ilícitas podem e devem ser atenuadas no âmbito regulamentar, porque a autoridade que aplica as penas, pela especialidade da matéria, possui maiores condições de estabelecer um rol exemplificativo, com base nos precedentes, guardados os limites estabelecidos na lei” (Idem, p. 132).

³⁴⁷ SUMMA, Hilka. Definições e estruturas. In: POLLITT, Christopher et al. *Desempenho ou legalidade? Auditoria operacional e de gestão pública em cinco países*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 40.

³⁴⁸ No mesmo sentido, v. opinião de Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara:

“Nas hipóteses em que, no exercício de sua competência fiscalizatória operacional, o Tribunal vier a constatar qualquer descompasso com a legislação envolvendo temas alheios à sua jurisdição específica (isto é, quando o descompasso não for com normas tratando de temas financeiros em sentido amplo), o papel que lhe cabe é o de fazer representação às autoridades competentes (art. 71, XI, da CF), e não determinar, ele próprio, a correção do ato ou a punição dos responsáveis” (SUNDFELD, Carlos Ari e ARRUDA CÂMARA, Jacintho, *Competências de controle dos tribunais de contas – possibilidades e limites*, *op. cit.*, p. 188).

A LOTCU também se equivocou ao prever, no inciso III do art. 58, que o Tribunal poderia aplicar multas por conta da constatação de “*ato de gestão ilegítimo ou antieconômico* de que resulte injustificado dano ao Erário”. Como dito anteriormente, a mera constatação da prática de atos pela administração que, na avaliação do TCU, fossem ilegítimos ou antieconômicos (mas que não importassem em expressa violação a normas do ordenamento jurídico) seria insuficiente para dar origem a sanções. O direito brasileiro só autoriza punições em decorrência de infrações à lei, ainda que considerada em sentido amplo.

Outro dispositivo problemático da LOTCU é o inciso IV do art. 58, que prevê multa no caso de “não atendimento, no prazo fixado, sem causa justificada, a diligência do Relator ou a decisão do Tribunal”. Pergunta-se: toda e qualquer decisão produzida pelo Tribunal *obrigatoriamente* teria de ser cumprida por seus destinatários? A indagação é relevante, pois, se a resposta for negativa, seria inadequado que dispositivo normativo fixasse, como regra, que eventual “não atendimento” a decisão da Corte de Contas autorizasse apenamento por meio de multas.

Apesar de o TCU, mesmo em sede de auditorias operacionais, normalmente se manifestar sob a forma de decisão (contendo relatório da área técnica do Tribunal, voto do ministro relator e dispositivo), nem todo e qualquer tipo de manifestação sua necessariamente terá conteúdo impositivo, vinculante. A realidade é que apenas parcela das amplas competências fixadas pelo ordenamento jurídico para o Tribunal efetivamente poderá, quando concretamente exercidas, dar origem a decisões impositivas (sob a forma de sanções ou de atos de comando). A maior parte de suas competências — em relação às quais o ordenamento jurídico foi menos restritivo —, geram, quando concretamente desempenhadas, decisões desprovidas de viés impositivo — é o caso de decisão que veicule relatório sobre as atividades desenvolvidas por determinado órgão do governo, ou de decisão que recomende certas práticas a algum ente da administração indireta.

Nesses casos — de decisões emitidas pelo Tribunal sem viés impositivo —, seria descabido falar em eventual aplicação de multas por seu “descumprimento”. Admiti-las como válidas nessas hipóteses seria uma maneira de desvirtuar o plexo de competências fixados pela Constituição para o órgão de controle, concretamente “permitindo” que viesse a se valer de sua atribuição para editar atos sancionatórios com a finalidade de impor seu ponto de vista à administração pública — diagnóstico que se agrava ao se levar

em conta que, como dispõe o § 3º do art. 71, “As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo”.³⁴⁹

Antes de expor o modo pelo qual o próprio TCU regulamentou o tema (via RITCU e INs), chamo a atenção para a sanção de inidoneidade, prevista pelo art. 46 da LOTCU — dispositivo que, como apontado no capítulo anterior, teve origem em emenda proposta pelo Senador Pedro Simon na Comissão de Constituição e Justiça.

Diz a lei no citado dispositivo que “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”. Isto é, caso o TCU — ao desempenhar sua competência para levantar dados e produzir informações, por exemplo — viesse a detectar fraude a procedimento licitatório, poderia proibir o fraudador de participar de outros certames no âmbito da administração pública federal por até cinco anos — prazo esse que evidentemente poderia ser graduado pelo Tribunal em função da gravidade da conduta do investigado.

Vale lembrar que à época em que o diploma foi editado, o decreto-lei 2.300, de 21 de novembro de 1986 — voltado à disciplina das licitações e contratos em âmbito nacional³⁵⁰ — já continha sanção semelhante (“declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração enquanto perdurarem os motivos da punição”), a ser aplicada pela administração em caso de “inexecução total ou parcial do contrato” (art. 73, *caput* e inciso IV), ou por conta de qualquer dos motivos arrolados pelo art. 74 — dentre eles, a prática de atos ilícitos que visassem frustrar os objetivos da licitação (inciso II).

É verdade, no entanto, que apesar de os diplomas autorizarem o mesmo tipo de sanção (inidoneidade) por razões semelhantes (fraude à licitação), havia entre eles algumas importantes diferenças: a inidoneidade da LOTCU seria aplicada pelo Tribunal,

³⁴⁹ É importante destacar, contudo, que, apesar de a meu ver alguns dos dispositivos da LOTCU atinentes à atividade sancionatória do Tribunal terem destoado do teor Constituição, o STF, ao julgar o Recurso Extraordinário 190.985, Plenário, rel. Min. Néri da Silveira, j. 14.02.96, manifestou-se sobre o teor do art. 58 da LOTCU e decidiu pela sua constitucionalidade.

O RE em questão foi interposto pelo Estado de Santa Catarina, por meio do qual pleiteou a inconstitucionalidade de dispositivos de lei estadual voltada a disciplinar o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. Apesar de a LOTCU não ter sido alvo de contestações, o STF sobre ela se manifestou porque os dispositivos impugnados guardavam correlação com os arts. 57 e 58 da lei federal, ficando, por decisão do Min. Néri, prequestionados. A decisão do STF, contudo, não desceu a detalhes de modo a avaliar na minúcia as possibilidades e limites do exercício da competência sancionatória pelo Tribunal de Contas. Limitou-se, assim, a aferir a possibilidade, em abstrato, de as Cortes de Contas aplicarem multas com a finalidade de dar coercibilidade a suas decisões.

³⁵⁰ O diploma, em sua ementa, se dizia aplicável apenas à administração pública federal. Ocorre, no entanto, que seu art. 85 dispunha que as *normas gerais* do decreto-lei também deveriam ser observadas por Estados e Municípios. Por conta da dificuldade de se apartar as normas gerais das específicas, na prática o diploma como um todo acabou regulamentando o tema em âmbito nacional.

teria duração máxima de cinco anos e seus efeitos se restringiriam à administração federal, enquanto que a inidoneidade do decreto-lei seria aplicada por Ministro de Estado (art. 73, § 3º), teria prazo de duração indeterminado e poderia, ao menos em tese, alcançar as administrações federal, estadual e municipal.

O curioso é que o Congresso, ao criar nova sanção de inidoneidade, sequer mencionou a existência de sanção similar em outro diploma normativo (decreto-lei 2.300/86), ou cogitou a possibilidade de uma mesma conduta (fraude a licitações) gerar dupla punição. O legislador, no caso, aparentemente não se preocupou em criar um sistema punitivo coeso e organizado, capaz de equilibrar efetividade e assertividade com segurança jurídica. O mais provável é que esse movimento de expansão do aparato de controle do Estado tenha sido motivado primordialmente pelo impulso de aprofundar os instrumentos punitivos e de ampliar os riscos dos controlados.

Dando seguimento ao fenômeno de ampliação dos controles sobre a administração pública, o Congresso, logo após a edição da LOTCU, editou a lei 8.429, de 2 de julho de 1992 – Lei de Improbidade Administrativa. O referido diploma determinou que, “Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica” (art. 12, *caput*), estaria o responsável por “frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente” (art. 10, VIII) sujeito à pena de proibição de contratar com o poder público pelo prazo de 5 anos. A sanção de proibição de contratar por ato de improbidade — que, na prática, produz efeitos muito similares à inidoneidade — seria, segundo a lei, imposta pelo Judiciário (art. 12, parágrafo único).

Pouco tempo após a aprovação da Lei de Improbidade Administrativa, o Congresso editou a lei 8.666, de 21 de junho de 1993 – Lei de Licitações (diploma que veio a substituir o decreto-lei 2.300/86), novamente prevendo a sanção de inidoneidade — o art. 87, IV c/c o art. 88, II, dispõem que a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a administração pública (que terá a possibilidade de vigorar enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade) poderá ser aplicada caso constatada a prática de “atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação”. De acordo com a Lei de Licitações, a competência para impor a sanção de inidoneidade é exclusiva do Ministro de Estado ou do Secretario Estadual ou Municipal (art. 87, § 3º).³⁵¹

³⁵¹ Floriano de Azevedo Marques Neto, em estudo voltado a aferir a extensão das sanções administrativas de suspensão e declaração de inidoneidade, chegou a sustentar que a sanção de inidoneidade

O que se observa é que o legislador, num curto espaço de tempo (em menos de um ano), criou, em variados diplomas, sanções similares voltadas a punir condutas muito semelhantes, mas passíveis de serem aplicadas por órgãos distintos (administração pública, Tribunal de Contas e Judiciário), com alguma variação de prazo (máximo de 5 anos ou por tempo indeterminado) e com diferenças relativas ao grau de abrangência da punição (válida apenas para administração federal, ou também para as administrações dos Estados e Municípios). A impressão que se tem é a de que o Congresso não se preocupou com a aplicabilidade prática das sanções que instituiu, tampouco em resolver, no plano normativo, as consequências de uma mesma conduta eventualmente ser punida com o mesmo tipo de sanção em “ambientes” distintos — LOTCU, Lei de Improbidade ou Lei de Licitações.

Não seria exagero afirmar que essa postura do legislador *não* tenha sido fruto de desatenção ou de descuido. O Congresso, a meu ver, efetivamente *quis* criar uma intrincada rede de punições (nalguma medida sobrepostas e confusas), apostando que a lógica de quanto mais controle, melhor, seria adequada para alcançar os objetivos que os congressistas da época supostamente defendiam (combater a corrupção e a impunidade). É o que se depreende, por exemplo, do próprio *caput* do art. 12 da Lei de Improbidade, no qual se lê que a sanção de improbidade administrativa poderia ser aplicada pelo Judiciário “Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação”.

Ao assumir que punições por improbidade administrativa — as quais, pela descrição da lei, poderiam até mesmo ser fruto de afronta a princípios da administração pública — seriam passíveis de serem somadas a outras de natureza penal, civil ou administrativa, o diploma expressamente reconheceu como lícita eventual ocorrência de *bis in idem*. Isto é, o legislador não só demonstrou não ver problemas com sobreposições de sanções, como acabou as encorajando.

A realidade é que, no impulso de punir e de fortalecer o controle sobre a administração pública — lembre-se que o período em que esses diplomas foram editados

prevista pela Lei de Licitações teria revogado a sanção de inidoneidade arrolada pela LOTCU. Confira-se a opinião do autor:

“Que não se diga, é bom dizer, que a tese da eficácia restrita da declaração de inidoneidade estaria consagrada pela disposição expressa contida no art. 46 da Lei Federal nº 8.443, de 16.7.92 – Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União. Por uma, porque com o advento da Lei nº 8.666/93 tal disposição foi revogada, passando a ser vigente o texto da lei novel que — como vimos — ampliou a vedação para todos os órgãos e entidades das três esferas de governo. Por outro, porque tal sanção — ainda que não fosse revogada — se restringiria apenas à declaração de inidoneidade aplicada pelo TCU, não vinculando às declarações de inidoneidade emitidas por órgãos da administração direta e indireta” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Extensão das sanções administrativas de suspensão e declaração de inidoneidade, *Boletim de Licitações e Contratos*, v. 10, 1997, p. 491).

era favorável à ampliação dos instrumentos de controle —, o Congresso teve por bem aumentar os riscos dos controlados, não se preocupando com eventuais problemas de segurança jurídica causados por esse tipo de regulação — que, sem prever qualquer tipo de mecanismo de coordenação, viabilizou que órgãos distintos aplicassem sanções semelhantes a uma mesma conduta.

Há outro problema ligado ao art. 46 lei orgânica, consistente em saber se o legislador efetivamente estava autorizado pela Constituição a dar ao TCU autorização para aplicar a sanção de inidoneidade a “licitante fraudador”.

Lembre-se que o Texto Constitucional autorizou o legislador a prever sanções a serem aplicadas pelo TCU apenas se tivessem como destinatário “responsáveis” (inciso VIII do art. 71). Ora, “licitantes fraudadores” — agentes em busca do estabelecimento de um vínculo contratual com a administração — não se enquadram nas hipóteses delineadas pelo parágrafo único do art. 70 da Constituição — isto é, não gerenciam (em sentido amplo) recursos públicos, não administram (em sentido amplo) recursos pelos quais a União responde, tampouco assumem obrigações pecuniárias em nome da União. Se licitantes não são passíveis de serem classificados como “responsáveis”, teoricamente não poderiam ser sancionados pelo TCU.

O STF, contudo, ao julgar o mandado de segurança 30.788 (rel. do acórdão Min. Roberto Barroso, j. 21.5.15), se manifestou pela constitucionalidade do art. 46 da LOTCU. Nas palavras do Min. Barroso

“(…) o art. 46 da Lei nº 8.443/1992 — que institui sanção de inidoneidade por ‘fraude comprovada à licitação’ —, encontra fundamento de validade nas previsões constitucionais que autorizam a lei a prever penalidades aplicáveis pelo TCU a pessoas físicas e jurídicas que recebam recursos públicos, independentemente da sua natureza pública ou privada (CF, arts. 70, p. único, e 71, II e VIII). E seu âmbito de incidência não se confunde com o do art. 87 da Lei nº 8.666/1993, que trata de inidoneidade por inexecução contratual”.

O acórdão lavrado pela Suprema Corte cometeu, a meu ver, duas falhas.

A primeira foi supor que o problema suscitado pelo art. 46 da LOTCU consistia em saber se o Tribunal poderia, ou não, aplicar sanções a agentes privados, quando, na verdade, o ponto fulcral do debate era identificar se a expressão “licitante fraudador” estaria, ou não, contida na expressão “responsáveis” constante do inciso VIII do art. 71.³⁵²

³⁵² Vale dizer que esse enquadramento do debate provavelmente seja decorrência direta do voto do Min. Marco Aurélio, o relator original para o caso, que, ao conceder a segurança, sustentou que o TCU não poderia imputar débito ou aplicar multas a particulares. Natural, assim, que os demais ministros se referissem ao argumento sustentado pelo Min. Marco Aurélio em seus votos (para com ele concordar ou discordar).

A segunda falha que vejo no acórdão se refere à suposição do Min. Barroso — cujo voto foi seguido pela maioria da Suprema Corte — de que o âmbito de incidência da sanção de inidoneidade prevista pelo art. 87 da Lei de Licitações seria completamente diverso do da sanção de inidoneidade prevista pelo art. 46 da LOTCU. A leitura feita pelo Ministro apenas levou em conta o *caput* do art. 87, segundo o qual a administração poderia aplicar sanções — dentre elas a de inidoneidade (inciso IV) — por inexecução total ou parcial de contrato. Ocorre, no entanto, que o art. 88, II, do diploma estende a possibilidade de a administração aplicar a sanção de inidoneidade para casos em que empresas ou profissionais, em razão dos contratos regidos pela Lei de Licitações, “tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação” — dito em outras palavras, tenham fraudado o procedimento licitatório.

Lidos em conjunto, os arts. 87, IV e 88, II da Lei de Licitações e art. 46 da LOTCU demonstram que o mesmo evento (fraude a licitação cometida por licitante) pode dar ensejo à aplicação do mesmo tipo de sanção (inidoneidade) por dois “sujeitos” distintos (Ministro de Estado ou Secretário Estadual ou Municipal, no caso da Lei de Licitações, e Tribunal de Contas da União, no caso da LOTCU). O STF, por não ter mencionado o art. 88, II, da lei 8.666/93, pode ter deixado de levar em consideração elemento que poderia ter influenciado sua decisão sobre a constitucionalidade do art. 46 da LOTCU (aplicação de sanções similares por órgãos distintos em função dos mesmos fatos).

No plano infralegal, nota-se que o Tribunal, quando da edição do RITCU, não se quis especificar suas possibilidades de controle, frustrando, assim, a expectativa de que viesse a suprir a vagueza da LOTCU.³⁵³ Talvez o grande acréscimo feito pelo regimento interno à regulamentação das sanções tenha consistido no estabelecimento de parâmetros

³⁵³ Esse diagnóstico também encontra eco na opinião de Marcia Pelegrini. Na avaliação da autora, “(...) não podemos concluir que o Regimento Interno do Tribunal de Contas da União desempenhou esse desiderato [pormenorizar as possibilidades de controle do Tribunal], uma vez que se limitou a repetir as disposições da lei com a indicação da gradação em relação aos incisos que descreveram os ilícitos. (...)”

Ora, se admitirmos que a lei pode, dentro dos limites já tratados neste trabalho, estabelecer as sanções e descrever as condutas de forma genérica, o regimento deverá proporcionar a identificação da conduta considerada como ilegal. Não pode criar situação nova, mas pode e deve descrever, por exemplo, o que será considerado como ato de gestão ilegítimo para fins de aplicação das sanções previstas na lei, ainda que de forma exemplificativa.

Sabemos que o administrador está cercado dos limites decorrentes do regime de direito administrativo e alguns do regime penal para aplicar sanções, mas a margem de sua atuação não deve ser tão ampla, cabendo aos atos normativos delinearlos, sob pena de assim não o fazendo, trazer inadmissível insegurança jurídica aos indivíduos sujeitos às cláusulas demasiadamente genéricas da lei e regulamento, e também inadmissível margem de atuação do administrador” (PELEGRINI, Marcia, *A Competência Sancionatória do Tribunal de Contas*, *op. cit.*, p. 132 e p. 133).

para aferição dos montantes de multas.³⁵⁴ A impressão que se tem é a de que o Tribunal objetivou manter em aberto suas possibilidades de controle no campo sancionatório.

Se no âmbito do seu regimento interno o Tribunal praticamente se restringiu a repetir o teor da LOTCU, há casos em que a Corte de Contas, via edição de instruções normativas, acabou expandindo seu campo de atuação no ambiente sancionatório para além dos limites que lhe foram fixados pela legislação. Refiro-me especificamente à IN 74, editada em 11 de fevereiro de 2015 e voltada à disciplina do processo de celebração do acordo de leniência a que se refere a lei 12.846, de 1º de agosto de 2013 – Lei Anticorrupção.

A Lei Anticorrupção veio a se somar aos demais diplomas normativos editados pelo Legislativo com vistas a ampliar os controles sobre a administração pública e seus parceiros privados, muitos dos quais já aludi no presente tópico — LOTCU, Lei de Improbidade Administrativa e Lei de Licitações.³⁵⁵ O diploma, editado num momento em que novamente afloravam inúmeros escândalos de corrupção no âmbito do Executivo, teve como grande bandeira viabilizar a punição de pessoas jurídicas (para além das pessoas físicas) envolvidas ou beneficiadas por corrupção, especialmente no ambiente das licitações e contratos.³⁵⁶

Para tanto, previu que pessoas jurídicas em geral (na forma do parágrafo único do art. 1º) seriam responsabilizadas objetivamente — isto é, independentemente de dolo ou culpa —, nos âmbitos administrativo e civil (art. 3º, *caput*), por atos lesivos que atentassem “contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil” (art. 5º, *caput*). Os incisos e alíneas do art. 5º definiram o conceito de atos lesivos.

³⁵⁴ O RITCU regulamentou as sanções a serem aplicadas pelo Tribunal nos arts. 266 a 272.

³⁵⁵ A esse rol de diplomas voltados ao controle da administração pública poder-se-ia acrescentar a lei 7.347, de 24 de julho de 1985 — Lei da Ação Civil Pública, que autorizou um extenso rol de atores distintos (art. 5º) a propor ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados, p.ex., “por infração à ordem econômica” (art. 1º, V) e “ao patrimônio público e social” (art. 1º, VIII).

³⁵⁶ De acordo com Pierpaolo Bottini e Igor Tamasauskas, “A lei [12.846/13], em vigor há um ano, tem como principal novidade permitir a punição de empresas envolvidas direta ou indiretamente com atos ilícitos, dentre os quais a concessão de vantagens indevidas a servidores públicos, desvios em licitações e contratos, além de embaraçar a atividade de fiscalização. Ao contrário das normas anteriores, a aplicação da pena não depende mais da constatação de que os dirigentes da corporação tenham participado dos ilícitos. Basta que a empresa seja beneficiada com a irregularidade que será punida, até mesmo se seus integrantes desconheçam a ocorrência” (BOTTINI, Pierpaolo; TAMASAUSKAS, Igor. O pacote anticorrupção, *Valor Econômico*, 20 de abril de 2015).

Reforço observação feita pelos próprios autores: o ordenamento jurídico brasileiro, mesmo antes da Lei Anticorrupção, já permitia a punição de pessoas jurídicas envolvidas em atos de corrupção (p.ex., via sanção de inidoneidade, proibição de contratar com o poder público, multas, etc.). A Lei Anticorrupção, portanto, limitou-se a ampliar e a aprofundar os instrumentos de controle aptos a punir pessoas jurídicas envolvidas nesse tipo de ilícito.

Em caso de reconhecimento de responsabilidade, as empresas poderiam vir a ser sancionadas, no plano administrativo, com multa (art. 6º, I) ou com a publicação extraordinária da decisão condenatória (art. 6º, II) e, no plano judicial, com perdimento de bens, direitos ou valores que representassem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração (art. 19, I), com a suspensão ou interdição parcial de suas atividades (art. 19, II), com a dissolução compulsória da pessoa jurídica (art. 19, III), ou, então, com a proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público (art. 19, IV).

Interessa ao presente tópico a figura do acordo de leniência, previsto pelo art. 16 da Lei Anticorrupção.³⁵⁷ De acordo com o dispositivo, a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública está autorizada a celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos no diploma, desde que colaborassem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e desde que essa colaboração resultasse na “identificação dos demais envolvidos na infração”, quando cabível (inciso I), e na obtenção célere de informações e documentos que comprovassem o ilícito sob apuração (inciso II). No âmbito do Poder Executivo federal, a Controladoria-Geral da União – CGU ficou responsável pela celebração desse tipo de acordo (art. 16, § 10).³⁵⁸

Caso as pessoas jurídicas responsáveis pela prática de atos lesivos, na forma da lei, optem por celebrar acordo de leniência, poderão ficar isentas da publicação extraordinária da decisão condenatória (sanção administrativa prevista pelo art. 6º, II) e da proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público

³⁵⁷ Recentemente, o Poder Executivo editou a medida provisória 703, de 18 de dezembro de 2015, responsável por alterar diversos dos dispositivos da Lei Anticorrupção, em especial aqueles relativos ao acordo de leniência. Tendo em vista que a referida medida provisória poderá, ou não, ser chancelada pelo Legislativo, opto por traçar o perfil do acordo de leniência a partir das regras originais da lei. Mais adiante, contudo, explicitarei algumas das principais modificações promovidas pela MP e emitirei minha opinião acerca do seu conteúdo.

³⁵⁸ A CGU nasceu da conversão da Corregedoria-Geral da União (art. 31, III, da lei 10.683, de 28 de maio de 2003 – Lei de Organização da Presidência da República e dos Ministérios) e possui três características centrais: 1) é órgão da Presidência da República chefiada por um Ministro de Estado, nomeado e exonerável *ad nutum*; 2) é órgão de assistência direta à Presidência da República em questões correlatas ao controle interno; e 3) é órgão central do controle interno, da correição, da prevenção e combate à corrupção e da ouvidoria da administração pública federal.

Para uma análise aprofundada da estrutura da CGU e do trabalho que o órgão efetivamente tem desenvolvido desde a sua instituição, remeto o leitor ao relatório de pesquisa do Eixo 1 do Grupo de Pesquisa e Controle da Administração Pública – GPCAP, coordenado pelo Prof. Floriano de Azevedo Marques Neto, na Universidade de São Paulo. O referido relatório de pesquisa está em vias de ser publicado no sítio eletrônico do GPCAP: <http://www.gpcap.com.br/>.

(sanção judicial prevista pelo art. 19, IV) e também poderão se beneficiar de redução de até 2/3 do valor da multa eventualmente aplicável (sanção administrativa prevista pelo art. 6º, I). Vale notar que a administração pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei de Licitações, com vistas à isenção ou atenuação das sanções estabelecidas nos seus arts. 86 a 88 (art. 17). Trata-se, assim, de uma espécie de acordo substitutivo de sanção.³⁵⁹

A despeito de os atos lesivos arrolados pela Lei Anticorrupção evidentemente envolverem as finanças do Estado, em momento algum — nem mesmo ao disciplinar o acordo de leniência — o diploma fez alusão aos tribunais de contas, órgãos constitucionalmente responsáveis por zelar pela legalidade e pelo bom uso de recursos públicos. À luz do exposto, indaga-se: a lei, ao dizer que o acordo de leniência seria firmado pela CGU (no âmbito federal, claro), teria excluído a possibilidade de o TCU de algum modo participar desse processo — o qual frise-se, pode levar à não aplicação de sanções administrativas e judiciais e a uma eventual redução do valor de multas? E mais: decorreria da lei o dever de o Tribunal se vincular aos termos de eventual acordo de leniência celebrado pela CGU?

Mesmo tendo a Lei Anticorrupção atribuído à CGU (órgão que centraliza o controle interno da administração pública federal) a competência para celebrar o acordo de leniência, fato é que o diploma não excluiu (e nem poderia ter excluído) a possibilidade de o Tribunal de algum modo se envolver no tema. Tampouco seria plausível imaginar que eventual acordo de leniência firmado pela CGU com infratores produziria efeitos vinculantes em relação ao TCU.

Decorre da Constituição (arts. 70 e 71) e das normas da LOTCU a competência do Tribunal para: 1) requisitar para exame o acordo de leniência celebrado; 2) emitir declaração sobre a validade do acordo; e 3) aplicar sanções legais aos responsáveis na hipótese de considerar a existência de irregularidade no acordo. Isso não quer dizer, contudo, que o TCU teria competência própria para anular acordos de leniência já celebrados.

À luz da zona de incerteza criada pela legislação acerca das possibilidades de controle do TCU sobre a matéria³⁶⁰ — vez que a Constituição lhe atribuiu a missão de

³⁵⁹ Para uma análise aprofundada dos acordos na administração pública (dentre eles, os acordos substitutivos de sanção), v. amplamente PALMA, Juliana Bonacorsi. *Sanção e Acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.

³⁶⁰ As dificuldades de aplicação da Lei Anticorrupção não se restringem à aferição, na prática, das possibilidades e limites dos mais variados órgãos de controle potencialmente envolvidos na sua

fiscalizar temas ligados às finanças do Estado, mas a Lei Anticorrupção previu a assinatura de acordo de leniência sem nem mesmo mencionar o Tribunal — o próprio TCU, via edição de IN (74/2015)³⁶¹, buscou esclarecer a maneira pela qual iria participar do processo de celebração do acordo de leniência.³⁶² Ao fazê-lo, no entanto, cometeu excessos.

Calcada em uma série de “considerandos”³⁶³, a IN 74/2015, em linhas gerais, criou um procedimento para a fiscalização dos processos de celebração de acordos de leniência,

implementação. Como aponta Marcos Augusto Perez, as rigorosas regras do diploma dão azo a abusos em sua aplicação, levando, assim, à necessidade de empresas privadas promoverem mudanças em sua organização administrativa (PEREZ, Marcos Augusto. É preciso atenção com a lei anticorrupção, *Migalhas*, 22 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI184791,81042-E+preciso+atencao+com+a+lei+anticorruptao>. Acesso em: 11 jan. 2016).

³⁶¹ A IN 74/2015 teve origem no acórdão TCU 225/2015, plenário, rel. Min. José Múcio Monteiro, j. 11.2.2015, por meio do qual o Tribunal aprovou o projeto de instrução normativa minutado pelo grupo de trabalho constituído pela Portaria-TCU nº 55, de 21 de fevereiro de 2014.

Ao apresentar ao plenário a minuta de IN, o grupo — cuja missão era verificar possíveis sobreposições eventualmente geradas com a edição da Lei Anticorrupção em relação às competências constitucionais e legais do TCU — chegou, entre outras, às seguintes conclusões, que foram acolhidas pelos ministros: “em matéria de competência do TCU, o processo administrativo específico de reparação integral do dano a que se refere a lei anticorrupção é o processo de Tomada de Contas Especial”; “a instauração de processo TCE atrai a jurisdição do TCU”; (...) “a celebração do acordo de leniência não é capaz de vincular a atuação do TCU no exercício de sua competência constitucional de controle externo”; “seria fator de estímulo à celebração do acordo de leniência a submissão prévia do acordo ao TCU para o exercício do controle administrativo”.

À luz dessas constatações, o ministro relator, seguido pelos demais, considerou “oportuno colmatar a lacuna de regulamentação acerca do procedimento para a fiscalização desse acordo, a fim de incrementar a segurança jurídica, racionalizar os trabalhos desta Corte e contribuir para a solução dos potenciais conflitos”.

³⁶² Transcrevo, abaixo, excerto da entrevista que fiz com alguns servidores do TCU, da qual consta relato sobre o processo de elaboração da IN 74. Veja-se:

Entrevistado B: “O Tribunal, quando faz essas INs, normalmente tem uma lei, e está lá na Lei criando uma atribuição para o TCU. Quando o TCU recebe uma atribuição explícita de uma lei, ele expede uma instrução normativa para terceiros (para fora do Tribunal), para os jurisdicionados. No caso das desestatizações foi assim. Tem a lei de concessões e o Tribunal (IN 27) regulamenta a competência dada pela lei ao Tribunal. No caso do acordo de leniência (IN 74), já foi diferente. Porque a lei (até o servidores do Tribunal ficaram meio constrangidos, pensando ‘fizeram uma lei *dessas* e nem citaram o TCU? Que coisa’). Ai, nesse caso, o TCU pegou por princípios. Ele falou, como o art. 74 da Constituição fala que o controle interno também tem por função auxiliar o TCU no exercício do controle externo. Ai, com base no art. 74 e em princípios constitucionais, o TCU criou uma IN (não baseada na lei), para dar o mínimo de segurança jurídica. Porque não adianta nada você fazer um acordo de leniência se o TCU pode atuar independentemente e multar e jogar o acordo por água abaixo. Então questionaram se poderiam fazer ou não (a IN). Esse caso fugiu um pouco do habitual. Não é comum”.

Entrevistado A: “Na minha opinião, essa IN (a 74), foi um desastre. Não precisava disso”.

Entrevistado B: “Foi feita de maneira rápida”.

Entrevistado A: “O Ministro Otton na sessão falou uma coisa com a qual concordei 100%. Ele falou: ‘essa IN é inócua’. Está claro na própria Constituição que o TCU pode atuar de qualquer jeito”.

Entrevistado C: “O que valia nessa IN era o último artigo. Você se lembra qual era o último artigo? Dizia assim, tudo que está para cima não elimina a competência do Tribunal. Quer dizer, é letra morta” (entrevista realizada na sede do TCU, em Brasília, no dia 10.6.2015).

³⁶³ Dentre eles, destaco os seguintes:

“(...) Considerando que cabe aos sistemas de controle interno dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional, na forma do inciso IV do art. 74 da Constituição Federal;

dividido em uma série de etapas (incisos do art. 1º). Duas delas são prévias³⁶⁴ e três são posteriores à celebração do acordo³⁶⁵.

O curioso é que o diploma não se limitou a estabelecer simples processo de acompanhamento da elaboração de acordos de leniência. Ao contrário, fixou à autoridade responsável por sua celebração (CGU) o dever de encaminhar ao TCU a documentação relativa a cada uma das etapas correspondentes aos incisos do art. 1º, em prazos específicos (incisos do art. 2º)³⁶⁶. E mais: disse que o Tribunal emitiria parecer conclusivo acerca de cada uma delas (art. 1º, § 1º), sendo que a apreciação do TCU sobre as etapas que compõem a celebração de acordos de leniência constituiria condição necessária para a eficácia dos atos subsequentes (art. 3º). A autoridade que deixasse de dar cumprimento

Considerando que, nos termos dos arts. 41, I, “b”, e 42 c/c o art. 38 da Lei nº 8.443/1992, para assegurar a eficácia do controle e para instruir o julgamento das contas, compete ao TCU promover o acompanhamento sobre a gestão e o controle contábil, orçamentário, financeiro e patrimonial praticados pela administração pública e pelos sistemas de controle interno dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, não podendo nenhum processo, documento ou informação ser sonegado ao TCU em sua ação de fiscalização, sob qualquer pretexto;

Considerando que, por não afastar a reparação de dano ao erário, nos termos do art. 16, § 3º, da Lei nº 12.846/2013, a celebração de acordos de leniência por órgãos e entidades da administração pública federal é ato administrativo sujeito à jurisdição do Tribunal de Contas da União quanto a sua legalidade, legitimidade e economicidade, nos termos do art. 70 da Constituição Federal;

Considerando que cabe ao Tribunal de Contas da União apreciar as contas daqueles que derem causa a prejuízo, a perda, extravio ou outra irregularidade que resulte prejuízo ao erário público, nos termos do art. 71, inciso II, da Constituição Federal (...)”.

³⁶⁴ Confirma-se o teor das normas que as definem:

“Art. 1º A fiscalização dos processos de celebração de acordos de leniência inseridos na competência do Tribunal de Contas da União, inclusive suas alterações, será realizada com a análise de documentos e informações, por meio do acompanhamento das seguintes etapas:

I – manifestação da pessoa jurídica interessada em cooperar para a apuração de atos ilícitos praticados no âmbito da administração pública;

II – as condições e os termos negociados entre a administração pública e a pessoa jurídica envolvida, acompanhados por todos os documentos que subsidiaram a aquiescência pela administração pública, com inclusão, se for o caso, dos processos administrativos específicos de apuração do débito”.

³⁶⁵ Veja-se o conteúdo das normas pertinentes:

“Art. 1º (...)

III – os acordos de leniência efetivamente celebrados, nos termos do art. 16 da Lei nº 12.846/2013;

IV – relatórios de acompanhamento do cumprimento dos termos e condições do acordo de leniência;

V – relatório conclusivo contendo avaliação dos resultados obtidos com a celebração do acordo de leniência”.

³⁶⁶ Confirma-se o teor do dispositivo que previu prazos para o envio de documentos ao TCU:

“Art. 2º A autoridade responsável pela celebração do acordo de leniência encaminhará ao Tribunal de Contas da União a documentação descrita nos incisos I a V do artigo anterior, observados os seguintes prazos:

I – até cinco dias após o recebimento de manifestações de pessoas jurídicas interessadas em cooperar para a apuração de atos ilícitos;

II – até cinco dias após a conclusão da proposta de acordos de leniência contendo as condições e os termos negociados entre a administração pública e a pessoa jurídica envolvida;

III – até dez dias após a efetiva celebração de acordos de leniência;

IV – até noventa dias após a efetiva celebração de acordos de leniência, no caso do relatório de acompanhamento;

V – até noventa dias após o cumprimento dos termos, condições e objetivo dos acordos, no caso do relatório conclusivo descrito no inciso V do artigo anterior”.

aos prazos previstos no art. 2º, salvo motivo justificado, ficaria sujeita à multa prevista no art. 58, IV, da LOTCU.

Por ser competente para fiscalizar a aplicação de recursos públicos, seria razoável supor que o Tribunal pudesse ter editado IN com a finalidade de especificar o modo pelo qual fiscalizaria acordos de leniência já assinados. Entretanto, não são válidas as normas da IN 74/2015 que: 1) obrigaram a administração a enviar ao TCU tanto a proposta de negociação formulada pelo particular, como a minuta já negociada para o acordo; e 2) condicionaram a celebração do acordo pela administração à prévia aprovação da minuta pelo TCU.

O Tribunal tem competência para fiscalizar *atos e contratos* (art. 71, IX e X e §§ 1º e 2º). Não lhe compete, contudo, fiscalizar (e muito menos aprovar ou rejeitar) minutas de acordos que sequer foram publicadas — sobre esse específico tema, remeto o leitor ao tópico voltado a explorar a competência do TCU para praticar atos de comando. Nada impediria, evidentemente, que, embora não obrigada legalmente, a administração viesse a aceitar submeter ao TCU a minuta já negociada para o acordo de delação, nos termos da IN 74.

O que se nota é que o Tribunal, calcado em motivação justa (disciplinar procedimento voltado a fiscalizar a acordo sobre tema que tangencia suas competências), acabou editando diploma normativo que, na prática, “deu” ao TCU poder que não lhe fora conferido pela Constituição, pela LOTCU ou pela Lei Anticorrupção (aprovar ou rejeitar minutas de acordos de leniência, participar da elaboração dos seus termos, etc.). Tudo indica, assim, que o Tribunal tenha se valido da zona de incerteza criada pela legislação para “interpretá-la” de modo a fortalecê-lo.

Provavelmente por conta das incertezas que rondam os acordos de leniência³⁶⁷ — em boa medida decorrentes do fato de não vincularem órgãos de controle como o

³⁶⁷ Algumas dessas incertezas deram origem ao acórdão do TCU 824/2015, Plenário, rel. Min. Augusto Nardes, j. 15.4.2015.

O referido acórdão foi fruto de representação, com pedido de medida cautelar, formulada pelo Ministério Público que atua junto ao TCU, noticiando potenciais riscos nos acordos de leniência que venham a ser celebrados pela CGU com empresas investigadas no âmbito da operação Lava-Jato, nos termos da Lei Anticorrupção. Em essência, arguiu-se a possibilidade de os acordos de leniência que vierem a ser celebrados entre a CGU e empresas arroladas na operação Lava-Jato impactarem efeitos judiciais supervenientes. Cogitou-se na existência de insegurança jurídica capaz de ensejar prejuízos ao processo investigatório sob direção do MPF, no âmbito civil e criminal. Cogitou-se, também, de eventuais prejuízos aos processos investigatórios sob direção do CADE. Segundo o MP/TCU, a Lei Anticorrupção não ofereceria resposta para a atuação concorrente de dois órgãos legitimados para dar início a ações anticorrupção.

O TCU, ao final, decidiu indeferir o pedido de cautelar, firmar entendimentos sobre a IN 74/2015 — entre os quais destaco o de garantir a efetiva colaboração da empresa pleiteante de acordo de leniência e a

Judiciário, o Ministério Público e os Tribunais de Contas —, o Executivo, em 18 de dezembro de 2015, editou a medida provisória 703³⁶⁸, modificando diversos dos dispositivos da Lei Anticorrupção, em especial os que dispõem sobre a celebração desse tipo de acordo.³⁶⁹

De um modo geral, o diploma procurou centralizar a formulação do acordo de leniência na CGU — impedindo interferências de outros órgãos de controle no processo —, viabilizando que o acordo pudesse isentar “a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do *caput* do art. 6º [publicação extraordinária da decisão condenatória] e das sanções restritivas ao direito de licitar e contratar previstas na Lei nº 8.666 (...), e em outras normas que tratam de licitações e contratos” (art. 16, § 2º, I), a “reduzir a multa prevista no inciso I do *caput* do art. 6º em até dois terços, não sendo aplicável à pessoa jurídica qualquer outra sanção de natureza pecuniária decorrente das infrações especificadas no acordo” (art. 16, § 2º, II) e, no caso de a pessoa jurídica ser a primeira a firmar o acordo de leniência sobre os atos e fatos investigados, a reduzir “até a sua completa remissão, não sendo aplicável à pessoa jurídica qualquer outra sanção de natureza pecuniária decorrente das infrações especificadas no acordo” (art. 16, § 2º, III).

No que tange especificamente ao TCU, destaco a previsão inserida no § 14 do art. 16 da Lei Anticorrupção, segundo o qual “O acordo de leniência depois de assinado será encaminhado ao respectivo Tribunal de Contas, que poderá, nos termos do inciso II do art. 71 da Constituição Federal, instaurar procedimento administrativo contra a pessoa jurídica celebrante, para apurar prejuízo ao erário”, na hipótese de entender que o dano não tiver sido integralmente reparado (art. 16, § 3º).

aferição de eventual risco de o acordo de leniência impactar negativamente em outros processos investigativos — e autorizar a constituição de novos processos — um deles para apurar o nível de interferência dos acordos de leniência celebrados ou a ser celebrados pela CGU sobre acordos de delação premiada já celebrados pelo Ministério Público Federal no âmbito da operação Lava-Jato.

O TCU tomou outras duas decisões decorrentes do acórdão 824/2015, materializadas no acórdão 1.207/2015, Plenário, rel. Min. Augusto Nardes, j. 20.5.2015 e no acórdão 1.210, Plenário, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, j. 20.5.2015.

³⁶⁸ Para uma análise pormenorizada da referida MP, remeto o leitor a artigo escrito por Egon Bockmann Moreira, sob o título “Lei Anticorrupção, acordos de leniência e a MP 703/2015”, em *Gazeta do Povo*, no dia 28 de dezembro de 2015. O artigo pode ser consultado neste *link*: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/egon-bockmann-moreira/lei-anticorrupcao-acordos-de-leniencia-e-a-mp-7032015-8vc5b08d4xmtgmbtbf4wszei>. Acesso em: 11 jan. 2016.

³⁶⁹ Ao editar a medida provisória, a Presidente da República afirmou, em ato no Palácio do Planalto com representantes de entidades de classe e do meio empresarial, que a mudança consistia num conjunto de aperfeiçoamento do mecanismo previsto na Lei Anticorrupção. “O propósito maior é diminuir incerteza e preservar empregos”, disse a Presidente durante a cerimônia. V. PERES, Bruno; MARCHESINI, Lucas. Dilma diz que MP de acordos de leniência “diminui incertezas”, *Valor Econômico*, 18 de dezembro de 2015.

Observa-se que o referido dispositivo da medida provisória procurou, entre outras coisas, dar uma espécie de “resposta” à IN 74 — que, como visto, havia “conferido” ao Tribunal competência para participar do processo de elaboração de acordos de leniência —, explicitando que ao TCU não competiria, como de fato não compete, fiscalizar minutas (de atos, de contratos ou de acordos), sendo-lhe facultado, contudo, buscar a integral reparação do dano.

4.3. Conclusões parciais

Parcela das normas do ordenamento jurídico conferiu ao TCU a possibilidade de agir impositivamente sobre sujeitos determinados ou ao menos determináveis por meio da prática de atos sancionatórios de cunho administrativo. Ao agir dessa maneira, o Tribunal constitui ou desconstitui direitos, editando atos com efeitos jurídicos imediatos e cogentes que, por terem viés punitivo, em regra são praticados *a posteriori* — isto é, após a ocorrência de fatos ou a prática de atos por sujeitos passíveis de serem por ele sancionados.

Apesar de o constituinte ter editado normas ligadas à competência sancionatória da Corte de Contas de textura significativamente aberta, é possível, bem ou mal, identificar balizas criadas pela Constituição para o concreto exercício dessa competência, à qual se vinculam as atribuições de julgar contas e de aplicar sanções.

A Constituição de fato procurou estender a jurisdição do TCU no campo sancionatório a um amplo grupo de sujeitos (em verdade, a todos aqueles a que se refere o parágrafo único do art. 70). Ao fazê-lo, no entanto, o Texto Constitucional modulou a amplitude desse grupo de indivíduos em função de circunstâncias específicas — a atribuição do TCU para julgar contas, por exemplo, pode ter alcance maior ou menor a depender da constatação de dano ao erário.

Outra diretriz criada pelo Texto Constitucional diz respeito aos parâmetros de controle com base nos quais a competência para praticar atos sancionatórios poderia ser concretamente exercida. Depreende-se das normas da Constituição que atos sancionatórios só poderão ser praticados mediante exame de legalidade — ou seja, por conta da constatação de práticas e de condutas violadoras de prescrições legais. O TCU não está autorizado a punir exclusivamente a partir da constatação de atos supostamente ilegítimos ou antieconômicos.

Além disso, a Constituição só permitiu que o TCU sancionasse em sendo constatadas ilegalidades em matéria financeira (em sentido amplo). Apenas objetos que de algum modo envolvessem receitas e despesas da União o autorizariam a alcançar os indivíduos sujeitos à sua jurisdição por meio de sanções.

O fato de a Constituição ter genericamente previsto outras matérias (operacional) e outros parâmetros de controle (legitimidade e economicidade) no *caput* do art. 70 não significa que o Tribunal possa neles se escorar e deles se utilizar para exercer qualquer uma de suas competências (para levantar dados e produzir informações, para sancionar, para orientar, para representar e para editar atos de comando). O dispositivo mencionado limitou-se a montar uma espécie de “mapa” do controle, responsável por listar todos instrumentos que o Congresso Nacional, seu auxiliar (TCU) e os órgãos de controle interno teoricamente estariam legitimados a utilizar e por apontar todos os espaços nos quais esses mesmos órgãos estariam em tese legitimados a adentrar.

Conclusão em sentido diverso acabaria por desconfigurar o TCU como órgão de controle externo (característica que lhe foi expressamente atribuída pela Constituição), transformando-o em revisor geral da atividade administrativa.

É interessante, contudo, que a LOTCU, ao regulamentar a atividade sancionatória do Tribunal, além de em geral não ter precisado as hipóteses em que caberia a aplicação de sanções (especialmente as multas) — conferindo ao órgão de controle larga margem de discricionariedade para aplicá-las e gerando incerteza quanto às condutas que efetivamente seriam passíveis de punição —, nalguns casos criou sanções para circunstâncias em que o ato de sancionar era impertinente.

A LOTCU, sobretudo ao dispor sobre a atribuição do Tribunal de aplicar sanções, “autorizou” o órgão de controle a punir escorado apenas na identificação de supostos atos ilegítimos ou antieconômicos (tornando prescindível a indicação de ilegalidades), inclusive em matéria operacional.

O que se nota é que o legislador, mesmo sem apoio na Constituição, acabou ampliando o espaço para intervenção do Tribunal nas atividades administrativas; criou, na prática, novos mecanismos por meio dos quais o TCU poderia pressionar poder público e gestores a incorporar seu ponto de vista à gestão pública — afinal, caso viessem a discordar de opções lícitas tomadas pelo administrador, o Tribunal, de acordo com a LOTCU, poderia declarar suas contas irregulares e lhes aplicar sanções.

A decisão do legislador de expandir a atuação do TCU via edição de atos sancionatórios tem o efeito, mesmo que indireto, de desvalorizar a opinião e as escolhas

do gestor na mesma proporção em que termina por valorizar a opinião e as escolhas do controlador. É que pelo arranjo jurídico organizado pela LOTCU, o Tribunal teoricamente poderia impor ao administrador sua visão acerca da legitimidade e economicidade de práticas administrativas em geral — evidente que a administração, na hipótese de vir a discordar de decisões do TCU, poderia recorrer ao Judiciário para contestá-las (art. 5º, XXXV, da Constituição).

Esse viés da legislação (de fortalecer o TCU e de fragilizar o gestor) possivelmente seja produto do período em que a LOTCU foi confeccionada, que, como apontado no capítulo anterior, era propício à ampliação dos controles estatais, muito em função da desconfiança que se nutria do Executivo — lembre-se que o país, após longo período ditatorial, estava envolto em um processo de *impeachment* do Presidente da República, sobre o qual recaíam fortes suspeitas de práticas de corrupção. É importante destacar, contudo, que esse processo de alargamento de competências e de atribuições do TCU (e, colateralmente, de ampliação dos riscos dos controlados) não parece ter levado em consideração o eventual impacto que poderia ter na segurança jurídica.

O TCU, no plano regulamentar, em geral optou por repetir o teor da legislação em matéria sancionatória. Decidiu não especificar ou minudenciar escolhas feitas pelo Legislativo, mantendo amplas suas possibilidades de controle. Lembro, no entanto, do caso da IN 74/2015, que destoa dessa constatação mais geral. Por meio desse diploma, o Tribunal acabou arrogando para si poder que o ordenamento jurídico não lhe conferiu (aprovar ou rechaçar minutas do acordo de leniência da Lei Anticorrupção).

Ao se observar a edição de regulamentos pelo Tribunal atinentes à sua competência para praticar atos de comando, constata-se que, naquela seara, a Corte de Contas procurou, com mais frequência, “pavimentar” (via edição de atos normativos infralegais) possibilidades de controle não previstas pela legislação — para mais detalhes, remeto o leitor ao tópico seguinte. O que explicaria essa diferença no comportamento do Tribunal num e noutro caso?

A partir da conjunção dos três instrumentos de pesquisa que utilizei neste trabalho (reconstrução da história legislativa da Constituição e da LOTCU, sistematização das normas da legislação pertinente e análise do exercício da atribuição regulamentar do Tribunal) levanto a hipótese de que a atuação da Corte de Contas no plano infralegal seja menor em temas sancionatórios, pois os pleitos relativos a essa competência que o TCU formulou junto ao Congresso quando da elaboração da LOTCU em geral foram atendidos.

A comparação entre a LOTCU e o projeto de lei que a originou (4.064-A/1989, elaborado e proposto pelo próprio Tribunal, recorde-se) revela que a regulamentação das atribuições de julgar contas e de aplicar sanções manteve-se praticamente a mesma do início ao fim do processo legislativo. Em alguns casos, o Congresso, por iniciativa sua, acabou inclusive conferindo ao TCU espaço de atuação no campo sancionatório que sequer havia sido por ele expressamente pleiteado — tome-se como exemplo a sanção de inidoneidade, prevista no art. 46 da LOTCU, que não constava da primeira minuta do PL.

Tendo obtido da própria lei larga competência para editar atos sancionatórios — nalguns casos até mesmo em descompasso com o que fora previsto pela Constituição —, restava ao TCU, no plano infralegal, editar atos regulamentares não necessariamente para ampliar suas atribuições sancionatórias (porque já eram amplas), mas para minudenciá-las, esclarecendo, assim, suas possibilidades de controle — e, por consequência, seus limites. A opção do Tribunal, como apontado, foi por manter suas possibilidades de controle em aberto, evitando a autolimitação.

Última observação que faço neste tópico: a despeito de a Constituição ter limitado significativamente o espaço de jurisdição direta da Corte de Contas (no qual ela pode agir impositivamente em relação a seus jurisdicionados), é possível que o Tribunal, consciente ou inconscientemente, na prática dê mais ênfase a competências inseridas nesse específico campo de atuação (para praticar atos sancionatórios e para praticar atos de comando). Aponto, a seguir, indícios que dão suporte a essa hipótese.

O primeiro deles, é o de que a lógica processual que historicamente tem estruturado o julgamento de contas pelo Tribunal (toda ela orientada à tomada de decisões impositivas) parece também ter sido incorporada ao desempenho de suas outras competências e atribuições. Como aponta Bruno Speck, até mesmo as auditorias operacionais — cujo objetivo é avaliar processos organizacionais ou o impacto de políticas públicas — segue essa lógica processual.³⁷⁰

O segundo importante indício é o de que o TCU parece orientar toda a sua atuação por uma equação de custo/benefício do controle. Depreende-se dos relatórios de atividades do órgão e dos depoimentos que colhi de alguns dos seus servidores, que uma das grandes máximas do Tribunal (senão a sua grande máxima) é a de que os benefícios das ações de controle (valores reavidos aos cofres da União por meio de condenações em débito e aplicação de multas e valores que foram poupados em decorrência da suposta

³⁷⁰ Cf. SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e Rotina no Tribunal de Contas da União*, op. cit., p. 86.

prevenção de desvios) deve ser superior ao custo do TCU no mesmo período.³⁷¹ Consta do relatório de atividades do Tribunal para o ano de 2014, por exemplo, que o suposto benefício financeiro proporcionado pela atuação direta do Tribunal nesse ano teria sido de R\$ 6.126.910.800,75, valor 3,76 vezes superior ao custo de funcionamento do órgão de controle em 2014 (R\$ 1.627.537.901,28).³⁷²

O simples fato de o TCU dispor desse indicador — que opõe benefícios pecuniários das ações de controle ao custo da própria instituição — o induz a pôr ênfase nos seus instrumentos de controle capazes de melhorar seu desempenho. É natural que o TCU, visando manter essa equação positiva (e, se possível, com um saldo cada vez mais positivo), busque ampliar as condenações em débito, aplicar mais multas e cada vez dar mais ordens à administração pública em sede de controle prévio (visando, assim, evitar danos ao erário antes que sejam consumados).³⁷³

Esses elementos (generalização da lógica processual orientada à tomada de decisões impositivas e estímulo à geração de benefício econômico por meio do controle) tendem, a meu ver, a fomentar uma visão segundo a qual as competências e atribuições do TCU inseridas no seu campo de jurisdição direta seriam mais importantes do que suas outras competências e atribuições, inseridas no seu campo de jurisdição indireta —

³⁷¹ Confira-se trecho do depoimento de um dos servidores do TCU no qual essa lógica de custo/benefício é explicitada:

Entrevistador: “Você disse que TCU teria deixado de ser um órgão essencialmente punitivo, passando também a assumir um papel de orientador. Na sua visão, o que teria motivado essa mudança na postura do órgão de controle?”

Entrevistado H: “Duas coisas. A primeira delas é que o TCU sempre busca maiores resultados com a sua atuação. Temos, aqui, um processo de mensuração do que chamamos de benefício do controle. Então a cada ação nossa, medimos o benefício do controle. No final do ano, temos uma totalização de quanto de perdas conseguimos estancar e de quanto conseguimos melhorar em termos de avaliação de questões do patrimônio público e verificamos quanto o TCU custou em termos orçamentários. Sempre procuramos fazer isso: comparar o orçamento do Tribunal com o que ele conseguiu economizar, ou recuperar de dano ao erário. Sempre fazemos essa consideração para ver se está valendo a pena o TCU existir. É o que chamamos de buscar resultados. Queremos que essa equação seja sempre positiva. (...) Quando você está com essa preocupação em mente, você busca maneiras de atuar que sejam mais eficientes, que te tragam melhores resultados. Esse foi um dos grandes motivadores [dessa suposta mudança de postura do TCU]” (entrevista realizada na sede do TCU, em Brasília, no dia 10.6.2015).

³⁷² BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Relatório de Atividades: 2014*. Brasília: TCU, 2015, p. 42.

³⁷³ É possível que essa lógica de custo/benefício do controle tenha origem na própria LOTCU, mais especificamente nos arts. 90, § 2º e 93. Confira-se o teor dos citados dispositivos:

“Art. 90. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Tribunal de Contas da União será exercida pelo Congresso Nacional, na forma definida no seu regimento comum.

(...)

§ 2º No relatório anual, o Tribunal apresentará análise da evolução dos custos de controle e de sua eficiência, eficácia e economicidade.

Art. 93. A título de racionalização administrativa e economia processual, e com o objetivo de evitar que o custo da cobrança seja superior ao valor do ressarcimento, o Tribunal poderá determinar, desde logo, o arquivamento do processo, sem cancelamento do débito, a cujo pagamento continuará obrigado o devedor, para que lhe possa ser dada quitação” (grifos acrescentados).

produzindo, assim, a falsa ideia de que o ordenamento jurídico teria privilegiado as primeiras em detrimento das segundas.

Se por um lado essa postura do Tribunal tende a aumentar sua influência no ambiente público (porque acaba nele interferindo mais enfaticamente), por outro lado, ao não atentar para os específicos contornos estabelecidos pela legislação (especialmente pelo Texto Constitucional) às suas competências e atribuições, tende a comprometer a segurança jurídica.³⁷⁴

5. Competência para praticar atos de comando

Parcela das normas do ordenamento jurídico dotou o TCU de competência para praticar atos de comando, isto é, para criar, por força própria, deveres de fazer ou não fazer a terceiros, agentes públicos ou não.³⁷⁵ Ao atuar dessa maneira, o Tribunal edita atos

³⁷⁴ Nesse sentido, confira-se o depoimento de alguns dos servidores do TCU que entrevistei:

Entrevistador: “Na avaliação de vocês, qual seria o papel primordial do TCU enquanto órgão de controle da administração pública?”

(...)

Entrevistado C: “Vou começar dizendo o que acho que o TCU não é. O Tribunal não é a polícia dos recursos públicos. Não é um órgão que visa a proteção do dinheiro público. Não é função do Tribunal garantir que o Estado arrecade mais, que tenha mais, ou que use o dinheiro da forma que lhe traga maior vantagem econômica. Acho que a função do Tribunal é garantir que os recursos públicos sejam gastos de forma a que os objetivos públicos sejam alcançados. É que pode parecer que a função do Tribunal é condenar o máximo possível as pessoas a devolver dinheiro público ou...”

Entrevistado B: “Entendi, o que você diz é que o TCU não *deve* ser isso. Mas, no mundo real, ele é. Não deveria ser, mas é”.

Entrevistado C: “Acho que o que está na Constituição é que a função do Tribunal é garantir que os recursos públicos arrecadados sejam gastos de acordo com os objetivos públicos estabelecidos pela sociedade”.

Entrevistado B “(...) o TCU tem um *slogan*: controle externo a serviço da sociedade. E, no relatório anual do TCU, a meta ‘vitrine’, em destaque, é relativa a quantos reais que o TCU gera de economia para a sociedade para cada real que lhe é aplicado. É o principal indicador considerado pelo TCU. Só esse indicador já induz um determinado comportamento. O Tribunal, hoje em dia, é, embora não deva ser, um grande protetor dos cofres públicos. Mesmo que para isso ele eventualmente contrarie vários dos princípios do direito administrativo, como tem feito. A proteção à confiança legítima, p.ex., raramente é reconhecida pelo Tribunal. Segurança jurídica, pouco. A jurisprudência do Tribunal também é uma espécie de ‘camaleão’”.

Entrevistado C: “A jurisprudência tende sempre a condenar e não a considerar esses outros princípios”.

Entrevistado B: “Tudo bem, historicamente o TCU pode ter um viés de proteção ao erário. Mas também tem que se submeter à Constituição. E a constituição protege o devido processo legal, etc” (entrevista realizada na sede do TCU, em Brasília, no dia 10.6.2015).

³⁷⁵ É dessa maneira que Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara definem o que chamaram de “poder direto de comando do Tribunal de Contas”. Veja-se:

“Mas a Constituição limitou bastante o poder direto de comando do Tribunal de Contas, isto é, sua capacidade de criar por força própria deveres de fazer ou não fazer para terceiros, agentes públicos ou não” (SUNDFELD, Carlos Ari e ARRUDA CÂMARA, Jacintho, Competências de controle dos tribunais de contas – possibilidades e limites, *op. cit.*, p. 183).

constitutivos ou desconstitutivos de direitos e emite ordens capazes de produzir efeitos jurídicos concretos e imediatos.

É interessante notar que a despeito de a competência do TCU para praticar atos de comando ser significativamente mais limitada do que as demais (algo que ficará claro ao longo deste tópico), ela talvez seja a que contemporaneamente mais gere dúvidas e polêmicas acerca das possibilidades e limites do Tribunal para agir.³⁷⁶

A seguir, inicio o estudo das atribuições vinculadas à presente competência (apreciar atos de pessoal para fins de registro; ordenar a prática de atos por terceiros; tomar medidas cautelares; e ordenar o envio de informações ao Tribunal de Contas da União), chamando a atenção do leitor para os sujeitos, parâmetros e objeto de controle a que a legislação se refere — e, sempre que possível e pertinente, para os pontos de dúvida relacionados ao exercício concreto das atribuições do TCU acima arroladas.

5.1. Appreciar atos de pessoal para fins de registro

A atribuição em comento encontra respaldo em normas da Constituição e da LOTCU. Tendo em vista que, nesse caso em específico, a lei orgânica praticamente espelhou o Texto Constitucional, pouco acrescentando a seu teor, opto por tratar ambos os diplomas normativos em conjunto. Confira-se o teor dos dispositivos pertinentes:

Constituição Federal de 1988

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

³⁷⁶ Nesse sentido, v. Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara:

“E por que há forte limitação jurídica quanto ao produto da fiscalização do Tribunal de Contas? É que, embora sua faculdade de representar seja muito extensa, seu poder de comandar é bem restrito.

São três os fatores de restrição ao poder de comando do Tribunal de Contas. O primeiro tem a ver com os tipos de comando: o Tribunal não pode dar qualquer tipo de ordem, constituindo ou desconstituindo direitos e deveres. O segundo fator diz respeito aos motivos do comando: o Tribunal só pode emitir comandos se constatar ilegalidades, não por outros motivos. O terceiro fator tem a ver com o objeto da fiscalização: o poder de comando do Tribunal só existe se a ilegalidade apurada for em matéria financeira, orçamentária, contábil ou patrimonial, mas não por conta de ilegalidades em outras matérias administrativas, examinadas no âmbito da ampla fiscalização operacional.

Em relação àquilo sobre que o Tribunal de Contas não tem o poder direto de comandar, cabe-lhe apenas encaminhar suas avaliações para conhecimento público (CF, art. 71, VII) e representar às autoridades competentes (CF, art. 71, XI).

(...)”

Mas a Constituição limitou bastante o poder direto de comando do Tribunal de Contas, isto é, sua capacidade de criar por força própria deveres de fazer ou não fazer para terceiros, agentes públicos ou não” (Idem, pp. 182-183).

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”.

Lei Orgânica do TCU

“Art. 1º Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma estabelecida nesta Lei:

(...)

V - apreciar, para fins de registro, na forma estabelecida no Regimento Interno, 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 federal, 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;

Art. 39. De conformidade com o preceituado nos arts. 5º, inciso XXIV, 71, incisos II e III, 73 *in fine*, 74, § 2º, 96, inciso I, alínea *a*, 97, 39, §§ 1º e 2º e 40, § 4º, da Constituição Federal, o Tribunal apreciará, para fins de registro ou reexame, os atos de:

I - admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo poder público, executadas as nomeações para cargo de provimento em comissão;

II - concessão inicial de aposentadoria, reformas e pensões, bem como de melhorias posteriores que tenham alterado o fundamento legal do respectivo concessório inicial.

Parágrafo único. Os atos a que se refere este artigo serão apreciados pelo Tribunal na forma estabelecida no Regimento Interno.

Art. 40. O Relator presidirá a instrução do processo, determinando, mediante despacho singular, por sua ação própria e direta, ou por provocação do órgão de instrução ou do Ministério Público junto ao Tribunal, a adoção das providências consideradas necessárias ao saneamento dos autos, fixando prazo, na forma estabelecida no Regimento Interno, para o atendimento das diligências, após o que submeterá o feito ao Plenário ou à Câmara respectiva para decisão de mérito”.

A legislação, ao utilizar a expressão “apreciar, para fins de registro”, poderia, em um primeiro momento, sugerir que essa atribuição não envolve, de fato, a prática de atos de comando pelo TCU — afinal, a Constituição utilizou fórmula similar no inciso I do art. 71 (“Apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República”), por meio do qual previu atribuição vinculada a outro tipo de competência — no caso, para levantar dados e produzir informações. O verbo “apreciar”, quando isoladamente considerado, pode ser lido como sinônimo de “avaliar”, “analisar”, aparentemente não autorizando seu destinatário a produzir ordens cogentes.

