

O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO BRASILEIRO: *UMA INSTITUIÇÃO MUITO PECULIAR*¹

Eduardo Jordão² e Juliana Palma³

RESUMO

Criado em 1890, o Tribunal de Contas da União (TCU) se mostra hoje em dia uma das instituições de maior relevância no Estado brasileiro. Este artigo tem como objetivo explicar como o TCU se converteu em uma instituição tão peculiar, desde suas origens históricas até sua atual configuração marcada pelo acúmulo de poderes, distante de seu modelo tradicional. Ao fim, apresenta-se uma síntese dos debates atuais sobre o modelo institucional do TCU no Brasil.

ABSTRACT

Created in 1890, the Tribunal de Contas da União (TCU) is today one of the most relevant institutions in the Brazilian State. This article explains how the TCU became this very particular institution, from its historical origins as a simple court of accounts to its efforts to differentiate itself from this model and gain other (many) powers, reshaping itself. In the end, we present a synthesis of the current debates on the institutional model of the TCU in Brazil.

PALAVRAS-CHAVE

Tribunal de Contas da União do Brasil, *path dependence*, ente constitucional autônomo, autoafirmação institucional, expansão de poderes.

¹ Artigo publicado originalmente em espanhol em JORDÃO, Eduardo Ferreira; PALMA, Juliana Bonacorsi, “El Tribunal de Cuentas de la Unión brasileiro: una institución muy peculiar”. ICON-INTERNATIONAL JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW, p. 1-13, 2023.

² Professor da Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas no Rio de Janeiro, no Brasil. E-mail: eduardo.jordao@fgv.br

³ Professora da Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas em São Paulo, no Brasil. E-mail: juliana.palma@fgv.br

1. TCU: uma instituição muito peculiar

Instituições são únicas. Ainda que desempenhem as mesmas funções e disponham de semelhantes capacidades técnicas, recursos e gestão organizacional, uma infinidade de outras características faz delas verdadeiramente singulares. Nessa linha, importantes doutrinas institucionais tomam o pressuposto da *individualização* para aceitar que elas inovem, copiem iniciativas (*blueprint*), tenham culturas marcadamente próprias (*going natural*) e sejam o produto de sua história (*path dependence*), por exemplo. Essas teorias não poderiam avançar se fosse tomado o pressuposto contrário, de que as instituições são iguais¹.

De fato, o Tribunal de Contas da União (TCU) é único. No sistema de controle externo da Administração Pública brasileira, o TCU é a instituição responsável por fiscalizar as contas de órgãos e entes públicos federais. Como qualquer outra instituição, o TCU tem identidade própria. No entanto, esta identidade é marcadamente destoante de todas as instituições controladoras do Estado brasileiro e, até onde vai o nosso conhecimento, do mundo. Nesse sentido, talvez se possa dizer que TCU é um caso *muito* peculiar.

Criado em 1890, hoje o TCU consiste em uma das instituições de maior relevância no Estado brasileiro. Seus números são expressivos. Em 2021, o TCU constituiu R\$ 9,130 bilhões em multa; apreciou 123.878 atos de pessoal e 4.990 processos de controle externo². Suas medidas cautelares tiveram impacto econômico na ordem de R\$ 93,311 bilhões e o próprio TCU estima que suas ações de controle externo resultaram em benefício financeiro na ordem de R\$ 87,092 bilhões³. Para o ano de 2022, o Congresso aprovou o orçamento de R\$ 2,47 bilhões para o TCU, sendo 77% dele destinado a despesa com pessoal⁴ que, em 2020, correspondia a 2.687 servidores públicos⁵. No corpo técnico do TCU não há nomeados políticos. É nesse universo de pessoal que se encontra a prestigiosa carreira dos auditores de controle externo, com remuneração inicial no valor de R\$ 25.232,07 – mais de 20 vezes o salário mínimo nacional –, que tem papel primordial na atividade de fiscalização e elaboração dos relatórios com base nos quais os Ministros decidem. Ao todo, a cúpula do TCU é composta por

¹ Cf. DiMaggio, Paul PUBLICADA; Powell, Walter W. The Iron Cage Revisited: Institutional Isomorphism and Collective Rationality in Organizational Fields. In: *American Sociological Review*, v. 48, n.2, 1983, pp. 147 – 160.

² TCU, *Relatório Anual de Atividades do TCU 2021*. Brasília, 2022, p. 15. Disponível em: [https://portal.tcu.gov.br/data/files/37/F5/2E/A1/EC0008102DFE0FF7F18818A8/Relatorio anual atividades TCU 2021.pdf](https://portal.tcu.gov.br/data/files/37/F5/2E/A1/EC0008102DFE0FF7F18818A8/Relatorio%20anual%20atividades%20TCU%2021.pdf). Acesso em 19 de junho de 2022.

³ *Ibidem*.

⁴ *Ibidem*, p. 214.

⁵ *Ibidem*, p. 209.

nove Ministros, um terço deles indicado pelo Presidente com a escuta e a anuência do Congresso, e os outros dois terços indicados diretamente pelo Congresso.

