

AMPLIAR PARA MAIS INFLUENCIAR: O DESENVOLVIMENTO INSTITUCIONAL DO TCU A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Geórgia Valverde Leão Romeiro
Rafael Silveira e Silva

AMPLIAR PARA MAIS INFLUENCIAR: O DESENVOLVIMENTO INSTITUCIONAL DO TCU A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Geórgia Valverde Leão Romeiro¹

Rafael Silveira e Silva²

¹ Advogada, Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). E-mail: georgiavlrom@gmail.com.

² Consultor Legislativo do Senado Federal. Doutor e Mestre em Ciência Política pela Universidade de Brasília. Professor nos cursos de Graduação, Pós-graduação Lato Sensu, Mestrado e Doutorado em Direito do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), e também dos cursos de Pós-graduação do Instituto Legislativo Brasileiro (ILB). E-mail: rssilva@senado.leg.br.

SENADO FEDERAL

DIRETORIA GERAL

Ilana Trombka – Diretora-Geral

SECRETARIA GERAL DA MESA

Gustavo A. Sabóia Vieira – Secretário Geral

CONSULTORIA LEGISLATIVA

Danilo Augusto Barboza de Aguiar – Consultor-Geral

NÚCLEO DE ESTUDOS E PESQUISAS

Rafael Silveira e Silva – Coordenação

Brunella Poltronieri Miguez – Revisão

João Cândido de Oliveira – Editoração

CONSELHO EDITORIAL

Eduardo Modena Lacerda

Ivan Dutra Faria

Denis Murahovschi

Foto da Capa: Waldemir Barreto / Agência Senado

Núcleo de Estudos e Pesquisas
da Consultoria Legislativa



Conforme o Ato da Comissão Diretora nº 14, de 2013, compete ao Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa elaborar análises e estudos técnicos, promover a publicação de textos para discussão contendo o resultado dos trabalhos, sem prejuízo de outras formas de divulgação, bem como executar e coordenar debates, seminários e eventos técnico-acadêmicos, de forma que todas essas competências, no âmbito do assessoramento legislativo, contribuam para a formulação, implementação e avaliação da legislação e das políticas públicas discutidas no Congresso Nacional.

Contato:

conlegestudos@senado.leg.br

URL: www.senado.leg.br/estudos

ISSN 1983-0645

O conteúdo deste trabalho é de responsabilidade dos autores e não representa posicionamento oficial do Senado Federal.

É permitida a reprodução deste texto e dos dados contidos, desde que citada a fonte. Reproduções para fins comerciais são proibidas.

Como citar este texto:

ROMEIRO, Geórgia V. L.; SILVEIRA E SILVA, Rafael. **Ampliar para mais Influenciar: o desenvolvimento institucional do TCU a partir da Constituição de 1988.** Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Outubro 2022 (Texto para Discussão nº 312). Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 24 out.2022.

AMPLIAR PARA MAIS INFLUENCIAR: O DESENVOLVIMENTO INSTITUCIONAL DO TCU A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

RESUMO

A presente pesquisa tratou do tema da interpretação ampliativa das competências do Tribunal de Contas da União (TCU), observada por alguns doutrinadores, a partir de 1988. O objetivo do trabalho foi verificar essa possível interpretação e, a partir disso, analisar o tipo de desenvolvimento institucional posto em ação pelo TCU desde então. A metodologia utilizada foi a revisão de literatura sobre o tema e a análise documental sobre o exercício pela Corte Federal de Contas das suas competências. Ao consolidar as análises de decisões adotadas ou normas editadas pelo TCU a partir das competências que lhe foram conferidas pelo ordenamento jurídico, verificou-se que seu desenvolvimento institucional se fundamentou na constante atuação por entre os espaços de ambiguidade da norma, sem alteração nas regras já existentes e, com isso, convertendo-se a Corte uma ampliação de objetivos, funções e propósitos sobre a Administração Pública.

PALAVRAS-CHAVE: Tribunal de Contas da União. Desenvolvimento institucional. Competências. Interpretação ampliativa.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	1
2	MUDANÇAS INSTITUCIONAIS: GRADUALISMOS E TRANSFORMAÇÃO	5
	2.1. DEFINIÇÃO DE INSTITUIÇÃO.....	6
	2.2. ELEMENTO DINÂMICO DAS INSTITUIÇÕES A PERMITIR AS MUDANÇAS	9
	2.3. <i>COMPLIANCE</i> COMO VARIÁVEL DA MUDANÇA	10
	2.4. TIPOLOGIA DE MUDANÇAS INSTITUCIONAIS	12
	2.5. POSSIBILIDADES DE VETO E DISCRICIONARIEDADE <i>VIS-À-VIS</i> TIPOS DE MUDANÇA	13
3	DESENVOLVIMENTO INSTITUCIONAL DO TCU A PARTIR DE 1988	15
	3.1. ATOS DE PESSOAL	16
	3.2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A SÚMULA Nº 347 DO STF	22
	3.3. MEDIDAS CAUTELARES.....	27
	3.4. PODER REGULAMENTAR	35
	3.5. ATUAÇÃO EM SEDE DE CONTRATOS.....	41
	3.6. RESPOSTAS A CONSULTAS.....	49
4	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	52

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 71, atribuiu ao Tribunal de Contas da União (TCU) a condição de órgão a auxiliar o Congresso Nacional no exercício do controle externo, fixando-lhes competências nos incisos I a XI e parágrafos 2^o e 3^o do referido dispositivo constitucional. Analisando-se a evolução histórica das competências constitucionalmente previstas para o TCU, percebe-se que a Constituição ampliou as possibilidades de atuação do Tribunal.¹

Dentre as ampliações promovidas pela Carta Constitucional, pode-se mencionar: a competência para registrar atos de admissão, a qual só incidia sobre os atos concessivos de aposentadoria na ordem constitucional anterior; a possibilidade de “decidir a respeito”, se o Congresso Nacional não sustar o contrato reputado ilegal pelo TCU em até 90 dias; e a competência para realizar fiscalizações operacionais, as quais refogem à utilização do parâmetro de controle da legalidade, único parâmetro atribuído ao Tribunal até então, o que ampliou bastante as possibilidades da Corte de Contas, que passou a poder fiscalizar com base nos parâmetros da economicidade e da legitimidade, parâmetros menos precisos, mais ambíguos que a legalidade.

O cenário que precedeu a promulgação da Carta de 1988, momento em que o Brasil transitava para um regime democrático, após longo período ditatorial, de ascensão do Poder Executivo frente aos demais poderes – com repercussão, inclusive, no desenho institucional do TCU –, era mesmo momento propício para o fortalecimento do controle. Aqui vale lembrar, a título de exemplo do impacto do período no desenho institucional do Tribunal, que a Constituição Federal de 1967 foi a responsável por modificar o momento do controle da Administração Pública federal, alterando a regra até então vigente de controle prévio² para

¹ Rosilho (2016), Barroso (1996), Sundfeld e Câmara (2013) e Marcia Pelegrini (2008), dentre outros, concluem em igual sentido.

² O controle prévio foi primeiramente definido no Brasil no Decreto nº 1.166 de 1892 e ampliado na Constituição Federal de 1934, para abarcar “os contratos que, por qualquer modo, interessarem imediatamente à receita ou à despesa”, conforme *caput* do art. 101, embora Speck (2000) relate que o controle prévio de contratos tenha sido previsto na legislação desde 1911.

controle *a posteriori*,³ mudança significativa que, aliás, não parece ter sido aceita até hoje pelo TCU, a despeito de esta modificação ter sido mantida pela Constituição atual.⁴

Era bastante oportuna a ocasião, portanto, para o fortalecimento do Poder Legislativo nesse momento de redemocratização e, na mesma esteira, do controle externo por ele exercido, refletindo-se essa tendência, naturalmente, no órgão que o auxilia nessa tarefa, o Tribunal de Contas da União.

Rosilho (2016) constata que os tribunais de contas, em especial o TCU, pautaram sua atuação junto à Assembleia Nacional Constituinte (ANC) pela tônica da ampliação das suas competências, do seu escopo de atuação, dado o contexto de abertura que marcava a estrutura organizacional da ANC, propício para influência de atores externos, além do histórico recente de período ditatorial com proeminência do Poder Executivo que imbuíu os constituintes da lógica de quanto mais controle melhor. O baixo grau de reflexão pelos constituintes acerca da política pública de controle externo, igualmente, é apontado pelo autor como fator adicional a possibilitar o incremento de competências da Corte Federal de Contas.

Neste ponto, merece registro que o TCU apresentou anteprojeto na Subcomissão de Orçamento e Fiscalização Financeira da Assembleia Nacional Constituinte, com vistas a influenciar a disciplina de suas competências no Texto Constitucional que seria aprovado. O autor, quanto a isso, concluiu que o

³ Art. 73, § 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.

⁴ Barroso (1996, p. 137-138) afirma em igual sentido: “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*”. Meirelles (2007), Rosilho (2016), Sundfeld e Câmara (2013) também são de mesma opinião.

Apenas para ilustrar a afirmação, cita-se o acórdão nº 2.466/2013 – Plenário, no qual, tendo analisado o edital de outorga dos aeroportos Antônio Carlos Jobim – Galeão, no Rio de Janeiro, e Tancredo Neves – Confins, em Minas Gerais, condicionou sua publicação à inclusão de fundamentos legais e técnicos adicionais para duas das exigências nele constantes.

Tribunal, além de apresentar o anteprojeto, acompanhou de forma próxima os debates havidos na ANC.

Pouco tempo depois de promulgada a Carta Constitucional de 1988, em 27/10/1989, iniciou-se o trâmite do projeto de Lei nº 4064/1989 que culminou na sanção da Lei nº 8.443 em 25/06/1992, a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (LOTUCU), projeto de lei este proposto pela própria Corte de Contas um ano após instaurada a nova ordem constitucional, à semelhança da postura que adotou com a apresentação de anteprojeto à Assembleia Nacional Constituinte. O trâmite do projeto de lei coincidiu em boa parte com o governo do então presidente Fernando Collor de Mello, governo marcado por suspeitas de ilegalidades e precipitadamente interrompido pela renúncia do mandatário em meio a um processo de *impeachment*, cenário que se pode dizer que novamente propiciou o fortalecimento do controle.⁵

Em um cenário, então, de ápice de crise política em um país em que a democracia dava os seus primeiros passos, seria de se esperar que fosse aprovada a LOTUCU sem maiores preocupações com o desenho da política pública de controle externo que se pretendia, no embalo da necessidade de resposta do Congresso Nacional à sociedade, fruto até de fenômeno bem capturado por Sunstein (1993) que costuma ocorrer quando o legislador edita normas em resposta a eventos atípicos ou pressionado pela opinião pública, ocasionando pouca reflexão sobre seus eventuais impactos negativos.

É nesse contexto, portanto, de uma política pública de controle externo primeiramente desenhada em um cenário pós-ditatorial e complementada posteriormente em um momento de crise política e pautada por propostas do próprio órgão de controle que o Tribunal de Contas da União exerce suas competências desde então. A doutrina é vasta no sentido de perquirir as possibilidades e os limites da sua atuação, sendo bastantes os exemplos apontados de exorbitância pelo Tribunal das competências que lhe foram atribuídas.

⁵ André Rosilho (2016) tece conclusão semelhante, apontando, inclusive, que 5 dos 7 projetos de lei apensados ao PL nº 4064/1989 buscavam disciplinar o procedimento para apresentação de denúncias e irregularidades perante o TCU. Ele também constata que, apesar de o projeto ter tramitado por dois anos na Câmara dos Deputados, seu trâmite foi marcado pelo consenso e reputa o longo período de tramitação ao baixo grau de engajamento dos deputados no debate do PL. Identifica que no Senado Federal houve propostas de emendas mais interventivas, mas ainda assim foi preciso adiar algumas votações por falta de quórum, a denotar certo desinteresse dos parlamentares ante o momento político vivido pelo país.

Nesse sentido, então, pretende-se analisar, no presente trabalho, o movimento de ampliação da Corte de Contas anunciado pela doutrina, verificando-se a constatação a partir da revisão de literatura sobre o tema e da análise documental de decisões do Tribunal, a fim de identificar que tipo de desenvolvimento institucional foi posto em ação pelo Tribunal de Contas da União no exercício das atribuições e competências que lhe foram conferidas pelo ordenamento jurídico pátrio a partir da ordem constitucional inaugurada em 1988.

Aqui convém adiantar que a descrição desse movimento expansionista do TCU identificado na literatura será realizada à luz do marco teórico do neo-institucionalismo histórico, em especial da teoria das mudanças institucionais graduais apresentada por Thelen e Streeck (2005) e posteriormente desenvolvida por Thelen e Mahoney (2009), haja vista que foi possível identificar similaridades, a princípio, do desenvolvimento institucional levado a cabo pela Corte Federal de Contas com o processo gradual de mudanças institucionais pelos autores referidos, o qual pode resultar em quatro tipos de mudanças institucionais: *displacement*, *layering*, *drift* e *conversion*, cada qual favorecido por ambientes institucionais específicos.

Estruturar-se-á o trabalho, primeiramente, apresentando o marco teórico sobre mudanças institucionais resultantes de um processo gradual, contraponto proposto pelos neo-institucionalistas históricos, ao perceberem que a consideração de mudanças incrementais como suporte apenas para continuidade institucional deixa de capturar possibilidades outras igualmente reais, a exemplo de mudanças de longo alcance que possam ocorrer por meio do acúmulo de ajustes pequenos e aparentemente insignificantes. Esse parece ser o caso do resultado gerado com o acúmulo de casos em que o Tribunal de Contas da União valeu-se de regras postas e praticamente inalteradas para ir além dos limites traçados por essas mesmas regras: órgão menos auxiliar e mais autônomo de controle externo.

Na segunda parte, pretende-se descrever hipóteses aludidas na literatura de extrapolação pela Corte de Contas das suas competências e fundamentos utilizados pelo Tribunal para as respectivas decisões, buscando identificar se seria possível caracterizar o processo de ampliação de competências do TCU como um dos tipos de mudanças graduais e transformadoras propostos pelo *framework* teórico de Thelen, Mahoney (2009) e Streeck (2005).

2 MUDANÇAS INSTITUCIONAIS: GRADUALISMOS E TRANSFORMAÇÃO

A fim de pavimentar o caminho da análise que se fará no capítulo seguinte sobre a trajetória percorrida pelo Tribunal de Contas da União valendo-se das competências que lhe foram atribuídas constitucional e legalmente, importa apresentar aqui o marco teórico do neo-institucionalismo histórico, especificamente no que toca às mudanças institucionais graduais que geram afinal mudanças transformadoras.

No que importa ao presente trabalho, inicia-se registrando que Streeck e Thelen (2005) entendem que há fortes limites a modelos de mudança que desenham uma linha afiada entre estabilidade institucional e mudança institucional e que vê as maiores mudanças como exogenamente geradas, em alusão às teorias do equilíbrio pontuado e da escolha racional. Na visão dos autores, algumas vezes, mudanças institucionais são abruptas e afiadas, mas não seriam somente esses os casos passíveis de caracterização como mudança institucional. Para eles, deve-se evitar um esquema conceitual que delimite a mudança incremental apenas como suporte à continuidade institucional por meio de reprodução adaptativa e a mudança disruptiva como causa de *breakdown* institucional e inovação a gerar então descontinuidade. Em outras palavras, argumentam os autores que exigir-se-ia demais das mudanças reais para serem concebidas como tais, tendendo a reduzir muitas ou todas as mudanças observáveis a meros ajustes com propósito de estabilidade, acaso se equiparasse necessariamente mudança institucional incremental com mudanças adaptativas e reprodutivas menores e grandes mudanças com mudanças mais exógenas, disruptivas de continuidade.