No entanto, como afirmou José Afonso da Silva ao perscrutar o sentido do inciso III do art. 71 da Constituição, a expressão “apreciar, para fins de registro” não há de ter sentido puramente cartorário. “O texto significa que, se os atos forem legais, o Tribunal *determinará o registro*; se forem ilegais, *recusará o registro...*” (grifos acrescentados).³⁷⁷

³⁷⁷ SILVA, José Afonso da, *Comentário Contextual à Constituição*, *op. cit.*, p. 466.

Trata-se, pois, de atribuição que, quando concretamente desempenhada pelo TCU, necessariamente envolve a superação de duas etapas distintas. A primeira delas realmente consiste na análise simples de atos de admissão de pessoal e de concessões de aposentadoria, reforma e pensão com a finalidade de verificar, caso a caso, se atendem, ou não, às exigências legais. A segunda etapa caracteriza-se pela tomada de decisão concreta e cogente, por meio da qual determina o registro de atos relacionados a pessoal (se estiverem de acordo com a legislação, evidentemente), ou, então, nega-lhes a possibilidade de serem registrados (por conta da identificação de alguma ilegalidade).

É interessante notar que o registro de atos de pessoal há muito faz parte do rol de atribuições da Corte de Contas; surgiu pela primeira vez na Constituição de 1946 e desde então tem se repetido nas constituições posteriores — com alguma variação, é verdade. O Texto Constitucional de 1946 dispunha que competia ao Tribunal de Contas “julgar da legalidade dos contratos e das aposentadorias, reformas e pensões” (art. 77, III) e estabelecia que “Os contratos que, por qualquer modo, interessarem à receita ou à despesa” só se reputariam perfeitos depois de registrados pelo Tribunal de Contas, sendo que a recusa do registro suspenderia a execução do contrato até o pronunciamento do Congresso Nacional (art. 77, § 1º). A legislação da época nada dizia sobre atos de admissão de pessoal, que, como aponta Odete Medauar, só passariam a se sujeitar a registro junto ao Tribunal com a Constituição de 1988.³⁷⁸

A criação desse instrumento (registro de atos de pessoal) conectava-se a uma preocupação que estava na origem mesma do Tribunal (organizar as despesas públicas e conter seus excessos)³⁷⁹ e emergia em um contexto de grandes transformações do Estado,

³⁷⁸ De acordo com a autora, “A Constituição de 1988, à tradicional competência para apreciar concessões de aposentadorias e pensões, acrescentou o exame da 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 (art. 71, III)”. A origem deste acréscimo, segundo a autora, se relacionaria “(...) com a exigência de concurso público para investidura em cargo ou emprego público, prevista no item II do art. 37, para a Administração direta e indireta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios e para o Legislativo (servidores públicos, não agentes políticos) e Judiciário” (MEDAUAR, Odete, *Controle da Administração Pública, op. cit.*, pp. 146-147).

³⁷⁹ Ruy Barbosa, o grande mentor dos tribunais de contas no Brasil, explicitou as razões que o levaram a advogar tão enfaticamente pela criação desse órgão de controle. Ao comentar a Constituição de 1891 (a primeira a prevê-los), afirmou o seguinte:

“O *déficit*, com que se encontram quase todas as liquidações orçamentárias entre nós, e os créditos suplementares que, deixando de ser exceção, constituem a regra geral, a imemorial tradição financeira, formando todos os anos um orçamento duplo, mostram quanto estão desorganizadas as nossas leis de finanças, e quão pouco escrúpulo tem presidido à concepção e execução do mecanismo que as domina.

Cumprir à República mostrar, ainda neste assunto, a sua força regeneradora, fazendo observar escrupulosamente, no regime constitucional em que vamos entrar, o orçamento federal.

Se não conseguir esse *desideratum*; se não pudermos chegar a uma vida orçamentária perfeitamente equilibrada, não nos será dado presumir que hajamos reconstituído a pátria, e organizado o futuro. (...) O

que, desde o início do século XX, ampliava enormemente suas atribuições e seu campo de atuação, passando a ter de gerir cada vez mais recursos financeiros.

Como aponta Bruno Speck, três foram os principais eixos de expansão do Estado nesse período: “o número de funcionários públicos, a contratação de bens e serviços e a criação de novas formas de administração pública indireta”, demandando, em relação a eles, “esclarecimento sobre o papel fiscalizador do Tribunal de Contas”.³⁸⁰ Na seara de pessoal, a resposta do Direito a esse novo desafio que se colocava diante do TCU veio sob a forma de uma função fiscalizadora, que, na visão de Speck, teria “características semi-administrativas”.³⁸¹

A técnica do registro — que, ao menos em relação a despesas, era empregada para fins de controle prévio e tinha por função primordial antecipar eventuais abusos “atalhando em sua origem os atos do Poder Executivo, suscetíveis de gerar despesa ilegal”³⁸² — foi utilizada pela legislação para moldar as atribuições em geral do TCU por quase 100 anos, deixando de ser em regra empregada pelo Direito a partir da Constituição de 1967 — diploma que, como já deixei antever neste trabalho, transformou o Tribunal em órgão de controle eminentemente *a posteriori*.³⁸³ Importante exceção foi justamente a atribuição do TCU para apreciar, para fins de registro, atos relacionados a pessoal da administração pública.

O que teria motivado o constituinte de 1988 a manter e ampliar essa específica atribuição do Tribunal, agora também a fazendo abarcar atos de admissão de pessoal da administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo poder público?

Um dos fatores que podem ter contribuído para a decisão do constituinte é a atuação dos tribunais de contas junto à ANC. Lembre-se que o anteprojeto que apresentaram à Subcomissão do Orçamento e Fiscalização Financeira — que já previa o registro de atos de nomeação de pessoal para cargos de caráter efetivo e da concessão inicial de aposentadorias, reformas e pensões³⁸⁴ — foi responsável por direcionar os

Governo Provisório reconheceu a urgência inevitável de reorganizá-lo; e acredita haver lançado os fundamentos para essa reforma radical com a criação de um Tribunal de Contas (...)” (BARBOSA, Ruy, *Commentários à Constituição Federal Brasileira*, *op. cit.*, pp. 426-427).

³⁸⁰ SPECK, Bruno Wilhelm, *Inovação e Rotina no Tribunal de Contas da União*, *op. cit.*, p. 65.

³⁸¹ Idem, *ibidem*.

³⁸² BARBOSA, Ruy, *Commentários à Constituição Federal Brasileira*, *op. cit.*, p. 432.

³⁸³ No tópico seguinte procurarei demonstrar em detalhes o modo como a legislação lidou com o tema do momento do controle pelo TCU ao longo do tempo. Esse exercício será especialmente relevante para compreender o papel do Tribunal no controle das licitações e contratos.

³⁸⁴ Confira-se o teor do dispositivo constante do anteprojeto elaborado pelos tribunais de contas e apresentado à ANC:

debates parlamentares e por conduzir a elaboração das normas que futuramente viriam a disciplinar suas próprias competências e atribuições (dispositivos da Seção IX do Capítulo I do Título IV da Constituição).

O curioso é que a proposta dos tribunais de contas — de não apenas serem competentes para registrar concessões iniciais de aposentadoria, reforma ou pensão, mas também atos de nomeação de pessoal da administração direta — não encontrava eco nem mesmo nas diretrizes fixadas pela INTOSAI na Declaração de Lima, que, como visto, provavelmente serviram de base para a elaboração do anteprojeto que apresentaram à ANC. O referido documento sequer arrola dentre as atribuições típicas de instituições superiores de controle financeiro o registro de atos relacionados a pessoal.

Dois potencialmente foram os objetivos do TCU ao realizar esse pleito: 1) garantir que não lhes fosse retirada atribuição já àquele tempo tradicional — evitando, assim, esvaziamento de suas atividades de controle; e 2) aproveitar a ocasião da refundação da ordem jurídica pela ANC para alargar ainda mais seu espaço de atuação.

A tese de que os tribunais de contas teriam receio de desidratarem — caso deixassem de ter a histórica atribuição de registrar atos de pessoal — ganha maior plausibilidade e relevo ao se levar em conta que mesmo antes da Constituição de 1988 o volume de processos oriundos de aposentadorias absorvia grande parte da capacidade de trabalho do TCU.³⁸⁵ Parece razoável, assim, que lutassem para não perder essa função que, no todo de suas atividades, era bastante representativa.³⁸⁶

Outro fator que pode ter sido determinante para a decisão do constituinte de manter e ampliar a atribuição de registro de atos de pessoal, relacionado a uma importante inovação do Texto Constitucional de 1988: a criação da regra geral do concurso público, aplicável a toda a administração pública, direta e indireta (art. 37, II).³⁸⁷

“Art... (76) – O Tribunal de Contas julgará, para fins de registro, a legalidade dos atos de nomeação de pessoal para cargos de caráter efetivo, nos quadros permanentes dos órgãos da administração direta, bem como das concessões iniciais de aposentadoria, reformas e pensões, independente de julgamento as melhorias posteriores, que não alterem o fundamento legal do ato concessório”.

³⁸⁵ Cf. SPECK, Bruno Wilhelm, *Inovação e Rotina no Tribunal de Contas da União*, op. cit., p. 120.

³⁸⁶ Essa conclusão também encontra respaldo no depoimento de um dos servidores do TCU que entrevistei para a elaboração do presente trabalho. Ao ser questionado sobre as origens das competências e atribuições do Tribunal, o **Entrevistado D** afirmou o seguinte em relação à atribuição do TCU de apreciar atos de pessoal: “Manter [a análise e registro] de atos de pessoal dentro das competências do Tribunal era [ao tempo da elaboração da Constituição de 1988] uma forma de mantermos certo poder, certo *status*, inclusive em termos de tamanho da instituição. Não queríamos ser desidratados” (entrevista realizada na sede do TCU, em Brasília, no dia 10.06.15).

³⁸⁷ Veja-se a redação atual do citado dispositivo constitucional:

A Constituição, ao prever que os cargos e empregos seriam ocupados mediante prévia aprovação em concurso, pretendeu implementar modelo de burocracia profissional (calcado na impessoalidade, no mérito e na qualificação) que ao menos desde meados da década de 1980 o Brasil procurava construir na tentativa de evitar que uma das áreas responsáveis por absorver crescentes volumes de recursos públicos (contratação de servidores) continuasse a ser utilizada como “moeda de troca”, como instrumento de recompensa a correligionários políticos.³⁸⁸

De acordo com Speck, a ANC pode ter optado não só por manter, mas também por ampliar o escopo do registro de atos de pessoal no TCU (de modo a abarcar atos de admissão) com a finalidade de transformá-lo em uma espécie de “vigia” da recém instituída regra constitucional do concurso público, pondo ênfase no controle da lisura nas contratações de servidores pelo Estado.³⁸⁹

A despeito das razões que levaram o constituinte a criar a regra do art. 71, III, fato é que a legislação instituiu mecanismo de controle baseado na exigência de cooperação entre duas instâncias independentes (de fato e de direito) — órgãos ou entes da administração pública inicialmente editando atos de admissão ou concedendo aposentadorias, reformas ou pensões e o TCU posteriormente registrando-os, se estiverem de acordo com as normas legais.

O fato de atos de pessoal serem editados pela administração pública e posteriormente registrados pelo Tribunal levou o STF a afirmar que eles teriam natureza jurídica de atos complexos, pois, na sua visão, a decisão do poder público só poderia ser considerada definitiva após a manifestação do TCU.³⁹⁰ A despeito da manifestação do

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”.

³⁸⁸ Cf. SPECK, Bruno Wilhelm, *Inovação e Rotina no Tribunal de Contas da União*, op. cit., p. 118.

³⁸⁹ Idem, pp. 117-118.

Diagnóstico semelhante é feito por Odete Medauar, para quem a previsão constitucional de que atos de admissão seriam objeto de registro nos tribunais de contas se relacionaria “(...) com a exigência de concurso público para investidura em cargo ou emprego público, prevista no item II do art. 37, para a Administração direta e indireta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios e para o Legislativo (servidores públicos, não agentes políticos) e Judiciário” (MEDAUAR, Odete, *Controle da Administração Pública*, op. cit., pp. 146-147).

³⁹⁰ Veja-se excerto de decisão proferida pelo STF:

“Como sabido, o ato administrativo de aposentadoria de servidor público federal tem natureza composta, pois embora resulte da manifestação de vontade do órgão ao qual esteja vinculado, depende, para

Supremo, é questionável, a meu ver, a natureza de ato complexo dos atos de pessoal (entre os quais, os de aposentadoria). Isso porque eles têm eficácia imediata, produzindo de plano todos os efeitos que deles se deve esperar. O TCU se limita a checar sua compatibilidade com o ordenamento jurídico e a decidir registrá-los ou não.³⁹¹

Questão interessante é identificar os parâmetros de controle a que o TCU está autorizado a utilizar para desempenhar essa tarefa. Apesar de a Constituição ter genericamente dito que lhe caberia fiscalizar quanto à legalidade, legitimidade e economicidade (art. 70, *caput*), a realidade é que, no caso específico do registro de atos de pessoal (admissão, aposentadoria, reforma e pensão), a Constituição fez ressalva expressa. Afirmou, com todas as letras, que compete ao Tribunal “apreciar, para fins de registro, a *legalidade* dos atos de admissão de pessoal..., bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões...” — e não a legitimidade, economicidade, moralidade ou impessoalidade desses atos.³⁹²

Instituiu, assim, parâmetro único para a apreciação de todos os atos de pessoal (a legalidade), descabendo ao TCU, por conta disso, pretender aferir a conveniência ou oportunidade de nomeação de pessoal ou de decisão do Estado de aposentar, reformar aposentadorias ou conceder pensões; seu trabalho tem de ser estritamente técnico-jurídico, limitado a certificar que as exigências legais para a prática de atos dessa natureza foram concretamente observadas pela administração.³⁹³

tornar-se exequível de forma definitiva, da verificação de sua legalidade pelo TCU, de modo que a concessão de aposentadoria é ato provisório, enquanto não aprovado pela Corte de Contas” (MS 23.665, Plenário, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 05.06.2002).

³⁹¹ Nesse sentido, v. SUNDFELD, Carlos Ari e SOUZA, Rodrigo Pagani. Limites ao controle externo da administração pública pelo TCU, *Revista dos Tribunais*, ano 102, vol. 928, fev. 2013, p. 1132.

³⁹² Pedro Roberto Decomain, apesar de afirmar que “(...) o Tribunal de Contas não se pode substituir à autoridade à qual é legalmente conferida a competência para a nomeação”, admite que: 1) o Tribunal de Contas, ao tomar conhecimento de nomeações para cargos alegadamente de provimento em comissão, possa questionar “a respectiva adequação ao princípio da moralidade administrativa”; e 2) “apreciar a constitucionalidade da nomeação, inclusive sob o prisma da existência, no caso focado, de cargos que devam realmente ser considerados de livre nomeação e demissão” (DECOMAIN, Pedro Roberto. *Tribunais de Contas no Brasil*, *op. cit.*, p. 101).

Discordo das conclusões do autor. Não se extrai do Texto Constitucional a atribuição do TCU para “questionar” atos de nomeação para cargos de provimento em comissão. É que a Constituição expressamente exclui esse tipo de nomeação da alçada de controle direto pelo Tribunal. Seria incabível, portanto, afirmar que o Tribunal poderia controlá-lo, mesmo que escorado no princípio da moralidade (aliás, por que o princípio da moralidade e não o da impessoalidade? Qual seria o critério para a seleção desse princípio e não de outro, já que a legislação nada diz expressamente sobre o tema? Difícil dizer). Com isso não quero afirmar, claro, que o TCU, caso venha a suspeitar da existência de irregularidades, ou caso venha a identificá-las, deva ficar inerte (mesmo em relação à nomeação de cargos em comissão). O Tribunal poderia licitamente representar às autoridades competentes (art. 71, XI).

³⁹³ No mesmo sentido é a conclusão de Bruno Speck. Confira-se:

“O controle do Tribunal de Contas está condicionado à verificação de critérios formais, não ao mérito material da questão [dentre os pré-requisitos legais para a contratação, o autor arrola aqueles

No que tange especificamente à admissão de pessoal (primeira parte do inciso III do art. 71 da Constituição, repetido pelo art. 1º, inciso V e pelo art. 39, inciso I da LOTCU), observa-se o que o legislador pretendeu que o TCU fosse competente para apreciar atos dessa natureza praticados por *qualquer órgão ou ente da administração pública federal, direta e indireta* — ministérios, secretarias, autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações, etc. Procurou, assim, ser o mais abrangente possível.

Trata-se de decisão bastante compreensível e lógica, visto que toda a administração pública passou a estar sujeita à regra do concurso — fazendo sentido, pois, que o TCU pudesse concretamente verificar seu cumprimento por todo e qualquer órgão e ente da administração pública federal.

Note-se que em relação às concessões de aposentadoria, reforma e pensões (segunda parte do inciso III do art. 71 da Constituição, repetido pelo art. 1º, inciso V e pelo art. 39, inciso II da LOTCU) a legislação não repetiu a fórmula “administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público”, sugerindo, mas não dizendo expressamente, que o grau de abrangência do controle nesse caso seria menor.

A Constituição deliberadamente optou por não dizer que concessões de aposentadoria, reforma e pensões em *toda* a administração pública federal (direta e indireta) deveriam ser previamente registradas pelo Tribunal. E isso por uma boa razão: as aposentadorias, reformas e pensões de *empregados públicos* estão sujeitas às normas da Consolidação das Leis do Trabalho e ao regime geral da previdência; são concedidas e pagas pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, cabendo a ele (INSS) e não ao TCU aferir o cumprimento da legislação para esses fins.³⁹⁴

A LOTCU poderia ter dito com clareza e precisão o objeto que seria passível de controle pelo TCU no desempenho da presente atribuição, com isso evitando uma série de dúvidas e incertezas. No silêncio da legislação, contudo, parece fazer sentido que apenas

constantes do art. 48, X, 37, II e 169 da Constituição]” (SPECK, Bruno Wilhelm, *Inovação e Rotina no Tribunal de Contas da União, op. cit.*, p. 120).

³⁹⁴ Nesse sentido, v. Pedro Roberto Decomain:

“À concessão dessas aposentadorias e pensões é que se reporta o dispositivo constitucional. Quando se tratar, porém, de empregados públicos, e particularmente de empregados de sociedades de economia mista ou de empresas públicas (entidades que também integram o conceito de ‘Administração indireta’), cuja concessão e pagamento incumbem ao órgão previdenciário geral (atualmente, o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS), não haverá necessidade de que a concessão de cada aposentadoria ou pensão, ou de qualquer outro benefício previdenciário, seja submetida a registro pelo Tribunal de Contas” (DECOMAIN, Pedro Roberto, *Tribunais de Contas no Brasil, op. cit.*, p. 104).

as concessões de aposentadoria, reforma e pensão relativos a servidores públicos *estatutários* devam ser apreciados pelo Tribunal.

Quais consequências jurídicas decorreriam de eventual recusa do Tribunal em registrar atos de admissão de pessoal ou concessões de aposentadoria, reforma ou pensão por conta da identificação de ilicitudes? Poderia o TCU obrigar a administração a saná-las? Ou, então, poderia o TCU sustar atos de pessoal eivados de vício de legalidade? Seria o TCU competente para determinar que a administração se abstinhasse de realizar pagamentos em função dos atos de pessoal considerados ilícitos? Poderia o Tribunal sancionar os agentes públicos responsáveis pela prática de atos de pessoal eivados de ilicitudes?

A legislação não deu respostas claras a essas questões. Novamente optou por ser lacônica, deixando para momento posterior e para os intérpretes do Direito a tarefa de delimitar as possibilidades e limites do Tribunal. A LOTCU, que em tese poderia ter explicitado as possibilidades e limites do Tribunal, se limitou a repetir o conteúdo da Constituição e a jogar para o regimento interno da Corte de Contas a regulamentação fina do tema (art. 39, parágrafo único).

De todo modo, pode-se dizer que eventual decisão do TCU de negar o registro a atos de pessoal equivaleria a uma decisão de invalidação (de atos de nomeação ou de concessão de aposentadoria, reforma ou pensão). O processo de controle de atos de pessoal seria, assim, equivalente ao processo de invalidação de atos administrativos, sendo-lhe aplicável, portanto, os ditames da lei federal de processo administrativo (lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999), inclusive o seu art. 54, que prevê prazo decadencial de cinco anos para a administração anular atos de que decorram efeitos favoráveis para seus destinatários.³⁹⁵ É bem verdade, contudo, que o STF tem construído jurisprudência noutra direção.³⁹⁶

³⁹⁵ No mesmo sentido, v. SUNDFELD, Carlos Ari e SOUZA, Rodrigo Pagani, *Limites ao controle externo da administração pública pelo TCU*, *op. cit.*, p. 1132.

³⁹⁶ O STF, ao julgar o Mandado de Segurança 30.916, Primeira Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 22.05.2012, disse o seguinte:

“Este Supremo Tribunal decidiu que não se aplica o art. 54 da Lei n. 9.784/1999 aos processos em que o Tribunal de Contas da União exerce sua competência constitucional de controle externo, pois a concessão da aposentadoria é ato jurídico complexo que se aperfeiçoa com o registro no Tribunal de Contas”.

É interessante também notar que, a despeito de o STF ter editado a súmula vinculante nº 3 (segundo a qual a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão pelo TCU não estaria sujeita a contraditório e ampla defesa), a Corte, por meio de sua jurisprudência, tem flexibilizado seu teor. Consolidou-se no STF o entendimento de que a partir da entrada do processo de registro de aposentadoria, reforma ou pensão no TCU, abre-se cinco anos de prazo para o exercício de sua competência de controle externo, sem que seja necessário se oportunizar o direito ao contraditório ou à ampla defesa ao

Além disso, uma vez negado o registro pelo TCU, a ele caberia, a meu ver, tão somente sugerir à administração pública (mas não obrigar) a adoção de medidas que julgasse pertinentes para sanar ilicitudes identificadas (para tanto desempenhando sua ampla competência para orientar), representar às autoridades competentes, se assim entendesse necessário (para tanto desempenhando sua ampla competência para representar) e, novamente se fosse o caso, instaurar diligências voltadas a apurar eventuais faltas cometidas por agentes públicos.³⁹⁷

Não seria dado ao TCU impor à administração pública medidas voltadas a sanar falhas identificadas em atos de pessoal, sob pena de sanção, ou, então, sustar atos dessa natureza (visto que a atribuição para sustar atos, como se verá em tópico posterior, depende e decorre da atribuição para ordenar a prática de atos concretos; se o Tribunal não dispõe da primeira, não poderia dispor da segunda). Caso viesse a se comportar dessa maneira, o Tribunal acabaria interferindo indevidamente na seara administrativa, em competência própria do gestor, transformando a administração pública em simples executora material de suas recomendações.³⁹⁸ Só o Judiciário poderia licitamente obrigar a administração pública a adotar medidas concretas voltadas a modificar atos de pessoal.³⁹⁹

interessado. No entanto, ultrapassado esse período, impõe-se a observância do devido processo legal. V. Mandado de Segurança 25.116, Plenário, rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. em 08.09.2010.

³⁹⁷ Odete Medauar, ao comentar o controle de atos de concessão de aposentadoria, reforma e pensão, emitiu opinião que em boa medida guarda sintonia com o que acabo de afirmar. Confira-se:

“Havendo ilegalidade, o Tribunal de Contas emite recomendação no sentido de serem adotadas medidas saneadoras. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que tais recomendações não obrigam a Administração a rever o ato, podendo efetuar a alteração se assim decidir, mas não por estar vinculada à recomendação (p.ex.: MS 21.683/RJ, rel. Min. Moreira Alves, *DOU* 15.12.1994). O Supremo Tribunal Federal também se inclina pela impossibilidade de ser efetuada alteração no ato oriundo da Administração, devendo o órgão de contas aprová-lo, recusar seu registro ou recomendar a adoção de medidas para sanar a ilegalidade; a recomendação seria menos drástica que a recusa do registro (v., p.ex.: Rcl 382/DF, *DOU* 02.04.1993; e MS 21.466/DF, rel. Min. Celso de Mello)” (MEDAUAR, Odete, *Controle da Administração Pública*, *op. cit.*, p. 147).

³⁹⁸ E, como lembra Luís Roberto Barroso, “Não é papel do Tribunal de Contas (...) substituir-se aos agentes públicos constitucionalmente designados para a tomada de decisões políticas e administrativas — que é atribuição dos órgãos do Poder Executivo” (BARROSO, Luís Roberto. Tribunal de contas: algumas incompetências, *Revista de Direito Administrativo*, v. 203, jan./mar., 1996, p. 132).

³⁹⁹ Luís Roberto Barroso parece ter entendimento semelhante. Confira-se:

“Em conclusão deste tópico, é possível afirmar que, à luz da melhor doutrina e da incontroversa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quando da apreciação do ato de aposentadoria de servidor, não tem o Tribunal de Contas competência para ordenar à Administração que modifique a fixação dos proventos em favor do servidor, sob pena de sanção. Por certo, é facultado ao órgão de contas converter a apreciação em diligência e submeter à Administração suas ponderações. Havendo, contudo, divergência, somente o Poder Judiciário poderá determinar a modificação do ato, se for o caso” (Idem, p. 134).

Em seu artigo, Barroso cita decisão do Supremo Tribunal Federal que corrobora seu entendimento. Transcrevo-a na sequência, visto que seu teor é bastante ilustrativo:

“O Plenário desta Corte firmou o entendimento de que as recomendações do Tribunal de Contas à autoridade administrativa, feitas em conversão de julgamento de legalidade de aposentadoria em diligência, não obrigam esta a rever o ato administrativo de concessão de aposentadoria para ajustá-lo a tais

Desse modo, é preciso ler o art. 40 da LOTCU com ressalvas. Lá consta que o relator que presidir a instrução de processos ligados a registro de atos de pessoal determinará “a adoção das providências consideradas necessárias ao saneamento dos autos, fixando prazo (...) para o atendimento das diligências, após o que submeterá o feito ao Plenário ou à Câmara respectiva para decisão de mérito”. O verbo “determinar”, em verdade, a meu ver deve ser lido como “sugerir”, “recomendar” (desprovido de teor obrigacional, portanto). Isso porque, de acordo com o arranjo constitucional, cabe ao TCU apenas determinar o registro ou negar o registro de atos de pessoal — e não dar ordens em geral sobre o tema à administração pública.

Isso não significa que o papel do TCU nessa temática, pelo simples fato de não ser competente para obrigar a administração a adotar certas condutas, seja diminuto, menor ou irrelevante. Ao contrário. O Tribunal, quando avalia atos de pessoal e se nega a registrá-los por conta da identificação de ilicitudes, desempenha papel fundamental, pois, além de invalidá-los, joga luz sobre problemas que provavelmente doutra maneira não seriam identificados, viabilizando, assim, que outras instituições de controle possam entrar em ação (Ministério Público e Judiciário, por exemplo).

Tampouco seria facultado ao TCU sancionar agentes públicos exclusivamente a partir de sua decisão de não registrar atos de pessoal. A aplicação de sanções, nessa hipótese, é, em verdade, uma maneira de forçar a administração pública a se curvar a seu ponto de vista, disfarçando ordem que não é competente para dar. A aplicação de sanções a administradores públicos necessariamente dependeria da instauração, pelo Tribunal, de investigações e diligências voltadas a apurar eventuais faltas por eles cometidas.

Em matéria de pessoal, portanto, a parcela de competência do TCU para praticar atos de comando (isto é, para dar ordens a terceiros) limita-se ao registro ou à negativa de registro. Essas são as consequências concretas que a Constituição e a LOTCU previram para o exame de legalidade de atos de pessoal pelo Tribunal. Nada impede, claro, que a partir da decisão de não registrar atos de pessoal (por conta da identificação de ilegalidades) o TCU exerça competências de outra natureza (para orientar, para levantar dados ou produzir informações e para representar).⁴⁰⁰

recomendações, razão por que, se a autoridade administrativa os revir para fazer esse ajuste, não está ela atuando como mera executadora material das recomendações do Tribunal de Contas, mas, sim, é a autoridade que responde pela prática do ato administrativo de ajuste. Conseqüentemente, a autoridade coatora não é o Tribunal de Contas, mas a autoridade administrativa...” (MS 21.683-2-RJ, rel. Min. Moreira Alves, 11.03.94).

⁴⁰⁰ Discordo, portanto, do que afirma Pedro Roberto Decomain. Segundo o autor:

O controle de atos de pessoal também foi objeto de regulamentação pelo TCU, via regimento interno — lembre-se que a LOTCU expressamente delegou ao regimento interno da Corte de Contas a regulamentação fina do tema (art. 39, parágrafo único).

O RITCU, para além de conter normas procedimentais esparsas para o trâmite interno da apreciação de atos de pessoal (art. 62, III; art. 137, IV e V; e art. 250, V, § 4º), contém capítulo específico voltado a discipliná-lo (Capítulo IV, arts. 259 e ss.).⁴⁰¹

“Se entender que o ato de admissão de servidor ou empregado ao serviço é ilegal, ou que a concessão da aposentadoria, reforma ou pensão também o foi, cabe ao Tribunal não apenas recusar o registro, como ainda assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, já que verificada ilegalidade. Atuará, pois, em cumprimento não apenas ao previsto pelo inciso III, do art. 71, da CRFB/88, como ainda em atendimento ao preceituado pelo inciso IX do mesmo artigo, que prevê exatamente essa incumbência do Tribunal, de fixar prazo para que a ilegalidade seja corrigida.

Ademais, se nesse prazo não forem adotadas as providências preconizadas pelo Tribunal, cabe-lhe ainda sustar a execução do ato impugnado, comunicando o fato ao correspondente Poder Legislativo.

Desta sorte, deparando-se com admissão ilegal de servidor, ou com concessão ilegal de aposentadoria, reforma ou pensão, o Tribunal fixará prazo para que a autoridade responsável corrija a ilegalidade. Se não forem tomadas nesse prazo as providências necessárias, sustará os efeitos do ato e fará comunicação disso ao Legislativo. Ou seja, caberá ao Tribunal ou Conselho de Contas, nesta última hipótese, ordenar a imediata suspensão do pagamento da remuneração do servidor admitido, ou da aposentadoria ou pensão, comunicando o fato ao Poder Legislativo (da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, conforme o caso)” (DECOMAIN, Pedro Roberto, *Tribunais de Contas no Brasil*, *op. cit.*, pp. 105-106).

⁴⁰¹ Confirma-se o teor dos dispositivos do Capítulo IV do RITCU:

“Art. 259. O Tribunal apreciará, para fins de registro, mediante procedimentos de fiscalização ou processo específico, na forma estabelecida em normativos específicos, os atos de:

I – admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo poder público federal, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão;

II – concessão de aposentadorias, reformas e pensões a servidores públicos federais civis e militares ou a seus beneficiários, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório inicial.

Art. 260. Para o exercício da competência atribuída ao Tribunal, nos termos do inciso III do art. 71 da Constituição Federal, a autoridade administrativa responsável por ato de admissão de pessoal ou de concessão de aposentadoria, reforma ou pensão, a que se refere o artigo anterior, submeterá os dados e informações necessários ao respectivo órgão de controle interno, que deverá emitir parecer sobre a legalidade dos referidos atos e torná-los disponíveis à apreciação do Tribunal, na forma estabelecida em ato normativo.

§ 1º O Tribunal determinará o registro dos atos que considerar legais e recusará o registro dos atos considerados ilegais.

§ 2º O acórdão que considerar legal o ato e determinar o seu registro não faz coisa julgada administrativa e poderá ser revisto de ofício pelo Tribunal, com a oitiva do Ministério Público e do beneficiário do ato, dentro do prazo de cinco anos da apreciação, se verificado que o ato viola a ordem jurídica, ou a qualquer tempo, no caso de comprovada má-fé.

§ 3º Identificada irregularidade em ato de concessão já cadastrado nos sistemas informatizados do TCU, poderá o Tribunal proceder ao exame do respectivo ato, dispensando a manifestação do órgão de controle interno respectivo.

§ 4º Os atos que, a despeito de apresentarem algum tipo de inconsistência em sua versão submetida ao exame do Tribunal, não estiverem dando ensejo, no momento de sua apreciação, a pagamentos irregulares, serão considerados legais, para fins de registro, devendo ser consignada no julgamento a ressalva em relação à falha que deixou de existir.

§ 5º O Tribunal poderá considerar prejudicado, por perda de objeto, o exame dos atos de admissão e concessão cujos efeitos financeiros tenham se exaurido antes de sua apreciação.

Chamo atenção especial para os arts. 261 e 262 do RITCU, responsáveis por respectivamente fixar as consequências de decisões do Tribunal que considerarem ilegais atos de admissão de pessoal e ato de concessão de aposentadoria, reforma ou pensão. A meu ver, o TCU, nesses dispositivos, fez leitura equivocada da legislação, dela extraindo competências e atribuições que a legislação não lhe conferiu.

Como visto anteriormente, o TCU não pode, quando considerar ilegal ato de admissão de pessoal, obrigar o órgão de origem a adotar as medidas que julgar adequadas para regularizá-lo, tampouco obrigar a suspensão de todo e qualquer pagamento decorrente do ato impugnado (art. 261, *caput*). Não pode também, exclusivamente com base na constatação de alguma ilegalidade, sancionar agente público que deixar de acatar suas recomendações (art. 261, § 1º).

Especificamente em relação ao registro de atos de concessão de aposentadoria, reforma e pensão, o RITCU, a despeito de ter sido mais brando ao dizer que quando fossem considerados ilegais, a autoridade administrativa responsável poderia (e não deveria) emitir novo ato, se fosse o caso, “escoimado das irregularidades verificadas” (art. 262, § 2º), também se excedeu ao obrigar o órgão de origem a fazer cessar o pagamento de proventos ou benefícios, sob pena de responsabilidade solidária da autoridade administrativa omissa (art. 262, *caput*).

§ 6º Será considerado prejudicado, por inépcia, o ato de admissão ou concessão que apresentar inconsistências nas informações prestadas pelo órgão de pessoal que impossibilitem sua análise, devendo ser determinado o encaminhamento de novo ato, livre de falhas.

Art. 261. Quando o Tribunal considerar ilegal ato de admissão de pessoal, o órgão de origem deverá, observada a legislação pertinente, adotar as medidas regularizadoras cabíveis, fazendo cessar todo e qualquer pagamento decorrente do ato impugnado.

§ 1º O responsável que injustificadamente deixar de adotar as medidas de que trata o *caput*, no prazo de quinze dias, contados da ciência da decisão deste Tribunal, ficará sujeito a multa e ao ressarcimento das quantias pagas após essa data.

§ 2º Se houver indício de procedimento culposo ou doloso na admissão de pessoal, o Tribunal determinará a instauração ou conversão do processo em tomada de contas especial, para apurar responsabilidades e promover o ressarcimento das despesas irregularmente efetuadas.

Art. 262. Quando o ato de concessão de aposentadoria, reforma ou pensão for considerado ilegal, o órgão de origem fará cessar o pagamento dos proventos ou benefícios no prazo de quinze dias, contados da ciência da decisão do Tribunal, sob pena de responsabilidade solidária da autoridade administrativa omissa.

§ 1º Caso não seja suspenso o pagamento, ou havendo indício de procedimento culposo ou doloso na concessão de benefício sem fundamento legal, o Tribunal determinará a instauração ou a conversão do processo em tomada de contas especial, para apurar responsabilidades e promover o ressarcimento das despesas irregularmente efetuadas.

§ 2º Recusado o registro do ato, por ser considerado ilegal, a autoridade administrativa responsável poderá emitir novo ato, se for o caso, escoimado das irregularidades verificadas.

§ 3º Verificada a omissão total ou parcial de vantagens a que faz jus o interessado, o Tribunal poderá considerar o ato legal, independentemente das comunicações que entender oportunas para cada caso.

Art. 263. O relator ou o Tribunal não conhecerá de requerimento que lhe seja diretamente dirigido por interessado na obtenção de quaisquer benefícios ou vantagens de caráter pessoal, devendo a solicitação ser arquivada após comunicação ao requerente”.

Friso: o ato de comando que, segundo as normas constitucionais e legais, pode ser praticado pela Corte de Contas a partir da constatação de ilegalidades relativas a atos de pessoal (tanto os de admissão como os de concessão de aposentadoria, reforma ou pensão) é a recusa em registrá-los, retirando-lhes, por conseguinte, seus efeitos jurídicos. A legislação não lhe autorizou a dar ordens em geral à administração pública, transformando-a, dessa maneira, em simples executora das vontades do Tribunal. Apesar de a competência do TCU para praticar atos de comando em matéria de pessoal ser específica, sua competência para orientar, para representar e para investigar é ampla. Outras instituições (como o Judiciário, por exemplo) poderão, a partir de eventual negativa de registro de atos de pessoal pelo TCU, licitamente produzir comandos e ordens em geral que tenham a administração pública como destinatária.

Destaco, por fim, aspecto bastante positivo do RITCU. Andou bem o diploma ao prever nos arts. 261, § 2º e 262, § 1º, que, em havendo indício de procedimento culposo ou doloso na admissão de pessoal ou de na concessão de benefício, o TCU determinaria a instauração ou conversão do processo em tomada de contas especial, para apurar responsabilidades e promover o ressarcimento de despesas irregularmente efetuadas. É por meio da instauração de processo específico (no qual o administrador poderá defender-se e apresentar suas razões e seu ponto de vista) que o TCU poderá, se for o caso, licitamente exercer sua competência para sancionar, prevista no art. 71, VIII, da Constituição Federal.

5.2. Ordenar a prática de atos por terceiros

Inserida na competência do TCU para praticar atos de comando — isto é, atos constitutivos ou desconstitutivos de direitos e de deveres — está a atribuição para ordenar a prática de atos. A base constitucional dessa atribuição é o art. 71, IX, segundo o qual ao TCU competiria “assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade”.

Extrai-se do citado dispositivo que o Texto Constitucional tornou o Tribunal competente para emitir ato de comando a terceiros com a finalidade de determinar o cumprimento da legislação, reservando à autoridade administrativa, contudo, a

competência para efetivamente ajustar o ato impugnado à lei e para escolher o meio mais adequado para fazê-lo.⁴⁰²

Vale dizer que apesar de a norma prever a possibilidade de o Tribunal editar ato de comando (assinar prazo para a adoção de providências), a autoridade administrativa, na prática, poderá concordar com a manifestação do Tribunal (aceitando a existência de ilegalidades e praticando os atos que julgar mais adequados para saná-las), ou, então, poderá resistir, opondo-se à avaliação e às conclusões do Tribunal e insistindo na legalidade dos atos que tiverem sido impugnados. Evidentemente que, nesse último caso, a administração assumirá o risco de arcar com eventuais consequências da sua decisão (por exemplo, ter atos sustados e ver seus agentes sancionados pelo TCU em caso de irregularidade de contas) e, no limite, ter de recorrer ao Judiciário.

Outra característica que emerge da redação do dispositivo constitucional é sua fluidez e amplitude, potencialmente dando margem a uma série de dúvidas acerca das possibilidades e limites do controle que efetivamente compete ao Tribunal desempenhar.

A primeira delas diz respeito aos sujeitos em relação aos quais o TCU está autorizado a assinar prazo para o cumprimento da lei. Estaria o Tribunal limitado a se dirigir dessa maneira à administração direta? Ou, então, poderia o TCU expedir comandos dessa natureza também à administração indireta? Teria a Constituição, em seu art. 71, IX, autorizado o Tribunal a se dirigir às administrações públicas dos Estados e Municípios? Seria o TCU competente para dar comandos a atores externos à administração pública (por exemplo, empresas privadas contratadas pelo Estado)? Apesar da pouca densidade do Texto Constitucional, ele próprio fornece elementos para que alguns desses questionamentos possam ser elucidados.

Ao utilizar a expressão “*órgão ou entidade*”, o dispositivo em comento excluiu, de plano, a possibilidade de o Tribunal assinar prazo para a adoção de providências voltadas ao cumprimento da legislação a atores externos à administração pública — caso identifique ilegalidades a eles conectadas, pode representar às autoridades competentes

⁴⁰² Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara, diferentemente deste autor, não veem no citado dispositivo (art. 71, IX, da Constituição) a possibilidade de o TCU produzir atos de comando. Para eles, o dispositivo abriria uma “oportunidade para eventual alinhamento consensual entre controlado e controlador, no espírito de atuação colaborativa” (SUNDFELD, Carlos Ari e ARRUDA CÂMARA, Jacintho, Competências de controle dos tribunais de contas – possibilidades e limites, *op. cit.*, p. 200).

Parece-me, entretanto, que o dispositivo prevê ato de comando, e não simples abertura de oportunidade para eventual alinhamento consensual entre controlado e controlador. É que apesar de realmente a administração ter espaço para dialogar com o TCU (inclusive para dele discordar), eventual não atendimento à “solicitação” do Tribunal (na hipótese de o TCU não se convencer dos argumentos apresentados pela administração) o autorizaria, p.ex., a sustar o ato impugnado (art. 71, X, da Constituição).

(art. 71, XI, da Constituição). As ações impositivas do TCU em relação a agentes privados se revestem, como visto em tópico anterior, da roupagem de sanção. Aqui, portanto, o destinatário da norma é o poder público — e não particulares em geral.

A expressão “órgão ou entidade” também esclarece outra possível dúvida: tanto a administração direta (composta por órgãos, unidades administrativas desprovidas de personalidade jurídica própria) como a administração indireta (composta por entes, unidades administrativas dotadas de personalidade jurídica própria) podem ser destinatárias de comandos produzidos pelo Tribunal com base no inciso IX do art. 71 da Constituição. Exemplificativamente, ministérios, secretarias, autarquias e empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista) em tese poderiam receber ordens dessa natureza emitidas pelo TCU.

O texto normativo não alude expressamente à possibilidade de o Tribunal se dirigir, por meio de ordens, às administrações públicas estaduais e municipais. Essa hipótese, no entanto, estaria autorizada caso Estados e Municípios viessem a receber recursos federais — a guarda, gestão ou administração de recursos da União por outros entes federativos atrai a competência do Tribunal. Esta conclusão está calcada no parágrafo único do art. 70 da Constituição, segundo o qual o TCU é competente para fiscalizar “*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*”.

Outro importante aspecto do dispositivo que deve ser objeto de avaliação se refere aos parâmetros de controle que o TCU poderia utilizar para desempenhar a atribuição ora sob enfoque. Apesar de a Constituição ter colocado à disposição do Tribunal diversos parâmetros de controle (legalidade, legitimidade e economicidade), só lhe é dado assinar prazo para a adoção de providências para “*o cumprimento da lei, se verificada ilegalidade*”. A Constituição, nesse caso, expressamente fixou parâmetro único para a expedição de ordens pelo TCU (a legalidade). Consequentemente, não lhe seria facultado, por exemplo, assinar prazo à administração pública para a adoção de providências simplesmente por discordar de medidas (lícitas) por ela adotadas.

Caso o TCU (numa auditoria operacional) viesse a se deparar com práticas da administração pública que julgasse pouco eficientes ou problemáticas sob a perspectiva da economicidade ou efetividade, poderia, evidentemente, expedir orientações voltadas a aprimorar práticas e processos administrativos e, se fosse o caso, representar às autoridades competentes, fazendo a elas chegar a notícia de deficiências na gestão pública

e permitindo-lhes tomar as providências eventualmente cabíveis.⁴⁰³ Nem por isso a Corte de Contas poderia, exclusivamente a partir desse diagnóstico, produzir atos de comando.⁴⁰⁴

Também é preciso dizer que para que o TCU pudesse licitamente expedir ato de comando com fundamento no inciso IX do art. 71 da Constituição, o exame de legalidade precisaria ser realizado em matéria inserida na sua jurisdição direta. Na hipótese de o Tribunal identificar ilegalidades em outras matérias — por exemplo, caso viesse a constatar violação a normas de direito ambiental — lhe caberia apenas representar a quem de direito, sem impor diretamente deveres a quem quer que seja.⁴⁰⁵

E, como visto anteriormente (quando da descrição da competência do TCU para praticar atos sancionatórios), apesar de a Constituição ter genericamente autorizado o Tribunal a proceder a fiscalizações dos mais variados tipos e capazes de abarcar os mais variados objetos (art. 71, IV, da Constituição), só aquelas que envolvam matérias financeiras, orçamentárias, contábeis e patrimoniais é que o autorizarão a agir impositivamente, via edição de atos sancionatórios ou via edição de atos de comando. É que as atribuições e competências do TCU que envolvem a prática de atos impositivos

⁴⁰³ Esta foi, aliás, a postura que o próprio TCU adotou, p.ex., ao examinar as contas prestadas pela Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT relativas ao ano de 2007. Na ocasião, concluiu o Ministro Relator Walton Alencar Rodrigues que “Não havendo flagrante, explícito e objetivo descumprimento de lei, não há motivos para reprovar a conduta dos dirigentes da ANTT. Como se trata de questão com grande potencial de consumir dano ao Erário, a melhor solução é levar o caso ao conhecimento do Ministério Público Federal e da Advocacia Geral da União, para que adotem as medidas cabíveis para resguardar o bem público”.

Após o voto do Ministro Relator, acordaram os ministros em: “9.2. julgar regulares, com ressalvas as contas dos responsáveis, dando-lhes quitação (...); 9.3. enviar ao Ministério Público Federal e à Advocacia Geral da União, para as providências que julgarem cabíveis, cópia da presente deliberação, acompanhada do relatório e do voto que a fundamentam, bem como da instrução da 1ª Secex e do relatório de inspeção (v.3, fls. 649-671, e an.3, fls. 107-110) no trecho em que tratam da alienação de bens operacionais arrendados (fibras óticas) e permissão da instalação de cabos de fibras óticas em novos trechos ferroviários pela Ferrovia Bandeirantes S.A. (Ferroban), atual América Latina Logística (ALL) Malha Paulista” (Acórdão TCU 3068/2012, 1ª Câmara, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, j. 5.6.2012).

⁴⁰⁴ Esta também é a opinião de Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara, para quem “(...) esses atos de comando só podem ser editados para correção ou punição de irregularidades (‘ilegalidades’), em virtude da avaliação do Tribunal de que uma violação de norma jurídica está em curso ou foi cometida (CF, art. 71, VIII e IX). Assim, atos de comando derivam sempre e só de julgamentos do Tribunal cujo parâmetro seja a legalidade, mas não de análises críticas cujos parâmetros sejam a economicidade, a eficiência ou a efetividade. Se o Tribunal, analisando a atuação administrativa em qualquer campo, considera que tais ou quais melhorias podem ser feitas para torná-la mais eficiente, nem por isso produzirá atos de comando; o que fará é recomendar, isto é, representar à autoridade competente. Assim, apenas as ilegalidades podem ser motivo para a emissão de atos de comando do Tribunal de Contas” (SUNDFELD, Carlos Ari e ARRUDA CÂMARA, Jacintho, Competências de controle dos tribunais de contas – possibilidades e limites, *op. cit.*, p. 184).

⁴⁰⁵ No mesmo sentido, v. Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara:

“No entanto, se o Tribunal de Contas, fazendo fiscalização operacional, se depara com ilegalidades em matéria fora de sua jurisdição direta (quanto à aplicação da lei de estrangeiros, por exemplo), cabe-lhe apenas representar a quem de direito, sem impor diretamente deveres a quem quer que seja (...)” (Idem, p. 183).

(sanções ou atos de comando) foram desenhadas (inclusive historicamente) para serem desempenhadas em um específico campo de atuação (o financeiro), e não no ambiente mais amplo em que o TCU, com o tempo, passou a ser legitimado a atuar.

Só matérias financeiras em sentido amplo — isto é, que de algum modo digam respeito a receitas públicas ou despesas públicas — compõem seu campo de jurisdição específica.⁴⁰⁶ Em relação às demais matérias, que não a financeira em sentido amplo — sobre as quais eventualmente se debruça no bojo de auditorias operacionais —, o Tribunal não tem poder de intervenção direta e específica e, portanto, não tem a possibilidade de emitir atos de comando.

Nessas outras searas (que não financeiras), a Corte de Contas poderá agir de outra maneira (não impositivamente), apoiado em outras competências e atribuições. É até mesmo por isso que, no tocante a essas outras matérias, as autoridades administrativas não têm propriamente o dever de prestar contas ao TCU, porque este só conhece delas incidentalmente (por exemplo, ao fazer auditorias operacionais).⁴⁰⁷

Há, contudo, quem considere que a análise de legalidade do Tribunal poderia se estender a qualquer atividade administrativa desempenhada por entidades sujeitas à sua jurisdição. Os limites de sua atuação não estariam adstritos à matéria financeira propriamente dita, mas, sim, a qualquer questão inerente à atuação administrativa.⁴⁰⁸

⁴⁰⁶ Sobre o tema, veja-se a opinião de Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara:

“Embora o Tribunal de Contas possa fazer fiscalizações quanto aos mais variados objetos, já que a auditoria operacional é abrangente por natureza, as fiscalizações das quais podem resultar atos de comando do Tribunal são apenas as que envolvam as matérias sob sua jurisdição específica. E quais são elas? A matéria financeira, a orçamentária, a contábil e a patrimonial. Sobre as demais matérias o Tribunal não tem jurisdição específica, delas só tomando conhecimento no âmbito da fiscalização operacional, da qual, como dito, não resultam atos de comando.

De modo que os poderes de intervenção direta do Tribunal de Contas (isto é, poderes de emitir atos de comando), restritos que são ao campo sob sua jurisdição específica, são limitados materialmente. Cabe ao Tribunal assegurar: (a) a correta gestão dos recursos públicos – o que exige o exame de atos unilaterais (exemplo: atos de admissão de pessoal) ou bilaterais (exemplos: convênios e contratos de compras) e de procedimentos (exemplo: licitação de obras) pelos quais, direta ou indiretamente, se realizam a despesa pública e a receita pública (fiscalização financeira); (b) a correta execução do orçamento público – o que envolve a análise tanto da observância das leis orçamentárias anuais e plurianuais quanto das normas mais gerais que condicionam sua execução, como a Lei de Responsabilidade Fiscal (fiscalização orçamentária); (c) a correta contabilização dos recursos (fiscalização contábil); e (d) a correta gestão do patrimônio público, envolvendo a aquisição, alienação e administração dos bens móveis e imóveis (fiscalização patrimonial)” (Idem, p. 184).

⁴⁰⁷ Nesse sentido, v. Carlos Ari Sundfeld e de Jacintho Arruda Câmara:

“Quanto às demais matérias sobre as quais eventualmente se debruça no bojo de auditorias operacionais, o Tribunal de Contas não tem poder de intervenção direta e específica, nem tem a possibilidade de emitir qualquer ato de comando. Por isso, no tocante a essas outras matérias as autoridades administrativas não têm propriamente o dever de prestar contas ao Tribunal, pois este só conhece delas incidentalmente, ao fazer auditorias operacionais” (Idem, p. 185).

⁴⁰⁸ Esse é, p.ex., o posicionamento de Carolina Barros Fidalgo, manifestado em estudo sobre as possibilidades e limites do controle das agências reguladoras pelo TCU. Confira-se:

Nessa visão, “o Tribunal de Contas, em matéria regulatória, por exemplo, estaria impedido apenas de interferir em decisões de caráter discricionário (político) tomadas por ente estatal. Mas, se houvesse alguma suposta ilegalidade, caberia, sim, atuação repressora direta do Tribunal de Contas”.⁴⁰⁹

Como afirmam Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara, essa leitura ampliativa acaba por baralhar o perfil de todas as competências constitucionalmente atribuídas ao TCU. “As atribuições do Tribunal, sem dúvida, cresceram com o advento da Constituição de 1988, mas no sentido de introduzir um novo tipo de análise e de fiscalização (a operacional), e não no de fazer do órgão um revisor geral da atividade administrativa federal”.⁴¹⁰

Conclusão em sentido diverso se equivocaria ao não levar em consideração que caso o TCU pudesse usar todos os seus instrumentos de controle (inclusive os de intervenção direta) em fiscalizações mais amplas (que também abarcassem a atividade administrativa em geral), o órgão inevitavelmente deixaria de ser o que a Constituição expressa e inequivocamente disse que ele é (órgão de controle *externo*) e passaria a assumir funções que o Texto Constitucional não lhe conferiu — tornando-se, assim, administrador de segunda ordem, instância de revisão geral da administração. A realidade é que aspectos da atividade administrativa em geral só se sujeitam a consideração pelo Tribunal de natureza diversa, menos interventiva, que resulta da chamada fiscalização operacional.

“E, realmente, não é outro o entendimento que se pode extrair do ordenamento constitucional brasileiro, que atribui à Corte de Contas o controle operacional dos órgãos e entidades da Administração Pública sob os parâmetros da sua legalidade, legitimidade e economicidade, o que denota a amplitude do seu poder fiscalizador. (...).

Enfim, de acordo com o que foi exposto, é amplo o âmbito da fiscalização a ser exercida pelas Entidades Fiscalizadoras Superiores, como é o caso do Tribunal de Contas da União. Trata-se de uma tendência mundial de ampliação do controle exercido sobre os agentes reguladores. No Brasil, essa ampliação tornou-se possível, como visto, com a promulgação da Constituição Federal, que previu a competência do Tribunal de Contas da União para o controle operacional da Administração Pública, sob o prisma tanto da legalidade, quanto da economicidade e da legitimidade. (...).

Muito embora tenha havido, de fato, uma ampliação desse controle com a promulgação da Constituição Federal de 1988, isso não significa que esse Tribunal possa usurpar as competências das agências reguladoras para passar a ditar as regras de regulação dos setores.

Os Tribunais de Contas devem, sempre que as decisões das agências se demonstrarem razoáveis, adotar uma postura de deferência. Entre várias opções ou interpretações razoáveis, deverá ser respeitada a adotada pela agência reguladora, órgão técnico ao qual a lei conferiu primariamente a competência para decidir a matéria” (FIDALGO, Carolina Barros. O controle do Tribunal de Contas da União sobre as Agências Reguladoras Independentes: análise de alguns casos concretos e definição de possíveis limites. In: LANDAU, Elena (coord.). *Regulação Jurídica do Setor Elétrico*. Tomo II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 96, 99-100 e 109).

⁴⁰⁹ Essa visão sobre as possibilidades e limites do controle do TCU é relatada por Sundfeld e Arruda Câmara em “Competências de controle dos tribunais de contas – possibilidades e limites” (*op. cit.*, p. 186).

⁴¹⁰ Idem, *ibidem*.

Há dois interessantes casos que revelam que a Constituição, quando quis outorgar esse tipo de atribuição a órgãos de fiscalização (transformando-os em revisores gerais da atividade administrativa), o fez de maneira expressa. O primeiro deles diz respeito ao Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que, por determinação do § 4º do art. 103-B (inserido no Texto Constitucional pela emenda 45/2004), é competente para “o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário”, podendo, inclusive, “apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário” e “desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei” (art. 103-B, § 4º, II).⁴¹¹ O CNJ, diferentemente do TCU, recebeu do próprio Texto Constitucional a atribuição de revisar atos administrativos em geral praticados pelo Judiciário. O segundo caso se refere ao Conselho Nacional do Ministério Público, o qual, por determinação do art. 130-A (também inserido na Constituição pela EC 45/2004), é competente para controlar “a atuação administrativa e financeira do Ministério Público” (§ 2º), até mesmo para apreciar, desconstituir ou rever a legalidade dos atos administrativos praticados por seus membros e órgãos — no âmbito da União e dos Estados (§ 2º, II).

De todo o exposto se conclui que o Tribunal pode assinar prazo para a adoção de providências por órgão ou ente da administração pública (em regra federal, mas, a depender do caso, também estadual ou municipal), desde que o faça a partir de um controle de legalidade adstrito a matéria financeira em sentido amplo (que de algum modo envolva receitas ou despesas públicas).

A LOTCU, ao disciplinar o tema, novamente optou por não traçar definições claras, eximindo-se de fazer escolhas e de explicitar as possibilidades e limites do Tribunal, praticamente se limitando a remeter a disciplina pormenorizada do tema ao regimento interno do órgão.⁴¹² Ao fazê-lo, o legislador absteve-se de esclarecer aspectos

⁴¹¹ Idem, p. 189.

⁴¹² Confira-se o que a LOTCU diz sobre o tema:

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

A LOTCU, no art. 43, incisos I e II, também previu consequências jurídicas para a hipótese de eventual fiscalização de atos e contratos não identificar qualquer tipo de ilegalidade ou de irregularidade (inciso I) e para a hipótese de apenas serem identificados problemas pela ótica da legitimidade e da economicidade. Confira-se o teor do dispositivo:

“Art. 43. Ao proceder à fiscalização de que trata este capítulo [atos e contratos], o Relator ou o Tribunal:

I - determinará as providências estabelecidas no Regimento Interno, quando não apurada transgressão a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, ou for constatada, tão-somente, falta ou impropriedade de caráter formal;

substantivos da atribuição criada pela Constituição, postergando a solução de dúvidas decorrentes da redação do dispositivo constitucional (muitas das quais foram acima arroladas) e fortalecendo o TCU (já que jogou o detalhamento do tema para seu regimento interno).

O regimento interno do Tribunal, por sua vez, nos arts. 249 e ss., criou regras de alguma maneira conectadas à sua atribuição para ordenar a prática de atos concretos por terceiros.⁴¹³ Destaco, na sequência, dispositivos relevantes para fins de delimitação das possibilidades e limites do seu controle.

II - se verificar a ocorrência de irregularidade quanto à legitimidade ou economicidade, determinará a audiência do responsável para, no prazo estabelecido no Regimento Interno, apresentar razões de justificativa”.

⁴¹³ Veja-se o teor dos dispositivos pertinentes do RITCU:

“Art. 249. Para assegurar a eficácia do controle e para instruir o julgamento das contas, o Tribunal efetuará a fiscalização dos atos de que resulte receita ou despesa, praticados pelos responsáveis sujeitos à sua jurisdição, competindo-lhe, para tanto, em especial:

I – realizar fiscalizações, na forma estabelecida nos arts. 238 a 243;

II – fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais a que se refere o inciso XVIII do art. 1º, na forma estabelecida em ato normativo;

III – fiscalizar, na forma estabelecida no art. 254, a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a estado, ao Distrito Federal, a município, e a qualquer outra pessoa, física ou jurídica, pública ou privada;

Art. 250. Ao apreciar processo relativo à fiscalização de atos e contratos, o relator ou o Tribunal:

I – determinará o arquivamento do processo, ou o seu apensamento às contas correspondentes, se útil à apreciação destas, quando não apurada transgressão a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial;

II – determinará a adoção de providências corretivas por parte do responsável ou de quem lhe haja sucedido quando verificadas tão somente falhas de natureza formal ou outras impropriedades que não ensejem a aplicação de multa aos responsáveis ou que não configurem indícios de débito e o arquivamento ou apensamento do processo às respectivas contas, sem prejuízo do monitoramento do cumprimento das determinações;

III – recomendará a adoção de providências quando verificadas oportunidades de melhoria de desempenho, encaminhando os autos à unidade técnica competente, para fins de monitoramento do cumprimento das determinações;

IV – determinará a audiência do responsável para, no prazo de quinze dias, apresentar razões de justificativa, quando verificada a ocorrência de irregularidades decorrentes de ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico, bem como infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária ou patrimonial.

V – determinará a oitiva da entidade fiscalizada e do terceiro interessado para, no prazo de quinze dias, manifestarem-se sobre fatos que possam resultar em decisão do Tribunal no sentido de desconstituir ato ou processo administrativo ou alterar contrato em seu desfavor.

§ 1º Acolhidas as razões de justificativa, o Tribunal declarará esse fato mediante acórdão e, conforme o caso, adotará uma das providências previstas no inciso I.

§ 2º Não elidido o fundamento da impugnação, o Tribunal aplicará ao responsável, no próprio processo de fiscalização, ressalvado o disposto no art. 206, a multa prevista no inciso II ou III do art. 268 e determinará o apensamento do processo às contas correspondentes.

§ 3º Na oportunidade do exame das contas, será verificada a conveniência da renovação da determinação das providências de que trata o inciso II do caput, com vistas a aplicar oportunamente, se for o caso, o disposto no § 1º do art. 209.

§ 4º O apensamento, às respectivas contas, de processos referentes a atos de admissão de pessoal e concessão de aposentadoria, pensão e reforma será regulamentado em ato normativo.

§ 5º A aplicação de multa em processo de fiscalização não implicará prejuízo das contas ordinárias da unidade jurisdicionada, devendo o fato ser considerado no contexto dos demais atos de gestão do período envolvido.

Curiosa é a previsão do art. 250, III. Fala-se no dispositivo que o relator, ao apreciar processos relativos a fiscalização de atos e contratos, “*recomendará* a adoção de providências quando verificadas oportunidades de melhoria de desempenho, encaminhando os autos à unidade técnica competente, para fins de monitoramento do cumprimento das *determinações*”. O dispositivo inicia dizendo que o relator poderá *recomendar* algo para, logo depois, falar no monitoramento do cumprimento de *determinações*. A quais determinações o RITCU estaria aludindo? Seriam as recomendações (do início do dispositivo), em verdade, determinações? Apesar de o verbo “determinar” remeter à ideia de ordens cogentes e de o verbo “recomendar” remeter à ideia de sugestões, seriam eles sinônimos para o Tribunal?

As respostas a essas indagações devem levar em consideração que, no caso do dispositivo em comento, seria impertinente falar em determinações (ordens cogentes). Isso porque a norma vincula o agir do TCU à *constatação de oportunidades de melhoria de desempenho*, isto é, à elaboração de diagnóstico construído a partir dos parâmetros de controle legitimidade e economicidade em matéria típica de fiscalização operacional (por meio da qual, entre outras coisas, se afere o desempenho de instituições). Noutras palavras, o dispositivo não envolve controle de legalidade em matéria financeira (requisitos obrigatórios para a emissão de ato de comando pelo Tribunal).

Como visto anteriormente, atos de comando (determinações) só podem ser licitamente produzidos pelo Tribunal se resultarem de controle de legalidade em matéria que lhe seja própria (financeira, em sentido amplo). À luz do quadro de competências previsto pela Constituição para o TCU, fiscalizações realizadas em outros domínios ou baseadas em outros parâmetros de controle não podem licitamente dar ensejo a ordens pela Corte de Contas. Nessas hipóteses, só lhe caberia mesmo orientar ou recomendar.

Independentemente da nomenclatura empregada pelo RITCU, o produto da ação do Tribunal baseada no art. 250, III, não poderia ter caráter vinculante, razão pela qual o poder público, se entendesse conveniente e oportuno, poderia “descumprir” eventuais

§ 6º Caso as matérias objeto da oitiva de que trata o inciso V demandem urgente decisão de mérito, a unidade técnica responsável pela fiscalização dará a elas prioridade na instrução processual, deixando para propor as medidas constantes dos incisos II, III e IV em momento posterior à deliberação do Tribunal sobre aquelas questões.

§ 7º Observar-se-ão em relação à oitiva prevista no inciso V as normas aplicáveis à audiência, no que couber.