O TCU é um órgão de controle externo da Administração Pública vinculado ao Poder Legislativo, no caso, ao Congresso Nacional⁶. Muito embora o texto da vigente Constituição Federal indique ser o TCU um “*órgão auxiliar*” do Legislativo, é incorreto compreender o Tribunal de Contas como uma instituição de segunda ordem ou submissa ao Legislativo na medida em que a Constituição lhe atribuiu competências próprias, como o poder de aplicar sanções, inclusive com poderes contra o próprio Congresso⁷. Por isso, é possível afirmar que o TCU é uma instituição autônoma, com competências próprias – uma *entidade autônoma constitucional*. No entanto, suas decisões podem ser revisadas pelo Poder Judiciário, já que o Brasil segue a unidade de jurisdição.

Apenas no ano de 2022, o TCU determinou a suspensão do sigilo de estoques e produtos vencidos do Ministério da Saúde; aprovou o leilão de um dos maiores aeroportos do Brasil (Congonhas); abriu investigação das contas do antigo procurador que guiava a Operação Lava Jato; determinou a realização de perícias médicas pelo instituto responsável pela previdência social no Brasil (Instituto Nacional de Previdência Social, ou INSS) por telemedicina; deflagrou fiscalização sobre a contratação de artistas por Municípios para apresentações em festas por eles promovidas; oficiou a agência reguladora dos serviços de energia elétrica no Brasil (Agência Nacional de Energia Elétrica ou ANEEL) para esclarecer a decisão de permitir a substituição de insumo por determinada empresa, o que a beneficiaria por afastar a inexecução contratual e sua correspondente multa; determinou a paralisação de obras de pavimentação por decisão pública de cunho político e atecnia na licitação; determinou novo critério de metodologia para composição da tarifa pela Eletrobrás para viabilizar a sua privatização, a qual aprovou; audita as urnas eletrônicas para as eleições em outubro no Brasil; estabeleceu nova sistemática de seleção de contas a serem fiscalizadas; determinou a suspensão de

⁶ No sistema de controle externo brasileiro, também há Tribunais de Contas em todos os Estados e alguns Municípios, por tradição, têm seus Tribunais de Contas. O TCU se situa no âmbito federal, realizando a fiscalização contábil, financeira e orçamentária da União ou das entidades locais que recebam repasses públicos federais.

⁷ Dentre as competências importantes que a Constituição brasileira designa ao TCU, cabe destacar: (i) julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da Administração Pública, assim como as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público (art. 71, II, CFRB); (ii) realizar inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativos, Executivo e Judiciário (art. 71, IV, CFRB); (iii) 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 (art. 71, VI, CFRB); (iv) aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei (art. 71, VIII, CFRB); e (v) sustar a execução de ato impugnado, em caso de descumprimento (art. 71, X, CFRB). No geral, todas as competências descritas expressam faculdades conferidas diretamente pela Constituição ao TCU, que podem ser exercidas com independência de qualquer outra instituição do Estado e em particular do Poder Legislativo, a que o Tribunal está vinculado.

repasses públicos para compra de kits de robótica; e passou a investigar irregularidades na transferência de recursos da pasta da educação para Municípios quanto à interferência indevida de agentes privados na liberação de recursos públicos na área da educação. Como se evidencia, o TCU atua nos temas centrais da democracia brasileira e, não raro, acompanha uma pauta política ou midiática.

Este artigo tem a finalidade de explicar *como* o TCU se tornou esta instituição tão peculiar, desde as suas origens históricas como um simples tribunal de contas (item 2), até os seus próprios movimentos para se diferenciar deste modelo e ganhar outros (muitos) poderes, remodelando a si próprio (item 3). Ao final, apresenta-se um balanço dos debates atuais sobre o modelo institucional do TCU hoje no Brasil.

2. Primeiro capítulo do TCU: origem de uma trajetória institucional

Logo após a Proclamação da República em 1889, RUI BARBOSA, uma das personalidades jurídicas de maior projeção no cenário político-cultural brasileiro, foi alçado à posição de Ministro da Fazenda pelo Governo Provisório, que se assumiu o compromisso com a tutela do orçamento público. Em suas palavras, “[c]umprê à República mostrar, ainda neste assumpto, a sua força regeneradora, fazendo observar escrupulosamente, no regimen constitucional em que vamos entrar, o orçamento federal”⁸.

A criação do Tribunal de Contas da União é, antes de tudo, uma das frentes do projeto republicano no Brasil. O seu correspondente modelo institucional foi objeto de detido estudo e criteriosa escolha. Comparando-se o modelo francês (de controle *ex post*) e o modelo italiano (de verificação preventiva), RUI BARBOSA entendeu ser o modelo italiano mais eficiente que o francês, que poderia ser omissivo, tardio ou impotente. O controle do tipo italiano teria a “*mão forte*” necessária para a correção dos rumos do sistema orçamentário público brasileiro na medida em que nenhuma despesa poderia ser efetivada pelo Poder Público sem prévia anuência do Tribunal de Contas.