Os vieses inerentes às estruturas conceituais existentes, na visão de Thelen e Streeck (2005), são particularmente limitantes numa época, como a atual, quando processos incrementais de mudança parecem causar transformações institucionais graduais que se somam a grandes descontinuidades históricas. A fim de capturar tais mudanças, sugerem, então, que se diferencie entre processos de mudança, que podem ser incrementais ou abruptos, e resultados de mudanças, os quais podem equivaler tanto à continuidade quanto à descontinuidade. Para os neo-institucionalistas históricos, em realidade, existe frequentemente uma continuidade considerável

através e apesar dos pontos de ruptura históricos, como também uma reconfiguração institucional dramática sob a superfície de aparente estabilidade ou autorreprodução adaptativa, como resultado de um acúmulo por longos períodos de mudanças incrementais sutis.

Thelen e Streeck (2005) propõem, assim, um modelo para ilustrar essa divisão entre processos de mudança e resultados da mudança. O processo de mudança pode ser incremental ou abrupto e o resultado da mudança pode ser continuidade ou descontinuidade institucional, podendo os dois tipos de processo gerar ambos os tipos de resultado, redundando na seguinte tipologia de mudanças institucionais: reprodução por adaptação (*reproduction by adaptation*), cujo processo incremental produz continuidade; sobrevivência e retorno (*survival and return*), fruto de processo abrupto que gera continuidade institucional; transformação gradual (*gradual transformation*), principal objeto de estudo no presente capítulo e que gera descontinuidade a partir de processo incremental; e *breakdown* e substituição (*breakdown and replacement*), o qual ocorre por processo abrupto ocasionando descontinuidade institucional.

2.1. DEFINIÇÃO DE INSTITUIÇÃO

Para melhor reprodução da teoria proposta pelos autores e melhor localização do presente trabalho, é válido discorrer aqui também sobre o conceito que apresentam de instituição e que é adotado doravante. Concebidas de forma genérica, instituições seriam tijolos de construção da ordem social: representam expectativas socialmente sancionadas e coletivamente impostas, a respeito do comportamento de categorias específicas de atores ou do cumprimento de certas atividades. Usualmente, envolvem elas direitos e obrigações mutuamente relacionados, distinguindo entre ações apropriadas e inapropriadas, certas e erradas, e então organizando o comportamento em padrões previsíveis e confiáveis.

Tendo em vista que o texto de Thelen e Streeck (2005) que propõe definição de instituição focou em instituições que regulam o comportamento em economias políticas do capitalismo avançado e que economias políticas são regidas pela política, controlada por normas e sanções formalizadas, adotou-se no texto o conceito de instituições como regras formalizadas que podem ser

impostas por um terceiro, visto que sua legitimidade derivaria dessa possibilidade de imposição por terceira parte. Eles justificam a escolha, em especial, na diferença de como as instituições formais e informais mudam: as primeiras por decisão e as últimas por evolução cultural. Apesar da característica que as igualam – a obrigatoriedade –, não seria ela a definir uma instituição, mas sim a expectativa de que os atores devem observar a instituição, independentemente do que eles gostariam de fazer por eles mesmos, sendo que tal expectativa é da sociedade como um todo, não apenas dos atores diretamente afetados pelo comportamento esperado.

Para os autores, portanto, se a violação a uma regra apenas pode conduzir a uma resposta estratégica por parte dos atores diretamente afetados, não se trataria de instituição, mas de convenções sociais mais ou menos voluntariamente acordadas. Lida-se com uma instituição apenas se e até onde terceiros podem suportar previsível e confiavelmente os atores cujas expectativas normativas institucionalizadas e então legítimas tenham sido frustradas. Esses terceiros intervêm como expressão da desaprovação moral ou porque são especificamente designados para tanto por uma sociedade moderna organizada, designados para assegurar confiabilidade a certas expectativas de atores a respeito dos comportamentos dos outros.

Dentre as vantagens enumeradas por Thelen e Streeck (2005), cabe aqui destacar o fato de os autores admitirem se chamar coloquialmente determinados atores de instituições, normalmente empresas ou organizações, mais do que regras legítimas de comportamento, de conduta. Eles sugerem que organizações sejam consideradas instituições na medida em que sua existência e operação sejam publicamente garantidas e privilegiadas, respaldadas por normas sociais e capacidades de *enforcement* a elas relacionadas. Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União seria uma instituição.

Em resumo, o conceito geral mais próximo para o tipo de instituição em cuja dinâmica de mudança Kathleen Thelen e Wolfgang Streeck (2005) estão interessados, é aquele do regime social. Como regime querem dizer um conjunto de normas estipulando condutas esperadas e “descartando” comportamentos tidos por indesejados. Um regime é legítimo no sentido e na medida em que as expectativas que ele representa são impostas pela sociedade na qual ele está

embutido. Regimes envolvem formuladores de regras (*rule makers*) e cumpridores de regras (*rule takers*), os primeiros criando e modificando, muitas vezes em conflito e competindo com as regras em relação às quais se espera que os últimos cumpram. No limite, formuladores e cumpridores de regras coincidem, sendo, de todo modo, cruciais as relações e interações entre ambos para o conteúdo e para a evolução do regime como tal. Somente se for possível distinguir analiticamente entre regras e sua implementação ou “promulgação” – e, por extensão, se se puder identificar lacunas entre ambas (regra e implementação da regra) que há oportunidades para a ação estratégica por parte dos atores – que se poderá capturar importantes características de mudanças incrementais endógenas.

Embutido em um contexto social de terceiras partes a respaldarem a legitimidade institucional, os autores ilustram a distinção típica-ideal entre formuladores de regras (*designers* institucionais) e cumpridores de regras ou *rule takers*. Ressaltam que preveem *feedback* direto do cumpridor de regra para o formulador, o que acreditam ser relevante para sociedades democráticas. Entendem ainda que, uma vez que a sociedade circundante afeta ambas as partes por meio de restrições e oportunidades que cria para a elaboração de regras respaldadas socialmente e a imposição das regras, as relações entre formuladores e cumpridores é afetada pela influência política e social exercida por agentes de *lobby* no que toca à interpretação das regras e normas sociais.

Definir instituições como regimes, então, tem a vantagem de direcionar a atenção para importantes fontes de mudança institucional. Tudo isso tem a ver com o fato de que o surgimento de uma regra social nunca é perfeito e sempre há uma lacuna entre padrão ideal da regra e o padrão real da vida subjacente. Thelen e Mahoney (2009) sustentam que mudanças institucionais ocorrem exatamente quando problemas de interpretação e de imposição da regra abrem espaço para atores implementarem a regra de novas formas e propõem um modelo geral de mudanças institucionais, englobando fontes endógenas e exógenas de mudança, modelo que se detalhará mais adiante.

2.2. ELEMENTO DINÂMICO DAS INSTITUIÇÕES A PERMITIR AS MUDANÇAS

O trabalho de Thelen e Mahoney (2009) foca na necessidade de definir propriedades básicas institucionais capazes de fornecer elementos dinâmicos a permitirem as mudanças institucionais, dado que elas não ocorrem somente em resposta a choques exógenos e, para tanto, ressaltam as instituições como instrumentos distributivos com implicações de poder. Para eles, qualquer conjunto de regras ou expectativas que moldam condutas terá implicações desiguais de alocação de recursos.

E destacam algumas implicações da qualificação das instituições como instrumentos distributivos, seja para entender a origem institucional, seja para compreender sua continuidade. No que toca à origem, atores com diferentes dotações de recursos buscarão criar diferentes tipos de instituições, sendo que as instituições que são criadas normalmente refletem as contribuições e mesmo o conflito entre esses atores diferentemente motivados. Em alguns casos, – dizem os autores – o poder de um grupo relativamente a outro pode ser tão grande que os atores dominantes conseguem desenhar instituições que correspondem de forma muito próxima às suas preferências institucionais. Ressaltam, no entanto, que os resultados de uma instituição podem não refletir os objetivos de um grupo em particular, dela emergindo resultados não esperados de conflitos entre grupos ou o resultado de compromissos ambíguos entre atores que se coordenaram para os fins de criar a instituição, embora divergissem em objetivos individuais.

E então não se haveria falar de automatismo ou autoperpetuação ou autorreforço no que toca a arranjos institucionais. Em lugar, há um componente dinâmico, de modo que instituições que representam compromissos ou acordos contestados baseados em dinâmicas específicas de coalizões estão sujeitas a mudanças, de forma que a mudança e a estabilidade estão inextricavelmente vinculadas. Atores que se beneficiam de arranjos institucionais existentes podem desejar sua continuidade, mas, para tanto, devem continuar buscando suporte político e mesmo empreendendo esforços para solucionar as ambiguidades institucionais em seu favor.

Dado que a continuidade institucional não repousa apenas na acumulação, mas na mobilização contínua de recursos, Thelen e Mahoney (2009) constataam que importante fonte de mudança será o equilíbrio de poder. A mudança pode ocorrer de forma direta ou nas condições do ambiente, ocasionando reorganização das relações de poder. Outro aspecto a se considerar é que os mesmos atores podem atuar em múltiplas instituições e as interações entre elas pode permitir mudanças imprevistas no processo contínuo de alocação de recursos. Alocação de recursos de um conjunto de instituições pode conformar os resultados de conflitos distributivos acerca da alocação de recursos conectada a outro conjunto de instituições. Atores em desvantagem em uma instituição podem se valer da vantagem que tenham em outra para promover a mudança.

Outra possibilidade seria a operação esperada de instituições por elas mesmas gerar pressão para mudança. Os autores afirmam que esse tipo de situação pode ocorrer se os efeitos distributivos ao longo do tempo se tornarem gatilhos para divisões entre os detentores de poder institucional. Poderia também haver mudança se alguns grupos prejudicados por uma instituição se organizarem e se identificarem, aumentando assim seu poder e capacidade de romper os arranjos institucionais prevalecentes.

2.3. COMPLIANCE COMO VARIÁVEL DA MUDANÇA

Aqui Thelen e Mahoney (2009) destacam o *compliance* como variável importante para analisar estabilidade e mudança. A necessidade de impor instituições traz sua própria dinâmica de mudança potencial, seja pela natureza politicamente contestada de regras institucionais, seja pelo grau de abertura na interpretação e implementação dessas regras. Mesmo instituições formalmente codificadas deixam expectativas orientadoras ambíguas e sujeitas a interpretação, debate e contestação. As lutas pelo significado, aplicação e imposição das regras institucionais são intrinsecamente interligadas com as alocações de recursos que elas implicam.

Os autores veem ambiguidade como uma característica mais permanente, mesmo em regras formalizadas. Atores com interesses divergentes tendem a contestar as aberturas que essa ambiguidade provê, haja vista que questões interpretativas e de implementação podem ter profundas consequências para a alocação de recursos e resultados substantivos.

Tratar o *compliance* como variável traz algumas implicações. Primeiro, porque questões relativas a *compliance* são complicadas, dado que as regras não conseguem ser precisas o suficiente para dar conta de todas as complexidades das situações reais. Quando novas situações fruto de desenvolvimento emergem, instituições existentes podem ser modificadas de modo a acomodar a nova realidade. Essa mudança pode envolver criação de novas regras ou extensão criativa de regras existentes para a nova realidade.

A segunda implicação tem que ver com os limites cognitivos dos atores. Mesmo quando regras tenham sido criadas de modo a acomodar situações complexas, os atores possuem limitações no processamento das informações e, portanto, não conseguem antecipar todas as possíveis situações futuras a serem reguladas por regras escritas agora.

A terceira diz respeito ao fato de que instituições se baseiam em assunções que muitas vezes são implícitas. Segundo os autores, Emile Durkheim falava da base não contratual do contrato fazendo referência a esses entendimentos implícitos compartilhados por uma comunidade que são necessários para dar eficácia às regras. Esses entendimentos compartilhados podem existir em diferentes níveis e podem mudar ao longo do tempo, ocasionando mudanças institucionais a despeito de regras formais se manterem intactas.

A quarta implicação decorre do fato de que as regras não são apenas desenhadas, devendo também serem aplicadas e impostas, muitas vezes por atores que não as desenharam, abrindo espaço para que a mudança ocorra na implementação da regra. E, nesse aspecto, os encarregados de fazer valer a regra devem decidir como e quando ela será implementada e isso implica possibilidades de mudança. Atores como a burocracia e o Judiciário, responsáveis pela implementação, interpretação e imposição da regra, têm papel relevante na conformação da evolução institucional.

Resumindo: a ideia é de que propriedades básicas das instituições contêm dentro delas possibilidades de mudança. O que move a mudança são as implicações de poder distributivo das instituições. Entretanto, onde se espera mudança incremental é precisamente nos espaços entre a regra e a sua interpretação ou entre a regra e sua imposição.

2.4. TIPOLOGIA DE MUDANÇAS INSTITUCIONAIS

Tendo em vista que a abordagem distributivista sugere uma dinâmica de tensões e pressões construídas dentro das instituições, mas não especifica por si mesma os diferentes modos de mudança que esse dinamismo permite, Thelen e Mahoney (2009) propõem um *framework* para identificar e explicar mudanças institucionais.

Características do contexto político e da própria instituição juntas direcionam o tipo de mudança institucional a ser implementada, pois conformam o tipo de agente da mudança dominante que é mais provável surgir em um contexto institucional específico e os tipos de estratégias que esse agente adotará com vistas a implementar a mudança.

Valendo-se da tipologia apresentada por Thelen e Streeck (2005), a proposta de Thelen e Mahoney (2009) também é de dividir os tipos de mudança em quatro: *displacement*, *layering*, *drift* e *conversion*.

O *displacement* ocorreria mediante a remoção de regras existentes e a introdução de novas regras no lugar das removidas. O *displacement* pode se dar de forma abrupta e gradual, a exemplo do que pode ocorrer com a introdução de novas instituições que concorram com as antigas. Novas instituições costumam ser apresentadas pelos ditos perdedores no sistema anterior. Se os patrocinadores institucionais do antigo sistema não conseguirem impedir o abandono das regras anteriores em favor das novas, pode ocorrer o *displacement* ou deslocamento.

O *layering* ocorre quando novas regras são adicionadas a regras existentes, sendo que, diferentemente do *displacement*, não há introdução de instituições ou regras completamente novas, ocorrendo mais por emendas, revisões, acréscimo a regras existentes. O *layering* pode, no entanto, implicar mudança substancial se as emendas terminam por alterar a lógica da instituição ou comprometer a reprodução estável do núcleo original. Processos desse tipo se dão quando os agentes da mudança institucional não conseguem mudar as regras originais ou, como no *displacement*, não conseguem pôr em prática uma instituição ou um sistema alternativo. Em lugar disso, eles trabalham dentro do sistema, acrescentando novas regras às antigas. Enquanto os defensores do *status quo* podem conseguir preservar as regras originais, eles não conseguem impedir

sua alteração ou emenda. Cada novo elemento pode ser pequeno se considerado só por si, mas essas pequenas mudanças podem se acumular e levar a grandes mudanças ao longo do tempo.

Drift seria o tipo de mudança verificada quando as regras formalmente se mantêm, mas seu impacto muda ante mudanças nas condições externas. Quando atores decidem não responder a mudanças no ambiente, essa inação pode mudar o impacto dessa instituição.

A mudança categorizada como *conversion* se dá quando as regras se mantêm formalmente as mesmas, mas são interpretadas e aplicadas de novas formas. O espaço entre as regras e sua implementação não se dá por negligência em face de novo cenário, ao contrário da *drift*; esse espaço é produzido por atores que ativamente exploram ambiguidades inerentes às instituições. Converte-se a instituição a novos objetivos, funções ou propósitos. Em alguns casos, a *conversion* se dá por meio da incorporação de novos atores a respaldá-la ou pela assunção do poder por uma nova coalizão política a ocasionar sua destinação para outros fins, em lugar de seu desmantelamento.