Art. 251. Verificada a ilegalidade de ato ou contrato em execução, o Tribunal assinará prazo de até quinze dias para que o responsável adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, com indicação expressa dos dispositivos a serem observados, sem prejuízo do disposto no inciso IV do caput e nos §§ 1º e 2º do artigo anterior”.

observações do TCU produzidas a partir desse dispositivo. Para tanto, deveria, claro, justificar seu posicionamento, respeitando o ônus argumentativo criado pela emissão de orientações pelo Tribunal.

É esse, inclusive, o sentido da resolução 265, de 9 de dezembro de 2014, editada pelo TCU para fixar critérios para a emissão de determinações, recomendações e ciências pelo Tribunal. De acordo com seu art. 2º, determinações só podem ser expedidas pela Corte de Contas em caso de violação de “normativo”, “legislação” ou “jurisprudência” (ilegalidades, portanto).⁴¹⁴ Já as recomendações, segundo se observa do anexo II da resolução, podem ser emitidas em caso de identificação de “impropriedade/falha”, não sendo de observância obrigatória pela administração pública — tanto é assim que a resolução prevê que recomendações sejam expedidas de acordo com a seguinte fórmula: “recomendar ao(s) [órgãos(s)/entidade(s)/unidade(s)], com fundamento no art. 250, III, do Regimento Interno do TCU, que avalie(m) a *conveniência e a oportunidade* de [proposta de melhorias] com vistas a [melhoria/aperfeiçoamento esperado]”.

Se para o próprio TCU, como se depreende da resolução 265, a identificação de “oportunidades de melhoria de desempenho” só poderia dar ensejo a recomendações, por que, então, o art. 250, III, do RITCU teria mencionado o termo “determinações” em sua parte final?

Uma possível explicação é a de que o Tribunal, apesar do discurso consistente segundo o qual determinações e recomendações seriam coisas distintas e teriam cabimento em situações diferentes⁴¹⁵, na prática as utilize sem muito rigor, equiparando-

⁴¹⁴ A referência do dispositivo à violação da jurisprudência do TCU como suposto fato capaz de ensejar a elaboração de determinações parece ser uma tentativa da Corte de Contas de ampliar, via regulamento, as possibilidades de controle pelo TCU. Afinal, segundo dispõe o inciso IX do art. 71 da Constituição, apenas *ilegalidades* (em matéria financeira) podem dar ensejo à expedição de ordens pelo Tribunal — isto é, violação às normas legais (não à jurisprudência do TCU, órgão que, como se sabe, não tem o poder de dizer o Direito, tal qual o Judiciário).

⁴¹⁵ Veja-se, p.ex., trecho do voto do Min. Benjamin Zymler no Acórdão 1.756, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 10.11.2004:

“31. Finalmente, resalto que, no exercício do controle externo das concessões de serviços públicos, o TCU se defronta com dois tipos de atos praticados pelas agências reguladoras: os vinculados e os discricionários. Quando os atos supostamente irregulares forem do primeiro tipo, ou seja, *quando as entidades reguladoras tiverem violado expressa disposição legal, o Tribunal pode determinar a esses entes que adotem as providências necessárias à correção das irregularidades detectadas*. Por outro lado, *quando se tratar de atos discricionários, praticados de forma motivada e visando satisfazer o interesse público, esta Corte de Contas pode unicamente recomendar a adoção de providências consideradas por ela mais adequadas*. Afinal, nessa última hipótese, a lei conferiu ao administrador uma margem de liberdade, a qual não pode ser eliminada pelo TCU.

32. Contudo, se o ato discricionário sob enfoque contiver vício de ilegalidade ou se tiver sido praticado por autoridade incompetente, se não tiver sido observada a forma devida, se o motivo determinante e declarado de sua prática não existir ou, ainda, se estiver configurado desvio de finalidade, esta Corte de Contas será competente para avaliá-lo e para determinar a adoção das providências necessárias

as. Como se verá no tópico voltado a explorar a competência do TCU para orientar, há indícios relevantes de que a Corte de Contas, mesmo sem dizê-lo, acabe com certa frequência emitindo determinações no lugar de recomendações e, nalguns casos, atribuindo caráter vinculante a recomendações.

Destaco, por fim, que no que diz respeito à identificação de ilegalidades relativas a atos e contratos propriamente dita, o RITCU praticamente se limitou a repetir o teor do inciso IX do art. 71 da Constituição (v. art. 251). O único acréscimo consistiu na previsão de que o Tribunal poderia assinar prazo de até 15 dias para que órgão ou ente da administração adote as providências por ele indicadas. Afora isso, manteve em aberto as dúvidas acerca das possibilidades e limites de controle pelo TCU.

Na sequência, abordarei uma manifestação em particular da atribuição do TCU para ordenar a prática de atos concretos por terceiros. Trata-se de sua atribuição para realizar exame prévio de editais de licitação, no bojo da qual está inserida sua competência para determinar correções em editais de licitação já publicados. Por representar parte muito significativa da atividade de controle contemporânea do TCU (fonte de uma série de divergências sobre as possibilidades e limites do órgão), será tratada em tópico apartado.

5.2.1. Ordenar correções em editais de licitação

A possibilidade de o TCU ordenar a adoção de medidas corretivas em editais de licitação publicados — desempenhando, assim, um tipo de controle prévio à assinatura de contratos pelo poder público e à efetiva realização de despesas — encontra respaldo na legislação infraconstitucional, mais especificamente no art. 113 da lei 8.666, de 21 de junho de 1993 – Lei de Licitação.

Antes de expor o conteúdo do dispositivo e de abordar alguns dos desafios práticos ligados à implementação de seus comandos pelo Tribunal, farei breve incursão na legislação pretérita com a finalidade de expor o modo como as normas vêm disciplinando o controle de contratações públicas pelo TCU e a maneira pela qual elas têm lidado com o ingrediente temporal do controle nesse domínio em específico.

ao respectivo saneamento, podendo, inclusive, determinar a anulação do ato em questão. Assim sendo, será sempre necessária uma análise caso a caso para determinar a existência de um desses vícios ensejadores da ação corretiva do TCU” (grifos acrescentados).

Esse exercício, ao contrastar as normas já revogadas com as vigentes, fornece informações essenciais para a correta leitura do ordenamento jurídico atual e, conseqüentemente, para a adequada compreensão das possibilidades e limites do TCU ao desempenhar a atribuição ora sob enfoque.

5.2.1.1. *Mudanças no momento do controle pelo Tribunal de Contas da União: do registro prévio de despesas ao controle a posteriori*

Como visto anteriormente, o TCU foi criado em 1890 (decreto 966-A) com a finalidade precípua de combater o excesso de despesas do Estado.⁴¹⁶ O diagnóstico era o de que os administradores frequentemente gastavam mais do que o orçamento previa para suas respectivas pastas, dando ensejo à criação de órgão dotado de mecanismos capazes de controlar a maneira pela qual o executavam.⁴¹⁷

Casava-se bem com esse grande objetivo o modelo de *controle prévio de despesas do governo*, desenhado pela Constituição de 1891. Dizia o Texto Constitucional que “É instituído um Tribunal de Contas para liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, *antes* de serem prestadas ao Congresso (...)” (art. 89).⁴¹⁸ Por conta desse instrumento, os contratos, antes de produzirem efeitos — e, conseqüentemente, de gerarem despesas orçamentárias efetivas —, deveriam se submeter a registro perante o

⁴¹⁶ V. SPECK, Bruno Wilhelm, *Inovação e Rotina no Tribunal de Contas da União*, *op. cit.*, p. 38

⁴¹⁷ Idem, *ibidem*.

⁴¹⁸ Ruy Barbosa explicou a dinâmica criada pelo art. 89 da Constituição de 1891 da seguinte maneira: “Esse Tribunal, portanto, é de instituição constitucional. Suas funções consistem, privativamente em: 1º liquidar as contas da receita e despesa; 2º verificar sua legalidade. Essa liquidação, porém, assim como essa verificação não de se operar antes de apresentadas as contas ao Congresso.

O processo de liquidar a receita e a despesa, portanto, e verificar a sua legitimidade é um processo prévio: tem de anteceder o exercício das funções do Congresso Nacional, tocantes à receita e despesa.

Destarte, quando essa autoridade, a única a que está sujeito o Tribunal de Contas, faz as leis de receita e despesa conhecendo, em última instância, do exame das contas, a que ele procedeu, ultimado está esse processo, pelo exercício da autoridade soberana que o remata.

Já não se pode cogitar outra vez da liquidação dessas mesmas contas, nem da apuração da sua legalidade.

Uma e outra foram ventiladas e decididas, suprema e definitivamente pelas autoridades a que a Constituição proveu no julgamento dessas matérias: a do Tribunal de Contas, em primeira instância e, em grau final, a do Congresso. (...)

Assim, quando esse Tribunal *liquidou* as contas, quando as declarou legais, instaurou-se a competência do Congresso para examinar a liquidação, para considerar o julgamento da legalidade; e, exercidas tais funções, esgotaram-se todas as que a Constituição lhe cometeu no concernente a essas contas, cuja regularidade e legalidade ficam, para todos os efeitos, irrecorrivelmente, sentenciadas e aprovadas, não havendo mais nenhum poder, a quem assista o direito de as alterar, embarçar ou suspender” (BARBOSA, Ruy, *Commentários à Constituição Federal Brasileira*, *op. cit.*, pp. 451-452).

TCU.⁴¹⁹ Sem a aprovação do órgão controlador a contratação em regra não poderia ser executada.⁴²⁰

A técnica do registro prévio, defendida com veemência por Ruy Barbosa⁴²¹, fora implementada pela primeira vez na Holanda, em 1820, e, posteriormente, em países como a Bélgica, Itália, Portugal, Chile e Japão.⁴²² Uma das principais consequências práticas dessa opção do legislador era o *compartilhamento da função administrativa entre os gestores públicos e os órgãos de controle*, já que a decisão da administração, para que pudesse ser implementada, necessariamente dependia do aval do órgão controlador.⁴²³ Como afirma Eduardo Jordão, “Neste contexto, o Tribunal de Contas participava da decisão administrativa que gerava gastos, atuando como um ‘quase-administrador’”.⁴²⁴ O TCU manteve esse enorme poder até 1967, em regra atuando por meio do registro prévio, inclusive em matéria de contratações públicas.

É possível que a principal novidade ligada às atribuições do TCU disciplinadas pelo Direito desde a Constituição de 1891 tenha surgido com a promulgação da

⁴¹⁹ Como aponta Bruno Speck, em 1911 a legislação passou a fazer menção expressa aos contratos, inequivocamente incluindo-os na sistemática do registro prévio. Na sequência, diz o citado autor que:

“A partir de 1934, essa área [contratos] será incorporada explicitamente nos textos constitucionais. Agora, os contratos serão fiscalizados pelo Tribunal e, como os outros atos do governo, serão submetidos à mesma condição do registro prévio para terem validade. Porém, na hipótese de recusa desse registro, a decisão final não será do Tribunal, como no caso das aposentadorias, nem condicional, como no caso das despesas. Ao contrário, a decisão é unicamente do Congresso Nacional, que deve opinar sobre a legalidade dos compromissos contratuais assumidos pelos administradores” (SPECK, Bruno Wilhelm, *Inovação e Rotina no Tribunal de Contas da União*, op. cit., p. 66).

⁴²⁰ Constituições posteriores à de 1891 criaram a opção de o registro ser efetuado mesmo com as ressalvas apontadas em análise do TCU, caso houvesse deliberação específica nesse sentido do Presidente da República. Nessas hipóteses, ocorreria o chamado “registro sob reserva” (art. 101, § 2º da Constituição de 1934 e art. 77, § 3º da Constituição de 1946).

⁴²¹ Ruy Barbosa, ao discorrer sobre os dois grandes modelos de controle (*a posteriori* e *a priori*), afirmou o seguinte:

“Dos dois sistemas, o último [controle prévio] é o que satisfaz cabalmente os fins da instituição, o que dá toda a elasticidade necessária ao seu pensamento criador. Não basta julgar a administração, denunciar o excesso cometido, colher a exorbitância, ou a prevaricação, para as punir. Circunscrita a estes limites, essa função tutelar dos dinheiros públicos será muitas vezes inútil, por omissa, tardia, ou impotente. Convém levantar, entre o poder que autoriza periodicamente a despesa e o poder que cotidianamente a executa, um mediador independente, auxiliar de um e de outro, que, comunicando com a legislatura, e intervindo na administração, seja não só o vigia, como a mão forte da primeira sobre a segunda, obstando a perpetuação das infrações orçamentárias, por um veto oportuno aos atos do Executivo, que direta ou indireta, próxima ou remotamente, discrepem da linha rigorosa das leis de finanças” (BARBOSA, Ruy, *Commentários à Constituição Federal Brasileira*, op. cit., p. 432).

⁴²² Cf. SPECK, Bruno Wilhelm, *Inovação e Rotina no Tribunal de Contas da União*, op. cit., p. 52.

⁴²³ Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara explicam que “Nesse sistema, a realização das atividades financeiras estatais dependia tanto da decisão dos entes administrativos propriamente ditos como também da atuação dos órgãos de controle. Do ponto de vista institucional, os órgãos de controle participavam da deliberação de contratar particulares para tarefas administrativas. A função de administração financeira era, de certa forma, partilhada entre os gestores públicos e os órgãos de controle.” (SUNDFELD, Carlos Ari e ARRUDA CÂMARA, Jacintho, *Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites*, op. cit., p. 193).

⁴²⁴ JORDÃO, Eduardo, *A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – controlador ou administrador?*, op. cit., p. 216.

Constituição de 1967. Esse Texto Constitucional, muito provavelmente em razão do crescimento do Estado, de suas funções e do volume de contratos por ele celebrados, fez com que o controle exercido pelo Tribunal passasse, em regra, a ser feito *a posteriori* — e não *a priori*, como antes (Constituição de 1967, arts. 71 a 73).⁴²⁵

De acordo com Sundfeld e Arruda Câmara, por conta da incrível expansão das funções estatais na segunda metade do século XX e da ampliação dos organismos estatais sujeitos a controle (aos poucos foram incluídas ao universo de órgãos controláveis — onde figurava, na origem, apenas o Poder Executivo — as autarquias, as fundações, as empresas públicas e as sociedades de economia mista), a manutenção do modelo de controle prévio de despesas tornou-se inadequado. É que para ser preservado seria preciso replicar, dentro da estrutura do TCU, a estrutura burocrática das mais diversas unidades gestoras — medida desarrazoada e, em termos reais, inexecutável. “Ademais, a ação administrativo-financeira poderia se tornar inviável, ou ao menos ineficiente, pelo risco de frequentes conflitos de visão entre o gestor e o controlador, levando ao impasse”.⁴²⁶

A função de controle, assim, passou a se centrar na *repressão ao gasto ineficiente, ilegítimo ou ilegal de recursos públicos*, permitindo que a administração firmasse e executasse contratos com mais autonomia. Abandonou-se a ideia de que o controle tinha que ser total, absoluto.

Essa não foi, no entanto, a única alteração nas atribuições do Tribunal promovida pela Constituição de 1967. Como que em compensação à significativa mitigação de seus

⁴²⁵ Bruno Wilhelm Speck aponta para outra razão que também pode ter motivado esta mudança. De acordo com o autor, “O governo militar tinha um amplo projeto de reforma econômica para implementar os planos de desenvolvimento. Fez parte desse projeto uma considerável reforma administrativa e financeira, com um impacto evidente sobre os órgãos de controle. Além dessas mudanças na sistemática da administração financeira, as reformas políticas também teriam um impacto sobre a posição do Tribunal de Contas. (...) Um dos pilares do autoritarismo militar era o fortalecimento do Executivo e a sucessiva limitação do espaço dos outros poderes – Legislativo e Judiciário” (SPECK, Bruno Wilhelm, *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União*, *op. cit.*, p. 67).

⁴²⁶ SUNDFELD, Carlos Ari e ARRUDA CÂMARA, Jacintho, *Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites*, *op. cit.*, p. 193.

Bruno Wilhelm Speck, em sintonia com Sundfeld e Arruda Câmara, traça um interessante diagnóstico sobre a mudança no tipo de controle realizado pelos Tribunais de Contas. Confira-se:

“A mudança do sistema de registro prévio para a fiscalização posterior não era uma modificação secundária. Ela alteraria profundamente o caráter da fiscalização, que até então era quase-administrativa. Os argumentos contra a sistemática do controle prévio eram de ordem prática. Com o crescimento da administração pública e a multiplicação das repartições, o Tribunal se veria forçado a se organizar internamente espelhando a estrutura da administração pública, caso quisesse registrar as despesas de cada repartição previamente. O processo de registro, de um lado, emperrava a administração, porque atrasava a execução orçamentária. De outro lado, os prazos exíguos dados ao Tribunal para manifestação não permitiam uma efetiva verificação da legalidade e da regularidade dos atos, como previsto. A filosofia do controle total sobre todos os atos e a sistemática do embargo prévio a despesas consideradas irregulares foram abandonadas.” (SPECK, Bruno Wilhelm, *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União*, *op. cit.*, pp. 68-69).

poderes, previu-se, como destaquei em tópico anterior, a existência de novo instrumento de fiscalização: a inspeção ou auditoria.⁴²⁷ Dessa forma, a base dos processos a serem aprovados pelo TCU não mais seria composta exclusivamente pelas informações e documentos fornecidos pela administração. “As investigações e auditorias *in loco* poderiam ser realizadas pelo próprio corpo técnico do Tribunal de Contas. A lógica não deveria mais ser de um controle global de despesas. Ao contrário, o instrumento de fiscalização por meio de auditorias seria seletivo”, segundo critérios fixados pela própria Corte de Contas.⁴²⁸

Outra “compensação” ao fim do registro prévio de despesas foi a criação, pelo Texto Constitucional de 1967, de um sistema de controle interno (algo que também já destaquei anteriormente neste texto). O controle sobre a legalidade dos atos e adequação ao orçamento durante o registro prévio de alguma maneira amparava o governo de problemas que poderiam ocorrer em função de ordenações de despesas sem controle. Com a abolição do registro prévio, essa função tinha que ser desempenhada por outro arranjo institucional. O sistema de controle interno foi introduzido com essa finalidade de fiscalizar as despesas dos administradores, reforçando a noção de que o TCU, quando lhe competia o registro prévio de despesas, exercia papel de “quase-administrador”.⁴²⁹

Os Textos Constitucionais posteriores, introduziram uma série de inovações relativas às competências e atribuições do Tribunal, mas a tônica sobre o controle *a posteriori* inequivocamente se manteve inalterada, mesmo na Constituição de 1988.⁴³⁰

⁴²⁷ Confira-se a redação do dispositivo da Constituição de 1967 que disciplinava as competências do Tribunal de Contas: “Art. 71 - A fiscalização financeira e orçamentária da União será exercida pelo Congresso Nacional através de controle externo, e dos sistemas de controle interno do Poder Executivo, instituídos por lei.

(...)

§ 3º - A auditoria financeira e orçamentária será exercida sobre as contas das unidades administrativas dos três Poderes da União, que, para esse fim, deverão remeter demonstrações contábeis ao Tribunal de Contas, a quem caberá realizar as *inspeções que considerar necessárias*.

§ 4º - O julgamento da regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis será baseado em levantamentos contábeis, certificados de auditoria e pronunciamentos das autoridades administrativas, sem prejuízo das inspeções referidas no parágrafo anterior. § 5º - As normas de fiscalização financeira e orçamentária estabelecidas nesta seção aplicam-se às autarquias” (grifos acrescentados).

⁴²⁸ SPECK, Bruno Wilhelm, *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União*, *op. cit.*, p. 69.

⁴²⁹ *Idem*, *ibidem*. Sobre a distinção entre controle interno e controle externo, v. Ag. Reg. na Pet. 3.606-9, DF, Plenário do STF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 21.09.2006.

⁴³⁰ É o que se conclui, inclusive, da análise da história legislativa da Constituição de 1988. Lembre-se que em diversos momentos a ANC discutiu se o controle especificamente sob a responsabilidade dos tribunais de contas deveria ser em regra realizado anteriormente, concomitantemente ou posteriormente à prática de atos administrativos. Apesar de diversos constituintes terem verbalizado apoio à ampliação dos controles prévio e concomitante pelos tribunais de contas, fato é que os anteprojetos que circularam pela ANC optaram por privilegiar o controle *a posteriori* (opção essa que, ao final, ficou plasmada no Texto Constitucional promulgado).

Isso não quer dizer, claro, que o TCU esteja absolutamente impedido de fazer controle preventivo, prévio à efetiva realização de despesas. Pode realizá-lo, mas apenas nos casos expressamente elencados pela legislação; conclusão em sentido contrário subverteria a lógica geral do ordenamento jurídico.⁴³¹

A existência de alguma competência destinada à prevenção de possível irregularidade “não se confunde com o papel interventivo e centralizador equivalente ao que existia no modelo institucional abandonado desde 1967”.⁴³² Nesse contexto, como afirma Eduardo Jordão, cumpre ao intérprete dar efetividade a essa escolha do legislador.⁴³³

É interessante notar, contudo, que apesar de a legislação apontar como regra o controle posterior, o TCU, de um modo geral, parece adotar um discurso que deixa transparecer certa preferência da instituição pelo controle preventivo — que supostamente seria mais eficiente e eficaz para combater malfeitos e para evitar ilícitos ou irregularidades em geral.⁴³⁴ “Fazer menos autópsias e mais biópsias”, como afirmou um dos entrevistados, parece ser uma meta do Tribunal — isto é, remediar e prevenir o mal antes que ele se consume.⁴³⁵ Evidentemente que mesmo dentro do TCU há quem pense de maneira diferente.⁴³⁶

O diagnóstico de que a Constituição de 1988 deu preferência ao controle posterior pelo TCU também parece ser compartilhado por Pedro Roberto Decomain. Veja-se:

“No Brasil, os Tribunais e Conselhos de Contas usualmente exercem suas funções apenas depois de realizada a receita e a despesa pública, cujo controle lhes incumbe. Sua atuação se dá, na grande maioria das hipóteses, *a posteriori*” (DECOMAIN, Pedro Roberto. *Tribunais de Contas no Brasil*, *op. cit.*, p. 179).

⁴³¹ Luís Roberto Barroso aponta na mesma direção. Para o autor, “No sistema brasileiro, a atividade de fiscalização contábil, financeira e orçamentária, mediante controle externo do Tribunal de Contas, é, de regra, exercida *a posteriori*, e não *a priori*. Salvo exceção expressa, não tem apoio constitucional qualquer controle prévio sobre atos ou contratos da Administração direta ou indireta, nem sobre a conduta de particulares que tenham gestão de bens ou valores públicos” (BARROSO, Luís Roberto, *Temas de Direito Constitucional*, *op. cit.*, p. 235).

⁴³² SUNDFELD, Carlos Ari e ARRUDA CÂMARA, Jacintho, Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites, *op. cit.*, p. 196.

⁴³³ V. JORDÃO, Eduardo, A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – controlador ou administrador?, *op. cit.*, p. 218.

⁴³⁴ Na opinião de Floriano de Azevedo Marques Neto, órgãos de controle em geral (não só o TCU, portanto) estariam, na prática, realizando mais controle prévio e concomitante do que controle posterior. V. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, Os grandes desafios do controle da administração pública, *op. cit.*, p. 223.

⁴³⁵ Nesse sentido, v., p. ex., o depoimento do Entrevistado H ao ser indagado sobre qual seria, na sua avaliação, a grande função do Tribunal nos dias de hoje:

“O papel do TCU está em processo de transformação. Durante muito tempo, o TCU foi aquele órgão que analisava as coisas que tivessem erradas, digamos assim, e aplicava sanções. Então, as pessoas temiam muito o TCU por causa desse viés sancionador, por causa dessa atuação bastante reativa de verificar o ato praticado, a irregularidade, etc. Nos últimos anos, tem ocorrido uma modificação nessa abordagem e o TCU tem se tornado um pouco mais pró-ativo. Então hoje o papel do TCU é muito mais de entender como são formuladas as políticas públicas, de entender como os órgãos atuam, de identificar riscos nessa atuação e recomendar correções de rumos com vistas a prevenir ocorrências, ao invés de atuar posteriormente.

Essa postura do Tribunal, no entanto, não é exatamente nova.⁴³⁷ Talvez por conta desse discurso bastante difuso no TCU, e que se repete há muitos anos, alguns autores afirmam que a Corte de Contas nunca de fato teria chegado a se desconectar por completo da cultura do registro prévio de despesas.⁴³⁸

A atuação preventiva do Tribunal pode eventualmente ser mais eficiente e eficaz do que sua atuação *a posteriori*; não disponho de dados para afirmar categoricamente que um tipo de controle seja em tese melhor do que o outro.⁴³⁹ O ponto central, no entanto, como indicado por Eduardo Jordão, é saber se o TCU realmente tem competência para fazer controle prévio à realização de despesas e, em caso de resposta positiva, identificar qual tipo de controle preventivo ele efetivamente está autorizado a realizar.

Como já deixei antever, a legislação (Constituição de 1988 e leis infraconstitucionais), ao menos no que tange à prática de atos de comando pelo TCU, restringiu bastante suas possibilidades de agir preventivamente. Consequência necessária desse arranjo jurídico é a de que eventual atuação preventiva do TCU que destoe dos

Esse movimento ocorreu muito em função da constatação de que atuar após o dano causado é sempre mais difícil (de você recuperar, de ressarcir o dano ao erário). Atuar preventivamente, ou concomitantemente, tem um efeito muito mais importante no bom uso do dinheiro público. Nos últimos anos houve, então, essa mudança. O papel sancionador não foi esquecido totalmente, mas há outras preocupações do TCU (em assumir um papel mais orientador e em ter uma atuação mais concomitante e até mesmo mais preventiva)” (entrevista concedida na sede do TCU, em Brasília, no dia 10.06.2015).

⁴³⁶ Veja-se, p.ex., depoimento do Entrevistado G:

“Essa questão do controle *ex-ante* e posterior [o Entrevistado faz referência a uma suposta tendência do Tribunal de valorizar o controle prévio], não sei se você concorda comigo, é um pouco decorrente até mesmo da nossa cultura, do nosso sistema normativo, da nossa formação latina. Veja bem, não sei se minha análise está correta, mas [nos] sistemas [de controle] do norte da Europa, dos EUA e tal, você tem uma liberdade anterior maior (fiscalização menos presente), mas se a pessoa for pega fazendo algo de errado vai ser punido severamente. Já nos sistemas latinos (não sei se dá para generalizar isso), você tem um controle anterior muito grande, um monte de fiscalização (pelo menos no caso brasileiro) — TCU, ministério público, órgãos de controle interno, etc. — para, no final das contas, o grau de punição, ou melhor, o grau de impunidade, ser alto. Você pode ver, p.ex., o tanto de multa que se consegue de volta, etc. E isso vale não só para o controle externo, mas para todos os órgãos de controle em geral” (entrevista concedida na sede do TCU, em Brasília, no dia 11.06.2015).

⁴³⁷ Recorde-se que o Ministro do TCU Ewald Pinheiro chegou a se referir à mudança no momento do controle pelo Tribunal como “golpe”. Segundo o Ministro, o controle deveria ser “preventivo, tem que ser concomitante, tem o Tribunal que estar presente no momento em que o ato é praticado” (Assembleia Nacional Constituinte – Ata de Comissões, Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças, Subcomissão do Orçamento e Fiscalização, 7ª reunião extraordinária, 6.5.1987, p. 55).

⁴³⁸ Cf. SPECK, Bruno Wilhem, *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União – o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil*, São Paulo: Konrad Adenauer, 2000, p. 69.

⁴³⁹ Lembro, no entanto, que a própria Declaração de Lima da INTOSAI, apesar de ressaltar a importância de instituições superiores de controle desempenharem controle prévio, aponta o controle *a posteriori* como sendo “tarefa indispensável de toda e qualquer instituição superiores de controle, independentemente de ela ter ou não competência para fazer controle prévio” (tradução livre). Veja-se o teor do item 4 da seção II:

“*The legal situation and the conditions and requirements of each country determine whether a Supreme Audit Institution carries out pre-audit. Post-audit is an indispensable task of every Supreme Audit Institution regardless of whether or not it also carries out pre-audits*”.

parâmetros de controle fixados pela legislação necessariamente deverá ser tida como antijurídica.⁴⁴⁰

5.2.1.2. Base normativa da atribuição para ordenar correções em editais de licitação

A primeira vez que a legislação infraconstitucional sobre licitações e contratos expressamente previu (e disciplinou) o controle dessa matéria pelo TCU foi no decreto-lei 2.300, de 21 de novembro de 1986 — o que não quer dizer, claro, que antes disso o Tribunal não fosse competente para controlar as contratações públicas.⁴⁴¹ O decreto-lei 2.300, elaborado a pedido do Executivo pela Consultoria-Geral da República, estabeleceu um amplo conjunto de normas gerais sobre licitações e contratos⁴⁴² — por meio do qual procurou restringir a discricionariedade do gestor⁴⁴³ e dar ênfase especialmente aos valores igualdade, probidade e publicidade — e elegeu os tribunais de contas como um

⁴⁴⁰ A meu ver, portanto, mesmo que o controle anterior à realização de despesas pudesse ser classificado como “melhor” do que o controle *a posteriori* (tarefa que suponho ser praticamente impossível, vez que um ou outro tipo de controle poderá ser tido como “melhor” ou “pior” a depender do viés de análise), o TCU só poderia realizá-lo na medida em que autorizado pela legislação. Ao contrário do que afirmou o Entrevistado H (ao ser indagado se haveria, na sua avaliação, um descompasso entre o teor da legislação e a atuação concreta do TCU), não me parece possível que, sob o pretexto de se realizar uma interpretação “dinâmica” das normas, se possa concluir como válidas condutas que elas próprias procuraram vedar. Confira-se excerto da entrevista:

“As leis não podem ser interpretadas de maneira muito estática. As organizações evoluem e não dá para ficarmos presos à letra estática e morta da lei. E também não dá para atualizarmos todas as leis o tempo todo. É inviável. Socorremos-nos um pouco da jurisprudência (do próprio TCU). Ela é que dá um pouco de vida para a legislação, um pouco de flexibilidade. Os precedentes vão dando um pouco de dinâmica para a interpretação jurídica. É um pouco necessário que isso aconteça. Não dá para ser totalmente desprendido das regras, mas também não dá para ficar totalmente preso a elas. Vivemos um contraponto importante e útil entre algo que te engesse e algo que te liberte” (entrevista concedida na sede do TCU, em Brasília, no dia 10.06.2015).

⁴⁴¹ Confira-se o teor do art. 79 do decreto-lei 2.300/86, que versa sobre o controle a ser exercido pelo TCU sobre as contratações públicas:

“Art 79. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por este decreto-lei será feito pelo Tribunal de Contas da União, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nesta previsto.

§ 1º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas contra irregularidades na aplicação deste decreto-lei, para fins do disposto neste artigo.

§ 2º O Tribunal de Contas da União, no exercício de sua competência de controle da administração financeira e orçamentária (art. 70, §§ 1º e 3º da Constituição), poderá expedir instruções complementares, reguladoras dos procedimentos licitatórios e dos contratos administrativos”.

⁴⁴² Constava da ementa do decreto-lei 2.300/86 que ele seria aplicável “a licitações e contratos da Administração Federal”. Por conta disso, poder-se-ia, num primeiro momento, imaginar que só a União deveria observá-lo. Ocorre, no entanto, que também constava do seu art. 85 o seguinte: “Aplicam-se aos Estados, Municípios; Distrito Federal e Territórios as *normas gerais* estabelecidas neste decreto-lei”. Como aponta Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a grande dúvida após a edição do decreto-lei foi identificar quais de suas normas efetivamente seriam gerais — e, portanto, nacionais — e quais seriam especiais — válidas apenas para a União (Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo, op. cit.*, p. 229). Na prática, o decreto-lei 2.300/86 acabou pautando o tema das licitações e contratos nas três esferas federativas.

⁴⁴³ V. exposição de motivos do decreto-lei 2.300/86.

dos principais guardiões da legalidade desses instrumentos. Apostou, assim, que esses órgãos de controle seriam eficazes vigilantes da moralidade, probidade e do bom uso dos recursos públicos.⁴⁴⁴

A crença na possibilidade de os tribunais de contas desempenharem o papel de fiscais da lisura nas contratações públicas e da própria licitação é reforçada por depoimento de Saulo Ramos, à época Consultor-Geral da República, constante da exposição de motivos do decreto-lei. Nele, Saulo Ramos fez uma interessante digressão histórica sobre o modo como as constituições da República disciplinaram as competências das Cortes de Contas ao longo do tempo e desenvolveu reflexões sobre qual deveria ser, na sua avaliação, seu papel no futuro.⁴⁴⁵

A lei 8.666/93 seguiu o curso aberto pelo decreto-lei 2.300/86 e aprofundou a participação do TCU no controle das licitações e contratos. Confira-se o teor do seu art. 113, a base normativa para o exercício da atribuição do Tribunal para ordenar correções em editais de licitação:

Lei 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitações)

“Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela *demonstração da legalidade* e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

(...)

§ 2º Os Tribunais de Contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno *poderão solicitar para exame*, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, *cópia de edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes* que, em função desse exame, lhes forem determinadas” (grifos acrescentados).

A lei 8.666/93 levou a cabo importantes mudanças no que tange ao controle nas licitações públicas pelos tribunais de contas.

A esses órgãos de controle não somente foi atribuída a tradicional tarefa de controlar as despesas decorrentes de contratos firmados pelo poder público, mas também a de intervir diretamente no próprio curso da licitação. Essa possibilidade passou a existir na medida em que foram autorizados a solicitar editais para exame e a determinar, em

⁴⁴⁴ V. ROSILHO, André, *Licitação no Brasil*, op. cit., p. 79.

⁴⁴⁵ Confira-se trecho da fala de Saulo Ramos na qual ele elabora proposta que acabou não sendo incorporada ao texto do decreto-lei 2.300/86:

“É preciso impedir que abusos cometidos contra o erário público se consumem, auxiliados pela inércia das Casas Legislativas. Cumpre, pois, conferir à impugnação do Tribunal de Contas *eficácia suspensiva* da execução dos contratos, até que o Poder Legislativo, *expressamente*, aprecie a impugnação, quer acolhendo-a, quer rejeitando-a”. V. exposição de motivos do decreto-lei 2.300/86.

caso de vício, sua correção a órgãos ou entidades da administração pública.⁴⁴⁶ Conferiu-se aos tribunais de contas, no limite, poder para interromperem o curso de licitações — é o que se conclui a partir da leitura conjunta do art. 71, incisos IX e X da Constituição e do art. 113, § 2º, da lei 8.666/93⁴⁴⁷ (a atribuição do TCU para sustar atos administrativos, decrita no art. 71, X, da Constituição, será abordada mais adiante neste texto).

É interessante notar que essa inovação promovida pela lei 8.666/93 em alguma medida acabou mitigando o revés sofrido pelos tribunais de contas com a Constituição de 1967, a grande responsável pelo descontinuação da técnica de registro prévio de despesas. Afinal, a Lei de Licitações, escorada no art. 71, IX, da Constituição de 1988, permitiu que esses órgãos de controle pudessem praticar atos de comando (ordenar a correção de editais) antes mesmo da assinatura de contratos públicos — e, portanto, antes da realização de despesas ou de receitas pelo Estado —, alargando, assim, o campo para controle preventivo.

Apesar de a Lei de Licitações realmente ter ampliado as possibilidades de o Tribunal praticar atos de comando antes da geração de receitas e de despesas, ela não o transformou em órgão de controle prévio por excelência — aliás, nem poderia tê-lo feito, visto que a própria Constituição disse que a Corte de Contas deveria em regra atuar *a posteriori*. A realidade é que essa atribuição foi bem delimitada pela lei 8.666/93, que instituiu condicionantes claras ao seu exercício. Destaco dois importantes limites por ela criados.

O primeiro deles diz respeito ao fato de o TCU só poder solicitar para exame editais de licitação *já publicados* — consequentemente, só em relação a eles pode ordenar correções voltadas a sanar eventuais falhas. Não é dado ao Tribunal, portanto, exigir que órgãos e entes da administração pública a ele encaminhem minutas de edital ou contrato não publicadas (material relativo à parte interna da licitação), e, muito menos, ordenar que

⁴⁴⁶ A Lei de Licitações é nacional (art. 1º, *caput*). Seus dispositivos, portanto, são aplicáveis à União, a Estados e a Municípios — inclusive o art. 113 e seus parágrafos. Por conta disso, os tribunais de contas de cada uma das esferas federativas poderão ordenar a correção de falhas em editais de licitação elaborados por órgãos e entes das administrações públicas correspondentes (federal, estadual ou municipal). Essa é a regra. No entanto, à luz do parágrafo único do art. 70 da Constituição, o TCU também poderá se dirigir às administrações de Estados e Municípios com base no art. 113, § 2º, da lei 8.666/93 na hipótese de esses entes virem a receber recursos transferidos pela União (o mesmo vale para tribunais de contas dos Estados caso algum Município venha a receber recursos estaduais).

⁴⁴⁷ V. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 1081.

O STF, ao julgar o MS 24.510 (rel. Min. Ellen Gracie, Plenário, 19.11.2003), reconheceu que o TCU dispõe de competências de natureza cautelar, por meio das quais poderá emitir decisão suspendendo o curso de procedimento licitatório desenvolvido por órgão administrativo. Apesar de concordar com o resultado final da decisão, discordo dos argumentos utilizados por boa parte dos ministros para sustentá-la. Voltarei ao tema mais adiante, quando for comentar a atribuição do Tribunal para tomar medidas cautelares.

essas minutas, caso delas venha a tomar conhecimento, sejam modificadas por conta da existência de supostas falhas ou inconsistências.⁴⁴⁸ Dito de outra maneira, a Corte de Contas não tem poder para condicionar a publicação de editais à implementação, pelo poder público, de suas recomendações ou determinações.⁴⁴⁹ É essa, inclusive, a opinião do próprio Tribunal, expressamente manifestada por meio de sua jurisprudência.⁴⁵⁰

Lembre-se que o Tribunal, durante a tramitação da LOTCU (diploma anterior à própria Lei de Licitações), chegou a pleitear junto ao Congresso a possibilidade de realizar controle de editais *não publicados*. A Corte de Contas, na ocasião, sensibilizou o Senador Pedro Simon a propor a Emenda CCJ 5, por meio da qual pretendia criar a regra de que editais a partir de determinado valor (definido em regramento pela própria Corte de Contas) deveriam, sob pena de nulidade da futura licitação, ser previamente submetidos à avaliação do TCU, que, assim, poderia obrigar a administração a realizar “correções”.⁴⁵¹ A proposta foi aprovada no Senado, mas em função da forte resistência que encontrou na Câmara acabou rejeitada em definitivo.

Na ocasião, disse Simon que “Com relação a essa competência, preconiza o TCU ser imprescindível estabelecer que a Administração não se exima de proceder às correções no edital que venham a ser entendidas necessárias pelo Tribunal, na hipótese deste vir a manifestar-se posteriormente à publicação dessa peça licitatória”.⁴⁵² Na verdade, como

⁴⁴⁸ O STF, ao julgar o RE 547.063-6/RJ (Primeira Turma, rel. Min. Menezes Direito, j. 07.10.08), deixou claro que eventual controle de editais de licitação não publicados exigiria previsão legislativa específica (que inexistente no ordenamento jurídico brasileiro). Na visão do STF, a legislação apenas autorizaria o controle de edital já publicado, desde que tenha havido solicitação, pelos tribunais de contas, para remessa de sua cópia.

⁴⁴⁹ Eduardo Jordão, no mesmo sentido, afirma que “Não há lei que permita ao TCU impedir a publicação de um edital ou condicionar a sua publicação ao cumprimento de algumas determinações suas. Em seu art. 113, § 2º, a lei geral de licitações (Lei nº 8.666/93) autoriza o controle de editais de licitação, mas apenas posteriormente à sua publicação” (JORDÃO, Eduardo, A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – controlador ou administrador?, *op. cit.*, p. 218).

⁴⁵⁰ V. Acórdão 597/2008, Plenário, rel. Min. Guilherme Palmeira, j. 09.04.08. Nesse acórdão (que versava sobre processo do tipo Acompanhamento tendo por objeto a análise de Edital de Concorrência das Obras de Construção do Prédio Anexo III do Senado Federal), o TCU expressamente fez consignar que “Não compete ao TCU deliberar a respeito da licitude do conteúdo de minuta de edital ainda não publicada e que, por isso, não consubstancia ato administrativo, por extrapolar o conjunto de competências conferido a esta Corte”.

⁴⁵¹ Confira-se o teor da norma pretendida pelo TCU e apresentada ao Congresso Nacional pelo Senador Pedro Simon:

“Art. 96. O Tribunal, a 1º de fevereiro e a 1º de agosto de cada ano, fixará o limite de valor a partir do qual os editais de licitação lhe deverão ser previamente submetidos.

§ 1º O edital de licitação será enviado ao Tribunal pelo menos 30 (trinta) dias antes da data prevista para sua publicação.

§ 2º Vencido o prazo do parágrafo anterior sem pronunciamento do Tribunal, poderá o edital ser publicado, não se eximindo a Administração, no entanto, de proceder às correções entendidas necessárias pelo Tribunal, em manifestação posterior à publicação do edital.

§ 3º É nula de pleno direito a licitação realizada em desacordo com o prescrito neste artigo”.

⁴⁵² Diário do Congresso Nacional, 31.03.92, Seção II, p. 1568.

afirmei no capítulo anterior, quis o TCU, por meio dessa norma, abrir espaço para influir na própria *modelagem das contratações* — pretendendo, assim, participar da definição de suas premissas (econômicas, jurídicas, fáticas, etc.), dos meios para realizá-las e dos fins a serem com elas alcançados. Noutras palavras, pretendeu o Tribunal influenciar na própria atividade administrativa, de modo a retomar ao menos parcela do poder que outrora já teve.⁴⁵³

Afinal, como aponta Eduardo Jordão, não é indiferente, sob o ponto de vista estritamente prático, que o controle se dê prévia ou posteriormente à publicação de editais — e, portanto, à prática desse tipo de ato pelo poder público. Veja-se a opinião do autor:

“É intuitivo que o controle se sentirá mais à vontade para ir fundo nas opções controladas nos casos em que elas ainda não tenham sido postas em prática e não tenham sido amplamente publicizadas. Dito de outro modo, é de se esperar que um órgão controlador seja menos interventivo num contexto em que determinado ato já foi praticado. Neste contexto, ao contrário do que ocorreria se pudesse atuar previamente, o controlador tenderia a negligenciar discordâncias menores e menos relevantes que eventualmente tenha com o administrador público. Num contexto de atuação preventiva, toda mínima divergência que o TCU tenha com o administrador público poderá suscitar uma comunicação neste sentido. Num contexto de atuação posterior, ao contrário, o órgão controlador tenderá a colocar na balança os inconvenientes de uma eventual sustação do edital para decidir se intervirá ou não. Deverá ponderar se a divergência que tem com o administrador público é de fato tão grave e tão séria a ponto de justificar (i) a interrupção de um projeto público e (ii) a incursão nos ônus políticos decorrentes desta interrupção”.⁴⁵⁴

O segundo limite criado pela Lei de Licitações se refere ao fato de que o Tribunal só pode ordenar “medidas corretivas pertinentes” em função de exame de *legalidade*. É o que se depreende do *caput* do art. 113, quando diz que ficam “os órgãos interessados da Administração responsáveis pela *demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução*”. Atos de comando dessa natureza, portanto, não poderão ser licitamente produzidos pelo TCU a partir de exame de legitimidade ou economicidade, por exemplo.

Vale dizer que o legislador, mesmo que quisesse, não poderia ter autorizado o Tribunal a utilizar outros parâmetros de controle (legitimidade, economicidade, eficiência, moralidade, etc.) para dar ordens à administração pública. Isso porque autorização com esse teor transformaria o TCU em órgão revisor da administração pública, abrindo

⁴⁵³ É que a norma propugnada, ao dizer que seria *nula* a licitação 1) caso a administração não submetesse à prévia aprovação da Corte de Contas edital em tese elegível para controle prévio (por envolver valores superiores ao piso fixado pelo TCU) e 2) caso a administração não acatasse as “correções” apontadas pelo Tribunal (sem especificar quais tipos de “correções o Tribunal poderia apontar), acabava, na prática, conferindo ao TCU não só a possibilidade de determinar o saneamento de eventuais ilicitudes, mas, também, *de impor ao poder público suas preferências*. Criava, de fato, partilha do poder de gestão entre a administração e o órgão controlador — afinal, enquanto o Tribunal não se desse por satisfeito, poderia se recusar a chancelar os editais (e se a administração resolvesse “desobedecê-lo”, poderia declará-los nulos).

⁴⁵⁴ JORDÃO, Eduardo, A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – controlador ou administrador?, *op. cit.*, pp. 223-224.

caminho para que viesse a impor suas vontades ao Executivo — haja vista que, nesse caso, a emissão de atos de comando prescindiria da constatação de descumprimento da legislação, bastando, para tanto, mera constatação de “oportunidades para aprimoramentos”. O plexo de competências fixado pela Constituição para o Tribunal se desconfiguraria e ele acabaria deixando de ser órgão de controle externo, passando a ser uma espécie de gestor de segunda ordem.

É importante que se diga que o fato de a legislação ter autorizado o TCU a ordenar correções em editais em circunstâncias bastante específicas (exame de legalidade de editais já publicados) não significa que a influência do Tribunal nesse tipo de controle preventivo seja pequena ou insignificante. Aliás, bem ao contrário. A verdade é que o art. 113 da Lei de Licitações ampliou bastante o espaço para que a Corte de Contas pudesse influir na gestão pública.

É que como o TCU tem a possibilidade de interromper o curso de procedimentos licitatórios caso a administração decida não implementar eventuais medidas corretivas que lhe sejam apontadas (art. 71, X, da Constituição), as interpretações que desenvolve de normas inseridas no conceito amplo de matéria financeira tendem a ser observadas de perto por gestores sujeitos à sua jurisdição, sendo frequentemente incorporadas às práticas administrativas em geral. Outro importante fator que apesar de não estar ligado à atribuição em comento cria fortes incentivos para que gestores incorporem às suas práticas a visão do Tribunal sobre o Direito consiste na possibilidade de o órgão aplicar sanções a agentes públicos responsáveis por despesas em caso de descumprimento de suas determinações (art. 71, VIII, da Constituição e art. 58, IV, da LOTCU).

O raciocínio comumente feito pelos administradores é bastante lógico: “ora, se não acatar a interpretação que o Tribunal faz das normas ao proceder a exame de legalidade de editais de licitação, os certames muito provavelmente serão suspensos, frustrando, assim, a obtenção de bens ou de serviços almejados pela administração e gerando elevados custos de recurso, de tempo e de oportunidade. Além do mais, tenho o risco de ser sancionado pelo TCU. Logo, o melhor é acatar a visão do controlador sobre o conteúdo da legislação, mesmo que eventualmente dela discorde, mitigando, assim, potenciais riscos”.

Apesar de o TCU não ter competência para dizer o Direito, tal como o Judiciário, acaba, na prática, influenciando decisivamente na maneira pela qual as normas inseridas em matérias financeiras são interpretadas e aplicadas pela administração. No âmbito dos processos de desestatizações, André Braga e Felipe Buchbinder identificaram que a

atuação preventiva do TCU (fixando interpretações para normas jurídicas e expedindo recomendações e determinações) tende até mesmo a inibir a administração a inovar.⁴⁵⁵

5.2.1.3. Tribunal de Contas da União e o exercício da atribuição para ordenar correções em editais no âmbito de processos de desestatização: violação aos limites legais?

O TCU pleiteou, mas não obteve autorização legal para ordenar correções em editais de licitação não publicados. De acordo com a legislação constitucional e infraconstitucional, não pode o Tribunal atuar na chamada fase interna da licitação, isto é, antes da formalização e publicação de projetos de contratações públicas. Além disso, as normas constitucionais e legais só o autorizaram a determinar correções em editais já publicados na hipótese de vir a identificar ilegalidades; não lhe foi facultado dar ordens à administração pública escorado nos parâmetros de controle “legitimidade” e “economicidade”.

É curioso notar, contudo, que, no âmbito das chamadas desestatizações (projetos de infraestrutura que envolvam a transferência do Estado à iniciativa privada de participações societárias e da execução de serviços explorados pela União), a administração normalmente tem encaminhado ao Tribunal documentos atinentes à sua modelagem antes mesmo da publicação dos correspondentes editais de licitação⁴⁵⁶, e, não raro, o TCU, após analisá-los, tem decidido condicionar a publicação destes editais à implementação, pelo licitante, de modificações e aprimoramentos tidos como adequados pelo órgão de controle externo.⁴⁵⁷ Dito de outra maneira, o poder público tem submetido

⁴⁵⁵ V. BRAGA, André de Castro de Oliveira Pereira; BUCHBINDER, Felipe. “O Tribunal de Contas da União inibe inovações em concessões públicas?”, artigo a ser publicado na *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. Esse artigo é uma versão resumida e alterada de BRAGA, André de Castro de Oliveira Pereira. *O Tribunal de Contas da União inibe inovações em concessões públicas?*. Dissertação (Mestrado Profissional em Administração Pública) – Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13470/O%20TCU%20INIBE%20INOVA%C3%87%C3%95ES%20EM%20CONCESS%C3%95ES%20P%C3%9ABLICAS%20-%20DISSERTA%C3%87%C3%83O.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 11 jan. 2016.

⁴⁵⁶ É o que aponta Eduardo Jordão. Segundo o autor, “(...) no âmbito do governo federal, ao menos nos últimos dez anos, a regra tem sido a do envio das minutas de edital e contratos para o TCU no momento do envio dos estudos de viabilidade. Trata-se de procedimento que termina por consolidar a atuação prévia do TCU. O único caso recente em que o governo federal publicou um edital de licitação sem aprovação prévia do TCU sobre os estudos de viabilidade foi o da concessão do Campo de Libra” (JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – controlador ou administrador?, *op. cit.*, p. 229).

⁴⁵⁷ André de Castro de Oliveira Pereira Braga e Felipe Buchbinder, em pesquisa que envolveu a análise de 51 processos de acompanhamento de concessões conduzidos pelo TCU de 1993 a 2014 relativos a três agências reguladoras distintas (ANTT, ANP e ANEEL), concluíram que “(...) o TCU determinou que a agência se abstinhasse de publicar o edital em sete casos, nos quais a continuidade da licitação ficou condicionada à correção das impropriedades identificadas pelo TCU”.

ao Tribunal estudos e documentos atinentes à modelagem de projetos de infraestrutura sem norma constitucional ou legal que o obrigue a fazê-lo e o TCU, por sua vez, tem concretamente desempenhado controle de editais de licitação não publicados, inclusive a partir dos parâmetros “legitimidade” e “eficiência”.

Cito dois importantes casos para ilustrar esse diagnóstico.

O primeiro deles se refere à recente tentativa do governo federal de desestatizar, via arrendamento, áreas e instalações portuárias localizadas nos portos organizados de Santos, Belém, Santarém, Vila do Conde e terminais de Outeiro e Miramar. Objetivava-se licitar 16 lotes de projetos, que correspondem a 29 áreas e instalações portuárias, constantes do primeiro bloco dentre aqueles previstos na Portaria 38/2013, emitida pela Secretaria de Portos da Presidência da República – SEP/PR. Os Estudos de Viabilidade Técnica, Econômico-Financeira e Ambiental – EVTEA⁴⁵⁸, bem como as minutas de edital e contrato referentes ao primeiro bloco, foram encaminhados pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq ao Tribunal por meio do Ofício 178/2013-DG, de 11 de outubro de 2013.

O TCU, ao avaliar o material que lhe foi encaminhado (frise-se, antes da publicação dos editais), concluiu pela inconsistência do modelo de concessão proposto pela Antaq e pela SEP/PR, razão pela qual decidiu condicionar a publicação dos editais das licitações para arrendamentos à adoção de 19 providências. Transcrevo algumas delas abaixo:

“9.1.1. realização das alterações necessárias no texto do estudo de demanda, de modo a compatibilizar a previsão da navegabilidade do complexo Araguaia-Tocantins em relação ao que prevê o Plano Hidroviário Estratégico e as planilhas de cálculo da demanda, ou seja, que se trata de hipótese de longo prazo; (...)

9.1.5. apresentação de elementos suficientes à aferição dos quantitativos estimados em projeto, detalhando informações técnicas que permitam exata vinculação entre os projetos conceituais e as quantidades e preços dos itens que o compõe, de modo a fundamentar a projeção total de investimentos; (...)

Braga e Buchbinder aludiram aos seguintes casos: Plenário, Acórdão 351/1999 (Processo 005.109/1999-0, rel. Min. Adhemar Paladini Ghisi, j. 10/06/1999), Acórdão 981/2005 (Processo 008.896/2005-2, rel. Min. Marcos Bemquerer, j. 13/07/2005), Acórdão 2.104/2008 (Processo 016.189/2008-9, rel. Min. Ubiratan Aguiar, j. 24/09/2008), Acórdão 683/2010 (Processo 030.209/2008-3, rel. Min. Walton Rodrigues, j. 07/04/2010), Acórdão 1.656/2011 (Processo 003.499/2011-1, rel. Min. José Múcio Monteiro, j. 22/06/2011), Acórdão 2.604/2013 (Processo 021.554/2013-7, rel. Min. Walton Rodrigues, j. 25/09/2013) e Acórdão 3.640/2013 (Processo 029.392/2013-6, rel. Min. José Jorge, j. 10/12/2013). V. BRAGA, André de Castro de Oliveira Pereira e BUCHBINDER, Felipe. “O Tribunal de Contas da União inibe inovações em concessões públicas?”, artigo a ser publicado na *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*.

⁴⁵⁸ Estes estudos normalmente contêm descrição do empreendimento a ser concedido e são expostos os motivos que o tornam conveniente. Nele são apresentadas as principais especificações do empreendimento, seu prazo, os investimentos necessários, as estimativas das receitas futuras e do lucro das concessionárias, os valores previstos para as tarifas, a avaliação de possíveis alternativas ao projeto, medidas mitigadoras dos impactos ambientais e outros aspectos.

9.1.7. realização do levantamento dos valores de mercado dos equipamentos referidos nos estudos de viabilidade, de preferência cotados em moeda nacional, justificando fundamentadamente a incidência ou não de impostos e outros adicionais aos preços cotados, bem como os casos em que, dado o alto grau de especificidade do equipamento, seja inviável a realização de pesquisa de mercado e revisão das projeções de gastos com equipamentos dos arrendamentos, se for o caso; (...)

9.1.14. estabelecimento de um teto tarifário para todos os estudos de viabilidade constantes de concessões portuárias” (Acórdão 3.661/2013, Plenário, rel. Min. Ana Arraes, j. 10.12.13).

A administração, por conta das ordens emitidas pelo TCU (mesmo que sem respaldo na legislação), não publicou os editais. Até o presente momento (dois anos após a decisão do Tribunal), não se tem notícia de que o governo federal tenha conseguido licitar os arrendamentos em questão.

O segundo caso que utilizo para ilustrar a atuação do TCU no controle prévio de editais não publicados no âmbito de desestatizações diz respeito à iniciativa do governo federal de conceder à iniciativa privada o Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro Galeão – Antônio Carlos Jobim, localizado no Rio de Janeiro-RJ, e o Aeroporto Internacional Tancredo Neves, localizado nos Municípios de Confins-MG e Lagoa Santa-MG. Os estudos de viabilidade técnica, econômica e ambiental (EVTEAs) desses projetos foram recebidos pelo TCU por meio do Ofício 501/2013/GAB/DIR-P, datado de 1º de agosto de 2013 (antes da publicação do edital).

Após a análise dos estudos, o Tribunal decidiu condicionar a publicação do edital à adoção de providências pelo Conselho Nacional de Desestatização, pela Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República – SAC/PR e pela Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC. Confira-se:

“9.2.1. em observância aos princípios da motivação, da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa, aos arts. 37, inciso XXI, da Constituição de 1988, 14 da Lei 8.987/1995, 3o e 30 da Lei 8.666/1993 e à súmula TCU 263/2011, inclusão no processo de concessão, expressamente, dos fundamentos legais e técnicos (além daqueles constantes da Nota Técnica 001/DERC/DEOUT/SPR/SAC-PR) da exigência de experiência em processamento de passageiros e da restrição à participação no leilão de acionistas das atuais concessionárias de serviço público de infraestrutura aeroportuária, de forma a demonstrar, tecnicamente, que os parâmetros fixados são adequados, imprescindíveis, suficientes e pertinentes ao objeto licitado;

9.2.2. realização dos devidos ajustes nas exigências, caso sejam eles necessários” (Acórdão 2.466/2013, Plenário, rel. Min. Ana Arraes, j. 11.09.13)

Em síntese, disse o TCU que o edital só poderia ser publicado se fossem incluídos no processo de concessão fundamentos legais e técnicos suficientes e se fossem realizados ajustes caso necessário.⁴⁵⁹

⁴⁵⁹ Como noticia Eduardo Jordão, a administração, diante da insistência do TCU nesse caso (que chegou a emitir outro acórdão sobre o tema), “capitulou e alterou as exigências editalícias, reduzindo o

Duas conclusões podem ser extraídas dos acórdãos acima arrolados, ambos fruto de acompanhamento do primeiro estágio de concessões: 1ª) o TCU, apesar de já ter expressamente reconhecido por meio de sua jurisprudência (Acórdão 597/2008) que não dispõe de competência para solicitar para exame editais não publicados (consequentemente admitindo que não poderia expedir determinações relativas a esse material), inequivocamente se contradisse ao realizar controle de editais não publicados; e 2ª) as condicionantes que o Tribunal elaborou não necessariamente foram produzidas a partir de exame de “legalidade”; dito de outra maneira, não foram fruto da identificação de potenciais afrontas à lei, que, num eventual exame de edital já publicado, pudessem licitamente dar ensejo à elaboração de medidas corretivas pelo TCU. Em verdade, as medidas apontadas pelo Tribunal foram, em sua maioria, construídas a partir da *sua visão sobre como aprimorar os projetos em comento* — para o TCU, melhor seria que os projetos previssem a criação de teto tarifário para todos os estudos de viabilidade; que contivessem maior grau de detalhamento dos quantitativos; que estivessem baseados em levantamentos de valores de mercado mais precisos; que fossem mais bem justificados pela administração, etc.

O que se nota é que o TCU agiu em duplo descompasso com o plexo de competências que lhe foi fixado pela legislação (Constituição e diplomas legais). Violou as normas ao dar ordens à administração antes que ela tivesse a oportunidade de produzir atos administrativos (agindo na fase interna de licitações) e ao expedir atos de comando para fazer valer suas preferências, e não para reparar ilegalidades. Ao se portar dessa maneira, o Tribunal quis interferir e participar da própria modelagem de projetos de concessão, senão substituindo-se ao administrador, ao menos com ele concorrendo.

O interessante é que tanto a postura da administração de submeter ao TCU estudos (econômicos, jurídicos, financeiros, etc.) e minutas de editais e contratos antes mesmo de serem formalizados, como a atuação antijurídica do Tribunal (condicionando a publicação de editais ao cumprimento de preferências suas) colhem “fundamento jurídico” em ato normativo editado pelo próprio TCU.⁴⁶⁰ Esse “estado de coisas” nos processos de

requisite de experiência prévia que se exigiria do operador de aeroportos integrantes do consórcio licitante. No caso de Galeão, o fluxo de passageiros exigido do licitante caiu de 35 milhões para 22 milhões. No caso de Confins, caiu 35 milhões para 12 milhões. O embate entre o Poder Concedente e o órgão fiscalizador a propósito destes requisitos foi destaque no noticiário nacional por algumas semanas e o poder de influência do TCU nas escolhas do Poder Concedente chamou a atenção” (JORDÃO, Eduardo, A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – controlador ou administrador?, *op. cit.*, p. 211).

⁴⁶⁰ Há quem aponte que o controle de editais não publicados pelo TCU também encontraria fundamento jurídico na lei 9.491, de 9 de setembro de 1997 (que prevê o Programa Nacional de Desestatização). Diz o referido diploma em seu art. 18, VIII, que compete ao Gestor do Fundo “preparar a

desestatizações foi pavimentado pela edição da instrução normativa 27, de 2 de dezembro de 1998 – IN 27/98.⁴⁶¹

Como apontam Braga e Buchbinder, a IN 27/98 nasceu de uma construção jurisprudencial do TCU, iniciada em abril de 1993, com a decisão do órgão de acompanhar todos os procedimentos relativos à concessão da Ponte Rio-Niterói pelo extinto Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – DNER, mesmo inexistindo indícios de irregularidades — vale notar que a essa concessão em específico precedeu a edição da Lei de Licitações e da lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.⁴⁶²

As primeiras rodadas de concessões da década de 1990 (concessão da Ponte Rio-Niterói inclusa) não se sujeitaram a fiscalização verdadeiramente preventiva pelo Tribunal. O início desse tipo de controle efetivamente começou a partir de 1995, quando o TCU reconheceu, por meio da decisão 394/1995 (Plenário, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 09.09.1995), que o acompanhamento das concessões precisava se tornar mais ágil e dinâmico. “A solução, segundo o tribunal, passaria pela criação de um procedimento que permitisse antecipar a fiscalização do TCU”.⁴⁶³

Após a referida decisão, o Tribunal criou um grupo de trabalho voltado a elaborar uma proposta de norma para regulamentar a atuação do TCU nos processos de outorga de concessão pública. As atividades do grupo inicialmente resultaram na instrução normativa

documentação dos processos de desestatização, para a apreciação do Tribunal de Contas da União”. A meu ver, contudo, o dispositivo nada diz além do óbvio: que o TCU apreciará documentos relativos a processos de desestatização (tais como editais e contratos, p. ex.). A lei não esclarece quais seriam esses documentos, tampouco diz em que momento poderão ser analisados.

⁴⁶¹ O TCU editou outras instruções normativas relativas a processos de desestatizações. Cito, p.ex., a instrução normativa 46, de 25 de agosto de 2004 (que dispõe sobre a fiscalização, pelo TCU, dos processos para exploração de rodovias federais) e a instrução normativa 52, de 4 de julho de 2007 (que dispõe sobre o controle e a fiscalização de procedimentos de licitação, contratação e execução contratual de parcerias público-privadas). Opto, contudo, por centrar minhas análises na IN 27/98 pelo fato de ela ter aplicação mais geral (envolvendo quaisquer processos de desestatização) e por ter precedido as demais (a lógica da IN 27/98 está nitidamente refletida nas INs 46/04 e 52/07).