O modelo italiano poderia trazer as dúvidas jurídicas que já eram debatidas, notadamente a invasão do controle nas competências administrativas gerais⁹. Tendo em vista essa dificuldade, RUI BARBOSA se posicionou favoravelmente à harmonia institucional entre controlador e Administração Pública controlada, reconhecendo uma espécie de reserva de administração para as atividades públicas que

⁸ Exposição de motivos de RUI BARBOSA para o Decreto n.º 966-A/1890, que cria o Tribunal de Contas da União, 1890, disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/1113/1171>. Acesso em 30 de março de 2022.

⁹ Idem.

não ensejam despesa ou receita pública. Assim, o modelo italiano jamais foi adotado em sua inteireza. Desde o início, tão somente as decisões administrativas que tivessem relação com o orçamento público seriam suscetíveis de controle pelo Tribunal de Contas.

O TCU foi criado pelo Decreto n.º 966-A, de 1890, do Governo Provisório exatamente nos moldes propostos por RUI BARBOSA¹⁰. O TCU podia controlar a Administração Pública, mas apenas quanto às “*operações concernentes á receita e despesa da República*” (art. 1º). Todos os decretos, ordens ou avisos que criem despesa ou interessem às finanças públicas deveriam ser preventivamente submetidos ao TCU (art. 2º). O “*visto*” preventivo do TCU conferiria a publicidade e a execução dos atos administrativos de cunho orçamentário (art. 2º). Porém, o Ministro poderia dar publicidade e execução ao ato que não tivesse recebido o visto caso o considerasse imprescindível, sob sua responsabilidade (art. 3º). O controle se restringiria a violações de disposições de lei e nos casos de inobservância dos limites de crédito definidos pelo Poder Legislativo (art. 2º).

No ano seguinte, foi promulgada a Constituição republicana do Brasil (1891) sob forte influência de RUI BARBOSA e o TCU passou a ter um assento constitucional. Essa tradição se manteria em todas as Constituições brasileiras, inclusive a vigente. O TCU entrou em operação apenas em 1893, com os esforços do então Ministro da Fazenda SERZEDELLO CORRÊA para superar resistência do Presidente, à época, Floriano Peixoto, que receava diminuição de seus poderes¹¹.

O TCU é uma autêntica instituição da República. A preocupação com seu protagonismo se encontra desde suas origens. Sua história de criação demonstra que o debate sobre seu modelo institucional sempre permeou a vida do TCU. O modelo institucional do TCU não mais se evidencia nos textos normativos. Hoje, o TCU vai se remodelando no dia a dia, a partir de seus regulamentos e iniciativas de atuação.

3. O TCU de hoje: o afastamento do modelo original e a autoafirmação institucional

Não há dúvidas de que o TCU detém um importante papel institucional no controle da Administração Pública. Apesar disso, é possível notar ao longo de todo período da atual Constituição, e especialmente nos últimos anos, um esforço do Tribunal de alargar suas atribuições, em um

¹⁰ O texto histórico do Decreto Nº 966-A de fecha 7 de noviembre de 1890, está disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-966-a-7-novembro-1890-553450-publicacaooriginal-71409-pe.html>. Acesso em 30 de março de 2023.

¹¹ Cf. FGV CPDOC, verbete *Tribunal de Contas da União*. Disponível em: <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/tribunal-de-contas-da-uniao-tcu>. Acesso em 19 de junho de 2022.

movimento de auto expansão de suas competências. Esse movimento tem causado polêmica: seus defensores afirmam que é uma forma de combater abusos e corrupção¹², bem como manter a estabilidade em um sistema jurídico e político conturbado; por outro lado, no debate público e na literatura jurídica brasileira, seus críticos apontam ser indevida a auto expansão, não só por se situar fora da moldura normativa e poderes do Tribunal, mas também pela ameaça de se criar uma espécie de revisor geral da Administração Pública, inibindo a atuação dos gestores públicos, além de fomentando a ineficiência administrativa e paralisia decisória¹³.

Este item apresenta um breve panorama de tal auto expansão dos poderes do TCU.

3.1. Formas para expansão de atribuições: poder regulamentar e construções jurisprudenciais

Há vários meios utilizados pelo TCU para aumentar suas competências. O primeiro deles corresponde à utilização de seu poder regulamentar para ampliação de seu controle. A Lei de regência do TCU (LOTUCU) conferiu-lhe a competência para “*elaborar e alterar o seu Regimento Interno*”. Já neste regulamento são elencados poderes não previstos nem na Constituição, nem em lei. Esse fenômeno se repete em sua atividade regulamentar, tendo o TCU editado um total de 3.443 regulamentos¹⁴. Muitas dessas normas terminam por ter efeitos externos, para além do âmbito interno do TCU, incidindo também sobre a Administração Pública e particulares que se relacionem com o Poder Público.