2.5. POSSIBILIDADES DE VETO E DISCRICIONARIEDADE VIS-À-VIS TIPOS DE MUDANÇA

A aferição acerca das possibilidades, no contexto político, de veto por parte dos possíveis defensores do *status quo*, bem como acerca da existência de discricionariedade conferida aos atores na interpretação e imposição das regras, permite a associação a um tipo ou outro de mudança institucional gradual.

Primeiramente, Thelen e Mahoney (2009) esclarecem que as possibilidades de veto pelos atores defensores da manutenção do *status quo* podem derivar de *players* poderosos com capacidade de veto ou de numerosos pontos com capacidade de veto. As possibilidades de veto são altas onde haja atores com acesso aos meios institucionais ou extrainstitucionais para bloquear a mudança. Tais capacidades podem se dar sobre as próprias regras e sobre sua implementação na prática, podendo elas variar, ainda, conforme a instituição, ou seja, atores com fortes capacidades de veto a mudanças em uma instituição podem não ter a mesma capacidade frente a outras.

Onde possíveis agentes de mudança enfrentam muitas possibilidades de veto dificilmente será possível mobilizar recursos e negociar coalizões a viabilizar o *displacement*, o que denota a improbabilidade de ocorrência desse tipo de mudança institucional em um contexto como tal. Em semelhante contexto, igualmente, não se mostra favorável a ocorrência da *conversion*, visto que os poderes de veto também se aplicam na implementação das regras. *Drift* e *layering*, por outro lado, parecem ser estratégias mais promissoras num cenário de ampla possibilidade de veto, visto que nenhum dos dois tipos requer mudanças diretas a antigas instituições e não dependem da mudança da regra propriamente dita ou de ativa alteração na sua implementação.

Conforme já se adiantou no tópico anterior, a *drift* é um tipo de mudança institucional gradual que ganha corpo com a negligência, com a falha em adaptar e atualizar uma instituição de modo a manter seu impacto, dadas as modificações no ambiente. *Players* com fortes capacidades de veto serão capazes de defender instituições contra o *displacement*, por exemplo, mas seus poderes serão insuficientes para impedir a *drift*, já que esta depende mais de apoio ativo dos seus patrocinadores, considerada a mudança nas condições políticas, econômicas ou sociais do ambiente. As instituições políticas da monarquia são exemplos dados da *drift* pelos autores, uma vez que os poderes reais, com a mudança do ambiente e respectivo crescimento do parlamentarismo, perderam a capacidade de sustentar suas antigas formas de atuação. Já com a *layering*, a mudança institucional surge do acréscimo de novas instituições ou regras sobre ou ao lado das existentes, de modo que, a despeito de atores com força de veto poderem proteger as instituições antigas, não necessariamente eles conseguem impedir o acréscimo de novos elementos.

O outro aspecto a ser considerado de modo a indicar o tipo de mudança institucional passível de ocorrer em dado contexto, conforme se adiantou em linhas atrás, é o espaço de discricionariedade conferido aos atores na interpretação e/ou na imposição das regras. Relembre-se, neste ponto, que já se registrou no presente trabalho a visão de Thelen e Mahoney (2009) no sentido de que uma abordagem distributiva tem o condão de considerar o *compliance* de regras institucionais uma variável que pode modificar com o tempo. Eles afirmam, no entanto, que há graus variáveis de discricção da implementação das

regras de uma instituição para outra. As fontes da variação relacionam-se à complexidade das regras, tipos de condutas por elas reguladas, a extensão dos recursos mobilizados pelas regras, dentre outros, embora o foco dos autores não seja nas fontes de variação, mas apenas na extensão da discricionariedade na interpretação e na imposição das regras. Se possíveis patrocinadores da mudança não tiverem ou tiverem espaço muito pequeno para exercitar a discricionariedade, são menos prováveis mudanças dos tipos *conversion* ou *drift*.

A *conversion* é mais provável em cenários de regras ambíguas o suficiente para permitir diferentes interpretações, podendo mesmo se chegar a interpretações completamente divergentes entre si. Já a *drift* pode ocorrer quando há espaço aberto entre as regras e sua imposição, normalmente por negligência. No Brasil, talvez se possa dar como exemplo as regras de trânsito. Seu cumprimento, sua observância pelos motoristas tende a depender muito da fiscalização. A variação entre altos ou baixos índices de fiscalização de algumas regras pode resultar em diferentes graus de cumprimento das regras de uma cidade para outra, mesmo considerando-se regras válidas em todo o território nacional.

3 DESENVOLVIMENTO INSTITUCIONAL DO TCU A PARTIR DE 1988

Apresentado o contexto de ampliação das competências do Tribunal de Contas da União desde a Assembleia Nacional Constituinte, tônica que se manteve quando da proposição e tramitação da sua Lei Orgânica, bem como o referencial teórico dos neo-institucionalistas históricos, este segundo capítulo visa, justamente, elencar situações apontadas na doutrina como hipóteses de ampliação do Tribunal de suas competências pela via interpretativa, a partir da tipologia de transformações graduais.

Para tanto, as decisões e atos do TCU serão apresentadas conforme a natureza da competência conferida ao Tribunal para decidir, quais sejam: atos de pessoal (art. 71, III, da Constituição), declaração de inconstitucionalidade de leis (súmula nº 347 do STF), medidas cautelares⁶ (art. 44, da LOTCU, e art. 276, do Regimento Interno do TCU), poder regulamentar (art. 3º, da LOTCU),

⁶ Cabe destacar que excepcionar-se-á, nesse tópico das cautelares, a organização proposta, para tratar em conjunto, pela pertinência temática, da aplicação do art. 44, da LOTCU, e da inserção do art. 276, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, utilizando-se de seu poder normativo.

contratos (art. 71, § 1º, também da Constituição) e respostas a consultas (art. 1º, XVII e § 2º, da LOTCU).

3.1. ATOS DE PESSOAL

Relembrando-se que a fiscalização do TCU no que toca a atos de pessoal foi ampliada para abranger atos de admissão na Constituição Federal de 1988, Rosilho (2016) conjectura por que essa ampliação teria ocorrido na Carta de 1988, já que nem a Declaração de Lima elaborada pela INTOSAI, documento que inspirou o anteprojeto apresentado pelo TCU à ANC, previa essa atribuição para as instituições federais de controle e conclui que o Tribunal de Contas da União deve ter pleiteado tal competência, no intento de manter a competência que já tinha referente à apreciação de aposentadorias e pensões, evitando ser desidratado em sua importância. Ele registra, inclusive, conforme estudo de Speck (2000), que, mesmo antes da Constituição atual, o volume de processos relativos a aposentadorias e pensões absorvia grande parte da capacidade de trabalho do TCU. Outro fator a fundamentar essa escolha do constituinte, excepcionando a regra do controle *a posteriori*, pode ter sido a introdução da nova regra trazida pela Constituição de 1988 relativa à obrigatoriedade do concurso público⁷.

Iniciando-se, portanto, a análise sobre o possível desenvolvimento institucional posto em ação pela Corte de Contas desde 1988, Sundfeld e Souza (2013) trazem luz ao acórdão nº 212/2012 – TCU – 2ª Câmara, apontando três questões que entendem controvertidas na mencionada decisão, todas relativas aos limites do órgão no exercício do controle externo da Administração Pública. Os autores apontam entendimento do TCU de que, em processos de controle da legalidade de atos de concessão de aposentadoria a servidores públicos, não estaria ele adstrito a observar a Lei nº 9.784/1999 (Lei Federal de Processo Administrativo), nem o prazo decadencial para a invalidação de atos administrativos e nem mesmo a garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa.

⁷ Speck (2000), sobre o ponto, destaca que, ainda sendo possível se falar de “trem da alegria” e “cabides de emprego” nos anos 80, viu-se que as regras de concurso público e o estabelecimento de planos de carreira não haviam sido suficientes para cessar a utilização de cargos públicos como moeda de troca política, tendo sido necessário inserir esse controle prévio na Constituição vigente.

Para melhor compreensão do caso concreto, vale mencionar que a servidora havia se aposentado no cargo de auxiliar de enfermagem com jornada de quarenta horas semanais e ocuparia ainda cargo de técnico de enfermagem do trabalho na Universidade Federal do Maranhão, também sujeito à jornada semanal de quarenta horas, acumulação considerada ilegal pelo TCU em julgados anteriores sobre o tema ante o excesso de jornada.

Primeiramente, Sundfeld e Souza (2013) questionam o posicionamento acerca da não incidência da Lei nº 9.784/1999 aos processos em curso no Tribunal de Contas da União que analisam atos de pessoal, para fins de registro, ao que afirmam que tal entendimento afasta uma série de dispositivos legais que teriam o condão de limitar a atuação da Corte, afinal o objetivo central da referida lei seria mesmo limitar juridicamente os atos da Administração Pública. Além disso, apontam que a lei trouxe a lógica processual para o exercício da função administrativa, sendo ela aplicável aos processos da Administração federal direta e indireta (art 1º, *caput*), bem como aos dos órgãos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, quando no desempenho da função administrativa (art. 1º, § 1º), e mesmo, subsidiariamente, quando existente lei própria para processo administrativo específico (art. 69).

Sendo, portanto, o desempenho da função administrativa o gatilho a provocar a incidência do normativo federal de que ora se trata, restaria avaliar se a função exercida pelo órgão de controle quando analisa com base na legalidade os atos concessivos de aposentadoria possui natureza administrativa. Aqui importa consignar que o próprio Tribunal, na motivação da decisão, afirma que sua função seria de caráter especial,⁸ em um esforço que mais parece uma tentativa de afastar a aplicação da Lei nº 9.784/1999, descaracterizando o exercício de função administrativa, sujeita à revisão judicial. Os autores alertam, inclusive, para os elementos que identificam a atuação do TCU no particular e as decisões de controle de legalidade tomadas pela Administração Pública, visto que ambas são infralegais e sujeitas igualmente à revisão do Poder Judiciário.

⁸ “3. Conforme explica o Exmo. Ministro Benjamin Zymler, relator do Acórdão nº 78/2005-TCU-Plenário, a ‘não-incidência da Lei nº 9.784/1999 e, portanto, do prazo decadencial previsto em seu art. 54, sobre os atos de controle externo a cargo do TCU repousa no entendimento de que a natureza desses atos não é tipicamente administrativa, mas especial, porquanto inerente à jurisdição constitucional de controle externo’”.

Sobre o ponto, Sundfeld e Souza (2013) destacam que a estatura constitucional do Tribunal e sua condição de não integrante do Poder Executivo não têm o condão de tornar sua função jurisdicional, ou seja, não o tornariam capaz de produzir coisa julgada, à semelhança do que ocorre com outros órgãos colegiados também com estatura constitucional e não integrantes do Executivo, a exemplo do Conselho Nacional de Justiça. Este integra o Poder Judiciário e exerce funções administrativas. E arrematam os autores (2013, p. 11), em trecho bastante relevante para os fins do presente trabalho: “De todo modo, concordando-se ou não com a posição do TCU, é importante notar o seu efeito, que é afastar toda uma arquitetura jurídica de limitação do seu poder de controle – a arquitetura calcada na teoria dos atos e dos processos, ambas traduzidas na Lei Federal de Processo Administrativo”.

Esclarecida a natureza administrativa da função que desempenha a Corte de Contas no controle da legalidade dos atos concessivos de aposentadoria que lhe são submetidos para registro e a aplicabilidade da Lei Federal de Processo Administrativo ao Tribunal, passa-se a analisar o acórdão nº 212/2012-2ª Câmara sob a ótica dos comandos expedidos pelo TCU.

Como bem destacado por Sundfeld e Souza (2013), ao negar registro ao ato concessivo da aposentadoria no caso concreto, o órgão de controle, a um só tempo: 1) o fez sem motivo legítimo para tanto, visto que, se é verdade que a acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas constitui, em tese, tipo de infração disciplinar, também o é, até prova em contrário, que a servidora atendeu os requisitos necessários para se aposentar, que é o cumprimento do tempo de serviço; 2) negou registro sem notificar a autoridade competente para autuar processo administrativo disciplinar em face de possível infração funcional pela servidora;⁹ 3) reconheceu sumariamente a prática da infração pela profissional, sem conferir-lhe o direito à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal; 4) usurpou competência da autoridade competente para aplicar pena equivalente à cassação de aposentadoria à servidora; 5) aplicou à servidora a referida pena sumariamente.

Era dado ao Tribunal, conforme bem alertam os autores (2013), que suspendesse o processo em que apreciava a legalidade do ato concessivo de

⁹ Que, no caso, seria uma comissão composta por dois servidores estáveis, conforme previsto no art. 133, I, c/c art. 143, da Lei nº 8.112/1990.

aposentadoria e notificasse o órgão de origem para que se apurasse a suposta acumulação indevida de cargos pela servidora,¹⁰ com as garantias processuais pertinentes, conforme previsão do art. 133, da Lei nº 8.112/1990, ao final da qual o TCU retomaria a análise suspensa para avaliar conclusivamente a legalidade do ato. Neste caso, nada havendo que infirmasse o tempo trabalhado em um dos cargos, com o cumprimento do tempo necessário para sua aposentadoria, caberia ao Tribunal registrar o ato concessivo da aposentação.

Outro aspecto analisado por Sundfeld e Souza (2013) sobre o acórdão do TCU tem que ver com eventual necessidade de equiparação do ato de não registro com a anulação de aposentadoria, já ressaltando que o Tribunal não faz essa equiparação, até para não reconhecer a incidência da Lei nº 9.784/1999 e consequente limitação de seus atos, mesmo porque, no caso do acórdão nº 212/2012-2ª Câmara, a análise do ato concessivo somente se deu cerca de seis anos após sua edição, o que atrairia o prazo decadencial de cinco anos previsto na lei.

Sobre o ponto, na fundamentação do voto¹¹ da Corte de Contas, alude-se à preocupação com os princípios da segurança jurídica e com a proteção da confiança em favor do administrado, mas não com sua concretização pelo legislador, conforme apontam os autores:

Note-se que, em lugar de um critério objetivo, que seria um prazo para a decisão pelo não registro de aposentadoria, o TCU prefere adotar outros mais maleáveis, ligados às circunstâncias de cada caso. Não parece importar, para o TCU, o fato de que um prazo decadencial, como o de cinco anos legalmente

¹⁰ Conforme art. 133, § 5º, da Lei nº 8.112/1990, no curso do prazo para apresentação de defesa pelo servidor, pode ele optar por um dos cargos que acumula, configurando sua boa-fé, com a respectiva conversão automática em pedido de exoneração do outro cargo.

¹¹ “10. A primeira é que, por diversas vezes, em situações similares, por respeito aos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança em favor do administrado, ao verificar que os atos tinham vigência há longo interregno de tempo, direcionei a Corte a prolatar decisões em que, excepcionalmente, os atos foram considerados legais (Acórdãos nºs 2.417/2009 e 868/2010, ambos do Plenário; e Acórdãos nºs 3.310/2010, 3.503/2010, 3.507/2010, 3.738/2010, 3.959/2010 e 5.088/2010, todos da 1ª Câmara).

¹¹ A segunda é que, apesar de entender dessa necessidade, ou seja, de que o TCU observe, na análise de casos peculiares, a incidência dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança em favor do administrado vis-à-vis o princípio da legalidade, sobreveio recentíssima decisão desta Corte (Acórdão nº 3.245/2010-Plenário, Sessão de 1º/12/2010), lastreada em também recentes deliberações do egrégio STF (Mandados de Segurança nºs 25.116 e 25.403, julgados em setembro último), adotando o novel procedimento quanto a atos com mais de cinco anos de ingresso nesta Corte, ainda não apreciados, sobre os quais recaiam ilegalidades, os quais devem ser destacados para instauração do contraditório aos interessados”.

estabelecido, seja regra de concretização dos citados princípios. O que importa é a principiologia jurídica, que revela normas de conteúdo mais indeterminado, dando-lhe maior margem para decisão. (SUNDFELD; SOUZA, 2013, p. 12)

Vê-se, a conclusão, portanto, a indicar uma tendência do TCU de evitar reconhecer a aplicação à sua atividade de regras rígidas, preferindo deixar espaço para a aplicação de princípios, de conteúdo mais indeterminado, portanto, em atuação compatível com o desenvolvimento institucional da *conversion*, na qual é produzido espaço entre as regras e sua implementação a partir de agentes a explorar as ambiguidades das instituições.