⁴⁶² Cf. BRAGA, André de Castro de Oliveira Pereira e BUCHBINDER, Felipe. “O Tribunal de Contas da União inibe inovações em concessões públicas?”, *op. cit.*

⁴⁶³ Braga e Buchbinder apontam para três argumentos utilizados pelo TCU para justificar o controle prévio. Confira-se:

“O primeiro: até aquele momento, as concessões analisadas pelo TCU apresentavam irregularidades recorrentes, como a falta de critérios objetivos para o julgamento das propostas das empresas licitantes. Logo, as concessões seguintes ‘possivelmente’ conteriam as mesmas impropriedades. A fiscalização prévia permitiria que o TCU se antecipasse a esses prováveis erros, evitando ‘ônus desnecessários para os usuários e lucros exorbitantes para os concessionários’. O segundo argumento dizia respeito à ‘magnitude’ do programa de concessões de rodovias que estava sendo implementado pelo governo federal na década de 1990, que alcançava cerca de 30% da malha rodoviária federal pavimentada do país. Diante de programa de tamanha envergadura, seria ‘indispensável’ um acompanhamento diferente, mais rigoroso, prévio, pelo TCU. Terceiro argumento: o controle exercido até aquele momento pelo TCU sobre outras iniciativas de desestatização, como privatizações, possuía ‘problemas sérios’ em razão de sua ‘posteridade’. Mais cedo ou mais tarde, segundo o TCU, os mesmos problemas acabariam por surgir nos processos de acompanhamento de concessões públicas” (Idem).

10, de 22 de novembro de 1995, por meio da qual se passou a formalmente prever o controle prévio ou concomitante de todas as concessões federais de serviços públicos. Três anos após a sua edição, o Tribunal a substituiria pela IN 27/98.⁴⁶⁴

O referido diploma parte da premissa de que ao Tribunal compete “acompanhar, fiscalizar e avaliar os processos de desestatização realizados pela Administração Pública Federal, compreendendo as privatizações de empresas, inclusive instituições financeiras, e as concessões, permissões e autorizações de serviços públicos (...)” (art. 1º, *caput*) para, com base nela, fixar quatro estágios de fiscalização de processos de privatização (art. 2º) e quatro estágios de fiscalização de concessões, permissões e autorizações de serviços públicos (art. 7º).

A lógica geral do diploma é a seguinte: em cada um dos estágios (que correspondem a momentos distintos do processo licitatório) o órgão ou ente concedente deverá, em prazos previamente estabelecidos (art. 8º), encaminhar ao TCU uma série de documentos, que serão por ele avaliados em momento oportuno (art. 9º e 17).

Interessa, no presente momento, centrar as análises sobre o primeiro estágio de fiscalização de concessões, que, em linhas gerais, corresponde ao exame de sua viabilidade.⁴⁶⁵ Nessa etapa, o TCU tem de avaliar três relatórios: 1º) relatório sintético sobre os estudos de viabilidade técnica e econômica do empreendimento, com informações sobre o seu objeto, área e prazo, orçamento das obras realizadas e a realizar, data de referência dos orçamentos, custo estimado de prestação dos serviços e eventuais fontes de receitas alternativas, complementares, acessórias e provenientes de projetos associados (art. 7º, I, “a”); 2º) relatório de estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à outorga, de utilidade para a licitação, realizados ou autorizados pelo órgão ou pela entidade federal concedente, quando houver (art. 7º, I, “b”); e 3º) relatório sintético sobre os estudos de impactos ambientais, indicando a situação do licenciamento ambiental (art. 7º, I, “c”).

Esta documentação deverá, segundo dispõe o art. 8º, I, ser encaminhada pelo órgão ou ente concedente “30 (trinta dias), no mínimo, antes da publicação do edital de licitação”. Na prática, como apontam Braga e Buchbinder, a administração também

⁴⁶⁴ Idem.

⁴⁶⁵ Os demais estágios dizem respeito à fase externa da licitação (momento posterior à publicação de edital e contrato). O quarto e último estágio envolve a fiscalização do ato de outorga e do contrato de concessão ou de permissão (art. 7º, IV).

costuma encaminhar ao TCU as minutas de edital e contrato já neste primeiro estágio de fiscalização.⁴⁶⁶

Após o recebimento dos documentos, a unidade técnica responsável no TCU tem de examinar a viabilidade operacional, financeira e jurídica do empreendimento, levando em consideração as informações prestadas pelo poder concedente. Nesse momento do processo, dois são os caminhos possíveis. Caso haja indícios de irregularidades, a unidade técnica deve submeter o processo, com proposta de adoção das medidas cabíveis, à consideração do ministro do TCU responsável, relator do caso. Em seguida, após formar sua convicção, o ministro relator leva o assunto ao plenário do TCU, que avaliará os documentos e cálculos feitos pela agência reguladora e tomará uma decisão sobre o primeiro estágio, aprovando-o ou não (art. 17).⁴⁶⁷ Por outro lado, se não forem constatadas irregularidades, a unidade técnica deve prosseguir com a fiscalização e encaminhar o processo ao ministro relator somente após o fim do terceiro estágio (art. 9º).⁴⁶⁸

A iniciativa do TCU de regulamentar as fiscalizações de processos de desestatização foi bastante positiva (pois teve por objetivo aferir e garantir a lisura e adequação de empreendimentos de infraestrutura fundamentais ao desenvolvimento do país) e nitidamente buscou dar segurança jurídica ao controle de privatizações e concessões de serviço público num momento em que esse tipo de projeto estava imerso em grande insegurança jurídica — lembre-se que as primeiras tentativas do Tribunal de organizar o tema precederam a edição da legislação que hoje o disciplina.

Atento às mudanças que à época ocorriam no direito administrativo, especialmente no direito das concessões, o TCU, claramente preocupado com a proteção do interesse público, logo se pôs a elaborar procedimento de fiscalização específico aos novos tipos de projetos que à época surgiam.⁴⁶⁹ A meu ver, o Tribunal foi bem sucedido na sua

⁴⁶⁶ BRAGA, André de Castro de Oliveira Pereira e BUCHBINDER, Felipe. “O Tribunal de Contas da União inibe inovações em concessões públicas?”, *op. cit.*

⁴⁶⁷ Confira-se o teor do dispositivo:

“Art. 17. Em qualquer estágio da fiscalização dos processos de desestatização, verificados indícios ou evidências de irregularidades, os autos serão submetidos de imediato à consideração do Relator da matéria, com proposta de adoção das medidas cabíveis”.

⁴⁶⁸ Veja-se o teor do dispositivo:

“Art. 9º. A Unidade Técnica responsável pela instrução do processo de fiscalização de que trata o art. 7º deverá autuá-lo e analisar, com a urgência requerida, em prazo não superior a trinta dias úteis, os elementos remetidos, encaminhando-os após findo o terceiro estágio, ao respectivo Relator.

Parágrafo único. Para fins do devido exame por parte do Tribunal de Contas da União, o órgão ou a entidade federal concedente observará o prazo mínimo de quarenta e cinco dias, entre a homologação do resultado do julgamento das propostas e a assinatura do termo contratual”.

⁴⁶⁹ Sobre o desenvolvimento das concessões no Brasil, v. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015; MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010; PEREZ, Marcos Augusto. *O Risco no Contrato de Concessão de Serviço Público*. Belo Horizonte:

empreitada, criando sistema de controle de processos de desestatização que em geral tem contribuído, e muito, para o desenvolvimento e solidificação de melhores práticas em matéria de concessões — tarefa essa que normalmente deveria ser desempenhada pela administração pública, mas que, por uma série de razões que não convém aqui explorar, não tem sido realizada a contento pelo Executivo.

A despeito disso, penso que a IN 27/98, especificamente em relação aos dispositivos que disciplinam o controle pelo TCU da fase interna de licitações de processos de desestatização (art. 7º, I, “a”, “b” e “c”, art. 8º, I), é inconstitucional e ilegal.

É que, ao fazê-lo, o diploma inequivocamente alargou o campo de controle preventivo criado pela legislação para o Tribunal; abriu espaço para que o TCU viesse a se manifestar sobre as premissas de certo tipo de contratação pública — aprovando-as ou rejeitando-as (e, nesse último caso, ordenando correções nas minutas de editais e contratos) —, concretamente viabilizando interferência do Tribunal na própria concepção de projetos de infraestrutura. Os dispositivos da IN, mesmo sem dizê-lo de maneira expressa, deram “conforto” para que o TCU pudesse determinar correções em editais não publicados, catalisando a transformação do órgão em uma espécie de “segunda instância” do Executivo federal em processos de desestatização — os casos das concessões de portos e aeroportos acima relatados o demonstram com bastante clareza.

Nem se diga que a competência do TCU para se manifestar na fase interna de licitações estaria implícita no ordenamento jurídico. Esse argumento, como aponta Eduardo Jordão, está escorado na premissa de que o Tribunal supostamente teria, tal qual o Judiciário, “poder geral de cautela”.⁴⁷⁰ Alega-se que se o TCU fosse competente para sustar editais já publicados, por que, então, não poderia antecipar-se, impedindo desde logo sua publicação? Afinal, quem pode o mais, pode o menos. Como deixarei claro no tópico seguinte (no qual explorarei a atribuição do TCU para tomar medidas cautelares), o Direito não conferiu à Corte de Contas poder geral de cautela, sendo impertinente invocar esse argumento para alargar o campo de controle preventivo que lhe foi expressamente previsto pela legislação.

À luz do exposto, alguém poderia alegar que mesmo que o TCU viesse a condicionar a publicação de editais à implementação de um conjunto de medidas (não

Fórum, 2006; e SCHIRATO, Vitor Rhein. As concessões de serviços públicos em evolução. In: ALMEIDA, Fernando Dias et al. (coord.). *Direito Público em Evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, pp. 565-588.

⁴⁷⁰ V. JORDÃO, Eduardo, A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – controlador ou administrador?, *op. cit.*, p. 225.

necessariamente elaboradas a partir e exame de legalidade), a administração poderia simplesmente optar por “descumpri-las”, já que o Tribunal não é competente para praticar atos de comando na fase interna de licitações (tampouco poderia fazê-lo mediante exame de legitimidade e economicidade). É verdade. Mas, como, como apontou Jordão, a IN acabou criando incentivos muito fortes para a administração acatar as manifestações do TCU ocorridas no primeiro estágio de fiscalizações. Afinal, o gestor tem justo receio de ser sancionado e de ver a futura licitação suspensa por ordem do Tribunal.⁴⁷¹

Como sustenta boa parte do TCU, a técnica do controle preventivo eventualmente pode ser “melhor” do que a técnica do controle *a posteriori* (pois visa evitar desvios ou irregularidades antes que efetivamente ocorram). Ocorre, no entanto, que o Direito optou por fazer do Tribunal um órgão de controle eminentemente posterior; sua competência para agir preventivamente é, como visto, bastante delimitada. Ao fazer essa escolha, o legislador conscientemente quis evitar que o TCU tivesse funções de “quase-administrador”, separando mais marcadamente as funções de administrar e de controlar.⁴⁷²

Não é dado ao TCU, por conta disso, “reinterpretar” suas atribuições por meio do seu poder normativo, ampliando-as em descompasso com o teor da legislação.

5.3. Tomar medidas cautelares

Esse tópico objetiva responder à seguinte indagação: teria a legislação conferido ao TCU a possibilidade de agir cautelarmente, impedindo a consumação daquilo que, a seu ver, poderia vir a constituir prejuízo ou ilegalidade de gastos públicos? Isto é, poderia o Tribunal praticar atos de comando *ad cautelam* para impedir que o transcurso do tempo viesse a consolidar prejuízos ou situações de legalidade duvidosa?

A resposta é positiva.

Como se verá, a legislação autorizou o TCU a agir cautelarmente, mas apenas em casos muito específicos. A existência de alguma competência destinada à prevenção de

⁴⁷¹ Idem, pp. 228-229.

⁴⁷² Como apontam Sundfeld e Arruda Câmara, “Essa fórmula não é uma aberração ou uma sobrevivente de algum passado arcaico. É opção construída com cuidado, que busca equilibrar dois valores fundamentais: de um lado, a existência de fiscalização, que estimule externamente a legalidade e a eficiência; de outro, a autonomia da Administração, indispensável à democracia, ao cumprimento de suas missões constitucionais e legais e, também, à eficiência. Em suma, é fórmula para instituir controles que não coloquem os controladores no lugar de gestores. Este, afinal, é o grande desafio de qualquer sistema de controle público *externo* — que, para ser externo, não pode substituir o controlado pelo controlador. Se o controlador externo virar administrador em regime de condomínio, quem fará o controle verdadeiramente externo?” (SUNDFELD, Carlos Ari e ARRUDA CÂMARA, Jacintho, Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites, *op. cit.*, p. 195).

possíveis ilicitudes, porém, não se confunde com o papel interventivo e centralizador equivalente ao que existia no modelo de registro prévio de despesas que foi abandonado a partir da Constituição de 1967. O Tribunal de Contas, mesmo sendo responsável pela preservação da legalidade dos gastos públicos, não recebeu a função de intervir diretamente na atividade administrativa sempre que, na sua avaliação, ocorresse prática contrária à lei ou à eficiência na gestão pública.

5.3.1. Determinar o afastamento temporário de administrador e a indisponibilidade de seus bens

De início, chamo a atenção para a possibilidade de o TCU ordenar o afastamento temporário de gestor público e de tornar seus bens indisponíveis. Essa ação, vinculada à atribuição para tomar medidas cautelares, encontra base normativa na LOTCU. Confira-se o teor dos dispositivos pertinentes:

Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União

“Art. 44. No início ou no curso de qualquer apuração, o Tribunal, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, determinará, cautelarmente, o afastamento temporário do responsável, se existirem indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções, possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao Erário ou inviabilizar o seu ressarcimento.

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

§ 2º Nas mesmas circunstâncias do *caput* deste artigo e do parágrafo anterior, poderá o Tribunal, sem prejuízo das medidas previstas nos arts. 60 e 61 desta Lei, decretar, por prazo não superior a um ano, a indisponibilidade de bens do responsável, tantos quantos considerados bastantes para garantir o ressarcimento dos danos em apuração.

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”.

O art. 44 da LOTCU criou a possibilidade de o Tribunal, de ofício ou a requerimento do Ministério público, no início ou durante investigações — no desempenho de sua competência para levantar dados e produzir informações, portanto —, emitir dois diferentes atos de comando: 1) afastar cautelar e temporariamente responsáveis pela gestão (em sentido amplo) de recursos federais (art. 44, *caput*); e 2) gerar a indisponibilidade de bens de responsáveis pela gestão (em sentido amplo) de recursos federais em valor suficiente para garantir o ressarcimento de danos a serem apurados (art. 44, § 2º).

A condição para a prática de ambos os atos é a mesma, e está prevista no *caput* do art. 44 — haver indícios suficientes de que o responsável, 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.

Tendo em vista que a medida cautelar prevista no *caput* do art. 44 (determinação do afastamento temporário de responsável pela gestão de recursos públicos), para que possa ser efetivamente implementada, depende da adoção de medidas concretas por parte da autoridade superior do sujeito alvo de decisão do TCU (consistente no ato de afastá-lo), a lei, no § 1º do art. 44, criou um “incentivo” voltado a evitar que eventual ordem do Tribunal fosse ignorada, ou, então, não acatada, pura e simplesmente. Trata-se da responsabilização solidária da figura do chefe do administrador, a ocorrer na hipótese de não observância da ordem de afastamento cautelar emitida pela Corte de Contas.

Note-se que a lei optou por estabelecer prazo máximo para a indisponibilidade de bens de responsáveis pela gestão de recursos federais (um ano), mas decidiu não fixar, *ex-ante*, limite para o tempo de afastamento de sujeitos investigados; restringiu-se a dizer que o afastamento seria temporário.

É interessante lembrar que as medidas em comento foram fruto de pleito do próprio Tribunal, formulado junto ao Congresso durante a tramitação do projeto de lei que desaguou na LOTCU. A emenda CCJ 2, proposta pelo Senador Pedro Simon (mas reconhecidamente sugerida pela Corte de Contas), teve apoio dos demais congressistas e, ao final, acabou sendo incorporada à redação da lei.⁴⁷³

Na avaliação do Senador, o dispositivo que a emenda propunha passaria a ser o “mais fundamental do espírito desse projeto”, especialmente por conta dos poderes que conferiria ao TCU para combater a impunidade e a corrupção no âmbito da administração pública.⁴⁷⁴

⁴⁷³ Confira-se o teor da Emenda CCJ 2:

“Art. 44. No início ou no curso de qualquer apuração, poderá o Tribunal, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, determinar, 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 seu ressarcimento.

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

§ 2º Nas mesmas circunstâncias do *caput* deste artigo, e do parágrafo anterior, poderá o Tribunal, sem prejuízo das medidas previstas nos artigos 58 e 59, decretar, por prazo não superior a 1 (um) ano, a indisponibilidade de bens do responsável, tantos quantos considerados bastantes para garantir o ressarcimento dos danos em apuração”.

⁴⁷⁴ Diário do Congresso Nacional, 24.04.92, Seção II, p. 2397.

O art. 61 da LOTCU, por sua vez, apesar de também prever um tipo de medida cautelar, distingue-se substancialmente do art. 44 por não ter viabilizado ao Tribunal emitir verdadeiros atos de comando. É que a norma apenas faculta ao TCU *solicitar* à Advocacia-Geral da União (ou, se for o caso, aos dirigentes das entidades que lhe sejam jurisdicionadas) o arresto de bens de responsáveis pela gestão (em sentido amplo) de recursos federais que tenham sido julgados em débito.⁴⁷⁵

O TCU, assim, não pode, ele próprio, dar ordem de arresto (determinando-a ou decretando-a); tampouco pode emitir comando que vincule a AGU ou dirigentes de entidades. Ao revés, lhe é permitido apenas solicitar, pedir — solicitação essa que poderá, ou não, ser efetivamente atendida. Destaque-se que o ordenamento não previu consequência jurídica alguma para o não atendimento de solicitação formulada pelo Tribunal, via Ministério Público, à AGU ou a dirigentes de entidades sobre as quais tenha jurisdição.

O tema objeto do presente tópico foi regulamentado pelos arts. 273 a 275 do RITCU, que se limitaram a reproduzir o teor da LOTCU.⁴⁷⁶

5.3.2. *Sustar atos*

⁴⁷⁵ Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, apesar de reconhecer a importância do art. 61 da LOTCU, afirmou que a iniciativa do legislador teria sido, na sua visão, “tímida”. Para o autor, “Poderia o Tribunal requerer o arresto dos bens, desde que adequadamente fundamentado, como medida cautelar, independentemente de medida legislativa. Avanço seria instituir a possibilidade de requerer o arresto, diretamente ao Poder Judiciário ou por intermédio do Ministério Público junto ao tribunal, antes do julgamento, desde que presente a liquidez do débito, desde que houvesse justo receio de que o julgamento fosse ineficaz pelo decurso do tempo” (FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby, *Tribunais de Contas do Brasil*, *op. cit.*, pp. 488-489).

⁴⁷⁶ Veja-se o teor dos dispositivos do RITCU:

“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 *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.

Art. 275. O Plenário poderá solicitar, por intermédio do Ministério Público junto ao Tribunal, na forma do inciso V do art. 62, 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, nos termos do art. 61 da Lei nº 8.443, de 1992”.

O segundo tipo de medida cautelar prevista pela legislação para o Tribunal é a sustação de atos administrativos. Tendo em vista que a LOTCU praticamente repetiu o teor da Constituição sobre o tema, tratarei de ambos os diplomas em conjunto. Transcrevo os dispositivos pertinentes na sequência:

Constituição Federal de 1988

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

(...)

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal”.

Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União

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

§ 1º No caso de ato administrativo, o Tribunal, se não atendido:

I - sustará a execução do ato impugnado;

II - comunicará a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

III - aplicará ao responsável a multa prevista no inciso II do art. 58 desta Lei”.

A primeira dúvida que emerge dos dispositivos transcritos é a seguinte: o que significaria *sustar* atos? O verbo utilizado pela Constituição — e repetido pela LOTCU — é um tanto enigmático, cabendo, pois, explicitar seu significado.

Sustar ato definitivamente não é sinônimo de anular ou de invalidar ato. Sustar pode ser equiparado a paralisar a execução, total ou parcialmente.⁴⁷⁷ Anular, por sua vez, seria bem mais que isso: seria desfazer efeitos produzidos, quando viável e necessário, recompor eventuais perdas patrimoniais, acaso cabíveis, e eliminar em definitivo o ato como centro produtor futuro de efeitos.⁴⁷⁸ A anulação de atos cabe ao Judiciário.⁴⁷⁹ Disso decorre que a legislação conferiu à Corte de Contas atribuição que se esgota na sustação do ato, na paralisação de seus efeitos, tudo com vistas a prevenir a ocorrência de lesão em virtude da incidência do ato supostamente irregular.⁴⁸⁰

É interessante notar que a atribuição do TCU para sustar atos não pode ser lida isoladamente. Isso porque ela está atrelada e decorre da atribuição do TCU para ordenar a prática de atos por terceiros, cuja base normativa é o art. 71, IX (“assinar prazo para que o

⁴⁷⁷ Nesse sentido, v. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O papel dos tribunais de contas no controle dos contratos administrativos, *Interesse Público*, ano 15, n. 82, nov./dez. 2013.

⁴⁷⁸ Cf. SUNDFELD, Carlos Ari e ARRUDA CÂMARA, Jacintho, Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites, *op. cit.*, p. 197.

⁴⁷⁹ Nesse sentido, v. BARROSO, Luís Roberto, Tribunal de Contas: algumas incompetências, *op. cit.*, p. 139.

⁴⁸⁰ Nesse sentido, v. JORDÃO, Eduardo, A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – controlador ou administrador?, *op. cit.*, p. 214.

órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade”). A possibilidade de o Tribunal sustar atos só emerge caso a administração não atenda, dentro do prazo que lhe tiver sido assinado, determinação sua no sentido de sanar ilegalidades previamente apontadas.

A dinâmica prevista pelo Texto Constitucional, e reproduzida pela LOTCU, é a seguinte: o Tribunal, entendendo haver alguma ilicitude, devolve a questão à autoridade responsável, abrindo-lhe prazo para a adoção de providências que julgar cabíveis e necessárias ao fiel cumprimento da lei (art. 71, IX, da Constituição). Se o Tribunal considerar que os problemas persistem, poderá, em caso de ato administrativo, sustar seus efeitos (art. 71, X, da Constituição).⁴⁸¹ Não é permitido ao TCU tomar medida cautelar (sustar atos) antes de decorrido o prazo que deverá ser concedido à autoridade administrativa para a correção de eventuais vícios de legalidade que tiver detectado.⁴⁸²

Pelo fato de a atribuição do TCU para sustar atos derivar da sua atribuição para ordenar a prática de atos por terceiros, as condicionantes, os requisitos e as limitações válidos para a primeira também se aplicam, na integralidade, à segunda. Em síntese, portanto, a ordem de sustação de ato poderá ter como destinatário a generalidade de órgãos e entes da administração pública (federal ou estadual e municipal na hipótese de o caso concreto de algum modo envolver recursos federais) e só poderá ser regularmente emitida pelo Tribunal mediante controle de legalidade (e não de legitimidade ou de economicidade), em matéria estritamente financeira (em sentido amplo). À luz do quadro de competências previsto pela Constituição para o TCU, fiscalizações realizadas em outros domínios ou baseadas em outros parâmetros de controle não podem dar ensejo a ordens de tipo algum. Nessas hipóteses, só lhe caberia mesmo orientar ou recomendar.⁴⁸³

O TCU, no entanto, tem, por meio do exercício do seu poder normativo, procurado alargar o campo que lhe foi fixado pela legislação para tomar medidas cautelares, dentre elas a de sustar atos. Confira-se o teor do art. 276 do RITCU:

⁴⁸¹ Nesse sentido, v. SUNDFELD, Carlos Ari e ARRUDA CÂMARA, Jacintho, Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites, *op. cit.*, p. 199.

⁴⁸² Nesse sentido, v. JORDÃO, Eduardo, A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – controlador ou administrador?, *op. cit.*, pp. 213-214.

⁴⁸³ É interessante observar que o Texto Constitucional pretérito, de 1967, apesar de também prever a possibilidade de o TCU sustar atos, conferia ao órgão de controle menos poder. Como aponta Bruno Speck, “A Constituição de 1967 prescrevia que o Tribunal de Contas estava autorizado a ordenar a correção. Caso a administração não atendesse a esse requerimento, a autoridade do Tribunal seria limitada, porque a sustação da execução do ato, para a qual ele estava autorizado, poderia ser contrariada pelo presidente da República, *ad referendum* do Congresso Nacional. A remessa da decisão às instâncias políticas do Executivo e do Legislativo nas circunstâncias assinaladas, que caracterizavam as relações entre esses dois poderes durante o regime militar, deixava claro o esvaziamento da independência do controle” (SPECK, Bruno Wilhelm, *Inovação e Rotina no Tribunal de Contas da União*, *op. cit.*, p. 72).

Regimento Interno do Tribunal de Contas da União

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

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

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

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

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

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

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

O dispositivo transcrito objetivou conferir ao Tribunal uma espécie de poder geral de cautela — que, frise-se, nem a Constituição nem a legislação ordinária lhe conferiu.⁴⁸⁴ Extrai-se do *caput* do art. 276 que o Tribunal, independentemente de ter constatado ilegalidades e de ter previamente assinado prazo para que a administração pudesse avaliar seu ponto de vista e, se fosse o caso, sanar as falhas apontadas, poderia, “em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao erário, ao interesse público, ou de risco de ineficácia da decisão de mérito”, adotar, de ofício ou mediante provocação, medidas cautelares consistentes na determinação da suspensão de ato, de procedimento, ou, então, em “outras providências”. E, para tanto, o TCU sequer precisaria ouvir as partes.

O dispositivo é inconstitucional, por várias razões.

De início é preciso deixar bem vincado que a legislação conferiu ao TCU poderes cautelares específicos, taxativamente previstos em normas constitucionais e legais. Como visto, o TCU pode, cautelarmente, determinar, em certas circunstâncias, o afastamento temporário de administradores, decretar a indisponibilidade de seus bens e sustar atos

⁴⁸⁴ Nesse sentido, v. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, O papel dos tribunais de contas no controle dos contratos administrativos, *op. cit.*

administrativos. Não lhe foi prevista atribuição para sustar “procedimentos”⁴⁸⁵, ou, então, para determinar, *ad cautelam*, “outras providências” para além daquelas expressamente previstas na Constituição e em leis. Ao TCU não é dado nem mesmo sustar contratos, como se verá no tópico seguinte.

Além disso, a adoção de medidas cautelares pelo Tribunal obrigatoriamente teria de obedecer ao rito delineado pela Constituição nos incisos IX e X do seu art. 71. Isto é, a sustação de atos necessariamente teria de ser precedida: 1) da identificação, pelo TCU, de práticas que, inseridas no campo financeiro em sentido amplo, seriam, na sua visão, ilegais (art. 71, IX, da Constituição); 2) da abertura de prazo para que a administração tivesse a oportunidade de sanar as alegadas ilicitudes; e 3) da persistência das supostas ilicitudes após transcurso de prazo assinado pelo Tribunal. Só então seria facultado à Corte de Contas sustar atos administrativos.

A mera constatação de “urgência” ou de “fundado receio de grave lesão ao erário, ao interesse público, ou de risco de ineficácia da decisão de mérito” não seriam suficientes para autorizar a prática de atos de comando cautelares pelo Tribunal. Isso não quer dizer que, nesses casos, o TCU tenha que ficar inerte, assistindo, passivo, à consolidação do cenário que julga ser atentatório ao interesse público. Munido das informações e dos dados de que dispõe, ele pode, e deve, exercer sua ampla competência para representar (provocando autoridades e órgãos de controle a agir) e para orientar (alertando a administração e seus gestores sobre práticas que avalia serem incorretas ou antijurídicas e propondo, mas não impondo, soluções e medidas concretas).

O simples fato de a Constituição não ter tornado o TCU competente para agir impositivamente, por meio da prática de atos de comando, sempre que julgar haver situação urgente ou de risco não significa que o interesse público tenha ficado descoberto, desprotegido. Lembre-se que o Texto Constitucional reconheceu ao Judiciário poder geral de cautela (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, art. 5º, XXXV), de modo que, provocado (pelo próprio TCU, pelo Ministério Público, etc.), poderá cautelarmente assegurar que eventuais situações gravosas ao interesse público efetivamente se concretizem ou se consolidem (por exemplo, sustando atos, contratos e procedimentos).

⁴⁸⁵ À luz do exposto alguém poderia erroneamente concluir que, na minha visão, não seria permitido ao TCU suspender o andamento de licitações (um procedimento), em conflito, portanto, com o que há pouco aleguei. A realidade é que o Tribunal, quando interrompe o curso de licitações, susta um ato (edital de licitação), e não o procedimento licitatório em si. A interrupção do curso da licitação é decorrência da suspensão do próprio edital.

Tratou-se, pois, de uma *escolha* do constituinte: dar ao TCU poderes cautelares específicos, mas não lhe conferir amplo poder de cautela (como fez em relação ao Judiciário). Nessas circunstâncias de urgência e de risco, a opção do constituinte foi a de conferir ao TCU — importante órgão de controle das finanças da União — papel eminentemente colaborativo, cooperativo; não de interventor direto. O Tribunal levanta dados, produz informações e elabora diagnósticos e, constatadas ilegalidades, age a partir das competências que lhe foram previstas. Em certos casos, pode agir impositivamente (sancionando ou editando atos de comando); noutros casos, pode apenas agir em colaboração (representando a outras autoridades e orientando a administração pública).

É compreensível que em casos de urgência ou de graves riscos (de lesão ao erário, de ineficácia da decisão de mérito, etc.) se queira reconhecer a controladores o máximo de poder (meios) para que, assim, possam impedir desvios (fins). Não se pode, contudo, subverter o conteúdo das normas jurídicas com base na “justificativa” de que quanto mais controle, melhor. O arranjo normativo elaborado pelo legislador bem ou mal definiu competências e previu possibilidades e limites aos controladores. É preciso respeitá-los.

Há autores que discordam dessa leitura do ordenamento jurídico, defendendo que as normas constitucionais e legais teriam implicitamente conferido ao TCU poder geral de cautela.⁴⁸⁶ Esse ponto de vista normalmente colhe fundamento em decisão proferida pelo STF no âmbito do Mandado de Segurança 24.510, Plenário, rel. Min. Ellen Gracie, j. 19.11.2003.

Na ocasião do julgamento do MS, o impetrante — um escritório de advocacia que se sentiu prejudicado por decisão cautelar do TCU que ordenou a interrupção do curso de uma licitação da qual participava —, alegou, entre outras coisas, que faltaria competência ao Tribunal para conceder medidas cautelares. O STF, por maioria de votos, reconheceu, como consta da ementa do julgado, que o TCU poderia fiscalizar procedimentos licitatórios, determinar a suspensão cautelar do certame (com base nos arts. 4º e 113, §§ 1º e 2º da lei 8.666/93), examinar editais de licitação publicados e que “nos termos do art. 276 do seu Regimento Interno, possui [o TCU] legitimidade para a expedição de medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões”.

Ao julgar o caso, os ministros divergiram profundamente sobre o tema. De um lado, o Min. Carlos Ayres Britto sustentava não ter o TCU poder geral de cautela. Na sua avaliação, caso o Tribunal viesse a identificar ilegalidades, poderia apenas assinar prazo

⁴⁸⁶ V., p. ex., BIM, Eduardo Fortunato. O poder geral de cautela dos tribunais de contas nas licitações e nos contratos administrativos, *Interesse Público*, ano 8, n. 36, mar./abr. 2006.

para que fossem sanadas, representar a outros Poderes e, se pertinente, punir agentes públicos. De outro lado, posicionaram-se, por exemplo, os ministros Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa. Para eles, a Constituição teria implicitamente conferido poder geral de cautela ao TCU. Guiados pela preocupação de evitar a consolidação de eventuais ilicitudes, a maioria do STF teve por bem reconhecer, mesmo que sem dizê-lo expressamente, a constitucionalidade do art. 276 do RITCU e, por consequência, a possibilidade de o Tribunal agir cautelarmente nas circunstâncias nele previstas.⁴⁸⁷

Como já deixei antever, penso que o STF se equivocou ao decidir dessa maneira.⁴⁸⁸

A Constituição não só *não* silenciou sobre os poderes cautelares do TCU, como os delimitou de maneira expressa. Interpretar a decisão do Texto Constitucional de *não* conferir poder geral de cautela ao Tribunal como omissão ou lacuna — dando ensejo, assim, ao argumento de que o poder geral de cautela também deveria ser reconhecido aos tribunais de contas porque quem dá os fins tem de dar os meios — importaria em distorcer seu sentido e em desfigurar as escolhas do constituinte.

A despeito de a decisão do STF realmente ter pugnado pela existência de um poder geral de cautela dos tribunais de contas, não estou certo de que os ministros efetivamente concordariam com atuação tão ampla e larga desses órgãos de controle. É que a questão central suscitada pelo mandado de segurança era simples, pontual, ensejando pouca ou nenhuma dúvida sobre a legitimidade de o TCU agir cautelarmente. Num contexto em que o Tribunal era consensualmente legitimado a tomar medidas cautelares, era fácil para a Suprema Corte afirmar, com convicção, que o TCU tinha poder geral de cautela — afinal,

⁴⁸⁷ Confira-se fala ilustrativa do Min. Sepúlveda Pertence:

“Em materia de jurisdição, temos entendido sempre ser o poder cautelar inerente à competência para decidir. Ele pode, verificando uma ilegalidade, assinar prazo para ela ser corrigida, sob pena das medidas ulteriores. Mas não pode prevenir que se torne inútil a decisão future, enquanto se verifica se há ilegalidade ou não?”.

⁴⁸⁸ Também parece ser essa a opinião de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem “Diante da clareza do dispositivo constitucional [ela se refere ao art. 71 da Constituição], causa estranheza a decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida no Mandado de Segurança nº 24. 510 (...). A decisão baseou-se na teoria dos poderes implícitos, ou seja, considerou que, se o Tribunal tem competência para sustar os atos administrativos na hipótese em que a Administração não os corrigiu no prazo assinalado, também tem, implicitamente, o poder de sustá-los liminarmente, para evitar a ocorrência de danos.

No entanto, nem a Constituição, nos dispositivos mencionados, nem a Lei nº 8.443, de 16.07.1992 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União), deram ao Tribunal de Contas competência para adotar medidas cautelares de qualquer tipo. Apenas o Regimento Interno daquele Tribunal, no art. 276, prevê essa possibilidade (...).

Trata-se de poder de consequências excessivamente graves para que se possa considerá-lo implícito na norma do art. 71, X, da Constituição (...)” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, O papel dos tribunais de contas no controle dos contratos administrativos, *op. cit.*).

a afirmação, mesmo ampla e forte, teria, no caso concreto, pouco efeito prático, pois nada mais faria do que reforçar autorização já existente, expressa e inequivocamente prevista em normas constitucionais e legais.

No MS 24.510, queria o impetrante saber se ao TCU seria lícito interromper cautelarmente o *curso de licitações*. Não foi indagado à Suprema Corte se o Tribunal poderia tomar decisões cautelares em outras circunstâncias e para outros fins; tampouco lhe foi perguntado se o art. 276 do RITCU era constitucional. Ora, não há dúvida, como visto em tópico anterior, de que o TCU é competente para examinar editais de licitação já publicados, para em relação a eles ordenar correções e para sustá-los caso entenda que, após transcurso do prazo que tiver assinado, as ilegalidades persistam.

O STF poderia muito bem ter se limitado a dizê-lo. Ocorre, no entanto, que por conta do debate travado pelos ministros, o julgamento acabou se desviando do ponto central da demanda e se deslocando para uma discussão teórica sobre as competências abstratamente previstas pela legislação para o TCU. A realidade é que a decisão, para acertar no alvo (TCU pode sustar editais de licitação), acabou usando munição em excesso (TCU tem poder geral de cautela).

De um modo geral, os ministros acabaram caindo na armadilha para a qual o Ministro Nelson Jobim os havia alertado. A certa altura do julgamento, disse o Min. que tinha receio de “discussões meramente acadêmicas”, pois “lá adiante, daqui a cinco ou seis anos, vem um fato impondo uma decisão a partir do Tribunal, mesmo não tendo explicitado na Constituição esses poderes. Vamos devagar, para que não se comprometa no futuro, que pode nos pegar muito mal”.

Cenário semelhante se materializou novamente em decisão mais recente, proferida pelo STF ao julgar o Mandado de Segurança 33.092, Segunda Turma, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 24.03.2015.

O caso, em síntese, versava sobre decisão do TCU proferida no âmbito do Acórdão 1.927/2014, no qual a Corte de Contas decretou a indisponibilidade de bens do ex-Presidente da Petrobras José Sérgio Gabrielli e de outros funcionários da empresa. O acórdão foi motivado por representação formulada pelo Ministério Público junto ao TCU, por meio da qual requereu a apuração de dano ao erário, de gestão temerária e de ato antieconômico decorrentes da aquisição da refinaria americana *Pasadena Refining System Inc.* pela *Petrobras America Inc.* (PAI), subsidiária integral da Petrobras. Os impetrantes alegaram que seus bens foram declarados indisponíveis sem a observância do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

O Min. Gilmar Mendes, para corroborar a decisão do TCU, afirmou o seguinte:

“(...) vale destacar que a jurisprudência desta Corte reconhece assistir ao Tribunal de Contas um poder geral de cautela, que se consubstancia em prerrogativa institucional decorrente das próprias atribuições que a Constituição expressamente outorgou à Corte de Contas para seu adequado funcionamento e alcance de suas finalidades. É o que restou consignado por esta Corte, por exemplo, no julgamento do MS 24.510/DF, Plenário, rel. min. ELLEN GRACIE, DJ, 19.03.2004”.

A segunda turma da Suprema Corte, seguindo o voto do Min. relator, unanimemente disse que o TCU teria poder geral de cautela “como decorrência de suas atribuições constitucionais”.

Observa-se que essa decisão, tal qual a proferida no mandado de segurança anteriormente analisado, fez afirmações amplas demais (TCU tem poder geral de cautela) para dizer o óbvio (TCU pode decretar a indisponibilidade de bens de investigados). Para responder à dúvida suscitada pelo impetrante, bastaria à Suprema Corte ter mencionado, como de fato mencionou, a norma do art. 44, § 2º, da LOTCU; havia autorização expressa para o Tribunal de Contas agir como agiu.

Vê-se que, também nesse caso, a afirmação categórica do STF (a legislação conferiu ao TCU poder geral de cautela) acabou tendo pouco efeito prático, já que o ordenamento jurídico inequivocamente legitimava o Tribunal a praticar o tal ato de comando cautelar (decretar a indisponibilidade de bens). A Suprema Corte, portanto, não usou o argumento do poder geral de cautela para autorizar o Tribunal de Contas a tomar medidas cautelares em situações e circunstâncias novas, não expressamente referidas pela legislação. Usou-o, em verdade, como instrumento retórico, de apoio ao TCU.

Lembre-se que o caso concreto era polêmico, rumoroso, havendo, em relação a ele, fortes indícios de vultosos desvios de recursos públicos, potencialmente responsáveis por ao menos parcela da grave crise que atualmente acomete a Petrobras.⁴⁸⁹ É, inclusive, o que o próprio Min. Gilmar consignou num dado trecho do seu voto.⁴⁹⁰

⁴⁸⁹ O escândalo da compra da refinaria de Pasadena pela Petrobras foi amplamente divulgado pela imprensa. Veja-se, p. ex., a seguinte notícia publicada no portal G1: ENTENDA a compra da refinaria de Pasadena pela Petrobras, *G1*, 20 de março de 2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/noticia/2014/03/entenda-compra-da-refinaria-de-pasadena-pela-petrobras.html>. Acesso em: 11 jan. 2016.

⁴⁹⁰ Confira-se excerto do voto do Min. Gilmar Mendes: “Além de todo o exposto, é relevante salientar que se cuida de caso de excepcional gravidade. O relatório apresentado pelo TCU indica que o procedimento adotado pela Petrobras (e pela *Petrobras America Inc.*) revela-se causador de prejuízos de algumas centenas de milhões de dólares. Note-se, portanto, que a Corte de Contas não está a examinar um processo pequeno, no qual se alega ligeira irregularidade, mas um caso gravíssimo de danos vultosos ao erário”.

A decisão do STF tem de ser lida nesse contexto, o qual clamava por posicionamento firme da Suprema Corte no sentido de respaldar e de fortalecer o TCU, que cumpria relevantíssimo papel de investigação. O STF viu-se “obrigado” a dar uma manifestação enfática de apoio, razão pela qual invocou o suposto poder geral de cautela do TCU para sustentar a possibilidade de o órgão fazer o que a lei já o havia autorizado a fazer (decretar a indisponibilidade de bens).

Por conta da especificidade desses casos (em nenhum deles o STF usou o argumento do poder geral de cautela para autorizar o TCU a tomar medidas cautelares em circunstâncias não expressamente referidas pela legislação), não vejo o posicionamento do STF como definitivo sobre o tema. É possível que a Suprema Corte, ao se defrontar com novas questões ligadas à atribuição do TCU para tomar medidas cautelares, venha, no futuro, a rever seu posicionamento.

5.3.3. *Tem o Tribunal de Contas da União competência para sustar contratos?*

Houve, principalmente a partir do ano de 2008, importantes embates entre Poder Executivo e órgãos de controle, alguns deles protagonizados pelo próprio Presidente da República. O Chefe do Executivo, em diversas ocasiões, chegou a acusar alguns controladores — em especial o TCU — de suspender a execução de obras públicas federais sem um “motivo justo”. Segundo se alegou, “não é fácil governar com a poderosa máquina de fiscalização e a pequena máquina de execução”.⁴⁹¹ A suspensão cautelar de obras pelo TCU — muitas delas integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) — seria, assim, abusiva: “Depois, as obras são autorizadas sem que as pessoas que as paralisaram tenham qualquer indício de punição. Quem dá a ordem para fazer está subordinado a todas as leis, mas quem dá a ordem para parar não fica sob lei nenhuma”.⁴⁹²

A disputa política travada especificamente entre TCU e governo tem como pano de fundo a indagação que dá origem ao presente tópico: tem o Tribunal competência para sustar contratos? A despeito de, como se verá, a resposta à pergunta ser negativa, fato é que o TCU (e outros tribunais de contas) tem adotado medidas de caráter inteutivo na

⁴⁹¹ AGÊNCIA ESTADO. Órgãos que fiscalizam obras travam o Brasil, diz Lula, *O Estado de S. Paulo*, 24 de outubro de 2009. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,orgaos-que-fiscalizam-obras-travam-o-brasil-diz-lula,455745,0.htm>. Acesso em: 11 jan. 2016.

⁴⁹² Idem.

execução de despesas que, na prática, resultam na sustação da execução de instrumentos contratuais.

Cito, a título de exemplo, o Acórdão TCU 593/2009, Plenário, rel. Min. Aroldo Cedraz, j. 01.04.2009, por meio do qual a Corte de Contas, em sede de agravo, decidiu manter decisão anterior que havia determinado, sem a prévia oitiva das partes, a retenção cautelar de pagamentos em alguns contratos de obra pública.

Os contratos em comento haviam sido firmados entre Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S/A e empreiteiras para a realização de obras voltadas à construção da Ferrovia Norte-Sul no trecho Anápolis (GO)/Uruaçu (GO). De acordo com a equipe de auditoria do Tribunal, em relatório chancelado pelo Min. Cedraz, haveria, em relação a eles, diversos indícios de irregularidades — tais como o direcionamento do processo licitatório, ausência de retenção de tributos nos pagamentos efetuados às empresas contratadas, deficiências nos projetos básicos e sobrepreços.

Por conta dessas supostas irregularidades, decidiu o Min., em sede de cognição sumária e fundamentado em análise da secretaria de controle externo (que apontava risco de dano ao erário decorrente do alegado superfaturamento e sobrepreço de obras), que estavam presentes os requisitos de *fumus boni juris* e *periculum in mora*, justificando, assim, a retenção de 40% do valor do sobrepreço identificado pela auditoria do Tribunal.

Apesar de o TCU não ter determinado de maneira explícita a sustação dos contratos, evidentemente que essa seria a consequência inevitável caso as empresas contratadas pelo poder público deixassem de receber o valor contratualmente previsto pelos serviços prestados — a lei 8.666/93, em seu art. 78, XV, autoriza a suspensão da execução de contratos após atraso nos pagamentos superior a 90 dias.

Dois foram os principais argumentos utilizados pelo TCU para determinar a retenção de pagamentos e, conseqüentemente, a sustação dos contratos: 1) o de que o art. 276 do RITCU teria previsto a possibilidade de o Tribunal editar medidas cautelares em situações de urgência e de risco de lesão ao erário;⁴⁹³ e 2) o próprio STF, ao julgar o MS

⁴⁹³ Veja-se excerto do voto do rel. Min. Augusto Nardes:

“11. Para ver reconsiderada a decisão cautelar, alegou a Camargo Corrêa, em primeiro lugar, a necessidade de sua prévia oitiva antes da adoção da providência acautelatória, a fim de serem assegurados o contraditório e a ampla defesa.

12. Ocorre, porém, que, por sua própria natureza, a medida em questão prescinde da oitiva prévia das partes e dos envolvidos, como expressamente preconiza o art. 276 do Regimento Interno, que disciplina a material”.

24.510, já teria dito que o TCU tem poder geral de cautela, admitindo, inclusive, que o Tribunal pudesse expedir medidas cautelares sem a prévia oitiva das partes.⁴⁹⁴

O Min. Nardes, relator do caso, chegou inclusive a dar declaração à imprensa sobre o tema, defendendo a possibilidade de o TCU agir preventivamente em relação a contratos, sustando-os.⁴⁹⁵ É preciso dizer, contudo, que há vozes dissonantes mesmo dentro do próprio Tribunal.⁴⁹⁶

Fato é que, ao que tudo indica, o alerta feito pelo Min. Jobim quando do julgamento do Mandado de Segurança 24.510 — de que a discussão “acadêmica” acerca das possibilidades e limites dos poderes cautelares do TCU poderia vir a ocasionar problemas práticos à época não considerados pelos ministros — tenha se provado pertinente. É que, como reconhecido pelo Tribunal, o tal MS tem servido de base para, na prática, legitimar atuação cautelar do TCU em matéria contratual, em confronto com o que expressamente dispõe o ordenamento jurídico.

⁴⁹⁴ Confira-se trecho do voto do rel. Min. Augusto Nardes:

“14. Frise-se, ainda, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer o poder geral de cautela desta Corte, admitiu igualmente a possibilidade de o TCU expedir deliberações de tal índole sem oitiva das partes, como se vê nos seguintes excertos das ementas dos mandados de segurança 24.510/DF e 26.547/DF (grifei): (...).

15. Observe-se, igualmente, que, nos precedentes judiciais acima, reconheceu-se que a expedição de cautelares sem audiência prévia das partes não ofende os princípios do contraditório e da ampla defesa, ao contrário do que alega a agravante”.

⁴⁹⁵ Veja-se, p.ex., BRITO, Ricardo. Presidente do TCU defende suspensão cautelar de obras, *O Estado de S. Paulo*, 5 de dezembro de 2013. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,presidente-do-tcu-defende-suspensao-cautelar-de-obras,1104683>. Acesso em: 11 jan. 2016.

⁴⁹⁶ Nesse sentido, confira-se, p. ex., excerto do depoimento do Entrevistado A:

Entrevistador: “Há quem diga que o TCU estaria deixando de ter uma postura mais reativa para assumir uma postura mais proativa, voltada a orientar. Menos punição e mais orientação. Como vocês veem isso?”

Entrevistado A: “Isso começou a ser discutido há algum tempo, talvez há uns 15, 20 anos, quando se chegou à conclusão de que o ideal não seria ‘exumar cadáveres’. Estávamos fazendo muita autópsia quando devíamos fazer mais biópsias. E evitar que haja um defundo. Ia auditar uma obra pública, p.ex., que foi toda mal elaborada, desde o planejamento até a sua execução, e a auditoria ocorreria depois que ela estava paralisada, todos os recursos já tinham ido embora, etc. O elefante branco ficava lá. Se agirmos antes da obra começar, defendo muito essa tese, de não deixar começar a licitação, porque depois que uma obra, um evento, começa, é difícil de parar. E parar não é o melhor remédio. É o pior remédio. P.ex., uma obra parada é o pior remédio do ponto de vista econômico e da sociedade. É melhor acabar ao preço que for. Foi o que aconteceu na Copa do Mundo. Os estádios saíram a preço de ouro, mas tinha que acabar. Acho que por isso o TCU mudou sua visão ao longo do tempo, agindo mais proativamente, evitando o dano. Daí começaram a surgir as cautelares. Há aí uma discussão muito complicada” (entrevista realizada na sede do TCU, em Brasília, no dia 10.06.2015).

Mais crítico ainda foi o **Entrevistado G**. Ao ser indagado sobre quais seriam, na sua visão, as competências do TCU, ele afirmou o seguinte:

Entrevistado G: “Em relação à sustação de contratos, eu entendo que não pode. É muito claro na Constituição, que se for em relação a contratos, tem que comunicar o Congresso. Em relação a atos, tudo bem. E não cabe ao Tribunal suprir eventual omissão do Congresso. E o Tribunal dá um *by-pass* nisso daí, dizendo o seguinte: não susto, mas determino que o órgão suste. Que é exatamente a mesma coisa” (entrevista realizada na sede do TCU, em Brasília, no dia 11.06.2015).

Antes de passar à análise das normas, esclareço que é impertinente invocar o MS 24.510 para justificar a sustação de contratos. Lembre-se que o acórdão foi elaborado tendo como foco a sustação de *atos* pelo Tribunal — não de contratos. Ao utilizar esse julgado como precedente para a sustação de contratos, o TCU parece incidir em erro, fazendo equiparação que o STF não fez (entre atos e contratos).

Veja-se, abaixo, o teor dos dispositivos constitucionais e legais pertinentes:

Constituição Federal de 1988

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

(...)

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

(...)

§ 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”.

Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União

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

(...)

§ 2º No caso de contrato, o Tribunal, se não atendido, comunicará o fato ao Congresso Nacional, a quem compete adotar o ato de sustação e solicitar, de imediato, ao Poder Executivo, as medidas cabíveis.

§ 3º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito da sustação do contrato”.

A primeira constatação importante a se fazer é a de que a sustação de contratos — isto é, a suspensão parcial ou total da execução de negócios jurídicos bilaterais —, tal qual a sustação de atos, não pode ser lida isoladamente. Isso porque ela também está atrelada e decorre da atribuição do TCU para ordenar a prática de atos por terceiros, cuja base normativa é o art. 71, IX (“assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade”). A possibilidade de contratos serem sustados só emerge na hipótese de a administração não atender, dentro do prazo que lhe tiver sido assinado, determinação do TCU no sentido de sanar ilegalidades previamente apontadas.

A dinâmica prevista pelo Texto Constitucional, e reproduzida pela LOTCU, é a seguinte: o Tribunal, entendendo haver alguma ilicitude, devolve a questão à autoridade responsável, abrindo-lhe prazo para a adoção de providências que julgar cabíveis e necessárias ao fiel cumprimento da lei (art. 71, IX, da Constituição). Se, após o transcurso

do prazo, o Tribunal considerar que os problemas persistem, poderá comunicar a situação ao Congresso Nacional (art. 45, § 2º, da LOTCU). O Congresso Nacional, uma vez comunicado de supostas ilegalidades em contratos, poderá, ele próprio, sustar sua execução, solicitando ao Poder Executivo, na sequência, as providências cabíveis (art. 71, § 2º, da Constituição).⁴⁹⁷

Note-se que o Congresso tem a possibilidade, mas não o dever, de sustar os contratos em relação aos quais supostamente haveria irregularidades.⁴⁹⁸ É que sua decisão é eminentemente informada por critérios políticos — e não técnico-jurídicos, como no caso das decisões do Tribunal.⁴⁹⁹

⁴⁹⁷ Confira-se a opinião de Carlos Ari Sundfeld e de Jacintho Arruda Câmara sobre o tema:

“Antes de haver qualquer sustação, é necessário que o Tribunal de Contas estabeleça prazo para o responsável adequar seu ato àquilo que o próprio Tribunal entende ser a exigência legal. Depois, caso se mantenha a situação, o Tribunal poderá fazer, ele próprio, a sustação se o objeto do controle for um ato da Administração. Mas se o objeto do controle for um contrato o Tribunal deverá comunicar o fato ao Legislativo para que ele faça a sustação, se entender devido. Tudo isso como medida cautelar, prevenindo possíveis danos ao Erário. O efeito claro dessa sustação é interromper o gasto público considerando ilícito. Nessa linha, qualquer medida interventiva que produza esse efeito — interromper os gastos impugnados — há de ser considerada de forma a sustar atos ou contratos” (SUNDFELD, Carlos Ari e ARRUDA CÂMARA, Jacintho, Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites, *op. cit.*, p. 204).

⁴⁹⁸ Essa dinâmica surgiu com a Constituição de 1967. Confira-se o teor dos dispositivos pertinentes:

“Art 73. O Tribunal de Contas tem sede na Capital da União e jurisdição em todo o território nacional.

(...)

§ 5º - O Tribunal de Contas, de ofício ou mediante provocação do Ministério Público ou das Auditorias Financeiras e Orçamentárias e demais órgãos auxiliares, se verificar a ilegalidade de qualquer despesa, inclusive as decorrentes de contratos, aposentadorias, reformas e pensões, deverá:

- a) assinar prazo razoável para que o órgão da Administração Pública adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei;
- b) no caso do não atendimento, sustar a execução do ato, exceto em relação aos contratos;
- c) na hipótese de contrato, solicitar ao Congresso Nacional que determine a medida prevista na alínea anterior, ou outras que julgar necessárias ao resguardo dos objetivos legais”.

⁴⁹⁹ Guilherme Jardim Jurksaitis esclarece as razões pelas quais o ordenamento jurídico atribuiu ao Congresso, e não ao TCU, a atribuição em comento. Segundo o autor, “Paralisar a execução de um contrato administrativo, seja a que título for, importa em consequências práticas e jurídicas que não devem ser esquecidas, algumas delas já mencionadas neste trabalho. Ponderar entre essas consequências e as ilegalidades constatadas para decidir o que fazer com um determinado contrato não pode ser uma tarefa dos órgãos de controle.

Quem vai suportar os custos da paralisação de um contrato é a Administração Pública e a sociedade. A primeira, porque eventualmente terá de responder perante o contratado pelos custos incorridos por ele, como para amortizar os investimentos já feitos e desmobilizar a equipe alocada na execução do contrato. E também porque as etapas já executadas do contrato, no caso de uma obra pública, não podem simplesmente ser demolidas. Novamente, é a Administração Pública que terá de arcar com os custos de manutenção da obra, para que não se perca o que já foi feito. Enquanto a sociedade acaba sofrendo por não usufruir dos benefícios que a execução do contrato lhe traria, como o fornecimento de um medicamento, cujo contrato de aquisição celebrado com o poder público foi considerado ilegal, ou a construção de uma obra de saneamento que melhoraria a qualidade de vida da população local. (...)

Por esses motivos, a Constituição impôs ao Poder Legislativo, uma instituição independente e dotada de legitimidade política para tomar decisões que trarão impactos significativos para a vida da Administração e da sociedade, a competência para decidir em casos assim” (JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Leis de diretrizes orçamentárias e o controle sobre as contratações públicas. In: CONTI, José

A legislação não deixa margem para dúvidas: é do Congresso Nacional a competência para sustar contratos. Como aponta Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a decisão do TCU “referida no § 2º do art. 71 da Constituição, não pode envolver a sustação do contrato administrativo, que é de competência exclusiva do Congresso Nacional e deve basear-se em critérios políticos, fora da alçada do Tribunal de Contas”.⁵⁰⁰

De acordo com Eduardo Jordão, “No que concerne às competências corretivas, a disciplina constitucional varia em função da natureza unilateral ou bilateral do ato administrativo viciado”.⁵⁰¹ Ato podem ser sustados diretamente pelo TCU; contratos, por sua vez, só podem ser sustados pelo Congresso Nacional.⁵⁰²

Como apontam Sundfeld e Arruda Câmara, os controles exercidos pelo TCU sobre contratos são de outra natureza:

“No Brasil os poderes próprios do Tribunal de Contas no controle de contratos são para agir sobre os sujeitos (sobre os responsáveis pelo contrato), e não sobre os objetos (isto é, sobre os contratos e sobre sua execução). O Tribunal fiscaliza e adverte os gestores, dialoga com eles e, se

Maurício; SCAFF, Fernando Facury (coord.). *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 1294-1295).

⁵⁰⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, O papel dos Tribunais de Contas no controle dos contratos administrativos, *op. cit.*, p. 26.

⁵⁰¹ JORDÃO, Eduardo, A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – controlador ou administrador?, *op. cit.*, p. 213.

⁵⁰² O próprio STF, ao se manifestar sobre o tema, corroborou que, em caso de ilegalidades em relação a contratos serem verificadas, não poderá o próprio TCU sustar sua execução. Na avaliação da Suprema Corte, compete ao TCU determinar ao órgão competente a adoção de providências necessárias para a sustação o contrato administrativo. Isto é, o Tribunal de Contas possui apenas a competência para comunicar à autoridade administrativa responsável acerca das irregularidades e nulidades verificadas nos contratos administrativos. Veja-se, p.ex., o seguinte julgado:

“De acordo com a jurisprudência do STF, ‘o Tribunal de Contas da União, embora não tenha poder para anular ou sustar contratos administrativos, tem competência, conforme o art. 71, IX, para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou’ (MS 23.550, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, j. 31.10.01)”. (MS 26.000, Primeira Turma, rel. Min. Dias Toffoli, j. em 04.12.2012).

Em julgado mais recente, o STF não só disse que a competência para sustação de contratos é própria do Congresso, como também afirmou que a competência para a sustação de atos é própria dos tribunais de contas.

Ao julgar a ADI 3.715, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 21.8.2014, o plenário da Corte confirmou medida cautelar e julgou procedente pedido formulado em ação direta para declarar a inconstitucionalidade da expressão “licitação em curso, dispensa ou inexigibilidade”, contida no inciso XXVIII do art. 19 e no § 1º do art. 33; da expressão “excetuados os casos previstos no § 1º deste artigo”, constante do inciso IX do art. 33; e do inteiro teor do § 5º do art. 33, todos da Constituição do Estado do Tocantins, com a redação dada pela EC estadual 16/2006. Na decisão acauteladora, o Tribunal consignara que os preceitos atribuiriam, à Assembleia Legislativa, a competência para sustar as licitações em curso, e os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação, bem como criariam recurso, dotado de efeito suspensivo, para o Plenário da Assembleia Legislativa, das decisões do Tribunal de Contas estadual acerca do julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiro, bens e valores públicos. Naquela assentada, entendeu que os preceitos impugnados não observariam o modelo instituído pela Constituição Federal, de observância compulsória pelos Estados-membros (Constituição, art. 75), que limitaria a competência do Congresso Nacional a sustar apenas os contratos (Constituição, art. 71, § 1º), e não preveria controle, pelo Poder Legislativo, das decisões proferidas pelo Tribunal de Contas, quando do julgamento das referidas contas (Constituição, art. 71, II).

entender devido, os pune com sanções fortes. Isso, por óbvio, tem impacto sobre as decisões desses sujeitos — que, muito racionalmente, buscam evitar as sanções pessoais — e, por essa via indireta, tem efeito sobre o funcionamento da máquina pública. Mas em geral a pressão dos entendimentos do Tribunal sobre o curso da ação administrativa é apenas indireta, não imediata. O Tribunal não tem poder constitutivo ou desconstitutivo: não anula contratos e não toma decisões substitutivas dos atos da Administração. Ele age sobre os sujeitos, não diretamente sobre a função administrativa, salvo exceções bem específicas”.⁵⁰³

Trata-se de fórmula construída com cuidado, voltada a equilibrar dois valores fundamentais: de um lado, a existência de fiscalização, que estimule externamente a legalidade e a eficiência; do outro, a autonomia da administração, fundamental à democracia, ao cumprimento de suas missões constitucionais e legais e, também, à eficiência. Esta fórmula busca instituir controles que não coloquem os controladores no lugar dos gestores — esse é o grande desafio de qualquer sistema de controle público externo, que, para ser externo, não pode substituir o controlado pelo controlador.⁵⁰⁴

A despeito de haver certo consenso de que a competência para sustar atos seja do Congresso Nacional, há quem sustente que a Constituição, no § 2º do art. 71, teria autorizado o TCU a agir caso o Legislativo ou o Executivo não adotasse as medidas por ele apontadas. Para essa corrente, o dispositivo, ao afirmar que “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”, teria autorizado o TCU a, subsidiariamente, decidir suspender, ou não, os efeitos de contratos nos quais tiver identificado supostas ilicitudes.⁵⁰⁵

A expressão utilizada pelo Texto Constitucional, de fato, é um tanto quanto enigmática e imprecisa. Seria um equívoco, entretanto, interpretá-la de maneira a anular a *escolha* do constituinte de reservar a decisão de sustar contratos ao Congresso Nacional — opção essa que fica evidente não só a partir do próprio teor das normas vigentes⁵⁰⁶, como também da história legislativa da Constituição.

⁵⁰³ SUNDFELD, Carlos Ari e ARRUDA CÂMARA, Jacintho, Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites, *op. cit.*, p. 195.

⁵⁰⁴ Idem, *ibidem*.

⁵⁰⁵ Essa é a opinião de Eduardo Fortunato Bim. Para o autor, “(...) findo os 90 dias, o tribunal de contas pode sustar o contrato, ainda que o Legislativo não tenha decidido fazê-lo (decisão que não convalida ou impede a sustação do contrato, levando a questão a perdas e danos e evitando-se o resguardo do Erário). Da mesma forma que a inércia ou algum ato declaratório do Legislativo não convalidam a injuridicidade do contrato, a decisão de não sustar o contrato não impede o uso do poder geral de cautela pela corte de contas, independentemente de a autoridade competente para sanar a injuridicidade estar tomando as medidas ordenadas, uma vez que essa é provisória, ainda que seja posterior ao julgamento definitivo” (BIM, Eduardo Fortunato, O poder geral de cautela dos tribunais de contas nas licitações e nos contratos administrativos, *op. cit.*).

⁵⁰⁶ Essa também parece ser a opinião de Maria Sylvia Zanella Di Pietro. De acordo com a autora, “Essa interpretação [segundo a qual o TCU poderia sustar contratos em caso de omissão do Legislativo ou do Executivo] contraria frontalmente a intenção do constituinte de deixar a decisão para o Congresso

Recorde-se que um dos temas mais debatidos na ANC — relacionados ao controle pelos tribunais de contas, evidentemente — consistiu na possibilidade de, na futura Constituição, as cortes de contas terem competência para sustar a execução de contratos na hipótese de ilegalidades serem detectadas.

Os discursos dos congressistas e dos convidados a participar da ANC foi forte no sentido de mudar a lógica da Constituição de 1967, que dizia que se o Congresso não se manifestasse em 30 dias sobre a solicitação do Tribunal (de sustar contratos), a impugnação seria considerada insubsistente (73, § 6º). A regra da Constituição anterior era vista como desincentivo à atuação firme dos tribunais de contas na fiscalização de contratos.