Na prática, o exercício desse poder regulamentar acaba sendo uma maneira de o Tribunal expandir suas competências, criando novos deveres à Administração Pública. Exemplos notórios são as diversas instruções normativas que disciplinam os “estágios de acompanhamento” pelo TCU dos

¹² Sobre esta controvérsia a respeito da legitimidade da expansão de competências do TCU, muitas das ideias que buscam legitimar esta prática são defendidas pelo próprio Tribunal e reproduzidas em seus documentos oficiais. Segundo o TCU, por exemplo, “a principal missão do TCU é melhorar a gestão pública. Uma das formas de lograr este objetivo é através da luta contra a fraude e a corrupção”. Cf. <https://portal.tcu.gov.br/combate-a-corrupcao>. Acesso em 30 de março de 2023.

¹³ Cf. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle*, 31.01.2016, disponível em <<http://direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>> Acesso em 28 de junho de 2022; TRISTÃO, Conrado. *TCU: órgão de controle externo ou revisor geral da administração?*, 14.09.2019, disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/control-publico/tcu-orgao-de-control-externo-ou-revisor-geral-da-administracao-14092019>>. Acesso em 28 de junho de 2022; e DUTRA, Pedro e REIS, Thiago. *O soberano da regulação: o TCU e a infraestrutura*. São Paulo: Singular, 2020.

¹⁴ Pesquisa realizada no campo *Pesquisa Integrada do TCU* (<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/>) em 20 de junho de 2022.

processos de desestatização e concessão de serviços públicos e as normas sobre fiscalização dos acordos de leniência anticorrupção, possibilitando na prática seu controle prévio e concomitante.

Outra forma de expansão de suas competências é a emissão de comandos diretos aos órgãos e agentes públicos em suas decisões. Pela Constituição Federal, o TCU pode assinar prazo para adotar providências necessárias ao exato cumprimento da lei, reservando-se ao gestor público, portanto, a escolha do modo mais adequado de fazê-lo. Essa competência apenas pode ser exercida em caso de ilegalidade em matéria financeira, orçamentária, contábil ou patrimonial – o campo de atuação específica do TCU¹⁵.

Os comandos se formalizam nos acórdãos em *determinações*, que devem obrigatoriamente ser cumpridas sob pena de responsabilidade do agente público, já que o Regimento Interno do TCU prevê a aplicação de multa em caso de descumprimento de sua decisão ou de diligência sem causa justificada. Essa capacidade punitiva tem potencializado a adoção dos comandos editados pelo TCU, ainda que fora de sua esfera de competência, como critérios definidores de políticas públicas, elementos de editais de licitação e modelagem de contratos de concessão¹⁶.

Assim, o TCU fixa parâmetros a serem seguidos pela Administração Pública. Isso ocorre por meio da interpretação particular dada pelo Tribunal a conceitos jurídicos indeterminados – por exemplo, considerando que a adoção de um critério inadequado para aditivos em contratos administrativos seria “ilegalidade” ou “ineficiente”¹⁷. E isso não se limita às decisões administrativas que digam respeito ao orçamento público: na visão do TCU, é autorizada a aplicação de sanções após julgamento de contas, ou auditoria operacional¹⁸.

¹⁵ ROSILHO, André. *Tribunal de Contas da União. Competências, jurisdição e instrumento de controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 231.

¹⁶ JORDÃO, Eduardo. A Intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – controlador ou administrador? In: *Revista Brasileira de Direito Público*. v. 47, n. 209, 2014; NETO, Floriano de Azevedo Marques; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Diálogos fora de Esquadro: o controle das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. v. 120, n. 203, 2020; SUNDFELD, Carlos Ari et. al. O valor das decisões do Tribunal de Contas da União sobre irregularidades em contratos. In: *Revista Direito GV*. v. 13, n. 866, 2017.

¹⁷ Cf. Acórdão 1536/2016 do Tribunal de Contas da União de 15 de junho de 2016, em que o TCU respondeu a uma consulta da Administração Pública para reafirmar sua posição de que o cálculo dos limites das modificações contratuais deve ser feito de formada isolada, sobre o valor original do contrato e sem compensação entre aditivos e exclusões.

¹⁸ Em uma decisão recente, o Supremo Tribunal Federal reafirmou a competência do TCU para decretar a indisponibilidade de bens e a desconsideração da personalidade jurídica de uma empresa. No caso específico, a empresa interpôs um mandato judicial contra a decisão do TCU que desconsiderou sua personalidade jurídica e decretou o arresto de R\$ 653 milhões de seus bens e ativos. Para o TCU, havia indícios de irregularidade no contrato firmado para a construção do Complexo Petroquímico do Rio de Janeiro. Cf. decisão do Supremo Tribunal Federal de 13 de outubro de 2022, Mandado de Segurança 35506.

Contra essa expansão de competência, apenas o alerta da academia¹⁹ e uma tímida tentativa de judicialização de algumas questões²⁰. Na medida em que esse movimento não é freado judicialmente, a estratégia do TCU de se ancorar na fiscalização operacional para expandir as suas competências sobre o mérito das decisões administrativas tem se mostrado bem-sucedida.