Em relação ao posicionamento de que somente se contaria possível prazo decadencial a partir do controle de legalidade do ato pelo Tribunal, respaldados em decisões do STF¹² sobre o assunto, Sundfeld e Souza (2013) questionam a natureza complexa do ato concessivo de aposentadoria, haja vista que o ato surte efeitos de imediato, não aguardando a análise da Corte de Contas para fazê-lo. Rosilho (2016) é de mesma opinião. Para Sundfeld e Souza (2013), pois, a decisão de não registro equivale a uma decisão de invalidação do ato de concessão de aposentadoria anterior, de modo que o processo de controle da concessão de aposentadoria equivaleria ao processo de invalidação de atos administrativos.

Rosilho (2016), por sua vez, sobre possíveis consequências de uma negativa do Tribunal para a concessão do registro do ato concessivo de aposentadoria, constata a ausência de respostas claras na legislação, que teria sido lacônica no ponto, tendo sido deixada a definição de possibilidades e limites para o Regimento Interno do TCU, propiciando, assim cenário favorável

¹² Veja-se ementa de decisão do STF a título ilustrativo: “CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. APOSENTADORIA. EXAME. DECADÊNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. CONDENAÇÃO POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. MANTIDA. ALTERAÇÃO INTENCIONAL DA VERDADE DOS FATOS. 1. **Nos termos da jurisprudência do STF, o ato de concessão de aposentadoria é complexo, aperfeiçoando-se somente após a sua apreciação pelo Tribunal de Contas da União, sendo, desta forma, inaplicável o art. 54, da Lei nº 9.784/1999, para os casos em que o TCU examina a legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.** 2. Havendo alteração intencional da verdade dos fatos, justifica-se a condenação ao pagamento de multa por litigância de má-fé. 3. Agravo regimental a que se nega provimento”. (MS 33.805 AgR, Rel.Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, DJe 14.3.2018) (negrito não original)

– registre-se – para as ditas transformações graduais. Ele conclui, no entanto, em linha com o entendimento de Sundfeld e Souza (2013), que eventual negativa do registro equivaleria à invalidação de ato administrativo, submetendo-se à Lei Federal de Processo Administrativo, a despeito de não vir sendo este o posicionamento do STF até então.

Sobre a questão, destaque-se que a parte final da Súmula Vinculante nº 3,¹³ do Supremo Tribunal Federal, retira a obrigatoriedade de que o controle de legalidade dos atos concessivos de aposentadoria se submeta às garantias do contraditório e da ampla defesa. No entanto, recentemente, o Supremo reconheceu repercussão geral no tema 445, justamente sobre a incidência do prazo decadencial previsto no art. 54 da Lei nº 9.784/1999, sob relatoria do Ministro Gilmar Mendes, tendo sido firmada tese no seguinte sentido:

6. TESE: "Em atenção aos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima, os Tribunais de Contas estão sujeitos ao prazo de 5 anos para o julgamento da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão, a contar da chegada do processo à respectiva Corte de Contas.

No caso, a despeito de ter sido mantido o entendimento de 1957 de que o ato concessivo da aposentadoria seria complexo e, portanto, afastaria a aplicação da Lei nº 9.784/1999, terminou-se por aplicar a referida lei por analogia e mesmo o Decreto nº 20.910/1932 e a Lei nº 9.873/1999, para fixar o prazo de cinco anos a partir da chegada do processo ao Tribunal, para sua apreciação, em nome do princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança.

Registre-se que o primeiro voto apresentado pelo ministro relator era por consolidar a tese no sentido de somente ser necessária a observância do contraditório e da ampla defesa depois de passados cinco anos da entrada do processo no TCU, voto que se modificou a partir do voto divergente do Ministro Edson Fachin. Este propôs que se deliberasse pela mudança da classificação do ato de complexo para simples e que se aplicasse integralmente o art. 54, da Lei

¹³ Súmula vinculante nº 3: “Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, **excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão**” – DOU 06.06.2007 (negrito não original).

Federal do Processo Administrativo, contando-se cinco anos da concessão da aposentadoria, dada a natureza não complexa do ato.

Vê-se, portanto, que o entendimento do STF pela não aplicação do art. 54, da Lei nº 9.784/1999, se deu apenas pela manutenção da jurisprudência no sentido de que o ato concessivo da aposentadoria seria ato complexo, nada tendo que ver com natureza especial da função exercida pelo Tribunal de Contas no particular. Seria possível afirmar até que o voto de autoria do Ministro Fachin quiçá tenha deixado dúvidas sobre a real natureza do ato frente a alguns ministros, mas terminou por prevalecer o entendimento anterior, tendo em vista a consolidação de há muito da compreensão do ato como de natureza complexa, mesmo porque eventual mudança na jurisprudência valeria também para demais tribunais de contas, conforme assinalou o Ministro Alexandre de Moraes nos debates. Acrescente-se, por fim, que o voto do Ministro Edson Fachin foi por reclassificar o ato para ato simples seguido de outro ato simples, que seria a análise do TCU, a qual – frise-se – seria ação de controle *a posteriori*, não controle prévio.

3.2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A SÚMULA Nº 347 DO STF

O Supremo Tribunal Federal editou a súmula nº 347 em 13/12/1963, a qual prevê que “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”. Remontando-se ao precedente que originou a súmula, identifica-se o Recurso em Mandado de Segurança nº 8.372, de relatoria do então Ministro Pedro Chaves, cuja ementa restou assim consignada: “Não ofende a direito líquido e certo o ato do Tribunal de Contas que nega registro a aposentadoria fundada em lei revogada. Recurso não provido”. O referido recurso foi oposto em face de decisão do Tribunal de Justiça do Ceará que denegou a ordem, ao analisar mandado de segurança impetrado por delegado de polícia substituto que havia se aposentado com base na Lei nº 4.316/1958 e cujo registro da aposentadoria havia sido negado pelo Tribunal de Contas do Estado do Ceará.

A despeito de concordar com a decisão do Tribunal de Justiça cearense, por ter mantido a decisão da Corte de Contas estadual que negou registro a aposentadoria fundada em lei tornada sem efeito, o ministro relator houve por

bem fazer-lhe o que chamou de reparo doutrinário, para não se vincular a tese que discordava. Esclareceu, no voto, que, a despeito de concordar com a ausência de competência do Tribunal de Contas para declarar inconstitucionalidade de lei, no caso concreto, o órgão de controle havia apenas afastado a aplicação de lei já tornada sem efeito por declaração de constitucionalidade da Lei nº 4.418, que havia substituído a Lei nº 4.316/1958, o que seria obrigação de “[...] qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos poderes do Estado”.

Vê-se com a análise do precedente que fundamentou sua edição, portanto, que outra foi a intenção do Supremo Tribunal Federal quando decidiu editar a súmula, visto que consta, expressamente, no voto do Ministro Pedro Chaves à época que escaparia da competência do Tribunal de Contas declarar a inconstitucionalidade de lei, alinhado, portanto, à ordem constitucional que estava por vir. Ocorre que o TCU, cujo desenvolvimento institucional ora se analisa, valendo-se da abertura dos termos lançados na súmula nº 347 do STF, aplicou-os em mais de uma oportunidade de modo diverso, deixando de atentar, inclusive, para o precedente que motivou a edição do verbete.

Nesse sentido, traz-se, primeiramente, a decisão nº 663/2002-Plenário, de relatoria do então Ministro Ubiratan Aguiar, um dos acórdãos do Tribunal de Contas que declarou a inconstitucionalidade do art. 67, da Lei do Petróleo, e respectivo decreto que a regulamentava, o Decreto nº 9.745/1998. No voto condutor do acórdão, o ministro respalda sua decisão no sistema de controle difuso de constitucionalidade e na súmula nº 347 do STF, para firmar entendimento no sentido da inconstitucionalidade dos dispositivos mencionados, dando ciência à Petrobras de que a partir dali seriam considerados irregulares os atos praticados com base no aludido decreto, resultando na responsabilização pessoal dos gestores que lhes dessem causa. Várias foram as decisões seguintes em igual sentido, dando azo a vinte e três¹⁴

¹⁴ MS nº 32.457/DF, 30.358/DF, 28.504/DF, 31.439/DF, MS nº 25.888/DF, 25.986/DF, 26.783/DF, 26.808/DF, 27.232/DF, 27.337/DF, 27.344/DF, 27.743/DF, 27.796/DF, 27.837/DF, 28.252/DF, 28.626/DF, 28.744/DF, 28.745/DF, 28.897/DF, 29.123/DF, 29.326/DF, 29.468/DF, 31.235/DF.

mandados de segurança impetrados pela Petrobras no Supremo Tribunal Federal, tendo sido deferidas dezenove cautelares¹⁵.

O Ministro Gilmar Mendes, para exemplificar uma das decisões tomadas em sede liminar, no MS nº 25.888, bem alertou que a declaração de inconstitucionalidade do art. 67, da Lei do Petróleo, e respectivo decreto que o regulamentava, parece confrontar as normas constitucionais, dentre elas o princípio da legalidade e as regras institutivas das competências do TCU. A matéria não chegou a ser decidida no mérito ainda, embora a edição da Lei nº 13.303/2016, que revogou o Decreto nº 2.745/1997, tenha sido motivo para muitos desses mandados de segurança¹⁶ impetrados no STF serem julgados prejudicados, por perda do objeto, incluindo-se o MS nº 25.888, tendo sido conseqüentemente revogada tal medida liminar. Foram opostos embargos de declaração em face da decisão, recurso recebido como agravo regimental, pendente de apreciação.

Em paralelo, tendo sido julgado o Recurso Extraordinário nº 441.280,¹⁷ no qual se discutia a aplicabilidade ou não da Lei nº 8.666/1993 à Petrobras, com respectivo reconhecimento da inaplicabilidade da norma à estatal, o Ministro Dias Toffoli concedeu a segurança em mandados de segurança¹⁸ da sua relatoria, tornando definitivas as medidas cautelares deferidas anteriormente, embora sem enfrentar a competência ou não do órgão de controle externo para realizar controle de constitucionalidade. Tais decisões, no entanto, foram posteriormente reconsideradas, para julgá-los todos prejudicados por perda do objeto, em face da interposição de agravo regimental pelo TCU, o qual, dentre os argumentos apresentados, reafirma sua competência para declarar inconstitucionalidade de lei incidentalmente a cada caso concreto que lhe é submetido e com efeitos apenas entre as partes. Registre-se que o Ministro Dias Toffoli, ao deferir o agravo, consignou expressamente acolher apenas as razões no que tocava à perda do objeto do mandado de segurança.

¹⁵ MS nº 25.888/DF, 25.986/DF, 26.783/DF, 26.808/DF, 27.232/DF, 27.337/DF, 27.344/DF, 27.743/DF, 27.796/DF, 27.837/DF, 28.252/DF, 28.626/DF, 28.744/DF, 28.745/DF, 28.897/DF, 29.123/DF, 29.326/DF, 29.468/DF, 31.235/DF.

¹⁶ MS nº 26.783/DF, 26.808/DF, 27.743/DF, 27.796/DF, 27.837/DF, 28.744/DF, 28.745/DF, 28.897/DF, 29.123/DF, 29.326/DF, 31.439/DF.

¹⁷ De relatoria do Ministro Dias Toffoli, interposto pela Frota de Petroleiros do Sul Ltda – Petrosul em face da Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras.

¹⁸ MS nº 27.337/DF, 27.344/DF, 28.252/DF.

Outra decisão que pode ser citada como exemplo da aplicação que o Tribunal de Contas tem conferido à súmula nº 347 é o acórdão nº 2.000/2017-Plenário, no qual se apreciou agravo oposto pela União em face de medida cautelar deferida pelo Ministro Relator Benjamin Zymler, em representação proposta por unidade técnica do próprio Tribunal, que determinara aos Ministérios da Fazenda e do Trabalho que se abstivessem de pagar a inativos e pensionistas o bônus de eficiência e produtividade de que trata a Lei nº 13.464/2017 até a apreciação final pela Corte do mérito da questão.

Analisando o agravo interposto pela União, o Tribunal decidiu por conhecê-lo e, no mérito, dar-lhe provimento, para negar conhecimento à representação proposta pela sua unidade técnica, com consequente arquivamento e revogação da medida cautelar deferida. No entanto, autorizou-a a proceder à fiscalização do pagamento do “[...] Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira e na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho instituída pela Lei nº 13.464/2017 nos casos concretos que lhe forem submetidos ou de que tenham conhecimento, observando-se o direito ao contraditório e à ampla defesa, quando for o caso”. Bem assim, alertou a SEFIP de que “[...] os §§ 2º e 3º dos artigos 7º e 17 da Medida Provisória 765/2016, convertida na Lei 13.464/2017 somente poderão ter a sua incidência afastada nos casos concretos submetidos à apreciação deste Tribunal, consoante autorizado no enunciado nº 347 da Súmula do STF”.

O Ministro Alexandre de Moraes, em análise do pedido liminar formulado no mandado de segurança coletivo, MS nº 35.410, impetrado ante a notificação de alguns aposentados pelo Tribunal para apresentar esclarecimentos acerca de inconsistências nos atos concessivos de suas aposentadorias atinentes ao bônus de eficiência, bem como ante o alerta do órgão de controle constante na decisão atacada no sentido de que os dispositivos autorizadores do pagamento do bônus poderiam ser afastados na análise de casos concretos que lhe fossem submetidos, deferiu a medida. O principal fundamento para tanto foi de que é inconcebível, na ordem constitucional vigente, admitir que o TCU, sem qualquer função jurisdicional, possa prosseguir realizando controle difuso de constitucionalidade, valendo-se da súmula nº 347

para tanto. Em seguida, foram concedidas medidas cautelares em mandados de segurança¹⁹ similares pelo mesmo ministro relator.

Já em análise do mérito do referido mandado de segurança pela plenário, foi confirmado o entendimento de que o TCU, sendo órgão sem função jurisdicional, não poderia declarar a inconstitucionalidade de lei federal com efeitos *erga omnes* e vinculantes no âmbito da Administração Pública federal. De se notar, entretanto, que, a despeito da fundamentação do voto de autoria do Ministro Relator consignar a superação da súmula nº 347 ante o ordenamento constitucional atual, alguns ministros divergiram da referida conclusão, mantendo espaço aberto – quiçá – para que o órgão de controle continue a ir além.

Constata-se, portanto, que o Tribunal de Contas da União se valeu, em algumas oportunidades, da previsão ambígua da súmula nº 347 do STF para declarar a inconstitucionalidade de normas, mesmo tendo o único precedente que respaldou a edição da súmula expressa indicação contrária à interpretação que vem sendo conferida pelo órgão de controle à mesma. Não bastasse o descompasso entre o posicionamento que justificou a súmula na origem e o entendimento do TCU ao interpretá-la, conforme já se adiantou, também é a interpretação da Corte de Contas contrária à Constituição Federal vigente. O art. 97, do Texto Constitucional, inserido no capítulo III, que trata do Poder Judiciário, estatui caber aos tribunais – integrantes do referido Poder, portanto – declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. Consentânea com a previsão de competência de controle de constitucionalidade para tribunais jurisdicionais,²⁰ a Constituição não previu a possibilidade de o Tribunal de Contas declarar inconstitucionalidade de lei, na extensa lista de competências conferidas ao TCU no art. 71. Rosilho (2016) aponta entendimento no mesmo sentido.