Por conta disso, os próprios tribunais de contas (que tiveram presença marcante na ANC) e muitos dos membros das subcomissões defendiam que esses órgãos de controle passassem a ter mais poder, tendo a possibilidade de sustar, eles próprios, não só atos, mas também contratos. Essa solução chegou, inclusive, a constar do anteprojeto elaborado pela Subcomissão do Orçamento e Fiscalização.⁵⁰⁷

Ocorre, no entanto, que mesmo com todo o apoio que a solução ampliativa das competências das cortes de contas teve no processo de elaboração da Constituição de 1988, fato é que ela *não foi aceita pela maioria da ANC*. A redação final do dispositivo que previa as atribuições cautelares do Tribunal ficou substancialmente distinta daquela sugerida pelas comissões temáticas. A interpretação fiel do dispositivo, portanto, é, por conta do teor das normas da Constituição e da sua história legislativa, a de que a expressão “o Tribunal decidirá a respeito” tenha conteúdo (jurídico e prático) diferente da expressão “prevalecerá a decisão do Tribunal de Contas da União”.⁵⁰⁸

Nacional, exatamente pelo caráter político de suas decisões” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, O papel dos Tribunais de Contas no controle dos contratos administrativos, *op. cit.*).

⁵⁰⁷ Confira-se o teor do anteprojeto elaborado pela Subcomissão do Orçamento e da Fiscalização:

“Art. 27. O Tribunal de Contas da União, de ofício ou mediante provocação do Ministério Público ou das auditorias financeiras, orçamentárias e patrimoniais, se verificar a ilegalidade de qualquer ato suscetível de gerar despesa ou variação patrimonial, inclusive editais, contratos, nomeações e contratações de pessoal, aposentadoria, disponibilidades, transferências para a reserva remunerada, reformas e pensões, deverá:

I – assinar prazo razoável para que o órgão ou entidade da administração pública adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei;

II – sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado.

§ 1º Na hipótese de contrato, a parte que se considerar prejudicada poderá interpor recurso, sem efeito suspensivo, ao Congresso Nacional.

§ 2º Se o Congresso Nacional, no prazo de 60 (sessenta) dias, não se pronunciar sobre o recurso previsto no parágrafo anterior, *prevalecerá a decisão do Tribunal de Contas da União*”.

⁵⁰⁸ Nesse sentido, v. BARROSO, Luís Roberto, *Temas de Direito Constitucional*, *op. cit.*, p. 238.

E qual seria, então, o sentido do dispositivo? Se a omissão for do Executivo (hipótese em que o Legislativo, acionado pela Corte de Contas, teria determinado a sustação do contrato), caberá ao TCU agir pessoalmente contra os responsáveis (art. 71, VIII, da Constituição), afastando-os cautelarmente ou punindo-os e, se for o caso, representando a outros órgãos de controle. Se a omissão for do próprio Legislativo (hipótese em que não tiver dito sim ou não ao quanto à sustação sugerida pelo Tribunal como necessária), o TCU poderá representar a outros órgãos de controle, a eles demonstrando as ilegalidades que tiver identificado.⁵⁰⁹ Em qualquer caso, o Tribunal poderá desempenhar sua competência para produzir dados e informações (elaborando e publicizando relatórios e informes sobre as supostas ilegalidades) e sua competência para orientar (sugerindo mudanças e posturas voltadas a sanar as alegadas ilicitudes).

A LOTCU, apesar de ter substituído a expressão “o Tribunal decidirá a respeito” pela expressão “o Tribunal decidirá a respeito da sustação do contrato”, não tornou o TCU competente para fazer algo vedado pelo Texto Constitucional.

As dúvidas sobre a interpretação dos dispositivos constitucionais e legais ora sob análise, deu origem, como visto no início deste tópico, a intenso embate entre Executivo e TCU. A tensão entre as “visões de mundo” acerca das competências e atribuições do TCU ganhou tamanha dimensão que curiosamente acabou recebendo tratamento específico por Leis de Diretrizes Orçamentárias (LDO) — algo um tanto quanto inusitado já que elas vigem por apenas um ano. Como aponta Guilherme Jardim Jurksaitis, “desde o ano de 1997 as leis de diretrizes orçamentárias têm tratado de definir competências específicas

⁵⁰⁹ Cf. SUNDFELD, Carlos Ari e ARRUDA CÂMARA, Jacintho, Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites, *op. cit.*, pp. 211-212.

Sobre o tema, veja-se também a opinião de Eros Roberto Grau:

“A primeira leitura do § 2º do art. 71 — sobretudo se o leitor ignora que esse preceito não pode ser lido isoladamente; repito: não se interpretam textos de Direito, isoladamente, mas sim o Direito, no seu todo —, a primeira leitura do § 2º, dizia, pode enredar o leitor em indesculpável confusão. É que o não iniciado poderia supor que o preceito atribuí ao Tribunal o poder de decidir sobre a omissão do Congresso Nacional ou do Poder Executivo.

Diz o parágrafo: (...).

Lembro, a esta altura, o que em outra oportunidade averbei: a interpretação é um processo intelectual através do qual, partindo de fórmulas linguísticas contidas nos textos, enunciados, preceitos, disposições, alcançamos a determinação de um conteúdo normativo; é a atividade voltada ao discernimento de enunciados semânticos veiculados por preceitos (enunciados, disposições, textos).

Ora, o enunciado semântico veiculado por esse § 2º [no contexto da Constituição do Brasil] só pode ser o seguinte: se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de 90 dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal — já então no exercício da competência que lhe é atribuída pelo inciso II do art. 71 — decidirá sobre a legalidade ou não do contrato e da respectiva despesa” (GRAU, Eros Roberto. Tribunal de Contas – Decisão – Eficácia, *Revista de Direito Administrativo*, vol. 210, out./dez. 1997, pp. 354-355).

para o Tribunal de Contas da União e para o Congresso Nacional no exercício do controle sobre contratos administrativos”.⁵¹⁰

Como apontam alguns dos servidores do TCU que entrevistei, as LDOs foram sendo modificadas ano a ano no sentido de mitigar a possibilidade de o Tribunal sustar ele próprio a execução de contratos.⁵¹¹ Para tanto, esses diplomas normativos disseram, entre outras coisas, que a execução física, orçamentária e financeira de contratos e convênios relativos obras e serviços com indícios de irregularidades graves (apontadas pelo TCU) ficariam condicionadas à prévia deliberação de Comissão Mista do Congresso Nacional, prevista no § 1º do art. 166 da Constituição.

Destaque-se, também, o esforço das LDOs na direção de obrigar que a suspensão da execução de contratos e convênios seja precedida de análise de custo-benefício — afinal, a paralisação, ao contrário do que se poderia num primeiro momento imaginar, também gera custos que, em certos casos, podem até mesmo superar o custo de obras ou serviços suspeitas de conterem irregularidades graves serem integralmente executadas.⁵¹²

⁵¹⁰ JURKSAITIS, Guilherme Jardim, *Leis de diretrizes orçamentárias e o controle sobre as contratações públicas*, *op. cit.*, p. 1276. O artigo escrito por Guilherme Jardim Jurksaitis é de leitura imprescindível para se compreender os movimentos de reforma das LDOs.

⁵¹¹ Confira-se excerto da entrevista:

“**Entrevistador:** E em relação às cautelares? Gerou uma certa polêmica se o TCU teria ou não poder para sustar a execução de contrato. O que acham? Teve, inclusive, uma reação do Congresso via LDO.

Entrevistado B: O TCU se apoia hoje no Supremo, que prevê competências implícitas.

[Começam a falar sobre a relação do Congresso com o TCU]

Entrevistado B: Tem um quadro comparativo num dos votos do Ministro Carreiro, que traça a evolução das LDOs desde que começou o Fiscobras. Lá contém todas as modificações da LDO. Lá você vê que a cada ano a LDO restringiu mais o conceito de obras irregulares com indicativo de paralisação. A finalidade era diminuir as paralisações. É interessante. O Legislativo mudava cada vez mais para restringir o TCU.

Entrevistado C: Em alguma medida, eram ajustes necessários...

Entrevistado A: Com certeza. Do ponto de vista econômico, a pior coisa que tem é parar a obra. Mas claro, você vê o dinheiro sair pelo ralo e tem que tomar uma providência. E é isso que o TCU faz. Mas somos tachados de paralisadores de obra. O que não é verdade. Mandamos corrigir uma situação. Mas acho que o TCU avança demais o sinal, entra em detalhes que são coisas que não deveria entrar. Acho que nosso modelo de fiscalização de obras já está antiquado, já está na hora de mudar, eu penso assim.

Entrevistado C: Mas esse modelo já foi uma evolução.

Entrevistado A: Foi uma evolução e deu visibilidade ao TCU” (entrevista realizada na sede do TCU, em Brasília, no dia 10.06.2015).

⁵¹² Confira-se o conteúdo pertinente da Lei de Diretrizes Orçamentárias para o ano de 2014 (lei 12.919, de 24 de dezembro de 2013):

“Art. 98. O Projeto de Lei Orçamentária de 2014 e a respectiva Lei poderão contemplar subtítulos relativos a *obras e serviços com indícios de irregularidades graves, permanecendo a execução física, orçamentária e financeira dos respectivos contratos, convênios, etapas, parcelas ou subtrechos* constantes do anexo a que se refere o § 2º do art. 9º *condicionada à prévia deliberação da Comissão Mista* a que se refere o § 1º do art. 166 da Constituição Federal, observado o disposto no art. 71, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, e no art. 102, §§ 3º e 4º, desta Lei.

(...)

Art. 102. A Comissão Mista a que se refere o § 1º do art. 166 da Constituição Federal poderá realizar audiências públicas com vistas a subsidiar as deliberações acerca do bloqueio ou desbloqueio de

É interessante observar que o TCU, ao disciplinar o tema da sustação de contratos em seu regimento interno, fez “interpretação” peculiar do regramento constitucional e legal há pouco exposto. Confira-se o conteúdo dos dispositivos do RITCU:

Regimento Interno do Tribunal de Contas da União

“Art. 251. Verificada a ilegalidade de ato ou contrato em execução, o Tribunal assinará prazo de até quinze dias para que o responsável adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, com indicação expressa dos dispositivos a serem observados, sem prejuízo do disposto no inciso IV do caput e nos §§ 1º e 2º do artigo anterior.

§ 1º No caso de ato administrativo, o Tribunal, se não atendido:

I – sustará a execução do ato impugnado;

II – comunicará a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

III – aplicará ao responsável, no próprio processo de fiscalização, a multa prevista no inciso VII do art. 268.

§ 2º No caso de contrato, o Tribunal, se não atendido, adotará a providência prevista no inciso III do parágrafo anterior e comunicará o fato ao Congresso Nacional, a quem compete adotar o ato de sustação e solicitar, de imediato, ao Poder Executivo, as medidas cabíveis.

§ 3º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito da sustação do contrato.

§ 4º Verificada a hipótese do parágrafo anterior, e se decidir sustar o contrato, o Tribunal:

I – determinará ao responsável que, no prazo de quinze dias, adote as medidas necessárias ao cumprimento da decisão;

II – comunicará o decidido ao Congresso Nacional e à autoridade de nível ministerial competente”.

Vê-se que os §§ 3º e 4º do RITCU, em confronto direto com o conteúdo da legislação, conferem ao órgão de controle a possibilidade de ele próprio agir na hipótese de o Legislativo ou o Executivo não implementar as medidas por ele apontadas. Nesse ponto, o regimento interno é inconstitucional.

Evidencia-se, assim, que o TCU, também nesse caso, se valeu de espaço de dúvida criado pelas normas jurídicas que disciplinam suas competências e atribuições para, por

contratos, convênios, etapas, parcelas ou subtrechos relativos a subtítulos nos quais forem identificados indícios de irregularidades graves.

§ 1º Serão convidados para as audiências os representantes do Tribunal de Contas da União e dos órgãos e das entidades envolvidos, que poderão expor as medidas saneadoras já tomadas e as razões pelas quais as obras sob sua responsabilidade não devam ser paralisadas, inclusive aquelas a que se refere o art. 99, acompanhadas da justificação por escrito do titular do órgão ou entidade responsável pelas respectivas contratações.

§ 2º A deliberação da Comissão Mista a que se refere o § 1º do art. 166 da Constituição Federal que resulte na continuidade da execução de contratos, convênios, etapas, parcelas ou subtrechos relativos a subtítulos nos quais forem identificados indícios de irregularidades graves com recomendação de paralisação ainda não sanados dependerá da avaliação das informações recebidas na forma do § 2º do art. 99 e de prévia realização da audiência pública prevista no caput, quando deverão ser avaliados os prejuízos potenciais da paralisação para a administração pública e para a sociedade.

§ 3º A decisão pela paralisação ou pela continuidade de obras ou serviços com indícios de irregularidades graves, nos termos do § 2º, dar-se-á sem prejuízo da continuidade das ações de fiscalização e da apuração de responsabilidades dos gestores que lhes deram causa.

§ 4º Após a publicação da Lei Orçamentária de 2014, o bloqueio e o desbloqueio da execução física, orçamentária e financeira nos termos deste Capítulo dar-se-ão mediante decreto legislativo baseado em deliberação da Comissão Mista a que se refere o § 1º do art. 166 da Constituição Federal, à qual cabe divulgar, pela internet, a relação atualizada dos subtítulos de que trata o caput” (grifos acrescentados).

meio do seu poder normativo, “pavimentar” possibilidades de controle que o ordenamento jurídico não lhe conferiu. Tudo indica que o RITCU estaria sendo utilizado pelo Tribunal para lhe dar mais segurança para atuar em campo que sabe não lhe ser próprio.

5.4. Ordenar o envio de informações ao Tribunal de Contas da União

A última das atribuições vinculadas à competência do TCU para produzir atos de comando é de ordenar a divulgação de informações, que possui na LOTCU seu substrato normativo expresso:

Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União

“Art. 42. Nenhum processo, documento ou informação poderá ser sonegado ao Tribunal em suas inspeções ou auditorias, sob qualquer pretexto.

§ 1º No caso de sonegação, o Tribunal assinará prazo para apresentação dos documentos, informações e esclarecimentos julgados necessários, comunicando o fato ao Ministro de Estado supervisor da área ou à autoridade de nível hierárquico equivalente, para as medidas cabíveis.

§ 2º Vencido o prazo e não cumprida a exigência, o Tribunal aplicará as sanções previstas no inciso IV do art. 58 desta Lei”.

A atribuição em comento é instrumental ao desempenho de sua competência para levantar dados e produzir informações. Afinal, para realizar inspeções, auditorias e fiscalizações em geral, precisará, por óbvio, ter acesso a processos, documentos e informações ligadas à realização de despesas e de receitas da União.

Por conta disso, mesmo que a LOTCU não contivesse dispositivo semelhante ao acima transcrito, poder-se-ia dizer que a atribuição do Tribunal para ordenar a divulgação de informações estaria implícita à sua competência para levantar dados e produzir informações.

A vedação à sonegação de informações constante do art. 42 da LOTCU dirige-se a órgãos e entes da administração pública. Tanto é assim que eventual sonegação de processo, documento ou informação deverá ser comunicada pelo Tribunal “ao Ministro de Estado supervisor da área ou à autoridade de nível hierárquico equivalente, para as medidas cabíveis”.

Vencido o prazo assinado pelo TCU para a apresentação do material eventualmente necessário às investigações e não cumpridas as exigências do Tribunal (de envio das informações ao órgão de controle), poderão ser aplicadas sanções a agentes públicos.⁵¹³

⁵¹³ O tema foi disciplinado pelo art. 245 do RITCU. Confira-se seu teor:

Apesar de em abstrato o dispositivo não suscitar controvérsia relevante, sua aplicação, em concreto, pode dar ensejo a dúvidas sobre as possibilidades e limites de controle pelo TCU. Talvez a principal delas seja a seguinte: seria o Tribunal competente para, no âmbito de investigações, ordenar o encaminhamento de toda e qualquer informação de que disponham quaisquer órgãos e entes da administração pública? Dito de outra maneira, haveria algum tipo específico de informação — recoberta por algum tipo de sigilo — que, uma vez revelada (mesmo que apenas para o TCU), pudesse violar direito de terceiros — por exemplo, à inviolabilidade do sigilo bancário?

O tema se pôs no acórdão TCU 670/1996, Plenário, rel. Min. Humberto Guimarães Souto, j. 23.10.1996.

O Tribunal, no âmbito de uma auditoria, havia solicitado ao presidente do Banco do Brasil (sociedade de economia mista da União) o envio de demonstrativos de aplicações em depósitos interfinanceiros efetuados por esse banco junto a instituições financeiras privadas (Banco Nacional S.A. e Banco Econômico S.A.). O Banco do Brasil, por sua vez, respondeu que não poderia abrir essas informações ao TCU, pois estariam recobertas pelo sigilo bancário.

No referido acórdão, o TCU, com respaldo no art. 42 da LOTCU, ordenou que o presidente do Banco do Brasil encaminhasse ao Tribunal as informações solicitadas no prazo de 15 dias, sob pena de aplicação de multa. Ao ser questionado sobre o teor da decisão, o TCU reiterou sua ordem por meio da decisão 538/1997, Plenário, rel. Min. Iram Saraiva, j. 27.8.1997.

“Art. 245. Ao servidor que exerce função específica de controle externo, quando credenciado pelo Presidente do Tribunal, ou por delegação deste, pelos dirigentes das unidades técnicas da Secretaria, para desempenhar funções de fiscalização, são asseguradas as seguintes prerrogativas:

I – livre ingresso em órgãos e entidades sujeitos à jurisdição do Tribunal;

II – acesso a todos os processos, documentos e informações necessários à realização de seu trabalho, mesmo a sistemas eletrônicos de processamento de dados, que não poderão ser sonegados, sob qualquer pretexto;

III – competência para requerer, por escrito, aos responsáveis pelos órgãos e entidades, os documentos e informações desejados, fixando prazo razoável para atendimento.

§ 1º No caso de obstrução ao livre exercício de auditorias e inspeções, ou de sonegação de processo, documento ou informação, o Tribunal ou o relator assinará prazo improrrogável de até quinze dias para apresentação de documentos, informações e esclarecimentos julgados necessários, fazendo-se a comunicação do fato ao ministro de Estado supervisor da área ou à autoridade de nível hierárquico equivalente, para as medidas cabíveis.

§ 2º Vencido o prazo e não cumprida a exigência, o Tribunal aplicará a sanção prescrita no inciso V ou VI do art. 268, observado o disposto no § 3º do mesmo artigo, e representará ao Presidente do Congresso Nacional sobre o fato, para as medidas cabíveis.

§ 3º Sem prejuízo da sanção referida no parágrafo anterior, poderá o Plenário adotar a medida prevista no art. 273”.

Inconformado, o presidente do Banco do Brasil recorreu ao STF. A Suprema Corte, por sua vez, decidiu que não havia fundamento jurídico para a quebra de sigilo bancário pelo TCU. Ao interpretar o art. 5º, XII, da Constituição, o STF aplicou o conceito de reserva de jurisdição para considerar tão somente o Judiciário como legitimado para proceder à quebra de sigilo bancário.⁵¹⁴ Tratou-se, assim, da imposição de claro limite às competências do TCU para ordenar a prática de atos por terceiros e para levantar dados e produzir informações.

O tema dos limites dos poderes de investigação do TCU voltou à tona mais recentemente, em caso envolvendo o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES. Como noticia *O Estado de S. Paulo*, em matéria intitulada “BNDES ‘sonega’ dados a órgãos de fiscalização” (19.01.2014), “para o TCU, Controladoria Geral da União (CGU) e o Ministério Público Federal (MPF), o banco — que recebeu mais de R\$ 400 bilhões em dinheiro do Tesouro Nacional desde o início da crise global — não repassa dados suficientes para aferir suas operações”. O BNDES, por outro lado, afirma que tem atendido “dentro dos limites da lei todas as solicitações de informações realizadas pelos órgãos de controle”. O caso ainda aguarda desfecho.

5.5. Conclusões parciais

Parcela das normas do ordenamento jurídico dotou o TCU de competência para praticar atos de comando, isto é, para criar, por força própria, deveres de fazer ou não fazer a terceiros. Ao atuar dessa maneira, o Tribunal age editando atos constitutivos ou desconstitutivos de direitos e emitindo ordens capazes de produzir efeitos jurídicos concretos e imediatos.

É interessante observar que o padrão utilizado pela legislação para disciplinar a generalidade das competências do TCU manteve-se o mesmo em relação à sua competência para praticar atos de comando. Isto é, as normas jurídicas, ao preverem e

⁵¹⁴ Confira-se excerto da decisão do STF:

“Com efeito, à época da impetração estava em vigor o art. 38 da Lei 4.595/1964, o qual não incluiu o Tribunal de Contas da União dentre os autorizados a determinar a quebra de sigilo bancário. O art. 38 da Lei 4.595/1964 foi revogado pelo art. 13 da Lei Complementar 105/2001, que, por sua vez, também não conferiu tal poder ao impetrado. Tais normas importam restrição a direito fundamental (art. 5º, X, da Constituição) e, portanto, devem ser interpretadas restritivamente. Noutras palavras, por mais relevantes que sejam as funções institucionais do TCU, como de fato o são, não foi ele incluído pelo legislador no rol daqueles que podem ordenar a quebra de sigilo bancário”. (MS 22.934, Segunda Turma, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 17.04.2012).

regulamentarem atribuições vinculadas a essa específica competência, o fizeram sem grande preocupação em fixar com clareza e precisão “o que”, “para quem”, “quando” e “como” poderia ser feito pelo Tribunal. Dito de outra maneira, tudo indica que o legislador, também nesse caso, quis abrir caminhos de controle, mas optou por não assumir o ônus de elencar com assertividade os limites do controlador.

Como visto no **Capítulo 1**, o recurso à história legislativa permitiu visualizar que a construção das competências e atribuições da Corte de Contas foi incremental — conservando elementos da legislação pretérita e fazendo acréscimos e ajustes pontuais — e significativamente motivada por uma “vontade” do legislador de ampliar e de aprofundar os controles sobre a administração pública na expectativa de aumentar sua eficácia no combate a malfeitos e à impunidade.

Não é de se surpreender, portanto, que a LOTCU — que, ao menos em tese, poderia ter tomado para si a tarefa de minudenciar a regulamentação das competências e atribuições constitucionalmente previstas para o Tribunal — tenha praticamente se limitado a repetir o teor da Constituição relativo à sua competência para praticar atos de comando, eximindo-se de “esclarecer”, em relação a ela, as possibilidades e limites do controle pelo TCU.

Apesar de as normas constitucionais e legais serem significativamente abertas e fluidas, é possível, bem ou mal, apontar balizas por ela criadas para o exercício da competência ora sob enfoque. Observá-las é condição necessária para a licitude da ação do TCU.

De início é preciso dizer que nem todo e qualquer ato de comando pode ser editado pelo Tribunal. A legislação previu rol exaustivo de atribuições que, uma vez desempenhadas pela Corte de Contas, podem ter como produto final atos de comando. Segundo se depreende das normas constitucionais e legais, a Corte de Contas pode 1) determinar o registro ou o não registro de atos de pessoal (admissão, aposentadoria, reforma e pensão); 2) ordenar a prática de atos por terceiros (entre eles, a adoção de providências voltadas a sanar ilegalidades e a correção de editais de licitação); 3) tomar medidas cautelares (afastamento temporário de administrador, declaração de indisponibilidade de seus bens e sustação de atos administrativos); e 4) ordenar o envio de informações ao Tribunal.

Outra clara limitação imposta pelo ordenamento jurídico para o desempenho da competência em comento diz respeito aos parâmetros de controle que podem ser utilizados para praticá-la. Atos de comando, como visto, só podem ser editados mediante

exame de legalidade — ou seja, por conta da constatação de práticas e de condutas que violem prescrições legais. Não é dado ao TCU emitir ordens a partir de outros parâmetros, tais como a legitimidade e a economicidade.

Além disso, a legislação inequivocamente só permitiu que o TCU emitisse ordens em matérias financeiras em sentido amplo — isto é, que de algum modo envolvessem receitas e despesas da União. Esse é o campo próprio de atuação do Tribunal e só em relação a ele o Direito viabilizou que agisse impositivamente, por meio da prática de comandos constitutivos ou desconstitutivos de direitos.

O fato de a Constituição ter genericamente previsto outras matérias (operacional) e outros parâmetros de controle (legitimidade e economicidade) no *caput* do art. 70 não quer dizer que o Tribunal possa neles se escorar e deles se utilizar para exercer qualquer uma de suas competências (para levantar dados e produzir informações, para sancionar, para orientar, para representar e para editar atos de comando). O dispositivo mencionado limitou-se a montar uma espécie de “mapa” do controle, responsável por indicar todos instrumentos que o Congresso Nacional, seu auxiliar (TCU) e os órgãos de controle interno teoricamente estariam legitimados a utilizar e por apontar todos os espaços nos quais esses mesmos órgãos estariam em tese legitimados a adentrar. Ficou para o intérprete do Direito a tarefa de identificar as possibilidades e limites do Tribunal relativamente a cada uma de suas atribuições (em geral listadas no art. 71 da Constituição).

Conclusão em sentido diverso acabaria por transformar o TCU de órgão de controle externo (característica que lhe foi expressamente atribuída pela Constituição) em uma espécie de “segunda instância” da administração, em revisor geral da atividade administrativa. O Texto Constitucional pode não ter minudenciado todas as possibilidades e limites de controle pelo TCU — aliás, nem seria adequado que o tivesse feito — mas dele se extrai com clareza que o Tribunal é órgão externo de fiscalização, não lhe competindo revisar, rever ou desconstituir atos ou contratos em geral praticados pela administração pública. A Constituição, quando quis criar órgão revisor de atividades administrativas, o fez de maneira expressa — o Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B, § 4º, II) e o Conselho Nacional do Ministério Público (art. 130-A, § 2º, II) são dois exemplos contundentes do que acabo de dizer.

Por levar a absurdo jurídico, a tese de que o TCU poderia praticar outros atos de comando para além daqueles expressamente previstos pela legislação, a partir de quaisquer parâmetros de controle e em quaisquer matérias, não merece ser acolhida. Em

suma: o poder de intervenção direta do Tribunal na atividade administrativa encontra limites na legislação, que devem ser respeitados.

Observa-se, no entanto, que não raro o TCU, sob o pretexto de regulamentar suas competências e atribuições, tem se valido do seu poder normativo para conferir à legislação “interpretação” peculiar, que, na prática, acaba alargando suas possibilidades de controle via edição de atos de comando para além dos limites fixados pelas normas constitucionais e legais. Esse fenômeno parece revelar certo anseio do Tribunal de retomar a função de “quase-administrador” que outrora já teve — no caso, antes da Constituição de 1967, período em que vigorou o registro prévio de despesas.

A conjunção dos três instrumentos de pesquisa que utilizei (reconstrução da história legislativa da Constituição e da LOTCU, sistematização das normas da legislação e análise de alguns dos atos regulamentares editados pelo Tribunal) permite concluir que a Corte de Contas — especialmente nos casos em que pleiteou, mas não obteve, autorização constitucional ou legal voltada a ampliar sua atuação impositiva via edição de atos de comando (cito, a título de exemplo, os pleitos que visavam dar ao TCU competência para sustar contratos e para fazer amplo controle da fase interna de licitações) —, procurou “driblar” a decisão do legislador editando atos regulamentares voltados a expandir suas possibilidades de controle.

Dito de outra maneira, o Tribunal, nesses casos, buscou “pavimentar” novas possibilidades de controle por via heterodoxa (edição de atos regulamentares), com a finalidade de lhe conferir mais segurança para agir em circunstâncias não autorizadas pelo ordenamento jurídico ou em campo que sabidamente não lhe é próprio. Boa parte dessas “inovações” constam do RITCU.

Conclui-se, assim, que o Tribunal, a despeito de ter discurso consistente no sentido de que objetiva ser um órgão de controle eminentemente de orientação e de diálogo (com órgãos e entes da administração e com gestores públicos), na prática também busca (via jurisprudência e edição de atos regulamentares) ampliar suas possibilidades de controle impositivo, materializado na edição de atos de comando.

Um dos estímulos a esse tipo de comportamento pode consistir na orientação das atividades em geral do TCU pela equação de custo/benefício do controle a que aludi na conclusão parcial do tópico voltado a explorar a competência para praticar atos sancionatórios. O simples fato de o TCU dispor desse indicador — que opõe benefícios pecuniários das ações de controle ao custo da própria instituição — o induz a pôr ênfase nos seus instrumentos de controle capazes de manter essa equação positiva (e, se possível,

com um saldo cada vez mais positivo), levando-o a ampliar as condenações em débito, a aplicar mais multas e a cada vez dar mais ordens à administração pública em sede de controle prévio (visando, assim, evitar danos ao erário antes que sejam consumados).

6. Competência para levantar dados e produzir informações

O ordenamento jurídico conferiu ao TCU, entre outras competências, a de atuar com a finalidade de levantar dados — isto é, garimpar e reunir, por iniciativa própria ou de terceiros, fatos e fragmentos de informação no âmbito de sua jurisdição e nos limites de suas competências e atribuições — e de produzir informações — ou seja, sistematizar, dar organicidade, refletir e imprimir um sentido técnico aos dados que tiver coletado ou que lhe tiverem sido encaminhados por órgãos, entes ou pessoas (físicas ou jurídicas). Dados levantados e informações produzidas pelo Tribunal poderão, a depender do caso, ser veiculados via relatórios, opiniões, pareceres, etc. a órgãos, entes ou pessoas específicos, ou ao público mais amplo.

É fundamental destacar que os produtos elaborados pelo TCU por meio do exercício da competência em comento — relatórios, opiniões, pareceres, dentre outros —, quando isoladamente considerados, normalmente não geram efeitos jurídicos concretos e imediatos; dados e informações em geral não têm o condão de, por si só, constituir ou desconstituir direitos. Evidentemente que esse material poderá — e em alguns casos deverá — ser utilizado pelo próprio Tribunal ou por terceiros para, aí sim, servir de base para a tomada de decisões ou para a elaboração de “produtos” dotados de efeitos jurídicos palatáveis — sanções e atos de comando.

Pelo fato de a competência para levantar dados e produzir informações por si só não envolver a prática de atos impositivos (constitutivos ou desconstitutivos de direitos), é impertinente falar em limitações *a priori* em relação ao momento em que poderá ser desempenhada pelo Tribunal — antes, durante ou depois da ocorrência de fatos ou de atos teoricamente inseridos na sua jurisdição. Limitações dessa natureza variarão em função das características do caso concreto.

Passo, agora, à descrição das duas atribuições inseridas na competência do TCU para levantar dados e produzir informações: 1) apreciar contas e 2) investigar e fiscalizar. Sempre que possível e pertinente, chamarei a atenção do leitor para os sujeitos,

parâmetros e objeto de controle a que a legislação se refere e para pontos de dúvida relacionados a seu exercício concreto.

6.1. *Apreciar contas*

Como aponta Bruno Speck, “(...) as principais funções do Tribunal de Contas sempre foram a fiscalização da execução financeira dentro da legislação orçamentária, a liquidação das contas dos administradores e a assessoria ao Congresso no julgamento das contas do governo”.⁵¹⁵ Ainda segundo o autor, “A primeira função, na configuração do controle prévio, colocava o Tribunal próximo ao Executivo; a segunda fazia dele um órgão com atribuições do Judiciário; e a terceira o vinculava ao Legislativo”.⁵¹⁶ É interessante notar que apesar de na Constituição de 1891 a função do Tribunal de auxiliar o Congresso na avaliação das contas do governo ter ganhado destaque — lembre-se que constava do seu art. 89 que “É instituído um Tribunal de Contas para liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso”⁵¹⁷ —, ela demorou a ser efetivamente desempenhada.

Uma das razões centrais para a baixa efetividade do dispositivo residia no fato de que o Texto Constitucional não continha dispositivo que explicitamente obrigasse o Executivo a prestar contas.⁵¹⁸ Estranhamente a Constituição previu a competência do TCU para liquidar contas da receita e despesa do governo, mas não determinou que o Executivo as encaminhasse ao órgão para sua posterior análise — é verdade, contudo, que se poderia dizer que esse dever estava implícito nas normas, delas decorrendo.⁵¹⁹

A despeito de o legislador ter procurado suprir esse “vazio” deixado pela Constituição de 1891 via edição do decreto legislativo 2.511, de 20 de dezembro de 1911⁵²⁰, fato é que, mesmo assim, a prestação de contas na prática era inexistente —

⁵¹⁵ SPECK, Bruno Wilhelm, *Inovação e Rotina no Tribunal de Contas da União*, *op. cit.*, p. 58.

⁵¹⁶ *Idem*, *ibidem*.

⁵¹⁷ De acordo com Bruno Speck, liquidar contas seria o mesmo que “esclarecer as contas do governo e certificar a sua legalidade, antes que elas fossem prestadas ao Congresso” (*Idem*, p. 96).

⁵¹⁸ *Idem*, p. 59.

⁵¹⁹ Reforça esse argumento o fato de que o art. 48 da Constituição de 1891 fazia referência à atribuição do Presidente “de dar conta anualmente da situação do país ao Congresso Nacional” (9º); o art. 51 mencionava que os relatórios anuais dos ministros seriam encaminhados ao Presidente e aos membros do Legislativo; e o art. 54, por fim, definia como crime de responsabilidade a improbidade da administração (6º) e a não observância das leis orçamentárias votadas pelo Congresso (8º). Havia, assim, elementos suficientes para dar suporte à interpretação de que o Executivo deveria apresentar suas contas anualmente ao Tribunal, apesar da inexistência de dispositivo que expressamente o obrigasse a fazê-lo.

⁵²⁰ De acordo com o referido decreto, o Presidente da República deveria enviar “anualmente, até o dia 15 de maio, as contas da gestão financeira durante o penúltimo exercício encerrado” (art. 1º, *caput*), as

segundo consta, até 1930 somente foram remetidos ao Tribunal três balanços sintéticos “encaminhados pelo contador-geral e não pelos Ministros da Fazenda, uma vez que (...) não atendiam integralmente às prescrições legais e regulamentares (...)”.⁵²¹

Somente com a Constituição de 1934, que explicitamente introduziu o dever de o Executivo prestar contas, é que houve uma efetiva mudança nesse quadro.⁵²² O referido diploma fixou a obrigatoriedade da prestação de contas (art. 60, 2º) e estabeleceu o direito do Congresso de julgar as contas do governo (art. 29, *caput*). A partir de então, o Presidente passou a apresentar contas anualmente para serem apreciadas pelo Tribunal de Contas, ficando esse órgão obrigado a emitir parecer para posterior envio ao Legislativo.⁵²³ De acordo com Cláudio André Abreu Costa e outros, uma única vez o TCU recomendou a reprovação de contas apresentadas pelo Executivo, no ano de 1937 relativo ao exercício de 1936.⁵²⁴

O momento atualmente vivido pelo Brasil é especialmente interessante sob a perspectiva do exercício da atribuição do Tribunal de apreciar contas. É que recentemente, em 7 de outubro de 2015, o TCU, pela segunda vez na sua história, recomendou ao Congresso Nacional a rejeição das contas do Executivo.⁵²⁵ O parecer do Tribunal, aprovado pela unanimidade dos ministros, foi fruto de relatório e de minuta de parecer

quais deveriam ser “formuladas pelo ministro da Fazenda em face dos elementos que lhe proporcionarem as contas que forem organizadas nos demais ministérios e as que sobre a arrecadação da receita pública, sua distribuição e aplicação forem fornecidas pelas estações exactoras e pagadoras” (art. 1º, § 1º). O § 3º do art. 1º previu um rol de elementos que obrigatoriamente deveriam constar da prestação de contas. O § 5º do art. 1º, por sua vez, explicitava que as contas do Executivo deveriam ser apreciadas pelo Tribunal de Contas (que deveria emitir “parecer sobre a regularidade e exatidão das mesmas”) antes de serem submetidas a julgamento pelo Legislativo (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Legislação Histórica do TCU*. Brasília: TCU, Gabinete da Presidência, 2008, p. 73 e ss.).

⁵²¹ COSTA, Cláudio André et al. Contas de governo como instrumento de *accountability*, de melhoria da governança e de fomento à cidadania, *Revista do Tribunal de Contas da União*, n. 121, 2011, p. 22.

⁵²² Cf. SPECK, Bruno Wilhelm, *Inovação e Rotina no Tribunal de Contas da União*, *op. cit.*, p. 60.

⁵²³ Idem, *ibidem*.

Como aponta Bruno Speck, a Constituição de 1937 removeu a obrigatoriedade de o governo prestar contas. Esse dever foi retomado com a Constituição de 1946, desde então tendo sido incorporado à tradição constitucional brasileira (Idem, pp. 63-64).

⁵²⁴ De acordo com os autores, “O autoritarismo de Vargas foi sentido pelo Tribunal de Contas em função do parecer prévio emitido acerca das contas do Presidente do exercício de 1936. O Ministro Relator Francisco Thompson Flores apresentou parecer contrário à aprovação dessa conta a qual foi acolhido pelo plenário da Corte de Contas em sessão de 26/4/1937. Como resultado de sua atitude estritamente técnica, o governo de Vargas emitiu ato que colocou em disponibilidade o ministro Thompson Flores, que nunca mais regressou ao Tribunal” (COSTA, Cláudio André et al., Contas de governo como instrumento de *accountability*, de melhoria da governança e de fomento à cidadania, *op. cit.*, p. 22).

⁵²⁵ V. CONTI, José Mauricio. Julgamento do TCU que reprovou contas do governo entrou para a história do Direito, *Consultor Jurídico*, 20 de novembro de 2015. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-out-20/contas-vista-julgamento-tcu-entrou-historia-direito-financeiro#_ftnref2. Acesso em: 11 jan. 2016.

apresentados à Corte de Contas pelo Ministro Augusto Nardes, no âmbito do processo TC 005.335/2015-9.⁵²⁶

Dito isso, passo, na sequência, a explicitar as normas que regulam a atribuição do TCU de apreciar contas. Tendo em vista que o tema é pouco regulamentado no plano infraconstitucional e que os dispositivos legais quase nada acrescentaram ao que a Constituição diz sobre o tema, opto, nesse caso, por abordar o teor da Constituição e das leis pertinentes em conjunto:

Constituição Federal de 1988

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

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento”.

Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União

“Art. 36. Ao Tribunal de Contas da União compete, na forma estabelecida no Regimento Interno, apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio a ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento.

Parágrafo único. As contas consistirão nos balanços gerais da União e no relatório do órgão central do sistema de controle interno do Poder Executivo sobre a execução dos orçamentos de que trata o § 5º do art. 165 da Constituição Federal”.

Lei 4.320, de 17 de março de 1964 – Lei de Finanças Públicas

“Art. 82. O Poder Executivo, anualmente, prestará contas ao Poder Legislativo, no prazo estabelecido nas Constituições ou nas Leis Orgânicas dos Municípios.

§ 1º As contas do Poder Executivo serão submetidas ao Poder Legislativo, com Parecer prévio do Tribunal de Contas ou órgão equivalente”.

O que significa, afinal, a atribuição do TCU de “apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República” (art. 71, I, da Constituição)? Para responder adequadamente à indagação e para precisar as possibilidades e limites do Tribunal na matéria, é preciso, mesmo que brevemente, reconstruir o “percurso” delineado pela Constituição para as contas do governo, que se estende por três organizações distintas (Executivo, TCU e Congresso Nacional), demandando seu engajamento e cooperação.

O processo tem início com o Presidente da República, ao qual compete, por força do art. 84, XXIV, da Constituição “prestar, anualmente, ao Congresso Nacional, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas referentes ao exercício anterior”. Na prática, como aponta Speck, “as contas são apresentadas, na maioria das

⁵²⁶ O relatório e o parecer prévio — que, em seu conjunto, possui 906 páginas — podem ser lidos no sítio eletrônico do TCU.

vezes, no mês de abril”⁵²⁷ e, por determinação do parágrafo único do art. 36 da LOTCU, são peças fundamentais dessa apresentação os balanços gerais da União e o relatório do órgão central do sistema de controle interno do Poder Executivo sobre a execução dos orçamentos que compõem a lei orçamentária anual — 1) “orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público” (art. 165, § 5º, I); 2) “orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto” (art. 165, § 5º, II); e 3) “orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público” (art. 165, § 5º, III). Se as contas do exercício anterior não forem enviadas ao Congresso na forma da legislação, a Câmara dos Deputados efetuará tomada de contas do Presidente da República (art. 51, II, da Constituição).

No âmbito da União, a Controladoria-Geral da União – CGU — órgão que, criado nos anos 2000, passou a centralizar o controle interno do Executivo federal — desempenha importante papel no processo de prestação de contas do governo. Segundo Cláudio Costa e outros, a CGU é “responsável por reunir as informações junto aos vários órgãos e entidades integrantes do Poder Executivo, consolidá-las e encaminhá-las ao TCU”. Nesse processo, outros órgãos como a “Secretaria do Tesouro Nacional (STN), a Secretaria de Planejamento e Investimentos Estratégicos (SPI), a Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), o Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais (DEST), entre outros, também têm relevante atuação”, fornecendo dados primários a serem utilizados pelo Tribunal e, posteriormente, pelo Legislativo.⁵²⁸

Por conta da vagueza da expressão utilizada pela legislação (“contas do governo”), poder-se-ia questionar se essas tais contas diriam respeito à figura do Presidente da República, ao Executivo ou ao Estado. Concordo com Odete Medauar, para quem a Constituição teria se referido às “contas de toda a União (ou do Estado-membro ou do Município) e não das contas do Presidente da República (ou do Governador ou do Prefeito)”⁵²⁹.

É que a Constituição, no inciso I do art. 71, usa a expressão “Presidente da República” não para se referir ao indivíduo que ocupa esse cargo público, mas, isto sim,

⁵²⁷ SPECK, Bruno Wilhelm, *Inovação e Rotina no Tribunal de Contas da União*, *op. cit.*, p. 98.

⁵²⁸ COSTA, Cláudio André et al., *Contas de governo como instrumento de accountability*, de melhoria da governança e de fomento à cidadania, *op. cit.*, p. 24.

⁵²⁹ MEDAUAR, Odete, *Controle da Administração Pública*, *op. cit.*, p. 141.

para aludir à instituição da Presidência da República, ao chefe do Poder Executivo, representante da União. Em relação à figura do Presidente da República (indivíduo), o TCU tem inclusive competência para agir com autonomia e para tomar decisões constitutivas, por meio da sua atribuição de julgar contas, na hipótese de o Chefe do Executivo agir na condição de ordenador de despesas.

O Texto Constitucional também não diz com clareza a quem o Presidente da República tem de encaminhar as contas do seu governo. A dúvida, em síntese, é se ele teria de, primeiro, enviá-las ao TCU — que, após exercer sua atribuição de apreciar contas, as encaminharia ao Legislativo —, ou se tem de endereçá-las primeiramente ao Legislativo — para que este em seguida (mas antes de tomar qualquer decisão) colha a opinião do Tribunal. A LOTCU não contém regra específica sobre o tema.

Em linha com o que afirma Pedro Roberto Decomain, apesar de as duas hipóteses em tese serem cabíveis, a solução para a dúvida parece ter sido fornecida pelo art. 82, § 1º, da Lei de Finanças Públicas, que, como visto, diz que “as contas do Poder Executivo serão submetidas ao Poder Legislativo, com parecer prévio do Tribunal de Contas ou órgão equivalente”.⁵³⁰ A redação do dispositivo sugere que as contas sejam encaminhadas primeiramente ao TCU, que, após apreciá-las, as enviará ao Poder Legislativo.⁵³¹

Ao receber as contas do governo (diretamente do Executivo ou por intermédio do Legislativo), na forma determinada pelo parágrafo único do art. 36 da LOTCU, deverá o Tribunal apreciá-las — isto é, escrutinizá-las — para, em até sessenta dias contados do recebimento das contas, elaborar parecer que servirá de subsídio à decisão do Legislativo, a quem efetivamente compete aprová-las ou rejeitá-las (art. 49, IX, da Constituição).⁵³² O parecer do TCU, como aponta Medauar, deve ser técnico e tem caráter opinativo.⁵³³

Na avaliação de Speck, a legislação deixa muitas dúvidas sobre qual seria o efetivo papel do Tribunal na apreciação de contas do governo e sobre quais critérios de avaliação

⁵³⁰ Nesse sentido, v. DECOMAIN, Pedro Roberto, *Tribunais de Contas no Brasil*, op. cit., p. 76.

⁵³¹ Note-se, contudo, que o relatório e minuta de parecer elaborados pelo Ministro Augusto Nardes nos autos do processo TC 005.335/2015-9 dão notícia de que as contas da Presidente da República Dilma Rousseff relativas ao período de 1º de janeiro de 2014 a 31 de dezembro de 2014 foram encaminhadas ao TCU pelo Presidente do Congresso Nacional, Senador Renan Calheiros, no dia 22 de abril de 2015. A prática, assim, parece divergir da solução aparentemente sugerida pelas normas legais.

⁵³² Esclarece-se que por conta de medida cautelar deferida pelo STF no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.238 (plenário, rel. para o acórdão Min. Carlos Ayres Britto, j. 9.8.2007), o TCU emite parecer prévio apenas sobre as contas prestadas pelo Presidente da República, pois as contas atinentes aos Poderes Legislativo e Judiciário e ao Ministério Público não são objeto de pareceres prévios individuais, mas são efetivamente julgadas pelo Tribunal.

⁵³³ MEDAUAR, Odete, *Controle da Administração Pública*, op. cit., p. 142.

ele poderia utilizar no desempenho dessa tarefa.⁵³⁴ A realidade é que tanto a Constituição como as leis que a regulamentaram decidiram não restringir *a priori* os mecanismos de investigação do Tribunal quando do exercício da presente atribuição, nada mencionando sobre os parâmetros de controle que deveriam informar essa específica atividade (legalidade, legitimidade ou economicidade). A despeito disso, a partir do conjunto de normas que delineiam o perfil do TCU é possível encontrar balizas capazes nortear a atividade de apreciação de contas e a elaboração do parecer prévio pela instituição.

Difícilmente alguém discordaria da afirmação segundo a qual o TCU é órgão equipado para ler, interpretar e analisar dados financeiros, contábeis e patrimoniais da administração pública, a partir deles emitindo juízo qualificado acerca do cumprimento das normas brasileiras de direito financeiro (leis orçamentárias, Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei de Finanças Públicas, etc.). Desde a sua criação, em 1890, o Direito tem conferido esse papel à Corte de Contas e, no plano fático, ao menos hoje o Tribunal está inequivocamente preparado para lidar com esse desafio que lhe foi dado pela legislação — não só por possuir corpo técnico de excelência (multidisciplinar e composto por profissionais de alto nível), mas também por estar internamente estruturado para compreender as características, a dinâmica e os desafios dos mais variados nichos do Estado.

Claro que, ao longo do tempo, a legislação ampliou o espaço de atuação do TCU para além do seu campo mais tradicional (controle de legalidade em matéria financeira). Mas parece razoável dizer esse tipo de tarefa — fazer auditoria em matérias financeiras para aferir o cumprimento da legislação — componha o núcleo duro de suas atividades, sem o qual a Corte de Contas perderia sua especificidade. É o que sugere, inclusive, o item 1 da seção 4 da Declaração de Lima da INTOSAI, tida como norma de base das chamadas instituições supremas de auditoria e que, como visto no capítulo anterior, teve forte influência na elaboração do Texto Constitucional.⁵³⁵

⁵³⁴ Cf. SPECK, Bruno Wilhelm, *Inovação e Rotina no Tribunal de Contas da União*, op. cit., p. 97.

⁵³⁵ Confirma-se o teor do dispositivo da Declaração de Lima da INTOSAI:

“Section 4. legality audit, regularity audit and performance audit

1. The traditional task of Supreme Audit Institutions is to audit the legality and regularity of financial management and of accounting.

2. In addition to this type of audit, *which retains its significance, there is another equally important type of audit – performance audit – which is oriented towards examining the performance, economy, efficiency and effectiveness of public administration. Performance audit covers not only specific financial operations, but the full range of government activity including both organisational and administrative systems”.*

Esse é o “olhar” externo que necessariamente se espera do Tribunal quando aprecia as contas do governo, sendo impreterível, assim, que o desempenho dessa atribuição envolva o escrutínio e interpretação dos dados financeiros, orçamentários e patrimoniais apresentados pelo Executivo (nos documentos a que alude o parágrafo único do art. 36 da LOTCU) para, com base neles, produzir informação passível de ser compreendida e absorvida por leigos (materializada no parecer prévio opinativo) acerca da veracidade das contas e de sua adequação a preceitos da legislação pertinente (leis orçamentárias, Lei de Finanças Públicas, Lei de Responsabilidade Fiscal, etc.).⁵³⁶

Ao realizar controle de legalidade das contas do governo, produzindo, assim, informação inteligível sobre as finanças do Executivo, o Tribunal cumpre com sua missão de cooperar com o Legislativo no processo de julgamento de contas do Presidente da República. O parecer prévio elaborado pelo TCU — que necessariamente tem de dizer se o governo executou despesas em conformidade com a legislação financeira, demonstrando-o evidentemente — confere ao Legislativo condições adequadas para cumprir com a sua missão: julgar as contas do Executivo.⁵³⁷

Como aponta o art. 81 da Lei de Finanças Públicas, “o controle da execução orçamentária, pelo Poder Legislativo, terá por objetivo verificar a probidade da administração, a guarda e legal emprego dos dinheiros públicos e o cumprimento da Lei de Orçamento” (art. 81), sendo essa a essência da função controladora das contas do Executivo, conferida ao legislativo pela Constituição. O racional por trás dessa missão atribuída ao Congresso, e que tem como ápice o julgamento das contas do Presidente da República, foi bem sintetizado por Pedro Roberto Decomain:

“Se o Legislativo deve autorizar a despesa pública, tendo em vista a estimativa de receita que também lhe incumbe (tudo isso objeto da lei de orçamento), sendo tarefa sua dizer quanto será gasto em cada uma das atividades a cargo da Administração Pública, absolutamente razoável, como decorrência que não se pode afastar, que lhe incumba, ao final do exercício, verificar se sua autorização de despesa foi efetivamente cumprida pelo gestor dos dinheiros públicos, que é basicamente o Executivo. Mais que isso, porém, o referido artigo da Lei nº 4.320/64 afirma que o controle da receita e principalmente da despesa pública, a cargo do Legislativo, tem por finalidade

⁵³⁶ Tenha-se em mente que esse processo de apreciação de contas do Chefe do Executivo pelos Tribunais de Contas deve assegurar a ampla defesa. Como aponta Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, é o que o STF decidiu ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.000 (plenário, rel. Min. Moreira Alves, j. 10.2.1994). V. FERNANDES, Jorge Ulysses Jacoby, *Tribunais de Contas do Brasil, op. cit.*, p. 401.

⁵³⁷ Como apontado no relatório e parecer prévio emitidos pelo TCU (contas da Presidente Dilma Rousseff, exercício de 2014), “O parecer prévio emitido pelo TCU é um subsídio tanto para o parecer da CMO [Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização] quanto para o julgamento do Congresso Nacional”, por conta do que dispõe o art. 166, § 1º, I, da Constituição (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Relatório e Parecer Prévio sobre as Contas do Governo da República*, Brasília: TCU, 2015).

também a verificação da probidade da Administração, assim como a guarda e o legal emprego dos dinheiros públicos”.⁵³⁸

Para dar conta da tarefa que lhe compete, o Legislativo precisa verificar se a autorização de despesas para cada uma das atividades a cargo do Executivo que concedeu foi efetivamente cumprida. Mas sendo o Congresso ente eminentemente político, não necessariamente especializado em finanças e em contabilidade, como garantir que tenha condições de fazê-lo? É para auxiliá-lo nessa atividade que conta com a colaboração de órgão independente, vocacionado a ler a realidade financeira do governo, atestando sua fidedignidade e avaliando o cumprimento das leis orçamentárias e financeiras em geral. Sem esse apoio do TCU, o Legislativo provavelmente disporia de menos informações (e de informações de menor qualidade), possivelmente prejudicando a aferição do cumprimento das autorizações de despesas e, por conseguinte, o próprio julgamento de contas do governo.

A importância de o Legislativo estar adequadamente informado para desempenhar sua atribuição de julgar as contas do Presidente da República (calcado em leitura fiel e técnica da realidade financeira do governo) é potencializada quando se leva em conta que, pela Constituição (art. 85) e pela lei 1.079, de 10 de abril de 1950 – Lei dos Crimes de Responsabilidade, eventual reprovação de contas calcada na identificação de práticas que atentem contra a probidade na administração ou contra a lei orçamentária dará ensejo à configuração de crime de responsabilidade pelo Chefe do Executivo, em tese abrindo espaço para a abertura de processo de impedimento (art. 86 da Constituição).⁵³⁹

O fato de ser imprescindível que o TCU se manifeste sobre a adequação das contas à legislação pertinente não quer dizer que o órgão não seja competente para emitir juízo sobre as contas do governo a partir de análises calcadas em outros parâmetros de controle (tais como a economicidade). Aliás, é importante que o faça, pois tendo em vista seu *know-how* e sua posição privilegiada (observador externo), pois é potencialmente capaz

⁵³⁸ DECOMAIN, Pedro Roberto, *Tribunais de Contas no Brasil*, op. cit., p. 74.

⁵³⁹ De acordo com Ana Carla Bliancherene e Renato Jorge Brown Ribeiro, “A situação mais extrema, na qual o Poder Legislativo exerce sua atividade de controle, é a do processo de crime de responsabilidade, em específico, do processo de responsabilidade contra o Presidente da República.

Crimes de responsabilidade são infrações político-administrativas cujas sanções importam vacância do cargo, ou seja, na saída do agente do cargo e na sua inabilitação por certo período de tempo para o exercício de funções públicas.

A existência da figura do crime de responsabilidade representa a alternativa constitucional para um momento no qual a ruptura institucional é iminente. É a alternativa institucional e política ao golpe de estado” (BLIANCHERIENE, Ana Carla; RIBEIRO, Renato Jorge Brown. *Fiscalização financeira e orçamentária: controle interno, controle externo e controle social do orçamento*. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (coord.). *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1221).

de dar contribuição substantiva para o aprimoramento de políticas públicas construídas e implementadas pelo Executivo, para identificar pontos vulneráveis na gestão pública e para sugerir mecanismos e estratégias visando aprimorar a relação custo/benefício em políticas ou em nichos específicos do Estado. Tendo em vista que a Constituição deu aos órgãos de controle — TCU incluso — autorização genérica para empregarem em suas atividades múltiplos parâmetros de controle (art. 70, *caput*, da Constituição) e que o exercício concreto da atribuição do Tribunal de apreciar contas não gera produto capaz de por si só constituir ou desconstituir direitos, não há óbice a que o parecer prévio da Corte de Contas também contenha avaliações não exclusivamente calcadas no parâmetro legalidade.

Em suma: o TCU está genericamente autorizado a analisar contas do governo a partir de quaisquer parâmetros de controle (e é importante que o faça a partir de todos eles — legalidade, legitimidade e economicidade), mas o fundamento do parecer pela aprovação ou rejeição das contas tem de estar calcado na aferição do cumprimento da legislação financeira; esse ingrediente é imprescindível à sua análise. Aliás, a experiência recente na apreciação de contas pelo Tribunal corrobora o que acabo de dizer.⁵⁴⁰

⁵⁴⁰ O parecer prévio recentemente aprovado pelo TCU, no qual recomendou a reprovação das contas da Presidente Dilma Rousseff, a despeito também estar calcado em aprofundadas análises que nitidamente escapam de um viés puramente calcado na legalidade, limitou-se a recomendar a reprovação das contas da presidente por supostas violações a leis orçamentárias e financeiras. Transcrevo, a seguir, alguns dos “Fundamentos para a opinião adversa acerca do relatório sobre a execução dos orçamentos da União” que demonstram essa afirmação:

“1. Inobservância do princípio da legalidade (art. 37, *caput*, da Constituição Federal), bem como dos pressupostos do planejamento, da transparência e da gestão fiscal responsável (art. 1º, §1º, da Lei Complementar 101/2000), em face da omissão de passivos da União junto ao Banco do Brasil, ao BNDES e ao FGTS nas estatísticas da dívida pública de 2014 (itens 2.3.5 e 8.5 do Relatório);

2. Inobservância do princípio da legalidade (art. 37, *caput*, da Constituição Federal), dos pressupostos do planejamento, da transparência e da gestão fiscal responsável (art. 1º, §1º, da Lei Complementar 101/2000), bem como dos arts. 32, §1º, inciso I, 36, *caput*, e 38, inciso IV, alínea ‘b’, da Lei Complementar 101/2000, em face de adiantamentos concedidos pela Caixa Econômica Federal à União para cobertura de despesas no âmbito dos programas Bolsa Família, Seguro Desemprego e Abono Salarial nos exercícios de 2013 e 2014 (itens 2.3.6 e 8.2);

3. Inobservância do princípio da legalidade (art. 37, *caput*, da Constituição Federal), dos pressupostos do planejamento, da transparência e da gestão fiscal responsável (art. 1º, §1º, da Lei Complementar 101/2000), bem como do art. 32, §1º, inciso II, da Lei Complementar 101/2000, em face de adiantamentos concedidos pelo FGTS à União para cobertura de despesas no âmbito do Programa Minha Casa Minha Vida nos exercícios de 2010 a 2014 (itens 2.3.6 e 8.3);

4. Inobservância do princípio da legalidade (art. 37, *caput*, da Constituição Federal), dos pressupostos do planejamento, da transparência e da gestão fiscal responsável (art. 1º, §1º, da Lei Complementar 101/2000), bem como dos arts. 32, §1º, incisos I e II, e 36, *caput*, da Lei Complementar 101/2000, em face de adiantamentos concedidos pelo BNDES à União para cobertura de despesas no âmbito do Programa de Sustentação do Investimento nos exercícios de 2010 a 2014 (itens 2.3.6 e 8.4); (...)” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Relatório e Parecer Prévio sobre as Contas do Governo da República*. Brasília: TCU, 2015).

A terceira e última etapa do percurso das contas do governo, como já adiantado, envolve o Legislativo, que efetivamente as julgará (art. 49, IX e art. 166, § 1º, I, ambos da Constituição). Foge ao escopo do presente trabalho analisar o processo de tomada de decisão pelo Congresso. Nesse momento, cabe apenas ressaltar três coisas: 1) a decisão do Legislativo, no limite, tem caráter político, pois o parecer prévio dado pelo TCU não é vinculante — como dito, ele tem natureza opinativa; 2) apesar de o parecer do Tribunal não ser vinculante, ele é imprescindível para que o Legislativo possa julgar contas⁵⁴¹; e 3) a decisão do Legislativo (de aprovar ou de rejeitar as contas) é veiculada por decreto legislativo.

A essa altura, alguém poderia indagar: se o parecer do TCU, apesar de técnico, não produz efeitos vinculantes, sendo “meramente” opinativo, por que, então, ele seria obrigatório? Haveria sentido em o Tribunal produzir parecer prévio ao julgamento de contas sendo que o Congresso Nacional poderia não acolhê-lo?

Tenho a firme convicção de que o parecer prévio do Tribunal, mesmo tendo natureza de “mera” opinião, seja absolutamente imprescindível não só pelas razões que já expus — garantir a possibilidade de o Legislativo realizar julgamento de contas munido de informações qualificadas — mas também por dois outros motivos.⁵⁴²

O primeiro deles diz respeito ao fato de o parecer técnico do TCU trazer transparência à administração e servir como importantíssimo instrumento para o aprimoramento da gestão pública. Como consta do relatório e parecer prévio do Tribunal relativos às contas anuais da Presidente da República (exercício de 2014), o exame de contas do governo constitui tarefa das mais relevantes e complexas, “(...) seja por sua singular relevância, por permitir à sociedade o conhecimento do resultado da atividade do

⁵⁴¹ É o que o STF decidiu no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade 261, plenário, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 14.11.2002. A ação havia sido ajuizada pelo Governador do Estado de Santa Catarina contra dispositivo da Constituição desse Estado, segundo o qual Câmaras Municipais poderiam julgar as contas do Chefe do Executivo independentemente de parecer prévio do Tribunal de Contas. O STF, por votação unânime, afirmou que o dispositivo violava o sistema de julgamento de contas desenhado pela Constituição Federal.

⁵⁴² Odete Medauar, em sentido contrário, argumenta que “Mais adequado seria a remessa direta ao Legislativo, pelo Chefe do Executivo, de relatório ou informe sobre a realização dos programas e projetos contidos na lei orçamentária do exercício findo, com as respectivas justificações das receitas e despesas, cabendo à autoridade da área financeira ou de planejamento expor, em sessão, as linhas essenciais do texto, para oferecer esclarecimentos e realizar debates com parlamentares. Tendo em vista que a apreciação do relatório se reveste de caráter precipuamente político, não se justifica parecer prévio, de natureza técnica, do Tribunal de Contas, que, de regra, não é lido ou discutido e, muitas vezes, é rejeitado” (MEDAUAR, Odete, *Controle da Administração Pública*, op. cit., p. 143).

governo federal, seja pela amplitude dos temas tratados e profundidade das análises realizadas por este Tribunal”.⁵⁴³

José Mauricio Conti, no mesmo sentido, destaca que “dentre as várias atividades dos Tribunais de Contas, a apreciação das contas anualmente apresentadas produz documentos de elevada qualidade no que tange à avaliação das atividades governamentais, com destaque para os aspectos administrativos e financeiros”, sendo que “Boa parte dos avanços experimentados pela administração pública nos últimos anos tem origem nas constatações, recomendações e sugestões contidas nos pareceres anuais sobre as contas de governo”.⁵⁴⁴

O parecer prévio emitido pelo TCU é poderoso instrumento de *accountability*, permitindo não só fiscalizar pura e simplesmente o Executivo — pondo em evidência suas eventuais falhas e desvios —, como também aferir os resultados e a evolução de suas medidas e programas — o fato de os relatórios e pareceres serem emitidos anualmente torna viável esse acompanhamento evolutivo no longo prazo — e viabilizar a proposição de medidas voltadas ao aprimoramento de suas políticas.

O segundo motivo pelo qual defendo a imprescindibilidade de o Tribunal emitir parecer prévio tem a ver com o fato de o advérbio “meramente” ter sido empregado entre aspas para qualificar o caráter opinativo desse documento. As aspas se justificam porque a opinião nele plasmada tem peso e força mesmo não sendo vinculante, especialmente por advir de órgão técnico e independente.

Imagine-se, por exemplo, que o TCU, após analisar as contas do governo, emita parecer prévio no qual sugira sua reprovação por descumprimento das leis orçamentárias e da Lei de Responsabilidade Fiscal. Imagine-se, ainda, que o Congresso, mesmo após tomar ciência do conteúdo do parecer do Tribunal, firme convicção da necessidade de rejeitá-lo (por razões técnicas ou políticas, pouco importa) e de aprovar as contas do Chefe do Executivo. Nesse cenário hipotético, parece bastante razoável dizer que Congresso no mínimo terá de apresentar bons motivos para ignorar a opinião manifestada pelo TCU. Do ponto de vista estritamente jurídico, não há nada que o constranja a fazê-lo. Do ponto de vista político, no entanto, o Congresso terá fortes incentivos para tentar convencer a população de que ele (e não o TCU) está com a razão. Afinal, o custo político

⁵⁴³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Relatório e Parecer Prévio sobre as Contas do Governo da República*, op. cit.