3.2. Principais exemplos de auto expansão de suas competências

Em síntese, por meio dos mecanismos acima descritos – poder regulamentar e comandos diretos ao gestor público – o TCU tem efetuado ao longo do tempo movimentos específicos para expandir suas atribuições, em diversas frentes. A seguir, são enumeradas algumas formas pelas quais o Tribunal termina por exceder a moldura normativa originalmente prevista.

a. Ampliação do poder de cautela que lhe atribui a Constituição²¹

A Constituição prevê um procedimento escalonado para o TCU sustar atos administrativos: primeiro, no caso de ilegalidade, a fixação de um prazo para o cumprimento da Lei; depois, caso não atendido naquele prazo, a competência de sustar o ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados. Contudo, na prática, verifica-se que o TCU tem adotado medida cautelar para sustar atos administrativos sem a prévia fixação de prazo, com base diretamente no seu Regimento Interno. Assim, o procedimento escalonado previsto constitucionalmente acaba sendo ignorado pelo Tribunal, sendo verificada a suspensão de atos administrativos inclusive de forma monocrática pelo Ministro Relator.

¹⁹ A iniciativa acadêmica do *Observatório do TCU*, coordenada pelo Professor ANDRÉ ROSILHO no Grupo Público da FGV Direito SP, tem se destacado por acompanhar a atividade decisória do TCU e analisá-la criticamente, em uma perspectiva acadêmica e imparcial. Além de pesquisas empíricas, o Observatório do TCU publica, em parceria com o Jota, semanalmente colunas contendo essas análises críticas (<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico>). As publicações do Observatório do TCU podem ser encontradas no site do Grupo Público da FGV Direito SP e da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP (<https://sbdp.org.br/category/artigos-e-balancos-criticos/>).

²⁰ Alguns exemplos de decisões do STF sobre as competências do TCU: MS 24.510, rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, julgada em 19/11/2003; MS 24.510/DF, rel. Min. Ellen Gracie, MS 26.094/DF, rel. Min. Dias Toffoli; MS 26.547-MC/DF, rel. Min. Celso de Mello; MS nº 35;506/DF, Rel. Min. Marco Aurélio; MS 24.510/DF, Plenário, Rel. Min. Ellen Gracie, publicada em 19/11/2003; MS 30.788/MG, Plenário, Rel. do Acórdão Min. Luis Roberto Barroso, julgada em 21/05/2015; MS 25.888 MC - Rel. Min. Gilmar Mendes, publicada 22/03/2006; MS 35.410 MC / DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgada em 15/12/2017.

²¹ 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, p. 204; DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. O papel dos Tribunais de Contas no Controle de Contratos Administrativos. In: *Interesse Público*, n.º 82. Belo Horizonte: Fórum, nov./dez. 2013, pp. 3-5.

No caso de contratos administrativos, o poder cautelar previsto na Constituição é ainda mais restrito²²: para além da supracitada possibilidade de assinalar prazo para cumprimento da Lei em caso de ilegalidade, é previsto que, caso a solicitação não seja atendida, a competência para sustar referido contrato deverá ser adotada pelo Congresso Nacional, sem espaço para a adoção direta de medidas cautelares pelo TCU. Porém, o TCU vem emitindo medidas cautelares sobre contratos administrativos e determinando sua sustação, inclusive sem assinalar previamente prazo para correção²³.

Em julgamento de Mandado de Segurança ajuizado contra decisão cautelar do TCU que suspendeu licitação, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu que o TCU teria um poder geral de cautela que lhe permitiria a suspensão de atos, com base na aplicação de uma teoria de poderes implícitos²⁴. Assim, esse entendimento do STF passou a ser utilizado pelo TCU para defender a possibilidade de sustar não só atos, mas também contratos públicos tidos como irregulares.

Atualmente, a questão das cautelares está em reavaliação no Supremo²⁵, possivelmente em razão dos efeitos das cautelares em casos concretos e do amadurecimento dos debates sobre o tema, considerando os argumentos contrários ao reconhecimento do poder geral de cautela do TCU fundados na leitura constitucional. Inclusive, o Ministro Relator apresentou voto no sentido de limitar o poder de cautela do TCU, para impedir o bloqueio de bens de particulares contratantes com a Administração Pública de forma cautelar²⁶.

b. Controle de editais de licitação ainda não publicados²⁷

Inexiste previsão normativa de que o TCU pode controlar editais de licitação previamente à publicação. Como já se adiantou acima, O Brasil adota desde 1967 o modelo de controle posterior

²² BARROSO, Luis Roberto. Tribunal de Contas: algumas incompetências. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 203. Rio de Janeiro: FGV, jan./mar. 1996, pp. 137-130; SUNDFELD, Carlos Ari e CÂMARA, Jacintho Arruda. Controle das contratações públicas pelos Tribunais de Contas. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 257. Rio de Janeiro: FGV, maio/ago. 2011, p. 119.