¹⁹ Conforme levantamento de Tristão (2019, p. 79): MS 35490 MC, Decisão Monocrática, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. em 06.02.2018; MS 35494, Decisão Monocrática, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. em 21.04.2018; MS 35498 MC, Decisão Monocrática, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. em 06.02.2018; MS 35500 MC, Decisão Monocrática, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. em 06.02.2018; MS 35824 MC, Decisão Monocrática, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. em 13.08.2018; MS 35812 MC, Decisão Monocrática, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. em 13.08.2018; MS 35836 MC, Decisão Monocrática, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. em 13.08.2018.

²⁰ Sobre o ponto, Justen Filho (2014) bem pontua que os tribunais de contas não são órgãos jurisdicionais, de sorte que não teriam eles por causa final compor litígios nem dizer o direito nos casos concretos. Fernandes (2013) entende que teria sido reservada competência jurisdicional para o Tribunal no que toca ao art. 71, II, da Constituição de 1988.

Identifica-se, pois, em linha com a conclusão do tópico sobre atos de pessoal, que também aqui vem sendo produzido espaço entre as regras e sua implementação, ou seja, o Tribunal de Contas tem se valido da abertura dos termos da súmula para aplicá-la de novas formas, formas estas diversas da que originou sua edição e mesmo sem respaldo constitucional, no que parece se aproximar da *conversion*. É bem verdade, porém, que, como acentua Tristão (2019), o STF, a despeito de ter deferido pontualmente decisões monocráticas entendendo que estaria superada a súmula, segue sem definir a questão, possivelmente por não haver convergência²¹ entre os ministros para revogá-la, consoante se confirma dos votos divergentes no julgamento do MS 35.401.

3.3. MEDIDAS CAUTELARES

No que toca às medidas cautelares, é possível encontrar dispositivo constitucional (art. 71, X), previsões legais (artigos 44 e 45, da LOTCU) e mesmo regimentais (art. 276, do Regimento Interno do TCU – RITCU) que perpassam o tema.

Nesse ponto, relembre-se que será feita exceção na organização proposta no início desta seção, especialmente no que toca ao poder geral de cautela, vez que ele será analisado neste tópico das medidas cautelares, por maior afinidade dos assuntos, mesmo tendo o Tribunal se valido do poder normativo para inseri-lo no RITCU, ou seja, não se analisará o tema em sede de decisão fundamentada no poder geral de cautela, mas na decisão mesma do TCU por prevê-lo no seu regimento.

Iniciando pela Constituição Federal de 1988, seu art. 71, X, prevê a possibilidade de a Corte de Contas sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal, considerando que o inciso anterior do mesmo artigo dispõe que à Corte de Contas compete assinar prazo para que o órgão ou entidade adote providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade. Ou seja, somente se assinado prazo para a unidade auditada e não atendido o

²¹ É verdade que mesmo na doutrina há quem sustente a possibilidade de os tribunais de contas realizarem controle de constitucionalidade de normas no exercício das suas funções. Fernandes (2013) sustenta que pode o TCU realizar juízo de constitucionalidade, ao julgar com base na legalidade, acaso identifique violação ao Texto Constitucional, porque não poderá se furtar a julgar.

comando, é que se poderia falar de sustação do ato pelo Tribunal,²² sendo o parâmetro de fiscalização cabível a legalidade.

Sobre o alcance da expressão “sustar”, Anelli (2019) conclui que significaria retirar a eficácia do ato, impedindo sua produção de efeitos, embora mantendo-o no mundo jurídico. Rosilho (2016), a esta posição, agrega que a sustação difere da anulação, a qual vai além para desfazer efeitos produzidos, competindo essa apenas ao Poder Judiciário.

O art. 45, da LOTCU, praticamente reproduziu o art. 71, IX e X, do Texto Constitucional, inclusive reiterando a ordem prevista, isto é, primeiro a Corte fixa prazo para correção da ilegalidade e, somente se não atendida sua determinação, é que se haveria falar de sustação do ato administrativo, à Constituição acrescentando apenas a necessidade de o Tribunal indicar os dispositivos legais a serem observados pelo órgão fiscalizado e a possibilidade de aplicar multa ao responsável, em caso de não atendimento do comando do TCU. Também foi mantido o parâmetro da legalidade a ser observado.

Entretanto, o Tribunal de Contas da União, ao editar seu Regimento Interno (Resolução-TCU nº 246/2011), foi além, para incluir dispositivo – art. 276 – prevendo espécie de poder geral de cautela para si. Eis a redação do *caput* da previsão regimental:

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. (TCU, Resolução-TCU nº 246/2011).

Vê-se, pois, que o art. 276, do RITCU, diferentemente da competência traçada pelo constituinte e pelo legislador ordinário, prevê a possibilidade de o Tribunal, entre outras providências, não indicando quais, suspender o ato ou o procedimento sem fixar prazo para o responsável sanar a ilegalidade, em caso

²² Anelli (2019), Rosilho (2016) e Sundfeld e Câmara (2013) manifestam igual entendimento.

de urgência, fundado receio de grave lesão ao erário, ao interesse público ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, o que significa que o regimento também não se ateve ao parâmetro de controle estabelecido pela Constituição Federal, fixando critérios mais ambíguos autorizadores da edição de medidas cautelares.

Rosilho (2016) aponta a inconstitucionalidade do art. 276, do RITCU, a uma, porque a ANC e o Congresso Nacional foram taxativos na concessão de poderes cautelares específicos à Corte de Contas, não albergando a possibilidade de sustar procedimentos,²³ nem de adotar outras providências, assim genericamente como previsto no RITCU; a duas, porque a Constituição e a LOTCU fixaram uma ordem a ser observada na adoção de medidas cautelares, antes estabelecendo prazo para o gestor público coibir a ilegalidade em matéria financeira, contábil, patrimonial ou orçamentária. Jordão (2016) adota entendimento semelhante. A ocorrência de urgência, fundado receio de grave lesão ao erário, ao interesse público, ou de risco de ineficácia da decisão de mérito não seriam critérios autorizadores da edição de comandos pelo Tribunal de Contas. Outra seria a providência possível: representar perante órgãos competentes e mesmo orientar gestores públicos sobre práticas tidas como irregulares, mesmo porque o poder de representar da Corte (art. 71, XI, da Constituição), este sim, é bastante amplo.

Conforme bem destaca Rosilho (2016), o constituinte optou, neste caso, por conferir ao Judiciário o poder geral de cautela, com o princípio da inafastabilidade da jurisdição, alçado a cláusula pétrea no inciso XXXV, da Constituição de 1988, cabendo ao Tribunal de Contas papel colaborativo, no particular. Ele ainda registra que é de se compreender que se intente conferir o máximo de poder ao controlador em hipóteses como tais definidas no art. 276, do RITCU, mas, não tendo sido essa a definição do legislador, há de se respeitá-la. Pode-se acrescentar, bem assim, que, quando quis o constituinte dar amplos poderes aos tribunais de contas, ele assim o fez explicitamente, conforme já se anunciou no início deste trabalho.

Identifica-se aqui que, a despeito de não ter havido mudança na legislação a justificar a edição do RITCU ampliando as hipóteses de atuação cautelar do

²³ Embora possa sustar editais publicados, com isso paralisando a licitação, como decorrência lógica.

Tribunal de Contas, valeu-se ele do poder normativo para fazê-lo e não apenas de interpretação. Nesse aspecto, vale consignar que não se identificou previsão semelhante ao art. 276, do RITCU vigente, nos regimentos internos anteriores, isto é, de 1993²⁴ compilado até 1997 e depois até 2002, tendo essa competência “surgido” no Regimento Interno editado em 2002²⁵ e se mantido no atual, a caracterizar o desenvolvimento institucional, novamente, como *conversion*, visto que, recorrendo a regras inalteradas, interpreta-as ampliativamente, explorando a abertura existente entre a regra e sua implementação, para alargar seu espectro de atuação. Jordão (2016), por exemplo, questiona se seria o TCU controlador ou administrador, ao discutir o controle prévio exercido pela Corte de Contas com base no seu suposto poder geral de cautela na modelagem dos contratos de concessão e parcerias público-privadas.

É importante que se diga, todavia, que, ao decidir o MS nº 24.510, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, fixou entendimento de que a Corte de Contas, conforme art. 276 do RITCU, tem legitimidade para expedir medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade das suas decisões. A posição prevalecente foi de que, em atenção à teoria dos poderes implícitos construída pela Suprema Corte norte-americana, seria possível extrair da Constituição o poder geral de cautela para o TCU, vencido o então Ministro Carlos Ayres Britto, por entender que as competências fixadas constitucionalmente para a Corte de Contas são exaustivas, devendo ele primeiro fixar prazo, em caso de ilegalidade, para só então, se não sanado o vício, sustar o ato.

Di Pietro (2013) diverge da posição adotada pelo Supremo no mandado de segurança indicado, por entender que da Constituição se extraiu implicitamente poder de consequências excessivamente graves, considerando-se que a lógica do constituinte foi de assinar prazo para que o administrador retome a trilha da legalidade, antes de se sustar o ato, de modo que inferir a existência de poder geral de cautela para o TCU significa inverter o procedimento desenhado na Carta Maior, tornando letra morta o inciso X, do art. 71. De toda forma, o STF segue²⁶ reconhecendo poder geral de cautela ao TCU.

²⁴ Resolução administrativa nº 15/1993.

²⁵ Resolução nº 155/2002.

²⁶ MS 26.094 e 26.547, para citar alguns exemplos.

Passando-se agora para a análise do art. 44, da LOTCU, consigne-se que por ele se atribuiu ao órgão de controle externo a competência para determinar, cautelarmente, o afastamento temporário do responsável, se existentes indícios suficientes de que “[...] possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao Erário ou inviabilizar o seu ressarcimento”, acaso prossiga no exercício das suas funções (*caput*), podendo estender a medida para eventual autoridade superior que deixe de atender a medida determinada pelo Tribunal (§1º). Nas mesmas circunstâncias, pode o TCU decretar, por prazo não superior a um ano, a indisponibilidade de bens do responsável, na medida do ressarcimento do dano em apuração (§ 2º).

A visão doutrinária de que o Tribunal estaria se autoproclamando competência que não detém, para falar com Sundfeld e Câmara (2019), no que se refere ao presente tópico,²⁷ reside na competência para tornar indisponíveis os bens dos particulares, a fim de acautelar possível ressarcimento ao erário. A controvérsia aqui tem que ver com a visão do TCU de que essa indisponibilidade de bens prevista em lei alcançaria particulares com vínculo com a Administração Pública, não sendo aplicável somente aos gestores de recursos públicos, ditos responsáveis.

Exemplo de aplicação do art. 44, § 2º, da LOTCU, a particulares não gestores de recursos públicos pelo Tribunal é o acórdão nº 2.109/2016-Plenário, no qual decidiu-se por conceder medida cautelar de indisponibilidade de bens, dentre outros, em face de integrantes de empresas privadas e das próprias empreiteiras, a exemplo da Construtora Norberto Odebrecht S.A. e da Construtora OAS S.A, tendo em vista suposto sobrepreço apurado em contratos de construção da Refinaria Abreu e Lima da Petrobras.

Em posição que dialoga com a conclusão a que chega Anelli (2019) em seu trabalho, o Ministro Marco Aurélio Mello, relator do mandado de segurança nº 34.357, impetrado pela Construtora Norberto Odebrecht S/A, deferiu medida

²⁷ A conclusão de Sundfeld e Câmara (2019) é mais abrangente, no sentido de que não teria o TCU competência para julgar contas de organizações privadas e submetê-las às suas deliberações.

liminar,²⁸ na qual, apesar de reiterar a posição do Supremo no sentido de acudir poder geral de cautela ao TCU, afirma não ter o órgão administrativo poder para bloquear, por ato próprio, dotado de autoexecutoriedade, bens de particulares contratados pela Administração Pública, visto que o art. 44, § 2º, da LOTCU, se destina à disciplina da atuação do responsável pelo contrato, servidor público, não abarcando o particular, o que seria confirmado por constar ele na Seção IV, da lei, a qual regula a fiscalização de atos e contratos dos quais resulte receita ou despesa, praticados pelos “responsáveis sujeitos à sua jurisdição”.

O *writ* em questão foi afetado ao Plenário da Corte e obteve mais um voto favorável²⁹ à decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio, tendo sido ao final julgado prejudicado, ante a extinção da providência cautelar que justificara a impetração. Mandado de segurança semelhante, MS nº 34.392, foi impetrado pela Construtora OAS no STF em face do mesmo acórdão do TCU, tendo nele também sido deferida liminar pelo Ministro Marco Aurélio, o qual ao final foi igualmente julgado prejudicado, por perda do objeto, pela revogação do ato que o motivara.

Já o MS nº 35.506, que se insurgiu contra o acórdão nº 2.014/2017-Plenário, no qual foi decretada cautelarmente a indisponibilidade de bens, dentre outros, da PPI – Projeto de Plantas Industriais LTDA., contou com medida cautelar deferida pelo Ministro Relator Marco Aurélio, pelos mesmos fundamentos. O mandado de segurança teve julgamento em Plenário iniciado, com o voto do Relator pela concessão da segurança. Em seguida, foi iniciado o julgamento virtual e houve pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes, após votos do Ministro Ricardo Lewandowski, do Ministro Luiz Fux e Edson Fachin, que denegavam a ordem. Posteriormente, o Ministro Gilmar Mendes, a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Alexandre de Moraes votaram por denegar a ordem também, tendo o Ministro Nunes Marques pedido vista em 11/04/2022.

²⁸ Mandados de segurança semelhantes foram impetrados no STF, conforme a seguir: MS nº 34.392/DF, MS nº 35.506/DF. Em ambos foram deferidas medidas cautelares também pelo Ministro Relator Marco Aurélio. O primeiro, tal qual o MS nº 34.357, foi julgado prejudicado, por perda do objeto, ante a revogação da medida que o motivou. Já o MS nº 35.506, no qual também se questionou a competência do TCU para desconSIDERAR a personalidade jurídica de empresas privadas, teve julgamento em Plenário iniciado, com o voto do relator pela concessão da segurança. Em seguida, foi incluído em lista para julgamento virtual e teve pedido de destaque pelo Ministro Alexandre de Moraes em 20/08/2020. Aguarda reinclusão em pauta, para análise de mérito.

²⁹ De autoria do Ministro Luiz Fux.

Por outro lado, conclusão diversa foi lançada na medida cautelar deferida no MS 34.446, de relatoria da Ministra Rosa Weber. O mandado de segurança foi impetrado pela Construtora Queiroz Galvão S/A em face do acórdão nº 2428/2016-Plenário, relatado pelo Ministro do TCU Benjamin Zymler, o qual decretou a indisponibilidade dos bens da referida empresa, dentre outros.

Na oportunidade, a Ministra deferiu a ordem parcialmente, suspendendo a eficácia da decisão monocrática do relator do processo no TCU, a qual, ao dar efetividade ao acórdão nº 2428/2016-Plenário, teria deixado de observar as cautelas nele apostas, tornando indisponíveis a totalidade dos ativos da impetrante. O acórdão questionado, no entanto, foi mantido na íntegra, ao fundamento de que seria reconhecido pelo STF poder geral de cautela ao TCU, bem como a possibilidade de o Tribunal fiscalizar e impor sanções a particulares, tendo afirmado, ainda, que não se poderia conferir interpretação restritiva ao comando do art. 44, § 2º, da LOTCU. O mandado de segurança em questão foi julgado prejudicado por perda do objeto, uma vez tornada insubsistente a decisão monocrática do Ministro Benjamin Zymler e decretada nova medida cautelar já com prazo esgotado, quando apreciado o processo pela Ministra Rosa Weber.