⁵⁴⁴ CONTI, José Mauricio. Julgamento do TCU que reprovou contas do governo entrou para a história do Direito, *Consultor Jurídico*, 20 de novembro de 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-20/contas-vista-julgamento-tcu-entrou-historia-direito-financieiro>. Acesso em: 11 jan. 2016.

de discordar de órgão técnico e independente poderá ser elevado, potencialmente impactando o resultado de futuras eleições e comprometendo a própria sobrevivência dos parlamentares.⁵⁴⁵

Observa-se que pelo fato de o Legislativo teoricamente ser permeável e sensível à opinião popular, a força e a influência do parecer do TCU sobre o Congresso tenderão a ser maiores na medida em que as informações dele constantes sejam claras e acessíveis e seu conteúdo seja adequadamente divulgado — para entes específicos (como o próprio Congresso), para especialistas e para a população em geral.⁵⁴⁶ Essa lógica nalguma medida também é válida para o exercício de outras atribuições do Tribunal, que, como a de apreciar contas, não constituem ou desconstituem direitos e não produzem efeitos jurídicos imediatos.⁵⁴⁷

Antes de passar ao próximo tópico, destaco que, no plano infralegal, o TCU editou poucas normas sobre o tema, concentradas no RITCU (art. 221 ao art. 229). Esse diploma, em síntese, regulou o procedimento interno de apreciação de contas — dizendo que o relator tem de apresentar o relatório e projeto de parecer prévio sobre as contas do governo ao plenário dentro do prazo de cinquenta dias a contar do seu recebimento pelo

⁵⁴⁵ Concorde, assim, com Pedro Roberto Decomain, para quem “Aprovação de contas cuja rejeição foi recomendada pelo Tribunal de Contas, órgão autônomo de estatura constitucional, comprometido apenas com a adequada gestão da coisa pública e desvinculado, pelas garantias de seus integrantes e pelo seu autogoverno, segundo já se viu, de ingerências por parte de qualquer outro organismo governamental, pode representar quando menos um sério arranhão ao Legislativo como um todo, e àqueles dentre seus integrantes, que se hajam posicionado pela aprovação das contas que o Tribunal houve por irregulares” (DECOMAIN, Pedro Roberto, *Tribunais de Contas no Brasil*, *op. cit.*, p. 79).

⁵⁴⁶ Nesse sentido, André Cláudio Costa e outros apontam que um dos grandes desafios contemporâneos do TCU é justamente garantir que as informações produzidas pelo Tribunal cheguem às pessoas certas. Confira-se:

“(…) grande desafio recai no TCU: como garantir que as informações certas sejam recebidas e incorporadas pelas pessoas certas. Ou seja, é preciso desenvolver uma estratégia de comunicação apta a atingir os diversos segmentos da sociedade — o cidadão comum, o meio acadêmico, as organizações não governamentais, o setor produtivo e, principalmente, o Congresso Nacional, suas comissões e seus integrantes técnicos e políticos. Como titular precípua do controle externo, é fundamental que o Parlamento brasileiro se envolva na discussão das Contas de Governo, culminando finalmente no julgamento tempestivo do desempenho da gestão máxima do Poder do Executivo” (COSTA, André Cláudio et al., *Contas de governo como instrumento de accountability, de melhoria da governança e de fomento à cidadania*, *op. cit.*, p. 26).

⁵⁴⁷ Jeremy Lonsdale, membro do Departamento Nacional de Auditoria do Reino Unido (*National Audit Office*), dá notícia de que a publicidade e a divulgação de resultados tem sido um dos grandes instrumentos utilizados pelas chamadas Entidades Supremas de Auditoria — categoria na qual TCU se enquadra — para aumentar os impactos e a influência das auditorias operacionais, p.ex. Nas suas palavras, “A publicação dos relatórios foi um fator importante para aumentar o impacto dos relatórios e a reputação dos ESFs, enquanto entes detentores de influência. (...) Desta feita, enquanto o ESF torna público o seu trabalho com o propósito de assegurar que este alcance uma audiência mais ampla, ele também parece fazer isso com base na crença de que a publicidade externa é, talvez, o meio mais forte de assegurar que serão ouvidos e que suas recomendações serão implementadas” (LONSDALE, Jeremy. Impactos. In: POLLITT, Christopher et al. *Desempenho ou legalidade? Auditoria operacional e de gestão pública em cinco países*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 275).

Tribunal (art. 223) — e especificou o conteúdo mínimo dos produtos esperados do TCU após o exercício dessa atribuição.⁵⁴⁸

6.2. *Investigar e fiscalizar*

Inserem-se na atribuição do TCU de investigar e fiscalizar três atividades distintas: 1) realizar inspeções e auditorias; 2) fiscalizar contas nacionais de empresas supranacionais de cujo capital social a União participe; e 3) fiscalizar a transferência voluntária de recursos da União a outros entes federativos.

6.2.1. *Realizar inspeções e auditorias*

Como informa Bruno Speck, as auditorias e inspeções fazem parte da história recente do TCU. Esses instrumentos vieram com a reforma administrativa de 1967, no bojo de uma série de mudanças das quais também se destacam a abolição do sistema de registro prévio das despesas — a que aludi no tópico relativo à competência do TCU para praticar atos de comando — e a criação de um sistema de controle interno, desvinculado tanto da administração como dos Tribunais de Contas.⁵⁴⁹

As auditorias e inspeções, em verdade, foram criadas como uma espécie de compensação à perda do controle global que o TCU exercia por meio do registro prévio de despesas, viabilizando que não mais fosse “refém” das informações e documentos fornecidos pela administração e pudesse proceder ele próprio (por meio do seu corpo

⁵⁴⁸ Transcrevo, a seguir, o dispositivo pertinente:

“Art. 228. O parecer prévio a que se refere o caput do art. 221 será conclusivo no sentido de exprimir se as contas prestadas pelo Presidente da República representam adequadamente as posições financeira, orçamentária, contábil e patrimonial, em 31 de dezembro, bem como sobre a observância dos princípios constitucionais e legais que regem a administração pública federal.

§ 1º O parecer prévio conterá registros sobre a observância às normas constitucionais, legais e regulamentares na execução dos orçamentos da União e nas demais operações realizadas com recursos públicos federais, em especial quanto ao que estabelece a lei orçamentária anual.

§ 2º O relatório, que acompanhará o parecer prévio, conterá informações sobre:

I – o cumprimento dos programas previstos na lei orçamentária anual quanto à legitimidade, eficiência e economicidade, bem como o atingimento de metas e a consonância destes com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias;

II – o reflexo da administração financeira e orçamentária federal no desenvolvimento econômico e social do País.

III - o cumprimento dos limites e parâmetros estabelecidos pela Lei Complementar no 101, de 4/5/2000 - Lei de Responsabilidade Fiscal”.

⁵⁴⁹ Cf. SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e Rotina no Tribunal de Contas da União, op. cit.*, p. 68.

técnico) a coleta de dados *in loco*. Essa modificação no arranjo legal traria impactos significativos na forma de a instituição atuar.⁵⁵⁰

Recordo que as inspeções e auditorias foram objeto de intensos debates no âmbito da ANC e do Congresso. No caso da constituinte, o tema surgiu vinculado a discussões relacionadas ao momento do controle pelos Tribunais de Contas — prévio, concomitante ou posterior.

A reconstrução da história legislativa da Constituição revelou que os Tribunais de Contas, na ocasião representados pelo Ministro do TCU Ewald Pinheiro, apesar de claramente não terem concordado com o fim do controle global de despesas promovido pela Constituição de 1967, aceitaram como satisfatória a contrapartida ao “golpe” que sofreram (para usar as palavras do próprio Ministro): acrescer as auditorias e inspeções ao rol de atribuições das Cortes de Contas. A abertura de espaço para que os Tribunais decidissem como, quando e onde fiscalizar e investigar definitivamente era vista com bons olhos.⁵⁵¹

Mas em que exatamente consistem esses instrumentos de fiscalização e de investigação? Para responder a essa pergunta e para explicitar as possibilidades e limites do TCU ao utilizá-los, recorro às normas constitucionais e legais pertinentes — opto por abordá-las em conjunto porque as normas legais acrescentaram relativamente poucos elementos ao teor da Constituição. Além disso, tendo em vista que a LOTCU expressamente delegou diversos aspectos da regulamentação do tema ao regimento interno do Tribunal, explicitarei o conteúdo relevante desse diploma ao longo do presente tópico — e não apenas ao final, como fiz na maior parte do trabalho.

⁵⁵⁰ *Idem*, p. 69.

⁵⁵¹ Confira-se excerto da fala do Ministro:

“Há também um outro aspecto que eu gostaria de focalizar, a respeito das auditorias. O Tribunal perdeu o registro prévio mas ganhou uma arma importantíssima, que são as inspeções. Hoje em dia o Tribunal não mais espera que venha a ele o processo. Ele vai à entidade, organiza o processo e chega lá de surpresa. O melhor controle é aquele exercício de surpresa. É aquele controle onde o Tribunal decide quando deve controlar. O controle remoto, o controle que hoje se estabelece, com a prestação de contas pela entidade apenas um ano depois de encerrado o exercício, encontra os fatos já consumados. Muitas vezes os fatos se superpõem, fatos mais graves se sucedem a fatos menos graves e os de menos importância acabam sendo esquecidos, evidentemente. É uma lei natural. Então a arma das inspeções, que se delegou ao Tribunal em 1967, é poderosíssima. Em 1967 houve uma revolução no Tribunal de Contas porque perdemos esse registro prévio e o posterior, mas ganhamos a inspeção e o Tribunal faz sua auditoria orçamentária, financeira, patrimonial e hoje até programadas. Ele examina dentro dos programas” (Assembleia Nacional Constituinte – Ata de Comissões, Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças, Subcomissão do Orçamento e Fiscalização, 7ª reunião extraordinária, 6.5.1987, p. 55).

Constituição Federal de 1988

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

(...)

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;

(...)

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”.

Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União

“Art. 38. Compete, ainda, ao Tribunal:

I - realizar por iniciativa 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 nas entidades da administração indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal;

II - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por suas comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de inspeções e auditorias realizadas;

III - emitir, no prazo de trinta dias contados do recebimento da solicitação, pronunciamento conclusivo sobre matéria que seja submetida a sua apreciação pela comissão mista permanente de Senadores e Deputados, nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 72 da Constituição Federal.

IV - auditar, por solicitação da comissão a que se refere o art. 166, § 1º, da Constituição Federal, ou comissão técnica de qualquer das Casas do Congresso Nacional, projetos e programas autorizados na Lei orçamentária anual, avaliando os seus resultados quanto à eficácia, eficiência e economicidade.

Art. 41. Para assegurar a eficácia do controle e para instruir o julgamento das contas, o Tribunal efetuará a fiscalização dos atos de que resulte receita ou despesa, praticados pelos responsáveis sujeitos à sua jurisdição, competindo-lhe, para tanto, em especial:

I - acompanhar, pela publicação no Diário Oficial da União, ou por outro meio estabelecido no Regimento Interno:

a) a lei relativa ao plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias, a lei orçamentária anual e a abertura de créditos adicionais;

b) os editais de licitação, os contratos, inclusive administrativos, e os convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres, bem como os atos referidos no art. 38 desta Lei;

II - realizar, por iniciativa própria, na forma estabelecida no Regimento Interno, inspeções e auditorias de mesma natureza que as previstas no inciso I do art. 38 desta Lei;

§ 1º As inspeções e auditorias de que trata esta seção serão regulamentadas no Regimento Interno e realizadas por servidores da Secretaria do Tribunal

§ 2º O Tribunal comunicará às autoridades competentes dos poderes da União o resultado das inspeções e auditorias que realizar, para as medidas saneadoras das impropriedades e faltas identificadas”.⁵⁵²

Observa-se dos dispositivos acima transcritos que a Constituição e a LOTCU se limitaram a prever que o Tribunal poderia realizar inspeções e auditorias, optando por não defini-las ou precisá-las. No entanto, desse conjunto de dispositivos e do próprio sentido literal das palavras é possível deduzir com razoável segurança que os instrumentos em

⁵⁵² O art. 113 da lei 8.666/93 também versa sobre a atividade fiscalizatória do Tribunal. Esse dispositivo, no entanto, já foi analisado quando tratei da competência do TCU para praticar atos de comando, razão pela qual optei por não transcrevê-lo novamente neste tópico.

comento servem eminentemente para fiscalizar e investigar, sendo úteis à produção de informações com base nas quais o Tribunal poderá, nos limites previstos pela legislação, desempenhar outras competências — informar e representar, orientar, editar atos sancionatórios ou editar atos de comando.

A regulamentação fina do tema foi feita no plano infralegal, pelo RITCU. O diploma, para além de precisar o sentido das inspeções e auditorias⁵⁵³, também previu outras figuras conectadas ao processo de fiscalização e de investigação que, apesar de terem sido uma criação do próprio Tribunal, não destoam do plexo de competências que lhe foram outorgadas pelo ordenamento jurídico.⁵⁵⁴

Inspeções e auditorias, segundo o Texto Constitucional, poderão ser iniciadas pelo próprio TCU — dispensando, para tanto, autorização ou aviso prévio de qualquer sorte — e pelo Congresso Nacional — mais especificamente, pela Câmara dos Deputados, pelo Senado Federal ou por qualquer uma de suas comissões técnicas ou de inquérito, sendo o principal traço dessas fiscalizações a seletividade.⁵⁵⁵ Vale dizer que o Tribunal tem o dever de prestar informações ao Congresso (ou a qualquer de suas Casas, ou a qualquer das respectivas Comissões) acerca de inspeções, auditorias e outras fiscalizações que tiver realizado, na hipótese de virem a solicitá-las (art. 71, VII, da Constituição).⁵⁵⁶

Apesar de cidadãos comuns, partidos políticos, associações e sindicatos não terem poder para dar início a inspeções ou auditorias, deve-se mencionar que esses sujeitos, por força do § 2º do art. 74 da Constituição (na forma dos arts. 53 a 55 da LOTCU), são legitimados a “denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da

⁵⁵³ De acordo com o RITCU, “Inspeção é o instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para suprir omissões e lacunas de informações, esclarecer dúvidas ou apurar denúncias ou representações quanto à legalidade, à legitimidade e à economicidade de fatos da administração e de atos administrativos praticados por qualquer responsável sujeito à sua jurisdição” (art. 240).

A auditoria, por seu turno, é instrumento de fiscalização destinado a “examinar a legalidade e a legitimidade dos atos de gestão dos responsáveis sujeitos a sua jurisdição, quanto ao aspecto contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial” (art. 239, I); “avaliar o desempenho dos órgãos e entidades jurisdicionados, assim como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais, quanto aos aspectos de economicidade, eficiência e eficácia dos atos praticados” (art. 239, II); e “subsidiar a apreciação dos atos sujeitos a registro” (art. 239, III).

⁵⁵⁴ Refiro-me especificamente aos levantamentos — instrumento prévio às fiscalizações, voltado a identificar seu objeto e aferir a sua viabilidade prática (art. 238); aos acompanhamentos — uma espécie de auditoria a ser realizada por um determinado período (arts. 241-242); e os monitoramentos — instrumento voltado a aferir o cumprimento das deliberações do Tribunal e os resultados delas advindos (art. 243).

⁵⁵⁵ Cf. SPECK, Bruno Wilhelm, *Inovação e Rotina no Tribunal de Contas da União*, op. cit., p. 125.

⁵⁵⁶ Note-se que a Constituição prevê que o TCU deva prestar informações ao Congresso Nacional acerca de suas atividades mesmo quando não solicitado. Nesse caso, no entanto, deverá fazê-lo trimestralmente e anualmente, por meio da apresentação de relatórios (art. 71, § 4º, da Constituição).

União”, podendo, no limite, impulsionar algum tipo de fiscalização a ser realizada por esse órgão de controle.⁵⁵⁷

Questão interessante é identificar os sujeitos passíveis serem fiscalizados por meio de inspeções ou auditorias.

De acordo com o Texto Constitucional, esses instrumentos investigativos poderão ter como alvo dois grupos de sujeitos. O primeiro deles é bem definido e composto por

⁵⁵⁷ Evidentemente que a ampla abertura dada pela Constituição para a realização de denúncias junto aos Tribunais de Contas é bastante positiva quando vista exclusivamente pelo prisma da democracia. No entanto, indaga-se: seria mesmo crível imaginar que cidadãos comuns, a partir de regras jurídicas com este conteúdo, se transformariam em efetivos fiscais da administração? Será mesmo que cidadãos normais, após a edição dessas normas, passariam, p.ex., a analisar com regularidade editais de licitação e contratos firmados pela administração, neles buscando vícios, ilícitos ou irregularidades de qualquer natureza? Seria razoável esperar esse tipo de comportamento das pessoas em geral?

Fernando Camacho e Guilherme Jardim Jurksaitis respondem negativamente às indagações. Em aula que ministraram no curso de pós-graduação *lato sensu* em direito administrativo da FGV Direito SP, ocorrida no primeiro semestre do ano de 2015 e da qual participei na condição de debatedor, afirmaram que, a partir de suas pesquisas, a autorização para que quaisquer cidadãos pudessem denunciar ilícitos ou irregularidades junto aos tribunais de contas serviria, em realidade, mais a interesses das empresas que contratam com o poder público do que ao interesse público propriamente dito. Isto é, na visão crítica dos professores, a norma constitucional, a despeito das eventuais boas intenções do constituinte (ampliar o controle democrático da administração pública, conferir aos cidadãos instrumentos para que tenham voz e protagonismo na política nacional, etc.), acabou, na prática, gerando consequências indesejadas (e muito provavelmente sequer inicialmente cogitadas).

Camacho e Jurksaitis relatam que frequentemente pessoas físicas apresentam denúncias bastante sofisticadas e repleta de detalhes técnicos (os diagnósticos que fizeram tomam por base o universo do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo), os quais dificilmente seriam de domínio do cidadão comum. Na avaliação que fazem, são casos em que há grande probabilidade de estarem ocultas empresas interessadas em vencer certames licitatórios, mas não dispostas a contestar em nome próprio as decisões da administração — afinal, querem manter bom relacionamento com o poder público, seu potencial contratante.

De acordo com os citados professores, seria comum que empresas se utilizassem de pessoas físicas aleatórias (aparentemente desinteressadas nos certames licitatórios) para ingressar com denúncias de irregularidades perante o tribunal de contas, buscando, no limite, eliminar a concorrência e garantir espaço no mercado público. Trata-se de estratégia interessante e engenhosa do ponto de vista empresarial, mas evidentemente perversa sob a perspectiva do interesse público: usar o órgão de controle para, anonimamente, prejudicar competidores.

A experiência relatada pelos professores denota que a ampla abertura à denúncia de malfeitos junto aos tribunais de contas (ao menos nos moldes do art. 74, § 2º, da Constituição), apesar de parecer bastante positiva quando vista exclusivamente pelo prisma da democracia, potencialmente tenha sido um equívoco — afinal, incentivou o litígio no mercado público ao viabilizar que empresas acionassem os tribunais de contas anonimamente.

A meu ver, a grande causa desse potencial desvio é a existência de algum irrealismo na norma constitucional. Ao partir de premissas idealizadas e descoladas da realidade (cidadãos comuns serão fiscais da administração...), acabou produzindo resultados inesperados (e negativos pela ótica do interesse público). Decisões de política pública, para que alcancem bons resultados, têm de levar em conta a realidade (v. SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. Direito e políticas públicas: dois mundos?, *op. cit.*, pp. 73-75). Além disso, parece-me fundamental atentar para o alerta feito por Cass Sunstein, segundo o qual o desenho de políticas públicas tem de levar em consideração os incentivos que na prática cria para seus “usuários”. Nas suas palavras, “*One purpose of this book is to explore some evidences on government regulation, to catalogue recent practices and reforms, and to discuss the implications for regulatory policy. But there is still a more general theme, which involves the importance of ensuring that policies have strong empirical foundations, both through careful analysis in advance and through retrospective review of what works and what does not*” (SUNSTEIN, Cass. *Simpler – The Future of Government*. Nova Iorque: Simon & Schuster Paperbacks, 2013, p. 41).

“unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário” — isto é, por órgãos de qualquer dos Poderes. Em relação ao segundo grupo de sujeitos, composto pelas demais “entidades referidas no inciso II [do art. 71 da Constituição, evidentemente]”, há algum grau de incerteza quanto aos entes que efetivamente dele fariam parte. É que, como visto no tópico em que explorei as possibilidades e limites do Tribunal em matéria sancionatória, o inciso II do art. 71 é bastante genérico e simultaneamente faz alusão a entes bem definidos — “(...) administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal (...)” — e a entes indeterminados, mas determináveis — “daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público”.

Por conta disso, indaga-se: o TCU, *ex-officio* ou sob demanda, para além de ser competente para realizar inspeções ou auditorias em unidades administrativas dos três Poderes, poderia também realizá-las apenas nos entes da administração indireta, “incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal”, ou, também, em quaisquer outros entes que de algum modo administrassem (em sentido amplo) recursos da União — inclusive abarcando entes privados não pertencentes à administração pública, mas responsáveis pela gestão (em sentido amplo) de recursos federais? Note-se que a depender da leitura que se faça da norma, o espectro de atuação do TCU via inspeções e auditorias alarga-se ou restringe-se substancialmente.⁵⁵⁸

O art. 38, I, da LOTCU fez leitura mais restritiva da Constituição, afirmando que competiria ao Tribunal realizar inspeções e auditorias “nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e nas entidades da administração indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal”. Ou seja, de acordo com o dispositivo, o TCU só poderia manejar esses instrumentos fiscalizatórios em relação aos entes *expressamente* referidos no inciso II do art. 71 (basicamente entes pertencentes à administração indireta).⁵⁵⁹

No entanto, o mesmo diploma, agora no art. 41, *caput* c/c seu inciso II, disse que o Tribunal, ao fiscalizar “atos de que resulte receita ou despesa, praticados pelos responsáveis sujeitos à sua jurisdição” poderia realizar “inspeções e auditorias de mesma

⁵⁵⁸ Para Pedro Roberto Decomain, p. ex., “Podem os Tribunais ou Conselhos de Contas, portanto, inclusive por iniciativa própria, realizar as verificações que desejarem, perante qualquer responsável pela gestão ou guarda de valores públicos. Não estão nisso sujeitos a prévia solicitação de quem quer que seja” (DECOMAIN, Pedro Roberto. *Tribunais de Contas no Brasil*, op. cit., p. 112).

⁵⁵⁹ Questão interessante é saber se o poder investigatório do Tribunal se estenderia, ou não, às empresas privadas com participação estatal relevante. A hipótese não está expressamente prevista pela lei, como visto. A despeito disso, o TCU, segundo se extrai do acórdão 2.532/2015, plenário, rel. Min. Bruno Dantas, j. 14.10.15, determinou a realização de investigações em diversas dessas companhias.

natureza que as previstas no inciso I do art. 38 desta Lei”. Ou seja, em se tratando fiscalização de atos de que resulte receita ou despesa (por exemplo, edital de chamamento público prévio à assinatura de convênio), o TCU poderia realizar inspeções e auditorias envolvendo quaisquer responsáveis sujeitos à sua jurisdição — isto é, qualquer das pessoas mencionadas no parágrafo único do art. 70 da Constituição.⁵⁶⁰

O RITCU dispôs sobre o tema de maneira ligeiramente distinta. Ao disciplinar as inspeções referiu-se a “qualquer responsável sujeito à sua jurisdição” (art. 240) e ao disciplinar as auditorias referiu-se a “responsáveis sujeitos à sua jurisdição” (art. 239, I). Tendo em vista a falta de clareza do Texto Constitucional acerca dos sujeitos passíveis de serem fiscalizados pelo Tribunal via inspeções ou auditorias, torna-se difícil dizer que a leitura feita pelo TCU acerca da extensão da sua jurisdição nesse tema teria sido incorreta.⁵⁶¹

No que tange aos parâmetros de controle — legalidade, legitimidade e economicidade —, a legislação optou por não fixar restrições *a priori*. Todos eles teoricamente poderão ser manejados pelo Tribunal para a realização de inspeções e auditorias, a depender, claro, do objeto da fiscalização a ser concretamente empreendida — contábil, financeiro, orçamentário, patrimonial ou operacional.

Esses objetos sobre os quais poderão versar inspeções e auditorias, por sua vez, podem ser agrupados em duas grandes categorias: a financeira em sentido amplo (da qual fazem parte as fiscalizações de natureza financeira, orçamentária, contábil e patrimonial) e as operacionais.

⁵⁶⁰ Rodrigo Pagani de Souza aponta, p. ex., que “as atribuições de controle do TCU alcançam, sim, as aplicações de subvenções pelas entidades do terceiro setor. Primeiro, por ocasião do julgamento anual das contas do órgão ou entidade que tenha repassado recursos a entidades do setor. Segundo, a título de fiscalização de determinado contrato de parceria celebrado entre o Poder Público e a entidade do terceiro setor. Pode, ainda, estipular a realização de auditoria focalizada na execução de uma pluralidade de contratos de parceria (em vez de apenas uma só). E pode, finalmente, realizar auditoria de programa de governo cuja execução envolva, justamente, contratos de parceria (e, bem assim, subvenções) com entidades do terceiro setor” (SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Controle estatal das transferências de recursos públicos para o terceiro setor*. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 174. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-29052013-082642/>. Acesso em: 11 jan. 2016).

⁵⁶¹ Não seria despropositado, contudo, imaginar que o TCU tenha procurado se valer do seu regimento interno para ampliar seu escopo de atuação por meio de inspeções e auditorias. Vale lembrar que o Tribunal, à época da elaboração da LOTCU, propugnou pela aprovação de dispositivo legal que lhe autorizasse a estender, caso julgasse necessário, eventuais inspeções e auditorias *a pessoas jurídicas de direito privado de qualquer forma envolvidas, direta ou indiretamente, na aplicação de recursos públicos*. A proposta, que chegou a ganhar corpo no Emenda CCJ 26 apresentada ao Congresso pelo Senador Pedro Simon, daria ao TCU até mesmo a possibilidade de entrar na contabilidade e na gestão de empresas privadas contratadas pelo poder público — algo que a meu ver não teria respaldo no Texto Constitucional. A despeito do apoio do Senado à medida — que nela enxergou importante instrumento de combate a desvios —, a Câmara teve por bem excluí-la do PL e da redação da LOTCU.

Diferentemente dos demais tipos de auditoria, a operacional não possui sentido unívoco, claro; ao revés, tem escopo bastante amplo. O TCU, adotando o conceito de *performance auditing* cunhado pela INTOSAI⁵⁶², atualmente a define como o “exame independente e objetivo da economicidade, eficiência, eficácia e efetividade de organizações, programas e atividades governamentais, com a finalidade de promover o aperfeiçoamento da gestão pública”.⁵⁶³

De acordo com o Manual de Auditoria Operacional do TCU, as auditorias operacionais, devido à variedade e complexidade das questões que abarcam, “possuem maior flexibilidade na escolha de temas, objetos de auditoria, métodos de trabalho e forma de comunicar as conclusões de auditoria”. Empregam, ainda, “ampla seleção de métodos de avaliação e investigação de diferentes áreas do conhecimento, em especial das ciências sociais”, requerendo do auditor que as realiza “flexibilidade, imaginação e capacidade analítica”.⁵⁶⁴ Independentemente das dúvidas e incertezas acerca do seu conceito, parece seguro dizer que esse tipo de auditoria está mais preocupada com a *qualidade* das despesas governamentais do que com o fato de elas cumprirem, ou não, requisitos formais de validade.⁵⁶⁵

Auditorias operacionais normalmente geram como produto final relatórios, por meio dos quais tratam “da economicidade e da eficiência na aquisição e aplicação dos recursos, assim como da eficácia e da efetividade dos resultados alcançados”.⁵⁶⁶ Note-se que esse material poderá “variar consideravelmente em escopo e natureza, informando, por exemplo, sobre a adequada aplicação dos recursos, sobre o impacto de políticas e programas e recomendando mudanças destinadas a aperfeiçoar a gestão”.⁵⁶⁷ A literatura internacional aponta no mesmo sentido.⁵⁶⁸

⁵⁶² INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SUPREME AUDIT INSTITUTIONS (INTOSAI). *Appendix to ISSAI 3100*. Disponível em: http://www.issai.org/media/13488/appendix_to_issai_3100_e_.pdf. Acesso em: 11 jan. 2016.

⁵⁶³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Manual de Auditoria Operacional*. 3ª ed. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo (Seprog), 2010, p. 11.

⁵⁶⁴ Idem, p. 13.

⁵⁶⁵ Sobre as auditorias operacionais, v. amplamente POLLITT, Christopher et al. *Desempenho ou legalidade?*, *op. cit.*

⁵⁶⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Manual de Auditoria Operacional*, *op. cit.*, p. 13.

⁵⁶⁷ Idem, *ibidem*.

⁵⁶⁸ Veja-se, p. ex., o relato de Christopher Pollitt:

“Relatórios de auditoria bem produzidos (em geral ilustrados), comunicados à imprensa elaborados de maneira profissional, e mesmo CD-roms referentes aos trabalhos dos ESFs, constituem a nova prática dos ESFs. Os ESFs em alguns países — especialmente o NAO, mas, ainda que em menor medida, o VTV e o RRV — vão além disto e oferecem relatórios anuais, os quais não apenas conêm descrições resumidas do trabalho realizado, mas também alguns dados de desempenho do próprio ente de auditoria” (POLLITT, Christopher, *Desempenho ou legalidade?*, *op. cit.*, pp. 301-302).

É curioso notar que esse tipo de auditoria surgiu no direito brasileiro com a Constituição de 1967, tendo sido inicialmente prevista como uma das obrigações do sistema de *controle interno* do Poder Executivo — que, como visto, também teve origem nesse mesmo momento. O art. 72 do referido diploma, apesar de não mencionar expressamente o termo “auditoria operacional”, na prática acabou descrevendo algumas das características que consensualmente lhe são atribuídas.⁵⁶⁹ O dever de o sistema de controle interno realizar auditorias operacionais — avaliando a efetividade, eficiência e eficácia da gestão pública — foi mantido pela Constituição de 1988⁵⁷⁰, provavelmente sendo essa a razão pela qual um dos servidores do TCU que entrevistei afirmou que a auditoria operacional, na sua origem, seria atividade própria de controles internos — e não dos Tribunais de Contas, órgãos de controle externo.⁵⁷¹

De acordo com outro dos entrevistados, as auditorias operacionais — inseridas no plexo de competências do Tribunal por iniciativa das próprias Cortes de Contas junto à ANC, lembre-se — estariam nos últimos anos se transformando em uma de suas principais vertentes de atuação.⁵⁷² Há indícios de que não só o Tribunal esteja priorizando

⁵⁶⁹ Confira-se o teor do art. 72 da Constituição de 1967:

“Art 72 - O Poder Executivo manterá sistema de controle interno, visando a:

I - criar condições indispensáveis para eficácia do controle externo e para assegurar regularidade à realização da receita e da despesa;

II - *acompanhar a execução de programas de trabalho e do orçamento;*

III - *avaliar os resultados alcançados pelos administradores e verificar a execução dos contratos*”.

⁵⁷⁰ Confira-se o conteúdo do art. 74 da Constituição de 1988:

“Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;

IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional”.

⁵⁷¹ Confira-se excerto da entrevista relativa à origem da auditoria operacional:

Entrevistado E: “Quando se vai observar, a auditoria operacional surgiu no âmbito da auditoria interna. Por quê? Notou-se que o auditor interno, que tem uma familiaridade com a organização como um todo, saberia como orientar a melhoria dos processos. Fundamentalmente nasceu assim. Na própria Constituição, no art. 74, você vê que auditoria operacional é essencialmente coisa de auditoria interna. Nossa função orientativa é mais colateral, um reflexo. Para nós, a auditoria operacional é mais geral. E não por acaso, a auditoria interna tem de estar próxima dos fatos” (entrevista realizada na sede do TCU, em Brasília, no dia 10.6.2015).

⁵⁷² Veja-se excerto da entrevista, no qual é relatada a visão do entrevistado sobre o trabalho do TCU no âmbito de auditorias operacionais:

Entrevistado J: “Hoje, o posicionamento estratégico do Tribunal tem garantido que ele se coloque na administração pública como um órgão cujo dever precípua é auxiliar (e algumas vezes garantir) que a administração pública alcance os resultados ínsitos às políticas públicas. Ele requer que o Estado tenha mais governança pública (nourtras palavras, que opere num ambiente em que os resultados das políticas públicas possam ser mais bem alcançados), que tenha planejamento estratégico, bom sistema de controle interno,

esse tipo de fiscalização, como a própria legislação estaria incentivando o TCU a fazê-lo. Ilustro essa afirmação por meio da lei 9.427, de 26 de dezembro de 1996, responsável instituir a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL e por disciplinar o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica, que, em seu art. 7º, afirmou que “A administração da ANEEL será objeto de contrato de gestão (...), devendo uma cópia do instrumento ser encaminhada para registro no Tribunal de Contas da União, onde servirá de peça de referência em *auditoria operacional*”.⁵⁷³

Difícilmente alguém discordaria da afirmação segundo a qual o Texto Constitucional teria autorizado o TCU a fazer auditorias operacionais e que seria positivo e necessário que esse órgão de controle as realizasse com cada vez mais frequência e com maior grau de refinamento e de aprofundamento. Afinal, pelo fato de o Tribunal 1) ocupar posição institucional privilegiada (observador externo independente), 2) possuir corpo técnico plural e extremamente qualificado, 3) possuir estrutura interna sofisticada e especializada nos mais variados nichos do Estado e 4) ser capaz de centralizar dados e informações advindas de toda a administração pública — em tese permitindo-o identificar gargalos e refletir sobre melhores práticas na administração —, pode, por meio das auditorias operacionais — que estão eminentemente preocupadas em aferir a qualidade da ação estatal —, dar relevantíssima contribuição ao aprimoramento da gestão pública. Há certa divergência, contudo, em relação às ações que o Tribunal poderia concretamente tomar *a partir* dos resultados de auditorias dessa natureza.

gestão estratégica dos riscos, regulação adequada, etc. Passa-se, então, não a assumir o papel do gestor (de todos os níveis), mas de verificar há ambiente de governança e de boa gestão. A especialização do Tribunal contribui para isso. Não somos formuladores, tampouco executores da política, mas controlamos por um viés não só *ex post*, mas também concomitante, durante a execução da política. Vejo o Tribunal como esse órgão muito mais capaz de falar de processo de política pública, de processos de transformação e de reforma do Estado. (...)

P. ex, chegou agora ao Tribunal o programa logístico —PIL Ferrovias. O Tribunal fez uma auditoria no PIL. Não dissemos ele teria que ter indicadore, ou que os indicadores teriam que ir nessa ou naquela direção. Verificamos se programa tem características de governança e, ao mesmo tempo, podemos compará-lo com outros programas internacionais, com projetos, etc. (...). No caso do PIL não havia estudos sobre custos/benefícios, viabilidade de alternativas de políticas públicas, etc. São aspectos de institucionalização da política pública. Ver quem define o quê. Mas temos cuidado de não entramos na política pública” (entrevista realizada na sede do TCU, em Brasília, no dia 11.6.2015).

⁵⁷³ O ambiente de reforma da administração pública brasileira da década de 1990 — que inegavelmente buscou, entre outras coisas, criar ou ao menos incentivar a criação de uma administração de resultados — foi especialmente fértil para as auditorias operacionais (como visto, um tipo de auditoria focada em resultados). A relação entre auditorias operacionais e reforma do Estado é destacada por Christopher Pollitt. Veja-se:

“A ênfase crescente na ‘administração de resultados’ em muitos setores públicos cria um espaço sempre em crescimento para a ‘auditoria de resultados’, i.e. para a auditoria operacional. O transbordamento de novos indicadores de desempenho e de outros dados de desempenho oferecem aos ESFs oportunidades ricas, mas oportunidades que requerem tanto novas habilidades de auditoria como uma reconsideração daquilo que é mais apropriado para a administração interna e daquilo que é para a auditoria externa” (POLLITT, Christopher et al., *Desempenho ou legalidade?*, *op. cit.*, p. 293).

Há quem sustente que a auditoria operacional “pode se constituir no julgamento sobre o mérito das condutas e atos do órgão administrativo”⁵⁷⁴, ou então que caso auditorias, inclusive as operacionais, identifiquem irregularidades (sem dizer de qual tipo), o TCU poderia dar ordens em geral à administração para saná-las, praticar atos de comando cautelares ou punir.⁵⁷⁵

É possível, claro, que auditorias operacionais, apesar de eminentemente voltadas a aferir a qualidade das políticas e dos gastos públicos, identifiquem ilegalidades em matéria financeira (em sentido amplo) — autorizando, ao menos em tese, o exercício de competências do Tribunal voltadas à produção de atos impositivos (sancionatórios ou de comando). Seria impertinente, contudo, que, ao analisar matérias não propriamente financeiras por meio de outros parâmetros de controle (legitimidade e especialmente economicidade) — a regra em auditorias operacionais, diga-se —, o Tribunal procurasse de alguma maneira vincular a administração pública às suas conclusões. Auditorias operacionais essencialmente servem para produzir informações acerca do funcionamento da administração pública, promovendo sua transparência e criando subsídios para o aprimoramento de suas práticas e políticas. Relatórios e publicações em geral elaborados por meio desse tipo de fiscalização poderão servir de base para futura ação do Tribunal ou de terceiros (Legislativo, Executivo, etc.), mas não serão em si vinculantes.⁵⁷⁶

Seria um equívoco, portanto, que sob o pretexto de dar efetividade a auditorias operacionais o TCU procurasse a elas aplicar a mesma lógica decisória que pauta o exercício de outras de suas competências — para praticar atos sancionatórios ou atos de comando. É que a Corte de Contas só pode agir como tribunal de fato — tomando decisões impositivas — em uma parcela bastante delimitada do amplo campo no qual a Constituição lhe autorizou a atuar. Entendimento em sentido contrário inevitavelmente faria do TCU órgão revisor de práticas administrativas em geral, permitindo que, como uma suposta segunda instância da administração, pudesse impor suas preferências a

⁵⁷⁴ ROSA, Christian Fernandes Gomes. O Tribunal de Contas da União e o sistema regulatório: a relevância da trajetória institucional na construção de arranjos regulatórios. *Revista de Direito Público da Economia* — RDPE, ano 8, n. 29, jan./mar. 2010, p. 46.

⁵⁷⁵ Nesse sentido, v. DECOMAIN, Pedro Roberto, *Tribunais de Contas no Brasil*, *op. cit.*, p. 112.

⁵⁷⁶ É também essa a opinião de Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara. Veja-se:

“Nas hipóteses em que, no exercício de sua competência fiscalizatória *operacional*, o Tribunal vier a constatar qualquer descompasso com a legislação envolvendo temas alheios à sua jurisdição específica (isto é, quando o descompasso não for com normas tratando de temas financeiros em sentido amplo), o papel que lhe cabe é o de fazer *representação* às autoridades competentes (Art. 71, XI, da CF), e não determinar, ele próprio, a correção do ato ou a punição dos responsáveis pela ilegalidade” (SUNDFELD, Carlos Ari e ARRUDA CÂMARA, Jacintho, *Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites*, *op. cit.*, p. 188).

“unidades subordinadas”. As competências do Tribunal que podem conduzir à elaboração de “produtos” impositivos (sanções e atos de comando) foram desenhadas pelo ordenamento jurídico para serem desempenhadas noutra contexto (controle de legalidade em matéria financeira).

O segundo “tipo” de inspeções e auditorias a que o TCU está autorizado a realizar — financeiras, orçamentárias, contábeis e patrimoniais — é mais tradicional e simples de ser caracterizado. Sundfeld e Arruda Câmara sintetizaram esse campo de atuação do Tribunal da seguinte maneira:

“Cabe ao Tribunal assegurar: (a) a correta gestão dos recursos públicos — o que exige o exame de atos unilaterais (exemplo: atos de admissão de pessoal) ou bilaterais (exemplos: convênios e contratos de compras) e de procedimentos (exemplo: licitação de obras) pelos quais, direta ou indiretamente, se realizam a despesa pública e a receita pública (*fiscalização financeira*); (b) a correta execução do orçamento público — o que envolve a análise tanto da observância das leis orçamentárias anuais e plurianuais quanto das normas mais gerais que condicionam sua execução, como a Lei de Responsabilidade Fiscal (*fiscalização orçamentária*); (c) a correta contabilização dos recursos (*fiscalização contábil*); e (d) a correta gestão do patrimônio público, envolvendo a aquisição, alienação e administração dos bens móveis e imóveis (*fiscalização patrimonial*)”.⁵⁷⁷

Como consta do Manual de Auditoria Operacional do TCU, esse segundo tipo de auditoria — que, pela classificação da INTOSAI, poderia ser enquadrada no conceito de auditoria de regularidade —, tem foco distinto da auditoria operacional, apesar de, como ela, também conduzir à elaboração de informações passíveis de serem posteriormente utilizadas pelo próprio Tribunal ou por terceiros. As auditorias financeiras (em sentido amplo) não produzem análises sobre a efetividade, eficiência e economicidade das práticas administrativas em geral, mas “assumem a forma de opinião concisa e de formato padronizado sobre demonstrativos financeiros e sobre a conformidade das transações com leis e regulamentos, ou sobre temas como a inadequação dos controles internos, atos ilegais ou fraude”.⁵⁷⁸

Seu objetivo primordial, portanto, é aferir a fidedignidade de dados financeiros, contábeis, patrimoniais ou orçamentários e verificar sua adequação à lei (em sentido amplo). Pelo fato de teoricamente se circunscreverem ao campo de jurisdição direta do Tribunal (controle de legalidade em matéria financeira), o material produzido por esse tipo de fiscalização poderá dar ensejo à posterior produção de atos sancionatórios ou de comando pelo TCU.

⁵⁷⁷ Idem, p. 184.

⁵⁷⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Manual de Auditoria Operacional*, op. cit., p. 13.

Reproduzo, por fim, constatação e crítica feita por Bruno Speck à organização e produção dos resultados de autorias, inclusive das operacionais. Na avaliação do autor, elementos da lógica processual do julgamento das contas (inserida na competência do Tribunal para praticar atos sancionatórios) indevidamente também orientariam a fiscalização por meio de inspeções e auditorias. Afinal, todos os processos devem ter um relator, responsável pela instrução do processo, e serão concluídos em julgamentos em plenário. “Após a conclusão, essas atividades fiscalizadoras são incorporadas à prestação de contas e, assim, os seus resultados serão submetidos a crítica e conduzidos para julgamento”.⁵⁷⁹

Para Speck, seria no mínimo questionável que

“(…) as avaliações de desempenho e impacto — incluindo possíveis críticas metodológicas, axiológicas ou materiais da administração — devam necessariamente seguir o modelo de um processo judicial orientado para a produção de decisões conclusivas. A finalidade dessas auditorias não é exclusivamente a responsabilização dos atores, mas a correção de falhas e lacunas detectadas na avaliação. A atuação do Tribunal de Contas nos processos de julgamento das contas está voltada para a produção de uma decisão, cuja legitimidade se vincula a determinadas características processuais. No caso das outras funções, como a elaboração do parecer sobre as contas ou a realização de auditorias, a legitimidade não decorre necessariamente desse cuidado processual. Ao contrário, critérios importantes são a capacidade de reunir competência técnica para produzir resultados relevantes, bem como a possibilidade de implementar esses resultados, suscitando um diálogo com outras instituições intermediadoras”.⁵⁸⁰

6.2.3. Fiscalizar contas de empresas supranacionais de que a União participe

A atividade em comento está, também ela, atrelada à atribuição do TCU de fiscalizar e de investigar, a qual, por sua vez, está inserida na competência do Tribunal para levantar dados e produzir informações. Confira-se o teor do dispositivo constitucional que a prevê:

Constituição Federal de 1988

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

(…)

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo”.

O inciso V do art. 71 da Constituição teve origem no anteprojeto apresentado pelos próprios Tribunais de Contas na Subcomissão do Orçamento e Fiscalização Financeira da

⁵⁷⁹ SPECK, Bruno Wilhelm, *Inovação e Rotina no Tribunal de Contas da União*, op. cit., p. 86.

⁵⁸⁰ Idem, p. 92.

ANC.⁵⁸¹ A redação do dispositivo que inicialmente propuseram foi ligeiramente modificada pelos constituintes com a finalidade de reduzir sua abrangência — em síntese, a ANC precisou que o objeto da fiscalização seriam “contas”, e não “entidades”, e substituiu as expressões “entidades supranacionais” por “empresas supranacionais” e “Poder Público” por “União”.

Da forma como o dispositivo foi redigido, podem ser alvo de fiscalizações pelo Tribunal a parcela brasileira de contas de empresas supranacionais — isto é, pessoas jurídicas que não sejam integralmente nacionais —, de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta (nos termos dos tratados constitutivos⁵⁸²). Para fins de fiscalização do TCU, é indiferente que a participação da União nesse tipo de empresa seja majoritária ou minoritária, direta ou indireta.

Atualmente, o Brasil possui apenas três empresas que se enquadram na categoria descrita pelo inciso V do art. 71 da Constituição. São elas: o Banco Brasileiro Iraquiano S.A. (fruto de acordo celebrado com o governo do Iraque), a Companhia de Promoção Agrícola (fruto de acordo celebrado com o governo do Japão) e a Itaipu Binacional (a principal empresa supranacional de que a União participa, constituída pelo “Tratado entre a República Federativa do Brasil e a República do Paraguai, para o Aproveitamento Hidrelétrico dos Recursos Hídricos do Rio Paraná”).⁵⁸³

A Constituição nada disse sobre os parâmetros de controle (legalidade, legitimidade e economicidade) que poderiam ser utilizados nesse tipo de fiscalização, tampouco especificou as matérias sobre as quais poderia versar (financeira, orçamentária, patrimonial, contábil ou operacional). Tendo em vista que, à luz do *caput* do art. 70, o TCU está genericamente autorizado a utilizar em suas atividades de controle múltiplos parâmetros e a se manifestar sobre diversas matérias (financeiras e não financeiras) e que de fiscalizações realizadas a partir do inciso V do art. 71 da Constituição não resultam produtos capazes de, por si só, constituir ou desconstituir direitos, parece-me razoável interpretar que a Constituição tenha optado por não impor, *ex-ante*, limitações dessa

⁵⁸¹ Transcrevo, abaixo, o teor do dispositivo pertinente do anteprojeto que os tribunais de contas apresentaram à ANC:

“Art... (71) – O controle externo será exercido pelo Tribunal de Contas e compreenderá:

(...)

IV – a fiscalização das entidades supranacionais de cujo capital social o Poder Público participe, de forma direta ou indireta, nos termos previstos no respectivo tratado constitutivo”.

⁵⁸² Pela Constituição de 1988, tratados são celebrados pelo Presidente da República (art. 84, VIII) e decididos em definitivo pelo Congresso Nacional (art. 49, I).

⁵⁸³ O tratado entre Brasil e Paraguai pode ser lido no anexo do decreto 72.707, de 28 de agosto de 1973. O referido decreto, editado pelo Presidente Médici, foi responsável por promulgá-lo, após a sua aprovação pelo decreto legislativo 23, de 30 de maio de 1973.

natureza. Dito de outra maneira, fiscalizações da parcela nacional de contas de empresas supranacionais de cujo capital a União faça parte poderão lícitamente adentrar em matérias financeiras e não financeiras e ter por objetivo aferir sua legalidade, legitimidade ou economicidade.

A LOTCU nada acrescentou ao Texto Constitucional — não especificou sujeitos, parâmetros ou matérias (v. art. 41, III). Limitou-se a repetir seu teor e a delegar ao regimento interno do Tribunal a regulamentação fina do tema. O RITCU, por sua vez, disse que a fiscalização de contas de empresas supranacionais de cujo capital a União faça parte seria regulamentada por ato normativo do próprio Tribunal (art. 249, II).⁵⁸⁴

Concordo com Pedro Roberto Decomain quando diz que a expressão “nos termos do tratado constitutivo” empregada pelo inciso V do art. 71 diz respeito ao *modo de participação* do capital estatal brasileiro nesse tipo de companhia — e não propriamente à fiscalização do TCU.⁵⁸⁵

De fato, os tratados constitutivos terão de definir, por exemplo, se a União participará do capital social da companhia diretamente ou indiretamente (por meio de entidade por ela controlada) e se o governo brasileiro terá a maioria ou a minoria do seu capital social.⁵⁸⁶ Não caberá a esses documentos, contudo, explicitar se e de que forma o Tribunal fiscalizará a parcela nacional das contas de empresas passíveis de serem enquadradas no referido dispositivo da Constituição — até mesmo porque o TCU a meu ver estaria legitimado a fiscalizar as contas desse tipo de ente até mesmo com base no inciso IV do art. 71. Tratado que expressamente excluísse a possibilidade de controle pelo TCU nesse específico caso afrontaria o Texto Constitucional.

Servidores do TCU relatam, no entanto, que o Tribunal não estaria tendo acesso às contas de Itaipu, a maior empresa supranacional de cujo capital social a União faz parte. Isso porque a interpretação que se tem feito do inciso V do art. 71 da Constituição é a de

⁵⁸⁴ Não identifiquei no sistema de busca do sítio eletrônico do TCU diploma normativo que regulamentasse a fiscalização dos entes a que se refere o inciso V do art. 71 da Constituição.

⁵⁸⁵ Confirma-se a opinião do citado autor:

“A regra fala nos tratados constitutivos da empresa supranacional. A referência a eles diz respeito, porém, não à fiscalização que o Tribunal de Contas da União deve exercer sobre a parcela nacional das contas de tais empresas, mas sim se reporta ao modo de participação do capital estatal brasileiro nelas. A expressão ‘nos termos do tratado constitutivo’ refere-se, portanto, à participação nacional na empresa, e não à fiscalização do Tribunal de Contas. Esta será exercida sempre, ainda que o tratado constitutivo da empresa silencie a esse respeito” (DECOMAIN, Pedro Roberto, *Tribunais de Contas no Brasil, op. cit.*, p. 118).

⁵⁸⁶ É o que fez, p.ex., o Tratado entre Brasil e Paraguai que deu origem à Itaipu Binacional. O referido documento, em seu art. III, § 1º, p.ex., expressamente fez constar que “A ITAIPU será constituída pela ELETROBRÁS [empresa estatal controlada pela União] e pela ANDE [ente da administração paraguaia], com igual participação no capital, e reger-se-á pelas normas estabelecidas no presente Tratado, no Estatuto que constitui seu Anexo A e nos demais Anexos”.

que o tratado constitutivo da empresa teria que prever e disciplinar o controle pelo Tribunal para que ele pudesse ser concretamente realizado.⁵⁸⁷ Para contornar a resistência à fiscalização de Itaipu e para garantir algum controle sobre a parcela nacional das contas da referida empresa, o TCU tem realizado auditorias na Eletrobrás (sua controladora), com enfoque nos seus relacionamentos com Itaipu (processo TC 012.466/2011-4). Trata-se, assim, de controle indireto sobre suas contas.

Há indícios de que esse cenário venha a mudar, muito em função de recente decisão proferida pelo Tribunal (acórdão 88/2015, plenário, rel. Min. Raimundo Carreiro, j. 28.1.2015). No referido acórdão, a Corte de Contas, acolhendo proposta do Procurador-Geral do Ministério Público junto ao TCU, decidiu determinar a promoção de fiscalização direta e efetiva sobre as contas nacionais da empresa Itaipu Binacional.⁵⁸⁸

6.2.4. Fiscalizar a transferência voluntária de recursos da União a outros entes federativos

As transferências de recursos realizadas pela União podem ter como destinatários outros entes federativos (são as chamadas transferências intergovernamentais), ou entes privados, como as organizações da sociedade civil, por exemplo. Apesar de essas últimas também se sujeitarem à fiscalização do TCU, interessa ao presente tópico apenas as transferências realizadas ao primeiro grupo de sujeitos.⁵⁸⁹

⁵⁸⁷ Confirma-se trecho da entrevista:

Entrevistado A: “Itaipu é uma área em que não conseguimos entrar. É uma caixa preta. Mas acho que vamos entrar agora”.

Entrevistador: “Mas não tem uma norma na Constituição que é expressa, autorizando o TCU a fazer esse tipo de controle?”

Entrevistado B: “Lá está nos termos do tratado constitutivo. Quando está nos termos do tratado constitutivo e o tratado é silente nesse assunto, o Itamaraty e o Ministério das Minas e Energia dizem: ‘não pode, em hipótese alguma, porque vai causar um desconforto diplomático, um incidente com o Paraguai, etc.’. Curiosamente, o Paraguai, desde 2009, tem feito auditorias frequentes em Itaipu. Na banda paraguaia, claro. Só que mesmo assim o Itamaraty continua dizendo que não pode, que vai gerar incidente internacional, etc. (...). Eles dizem o seguinte: as auditorias feitas pelo Paraguai abarcam somente os repasses internos de Itaipu, que são feitos ‘para dentro’ do Paraguai. Aí vem a dúvida: porque não fazemos isso aqui também? Estamos nesse processo, já tem uma auditoria do TCU (no interesse do Congresso Nacional), etc. Mas o Itamaraty resiste”.

⁵⁸⁸ É o que consta do item 9.7 do acórdão 88/2015. Veja-se:

“9.7 Determinar a Segecex que, no prazo de até 90 (noventa) dias, promova fiscalização na modalidade levantamento, sobre as contas Nacionais da empresa Itaipú Binacional, examinando, entre outros aspectos, os efeitos das alterações nas Bases Financeiras do tratado de Itaipú sobre a composição da tarifa de repasse de energia da Itaipú e do orçamento do Tesouro Nacional, nos termos do art. 71, inc. V, da Constituição Federal e do art. 41, inc. III, da Lei no 8.443/92”.

⁵⁸⁹ A fiscalização pelo TCU de transferências voluntárias de recursos da União a entes privados pode ocorrer no âmbito de inspeções ou auditorias ou de julgamento de contas, ambas já abordadas em tópicos anteriores. Sobre o tema, veja-se a opinião de Rodrigo Pagani de Souza:

Como apontado pela doutrina, as transferências intergovernamentais podem ser de três tipos:

“(i) *constitucionais*, quando a exigência parte do texto constitucional, como no caso, por exemplo, do Fundo de Participação dos Estados – FPE – e do Fundo de Participação dos Municípios – FPM; (ii) *legais*, cuja determinação parte da legislação infraconstitucional, como no caso dos repasses previstos pela Lei Kandir (LC 87/1996); ou (iii) *voluntárias*, definidas pelo art. 25 da LC 101/2000 [Lei de Responsabilidade Fiscal] como as entregas de recursos correntes ou de capital a outro ente da federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira”.⁵⁹⁰

Evidentemente que o TCU nalguma medida tem competência para fiscalizar quaisquer dessas transferências intergovernamentais — constitucionais, legais e voluntárias. Afinal, a regra é que os recursos da União atraiam a competência do Tribunal (art. 70, parágrafo único, c/c art. 71, ambos da Constituição).⁵⁹¹ O Texto Constitucional, no entanto, se referiu apenas às transferências *voluntárias* realizadas pela União a outros entes federativos. Veja-se os dispositivos pertinentes da Constituição e da LOTCU, que

“(…) a própria Constituição põe a cargo do TCU a missão de julgar as contas de quaisquer administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos (*cf.* art. 71, II), bem como de quaisquer pessoas que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público (*cf.* art. 71, II, *in fine*); ademais, põe a cargo do TCU a missão de fiscalizar a gestão pública quanto à sua legalidade, legitimidade e economicidade, inclusive quando envolva subvenções (*cf.* art. 70, *caput*), além de prever que prestará contas qualquer pessoa, física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos (*cf.* art. 70, parágrafo único). Tudo isso coloca as entidades do terceiro setor que recebam transferências de recursos públicos mediante convênios e instrumentos congêneres celebrados com o Poder Público, inequivocamente, sob o alcance da competência fiscalizadora do TCU” (SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Controle estatal das transferências de recursos públicos para o terceiro setor*, *op. cit.*, p. 177).

⁵⁹⁰ OLIVEIRA, Regis Fernandes (coord.), *Lições de Direito Financeiro*, *op. cit.*, p. 200.

⁵⁹¹ No caso das transferências constitucionais relativas aos fundos de partição dos Estados e Municípios (art. 159, da Constituição), p.ex., o controle será exercido inicialmente pelo TCU (enquanto os recursos estiverem “sob domínio” da União), mas após as respectivas transferências, pelo fato de os recursos passarem a integrar o patrimônio de outras unidades da federação, entende-se que a competência para fiscalizar passa a ser dos Tribunais de Contas dos Estados e Municípios (v. DEL FIORENTINO, Luiz Carlos Fróes, *As transferências intergovernamentais no federalismo fiscal brasileiro*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Financeiro) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 148. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-26082011-160728/en.php>. Acesso em: 11 jan. 2016. Note-se que em relação a esse tipo de transferência de recursos, o TCU, por força do art. 161, parágrafo único da Constituição (reproduzido pelo art. 1º, VI, da LOTCU), tem competência para efetuar o cálculo das cotas de fundos de participação, dentre eles o dos Estados e Municípios.

Outro exemplo de transferências obrigatórias da União para outros entes federativos, neste caso fixadas por lei, diz respeito àquelas previstas para o Programa de Aceleração do Crescimento – PAC, disciplinadas pela lei 11.578, de 26 de novembro de 2007. O referido diploma determina que, uma vez firmado termo de compromisso entre a União e o ente a ser beneficiado com recursos do PAC, sua transferência será obrigatória (art. 1º, c/c art. 4º), sendo que, nos termos do art. 7º, caberá ao TCU (e também à CGU e às unidades gestoras da União) a fiscalização quanto à regularidade da aplicação dos recursos financeiros transferidos pela União (art. 7º).

apenas alocou essa atividade do Tribunal no âmbito das fiscalizações de atos de que resulte receita ou despesa:

Constituição Federal de 1988

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

(...)

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”.

Lei Orgânica do Tribunal de Contas

“Art. 41. Para assegurar a eficácia do controle e para instruir o julgamento das contas, o Tribunal efetuará a fiscalização dos atos de que resulte receita ou despesa, praticados pelos responsáveis sujeitos à sua jurisdição, competindo-lhe, para tanto, em especial:

(...)

IV - fiscalizar, na forma estabelecida no Regimento Interno, a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município”.

A reconstrução da história legislativa da Constituição (capítulo anterior) revelou enorme polêmica ao redor do dispositivo acima transcrito — que, ao contrário de muitos outros dispositivos constitucionais, não teve origem em pleito formulado pelos Tribunais de Contas —, opondo constituintes com assento nas Subcomissões dos Municípios e Regiões e do Poder Legislativo (ambas vinculadas à Comissão da Organização do Estado) a constituintes com assento em subcomissões vinculadas à Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças.⁵⁹²

Todos os membros do primeiro grupo eram favoráveis a ampla descentralização do controle de recursos repassados pela União a outros entes federativos — pois 1) viam no movimento de centralização tentativa da União e de seus agentes de aumentar poder e influência em detrimento das estruturas estaduais e municipais e 2) enxergavam risco de sobreposição de controles e de ineficiência na hipótese de se autorizar que recursos repassados pela União pudessem ser fiscalizados não só por órgãos de controle estaduais e

⁵⁹² A história legislativa da Constituição de 1988 parece respaldar a opinião de Rodrigo Pagani de Souza, para quem a Constituição e a LOTCU, ao se referirem apenas a recursos voluntariamente repassados pela União a outros entes federativos (nada dizendo sobre os recursos repassados a entes privados), teriam partido da premissa de que convênios e instrumentos congêneres serviriam apenas à disciplina de avenças governamentais. Nas palavras do autor, “É de se notar que tanto a Constituição como a Lei 8.443/92, ao preverem a competência do TCU para fiscalizar a aplicação de recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, o fizeram referindo, exclusivamente, os repasses destinados a Estado, ao Distrito Federal ou a Município. Nada disseram sobre os repasses a entidades privadas sem fins lucrativos. A omissão parece ser uma reminiscência de época em que convênios e instrumentos congêneres serviam apenas à disciplina de avenças intergovernamentais” (SOUZA, Rodrigo Pagani de, *Controle estatal das transferências de recursos públicos para o terceiro setor*, *op. cit.*, p. 177).

municipais, mas também pelo próprio TCU —, enquanto que os membros do segundo grupo geralmente advogaram em prol da possibilidade de o TCU ter ingerência sobre ao menos parcela dos recursos transferidos pela União a outros entes federativos — deixando transparecer nítida preocupação com a possibilidade de captura dos controladores em nível regional e local por seus subordinados e revelando certo desinteresse (e mesmo algum desprezo) pelo risco de sobreposição de controles decorrente do fato de múltiplos controladores serem competentes para fiscalizar o mesmo recurso público.

Prevaleceu, como a Constituição deixa antever, a opinião dos constituintes “centralizadores”.

Recordo que foi fundamental para a aprovação do projeto do art. 71, VI, da Constituição a ressalva de que *apenas* os recursos *voluntariamente* transferidos pela União a outros entes federativos seriam alvo de fiscalizações pelo TCU. É que muitos constituintes supunham que o Tribunal, caso tivesse o dever de fiscalizar recursos transferidos a qualquer título pela União, não seria capaz, por excesso de trabalho, de cumprir com sua missão. Tudo indica, portanto, que parcela dos constituintes não atentou, ao menos naquele momento, para o fato de que as demais transferências intergovernamentais poderiam, por outras vias, suscitar a atividade de controle do Tribunal — especialmente pelo fato de o parágrafo único do art. 70 da Constituição ter estabelecido a premissa de que qualquer um que receba recursos públicos deva prestar contas a órgãos de controle internos e externos.

Tal como aprovado pela ANC, o inciso VI do art. 71 submete à fiscalização do TCU todos os recursos repassados ao Distrito Federal, a Estados ou a Municípios mediante *convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres*. Para a Constituição, portanto, pouco importa a nomenclatura do instrumento por meio do qual a transferência se realiza. Para que aflore o poder fiscalizatório do TCU, basta que a transferência seja voluntária e formalizada em algum tipo de pacto, que, entre outras coisas, deverá prever o fim no qual os recursos necessariamente deverão ser empregados.⁵⁹³

Como aponta Decomain, em relação às transferências intergovernamentais voluntárias, a entidade que recebe recursos federais tem de inicialmente prestar contas diretamente à União, comprovando que o dinheiro recebido foi efetivamente aplicado no

⁵⁹³ Como aponta Pedro Roberto Decomain, a transferência voluntária de recursos costuma ter por objetivo a somatória de esforços entre entes federativos para o alcance determinados objetivos da administração, “para os quais os Estados, Distrito Federal e Municípios, sozinhos, não dispõem dos recursos suficientes” (DECOMAIN, Pedro Roberto, *Tribunais de Contas no Brasil*, *op. cit.*, p. 118).

objeto previsto no convênio, acordo ou ajuste.⁵⁹⁴ É que, nas palavras de Luiz Carlos Del Fiorentino, não há perda de interesse da União, titular dos recursos, “até mesmo pela razão de que ninguém pode dispor do patrimônio público entregando-o espontaneamente a outrem, sem sequer exigir a prestação de contas relativa ao seu correto emprego no objetivo que autorizou essa transferência”.⁵⁹⁵

Entretanto, caso a prestação de contas pelo receptor dos recursos não aconteça, não aconteça em tempo oportuno, ou caso nela venham a ser detectadas falhas de maior severidade na aplicação dos recursos recebidos, a União (ou órgão seu que providenciou a transferência) terá de instaurar tomada de contas especial (art. 8º, LOTCU).⁵⁹⁶ Depois de concluída, seus resultados deverão ser enviados ao TCU.