²³ Veja por exemplo as medidas cautelares de números 2.105/2008 (Plenário) e 2.343/2009 (Plenário), em que se determinaram a anulação de contratos administrativos com o DNIT (órgão federal pela manutenção de rodovias) e com o Ministério de Transportes, por supostos vícios nos procedimentos licitatórios.

²⁴ STF no MS 24.510-7/DF, Plenário, Rel. Min. Ellen Gracie. O entendimento vencedor, pela existência de um “poder geral de cautela” do TCU, também foi adotado pelo STF em outras decisões, como no MS 26.547/DF, decisão monocrática do Min. Celso de Mello, e no MS 33.092/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes.

²⁵ STF, MS 35.506/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio.

²⁶ STF, Medida Cautelar no MS 35.506/DF, Rel. Min. Marco Aurélio (Decisão monocrática), julgada em 08/02/2018, publicada em 14/02/2018.

²⁷ JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – controlador ou administrador? In: *Revista Brasileira de Direito Público*, n.º 47. Belo Horizonte: Fórum, out./dez. 2014, *passim*.

pelo TCU. No entanto, tal intervenção sobre editais não publicados vem ocorrendo de forma bastante ampla, principalmente no caso das licitações voltadas à desestatização de empresas estatais ou para a concessão e delegação de serviços públicos (concessões comuns e parcerias público-privadas). Nessa linha, o Tribunal emite pareceres prévios à publicação de editais de licitação e, inclusive, emite determinações e recomendações para a Administração Pública efetuar as alterações que o TCU entender cabíveis. Tal atribuição foi sendo disciplinada de forma minuciosa por instruções normativas do próprio Tribunal²⁸.

Na prática, essa é uma das principais formas pelas quais o TCU se imiscui sobre as mais relevantes decisões administrativas. O exercício de tal competência, por ocorrer sobre os principais projetos de infraestrutura e desestatização do país – a exemplo das rodadas de concessões rodoviárias, de portos, de aeroportos, ferrovias e alienação de controle de empresas extremamente relevantes, como a Eletrobrás – acaba conferindo poder ao TCU de influir diretamente sobre a agenda de governo.

c. Ampliação da concepção de legalidade para expansão dos poderes de sanção²⁹

A Constituição e a Lei Orgânica do TCU (LOTUCU) preveem que poderá ser aplicada sanção aos responsáveis no caso de “*ilegalidade de despesa*” ou “*irregularidade de conta*”. Ou seja, em tese, apenas o cometimento de atos ilícitos – com violações à legislação – ou contas irregulares (reprovadas) é que ensejariam a aplicação das sanções (multa, inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança ou declaração de inidoneidade por até cinco anos em caso de fraude à licitação).

As sanções são aplicadas diretamente à pessoa do responsável pelas contas, muito embora as infrações resultem do exercício de função. Por anos os gestores públicos expressam seu receio em decidir com medo de serem sancionados pelo simples fato de o TCU entender que a decisão adotada afronta algum princípio ou regra. No Brasil, o fenômeno é chamado de “*apagão das canetas*”, indicado como uma

²⁸ Mais recentemente, depois de muito tempo de exercício sem previsão legal, essa prática passou a ser expressamente disciplinada em Lei 13.448/2017 (Lei de prorrogação e relicitação dos contratos de parceria), com duvidosa constitucionalidade.

²⁹ OBSERVATÓRIO DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA USP, Faculdade de Direito. Relatório de pesquisa bianual – O Controle das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União. São Paulo, 2019, p. 10; e PEREIRA, Gustavo Leonardo Maia. *O TCU e o controle das agências reguladoras de infraestrutura: controlador ou administrador?* Dissertação de mestrado apresentada na pós-graduação da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo: FGV, 2019, pp. 160-165.

realidade pelos gestores públicos e por expressiva corrente acadêmica, mas contestado pelo TCU³⁰. Em 2018 a legislação brasileira passou a prever a responsabilização pessoal do gestor público apenas em casos de dolo ou erro grosseiro para conferir maior segurança jurídica na tomada de decisão. Assim, o gestor público não mais pode ser sancionado pelo TCU caso tenha incorrido em um erro honesto, o que é próprio da ação humana no exercício de suas atribuições. Apesar disso, o TCU afastou a aplicação da LINDB aos casos de ressarcimento e tem ele próprio indicado qual é a interpretação de erro grosseiro³¹.

Ademais, o conceito de “*legalidade*” e “*irregularidade*” na prática tem sido ampliado para abarcar conceitos jurídicos indeterminados como “*economicidade*”, “*legitimidade*” ou “*eficiência*”, de baixa densidade normativa. Com isso, o Tribunal entende que estaria autorizado a aplicar sanções não só nos casos em que há violação à lei e às normas contábeis, mas também nos casos em que as escolhas e procedimentos adotados pelos gestores públicos e responsáveis não se adequam à interpretação que o TCU faz destes conceitos. Assim, é alargado o poder para aplicação de sanções, tais como multas e a determinação de reparação de prejuízos ao erário, novamente à margem do texto normativo.