Ministro Edson Fachin adotou posicionamento semelhante no MS 34.793, no qual se questionou o acórdão nº 632/2017-Plenário, que decretara a indisponibilidade de bens da Alumini Engenharia S/A por suposto sobrepreço de R\$ 544 milhões. Em sua análise, apesar de o ministro deferir a liminar, não o fez pelo mesmo fundamento utilizado pelo Ministro Marco Aurélio. Ao contrário: fez questão de assentar sua divergência, consignando conhecer as decisões monocráticas anteriores, mas afirmou que não extrai da jurisprudência do STF interpretação a limitar a atuação cautelar do TCU no que toca às empresas contratadas pela Administração Pública, tendo mencionado, inclusive, o parágrafo único, do art. 70, da Constituição Federal, como que a indicar que as mesmas se submeteriam à jurisdição do órgão de controle externo, embora nele não haja previsão de que empresas que são pagas por serviços prestados ao Estado têm obrigação de prestar contas. Registrou também não ver distinção no texto legal do art. 44 a excluí-los do âmbito de incidência das cautelares de indisponibilidade de bens. Concedeu a cautelar apenas por estar a impetrante em recuperação judicial, ao que determinou ao TCU que requisitasse à

Advocacia-Geral da União (AGU) que formulasse pedido junto ao juízo competente.³⁰ O processo, atualmente, encontra-se concluso com o relator.

Entendimento semelhante se colhe de decisão do Ministro Gilmar Mendes, ao denegar pedido cautelar de particular no MS 35.623, reiterada ao negar seguimento ao mandado de segurança. Posteriormente, o Ministro reconsiderou a decisão, julgando-o prejudicado, tendo em vista a exclusão do impetrante da relação processual no TCU e consequente revogação da medida.

Anelli (2019) traz outro acórdão da Corte de Contas, acórdão nº 927/2016-Plenário, no qual foram apreciados recursos de ex-administrador e ex-empregado da Petrobras em face de medida cautelar deferida por meio do acórdão nº 425/2016-Plenário, ao argumento de haver “[...] novos fatos observados nos autos, sobretudo algumas medidas protelatórias processuais adotadas pelos defendentes e as novas situações que vêm sendo reveladas pelas operações investigativas da Polícia Federal e do Ministério Público sobre esse mesmo caso [...]”, estendendo, afinal, por um ano medida cautelar anteriormente deferida. Em face da renovação da medida, foi impetrado mandado de segurança perante o STF, MS nº 34.233.

O Ministro Relator Gilmar Mendes, a princípio, rejeitou o pedido liminar, ao fundamento de que em outro processo teria sido deferida indisponibilidade cautelar de bens de empresas e pessoas físicas, dentre elas o impetrante, de sorte que eventual concessão da ordem restaria sem efeito prático, por existir outro fundamento para a manutenção da constrição. Quase um ano depois, no entanto, reviu seu posicionamento inicial, por identificar inexistir respaldo normativo para a extensão do prazo por período superior a um ano ou mesmo para renovação da medida, seja na LOTCU, seja no Regimento Interno do Tribunal. Ponderou que, por se tratar de decisão a atingir o núcleo essencial do direito de propriedade, deveria seu permissivo ser interpretado restritivamente, observando-se o prazo estabelecido na legislação, de modo que eventual renovação somente se poderia dar na esfera judicial. No mérito, a segurança foi confirmada, embora tendo havido votos divergentes, no sentido de reconhecer o poder geral de cautela ao TCU, o qual, observados os princípios da motivação, adequação e razoabilidade, não deveria ser limitado.

³⁰ 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central Cível da Comarca de São Paulo.

Da narrativa sobre eventos encontrados na literatura atinentes à edição de medidas cautelares pelo órgão de controle verifica-se que: é apontada ausência de respaldo constitucional e legal no que toca ao art. 276, do RITCU, que confere ao órgão de contas poder geral de cautela, regimento este editado pelo próprio Tribunal no exercício do seu poder normativo; há indicação de limitação à competência inscrita no art. 44, da LOTCU, quer do ponto de vista dos sujeitos passíveis de serem destinatários da medida, quer relativamente à extensão temporal da constringimento. Em ambos os casos, tanto ao utilizar seu poder normativo, para criar nova regra no RITCU, expandindo sua capacidade de intervenção nos atos, procedimentos e contratos, quanto na interpretação ampliativa da LOTCU, somando-se à percepção no que toca à competência para fiscalizar atos de pessoal, observam-se ações pela Corte interpretando suas atribuições de novas formas, sem alterações normativas para tanto, em movimento institucional compatível com a *conversion*.

No que toca ao poder geral de cautela, constata-se a concordância da Corte Constitucional para tanto, a partir da aplicação da teoria dos poderes implícitos, embora, no primeiro caso em que assim se procedeu, seja possível perceber que ela poderia ter solucionado a questão apenas se valendo do art. 113, da lei 8.666/1993, que prevê expressamente a possibilidade de fiscalizar edital publicado, que era o caso sob apreciação. Já em relação à aplicação conferida ao art. 44, da Lei Orgânica, apesar da posição do Ministro Marco Aurélio por barrar o movimento expansionista do órgão de controle, no que foi a princípio acompanhado pelo Ministro Luiz Fux no julgamento do MMS nº 34.357, há outros ministros que veem respaldo para a atuação do TCU, sendo que o tema aguarda decisão plenária no MS 35.506, no qual já houve voto do próprio Ministro Fux pela denegação da ordem.

3.4. PODER REGULAMENTAR

O art. 3º, da LOTCU, atribuiu à Corte Federal de Contas poder regulamentar, “[...] no âmbito de sua competência e jurisdição, [...] 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”.

Sucedee que a competência atribuída ao citado órgão de controle pela LOTCU, em seu art. 3º, difere da competência privativa do presidente da República, prevista no art. 84, IV,³¹ da Constituição Federal, esta sim apta a regulamentar leis. Sobre o tema, Barroso (1996) pontua que o problema é a expressão “poder regulamentar” constante no art. 3º que, a ser interpretada tal qual o é para o Poder Executivo, seria inconstitucional, mesmo porque não consta dentre as competências constitucionais do Tribunal. Conferindo interpretação conforme a Constituição, portanto, só poderia ser entendida a expressão como competência para expedir regulamentos no sentido de atos administrativos normativos, a exemplo de regimento interno, circulares em geral e atos semelhantes.

Há exemplo, entretanto, consoante se anunciou na parte introdutória deste trabalho, de aplicação de forma diversa pelo TCU do seu dito poder regulamentar. Editada a Lei Anticorrupção atribuindo, no art. 16, § 10, à Controladoria-Geral da União (CGU) o papel de protagonista na celebração dos acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal e não havendo qualquer previsão para atuação do Tribunal de Contas no particular, houve por bem o órgão de controle editar a IN 74/2015.

Utilizando-se do art. 3º, da Lei nº 8.443/1992, e lançando mão de uma série de outros *considerandos*, estabeleceu forma de acompanhamento do processo de negociação dos acordos de leniência, fixando a necessidade, no § 1º, do art. 1º, da IN 74/2015, de, em cada etapa, dentre as que enumera os incisos do mesmo artigo, emitir pronunciamento conclusivo quanto aos parâmetros de fiscalização designados na Constituição Federal, o qual constituiria condição necessária para eficácia dos atos subsequentes (art. 3º). No art. 2º, por sua vez, definiu prazos para a autoridade responsável pela celebração do acordo encaminhar documentação pertinente a cada etapa e, no art. 4º, estatuiu que o não atendimento dos prazos previstos sem motivo justificado sujeitaria a autoridade responsável à incidência de multa.

³¹ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

Sobre a edição da instrução normativa de que ora se trata, Rosilho (2016) ressalta que o Tribunal, em meio à incerteza criada pela legislação sobre o seu papel na celebração dos acordos de leniência, agiu para esclarecer qual seria sua participação e, ao fazê-lo, nas palavras do autor, cometeu excessos. Apesar de reconhecer a possibilidade de o Tribunal, por meio da IN 74/2015, poder disciplinar sua forma de atuação no que toca à fiscalização de acordos de leniência, ressalva a impossibilidade de, ao fazê-lo, criar requisito para eficácia do negócio e impor obrigação para a autoridade competente, em determinados prazos, de enviar minutas dos acordos para o TCU, sob pena de multa.

Veja-se, nessa toada, que, conforme se adiantou no capítulo introdutório, a Constituição Federal de 1988 manteve a regra do controle *a posteriori* pelo controle externo, de sorte que sua competência se dá sobre atos e contratos, não sobre minutas, atos não praticados ou contratos não assinados. Mais uma vez, importa trazer a conclusão de Rosilho (2016) no sentido de que o Tribunal, em meio à omissão da Lei nº 12.846/2013, optou por interpretá-la para fortalecer sua atuação, em aparente movimento de novo compatível com o desenvolvimento institucional da *conversion*. Alves (2016), ao analisar o acórdão³² que precedeu a edição da IN 74/2015, constata que o TCU criou requisito não previsto em lei para eficácia dos acordos de leniência, tratando-se de exemplo de ativismo jurisdicional, pois, com a instrução, se operou significativa expansão do campo de atuação da Corte.

Em contrapartida ao passo dado pelo Tribunal, como que para limitar sua atuação e em aparente resposta à edição da IN 74/2015, em 11/02/2015, foi editada a Medida Provisória nº 703, de 18/12/2015, a qual previu a alteração do art. 16, da Lei Anticorrupção, com a inclusão do § 14º, o qual estatuiu: “O acordo de leniência depois de assinado será encaminhado ao respectivo Tribunal de Contas, (...)”. Não tendo sido apreciada no prazo constitucionalmente previsto, em momento que o impedimento da então presidente da República se avizinhava, a MP perdeu sua eficácia.

³² Acórdão nº 225/2015-Plenário.

Ainda na vigência da referida medida provisória, no entanto, apreciando mandado de segurança – MS 34.031 – impetrado no STF pelo Secretário-Executivo da Controladoria-Geral da União (“CGU”) em face de determinação do TCU para que encaminhasse todas as informações relativas aos prováveis acordos de leniência que estivessem em curso na oportunidade, o Ministro Gilmar Mendes concedeu a cautelar autorizando a CGU a não enviar a documentação requisitada, com fundamento na então vigente MP, que previa o envio do acordo à Corte de Contas apenas depois de assinado, mantendo a regra do controle *a posteriori*. Posteriormente, tendo sido revogado o ato coator do TCU, foi julgado prejudicado o *mandamus*.

Chegou a ser proposta ação direta de inconstitucionalidade em face da IN 74/2015, mas a norma foi revogada antes de ser apreciada a ADI 5294, o que culminou no prejuízo do pedido formulado pelo Partido Popular Socialista – PPS.

Em 12/12/2018, ocorreu a revogação da IN 74/2015 pela Instrução Normativa nº 83/2018 (IN 83/2018), a qual não prevê o pronunciamento conclusivo do Tribunal como condição de eficácia dos atos subsequentes, nem mesmo fixa prazo para envios sucessivos das minutas negociadas, bastando a autoridade competente informar em até cinco dias úteis ao TCU “[...] a instauração de processo administrativo específico de reparação integral do dano de que trata o art. 13 da Lei 12.846/2013, bem como de procedimento administrativo para celebração de acordo de leniência, previsto no art. 16 do referido diploma legal”. Outra disposição relevante para o presente trabalho consta no art. 4º, o qual estabelece ser possível a responsabilização dos gestores responsáveis pela celebração do acordo de leniência, acaso haja a inclusão de cláusulas ou condições que limitam ou dificultam a atuação do Tribunal, bem como a eficácia e a execução de suas decisões. Curioso é que praticamente os mesmos *considerandos*,³³ por assim

³³ À exceção do “considerando” que tratava da competência para acompanhar a gestão financeira em sentido amplo, a pretexto de assegurar a eficácia do controle, e da impossibilidade de se sonegar documento ao Tribunal, a saber: “Considerando que, nos termos dos arts. 41, I, “b”, e 42 c/c o art. 38 da Lei n.º 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”.

dizer, que motivaram a edição da IN 74/2015 motivaram a sua revogação, sem maiores detalhamentos para a mudança de posição.

Ao se analisar, entretanto, o acórdão nº 2898/2018-Plenário, de relatoria do Ministro Walton Alencar, o qual aprovou o projeto de instrução normativa que culminou na edição da IN 83/2018, extraem-se informações relevantes. No relatório do acórdão, consta que, dentre os órgãos públicos ouvidos, a CGU e a AGU apresentaram a Nota Informativa 200/2018, na qual apontaram a ausência de competência do TCU para fiscalizar os acordos de leniência no formato delineado na IN 74/2015. Refere, ainda, o relatório que CGU e AGU teriam afirmado na nota que o Tribunal de Contas não seria órgão competente para fiscalizar a atuação da Administração Pública dentro do exercício do poder disciplinar do Estado, não havendo previsão constitucional e legal para que a Corte exigisse sua aprovação prévia para a celebração dos acordos de leniência. Teriam CGU e AGU afirmado, igualmente, que só dariam acesso ao TCU aos dados dos acordos de leniência após sua assinatura e somente se o Tribunal se comprometesse a não utilizar as provas compartilhadas contra a empresa beneficiária do ajuste, embora pudesse usá-las para auxiliá-lo no levantamento do dano eventualmente causado ao erário não abrangido no acordo.

No voto do Relator, por sua vez, a par da proposta do grupo de trabalho constituído para revisão da IN 74/2015, foi apresentado substitutivo, tendo em vista sua conclusão:

“[...] pela necessidade de o Tribunal estabelecer procedimentos que, observadas as competências que lhe foram atribuídas pela Carta Magna e pela legislação infraconstitucional, permitam o aproveitamento das informações advindas dos acordos de leniência para o controle externo, sem, contudo, comprometer o poder discricionário das autoridades responsáveis pela negociação desses acordos, tampouco o andamento dos demais processos e fiscalizações a cargo das unidades da Segecex”. (TCU. Acórdão nº 2898/2018-Plenário).

Parece da leitura do relatório e do voto do acórdão que originou a IN 83/2018 que a Corte de Contas reconheceu os excessos cometidos no exercício da competência que lhe foi conferida pelo art. 3º, da LOTCU, quando da edição da IN 74/2015, e decidiu por sua revogação, com conseqüente edição de norma sem a

imposição de requisito de eficácia dos acordos de leniência e mesmo sem definição de prazos para as autoridades competentes encaminharem minutas dos acordos em negociação. Gabriel (2019), ao comentar a revogação da instrução, refere-se ao Aviso Interministerial 22, de julho de 2018, assinado pela CGU e pela AGU e encaminhado para a presidência do TCU, no qual mencionam-se entraves na relação entre os órgãos, a exemplo do pedido de auditores de controle externo da apresentação dos números de inscrição dos negociadores no CPF para fins de eventual responsabilização. Neste sentido “[...] quando é certa a ausência de competência dessa Corte de Contas para aferir a conduta de tais membros no âmbito dos acordos de leniência”, infere-se que esse movimento de autocontenção do Tribunal possa ser uma resposta a tal documento.

Recentemente, é bom que se diga, houve um novo marco nessa seara, com a assinatura de acordo de cooperação interinstitucional envolvendo, além do TCU, a AGU, a CGU e o Ministério da Justiça e da Segurança Pública, sob coordenação do STF. Inicialmente, era prevista a assinatura do acordo também pelo Ministério Público Federal (MPF), mas a 5ª Câmara de Coordenação e Revisão emitiu a Nota Técnica nº 2/2020 – 5ª CCR opinando pela não adesão do MPF ao acordo no modelo desenhado.

Dentre as justificativas do referido acordo, pela pertinência com a ampliação promovida pelo TCU com a IN 74/2015 – ainda que posteriormente substituída por outra mais autocontida –, cita-se a multiplicidade de camadas de competências e responsabilidades sem hierarquia entre elas, a demandar a atuação articulada do sistema de responsabilização, dada a natureza multifacetada dos atos de corrupção. Fundamentou-se também o ajuste no sistema de freios e contrapesos do Estado Democrático de Direito, tendo sido destacado o papel do controle externo na legitimação democrática dos atos estatais e frisada a necessidade de que a atuação coordenada dos órgãos se desse em estrita observância das suas atribuições legais, a fim de evitar insegurança jurídica, conflitos interinstitucionais e sobreposição de atuações. Dentre os princípios gerais consignados para atuação em matéria anticorrupção, o terceiro menciona o respeito às atribuições e competências estabelecidas. A primeira ação sistêmica fixada no acordo de cooperação também endereça a necessidade de respeito e afirmação das competências das demais

instituições integrantes do sistema anticorrupção brasileiro e a terceira prevê a adequação de atos normativos e procedimentos internos aos seus termos.