Na hipótese de a própria União (ou órgão seu responsável pela transferência de recursos) não instaurar a tomada de contas especial, caberá ao próprio TCU instaurá-la (art. 8º, § 1º, da LOTCU). Deve-se notar, contudo, que embora a competência para fiscalizar a aplicação dos recursos repassados a título de transferências voluntárias seja da União, “esta não exclui a competência do ente receptor para fiscalizar o mesmo objeto. Há, neste caso, competência concorrente entre as duas Cortes de Contas [da União e dos Estados] tendo em vista que a aplicação deficiente dos recursos poderá repercutir indiretamente no patrimônio do ente receptor”.⁵⁹⁷

A competência concorrente do TCU e de Cortes de Contas estaduais e municipais (a depender do caso) sobre recursos voluntariamente repassados pela União aparentemente tem gerado problemas práticos ligados à sobreposição de controles (órgãos de controle distintos competentes para fiscalizar o mesmo recurso), em linha com a previsão que os constituintes críticos à centralização do controle no Tribunal fizeram. De

⁵⁹⁴ Idem, *ibidem*.

⁵⁹⁵ DEL FIORENTINO, Luiz Carlos Fróes, *As transferências intergovernamentais no federalismo fiscal brasileiro*, *op. cit.*, p. 150.

⁵⁹⁶ Nesse sentido, v. DECOMAIN, Pedro Roberto, *Tribunais de Contas no Brasil*, *op. cit.*, p. 118.

⁵⁹⁷ DEL FIORENTINO, Luiz Carlos Fróes, *As transferências intergovernamentais no federalismo fiscal brasileiro*, *op. cit.*, pp. 150-151.

Cito, a título de exemplo, o acórdão TCU 1820/2013 (plenário, rel. Min. Raimundo Carreiro, j. 17.7.2013), relativo à construção do Trecho Norte do Rodoanel Mário Covas – Lote 3, localizado no Estado de São Paulo, importante obra pública simultaneamente fiscalizada pelo TCU e do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. A fiscalização simultânea decorre do fato de tanto a União (via transferência voluntária) quanto o Estado terem destinado recursos à sua construção.

Observa-se do acórdão que “Os recursos para a execução do empreendimento são do Convênio no 4/1999, firmado entre a União, por meio do Ministério dos Transportes, e o estado de São Paulo, com a interveniência da Secretaria de Estado de Logística e Transportes, do Departamento de Estradas de Rodagem de São Paulo (DER/SP) e da Dersa - Desenvolvimento Rodoviário S.A.”, sendo que do total de R\$ 12,8 bilhões para os Trechos Oeste, Sul e Norte, R\$ 3,38 bilhões foram provenientes da União e R\$ 9,48 bilhões provenientes do estado de São Paulo. Desse total, R\$ 6,11 bilhões se destinam ao Trecho Norte, dos quais R\$ 1,72 bilhão repassados pela União e R\$ 4,39 bilhões aportados pelo estado de São Paulo”.

acordo com alguns dos servidores que entrevistei, o fato de a competência para o controle desse tipo de recurso ser compartilhada estaria fazendo com que, de um lado, o Tribunal procurasse, a todo custo, ocupar o espaço que a Constituição lhe conferiu (exercendo o controle sobre recursos voluntariamente transferidos sempre que possível) e, de outro lado, com que os tribunais de contas estaduais e municipais, ante a competência concorrente e a “sede” do TCU por controlar a todo custo, passassem a abrir mão de sua competência fiscalizatória — o que, segundo se alegou, seria negativo porque as Cortes de Contas “locais”, por estarem mais próximas dos fatos, seriam mais aptas do que o TCU para esse tipo de fiscalização.⁵⁹⁸

Nem a Constituição, nem a LOTCU especificaram os parâmetros de controle (legalidade, legitimidade e economicidade) que poderiam ser utilizados nesse tipo de fiscalização, tampouco explicitaram as matérias sobre as quais poderia versar (financeira, orçamentária, patrimonial, contábil ou operacional). Tendo em vista que, à luz do *caput* do art. 70, o TCU está genericamente autorizado a utilizar em suas atividades de controle múltiplos parâmetros e a se manifestar sobre diversas matérias (financeiras e não financeiras) e que de fiscalizações realizadas a partir do inciso V do art. 71 da Constituição não resultam produtos capazes de, por si só, constituir ou desconstituir direitos, parece-me razoável interpretar que a Constituição tenha optado por não impor, *ex-ante*, limitações dessa natureza. Dito de outra maneira, fiscalizações relativas a transferências intergovernamentais voluntárias em tese poderão adentrar em matérias

⁵⁹⁸ Confira-se excerto da entrevista:

Entrevistado D: “Existe uma certa disputa de competência na fiscalização de determinados recursos. Principalmente nos chamados recursos transferidos voluntariamente. Convênios, p.ex. Temos uma visão aqui no Tribunal que compreendo perfeitamente. Considero equivocada, mas compreendo. E acho que ela tem uma razão de ser e é legítimo que o Tribunal se comporte dessa maneira. Se o recurso é federal, o TCU diz que a competência é sua. Se o ministério das cidades transferiu recurso para o município de Teresina fazer uma obra de saneamento, o recurso é federal, a competência é da União. O TCU vai lá, fiscaliza, se tiver desvio de recursos instaura tomada de contas especial, ou determina ao Ministério das Cidades que o faça e que determine o pagamento. Outra forma de ver isso é que a competência não precisa necessariamente ser vista como exclusivamente do TCU. Existe, na verdade, uma competência concorrente. Mas aí vamos fazer como? Uma maratona? Quem chegar primeiro fiscaliza? Porque ele [Tribunal de Contas do Estado] também pode instaurar tomada de contas especial. Nos dois casos seria legítimo. Qualquer um dos cofres que recebesse [o recurso] seria legítimo.

Muitos Tribunais de Contas dos Estados e Municípios, sabendo dessa dinâmica, preferem declarar que não têm competência. O sujeito [do Tribunal de Contas do Estado] começa a analisar, quando vê recurso da União, manda para o TCU. Isso é uma falta de coordenação. Falta capilaridade. Ele tinha muito mais condições de analisar. (...) O TCE está mais vocacionado do que o TCU nesse caso. Deveria haver uma coordenação. O que o TCU faz? Sai que a competência é minha! E TCEs dizem: maravilha, tome que é sua. (...) Tem uma disputa ineficiente de poder. Nós tentando ampliar nossa jurisdição e os demais controladores sendo mais inteligentes do que nós e dizendo: ‘ok, não é minha competência’” (entrevista realizada na sede do TCU, em Brasília, no dia 10.6.2015).

financeiras e não financeiras e ter por objetivo aferir sua legalidade, legitimidade ou economicidade.

Faço a ressalva de que para que esse tipo de fiscalização teoricamente pudesse suscitar o exercício das competências do TCU para praticar atos sancionatórios e de comando seria imprescindível a identificação de ilegalidades em matéria financeira (em sentido amplo).

6.3. Conclusões parciais

O presente tópico reuniu comentários sobre as atribuições do TCU para apreciar contas e investigar e fiscalizar — esta última composta pelas atividades de realizar inspeções e auditorias, fiscalizar contas nacionais de empresas supranacionais de cujo capital a União participe e fiscalizar a transferência voluntária de recursos da União a outros entes federativos —, todas elas inseridas na competência do Tribunal para levantar dados e produzir informações.

O ordenamento jurídico, ao conferir ao TCU a presente competência, autorizou-o a coletar e reunir, por iniciativa própria ou de terceiros, fatos e fragmentos de informações no âmbito de sua jurisdição e nos limites de suas atribuições e a dar organicidade, sistematizar e emitir juízo técnico sobre os dados que tiver obtido ou que lhe tiverem sido encaminhados por órgãos, entes ou pessoas (físicas ou jurídicas). Essa missão do Tribunal, em consonância com o que apontaram diversos dos servidores entrevistados, foi privilegiada pelo ordenamento jurídico, consubstanciando-se, a meu ver, em sua mais importante vertente de atuação.⁵⁹⁹

⁵⁹⁹ Confira-se excertos de entrevistas que demonstram o que venho de afirmar:

Entrevistado D: “Acho que a grande atribuição do Tribunal é essa: emitir um juízo sobre a gestão dos recursos públicos, sobre a gestão feita pelos administradores públicos (...)” (entrevista realizada na sede do TCU, em Brasília, no dia 10.6.2015).

Entrevistado E: “O trabalho do Tribunal é precipuamente o de dar transparência para o Congresso Nacional e para a sociedade (que é uma coisa mais difusa), dos atos de quem governa o país. Essa instituição [TCU] é posta no mundo todo como um órgão precipuamente de auditoria” (entrevista realizada na sede do TCU, em Brasília, no dia 10.6.2015).

Entrevistado F: “(...) a função precípua do Tribunal é a de auditoria. Mesmo quando você trata de tomada de contas especial, que aparentemente é um processo de litígio, na essência você está tratando de uma situação em que você está analisando algo, com base em um critério estabelecido. Auditoria nada mais é do que isso” (entrevista realizada na sede do TCU, em Brasília, no dia 10.6.2015).

Note-se que os entrevistados, ao aludirem ao termo “auditoria”, em regra não se referiram às auditorias em seu sentido estrito, técnico (auditoria operacional, financeira, de conformidade, contábil, etc.), mas, isto sim, ao papel a que o Tribunal se presta quando faz auditorias — produzir, a partir dos dados que reuniu e dos quais disponha, informações (opiniões qualificadas) capazes de dar transparência ao Estado e de servirem de subsídio ao próprio TCU (p.ex., para sugerir ao Executivo ajustes em políticas públicas,

Esse diagnóstico está calcado em constatações feitas a partir da redação expressa dos dispositivos da Constituição e de algumas das características do arranjo institucional mais amplo no qual o TCU está inserido.

As normas jurídicas que previram e disciplinaram as atribuições do Tribunal vinculadas à presente competência revelam que o legislador (em sentido amplo) optou, nesse caso em específico, por lhe conferir amplas possibilidades de controle, fixando-lhe, em contrapartida, poucos limites e condicionantes ao seu exercício. É o que se conclui a partir da análise do modo pelo qual o Direito disciplinou os três grandes elementos do controle enfocados por este trabalho: 1) sujeitos; 2) parâmetros; e 3) objetos.

No que tange aos sujeitos em relação aos quais o TCU poderia lícitamente exercer sua competência para levantar dados e produzir informações, o que se observa é que a legislação (Constituição e leis) em regra optou por não restringi-los de antemão. Ao menos via inspeções e auditorias — que, lembre-se, podem ser realizadas por iniciativa do próprio Tribunal ou do Congresso — todos aqueles obrigados a prestar contas a órgãos de controle (parágrafo único do art. 70 da Constituição) teoricamente poderiam ser alvo de fiscalizações e de investigações pela Corte de Contas.

Em relação aos parâmetros de controle, a legislação (Constituição e leis) não especificou se o exercício de sua competência para levantar dados e produzir informações poderia, ou não, indistintamente tomar como base a legalidade, legitimidade ou economicidade, tampouco explicitou as matérias sobre as quais o TCU poderia se manifestar ao desempenhá-la (financeira, orçamentária, patrimonial, contábil ou operacional).

Tendo em vista que, à luz do *caput* do art. 70 da Constituição, o TCU está genericamente autorizado a utilizar em suas atividades múltiplos parâmetros de controle e a se manifestar sobre diversas matérias (financeiras e não financeiras) e que o exercício da presente competência não resulta em produtos capazes de, por si só, constituir ou desconstituir direitos, parece-me razoável interpretar que a legislação tenha optado por não impor, *ex-ante*, limitações dessa natureza. Isto é, para levantar dados e produzir informações o TCU, ao menos em tese, poderá adentrar em matérias financeiras e não financeiras e ter por objetivo aferir sua legalidade, legitimidade ou economicidade.

Em suma: as normas jurídicas deram muita liberdade ao Tribunal para coletar dados e para emitir opiniões técnicas, permitindo que o fizesse em relação a praticamente

representar ao Ministério Público ilícitos constatados em matéria não financeira e punir responsáveis por despesas ilegais) ou a terceiros (Congresso Nacional, Executivo, etc.).

qualquer sujeito responsável pela gestão de recursos da União, mediante diferentes tipos de juízo (de legalidade, de conveniência e de oportunidade, de custo/benefício, de adequação/inadequação, etc.) e nos mais variados objetos (financeiros e não financeiros).

Essa conclusão fica especialmente evidente ao se contrastar o estilo empregado pelo constituinte para redigir dispositivos vinculados a diferentes competências do TCU. Comparo a redação do inciso IV do art. 71 (inserido na competência do Tribunal para levantar dados e produzir informações) com o inciso IX do mesmo art. 71 (inserido na competência do Tribunal para praticar atos de comando).

Veja-se que, no primeiro caso, a Constituição deu amplo incentivo para que o TCU realizasse inspeções e auditorias — procedimentos que, presume-se, sirvam à fiscalização e à investigação, mas cujos contornos não se conhece *a priori*, havendo, pois, ao menos em tese, a possibilidade de a legislação e o próprio TCU moldá-los para atender a necessidades específicas —, nas mais variadas matérias (contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial). A Constituição silenciou acerca dos parâmetros de controle passíveis de serem concretamente manejados pelo Tribunal nessas circunstâncias.

No segundo caso (atribuição do TCU descrita pelo inciso IX do art. 71 da Constituição), o tom empregado pelo legislador foi completamente outro, criando, por conseguinte, cenário em tudo distinto. Os vocábulos utilizados pela norma foram mais precisos (“assinar prazo”), os sujeitos foram especificados (“para que o *órgão* ou a *entidade*”) e o parâmetro de controle passível de ser utilizado pelo Tribunal para o exercício da atribuição em comento não só foi explicitado, como, ao fazê-lo, a Constituição carregou nas palavras, como que grifando a mensagem que queria transmitir (“providências necessárias ao *exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade*”).

O Texto Constitucional, nesse último exemplo, criou uma série de requisitos e de condicionantes à atuação do TCU, apenas lhe permitindo a possibilidade de abrir prazo para a administração adotar as providências que ela (administração) julgasse mais adequadas ao saneamento de ilegalidades, e não de práticas que, na avaliação do Tribunal, supostamente seriam ilegítimas ou antieconômicas (mas lícitas). Sob o inciso IX do art. 71, as possibilidades de controle pelo TCU são substancialmente menores do que sob o inciso IV do mesmo artigo.

Como adiantado há pouco, a importância da competência do TCU para levantar dados e para produzir informações não deriva única e exclusivamente do exposto teor das

normas; também decorre do arranjo institucional mais amplo no qual o Tribunal está inserido.

O TCU, por conta de um conjunto de características que possui, tem especial vocação produzir informações (isto é, juízos qualificados) sobre as finanças públicas e sobre a gestão pública em geral. Destaco, por exemplo, o fato de: 1) a Corte de Contas ocupar posição institucional privilegiada (observador externo independente), ao menos em tese viabilizando que seja capaz de, em seus diagnósticos, fornecer um “olhar” singular e imparcial sobre seus objetos de análise; 2) o Tribunal inequivocamente possuir corpo técnico extremamente qualificado (selecionado mediante concorridos concursos públicos) e proveniente de múltiplas áreas do conhecimento (Engenharia, Direito, Contabilidade, Economia, Administração Pública, etc.); 3) o TCU possuir estrutura interna sofisticada e especializada nos mais variados nichos do Estado; e 4) ser capaz de centralizar dados provenientes de toda administração pública, teoricamente lhe permitindo ter uma visão macro sobre seu funcionamento, identificar gargalos de gestão e refletir sobre melhores práticas no ambiente público.

Reforça a vocação do Tribunal para ser produtor de informações sobre as finanças do Estado e sobre a gestão pública em geral seu viés de atuação cooperativo. É o que se depreende da leitura do art. 71 da Constituição, segundo o qual o exercício de parcela significativa de suas atribuições de algum modo exige que elabore informações (ou que utilize informações previamente produzidas) em benefício de terceiros. Cito, a título de exemplo, o dever de elaborar e de encaminhar ao Legislativo parecer prévio sobre as contas do governo (inciso I), a possibilidade de realizar inspeções e auditorias a pedido do Legislativo (inciso IV), o dever de prestar informações ao Congresso Nacional, a qualquer de suas Casas ou a suas respectivas Comissões acerca das fiscalizações que tiver empreendido (inciso VII), a possibilidade de representar a outros Poderes, dando-lhes notícia de irregularidades ou de abusos que tiver apurado e, por fim, a possibilidade de solicitar ao Congresso Nacional que suste contratos por conta de ilicitudes que tiver apurado (§ 1º).

Nota-se, assim, que o TCU, no arranjo institucional mais amplo (que envolve sua interação com outros Poderes e com outros órgãos de controle) é peça-chave, tendo como uma de suas missões mais relevantes a de se valer de sua independência e de toda a sua *expertise* (especialmente em questões financeiras, orçamentárias, patrimoniais e contábeis) para levantar dados e produzir de informações (juízos qualificados) que serão fundamentais para que terceiros (Legislativo, Executivo, Judiciário, Ministério Público,

etc.) possam adequadamente desempenhar suas funções — e que muito dificilmente poderiam ter sido elaboradas (ou ao menos elaboradas a contento) por outra instituição. Como apontou um dos servidores entrevistados, esse talvez seja o grande traço distintivo do TCU, apartando-o das demais corporações estatais.⁶⁰⁰

Nesse sentido, o Legislativo, p. ex., — responsável, entre outras coisas, por julgar as contas do governo e por construir as leis orçamentárias, decidindo, assim, sobre a maneira mais eficiente e adequada de alocar recursos públicos —, precisa, para adequadamente desempenhar suas tarefas, de informações consistentes, confiáveis, realistas, aprofundadas. Para tanto, é fundamental que tenha o apoio do TCU, seu auxiliar, órgão técnico e independente, capaz de trazer transparência ao funcionamento do Estado e de prover o Congresso com subsídios fundamentais para que possa tomar decisões baseado em um grau de informação ótimo sobre a realidade contábil, financeira, orçamentária, patrimonial e operacional da União.⁶⁰¹

As informações que o Tribunal produz (juízos qualificados sobre as finanças do Estado e sobre a gestão pública mais ampla), além de serem fundamentais às relações que tem com outras instituições, é imprescindível ao exercício de outras de suas competências — p. ex., para praticar atos sancionatórios e atos de comando.

Seria um equívoco, no entanto, supor que o fato de os produtos do exercício da competência do Tribunal para levantar dados e produzir informações não terem efeitos constitutivos ou desconstitutivos a tornaria “menor” quando comparada às suas competências para praticar atos sancionatórios ou atos de comando. Aliás, é bem o contrário. A capacidade que o TCU tem de impactar e de influir (nos demais Poderes e na

⁶⁰⁰ Veja-se trecho da entrevista:

Entrevistado F: “A função precípua do TCU é fazer auditoria. E é isso o que essa instituição vai fazer de diferente do Ministério Público, que não possui os mesmos instrumentos para fazer auditoria, de uma Polícia Federal, que faz um processo estritamente investigativo. (...) Respondendo mais uma vez sua pergunta, o papel primordial [do TCU] é o de fazer auditoria. E ela permeia quase tudo o que está escrito na Constituição” (entrevista realizada na sede do TCU, em Brasília, no dia 10.6.2015).

⁶⁰¹ Confira-se excerto de entrevista que se coaduna com o que acabo de afirmar:

Entrevistado D: “Acho que a função que precisamos enfocar como entidade de auditoria é a de dar conhecimento sobre o que acontece na administração pública, de trazer transparência. (...) O que vale é ser capaz de entregar para o Congresso Nacional, que tem como uma de suas principais funções estabelecer pactos sobre como serão alocados os recursos públicos, informes dizendo, olha... Então o melhor que podemos oferecer para a administração pública, inclusive quando julgamos as contas, quando fazemos auditorias, sejam elas operacionais ou de conformidade, independente disso, é dizer: ‘olha, o programa tal onde o Congresso colocou tantos bilhões de reais, ele alcançou seus objetivos’. Ou, então, que não alcançou seus objetivos. Ou, ainda, que alcançou seus objetivos, mas a um custo maior do que o imaginado. Ou que alcançou os objetivos e foi mais eficiente do que se imaginava. É um informe sobre a qualidade do gasto. É um informe sobre a transparência, sobre o que foi autorizado pelo parlamento para que a administração gastasse. Essa é a grande função do Tribunal. E essa é a grande função de uma auditoria” (entrevista realizada na sede do TCU, em Brasília, no dia 10.6.2015).

gestão financeira e administrativa do Estado) teoricamente é maior quando age por meio da presente competência, pois está menos engessado pelo Direito, é capaz de alcançar com sua ação universo significativamente mais amplo de atores e, pelo fato de nesse caso não se portar como órgão voltado a punir ou a dar ordens, há maiores chances de suas propostas e ideias encontrarem maior acolhimento junto a seus jurisdicionados.

Uma das grandes marcas distintivas da competência do TCU para levantar dados e produzir informações diz respeito ao *modo* por meio do qual o órgão de controle poderá se fazer ouvir. Para que por meio do seu exercício possa gerar resultados reais e efetivos, é preciso que o Tribunal emita opiniões sólidas e consistentes, construídas de maneira simples e inteligível e que se empenhe em divulgá-las a todos os atores relevantes. Em síntese, a efetividade de sua ação depende, aqui, de *processo de diálogo e de convencimento*, de modo que sua influência não estará atrelada à força impositiva de decisões que vier a tomar por meio de processo administrativo regularmente instaurado e conduzido, mas, isto sim, à qualidade das informações que produzir e à sua capacidade de divulgá-las e de utilizá-las para dialogar e convencer.

É interessante notar que apesar de a redação das normas jurídicas e de o arranjo institucional mais amplo no qual o TCU está inserido indicarem que a competência em comento constitua seu principal viés de atuação, não é propriamente simples chegar a essa conclusão. Para se delinear o perfil do Tribunal, como visto, é preciso grande esforço de reconstrução do sentido das normas e das possibilidades e limites de controle que previram.

Um dos servidores do TCU que entrevistei atribuiu essa característica das normas — de não transmitir de maneira clara e inequívoca qual seria a função precípua do Tribunal — a uma suposta má “estratégia de comunicação” do constituinte.⁶⁰² Nesse ponto em específico, discordo do entrevistado. Parece impertinente falar em uma estratégia propriamente dita.

A construção das normas que hoje disciplinam suas competências e atribuições foi fruto de um processo essencialmente incremental, fortemente marcado pela conservação da experiência anterior, contando apenas com o acréscimo pontual de novas medidas e com a realização de pequenos ajustes de percurso. A única “estratégia” que vejo no

⁶⁰² Confira-se excerto de sua fala:

Entrevistado F: “Concordo com sua visão sobre a Constituição, porque ela lista um conjunto de atividades, mas não diz qual seria a função precípua do Tribunal (que é fazer auditoria). Isso, talvez, como estratégia de comunicação do constituinte nunca tenha ficado muito claro. Isso abre margem para interpretações diversas” (entrevista realizada na sede do TCU, em Brasília, no dia 10.6.2015).

processo de elaboração da Constituição foi a de expandir a jurisdição e o escopo do controle dos Tribunais de Contas; esse parece ter sido o sentido geral da reforma promovida pelo constituinte (nesse sentido, bem sucedida).⁶⁰³

7. Competência para formular orientações gerais

A competência objeto deste tópico, diferentemente das demais, não emana de normas constitucionais ou legais específicas; não há um dispositivo que expressamente a preveja, como no caso da competência para praticar atos de sancionatórios, por exemplo, que nitidamente encontra respaldo, entre outros, no inciso VIII do art. 71 (“aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as *sanções* previstas em lei...”). A possibilidade de o Tribunal formular orientações a terceiros é decorrência quase que natural das competências e atribuições que lhe foram previstas pelo ordenamento jurídico.⁶⁰⁴ Explico seu cabimento por meio de caso hipotético e ilustrativo.

Imagine-se, p. ex., que o TCU, numa auditoria operacional no Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT cujo principal objetivo fosse analisar a eficiência do órgão na contratação de obras públicas, chegasse à conclusão de que o modelo licitatório rotineiramente utilizado pelo DNIT para firmar contratos seria a grande causa de recorrentes atrasos nos seus projetos. Imagine-se, ainda, que o Tribunal, órgão de controle externo e independente e possuidor de vasta experiência no mundo das licitações e contratos, chegasse à conclusão de que um outro modelo licitatório poderia ser utilizado pelo DNIT em suas contratações com melhores resultados, agilizando todo o processo e a consecução de seus projetos.

Em face do exposto, indaga-se: ao reportar os resultados dessa auditoria operacional, estaria o TCU limitado a fazer constar de seus relatórios que o modelo de

⁶⁰³ Como resultado desse processo, criou-se órgão de controle com competências singulares. É o confirma depoimento de um dos servidores que entrevistei. Veja-se excerto da entrevista:

Entrevistado F: “O pessoal daqui [OTCU] fez um trabalho comparativo com outros tribunais de contas [no mundo] e concluíram que nenhum outro tinha capacidade, nível de competências estabelecidas como o nosso. O que as vezes é bom, as vezes é ruim. Porque quando você tem competência demais, é difícil de focar” (entrevista realizada na sede do TCU, em Brasília, no dia 10.6.2015).

⁶⁰⁴ Nesse sentido, v. Eduardo Jordão:

“Diante da disciplina constitucional exposta acima, quais poderes detém o TCU para intervir num edital de licitações antes da sua publicação? Qual a amplitude desta sua atuação prévia? Naturalmente, este órgão fiscalizador pode sempre emitir recomendações e sugestões a entidades da Administração Pública. Esta atuação opinativa independe de atribuição de poderes jurídicos específicos e será retomada mais à frente, nas conclusões do artigo” (JORDÃO, Eduardo, A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – controlador ou administrador?, *op. cit.*, p. 215).

licitação empregado pelo DNIT em suas contratações não seria, na sua avaliação, o mais eficiente (listando as razões que suportariam sua análise)? Ou, à luz de seus achados, poderia adicionalmente formular orientação ao poder público, sugerindo, como alternativa, que adotasse um outro modelo licitatório, supostamente mais compatível com a realidade e com as necessidades do DNIT?

Parece-me evidente que o Tribunal, na hipótese, teria competência para dividir suas sugestões de aprimoramento com o órgão fiscalizado, tudo com a finalidade de concretamente auxiliá-lo a implementar seus projetos com mais eficiência. Além de essa postura do Tribunal evidentemente se coadunar com o interesse público, não há nada no ordenamento jurídico que a obste.⁶⁰⁵

Evidentemente que o exercício da competência do TCU para formular orientações não necessariamente precisaria estar atrelado ao exercício de sua competência para levantar dados e produzir informações. Em tese, o Tribunal poderia licitamente desempenhá-la em conjunto com suas demais competências, e, por que não, até mesmo isoladamente, em apartado.

Note-se que, por não conter previsão expressa em norma alguma, o TCU poderia em tese desempenhar a presente competência tendo como destinatário quaisquer dos seus jurisdicionados (parágrafo único do art. 70, da Constituição). O mesmo vale para os parâmetros e objetos de controle. Desde que agisse com coerência, nada o impediria de formular orientações calcadas nos parâmetros legalidade, legitimidade ou economicidade sobre matérias financeiras, contábeis, orçamentárias, patrimoniais e operacionais.

Vejo, no entanto, duas limitações ao seu exercício.

De um lado, parece razoável dizer que opiniões e sugestões do Tribunal só poderiam ser consideradas manifestações de sua competência para elaborar orientações na hipótese de elas serem formalizadas, constando, assim, de algum tipo de documento oficial (informe, relatório, parecer, decisão, etc.). É que nem toda manifestação pública do TCU e de seus ministros (voltadas a fazer críticas ou sugestões de aprimoramentos a terceiros) poderia ser considerada uma orientação para esses fins.

⁶⁰⁵ Essa também parece ser a opinião de Carlos Ari Sundfeld e de Jacintho Arruda Câmara, para quem “Da mesma forma, se o Tribunal, fazendo auditoria operacional, posiciona-se criticamente quanto a certa política de expansão das universidades públicas, por exemplo, sem identificar ilegalidade, apenas pode representar às autoridades, dando ciência de sua opinião, sem outras consequências jurídicas.

Assim, a faculdade de o Tribunal emitir opiniões e representações com impacto político é bastante extensa, constituindo, modernamente, o mais importante eixo da ampliação do seu papel” (SUNDFELD, Carlos Ari e ARRUDA CÂMARA, Jacintho, Competências de controle dos tribunais de contas – possibilidades e limites, *op. cit.*, p. 183)

Por outro lado, não pode o TCU, por óbvio, atribuir caráter vinculante às suas orientações. Fazê-lo importaria em completo desvirtuamento dessa competência, e, por conseguinte, em violação ao Texto Constitucional. Como visto nos tópicos anteriores, manifestações impositivas do Tribunal só podem ser licitamente formuladas no seu espaço de jurisdição direta (campo da legalidade em matéria financeira), nas hipóteses expressamente previstas pela legislação.

Isso não quer dizer, claro, que os sujeitos que recebessem contribuições elaboradas pelo Tribunal por meio do exercício de sua competência para formular orientações pudessem pura e simplesmente ignorá-las. Poderiam discordar de suas sugestões, mas teriam de fazê-lo de *motivadamente*, levando em consideração as contribuições do Tribunal e explicitando os fundamentos de suas decisões.

No caso de o destinatário da contribuição ser a administração pública federal, o dever de motivação inclusive tem base legal expressa. A lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999 – Lei Federal de Processo Administrativo, para além de arrolar entre seus princípios gerais o da motivação (art. 2º, *caput*), explicitamente prevê que “Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos” (art. 50, *caput*), quando “deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão *ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais*” (inciso VII).

Orientações produzidas pelo Tribunal em caráter oficial, isto é, formalizadas em documentos (pareceres, relatórios, decisões, etc.), ao menos no âmbito da administração pública federal teriam que ser levadas em consideração pela autoridade administrativa responsável quando da tomada de decisões — seja para acatá-las, seja para rechaçá-las.

O que se nota é que há espaço praticamente ilimitado para ser explorado pelo Tribunal por meio do exercício da presente competência, podendo, por meio dela, contribuir substancialmente para o aprimoramento da gestão financeira e administrativa do Estado.⁶⁰⁶ A decisão de ocupá-lo depende única e exclusivamente do próprio órgão de controle.⁶⁰⁷

⁶⁰⁶ José Maurício Conti, ao comentar o parecer prévio emitido pelo TCU acerca das contas do governo relativas ao exercício de 2014 (por meio do qual sugeriu sua reprovação ao Congresso), afirmou que o Tribunal, nessa ocasião, teria cumprido importante função orientativa. Veja-se:

“Com isso, os alertas, recomendações e sugestões ganham consistência, e as considerações acerca da governança pública dão verdadeira aula de como aperfeiçoar a gestão, mostrando que, mais do que um documento voltado a punir os maus gestores pelas irregularidades encontradas, tem caráter predominantemente educativo e propositivo, destinado a promover melhorias na administração pública” (CONTI, José Maurício, Julgamento do TCU que reprovou contas do governo entrou para a história do Direito, *op. cit.*).

⁶⁰⁷ Como aponta André Braga, é importante que o TCU, ao formular orientações, o faça de modo a reduzir a burocracia na administração pública, orientado pela simplificação e pela redução da complexidade.

O debate feito pelo TCU acerca de sua competência para formular orientações gerais é ainda um tanto incipiente, limitando-se a discutir o uso de “determinações” e de “recomendações” em suas decisões. O cabimento de ambos os instrumentos foi muito intensamente debatido no âmbito de sua jurisprudência, sendo que o “estado da arte” do tema se encontra consolidado na já aludida resolução 265, editada pelo TCU em 9 de dezembro de 2014.

Esse diploma, como dito no tópico voltado a explorar a competência do TCU para praticar atos de comando, de um modo geral procurou fixar critérios para a emissão de determinações, recomendações e ciências pelo Tribunal. De acordo com seu art. 2º, determinações só podem ser expedidas pela Corte de Contas em caso de violação de “normativo”, “legislação” ou “jurisprudência”. Já as recomendações, segundo se observa do anexo II da resolução, podem ser emitidas em caso de identificação de “impropriedade/falha”, não sendo de observância obrigatória pela administração pública — tanto é assim que a resolução prevê que recomendações sejam expedidas de acordo com a seguinte fórmula: “recomendar ao(s) [órgãos(s)/entidade(s)/unidade(s)], com fundamento no art. 250, III, do Regimento Interno do TCU, que avalie(m) a *conveniência e a oportunidade* de [proposta de melhorias] com vistas a [melhoria/aperfeiçoamento esperado]”.

Apesar do discurso consistente do TCU segundo o qual determinações e recomendações seriam coisas distintas e teriam cabimento em situações diferentes, há indícios de que, na prática, as utilize sem muito rigor, equiparando-as.

Essa foi uma das conclusões a que cheguei por meio de pesquisa que desenvolvi em conjunto com Vera Monteiro, na qual procuramos responder à seguinte indagação: “como o TCU, órgão que exerce controle externo sobre toda a administração pública federal, interpreta a autonomia conferida por lei às agências reguladoras?”.⁶⁰⁸ Por meio

V. BRAGA, André de Castro de Oliveira Pereira. O TCU e a burocracia, *Valor Econômico*, 19 de novembro de 2015.

⁶⁰⁸ A pesquisa em boa medida foi motivada por artigo escrito por Caio Mario da Silva Pereira Neto, Mateus Piva Adami e Filipo Maria Lancieri. Nesse texto, os autores apontam que “É importante que seja dado um novo passo nos estudos sobre as agências reguladoras, que vá além da definição dos instrumentos jurídicos de garantia de autonomia. Os órgãos reguladores devem ser vistos como um dos polos de atuação dentro de um ambiente mais complexo, no qual o espaço regulatório é moldado pela interação entre os diversos atores institucionais e *stakeholders*” (PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; ADAMI, Mateus Piva; LANCIERI, Filipo Maria. O diálogo institucional das agências reguladoras com os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário: uma proposta de sistematização. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (org.). *Direito da Regulação e Políticas Públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 149-150). E seguem dizendo que “talvez a forma mais intensa de diálogo entre o Poder Legislativo e as agências reguladoras ocorra por meio do Tribunal de Contas da União/TCU” (p. 161).

dessa pergunta, objetivamos identificar se o Tribunal, ao controlar atos praticados pelas agências, estaria, o não, conformando, ampliando ou reduzindo seu espaço de atuação.⁶⁰⁹

Constatamos por meio de pesquisa jurisprudencial⁶¹⁰ que, para o Tribunal, “...as categorias ‘determinações’ e ‘recomendações’, em si consideradas, não são tão diferentes assim e potencialmente produzam efeitos muito similares (ou até mesmo idênticos) no tal ‘jogo regulatório’”, de modo que “... o TCU talvez não siga à risca suas próprias regras ao rotular as diretrizes que expede e que, independentemente do rótulo por ele utilizado, sua ação possivelmente gere impactos significativos no espaço regulatório”.⁶¹¹

⁶⁰⁹ Sobre a atuação do TCU no ambiente regulatório e sobre as iniciativas do órgão de controle relativas ao tema da regulação, v. MARTINS, Paulo Roberto Wiechers et al. Iniciativas do TCU para o aperfeiçoamento do controle externo da regulação, *Revista do Tribunal de Contas da União*, n. 104, 2005. O artigo encontra-se disponível para consulta no sítio eletrônico do TCU.

⁶¹⁰ Para elaborar o artigo, analisamos um total de 15 casos. São eles: Acórdão 1.703/04 (plenário, rel. Min. Benjamin Zymler); Acórdão 1.757/04 (plenário, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues); Acórdão 1.756/04 (plenário, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues); Acórdão 2.023/04 (plenário, rel. Min. Adylson Motta); Acórdão 649/05 (plenário, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues); Acórdão 1.369/06 (plenário, rel. Min. Valmir Campelo); Acórdão 575/07 (plenário, rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti); Acórdão 632/07 (plenário, rel. Min. Augusto Nardes); Acórdão 602/08 (plenário, rel. Min. Benjamin Zymler); Acórdão 620/08 (plenário, rel. Min. Benjamin Zymler); Acórdão 715/08 (plenário, rel. Min. Augusto Nardes); Acórdão 1.126/11 (plenário, rel. Min. Raimundo Carreiro); Acórdão 3.068/12 (plenário, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues); Acórdão 2.302/12 (plenário, rel. Min. Raimundo Carreiro); Acórdão 210/13 (plenário, rel. Min. José Jorge).

⁶¹¹ MONTEIRO, Vera; ROSILHO, André, “Agências reguladoras e o controle da regulação pelo Tribunal de Contas da União” (no prelo). O artigo será publicado no livro *Direito da Infraestrutura – Volume II*, coordenado por Luis Felipe Valerim Pinheiro e Caio Mario da Silva Pereira Neto.

Um dos casos que utilizamos para chegar a essa conclusão (de que o TCU em alguns casos expede recomendações com teor próximo ao de determinações) foi o acórdão 2.023, rel. Min. Adylson Motta, 08.12.2005. Confira-se o relato que fizemos sobre o caso:

“O Acórdão 2.023, julgado em 8 de dezembro de 2005 (rel. Min. Adylson Motta) envolvia representação do Procurador-Geral do Ministério Público ao TCU com a finalidade de ‘corrigir supostas irregularidades praticadas pela Tecon Salvador S.A, arrendatária do Terminal de Contêineres do Porto de Salvador, gerido pela Companhia Docas do Estado da Bahia – Codeba, na execução e fiscalização do contrato de arrendamento firmado entre ambas.’ (fls. 1). O objeto central da discussão consistia na aferição da legalidade da cobrança de taxa de denominada THC-2 no âmbito do contrato de arrendamento.

Em seu voto, o ministro relator afirmou ser ilegal a cobrança da taxa THC-2, mas, para preservar a discricionariedade da agência — porque, segundo ele, as disposições legais invocadas ‘não deixam dúvidas quanto à competência legal da Antaq [Agência Nacional de Transportes Aquaviários] para solucionar a questão sob exame’ (fls. 28) —, decidiu fixar prazo para que a agência deliberasse em definitivo sobre o tema e ‘determinar à Antaq que (...), caso confirme a reprovação da cobrança da THC-2 no contrato em comento, imponha o cumprimento de sua decisão, aplicando as sanções pertinentes diante de eventual descumprimento das ordens expedidas’ (grifos acrescentados, fls. 28). O TCU, em consonância com o voto do ministro relator, decidiu assinar prazo para que a agência cumprisse suas atribuições regulamentares (fls. 35).

Apesar de o TCU não ter expressamente dito que recomendava que a agência revisse sua posição acerca da cobrança da tal taxa THC-2, é o que se depreende do conteúdo da decisão — afinal, conforme o voto do relator, a ANTAQ poderia, ou não, confirmar a reprovação da referida cobrança.

É difícil de imaginar, no entanto, que o TCU realmente tenha deixado margem de escolha para a agência decidir pela legalidade da cobrança da THC-2. Mesmo que a ANTAQ tivesse firme convicção da sua juridicidade, seria irresponsável da sua parte continuar sustentando essa posição. A realidade é que a Corte, mesmo sem dizê-lo, praticamente suprimiu a liberdade da agência para dispor sobre o mérito do tema, concretamente substituindo-se a ela. É, inclusive, o que o próprio Ministro-Revisor Walton Alencar Rodrigues afirmou em seu voto: ‘saliento que, nos termos em que está redigido o voto do eminente Ministro-Relator, o Tribunal, apesar de encaminhar a questão à deliberação da Antaq, constrange ou até

Esse caráter “fungível” possivelmente imprimido pelo TCU ao uso de determinações e de recomendações e os efeitos vinculantes que o Tribunal aparentemente procura extrair de recomendações também encontram eco na fala de um dos servidores do Tribunal que entrevistei. Na ocasião, ao ser perguntado sobre as competências do TCU e sobre suas possibilidades e limites de controle, respondeu o seguinte:

Entrevistado G: “(...) o Tribunal faz muita recomendação (‘recomendo que faça isso...’, ‘recomendo que faça aquilo...’, ‘recomendo que você dê mais atenção a essa atividade aqui...’). Tudo bem, mas o Tribunal recomenda algo, mas determina que façam um plano de ação para dizer como vão atender à recomendação. Acaba virando uma ordem. Se eu estou recomendando e ao mesmo tempo dizendo que a única coisa que vocês vão cumprir é minha recomendação...enfim. Então, acho que o Tribunal nos últimos anos, além do que a Constituição de 1988 já alargou em relação às outras constituições [ele se refere às competências do TCU], nossa própria interpretação faz com que isso cada vez mais se amplie”.⁶¹²

O entrevistado chama a atenção para um mecanismo que estaria sendo utilizado pelo TCU para indiretamente imprimir efeitos vinculantes às suas recomendações. Trata-se da determinação para a elaboração dos chamados “planos de ação”.

Essa curiosa figura está prevista na resolução TCU 265/2014. É o que se depreende do inciso II do seu art. 2º, segundo o qual as determinações de adoção de providências corretivas poderão ser de dois tipos: 1) “para cumprimento e comunicação ao Tribunal das medidas concretas”; e 2) “excepcionalmente, no caso de situações mais complexas, para apresentação de plano de ação com vistas a sanear o problema verificado”. A resolução ainda dispõe que o TCU, ao expedi-las, deverá especificar, no mínimo, “I – as ações a serem adotadas para tratamento dos problemas identificados; II – os responsáveis pelas ações; III – os prazos para implementação” (art. 4º).

Conjugado com a elaboração de recomendações, a determinação para a elaboração de planos de ação eventualmente poderia, como apontado pelo entrevistado, ser utilizada pelo TCU para discretamente viabilizar a emissão de ordens em circunstâncias nas quais o órgão não esteja autorizado pela legislação a produzir atos de comando.⁶¹³

Outro elemento posto à disposição do Tribunal para concretamente viabilizar a conversão de recomendações (orientações, portanto) em determinações (desta vez pela própria LOTCU, em confronto com a Constituição), é a multa.

limita seu âmbito de convencimento, pois já trata do mérito, indicando à Antaq qual a opção admissível’ (fls. 29)”.

⁶¹² Entrevista realizada na sede do TCU, em Brasília, no dia 11 de junho de 2015.

⁶¹³ Lembre-se que o próprio STF já chegou a afirmar que recomendações emitidas pelo TCU não têm caráter vinculante. V. Mandado de Segurança 21.683, plenário, rel. Min. Moreira Alves, j. 11.3.1994.

Sobre o tema, v. BARROSO, Luís Roberto, *Temas de Direito Constitucional*, op. cit., p. 227.

Recorde-se que a LOTCU “permite” que o TCU aplique multas por conta da constatação de “ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte injustificado dano ao Erário” (art. 58, III). Ou seja, caso o Tribunal viesse a declarar atos de gestão ilegítimos ou antieconômicos — declaração essa que, frise-se, não passaria de opinião desprovida de viés impositivo, visto que ordens (comandos) só poderiam resultar de controle de legalidade em matéria financeira (algo que o próprio TCU reconhece na resolução 265/2014) —, poderia pressionar a administração a acatar suas opiniões (cuja natureza seria de orientação) ameaçando multar gestores que não as observassem.

O art. 58, § 1º da LOTCU reforça essa possibilidade ao dizer que “Ficará sujeito à multa prevista no *caput* deste artigo [multa de Cr\$ 42.000.000,00 (quarenta e dois milhões de cruzeiros), ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional] aquele que deixar de dar cumprimento à decisão do Tribunal, salvo motivo justificado”. Afinal, a qual tipo de decisão o dispositivo estaria se referindo? A não observação de recomendação formulada pelo TCU em sede de decisão seria motivo suficiente para ensejar a punição prevista pelo citado dispositivo legal?

A resposta evidentemente é negativa. No entanto, fato é que a lei, em confronto com a Constituição, admite leitura passível de ser utilizada pelo Tribunal para dar às suas recomendações (orientações) peso de determinações (ordens).

Essa aparente tendência do TCU de querer expandir suas possibilidades de controle impositivo para além dos limites constitucionalmente estabelecidos — também manifestada na tentativa do Tribunal de dar roupagem de comando a atos eminentemente orientativos — talvez decorra de uma visão cultivada pelo próprio TCU (consciente ou inconscientemente), segundo a qual agir impositivamente teria maior valor do que agir em cooperação.

Lembre-se que o TCU desde sempre julgou contas, atribuição vinculada à sua competência para praticar atos sancionatórios que, como visto, funciona a partir de uma lógica decisória semelhante à do Judiciário: apura-se os fatos, verifica-se a materialidade e autoria das condutas e, se for o caso, aplica-se punições. Essa forma de agir está na origem mesma do Tribunal. É possível, pois, que, ao assumir outro tipo de papel (de orientar, de sugerir, etc.) o TCU tenha dificuldade de se desvencilhar da postura de julgador (que toma decisão imparcial e impositiva).

8. Competência para representar

A presente competência tem base normativa na Constituição e na LOTCU. Veja-se o teor dos dispositivos pertinentes:

Constituição Federal de 1988

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

(...)

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados”.

Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União

“Art. 1º Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma estabelecida nesta Lei:

(...)

VIII - representar ao poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados, indicando o ato inquinado e definindo responsabilidades, inclusive as de Ministro de Estado ou autoridade de nível hierárquico equivalente”.

A competência do TCU para representar remonta as origens do Tribunal, estando presente já na sua primeira lei orgânica, o decreto 1.166, de 17 de dezembro de 1892. O referido diploma, ao regulamentar a “tomada de contas dos responsáveis por dinheiros e valores pertencentes à República” (art. 31, *caput*), previu a possibilidade de a Corte de Contas “Propôr ao ministro da fazenda a suspensão dos responsáveis, que não satisfizerem a prestação de contas ou não entregarem os livros e documentos de sua gestão dentro dos prazos (...)” (§ 2º) e “Propôr igualmente (...) a prisão dos responsáveis que forem remissos ou omissos em fazer as entradas dos dinheiros a seu cargo nos prazos marcados pelas leis (...) e a promover contra eles e seus fiadores os sequestros e mais processos civis competentes para segurança e embolso da Fazenda Federal” (§ 3º).

Da maneira como previsto pela Constituição e pela LOTCU, o poder de representação do Tribunal é significativamente amplo, teoricamente podendo ser exercido conjuntamente com quaisquer outras de suas competências, ou até mesmo isoladamente. Para tanto, basta que o TCU disponha de dados ou de informações que revelem a existência de “irregularidades” ou de “abusos”.

A primeira dúvida que emerge dos dispositivos há pouco transcritos é a seguinte: a quem o Tribunal pode representar? A Constituição e a LOTCU, ao utilizarem a expressão “Poder competente”, teriam se referido única e exclusivamente aos três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário)? Em caso de resposta positiva, a quem desses Poderes o TCU efetivamente poderia se dirigir? Apenas a seus Chefes? Em caso de resposta negativa, teriam os diplomas dado à presente competência cabimento mais amplo, podendo o Tribunal lícitamente representar a quaisquer outros órgãos de controle?

Nesse ponto em específico, concordo com Pedro Roberto Decomain. Para o autor,

“(…) irregularidades e abusos verificados pelos Tribunais ou Conselhos de Contas deverão de ser comunicados também às demais agências de controle da administração em sentido amplo, particularmente ao Ministério Público, em face das atribuições de que este dispõe, para providências judiciais destinadas a impor aquelas sanções que dependam de decisão judicial”.⁶¹⁴

Seria perfeitamente lícito ao Tribunal representar, com base no inciso XI do art. 71 da Constituição a basicamente qualquer órgão de controle da administração pública e ao Ministério Público — que, apesar de tecnicamente não integrar Poder algum, funciona, na prática, como uma espécie de “quarto Poder”, desempenhando papel essencial na tutela do interesse público.

À luz da legislação em vigor, também seria perfeitamente lícito ao TCU desempenhar sua competência para representar a partir de quaisquer parâmetros de controle — haja vista que as normas aludiram tanto a irregularidades (isto é, ilicitudes) como a abusos (que poderão se constituir tanto na prática de atos ilegítimos como de atos antieconômicos) —, e em relação a quaisquer objetos (financeiro, contábil, orçamentário, patrimonial ou operacional).

É importante destacar que a competência do TCU para representar, ao menos da maneira como foi concebida pela Constituição e pela LOTCU, tem duplo objetivo. De um lado, procura impedir a impunidade, garantindo que irregularidades possam ser investigadas e punidas mesmo nos casos em que o Tribunal não tenha jurisdição específica e direta para agir. De outro lado, visa incentivar a cooperação entre órgãos de controle, permitindo que, via representação, o TCU possa “dialogar” com diferentes instituições, possuidoras de competências e de atribuições complementares. Por meio da representação, o TCU consegue fazer com que as informações que tiver elaborado por meio dos instrumentos que lhe são próprios e da *expertise* que lhe é peculiar possam produzir efeitos concretos por outras vias de controle.⁶¹⁵

⁶¹⁴ DECOMAIN, Pedro Roberto, *Tribunais de Contas no Brasil*, op. cit., p. 138.

⁶¹⁵ Esta foi, aliás, a postura que o próprio TCU adotou, p.ex., ao examinar as contas prestadas pela Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT relativas ao ano de 2007. Na ocasião, concluiu o Ministro Relator Walton Alencar Rodrigues que “Não havendo flagrante, explícito e objetivo descumprimento de lei, não há motivos para reprovar a conduta dos dirigentes da ANTT. Como se trata de questão com grande potencial de consumir dano ao Erário, a melhor solução é levar o caso ao conhecimento do Ministério Público Federal e da Advocacia Geral da União, para que adotem as medidas cabíveis para resguardar o bem público”.

Após o voto do Ministro Relator, acordaram os ministros em: “9.2. julgar regulares, com ressalvas as contas dos responsáveis, dando-lhes quitação (...); 9.3. enviar ao Ministério Público Federal e à Advocacia Geral da União, para as providências que julgarem cabíveis, cópia da presente deliberação, acompanhada do relatório e do voto que a fundamentam, bem como da instrução da 1ª Secex e do relatório de inspeção (v.3, fls. 649-671, e an.3, fls. 107-110) no trecho em que tratam da alienação de bens

SÍNTESE DAS CONCLUSÕES DO TRABALHO

Esse trabalho se propôs a responder a duas indagações:

- 1) Quais são as possibilidades e limites do controle pelo TCU à luz das competências que lhe foram previstas pela legislação vigente?
- 2) Estaria o TCU interpretando suas competências de modo a expandir suas possibilidades de controle?

Para respondê-las, optou por conjugar três perspectivas de pesquisa distintas, porém complementares:

- 1) reconstrução da história legislativa da Constituição de 1988 e da LOTCU;
- 2) análise e sistematização das normas constitucionais e legais que atualmente preveem competências e atribuições ao TCU;
- 3) análise de normas por ele editadas que de algum modo envolvam a regulamentação de suas competências e atribuições.

Os tópicos que se seguem foram elaborados na forma de afirmações conclusivas. Procurou-se, por meio delas, responder às indagações que motivaram a presente tese, condensando os achados de pesquisa que estão de algum modo diluídos ao longo de todo o texto e sintetizando reflexões deles decorrentes.

1. A ANC e o Congresso Nacional apoiaram o movimento de ampliação das competências e atribuições do TCU, evitando especificar suas possibilidades e limites de controle

Extraí-se da história legislativa da Constituição e da LOTCU que os debates parlamentares se concentraram em questões práticas e específicas da atividade de controle

operacionais arrendados (fibras óticas) e permissão da instalação de cabos de fibras óticas em novos trechos ferroviários pela Ferrovia Bandeirantes S.A. (Ferrobán), atual América Latina Logística (ALL) Malha Paulista” (Acórdão 3068/2012 - TCU - 1ª Câmara).

do Tribunal e em alguns dos potenciais impactos das normas de que se cogitava na gestão pública e no sistema de controle externo como um todo. No entanto, esse exercício de reflexão realizado pelo legislador, para além de ter se restringido a competências e atribuições específicas do órgão de controle — deixando, assim, de atentar para as características do conjunto que viriam a compor —, foi assistemático, relativamente caótico, fragmentado e em boa medida direcionado e conduzido pelo próprio Tribunal.

A reconstrução da história legislativa do Texto Constitucional e da LOTCU revela intensa participação da Corte de Contas no processo de elaboração das normas que regulamentaram suas competências e atribuições, traduzida, de um lado, na propositura de minutas (de anteprojetos e de emendas) e, de outro lado, no acompanhamento contínuo dos trabalhos da constituinte e da evolução do projeto de lei 4.064-A/89 no Congresso Nacional. Tanto a Seção IX do Título IV da Constituição (arts. 70 ao 75) como a LOTCU tiveram origem em regras elaboradas pelo Tribunal e apresentadas à ANC e ao Legislativo pelo Ministro Alberto Hoffmann.

Grosso modo, o “plano de ação” do TCU junto aos constituintes e congressistas poderia ser segmentado em quatro grandes frentes: 1ª) buscar incorporar à legislação (especialmente à Constituição de 1988) novas atribuições de controle, muitas delas inspiradas em diretrizes da INTOSAI (realizar auditorias de desempenho, também chamadas de operacionais); 2ª) procurar manter competências historicamente atribuídas pela legislação ao TCU (como a de controlar atos de aposentadoria e de julgar contas); 3ª) tentar recuperar competências que o TCU já teve no passado, mas que acabou perdendo no curso de sucessivas reformas legislativas (para exercer controle prévio sobre contratações públicas); e 4ª) procurar reverter decisões pontuais tomadas pelo constituinte de 1987-88 em relação às quais tivesse discordâncias (evidentemente que esta última frente de atuação se aplica exclusivamente ao processo de elaboração da LOTCU).

Em síntese, o Tribunal objetivou reunir nos novos diplomas (Constituição e LOTCU) o que havia de melhor (na sua perspectiva, claro) no regime jurídico que àquele tempo vigorava, no regime jurídico que já não mais vigia (anterior à Constituição de 1969) e no conjunto de diretrizes constantes da Declaração de Lima da INTOSAI de 1977 voltadas à organização das instituições superiores de auditoria (fonte de inspiração para o que ele poderia vir a ser), reforçando suas competências e atribuições e ampliando suas possibilidades de controle.

Apesar de o legislador não ter acolhido alguns dos pleitos formulados pelo TCU (para realizar controle prévio sobre contratações públicas, por exemplo), pode-se dizer

que ele foi significativamente receptivo às demandas do controlador, aquiescendo com o sentido geral da reforma que propôs — isto é, com a dilatação do espaço de atuação do Tribunal. Essa conclusão decorre até mesmo da comparação simples entre os anteprojetos apresentados pelo TCU à ANC e ao Congresso e a redação final da Constituição e da lei orgânica.

É interessante notar que os diplomas editados pela ANC e pelo Congresso, ao simultaneamente conservarem competências e atribuições já tradicionais do Tribunal e lhe conferirem novos instrumentos de controle, o fizeram por meio de normas pouco claras e que evitaram dizer, com assertividade, suas possibilidades e limites de controle. A decisão de reunir regras com essas características (provenientes de eras distintas e relativamente obscuras) em um mesmo diploma não parece ter levado em consideração eventuais problemas práticos que poderiam decorrer de eventual falta de sistematicidade do seu conjunto.

Dois fatores foram decisivos para que os diplomas que disciplinaram as competências e atribuições do TCU assumissem suas feições atuais: 1) o fato de a Constituição e a LOTCU terem sido editadas em um período histórico do Brasil marcado pelo desprestígio do Poder Executivo; e 2) a difusão, naquele período, de crença entre os parlamentares segundo a qual o interesse público seria mais bem atendido pelas mãos dos controladores do que pelas mãos da administração pública.

2. As normas que previram e delinearão as competências e atribuições do TCU são um reflexo do período histórico em que foram editadas (marcado pelo desprestígio do Executivo) e da crença do legislador de que órgãos de controle deveriam ter prevalência sobre administradores

A Constituição foi confeccionada logo após o fim do regime militar no Brasil — na sequência, portanto, de um longo período de hegemonia do Poder Executivo —, teoricamente estando presentes as condições ideais para o fortalecimento de órgãos voltados ao controle da administração pública e à contenção de abusos de poder. O recurso à história legislativa do Texto Constitucional revela que esse ambiente favorável à ampliação dos controles na prática teve forte influência sobre o constituinte, não raro o levando a raciocinar em oposição ao Executivo — seja para remover do projeto da Constituição o que se convencionou chamar de “entulho autoritário”, seja para criar regras, instrumentos e órgãos voltados à constrição do poder público.

Esse ânimo reformador do constituinte foi especialmente benéfico aos Tribunais de Contas, pois enquanto órgãos de controle auxiliares do Legislativo — a Constituição de 1969 os descrevia como tal —, acabaram emprestando desse Poder todo o prestígio de que desfrutava naquele específico momento da História. Tendo em vista que uma das principais metas da ANC foi “reconstruir” o Congresso Nacional para lhe devolver a relevância que perdera durante a ditadura militar, criou-se, quase que naturalmente, campo fértil para que os Tribunais de Contas, como que a reboque do Poder do qual eram auxiliares, pudessem ampliar suas possibilidades de controle.

Cientes da posição institucional vantajosa que ocupavam, habilmente propuseram aos constituintes — que, em realidade, eram parlamentares eleitos para um Congresso que acabou acumulando as funções de Assembleia Nacional Constituinte — que continuassem como auxiliares do Legislativo. Com isso, simultaneamente evitaram conflitos que possivelmente adviriam de uma ruptura da tradição iniciada pela Constituição de 1946 (a primeira a relacioná-los àquele Poder) e ampliaram as chances de acolhida de seus pleitos — pois, no limite, fortalecer ou enfraquecer os Tribunais de Contas seria o mesmo que fortalecer ou enfraquecer o próprio Congresso Nacional.

No caso da LOTCU, a despeito de o cenário ter sido completamente outro, havia, também nesse caso, boas razões para o legislador expandir as competências e atribuições do Tribunal, ou ao menos para não limitar de antemão suas possibilidades de controle.

O projeto de lei que está na sua origem tramitou no Congresso Nacional entre os anos de 1989 e 1992, período coincidente com o curto governo do Presidente Fernando Collor de Mello, cujo mandato foi gravado por sucessivos escândalos de corrupção envolvendo desvios e malversação de recursos públicos. Nessas circunstâncias, era natural que o TCU, importante fiscal das receitas e despesas da União, ganhasse especial atenção dos legisladores. Robustecê-lo era uma maneira relativamente simples — mas muito simbólica — de os parlamentares darem uma resposta direta aos anseios da sociedade por menos impunidade e por mais lisura no trato com a coisa pública.

Como na ANC, os incentivos que o legislador tinha para respaldar o Tribunal produziram, na prática, consequências importantes e bastante concretas. Destaco duas delas: o aprofundamento das competências sancionatórias do TCU — estratégia vista pelos congressistas como imprescindível à moralização do espaço público — e a criação de regras legais substancialmente abertas e fluidas, que evitaram precisar ou limitar o teor da Constituição.

Apesar de o anteprojeto da LOTCU ter advindo de proposta formulada pela própria Corte de Contas — e de sua redação ser praticamente idêntica à da lei tal qual aprovada pelo Parlamento —, seria inverossímil supor que o Congresso tenha editado diploma com essas características (colocando ênfase sobre a atividade sancionatória do Tribunal e evitando precisar suas possibilidades de controle) exclusivamente por influência externa, sem estar convencido de que o modelo de legislação nele consubstanciado realmente fosse adequado.

O mais provável é que o Legislativo tenha assentido em criar diploma normativo de textura aberta, deliberadamente deixando de fixar limites precisos ao exercício concreto das competências e atribuições do Tribunal por efetivamente acreditar que a melhor decisão de política pública seria fixar em lei apenas amplas atribuições do controlador (expedir regulamentos, responder a consultas, aplicar multas, julgar contas, etc.), não estabelecendo, de antemão e de maneira meticulosa, suas possibilidades de controle. Ao se comportar dessa maneira, o legislador teria agido inspirado por método de disciplina normativa do controle que enxerga na lei papel específico e peculiar: o de fortalecer o controlador e de ampliar os riscos do controlado (administrador, contratados pelo poder público em geral, etc.).

Para essa visão de mundo, traçar *a priori* limites muito precisos e delimitados para as competências de órgãos de controle importaria, na prática, em “diminuí-los”, em mitigar suas forças. Isso porque a lei, ao afirmar a existência de campo *próprio* à atuação do controlador — explicitando claramente que o órgão poderia ou deveria agir nas condições tais ou quais —, inevitavelmente produziria efeitos colaterais: afirmar, pela negativa, a existência de campo *impróprio* à sua atuação — deixando claro que o órgão, nas condições tais ou quais, *não* poderia ou deveria agir. Dito de outro modo, lei que apontasse com clareza as possibilidades do controlador, obrigatoriamente teria que fixar seus limites, instituindo, ao fim e ao cabo, espaço no qual ele não estaria legitimado a adentrar.

Essa consequência inevitável da tomada de posição firme pelo legislador seria vista, assim, como especialmente benéfica àqueles que, abarcados pela jurisdição do controlador, estivessem interessados em dela escapar — já que, por saberem de antemão a exata dimensão do espaço sujeito a controle, conhecendo, *ex-ante*, as possibilidades e limites do fiscal, supostamente seriam capazes de “driblá-lo” com maior facilidade. Dizer o que órgãos de controle poderiam e não poderiam fazer — tornando claros seus critérios

de fiscalização — seria medida contrária ao interesse público por dar previsibilidade ao controle, supostamente facilitando a ocorrência de malfeitos.

Partindo-se dessa premissa, o melhor desenho de políticas públicas de controle seria aquele no qual o legislador se restringisse a deitar grandes diretrizes (editar normas, fiscalizar entes, punir agentes), deixando, de propósito, amplo espaço para dúvidas sobre as *reais* possibilidades e limites do controlador. A existência de dúvidas dessa natureza seria positiva e adequada à tutela do interesse público por jogar em benefício dos controladores, permitindo que, face à realidade cambiante e à pluralidade de malfeitos em tese possíveis, pudessem “se adaptar” às contingências, moldando seus instrumentos de controle com a finalidade de ampliar ao máximo sua eficácia.

A zona cinzenta criada por lei com essas características abriria espaço para que os órgãos de controle pudessem ler as normas (propositadamente maleáveis e fluidas) pelo viés de sua preferência, propugnando, por meio da prática, pela ampliação contínua de sua própria esfera de influência e de poder. Essa tendência — de que dúvidas sobre as possibilidades e limites do controle favoreçam o controlador — ganha dimensão especial quando estão envolvidos órgãos de controle fortes e bem estruturados e organizados como o TCU, capazes de avançar ao menos até encontrarem resistências igualmente poderosas.

Note-se que esse tipo de técnica legislativa vê a administração pública e seus gestores com grande desconfiança, defendendo como ideal medidas que importem na máxima ampliação de seus riscos. Ao utilizá-la, o legislador aposta que o interesse público seja mais bem atendido por meio da construção de aparato de controle poderoso, dotado de competências largas e fluidas, e com a capacidade de usar o espaço de incerteza deixado pela legislação para “fazer o que tiver que ser feito” face aos desafios e problemas do cotidiano. Pegar o malfeitor: essa é a tônica.