³⁰ Na análise do caso relevante sobre a regularidade da compra da refinaria de Pasadena pro parte da Petrobras, um dos elementos centrais da Operação Lava-Jato, o TCU reconheceu o argumento do apagão das canetas, mas o rejeitou especificamente no caso. Em suas próprias palavras, “o fundamento que sustenta o argumento D6 passa pela discussão atual sobre aquilo que se convencionalmente denomina “apagão de canetas”, que seria a já citada inércia dos gestores por temer a responsabilização dos órgãos de controle. O Tribunal não está alheio a esta discussão, como nunca esteve, mas deve estar ciente de que este argumento não pode afastar o controle, especialmente sobre atos praticados à margem da lei, ou sem observância dos deveres de diligência”. Cf. TCU 025.551/2014-0, ata da sessão 12/2021.

³¹ OBSERVATÓRIO DO TCU, Aplicação dos Novos Dispositivos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) pelo Tribunal de Contas da União, 2021, p. 11 e ss. Disponível em: https://direitosp.fgv.br/sites/default/files/arquivos/relatorio-de-pesquisa_observatorio-do-tcu_aplicacao-dos-novos-dispositivos-da-lindb-pelo-tcu.pdf. Acesso em 26 de junho de 2022. A LINDB é extremamente importante para o direito público brasileiro já que serve como uma lei geral do ordenamento jurídico brasileiro e contém regras de interpretação aplicáveis a totalidade deste. Assim, em 2018 foi alterada, com a inserção de 10 artigos aplicáveis a situações de direito público, com a finalidade de aumentar a segurança jurídica nos casos descritos. Porém, o TCU e outros entes de controle se opuseram a esta modificação sob o argumento de que prejudicaria sua função fiscalizadora. Por exemplo, o novo artigo 28 da LINDB diz que o funcionário público apenas pode ser responsável se agiu intencionalmente ou cometeu erro grave.

d. Exercício de jurisdição diretamente sobre particulares contratados pela Administração, inclusive com determinação de ressarcimento ao erário³²

O TCU controla apenas entidades integrantes da Administração Pública e quem, sendo particular, exerça função pública recebendo valores públicos. Essa é a previsão constitucional³³. Não há previsão de que o TCU possa julgar contas de particulares controlados pela Administração Pública, nem para condená-los a ressarcimento ao erário. Contudo, nos últimos anos, o TCU alterou o posicionamento tradicional e passou a entender que poderia atuar sobre particulares contratados, julgando suas contas e, inclusive, imputando-lhes débitos para ressarcimento ao erário, mesmo na ausência de coparticipação de agente ou órgão público no dano³⁴. Assim, nota-se que o TCU veio a se outorgar por meio de sua jurisprudência atribuição sem previsão normativa, que já fora inclusive rejeitada quando da elaboração da sua lei orgânica³⁵.

e. Assunção de funções típicas de agências reguladoras independentes, com avaliação de questões regulatórias discricionárias (atividades-fim)³⁶

Apesar de, pela sua própria natureza e concepção, as Agências Reguladoras serem dotadas de autonomia e independência para tomarem as decisões relativas à sua área-fim de atuação – por

³² SUNDFELD, Carlos Ari e CÂMARA, Jacintho Silveira Dias de Arruda. Limites da Jurisdição dos tribunais de contas sobre particulares; In: *Justiça do Direito*, vol. 33, n.º 2, mai./ago. 2019, pp. 198-221; e ROSILHO, André. *Tribunal de Contas da União – Competências, Jurisdição e Instrumentos de Controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, pp. 164-165.

³³ Cf. *supra* nota 9.

³⁴ Essa posição foi adotada a partir dos anos 2010, por exemplo no Acórdão 730/2012, Plenário, Rel. Min. Ana Arraes, e Acórdão 946/2013, Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, e passou a se tornar dominante a partir do Acórdão 321/2019, Plenário, Rel. Min. Ana Arraes.

³⁵ Nesse sentido, cf. ROSILHO, André. *Tribunal de Contas da União – Competências, Jurisdição e Instrumentos de Controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, pp. 97-98.

³⁶ Nesse sentido são as conclusões de três diferentes dissertações de mestrado acerca do controle do TCU sobre agências reguladoras, oriundas de quatro diferentes programas de pós-graduação. Cf.: OLIVEIRA, Anderson Márcio. *Intervenção regulatória do TCU: uma avaliação empírica nos processos de concessão da ANTT, ANTAQ e ANAC*. Dissertação apresentada na pós-graduação da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2017; MERLOTO, Nara Carolina. *A atuação do Tribunal de Contas da União sobre as agências reguladoras: entre a independência e o controle*. Dissertação apresentada na pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2018; PEREIRA, Gustavo Leonardo Maia. *O TCU e o controle das agências reguladoras de infraestrutura: controlador ou administrador?* Dissertação apresentada na pós-graduação da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo: FGV Direito SP, 2019; e DOURADO, Guilherme Afonso. *O Controle da Função Normativa das Agências Reguladoras pelo TCU*. Dissertação apresentada na pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2020. Cf. também NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de *et al.* Reputação Institucional e o Controle das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União. In: *Revista de Direito Administrativo* vol. 278. Rio de Janeiro: FGV, mai./ago. 2019, pp. 37-70; e DUTRA, Pedro e REIS, Thiago. *O soberano da regulação: o TCU e a infraestrutura*. São Paulo: Singular, 2020, *passim*.