Novamente, portanto, percebe-se o órgão de controle valendo-se da ambiguidade da norma, para interpretar suas atribuições de forma a estender seu poder para além dos limites legais, a despeito de não haver mudança normativa a respaldar essa ampliação, senão a partir de sua própria reinterpretação do seu poder dito regulamentar, a caracterizar seu desenvolvimento institucional como *conversion* e com isso intensificando uma atuação que deveria ser excepcional, no sentido de realizar controle prévio, posição também sustentada por Jordão (2016). É verdade, porém, que, no que toca aos acordos de leniência, a Corte vem adotando postura de maior contenção, embora seja possível notar quiçá outros atores exercendo seu poder de veto nessa matéria.

3.5. ATUAÇÃO EM SEDE DE CONTRATOS

Quando se trata da atuação do Tribunal de Contas em sede de contratos, a doutrina questiona sua competência tanto para sustá-los quanto para deferir medidas interventivas outras a eles relacionadas, a exemplo das cautelares para retenção de pagamentos. Andrade (2016) destaca que o órgão de controle externo tem ido além da verificação da legalidade do procedimento licitatório e do consequente ajuste, sendo que, a pretexto de garantir o atendimento aos princípios da economicidade, eficiência e eficácia, revê escolhas do administrador e desconstitui cláusulas contratuais, ainda que acobertadas pelo ato jurídico perfeito, papel que não teria sido conferido pela ANC ao Tribunal de Contas da União.

Quanto ao ponto, importa rememorar, consoante já ventilado na parte inicial deste trabalho, que a Constituição de 1934 foi a primeira a inserir os contratos na regra do controle prévio pelo TCU, embora Speck (2000) registre que a regra já estava prevista na legislação desde 1911. Referida regra veio a mudar a partir da adoção do modelo de controle *a posteriori* implementada pelo constituinte em 1967. Speck (2000), por sua vez, informa que além do crescimento da Administração, outros argumentos de cunho prático eram utilizados contra a sistemática do controle prévio: de um lado, a análise precedente pelo órgão auxiliar do controle externo empacava a execução

orçamentária e, de outro, os curtos prazos de que dispunha para avaliação impactava a qualidade do controle realizado.

Com a mudança, o controle pelo Tribunal passou a ser repressivo, diminuindo sua capacidade interventiva sobre os contratos, já que sua atuação passou a se dar após a realização da despesa, dispondo ele de capacidade para sancionar o gestor responsável por eventual despesa irregular (art. 71, VIII, da Constituição), ou concomitante à sua realização, quando, verificada ilegalidade no curso do contrato, assinando prazo para que a autoridade providencie sua correção (art. 71, IX, da Constituição).

Em paralelo à mudança do momento do controle das despesas públicas, o constituinte, em 1967, passou a prever a possibilidade de o Tribunal não apenas esperar a documentação que lhe fosse enviada para análise, podendo ele também realizar auditorias e inspeções,³⁴ no que passa a ser um controle seletivo, não mais global, conforme acentua Speck (2000). A partir da referida competência, pode também o TCU controlar contratos, mas, como alertam Sundfeld e Câmara (2013), essa particularidade não o autoriza a proceder como se no regime anterior estivesse, ou seja, não passa a ser com isso um quase-administrador,³⁵ compartilhando a gestão com a Administração Pública, como fazia quando vigorava a regra do controle prévio. E isso é assim porque, para ser externo, o controle precisa ser independente: se previamente participa da tomada de decisão, que era o que ocorria quando validava o contrato e as despesas dele decorrentes, perde capacidade crítica, já que se compromete com a decisão, passando a se confundir com o controlado.

É nesse sentido, portanto, que Sundfeld e Câmara (2013) ressaltam que o desenho constitucional foi de um controle efetivamente externo, mas também capaz de influenciar a gestão da coisa pública. Por isso, portanto, que a par de manter inalterada a regra do controle repressivo, há previsão constitucional para o controlador assinar prazo, em caso de ilegalidade, para que o controlado atue em sua correção, embora, no inciso seguinte, preveja apenas a possibilidade de sustação do ato unilateral pelo órgão de controle, não havendo

³⁴ Conforme art. 71, IV, da Constituição Federal de 1988.

³⁵ Expressão utilizada por Speck (2000).

previsão semelhante para sustar contratos. Ao contrário: tratando-se de atos bilaterais, a competência é do Poder Legislativo.³⁶

A diferença entre a ordem constitucional atual e a anterior é que, na Constituição de 1967, não analisada a solicitação do Tribunal em trinta dias pelo Congresso, era ela considerada insubsistente, conforme art. 73, §§5º e 6º.

Já o constituinte de 1988 optou por promulgar texto prevendo a competência da Corte de Contas para “decidir a respeito”, caso o Congresso Nacional não decida em 90 dias, o que conferiu ambiguidade ao texto. Veja-se a previsão dos §§ 1º e 2º, do art. 71:

§ 1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

§ 2º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito. (CRFB, 1988).

Rosillo (2016), sobre o ponto, bem ressalta, porém, que chegou a haver, durante a constituinte, anteprojeto elaborado pela Subcomissão do Orçamento e da Fiscalização no qual constava³⁷ caber ao TCU a decisão de sustar eventual contrato irregular, se não corrigida a irregularidade pelo agente público no prazo definido pela Corte, com possibilidade de recurso ao Congresso Nacional, recurso esse que, se não apreciado em sessenta dias, faria prevalecer a decisão do Tribunal. O anteprojeto elaborado pela Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças, igualmente, manteve a redação privilegiando o TCU.

³⁶ Em linha com o art. 71, § 1º, do Texto Constitucional.

³⁷ No art. 27 do anteprojeto apresentado pela Subcomissão do Orçamento e da Fiscalização, constava:

“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”.

Sucedde que a redação final aprovada pela ANC não foi esta, a denotar que houve uma escolha consciente do poder constituinte originário no sentido de manter a competência para sustar contratos com o Congresso Nacional.

Por outro lado, o art. 46, § 3º, da LOTCU, cujo projeto de lei foi apresentado pelo próprio TCU, acrescentou complemento a dispositivo muito semelhante ao art. 71, § 1º, da Carta Maior: “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**”,³⁸ a trazer ainda mais dúvidas sobre as possibilidades e limites do controle, no particular, embora ela precise ser lida em conjunto com a Constituição Federal.

Sundfeld e Câmara (2013), entretanto, concluem que, a despeito de haver convergência quanto à competência do Poder Legislativo para sustar contratos, o Tribunal de Contas da União tem adotado medidas interventivas na execução das despesas, embora sob rótulo diverso da sustação de contrato. Assim se dá porque, a pretexto de um suposto poder geral de cautela que estaria implícito em suas competências e sobre o qual já se tratou em tópico anterior, várias são as decisões que vêm sendo tomadas pelo TCU e que têm o condão de impactar contratos, a exemplo de cautelares para reter pagamentos e alterar cláusulas contratuais, embora nelas não se afirme se tratar de uma sustação de contrato. Também a previsão constitucional ambígua no sentido de que o Tribunal de Contas “decidirá a respeito”, caso não seja efetivada a sustação do contrato pelo Congresso em noventa dias, constante do art. 71, § 1º, aliada à redação da parte final do § 3º, do art. 46, da LOTCU, igualmente ambígua, têm sido utilizadas para justificar a ação interventiva do órgão externo de controle no que toca a contratos.

Exemplo de decisão como tal, baseada no poder geral de cautela, se extrai do acórdão nº 2.790/2017-Plenário, o qual apreciou agravo interposto pela Fundação de Assistência e Previdência Social do BNDES³⁹ (Fapes) contramedida cautelar adotada pelo Tribunal de Contas da União que determinou a suspensão temporária de pagamentos nos contratos de confissão

³⁸ Destaque não original.

³⁹ Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social.

de dívida celebrados entre o BNDES, BNDESPAR⁴⁰, Finame⁴¹ e Fapes. No agravo, a Fapes, para a discussão que interessa ao presente tópico, arguiu a usurpação de competência privativa do Congresso Nacional, haja vista que a decisão recorrida havia suspenso contratos de confissão de dívida, com isso violando o art. 71, § 1º, do Texto Constitucional, e o art. 45, § 2º, da LOTCU.

Ao analisar o recurso, no entanto, o Ministro-Substituto do TCU, Augusto Sherman, especificamente sobre o argumento da usurpação de competência, afirmou que a medida cautelar deferida não havia suspenso os contratos, mas apenas determinado a suspensão temporária dos pagamentos neles ajustados, com base no poder geral de cautela atribuído aos magistrados e, em relação aos ministros do TCU, respaldada no art. 276, do RITCU, conforme haveria sido reconhecido pelo STF no julgamento do MS nº 33.092.

Primeiramente, cabe consignar que não é preciso estar exposto na decisão que se está a sustar contratos para que a sustação ocorra, mesmo porque, no caso concreto, em se tratando de contratos de confissão de dívida por meio dos quais o BNDES faria aportes unilaterais ao plano de benefícios previdenciários administrado pela Fapes, difícil imaginar que outras obrigações adviriam do contrato que não os pagamentos dos aportes ajustados. Mais parece tratar-se na espécie de exemplo da prática constatada por Sundfeld e Câmara (2013) de adoção de medidas interventivas em contratos pelo órgão de controle sem tipificá-las como sustação, possivelmente, para enfraquecer o argumento de quem viesse a impugnar o ato judicialmente. Aliás, neste passo, os autores, ao analisarem o que seria “sustar” contratos, concluem que a Constituição pretendeu aludir a medidas interventivas do controlador que suspendessem despesas tidas por irregulares, exatamente o que fez o Tribunal ao suspender os pagamentos nos contratos de confissão de dívidas.

Para além deste ponto, consigne-se que o relator do recurso no TCU, ao respaldar a suspensão dos pagamentos, se valeu do art. 276, do RITCU, cuja constitucionalidade é duvidosa, conforme já exposto na seção sobre medidas cautelares, e não trata de contratos, mas apenas de atos e procedimentos. Veja-se sua redação:

⁴⁰ BNDES Participações S.A.

⁴¹ Agência Especial de Financiamento Industrial.

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. (RITCU).

Em outras palavras, nem mesmo o pretense poder geral de cautela que o Tribunal se atribuiu por meio do RITCU prevê a possibilidade de sua utilização em sede de contratos, não havendo previsão no ordenamento jurídico que respalde tal competência. Sundfeld e Câmara (2013) ressaltam, igualmente, tal ausência de respaldo legal.

No que toca ainda ao acórdão nº 2.790/2017-Plenário, observa-se menção ao MS nº 33.092, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, indicado pelo relator do processo na Corte de Contas como precedente a sustentar o suposto poder geral de cautela conferido aos ministros do TCU. Sucede que a decisão mencionada, a despeito de afirmar que o órgão de controle externo teria poder geral de cautela, apreciou, na hipótese, medida que havia tornado indisponíveis os bens de ex-gestores da Petrobras, a qual encontra base legal no art. 44, da LOTCU, independentemente de um possível poder geral de cautela.

No entanto, o acórdão do TCU que negou provimento ao agravo interposto pela Fapes foi contestado no Supremo Tribunal Federal, no MS nº 35.038, de relatoria da Ministra Rosa Weber, julgamento que foi pela denegação da segurança, em 13/03/2018, sendo que um dos fundamentos foi o poder geral de cautela. Importa destacar, porém, que a Ministra, na fundamentação, se valeu de julgados do STF que reconheciam tal poder em sede de fiscalização de edital publicado⁴² (MS nº 26.000) e em análise de medida de constrição de bens⁴³ decretada pelo TCU (MS nº 24.510), ou seja, não indicou qualquer precedente que reconhecesse poder geral de cautela para deferimento

⁴² A qual encontra respaldo expresso no art. 113, § 2º, da Lei nº 8.666/1993, sem correspondente na Lei nº 14.133/2021.

⁴³ Cujo fundamento expresso consta no art. 44, da LOTCU, conforme já registrado.

de medida cautelar de intervenção em contratos. Outro fundamento utilizado pela Ministra, desta feita para não acatar o argumento da Fapes de que a competência para sustação de contratos se situaria no plexo de competências privativas do Congresso, foi de que, apesar de não poder o TCU sustar contratos, poderia determinar sua anulação, também referindo à precedente da Suprema Corte.⁴⁴

Sucede que aqui há observações a serem feitas. A despeito de o STF confirmar a incompetência do TCU para sustar contratos, mesmo porque, a ser diferente, violaria letra expressa constitucional, afirma que poderia ele determinar sua anulação, para ao fim e ao cabo respaldar sua sustação, sem nem mesmo observar o rito constitucional traçado para sustação de contratos. Além disso, reconhecer a competência do órgão de controle externo para determinar a anulação de contrato parece resultar, na prática, no reconhecimento de que poderia ele anulá-lo, haja vista o forte incentivo do gestor para cumprir a determinação do Tribunal, já que estaria sujeito a responder com sanções pessoais em caso de inobservância. Tal conclusão significa dizer que o Tribunal de Contas não pode o menos, que seria a sustação, para impedir apenas a produção de efeitos do contrato, mas pode o mais, que é anular, revertendo, inclusive, efeitos já produzidos. Aparenta configurar-se aqui uma subversão da lógica constitucional.

Acredita-se que Saad (2019) conclui de forma semelhante, ainda que por outro olhar, quando ressalta ser vedado aos tribunais de contas determinarem ou declararem a que título for a extinção do vínculo existente entre a Administração e o particular, mesmo que o ajuste viole a legalidade, haja vista que a Lei nº 8.666/1993, para além da rescisão unilateral por parte da contratante e a consensual, somente autoriza a rescisão judicial do contrato por ilegalidade, o que excluiria a competência dos tribunais de contas para fazê-lo. Andrade (2016) manifesta entendimento de mesmo sentido.

Sundfeld (2013) trilha igual caminho, quando, em parecer que proferiu, constatou haver reserva de jurisdição em matéria de anulação de contratos de concessão e mesmo contratos administrativos em geral. Para tanto, esclarece que a Lei nº 8.666/1993 prevê, no art. 79, I, c/c o art. 78, I a XII e XVII, as

⁴⁴ MS 23.550, redator do acórdão o Ministro Sepúlveda Pertence, Plenário, DJ de 31/10/01.

hipóteses em que a Administração pode rescindir unilateralmente a avença, dentre as quais não consta a ilegalidade, sendo que, no art. 79, II, prevê-se a rescisão consensual e, no inciso III, a judicial, único dispositivo que poderia ser utilizado, portanto, para anular o contrato. Ainda descarta a possibilidade de que o legislador não tenha previsto a ilegalidade como condição a ensejar a rescisão porque em verdade dever-se-ia declará-lo nulo, pois, a ser assim, seria uma cláusula exorbitante e o art. 58, que as disciplinou, não incluiu tal prerrogativa em seu rol. Registre-se que a edição da Lei nº 14.133/2021 não alterou o cenário ora traçado.

Sobre o caso da Fapes, ora apresentado, Tristão (2019) expõe opinião semelhante sobre a exorbitância da atuação do Tribunal, quando afirma que o argumento do poder geral de cautela tem sido utilizado pelo STF para respaldar decisões da Corte de Contas sem previsão legal expressa. O autor destaca, ainda, que, tendo em vista a falta de clareza nas decisões da Corte Constitucional quanto à definição do “poder geral de cautela”, ou seja, quais seriam seus limites e possibilidades, o Tribunal de Contas da União, em desenvolvimento institucional que se entende aqui compatível, novamente, com a *conversion*, tem ocupado esse vácuo, no particular, dele valendo-se para agir de modo nem sempre respaldado em lei.