Sistema de controle com essas características tem como eixo central a prevalência dos controladores sobre os controlados (administradores, gestores e agentes em geral sujeitos à sua jurisdição). Nada mais racional, desse modo, do que imaginar que a lei deva, para cada um desses atores, cumprir diferentes funções: em relação aos controladores, seu papel seria permitir, autorizar, viabilizar. Isto é, dar força total. Em relação aos controlados, seu papel seria outro (proibir, restringir, obstaculizar). Isto é, espalhar o medo e promover a contenção total. A lógica, simples e intuitiva, mas de difícil comprovação empírica, é a de que quanto mais amplo e interventivo for o controle, melhor, pois menor será o espaço dos controlados para a prática de desvios.

Essa foi a racionalidade que, no ambiente do Congresso de fins da década de 1980 e início da década de 1990, informou a atuação do legislador, inclusive (e não exclusivamente) ao conceber as competências e atribuições do TCU. Deve-se ter em mente que são da mesma época outros diplomas normativos que, conectados ao tema do controle da administração pública, também foram construídos a partir da crença de que controladores deveriam prevalecer sobre controlados e da aposta de que o interesse público seria mais bem atendido pelas mãos dos primeiros do que pelas mãos dos segundos. O exemplar mais ilustre desse fenômeno é a lei 8.429, de 2 de junho de 1992 – Lei de Improbidade, que claramente demonstra que essa aposta no controle como a grande saída para os problemas e desafios da gestão pública não era restrita ao caso do TCU, mas era característica de um período do Brasil.

A Lei de Improbidade, de viés moralizador, criou, em seu conjunto, uma grande ameaça ao administrador público, essencialmente materializada na instituição de deveres difíceis de terem seu cumprimento concretamente comprovado — tais como o de zelar por princípios⁶¹⁶ — e na fixação de severas sanções por seu descumprimento.⁶¹⁷ Por meio de normas significativamente abertas e fluidas, que incluem o máximo de condutas no conceito de improbidade, procurou ampliar ao limite o risco do administrador, criando ambiente de incerteza total — como aferir se o gestor está, ou não, cumprindo com o dever de “lealdade às instituições” (art. 11, *caput*)? Toda a arquitetura da lei foi para criar “pecados” nos quais o administrador fatalmente incidiria para, então, puni-los.⁶¹⁸

⁶¹⁶ Exemplifico por meio do *caput* do art. 11 da Lei de Improbidade, segundo o qual “Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições (...)”.

⁶¹⁷ Exemplifico por meio do inciso III do art. 12 da Lei de Improbidade, segundo o qual “na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos”.

⁶¹⁸ Este é o diagnóstico que Carlos Ari Sundfeld faz da Lei de Improbidade. Segundo o autor, “Em seu núcleo, ela [Lei de Improbidade] se limita a enumerar os pecados da improbidade, em três artigos muito longos, cujo texto é menos para especificar e precisar que para apanhar e abranger. São como deixas para o improvisado, dedo em riste, em cena de acusação, cheia de ira santa. Pode-se cometer improbidade por ‘enriquecimento ilícito’, por ‘prejuízo ao Erário’ ou por violação dos ‘princípios da Administração Pública’ (arts. 9º ao 11). Os preceitos que explicam esses conceitos são, em boa parte, vagos e abertos.”

O texto legal não se preocupa muito com circunstâncias da gestão administrativa, com exceções, excludentes ou atenuantes. Só quer incluir o máximo de condutas na fórmula ‘improbidade’ (assim, pela extensão ou vagueza dos termos, se o agente não cometeu um pecado, há de ter cometido algum outro). Por fim, vem a lista das penas: conjunto terrível, sem muita gradação, incluindo perda de bens e da função pública, suspensão de direitos políticos, multa, ressarcimento etc (art. 12).

Em suma, na Lei de Improbidade, para a autoridade, nenhuma simpatia, nenhuma solidariedade, nenhuma condescendência, nenhuma majestade. É a autoridade finalmente ali, no banco dos réus, com seus

A Lei de Improbidade viu naqueles que lidam com a coisa pública uma espécie de “inimigo” (pressupondo serem dados a desvios e ao cometimento de ilícitudes e irregularidades em geral) e imaginou que, para combatê-lo, o melhor seria instituir deveres indefinidos (difíceis de terem seu cumprimento concretamente aferido) e prever duras punições correspondentes ao seu descumprimento. Esse arranjo normativo naturalmente confere ao controlador muito poder, pois é a ele que cabe interpretar as normas (fluidas e abertas) e dizer se os controlados as violaram ou não. A premissa é a de que dessa maneira se estaria criando um bom sistema de controle, capaz de adequadamente zelar pelo interesse público.

A despeito das boas intenções que motivaram essa estratégia de organização dos controles — que na prática sobrepõe controladores a controlados e que cria amplas possibilidades aos primeiros e muitos limites aos segundos —, fato é que ela pode trazer consequências negativas à gestão pública, especialmente perceptíveis no longo prazo.

3. A Constituição de 1988 ampliou o escopo de atuação do TCU, mas não o transformou em instância de revisão geral da administração pública

As normas responsáveis por prever e delinear as competências e atribuições do Tribunal de fato são abertas e em boa medida lacônicas, tendo evitado demarcar com precisão suas possibilidades e limites de controle. Isso não quer dizer, contudo, que seja impossível encontrar no ordenamento jurídico balizas ao seu exercício.

Uma vez positivadas, as normas, por mais abertas e imprecisas que sejam, ganham contornos e conteúdos jurídicos específicos. Passam a ter um sentido próprio, que deve se coadunar com o sentido do diploma e do ordenamento no qual estão inseridas. Parcela significativa do trabalho dos operadores do Direito é encontrá-lo, por meio de interpretação — isto é, revelando seu sentido apropriado à luz da realidade do seu

pecados, ameaçada pelo fogo. Essa é a imagem criada pela lei, que se concentrou em desenhar esta cena, e (quase) nada mais.

A imagem é estupenda pela banalidade. A visão e o sonho do homem comum colocados em letra de lei. Para o popular, nas ruas a autoridade pode tudo, sabe tudo, capaz de tudo, responsável por tudo (o que explica o preceito da Lei de Improbidade dando ao agente o infinito dever de zelar por princípios). Como, apesar disso, o mundo jamais funciona como deve, a culpa é naturalmente da autoridade (e é isso que afinal dizem as linhas e linhas de tipos de improbidade escritas na lei, para responsabilizar a autoridade). Por isso, a vingança é necessária, dura e cruel (aí vêm as penas da Lei da Improbidade).

Em suma, lei lugar-comum. O homem comum a entende e ama.” (“Administração e Justiça: um novo equilíbrio?”, in SUNDFELD, Carlos Ari, *Direito Administrativo para Céticos*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 330).

contexto⁶¹⁹ —, de modo a nelas identificar o que efetivamente é obrigatório, proibido ou permitido.

Ao se observar as normas da Constituição por esse viés, depreende-se que o Tribunal pode atuar em basicamente dois grandes campos: um no qual exerce *jurisdição direta* e outro no qual exerce *jurisdição indireta*.

Quando atua no seu campo de *jurisdição direta* o TCU toma decisões e medidas que direta e imediatamente alcançam seus jurisdicionados, constituindo ou desconstituindo para eles, por força própria, direitos e deveres. Nessa seara, portanto, age impositivamente — dentro dos limites materiais e processuais criados pela legislação, evidentemente. Já no seu campo de *jurisdição indireta*, o Tribunal não toma medidas com impacto direto e imediato sobre seus jurisdicionados. Nesse ambiente, o TCU não constitui ou desconstitui direitos ou deveres a quem quer que seja e não age impositivamente.

Para que os produtos resultantes de atividades do Tribunal inseridas no seu âmbito de jurisdição indireta possam gerar efeitos constitutivos ou desconstitutivos em relação a terceiros, de duas uma: ou as circunstâncias dos casos concretos permitirão que o próprio TCU, em momento posterior e a partir desses produtos, possa se utilizar de outros instrumentos de controle — estes sim abarcados por sua jurisdição direta — para constituir ou desconstituir direitos e deveres, ou o Tribunal terá de informar ou provocar outros órgãos a fazê-lo — aos quais o Direito tiver conferido jurisdição direta sobre os sujeitos alvo de ações do TCU em sede de jurisdição indireta. Nesse último caso, o modo de agir do Tribunal em relação a seus jurisdicionados será outro, não impositivo, essencialmente caracterizado pela cooperação.

De acordo com o Texto Constitucional, o espaço de jurisdição direta do TCU é composto por sua competência para praticar atos sancionatórios (da qual fazem parte suas atribuições para julgar contas e aplicar sanções) e por sua competência para praticar atos de comando (da qual fazem parte suas atribuições para apreciar atos para fins de registro, ordenar a prática de atos por terceiros, tomar medidas cautelares e ordenar o envio de informações ao Tribunal).

Quando concretamente exercidas, ambas as competências viabilizam que o TCU tome decisões com efeitos constitutivos ou desconstitutivos em relação a terceiros sujeitos

⁶¹⁹ Cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 8.

à sua jurisdição. No primeiro caso, elas assumirão a forma de atos sancionatórios (tendo viés punitivo, portanto) e, no segundo, a forma de atos de comando (ordens).

A mesma Constituição fixa que o espaço de jurisdição indireta do Tribunal é composto por sua competência para levantar dados e produzir informações (da qual fazem parte suas atribuições para apreciar contas e investigar e fiscalizar), para editar normas (da qual fazem parte suas atribuições para editar regulamentos e fixar entendimentos gerais e abstratos sobre normas legais e regulamentares), para formular orientações gerais e para representar. Nenhuma dessas competências, quando concretamente exercidas, geram efeitos constitutivos ou desconstitutivos em relação a terceiros.

Identificar e sistematizar as competências e atribuições do TCU e o modo pelo qual ele poderá se relacionar com seus jurisdicionados (direta ou indiretamente) é um primeiro passo fundamental para se aferir suas possibilidades e limites. Mas essas informações por si só não bastam. Para alcançar esse objetivo também é preciso extrair do ordenamento jurídico os parâmetros que o TCU está autorizado a utilizar para concretamente desempenhar suas atividades de controle e as matérias nas quais poderá adentrar quando do seu efetivo exercício. Olhar para a forma como a legislação organizou o tema ao longo do tempo é útil a esse propósito.

O direito brasileiro, desde a origem do Tribunal em fins do século XIX, o tem equipado com competências que, na prática, lhe conferem jurisdição direta e indireta sobre seus jurisdicionados.

A Constituição de 1891, em seu art. 89, conferia ao TCU, no plano de sua jurisdição direta, a atribuição de “liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso”. O dispositivo dava suporte à possibilidade de o órgão de controle “Verificar todas as ordens e contas de despesas autorizadas pelos diferentes Ministérios, registrando as de reconhecida legalidade” e, em caso contrário, em exposição motivada, indicar “à Repartição que ordenou a despesa a causa da recusa do registro” (art. 30, § 2º, do decreto 1.166, de 17 de dezembro de 1892 — primeira lei orgânica do Tribunal).

Outra atribuição vinculada à jurisdição direta da Corte de Contas dizia respeito ao julgamento de contas “de todas as repartições, empregados e quaisquer outros responsáveis que, singular ou coletivamente, tiverem administrado, arrecadado ou despendido dinheiros públicos ou valores pertencentes à República” (art. 31, § 1º do decreto 1.166/1892). A tarefa de julgar contas viria a ser constitucionalizada em 1934 e a partir de então figuraria em todos os Textos Constitucionais posteriores.

No plano de sua jurisdição indireta, cabia ao TCU, por exemplo, “Expor num relatório anual, dirigido ao ministro, todas as considerações tendentes a demonstrar e tornar bem conhecido o estado da Fazenda Publica Federal, as reformas de que possa carecer e os abusos e omissões, porventura, praticados no fiel cumprimento tanto das leis do orçamento como de todas as que disserem respeito à administração fiscal” (art. 32, § 3º do decreto 1.166/1892). Da redação do dispositivo fica evidente que o Tribunal, ao agir dessa maneira — produzindo informações a partir dos dados financeiros de que dispusesse —, não poderia, por força própria, constituir ou desconstituir direitos e deveres.

Como dito, essa convivência entre competências e atribuições da Corte de Contas vinculadas a seus campos de jurisdição direta e indireta foi uma constante durante toda a sua história; ela esteve presente na legislação do final do século XIX e continua a estar presente na legislação atualmente em vigor. Com a Constituição de 1988, no entanto, ela se tornou substancialmente mais complexa e potencialmente mais conflituosa.

Extrai-se da observação das normas jurídicas que disciplinaram as competências e atribuições do TCU em regimes jurídicos pretéritos que elas, sem exceção, autorizaram o Tribunal agir em ambas as suas jurisdições — direta e indireta — mediante *controle de legalidade* (aferição do cumprimento de ditames legais positivados) exclusivamente em *matérias financeiras* (que de algum modo dissessem respeito às receitas e despesas do Estado).

Foi assim na Constituição de 1891, de 1934, de 1937, de 1946, de 1967 e de 1969. A legislação historicamente associou o exercício de toda e qualquer competência e atribuição do TCU — tanto aquelas inseridas no seu campo de jurisdição direta como aquelas inseridas no seu campo de jurisdição indireta — à realização de controle de legalidade exclusivamente em matérias financeiras. Pelo fato de todas as suas atividades de controle terem sido associadas aos mesmos parâmetros e às mesmas matérias, o espaço para dúvidas acerca de suas possibilidades e limites de controle era menor.

Suponha-se, por exemplo, que o TCU da Constituição de 1967 tomasse a decisão de realizar inspeção financeira (seu único objeto de fiscalização) para aferir o cumprimento da legislação pertinente (o único parâmetro do qual poderia se valer) por determinado órgão da administração pública federal. Caso essa inspeção viesse a constatar ilegalidades em matéria financeira, o Tribunal, ao menos em tese, seria legitimado a exercer ambas as suas jurisdições (direta e indireta). Ele tanto poderia julgar as contas dos administradores (art. 71, § 1º) quanto representar ao Executivo e ao Congresso Nacional

sobre irregularidades e abusos apurados (art. 73, § 4º). Percebe-se que a decisão do órgão de agir desta ou daquela maneira variaria em função das características do caso concreto e da gravidade dos fatos, mas não em função do objeto da fiscalização e do parâmetro de controle utilizado.

O constituinte de 1987-1988, no entanto, muito em função do tipo de reforma que propôs — limitada à realização de ajustes e de acréscimos pontuais e casuísticos às normas então vigentes, desconectada de uma reflexão mais abrangente e aprofundada sobre as características gerais do órgão que emergiria das mudanças que estava em vias de promover —, acabou simultaneamente mantendo a dupla jurisdição do Tribunal (direta e indireta) e o legitimando, de maneira ampla e genérica, a desenvolver “fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial (...) quanto à legalidade, legitimidade, economicidade (...)” (art. 70, *caput*) — isto é, a também se manifestar sobre matérias não financeiras tomando por base parâmetros de controle não necessariamente referenciados no direito positivo.

Essa combinação realizada pelo legislador é problemática e suscita importante dúvida, que sintetizo nas indagações a seguir: o fato de o Tribunal, no art. 70, *caput*, c/c art. 71, ambos da Constituição, estar genericamente autorizado a adentrar em matérias não financeiras (de cunho operacional) e a realizar controle de legitimidade e de economicidade necessariamente faz com que o TCU possa indistintamente se valer de todos esses novos instrumentos em ambas as suas jurisdições (direta e indireta)? Dito de outro modo, as novidades há pouco relatadas seriam igualmente aplicáveis a quaisquer de suas competências e atribuições, ou, ao revés, suas possibilidades e limites variariam a depender da jurisdição nas quais estiverem inseridas?

No ambiente da Constituição de 1988, o intérprete do Direito não mais pode partir da premissa de que as possibilidades e limites do Tribunal sejam similares ou idênticas tanto no seu espaço de jurisdição direta como no de jurisdição indireta. Esses campos de atuação do TCU, se um dia foram sobrepostos, não mais o são.

Olhar atento para as normas constitucionais revela que as competências do TCU inseridas no seu campo de jurisdição direta (para praticar atos sancionatórios e atos de comando), e todas as atribuições a elas vinculadas, *só poderão ser exercidas em matérias estritamente financeiras (financeiras, contábeis, orçamentárias ou patrimoniais), única e exclusivamente mediante controle de legalidade*. Essa conclusão está calcada tanto na redação expressa da Constituição, como no fato de que interpretá-la de outra maneira importaria em descaracterizar o Tribunal como órgão de controle externo.

Veja-se que a Constituição, ao regulamentar as competências do Tribunal inseridas no seu campo de jurisdição direta (para praticar atos sancionatórios e para praticar atos de comando), em boa medida o fez se valendo de técnicas já consolidadas — mesmo quando lhe previu atribuições inéditas, como a de aplicar sanções —, optando, em regra, por conservar o estilo empregado pela legislação pretérita, e, inclusive, por aludir apenas ao tradicional parâmetro de legalidade e ao tipo de matéria em que o TCU sempre foi legitimado a atuar (financeira, em sentido amplo).

O inciso VIII do art. 71, quando conferiu ao Tribunal atribuição para aplicar sanções, expressamente disse que a ele caberia “aplicar aos responsáveis, em caso de *ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas*, as sanções previstas em lei (...)”. O dispositivo claramente falou em “ilegalidade” e “irregularidade” — expressões sinônimas aplicáveis a contextos distintos —, e não em ilegitimidade ou em atos antieconômicos. Da mesma maneira, falou em “despesa” e “contas”, e não em práticas administrativas ou em atos de gestão em geral. O inciso IX, por sua vez, disse que caberá ao TCU “assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato *cumprimento da lei, se verificada ilegalidade*”. A norma, a despeito de não mencionar o tipo de matéria em relação a qual a Corte de Contas poderá assinar prazo, expressamente fez constar que só poderia fazê-lo para fins de “cumprimento da lei, se verificada ilegalidade” — e não para garantir que custos sejam inferiores a benefícios, na hipótese de constatação de atos antieconômicos.

À luz do exposto, alguém poderia indagar: e quais seriam, então, as possibilidades e limites do controle pelo TCU nos casos em que a Constituição tiver sido silente, nada dizendo acerca de matérias e parâmetros passíveis de serem por ele utilizados quando do exercício de competências e atribuições nitidamente inseridas no seu campo de jurisdição direta?

Nesse cenário, seria juridicamente impróprio supor que o Texto Constitucional teria facultado ao TCU praticar atos sancionatórios ou atos de comando em quaisquer matérias (inclusive as de cunho operacional) por meio de quaisquer parâmetros de controle (inclusive aqueles não necessariamente referenciados no Direito). Interpretar a Constituição dessa maneira importaria em descaracterizar a função que foi expressamente atribuída ao TCU pelo próprio Texto Constitucional (controlador externo auxiliar do Legislativo), transformando-o em instância revisora geral da administração pública — não só federal, pois a regra é que a jurisdição da Corte de Contas se estenda a outros entes federativos na hipótese de virem a receber recursos da União.

Admitir que o Tribunal viesse a sancionar ou a praticar atos de comando em função da constatação de supostas práticas ilegítimas ou antieconômicas em matérias essencialmente administrativas acabaria conferindo ao TCU a possibilidade de concretamente pressionar o Poder Executivo (direta ou indiretamente) a incorporar suas preferências a práticas administrativas lícitas, porém dissonantes de suas opiniões — isto é, distintas da sua visão sobre a conveniência e oportunidade de decisões tomadas pelo Executivo no exercício da função administrativa. Permitir que o órgão de controle pudesse tomar decisões impositivas (julgando contas, aplicando sanções, ordenando a prática de atos por terceiros e tomando medidas cautelares) por meio de parâmetros não pautados pela legalidade importaria em deslocar a discricionariedade que, por força da Constituição, é da administração pública (que exerce função administrativa) para o controlador (ao qual, por óbvio, compete fiscalizar, mas não gerir e administrar).

Em suma: à luz da própria redação dos dispositivos constitucionais e do arranjo institucional mais amplo estabelecido pela Constituição para o TCU se pode concluir que o mais adequado (pela ótica do Direito) é interpretar que ele só poderia exercer jurisdição direta para aferir o cumprimento de normas em matérias financeiras (em sentido amplo).

Se o Tribunal não pode se valer dessas inovações criadas pela Constituição (novos parâmetros e objeto de controle) para exercer as competências e atribuições inseridas na sua jurisdição direta, de que maneira, então, ele poderia delas se utilizar?

O Texto Constitucional, quando genericamente previu no *caput* do art. 70 as fiscalizações operacionais e os parâmetros legitimidade e economicidade, o fez para alargar o campo de jurisdição *indireta* do TCU, ou seja, para ampliar suas possibilidades de controle quando do exercício das competências e atribuições nele inseridas. Ao agir nesse campo — no qual não constitui ou desconstitui direitos ou deveres a quem quer que seja —, o Tribunal está legitimado, sim, a adentrar em matérias típicas da administração pública, a desenvolver análises de custo/benefício, a aferir a qualidade dos gastos da União, a avaliar a capacidade do Executivo para implementar objetivos de políticas públicas, a avaliar a qualidade da regulação editada por entes reguladores, etc.

Além de as normas que regulamentam as competências e atribuições do Tribunal vinculadas a seu campo de jurisdição indireta não terem feito ressalvas ou limitações expressas relativas a parâmetros ou matérias, o TCU, ao se valer desses novos instrumentos nesse campo em específico (jurisdição indireta), não perde sua natureza de órgão de controle externo; não se substitui ao Executivo ou a qualquer outro Poder.

Desempenha, isto sim, funções que lhe são próprias, porém de maneira mais larga, com possibilidades de controle ampliadas.

A Constituição andou bem ao viabilizar que o TCU pudesse, no âmbito de sua jurisdição indireta, atuar com mais liberdade. Isso porque o Tribunal reúne em si uma série de características que o tornam particularmente apto a emitir opiniões qualificadas sobre temas em geral, inclusive os de natureza administrativa, e para traçar diagnósticos e análises escorado em parâmetros outros, tais como a legitimidade e economicidade — ou, para usar fórmula mais difundida no plano internacional, eficiência, eficácia e efetividade.

De um lado, a Corte de Contas ocupa posição institucional privilegiada (observador externo independente), ao menos em tese viabilizando que seja capaz de, em seus diagnósticos, fornecer um “olhar” singular e imparcial sobre seus objetos de estudo. De outro lado, o Tribunal possui corpo técnico qualificado e estável (selecionado por meio de concorridos concursos públicos) e proveniente de múltiplas áreas do conhecimento (Engenharia, Direito, Contabilidade, Economia, Administração Pública, etc.). Além disso, o TCU tem estrutura interna sofisticada e especializada nos mais variados nichos do Estado, permitindo-lhe conhecê-los em profundidade. Por fim, ele é capaz de centralizar dados provenientes de toda administração pública, o que teoricamente lhe permite ter uma visão macro e intertemporal sobre seu funcionamento, identificar problemas de gestão e refletir sobre melhores práticas no ambiente público.

Do ponto de vista institucional, portanto, a Corte de Contas realmente demonstra ter — como acertadamente reconheceu a Constituição — os requisitos necessários para constituir uma espécie de *think tank* da gestão pública, auxiliando e apoiando o Executivo no aprimoramento de práticas administrativas e de políticas públicas em geral.

4. A Constituição, ao genericamente autorizar o TCU a realizar fiscalizações operacionais e a utilizar novos parâmetros de controle, sem definir com clareza suas possibilidades e limites, deu ensejo a leituras ampliadas de suas competências e atribuições

O fato de a Constituição ter conferido ao TCU múltiplas competências — permitindo-lhe exercer jurisdição direta e indireta sobre as pessoas sujeitas a seu controle —, e de simultaneamente lhe ter genericamente dado autorização para realizar fiscalizações operacionais e para controlar a partir dos parâmetros legitimidade e economicidade — não esclarecendo, pois, as reais possibilidades e limites do Tribunal —,

deu ensejo ao surgimento de leituras de suas competências e atribuições que, pela ótica do Direito, poderiam ser consideradas como ampliativas.

O risco inerente ao arranjo normativo criado pela Constituição era, de um lado, o de que se interpretasse que os novos instrumentos de controle do Tribunal também fossem aplicáveis às competências e atribuições que estivessem inseridas no seu campo de jurisdição direta e, de outro lado, o de que se imaginasse que o órgão de controle pudesse atribuir efeitos vinculantes a constatações resultantes do exercício de competências e atribuições inseridas no seu campo de jurisdição indireta. Em ambos os cenários o TCU estaria se substituindo ao administrador — indevidamente interferindo em atividades administrativas —, exorbitando dos limites que lhe foram estabelecidos pelo Texto Constitucional.

Ao se observar as normas da LOTCU e a leitura que o próprio Tribunal tem feito de suas competências e atribuições (via edição de atos regulamentares, mas também por meio da tomada de decisões pontuais em casos concretos), conclui-se que o risco há pouco relatado efetivamente veio a se materializar.

A LOTCU, para além de frequentemente ter se eximido de minudenciar e de explicitar as possibilidades e limites de controle pelo Tribunal, o “autorizou”, especialmente em relação à sua competência para praticar atos sancionatórios, a exercer certas atribuições em descompasso com o teor da Constituição. Induzido pelo próprio TCU — vez que o órgão de controle foi o responsável pela elaboração do anteprojeto do diploma (do qual já constavam os tais “erros de leitura jurídica” em matéria sancionatória) —, o legislador previu que a Corte de Contas poderia aplicar sanções caso constatasse a prática de atos de gestão ilegítimos ou antieconômicos (art. 58, III). Como poderia o TCU punir sem prévia infração à lei (mesmo que considerada em seu sentido mais *lato*)?

O Tribunal, por sua vez, especialmente nos temas em relação aos quais o Congresso não foi deferente a seus pleitos (não lhe prevendo tão amplas possibilidades de controle), curiosamente tem se valido da falta de clareza e de assertividade da Constituição e da LOTCU para, na prática, “reinterpretar” suas competências e atribuições com a finalidade de expandi-las para além dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico.

Três são os principais eixos desse movimento expansionista do Tribunal: 1) assumir para si atribuições que não lhe foram claramente conferidas pela legislação (sustar contratos); 2) alargar seu campo de jurisdição direta de modo que nele possa se manifestar sobre matérias não financeiras a partir dos parâmetros legitimidade e

economicidade (controle de todos os aspectos das minutas de editais de licitação); e 3) atribuir efeitos jurídicos constitutivos ou desconstitutivos a produtos elaborados no âmbito de sua jurisdição indireta (emissão de recomendações cumulada com a emissão de determinações para a elaboração de planos de ação).

Importante veículo utilizado pelo Tribunal para concretamente viabilizar esse movimento de expansão de suas possibilidades de controle é sua atribuição para editar atos regulamentares — pleiteada pelo TCU no âmbito da ANC, mas só efetivamente obtida junto ao Congresso Nacional quando da edição da LOTCU (art. 3º).

Não raro, o TCU, sob o pretexto de especificar ou de operacionalizar suas competências e atribuições, tem se valido do seu poder normativo para conferir à legislação “interpretação” peculiar, que, na prática, acaba alargando suas possibilidades de controle (especialmente para praticar atos de comando) para além dos limites fixados pelas normas constitucionais e legais. Dito de outra maneira, a possibilidade que lhe foi conferida de editar normas gerais e abstratas “no âmbito de sua competência e jurisdição” — sem que adicionalmente fossem previstos outros parâmetros substantivos e adjetivos para balizar o exercício dessa atribuição — concretamente tem permitido ao Tribunal construir novas vias de controle, “esclarecendo” pontos de dúvida e de incerteza do ordenamento jurídico em seu próprio benefício.

Outro mecanismo que potencialmente esteja sendo utilizado pelo TCU para aumentar sua influência no seu campo de jurisdição direta diz respeito às figuras das “recomendações” e “determinações” — as primeiras mais próximas da noção de “sugestão” e as segundas mais próximas da ideia de “ordem”. Apesar de o órgão de controle ter um discurso consistente de que só lhe caberia elaborar determinações por conta de infrações à lei (aproximando-as do campo de jurisdição direta do Tribunal), na prática há indícios de que o órgão de controle também esteja procurando atribuir efeitos vinculantes às recomendações (instrumentos que em tese estariam inseridos no campo de jurisdição indireta do TCU). Uma das estratégias para fazê-lo consistiria em combinar em suas decisões recomendação com determinação para a elaboração de “planos de ação” para “sanear o problema verificado” (art. 2º, I, da resolução 265/2014). Tratar-se, em realidade, de uma forma de descaracterizar o viés orientativo das recomendações.

Esse fenômeno — materializado em tentativas do Tribunal de se valer dos espaços de dúvida da legislação para forçar a expansão de suas possibilidades de controle para além dos limites fixados pela legislação — parece revelar certo anseio do Tribunal de

retomar a função de “quase-administrador” que outrora já teve — no caso, antes da Constituição de 1967, período em que vigorou o registro prévio de despesas.

A conclusão é a de que o TCU, por meio de suas ações, denota não estar disposto a fazer uma leitura das normas que previram e delinearam suas competências e atribuições comprometida com a consistência jurídica. Tudo indica que o Tribunal, no exercício concreto de suas atividades, seja mais propenso a se aferrar ao objetivo mais amplo da Constituição e da LOTCU — ampliar suas possibilidades de controle — do que a buscar identificar, nos pormenores do texto da Constituição e das leis, as condutas e comportamentos efetivamente tornados obrigatórios, proibidos ou autorizados pelo Direito.

5. O fato de a jurisdição direta do TCU ter sido significativamente limitada pela Constituição não tira a relevância da sua atividade de controle

A Constituição realmente limitou o campo de jurisdição direta do Tribunal, apenas admitindo que as competências nele inseridas (para praticar atos sancionatórios e atos de comando) sejam concretamente exercidas em matérias financeiras e mediante controle de legalidade. Isso não quer dizer, contudo, que seu espaço para influir seja pequeno, diminuto.

Primeiro porque o campo para controle de legalidade em matéria financeira (em sentido amplo) é bastante amplo. Afinal, por esse viés o TCU poderia, exemplificativamente, fiscalizar o cumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal, da Lei de Finanças Públicas, das leis orçamentárias, de toda a legislação sobre licitações e contratos e da legislação sobre parcerias entre o Estado e o Terceiro Setor. O universo normativo sujeito a seu controle e passível de ser influenciado por suas interpretações é vasto.

As possibilidades de controle do Tribunal nesse ambiente são exponencialmente aumentadas na hipótese de se admitir que o parâmetro de controle baseado na legalidade o autorizaria a checar a compatibilidade de atos, fatos e condutas com princípios jurídicos dotados de alto grau de abstração, tais como o da impessoalidade, da moralidade e da boa administração. Por terem baixa densidade jurídica — e, portanto, por conterem poucas

definições prévias e abstratas tomadas por órgãos normativos —, princípios tendem a conferir bastante poder e influência a controladores.⁶²⁰

É preciso notar, contudo, que caso se admita como válido que o TCU se escore exclusivamente em princípios jurídicos para realizar controle de legalidade em matéria financeira — algo a meu ver equivocado, mas não impensável haja vista que o próprio STF tem tomado decisões com base nesse “método decisório”⁶²¹ —, teria o Tribunal de Contas o ônus de expor com clareza e precisão as razões pelas quais o ordenamento jurídico, na sua avaliação, teria, ou não, concretamente sido violado — afinal, o direito brasileiro não admite arbitrariedades.⁶²² Ao optar por sacar consequências concretas de princípios jurídicos abstratos, o controlador toma para si o ônus do regulador.⁶²³

A segunda razão pela qual seria impertinente falar em mitigação da importância da atividade de controle do TCU é a de que as informações que o Tribunal produz no âmbito da sua jurisdição indireta (juízos qualificados sobre as finanças do Estado e sobre a gestão pública mais ampla), além de serem úteis ao exercício de outras de suas competências —

⁶²⁰ Sobre a distinção entre regras e princípios, v. amplamente Rafael Bellem de Lima, *Regra na Teoria dos Princípios*, São Paulo: Malheiros, 2014.

⁶²¹ É o que o próprio Min. Ricardo Lewandowski expressamente reconheceu em seu discurso de posse na presidência do STF:

“Não bastasse isso, o Judiciário, superando uma postura hermenêutica mais ortodoxa, que desvendava o Direito apenas a partir das regras jurídicas positivadas na Constituição e nas leis, passou a fazê-lo também com base em princípios, superando a visão tradicional que se tinha deles, considerados preceitos de caráter meramente indicativo ou programático. Os juízes começaram a extrair consequências práticas dos princípios republicano, democrático e federativo, bem assim dos postulados da isonomia, da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade, da impessoalidade, da eficiência e da dignidade da pessoa humana, ampliando assim o espectro de suas decisões” (disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoMinistroRL.pdf>).

⁶²² Em muitos casos o TCU tem se utilizado de princípios jurídicos vagos e abstratos para deles extrair conclusões muito precisas e concretas, nem sempre atentando para o ônus que toma para si quando decide agir dessa maneira. Ilustro a afirmação por meio do Acórdão 1.732, de relatoria do Min. Augusto Nardes, j. 5.8.2009, no qual se examinou o relatório de levantamento de auditoria relacionado à implantação do terminal e base de distribuição segregada para combustíveis líquidos de Pecém, no Estado do Ceará. O TCU, nesta ocasião, extraiu regra bastante específica de princípios jurídicos abstratos e indefinidos, eximindo-se de apresentar argumentos jurídicos consistentes para respaldar sua decisão. No citado acórdão, o Tribunal apontou como uma das irregularidades na licitação do terminal a realização de convite pela Petrobras (empresa estatal responsável por sua implantação) sem que ao menos três licitantes com propostas válidas tivessem sido convidados para participar do certame, supostamente em violação ao princípio da isonomia.

O curioso é que o decreto 2.745, de 24 de agosto de 1998 — diploma que, atendendo ao comando do art. 67 da Lei do Petróleo, instituiu regime licitatório simplificado destinado a reger as contratações da Petrobras —, criou essa condicionante. Para justificar a exigência, o Ministro afirmou que a solução decorreria, quase que naturalmente, da aplicação dos princípios do interesse público, da competitividade e da eficiência. A seu ver, portanto, sequer seria preciso que a exigência de três propostas válidas estivesse expressamente prevista em diploma normativo, pois essa “norma” estaria implícita no ordenamento jurídico, em especial nos princípios disciplinadores da atuação do Estado. Sobre o tema, v. ROSILHO, André e GEBRIM, Larissa Santiago, “Política de contratações públicas da Petrobras: o que pensam o STF e o TCU?”, in *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte: Fórum, ano 13, n. 50, p. 82.

⁶²³ V. SUNDFELD, Carlos Ari, *Direito Administrativo para Céticos*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2014, pp. 228-229.

inclusive daquelas situadas no âmbito da sua jurisdição direta —, são fundamentais para que outras instituições possam funcionar a contento e para que possam adequadamente realizar suas missões .

Seria incorreto supor que o fato de os produtos do exercício das competências do Tribunal inseridas no seu espectro de jurisdição indireta não terem efeitos constitutivos ou desconstitutivos as tornaria “menor” quando comparada às suas competências para praticar atos sancionatórios ou atos de comando. A capacidade que o TCU tem de impactar e de influir (nos demais Poderes, na gestão financeira e administrativa do Estado e em órgãos de controle em geral) teoricamente é até mesmo maior quando age no seu âmbito de jurisdição indireta, pois está menos engessado pelo Direito, é capaz de alcançar com sua ação universo significativamente mais amplo de atores e, pelo fato de nesse ambiente não agir por meio de comandos, mas essencialmente por meio de diálogo e de cooperação, pode fazer com que suas ideias e propostas tenham maior receptividade junto a seus jurisdicionados.

6. É preciso desconstruir a crença de que controladores devam ter prevalência sobre controlados e valorizar a segurança jurídica na atividade de controle

A suposição de que o interesse público seria mais bem atendido pelas mãos dos controladores do que pelas mãos dos controlados — suposição essa bastante difundida no período em que as normas que preveem e delineiam as competências e atribuições do Tribunal foram editadas —, está na base da Constituição e da LOTCU e em boa medida foi responsável por dar a seus dispositivos a característica que a meu ver está na origem da dificuldade para se compreender o papel (ou os papéis) da Corte de Contas no controle externo: a falta de clareza e de assertividade das normas ao definir suas possibilidades e limites.

Essa premissa da qual o legislador partiu para conceber o arcabouço normativo do Tribunal, quando concretamente utilizada para moldar normas de instituições de controle, tende a trazer consequências práticas negativas pelo prisma do interesse público. Listo, aqui, três delas: 1) inibir, juntamente com a má gestão, a boa gestão; 2) prejudicar a eficácia e eficiência dos controles; e 3) elevar o grau de insegurança jurídica no ambiente público.

Quando as normas, por verem nos controladores maior aptidão para realizar o interesse público do que nos controlados, decidem lançar a esses (controlados) olhar de desconfiança geral — materializado na imposição de deveres cujo cumprimento é difícil de ser concretamente aferido (e em pesadas sanções por seu descumprimento) e na decisão de submetê-los à jurisdição de órgãos de controle cujos limites de atuação são incertos —, acabam, na prática, criando desincentivos a que bons gestores aceitem postos relevantes na administração pública. Parece razoável dizer que pessoas com boa informação, responsáveis e preocupadas com a qualidade do trabalho a ser desenvolvido tendam a evitar se colocarem numa tal posição em que de antemão sejam vistos com desconfiança, sejam obrigados a cumprir com deveres indefinidos (sujeitos, ainda, a serem pesadamente punidos por seu descumprimento) e sejam fiscalizados por múltiplos controladores com competências plásticas. Nesse cenário, o risco de gestores (bons ou maus) fracassarem em sua missão e de sofrerem algum tipo de punição ou contratempo com órgãos de controle, mesmo atuando de maneira proba e voltada ao alcance do interesse público, é significativo.

Além disso, por mais paradoxal que possa parecer, a incerteza quanto às possibilidades e limites do controle — característica positiva na visão daqueles que veem na lei o papel de fortalecer controladores e de aumentar os riscos dos controlados —, apesar de em tese permitir que os controladores ampliem seu campo de atuação, tende a reduzir sua efetividade e sua eficácia, enfraquecendo-o

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

A realidade é que a máxima de que “quanto mais controle, melhor” (compreendido aqui como quantidade e intensidade do controle) atende à intuição e à opinião do homem

comum, mas, como observa Floriano de Azevedo Marques Neto, não é bom critério para orientar a formulação de políticas públicas de controle.⁶²⁴

Atente-se, por fim, que legislação de controle que dê prevalência a controladores em face de controlados — valorizando os primeiros em detrimento dos segundos —, ao criar grande espaço de indefinição para o exercício de competências e de atribuições de órgãos de controle e ao radicalizar os riscos dos controlados tende a ocasionar insegurança jurídica, normalmente responsável pela geração de custos (financeiros, de tempo e de oportunidade) para toda a sociedade.

O mais curioso é que o tipo de custo gerado por esse ambiente de instabilidade generalizada é mais difícil de ser visualizado porque normalmente é traduzido em coisas que *deixam de ocorrer* — nos investimentos que não foram realizados porque não se conseguiu obter licenças ambientais de todos os órgãos responsáveis pela fiscalização do meio ambiente; na infraestrutura pública que não foi construída porque o processo licitatório foi altamente judicializado; nos investimentos que deixaram de ser feitos por conta dos elevados riscos empresariais, etc.

A lógica na qual o legislador se escorou para construir as normas que disciplinam as competências e atribuições do TCU — responsáveis por ampliar substancialmente seu espaço de atuação ao não lhe fixar limites muito precisos às suas possibilidades de controle —, apesar de, do ponto de vista jurídico, não ser a mais adequada para a construção de políticas públicas de controle, cumpriu um papel historicamente relevante: o de fortalecer o Tribunal.

Hoje, o TCU ocupa espaço de destaque no cenário das instituições de controle brasileiras. E é fundamental que assim seja, pois a ele foi atribuído papel singular no ambiente do controle externo. No entanto, passados quase 30 anos da promulgação da Constituição de 1988, é chegado o momento de repensar a trajetória da instituição, equalizando eventuais distorções geradas por uma radicalização do controle, possível por conta das características da legislação.

⁶²⁴ Floriano de Azevedo Marques Neto, em artigo no qual se propôs a identificar e delinear os desafios do controle da administração pública, afirmou o seguinte:

“A busca de eficiência da Administração Pública, no entanto, e ao contrário do que consta do senso comum, não implica necessariamente em aumentar o controle. Ao menos por três motivos nem sempre é verdadeira a correlação de quanto mais controle, mais eficiente será a Administração: (i) a multiplicidade de controles pode levar a ineficiência; (ii) os procedimentos de controle têm custos; e (iii) o controle pelo controle pode levar a um déficit de responsividade.

Nesse sentido, mais do que buscar regras e controles em excesso, o desafio é perseguir um sistema de controle que seja eficiente, sem constituir, no entanto, em entrave à bom gerenciamento da máquina administrativa.” (“Os grandes desafios do controle da Administração Pública”, in MODESTO, Paulo (coord.), *Nova Organização Administrativa Brasileira*, Belo Horizonte: Fórum, 2009, pp. 202-203).

Não parece aceitável que o Tribunal se fortaleça ao custo da erosão dos parâmetros normativos voltados a balizar suas atividades. Afinal, o exercício de controle completamente desvinculado de qualquer regra jurídica é arbítrio e arbítrios não são tolerados pelo Direito, nem mesmo em prol das boas causas. É preciso que o resultado global da atividade de controle do TCU tenha saldo positivo, mas a um custo aceitável. Parece imprescindível, pois, que o intérprete do Direito faça leitura juridicamente consistente da legislação, levando a sério as possibilidades e os limites do controle por ela fixados.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Alzira Alvez de [et al.] (coord.). *Dicionário Histórico-Biográfico Brasileiro pós-1930*. Volumes I e II. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2001.
- AGÊNCIA ESTADO. Órgãos que fiscalizam obras travam o Brasil, diz Lula, *O Estado de S. Paulo*, 24 de outubro de 2009. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,orgaos-que-fiscalizam-obras-travam-o-brasil-diz-lula,455745,0.htm>. Acesso em: 11 jan. 2016.
- ARANTES, Rogério Bastos; ABRÚCIO, Fernando Luiz; TEIXEIRA, Marco Antonio Carvalho. A imagem dos tribunais de contas subnacionais. *Revista do Serviço Público*. Brasília: ENAP, v. 56, nº 1, 2005, p. 57-83.
- ARAÚJO, Carlos Maurício Lociks. Ativismo na jurisprudência do Tribunal de Contas da União. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (org.). *Jurisprudência Constitucional*. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), 2013, pp. 152-171. Texto disponível para consulta em: http://www.academia.edu/11645245/Ativismo_na_Jurisprudencia_do_Tribunal_de_Contas_da_Uni%C3%A3o. Acesso em: 11 jan. 2016.
- ARAÚJO CASTRO, Raimundo de. *A Constituição de 1937*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941.
- BARBOSA, Ruy. *Commentários à Constituição Federal Brasileira*. Volume VI. São Paulo: Saraiva, 1934.
- BARROSO, Luís Roberto. Tribunal de contas: algumas incompetências, *Revista de Direito Administrativo*, v. 203, jan./mar. 1996.
- _____. *Temas de Direito Constitucional*. 2ª ed. Tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BIM, Eduardo Fortunato. O poder geral de cautela dos tribunais de contas nas licitações e nos contratos administrativos, *Interesse Público*, ano 8, n. 36, mar./abr. 2006.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo – direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BLIANCHERIENE, Ana Carla; RIBEIRO, Renato Jorge Brown. Fiscalização financeira e orçamentária: controle interno, controle externo e controle social do orçamento. In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (coord.). *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- BOTTINI, Pierpaolo; TAMASAUSKAS, Igor. O pacote anticorrupção, *Valor Econômico*, 20 de abril de 2015.
- BRAGA, André de Castro de Oliveira Pereira; BUCHBINDER, Felipe. “O Tribunal de Contas da União inibe inovações em concessões públicas?”, artigo a ser publicado na *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*.

BRAGA, André de Castro de Oliveira Pereira. *O Tribunal de Contas da União inibe inovações em concessões públicas?*. Dissertação (Mestrado Profissional em Administração Pública) – Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13470/O%20TCU%20INIBE%20INOVA%20C3%87%20C3%95ES%20EM%20CONCESS%20C3%95ES%20P%20C3%9ABLICAS%20-%20DISSERTA%20C3%87%20C3%83O.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 11 jan. 2016.

_____. O TCU e a burocracia, *Valor Econômico*, 19 de novembro de 2015.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Ata de Comissões, Comissão da Organização do Estado, Subcomissão dos Municípios e Regiões, 9ª reunião ordinária, 30 de abril de 1987.

_____. Ata de Comissões, Comissão da Organização do Estado, Subcomissão da União, Distrito Federal e Territórios, 27 de abril de 1987.

_____. Ata de Comissões, Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo, 2ª reunião de audiência pública, 6 de maio de 1987.

_____. Ata de Comissões, Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo, Subcomissão do Poder Legislativo, 14 de abril de 1987; 29 de abril de 1987; 6ª reunião ordinária, 30 de abril de 1987; 8ª reunião ordinária, 12 de maio de 1987.

_____. Assembleia Nacional Constituinte – Ata de Comissões, Comissão de Sistematização, 19ª reunião ordinária, 10 de setembro de 1987.

_____. Ata de Comissões, Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças, 5ª reunião, 2 de junho de 1987; 6ª reunião, 8 de junho de 1987.

_____. Ata de Comissões, Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças, Subcomissão do Orçamento e Fiscalização Financeira, 28 de abril de 1987; 7ª reunião extraordinária, 6 de maio de 1987.

_____. Ata de Comissões, Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças, Subcomissão de Tributos, Participação e Distribuição de Receitas, 4ª reunião ordinária com audiência pública, 24 de abril de 1987.

BRASIL. Diário da Assembleia Nacional Constituinte – Suplemento “B”, Comissão de Redação.

BRASIL. Diário do Congresso Nacional. 31 de março de 1992, Seção II.

_____. 3 de abril de 1992, Seção II.

_____. 24 de abril de 1992, Seção II.

_____. 25 de junho de 92, Seção I.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.000, Plenário, rel. Min. Moreira Alves, j. 10.2.1994.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade 261, Plenário, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 14.11.2002.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.238, Plenário, rel. para o acórdão Min. Carlos Ayres Britto, j. 9.8.2007.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.715, Plenário, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 21.8.2014.

_____. Agravo Regimental na Petição 3.606-9, Plenário, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 21.09.2006.

_____. Conflito de Jurisdição 6.975, Plenário, rel. Min. Néri da Silveira, j. 07.05.1992.

_____. Mandado de Segurança 21.683, Plenário, rel. Min. Moreira Alves, j. 11.03.1994.

_____. Mandado de Segurança 22.087, Plenário, rel. Min. Carlos Velloso, j. 28.03.1996.

_____. Mandado de Segurança 23.665, Plenário, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 05.06.2002.

_____. Mandado de Segurança 24.510, Plenário, rel. Min. Ellen Gracie, j. 19.11.2003.

_____. Mandado de Segurança 25.116, Plenário, rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. em 08.09.2010.

_____. Mandado de Segurança 22.934, Segunda Turma, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 17.04.2012.

_____. Mandado de Segurança 30.916, Primeira Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 22.05.2012.

_____. Mandado de Segurança 26.000, Primeira Turma, rel. Min. Dias Toffoli, j. em 04.12.2012.

_____. Mandado de Segurança 30.788, rel. do acórdão Min. Roberto Barroso, j. 21.5.2015.

_____. Recurso Extraordinário 190.985, Plenário, rel. Min. Néri da Silveira, j. 14.02.1996.

_____. Recurso Extraordinário 547.063, Primeira Turma, rel. Min. Menezes Direito, j. 07.10.2008.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 670/1996, Plenário, rel. Min. Humberto Guimarães Souto, j. 23.10.1996.

- _____. Acórdão 1.756, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, j. 10.11.2004.
- _____. Acórdão 2.023, rel. Min. Adylson Motta, j. 08.12.2005.
- _____. Acórdão 597/2008, Plenário, rel. Min. Guilherme Palmeira, j. 09.04.08.
- _____. Acórdão 3068/2012, 1ª Câmara, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, j. 5.6.2012.
- _____. Acórdão 1820/2013, Plenário, rel. Min. Raimundo Carreiro, j. 17.7.2013.
- _____. Acórdão 442/2014, Plenário, rel. Min. Raimundo Carreiro, j. 26.2.2014.
- _____. Acórdão 824/2015, Plenário, rel. Min. Augusto Nardes, j. 15.4.2015.
- _____. Acórdão 1.207/2015, Plenário, rel. Min. Augusto Nardes, j. 20.5.2015.
- _____. Acórdão 1.210/2015, Plenário, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, j. 20.5.2015.
- _____. *Legislação Histórica do TCU*. Brasília: TCU, Gabinete da Presidência, 2008.
- _____. *Manual de Auditoria Operacional*. 3ª ed. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo (Seprog), 2010.
- _____. *Relatório de Atividades: 2014*. Brasília: TCU, 2015.
- _____. *Relatório e Parecer Prévio sobre as Contas do Governo da República*, Brasília: TCU, 2015.
- BRITO, Ricardo. Presidente do TCU defende suspensão cautelar de obras, *O Estado de S. Paulo*, 5 de dezembro de 2013. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,presidente-do-tcu-defende-suspensao-cautelar-de-obras,1104683>. Acesso em: 11 jan. 2016.
- CONTI, José Mauricio. Julgamento do TCU que reprovou contas do governo entrou para a história do Direito, *Consultor Jurídico*, 20 de novembro de 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-20/contas-vista-julgamento-tcu-entrou-historia-direito-financeiro>. Acesso em: 11 jan. 2016.
- COSTA, Cláudio André et al. Contas de governo como instrumento de *accountability*, de melhoria da governança e de fomento à cidadania, *Revista do Tribunal de Contas da União*, n. 121, 2011.
- DECOMAIN, Pedro Roberto. *Tribunais de Contas no Brasil*. São Paulo: Dialética, 2006.
- DEL FIORENTINO, Luiz Carlos Fróes. *As transferências intergovernamentais no federalismo fiscal brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Financeiro) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-26082011-160728/en.php>. Acesso em: 11 jan. 2016.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- _____. O papel dos tribunais de contas no controle dos contratos administrativos, *Interesse Público*, ano 15, n. 82, nov./dez. 2013.
- DYE, Kenneth, M. Corruption and Fraud Detection by Supreme Audit Institutions. In: SHAH, Anwar (coord.). *Performance Accountability and Combating Corruption*. Washington, D.C: The World Bank, 2007.
- ESKRIDGE JR., William N. The New Textualism. In: *Faculty Scholarship Series*. Paper 3831, 1990.
- _____. Should the Supreme Court Read *The Federalists* but Not Statutory Legislative History?, *George Washington Law Review*, vol. 66, p. 1301-1323, 1997-1998.
- ESKRIDGE JR., William N.; FRICKEY, Philip P.; GARRETT, Elizabeth. *Legislation and Statutory Interpretation*. 2ª ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2006.
- O ESTADO DE S. PAULO. Os Presidentes e a Constituição. In: Caderno Especial sobre os 20 anos da Constituição Federal de 1988, 2 de outubro de 2008.
- _____. 142 dispositivos à espera de regulamentação. In: Caderno Especial sobre os 20 anos da Constituição Federal de 1988, 2 de outubro de 2008.
- ESTADOS UNIDOS. Department of Justice. Office of Legal Policy. *Using and Misusing Legislative History – a re-evaluation of the status of legislative history in statutory interpretation*, 1989.
- FAORO, Raymundo. *Assembleia Constituinte – A Legitimidade Recuperada*. São Paulo: Brasiliense, 1981.
- FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- FIDALGO, Carolina Barros. O controle do Tribunal de Contas da União sobre as Agências Reguladoras Independentes: análise de alguns casos concretos e definição de possíveis limites. In: LANDAU, Elena (coord.). *Regulação Jurídica do Setor Elétrico*. Tomo II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. Tribunal de Contas – Decisão – Eficácia, *Revista de Direito Administrativo*, vol. 210, out./dez. 1997.
- GUIMARÃES, Ulysses. Discurso do Deputado Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, em 05 de outubro de 1988, por ocasião da promulgação da Constituição Federal, *Revista Direito GV*, nº 8, 2009, pp. 595-601.

INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SUPREME AUDIT INSTITUTIONS (INTOSAI). Declarations of Lima and Mexico. Disponível em: http://www.intosai.org/fileadmin/downloads/downloads/4_documents/publications/eng_publications/E_Lima_Mexico_2013.pdf. Acesso em: 11 jan. 2016.

_____. *Appendix to ISSAI 3100*. Disponível em: http://www.issai.org/media/13488/appendix_to_issai_3100_e_.pdf. Acesso em: 11 jan. 2016.

IOCKEN, Sabrina Nunes. Em busca da legitimidade da judicatura de contas: o modelo constitucional. In: LIMA, Luiz Henrique (coord.). *Tribunais de Contas: Temas Polêmicos – na visão de Ministros e Conselheiros Substitutos*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – controlador ou administrador?, *Revista Brasileira de Direito Público*, ano 12, n. 47, out./dez. 2014.

JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Leis de diretrizes orçamentárias e o controle sobre as contratações públicas. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (coord.). *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012.

LINDBLOM, Charles E. Muddling through 1: a ciência da decisão incremental. In: HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, José Francisco (org.). *Políticas Públicas e Desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise*. 2ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2010, p. 161-180.

LONSDALE, Jeremy. Impactos. In: POLLITT, Christopher et al. *Desempenho ou legalidade? Auditoria operacional e de gestão pública em cinco países*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Extensão das sanções administrativas de suspensão e declaração de inidoneidade, *Boletim de Licitações e Contratos*, v. 10, 1997, p. 491.

_____. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. In: MODESTO, Paulo (coord.). *Nova Organização Administrativa Brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, pp. 195-226.

_____. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MARTINS, Paulo Roberto Wiechers et al. Iniciativas do TCU para o aperfeiçoamento do controle externo da regulação, *Revista do Tribunal de Contas da União*, n. 104, 2005.

- MARTINS-COSTA, Judith. Raymundo Faoro: o advogado como “líder da comunidade” e “transmissor da cultura”. In: MOTA, Carlos Guilherme; SALINAS, Natasha S. C. (coord.). *Os Juristas na Formação do Estado-Nação brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MENDES, Conrado Hübner. Os vendedores de bala de prata, *O Estado de S. Paulo*, 12 de maio de 2015.
- MIKVA, Abner J.; LANE, Eric. *An Introduction to Statutory Interpretation and Legislative Process*. Nova Iorque: Aspen Publishers, 1997.
- MONCLAIRE, Stéphane. Les auteurs de la Constitution. In: FAVOREU, Louis (org.). *La Nouvelle République Brésilienne – études sur la Constitution du 5 octobre de 1988*. Paris: Economica, 1991, pp. 73-74.
- MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MONTEIRO, Vera; ROSILHO, André, “Agências reguladoras e o controle da regulação pelo Tribunal de Contas da União” (no prelo).
- MOREIRA, Egon Bockmann. Lei Anticorrupção, acordos de leniência e a MP 703/2015, *Gazeta do Povo*, 28 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/egon-bockmann-moreira/lei-anticorruptao-acordos-de-leniencia-e-a-mp-7032015-8vc5b08d4xmtgmbtbf4wszei>. Acesso em: 11 jan. 2016.
- NAGATA, Bruno Mitsuo. A limitação da discricionariedade em matéria orçamentária pelos princípios da legalidade, legitimidade e economicidade. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (coord.). *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- NETTO, Jair Lins. Tribunal de Contas: sempre combatido, nunca conhecido. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 200, abr./jun., 1995.
- OLIVEIRA, Paulo Affonso Martins de. Entrevista concedida a Glória Varela, Carlos Henrique de Oliveira Porto Filho e Casimiro Pedro da Silva Neto. Brasília, 11 de setembro de 2003. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/a-camara/conheca/historia/historia/historiaoral/memoriadoservidor/Contos%20da%20Camara%201%20e%202/PauloAffonsoMartinsDeOliveira.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2016.

- OLIVEIRA, Regis Fernandes (coord.). *Lições de Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- PALMA, Juliana Bonacorsi. *Sanção e Acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.
- PALMA, Juliana Bonacorsi; CARVALHO, Juliane Erthal; ROSILHO, André, “A atuação do Tribunal de Contas da União no controle da Administração Pública: uma análise a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal” (no prelo).
- PELEGRINI, Marcia. *A Competência Sancionatória do Tribunal de Contas: Contornos Constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; ADAMI, Mateus Piva; LANCIERI, Filipo Maria. O diálogo institucional das agências reguladoras com os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário: uma proposta de sistematização. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (org.). *Direito da Regulação e Políticas Públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014.
- PERES, Bruno; MARCHESINI, Lucas. Dilma diz que MP de acordos de leniência “diminui incertezas”, *Valor Econômico*, 18 de dezembro de 2015.
- PEREZ, Marcos Augusto. É preciso atenção com a lei anticorrupção, *Migalhas*, 22 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI184791,81042-E+preciso+atencao+com+a+lei+anticorruptao>. Acesso em: 11 jan. 2016.
- _____. *O Risco no Contrato de Concessão de Serviço Público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- POLLITT, Christopher; SUMMA, Hilikka. Auditoria operacional e reforma da administração pública. In: POLLITT, Christopher et al. *Desempenho ou legalidade? Auditoria operacional e de gestão pública em cinco países*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.
- _____. *O Tribunal de Contas Através do Tempo*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 1990.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- RICUPERO, Bernardo; FERREIRA, Gabriela Nunes. Raymundo Faoro e as interpretações do Brasil. In: MOTA, Carlos Guilherme; SALINAS, Natasha S. C. (coord.). *Os Juristas na Formação do Estado-Nação brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.

- ROSA, Christian Fernandes Gomes. O Tribunal de Contas da União e o sistema regulatório: a relevância da trajetória institucional na construção de arranjos regulatórios, *Revista de Direito Público da Economia — RDPE*, ano 8, n. 29, jan./mar. 2010.
- ROSILHO, André. O poder normativo do CNJ e o sistema de justiça brasileiro, *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, ano 4, n. 14, abr./jun. 2010, pp. 80-83.
- _____. *Licitação no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- ROSILHO, André. A Constituição de 1988 e suas políticas em quatro atos. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (org.). *Direito da Regulação e Políticas Públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014.
- SCHAPIRO, Mario Gomes. *Novos Parâmetros para Intervenção do Estado na Economia*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SCHIRATO, Vitor Rhein. As concessões de serviços públicos em evolução. In: ALMEIDA, Fernando Dias et al. (coord.). *Direito Público em Evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SILVA, Virgílio Afonso; COUTINHO, Diogo r. Marco regulatório e repartição de competências no setor de gás. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. V. 257, maio/ago., 2011, p. 243-273.
- SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Controle estatal das transferências de recursos públicos para o terceiro setor*. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-29052013-082642/>. Acesso em: 11 jan. 2016.
- SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e Rotina no Tribunal de Contas da União: O Papel da Instituição Superior de Controle Financeiro no Sistema Político-Administrativo do Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.
- SUMMA, Hilikka. Definições e estruturas. In: POLLITT, Christopher et al. *Desempenho ou legalidade? Auditoria operacional e de gestão pública em cinco países*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Administrar é criar? In: *Direito Administrativo para Céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- _____. Administração e Justiça: um novo equilíbrio? In: *Direito Administrativo para Céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. Princípio é preguiça? In: *Direito Administrativo para Céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. Que Constituição? In: *Direito Administrativo para Céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. Direito e política pública: dois mundos? In: *Direito da Regulação e Políticas Públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014.

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

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani. Limites ao controle externo da administração pública pelo TCU, *Revista dos Tribunais*, ano 102, vol. 928, fev. 2013.

SUNSTEIN, Cass. *Simpler – The Future of Government*. Nova Iorque: Simon & Schuster Paperbacks, 2013.

WARING, Colleen G.; MORGAN, Stephen L. Public Sector Performance Auditing in Developing Countries. In: SHAH, Anwar (coord.). *Performance Accountability and Combating Corruption*. Washington, D.C: The World Bank, 2007.

ANEXO I – Roteiro de entrevista

Esclarecimentos iniciais:

O pesquisador André Rosilho pretende utilizar as informações obtidas por meio de entrevistas (a serem realizadas com servidores do Tribunal de Contas da União – TCU nos dias 10 e 11 de junho de 2015, em Brasília) para fins estritamente acadêmicos.

O pesquisador atualmente desenvolve sua tese de doutorado no âmbito do Departamento de Direito do Estado da Universidade de São Paulo, sob a orientação do Prof. Titular Floriano de Azevedo Marques Neto.

As entrevistas serão particularmente importantes para o desenvolvimento da tese de doutorado, visto que permitirão ao pesquisador captar com maior clareza a perspectiva do controlador acerca dos desafios do controle da administração pública contemporânea.

As entrevistas só serão gravadas (áudio) mediante expressa autorização do entrevistado. Do mesmo modo, o entrevistado só será mencionado no trabalho de doutorado caso manifeste sua expressa aquiescência.

O roteiro de perguntas abaixo sugerido servirá como uma espécie de guia para as entrevistas. Solicita-se, contudo, a possibilidade de questões não constantes da lista eventualmente serem feitas pelo pesquisador ao entrevistado.

Imagina-se que as entrevistas tenham duração média de 30 minutos.

Perguntas sugeridas:

1. O TCU tem se destacado no controle das contratações públicas, em especial no controle das concessões de serviços públicos, contribuindo para o seu aprimoramento.
 - a. Quais são os principais desafios/dificuldades que o TCU enfrenta em matéria de contratações públicas?

- b. Quais seriam, na sua avaliação, os principais gargalos/desafios das concessões de serviços públicos no Brasil?
 - c. O Poder Executivo, em mais de uma ocasião, chegou a mencionar ter certa dificuldade de avançar na realização de obras públicas, supostamente por conta da atuação dos órgãos de controle (dentre eles, o TCU). Na sua avaliação, quais fatores teriam motivado o TCU a determinar a sustação de contratos em andamento?
2. O TCU tem tido importante papel no combate à corrupção na administração pública.
- a. Quais são as principais frentes de atuação do TCU nessa seara?
 - b. A Lei Anticorrupção agregou novos elementos ao debate. Quais desafios ela põe ao TCU?
3. O TCU, ao longo do tempo, editou uma série de importantes resoluções/instruções normativas voltadas a disciplinar sua atuação em temas específicos (p.ex., desestatizações).
- a. Na sua avaliação, qual o papel das normas editadas pelo TCU no desempenho de suas atividades?
 - b. Na sua avaliação, essas normas contribuiriam para o aprimoramento/fortalecimento do controle sob a responsabilidade do TCU?
4. Na sua avaliação, quais reformas (jurídicas, institucionais, de gestão, etc.) seriam bem-vindas no sistema de controle de contas brasileiro (p.ex., criação do Conselho Superior dos Tribunais de Contas)?