exemplo, sobre qual a melhor forma de gerir as malhas ferroviárias e rodoviárias nacional objeto de concessões, no caso da ANTT – nota-se uma forte atuação do Tribunal no tocante a tais atividades-fim. Desse modo, muitas vezes o TCU realiza sua própria análise sobre questões de mérito regulatórias e acaba por impor a adoção de suas conclusões às agências, comportando-se como autêntico regulador, capaz não só de orientar como as agências reguladoras devem exercer sua missão e atribuições institucionais, mas também de exigir sua aderência às interpretações do Tribunal.

f. Tentativas de exercício de controle de constitucionalidade incidental impositivo sobre toda Administração Pública federal³⁷

O TCU vem buscando exercer o controle de constitucionalidade incidental, impondo à Administração Pública a sua própria interpretação sobre a constitucionalidade de normas legais, por exemplo deixando de aplicá-las e querendo determinar que seus jurisdicionados também o façam. O tema foi inclusive objeto de julgamento recente pelo STF no ano de 2021, que limitou as competências do TCU entendendo pela impossibilidade de declaração pelo TCU de inconstitucionalidade de lei com efeitos vinculantes para toda Administração Pública, sendo este um relevante caso em que o STF se mostrou contrário à interpretação ampliada de poderes do Tribunal.³⁸

4. Cenário atual: consolidação da atuação expansionista do Tribunal por meio de seu reconhecimento na prática pela Administração Pública

Por um lado, não é de se surpreender que um órgão público de controle busque interpretações maximizadoras de seu poder, visto que ele tem todo incentivo para fazê-lo – afinal, mais poder implica maior prestígio e recursos.³⁹ De outro lado, não deixa de chamar atenção a significativa expansão de competências do Tribunal, que até o momento não restou desafiada de forma decisiva pelos demais atores políticos e jurídicos do ordenamento jurídico brasileiro. Embora seja possível identificar algumas reações – como a recente reforma da Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro, com diversos artigos que almejam trazer maior segurança aos gestores públicos – fato é que tal

³⁷ O TCU adotou esse entendimento, por exemplo, no Acórdão 2000/2017, Rel. Min. Ana Arraes, em que avaliou ser inconstitucional a concessão do bônus de eficiência e produtividade na atividade tributária disciplinado pela Lei Federal 13.464/2017 a servidores inativos e pensionistas.

³⁸ MS 35.410/DF, Plenário, Rel. Min. Alexandre de Moraes, em conjunto com os MS 35490, 35494, 35498, 35500, 35836, 35812 e 35824.

³⁹ MENDONÇA, José Vicente Santos de. A propósito do controle feito pelos Tribunais de Contas sobre as agências reguladoras – Em busca de alguns *standards* possíveis. In: *Revista de Direito Público da Economia*, vol. 38. Belo Horizonte: Fórum, abr./jun. 2012, *passim*.

movimento ainda não foi rechaçado de forma clara pelo Poder Judiciário por meio do STF e demais Tribunais, nem pelo Congresso Nacional.

Assim, o TCU se consolida como ator essencial não só no controle, mas também no dia a dia da Administração Pública Federal, não tendo os gestores públicos alternativas senão conformar-se a tal papel assumido pelo Tribunal. Um exemplo dessa conformação é a inclusão, no *pipeline* de projetos de desestatização e concessão de infraestrutura federal regido pelo Programa de Parcerias para Investimentos – PPI, de uma frase atinente à sua aprovação pelo TCU – denominada “*Acórdão TCU*”, que deve ser cumprida antes da publicação do Edital.

Desse modo, apesar dos alertas da doutrina, o TCU tem se consolidado com atribuições cada vez mais amplas, excedendo o espaço previsto para sua atuação na Constituição e em sua Lei Orgânica, cabendo aos gestores públicos e operadores do direito compreender e navegar neste atual cenário jurídico.

O TCU está sendo fiel ao modelo institucional definido pelo ordenamento jurídico? Esta é uma questão em torno da qual há verdadeiramente uma disputa de narrativas. O próprio TCU e uma corrente em prol da expansão do controle vão extrair de conceitos indeterminados da constituição balizas para novos modelos de ação controladora. Por outro lado, corrente de pensamento mais favorável à segurança jurídica desafia essa ordem de pensamento, com extensa apresentação de suas consequências, como o apagão das canetas, o deslocamento da decisão da esfera administrativa para a esfera controladora e os critérios decisórios cada vez mais pautados pelo controlador em detrimento das necessidades próprias da gestão pública. *Qual é o melhor modelo institucional para o TCU?* Essa questão acompanha o TCU desde a sua criação no século XIX e nunca se mostrou tão atual.