Em agravo interno interposto pela Fapes, a 1ª Turma acatou o voto da Ministra Relatora Rosa Weber, para negar provimento ao recurso, basicamente sob os mesmos fundamentos da decisão que denegou a ordem no MS nº 35.038. Em sede de embargos de declaração opostos pela impetrante, por entenderem que a medida de suspensão dos pagamentos encontra respaldo no poder geral de cautela conferido ao TCU, bem como ante o art. 71, IX, da Constituição, foi rejeitado o recurso e imposta multa de 1% sobre o valor da causa.

Esclareça-se, ainda, quanto ao alcance da expressão “decidirá a respeito”, constitucionalmente adotada, o entendimento doutrinário de que também aí não se poderia conferir à Corte de Contas competência expressamente atribuída ao Congresso Nacional, de modo que, se não atendidas as medidas pelo Executivo, uma vez determinadas pelo Legislativo, ou se o próprio Legislativo não decidisse a questão, caberia ao Tribunal decidir pela imposição de sanção ou não ao agente público responsável e pela ilegalidade ou não da despesa, para fins de julgamento das contas, valendo-se, pois, do seu espectro de competências, mesmo porque

– relembre-se – é o TCU órgão a auxiliar o Congresso e não o contrário. Sundfeld e Câmara (2013), Rosilho (2016), Barroso (1996) e Grau (1997) trilham esse caminho⁴⁵.

3.6. RESPOSTAS A CONSULTAS

Sobre as respostas a consultas, cabe consignar que sua previsão tem assento na LOTCU, especificamente no art. 1º, XVII e § 2º.

Tendo em vista previsão da parte final do inciso XVII, o RITCU dispõe sobre o tema nos artigos 264 e 265, especificando as autoridades legitimadas a proceder a consultas,⁴⁶ bem como a necessidade de algumas delas demonstrarem a pertinência temática da consulta com suas atribuições (presidente de comissão do Congresso Nacional ou de suas casas; presidentes de Tribunais Superiores; ministros de Estado ou autoridades do Poder Executivo federal de nível hierárquico equivalente; comandantes das Forças Armadas).

Na doutrina, identificaram-se apontamentos de ações do Tribunal extrapolando suas competências quando da resposta a consultas. Araújo (2013), ao analisar a base de jurisprudência do órgão de controle, afirma ser possível identificar julgados em que se teria ido além das possibilidades da interpretação de normas administrativas, para, por exemplo, criar normas, direitos para servidores e obrigações para gestores públicos.

Exemplifica a conclusão a que chegou citando a Decisão 663/1997–Plenário, ratificada pela Decisão 841/1997–Plenário, em resposta à consulta do Superior Tribunal Militar. Relata que o TCU fixou entendimento no sentido de que o tempo de trabalho rural poderia ser computado mesmo sem a devida contribuição, desde que houvesse certidão do INSS atestando o período laboral até a edição da Medida Provisória nº 1523/1996, que vedava essa possibilidade. Com a superveniência da referida medida provisória impedindo tal cômputo

⁴⁵ Em sentido contrário, ou seja, favorável à assunção pelo TCU da competência constitucionalmente atribuída pelo Congresso se por ele não exercida no prazo de 90 dias, Martins (2000).

⁴⁶ “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”.

para fins de aposentadoria no serviço público, o Tribunal entendeu que poderia contar o tempo, se o pedido de averbação fosse anterior à dita MP.

Posteriormente, em 1997, houve decisão do STF em sede de cautelar de ADI (1664) contrária a tal entendimento, baseada no texto do art. 202 da Constituição Federal vigente anteriormente à Emenda nº 20/98, que previa a obrigatoriedade das contribuições previdenciárias para efeito de contagem recíproca do tempo de serviço rural em caso de aposentadoria estatutária. O autor alerta que, mesmo a referida ADI tendo sido julgada prejudicada, vários acórdãos seguintes do Supremo reiteraram esse entendimento. O TCU só mudou sua posição nove anos depois, em 2006, por meio dos Acórdãos números 740/2006 e 1.893/2006, ambos do Plenário.

Registra ainda, que a primeira posição firmada pelo TCU foi ativista⁴⁷ e a segunda positivista. Sobre as decisões de 1997 afirma que a Corte de Contas criou, por meio do que chamou de “construção jurisprudencial”, a possibilidade jurídica de gozo de direito previdenciário sem respaldo legal para tanto e contrariando a letra da Carta Constitucional, o que teria conferido “[...] um tom mais intenso ao arroubo ativista que marcou o surgimento desses precedentes”.⁴⁸ Vê-se que o Tribunal aí se vale da previsão legal para responder dúvidas acerca da aplicação de dispositivos legais e regulamentares para, em lugar de se ater à competência que lhe foi legalmente conferida, criar direitos, inovando na ordem jurídica.

Aqui vale referir, novamente, a Rosilho (2016), em especial à sua alusão ao amplo espaço de discricionariedade deixado pela legislação ao TCU e à utilização seletiva pelo Tribunal do seu poder regulamentar, vez que inseriu, no seu Regimento Interno, restrições precisas ao alcance do termo legal “autoridade competente”, mas não especificou limites materiais para si nas respostas a consultas, nem detalhou procedimento claro a ser observado pelo TCU em suas respostas, não tratando, igualmente, dos efeitos que as respostas a consultas e eventual revisão das mesmas poderiam ocasionar aos ditos jurisdicionados. Frisa-se o trecho para conectar a atuação do Tribunal também

⁴⁷ O autor (2014) define ativismo como a produção de decisões jurisdicionais que interpretam as leis e a Constituição ampliando-as a ponto de criar normas cuja edição caberia ao Poder Legislativo fazê-lo.

⁴⁸ Araújo (2013, p. 163).

no que se refere à sua competência legal para responder a consultas à *conversion*, transformação gradual propiciada por amplos espaços de discricionariedade somados às baixas possibilidades de veto.

Outra decisão mencionada por Araújo (2013) foi o acórdão nº 514/2007-Plenário, de relatoria do Ministro-Substituto Marcos Bemquerer, o qual, em resposta a consulta formulada pelo então presidente do Tribunal Superior do Trabalho, confirmou o acórdão nº 2.248/2005-Plenário, que havia restabelecido a possibilidade de incorporação de “quintos” de função comissionada no período de 09/04/1998 a 04/09/2001, em linha com interpretação que outros órgãos públicos vinham conferido ao art. 3º, da Medida Provisória nº 2.225-45/2001 (MP 2.225/2001). O referido dispositivo legal inseriu o art. 62A na Lei nº 8.112/1990, transformando os “quintos” incorporados em Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada (VPNI) e revogando tacitamente o *caput*,⁴⁹ do art. 15, da Lei nº 9.527/1997, que havia extinguido a vantagem dos “quintos”. O Tribunal e demais órgãos públicos houveram por bem interpretar que teria sido repristinada a norma anterior que instituíra os “quintos”, ao fundamento de que, se uma norma foi revogada, é porque antes ela existia. Com isso, os “quintos” seriam devidos até a data da edição da MP 2.225/2001.

Neste caso, o Ministro Walton Alencar Rodrigues, em voto revisor apresentado no julgamento que resultou no acórdão nº 2.248/2005-Plenário, reconheceu que a extrapolação dos limites da MP 2.225/2001 implicava a usurpação de competência do Poder Legislativo e afronta ao princípio da separação de poderes. O Ministro Gilmar Mendes, em análise da referida decisão levada a cabo pelo Mandado de Segurança nº 25.763, deixou assente que a repristinação de uma norma no ordenamento jurídico pátrio somente pode ocorrer por meio de lei, sendo que o acórdão nº 2.248/2005 padeceria de ilegalidade e mesmo inconstitucionalidade. O Ministro Marco Aurélio, por sua vez, afirmou não conceber a concessão de poder legiferante ao TCU.

⁴⁹ “Art. 15. Fica extinta a incorporação da retribuição pelo exercício de função de direção, chefia ou assessoramento, cargo de provimento em comissão ou de Natureza Especial a que se referem os arts. 3º e 10 da Lei nº 8.911, de 11 de julho de 1994”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao consolidar as conclusões parciais a que se chegou em cada tópico de análise das decisões adotadas ou normas editadas pelo Tribunal de Contas da União a partir das competências que lhe foram conferidas pelo ordenamento, percebe-se ser constante a sua atuação por entre os espaços de ambiguidade da norma, sem alteração nas regras já existentes e, com isso, convertendo-se a Corte a novos objetivos, funções ou propósitos. Este cenário permite-nos caracterizar seu desenvolvimento institucional a partir de 1988 como um movimento de *conversion*, conforme tipologia definida por Thelen, Streeck (2005) e Mahoney (2009).

Viram-se ações de interpretação ampliativa postas em prática pelo órgão de controle externo ao (i) negar registro a ato concessivo de aposentadoria sem notificar a autoridade competente para autuar processo administrativo disciplinar; (ii) declarar inconstitucionalidade de normas com base em súmula cujo precedente aponta para a impossibilidade de fazê-lo; (iii) incluir artigo no RITCU para se autoatribuir suposto poder geral de cautela, decretando indisponibilidade de bens de particulares, renovando medidas de constrição de bens por mais de um ano, editando instruções normativas para criar requisitos não previstos em lei, sustando contratos e utilizando do instrumento das respostas a consultas para se substituir ao legislador.

Chega-se na literatura a encontrar afirmações, em linha com algumas passagens deste trabalho, de que o TCU se pretende administrador (Jordão, 2016), quase-administrador (Speck, 2000),⁵⁰ administrador público hierarquicamente superior (Jordão, 2016), esfera revisora das decisões da Administração Pública e revisor geral da Administração (Sundfeld e Câmara, 2013), regulador e não controlador (Pereira, 2019), revisor geral da atividade administrativa (Rosilho, 2016), isso para ficar somente com algumas, a demonstrar que a doutrina tem percebido a ampliação de competências pelo Tribunal a partir de interpretação normativa, embora sem examiná-la sob o olhar dos neo-institucionalistas históricos, o que se fez na pesquisa ora

⁵⁰ Observe-se aqui que Speck utiliza a expressão “quase administrador” para caracterizar o papel assumido pelo TCU na Constituição de 1934, quando a ele foi atribuído como regra o controle prévio das despesas, mas se optou por incluí-la no rol, porque parece ser esse o desejo do Tribunal de Contas: retornar ao modelo do controle prévio por interpretação.

apresentada. Estes autores incluiriam, no rol também órgão menos auxiliar e mais autônomo de controle, percepção que quiçá possa ser reforçada pela seguinte fala 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. (SENADO FEDERAL, 1987, p. 115).

Cabe esclarecer neste ponto que não se questiona nesta pesquisa a importância central do papel desempenhado pelo TCU no exercício do controle externo, sendo crucial, inclusive, destacar a capacidade técnica de seu corpo de Auditores Federais de Controle Externo e mesmo a especialização desenvolvida no que toca aos temas que perpassam a Administração Pública, colaborando em muito para o aprimoramento da gestão. Ao contrário: é, justamente, por reconhecer a contribuição que o órgão oferece que se registra aqui a necessidade de que tão relevante função seja exercida nos limites do *rule of law*, buscando ampliar suas competências, se assim percebe necessário, por meio de proposições legislativas para tanto, em trabalho semelhante ao que fez ao longo da Assembleia Nacional Constituinte e mesmo posteriormente no Congresso Nacional, quando do trâmite do projeto da sua lei orgânica.

Por fim, entende-se que outros trabalhos, em linha com o que se realizou nesta pesquisa no que toca ao TCU, podem explorar o desenvolvimento institucional de outros órgãos, em especial órgãos com assento constitucional, o que contribuiria, na visão destes pesquisadores, para que se alcance o que MacCormick (2011) chamou de constituição genuína.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Francisco Sérgio Maia. O ativismo na atuação jurídico-administrativa do Tribunal de Contas da União: Estudo de casos. RIL Brasília, a.5, n. 209, jan./mar. 2016, p. 303-328.

ANDRADE, Débora de Assis Pacheco. Limites do controle do Tribunal de Contas da União sobre contratações públicas. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

ANELLI, Jonilson Marcel Silva. Juridicidade na aplicação da medida cautelar de indisponibilidade de bens pelo Tribunal De Contas da União contra particulares contratantes com o Estado. 2019. Dissertação (Mestrado em Constituição e Sociedade). Instituto Brasiliense de Direito Público – Brasília, 2019.

ARAÚJO, Carlos Maurício Lociks de. Ativismo na jurisprudência do Tribunal de Contas da União. *In*: BRANCO, Paulo Gustavo Bonet. Jurisprudência Constitucional. Brasília: IDP, 2013, p. 152-171.

BARROSO, Luís Roberto. Tribunais de contas: algumas incompetências. RDA, v. 203, jan./mar. 1996.

CÂMARA, Jacintho Arruda. SUNDFELD, Carlos Ari. Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari. Contratações Públicas e seu Controle. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 176-220.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Artigo 27. *In*: PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **Segurança Jurídica e Qualidade das Decisões Públicas**: Desafios de uma sociedade democrática. Brasília: Senado Federal, 2015, p. 36-39. Disponível em: <http://anastasia.com.br/wp-content/uploads/2015/09/segurancajuridica.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2020.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência, 3ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2013.

GABRIEL, Yasser. Novo regulamento do TCU sobre acordos de leniência: algo mudou?, 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/novo-regulamento-do-tcu-sobre-acordos-de-leniencia-algo-mudou-01052019>. Acesso em: 24 mar. 2021.

GRAU, Eros. Tribunal de Contas – Decisão – Eficácia. *In*: RDA 210. Rio de Janeiro: Renovar/FGV, out./dez. 1997.

JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados –controlador ou administrador? *In*: LEAL, Fernando. MENDONÇA, José Vicente Santos de. Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2016, p. 61-86.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MACCORMICK, Neil. Instituciones del Derecho. Tradução: Fernando Atria e Samuel Tschorne. Madrid: Marcial Pons, 2011. Título original: Institutions of Law.

MAHONEY, James. THELEN, Kathleen. A Theory of Gradual Institutional Change. *In*: MAHONEY, James. THELEN, Kathleen. Explaining Institutional Change: Ambiguity, Agency, Power. Cambridge University Press, 2009, p. 1-37.

MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2^a ed., 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 32^a ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

PELEGRINI, Márcia. A competência sancionatória do Tribunal de Contas no exercício da função controladora – Limites Constitucionais. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

PEREIRA, Gustavo Leonardo Maia. O TCU e o controle das agências reguladoras de infraestrutura: controlador ou regulador? 2019. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento) - Escola de Direito, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2019.

ROSILHO, André Janjácomo. Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

SAAD, Amauri Feres. O controle dos tribunais de contas sobre os contratos administrativos. *SILC*, ano 2, nº 15, p. 55-94, 2019.

SENADO FEDERAL. Assembleia Nacional Constituinte, (Atas de Comissões), Subcomissão do Poder Legislativo, Ata da 5ª Sessão Extraordinária, 30/04/1987, Brasília, p. 115. Disponível em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/3a_Subcomissao_Do_Poder_Legislativo.pdf. Acesso em: 27 mar. 2021.

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.

SUNDFELD, Carlos Ari. CÂMARA, Jacintho Silveira Dias de Arruda. MONTEIRO, Vera Cristina Caspari. ROSILHO, André Janjácómo. O valor das decisões do Tribunal de Contas da União sobre irregularidades em contratos. *In: Revista Direito GV*. São Paulo, v. 13, n. 3, p. 866-890, Dec. 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322017000300866&lng=en&nrm=iso.

STREECK, Wolfgang. THELEN, Kathleen. Introduction: Institutional Change in Advanced Political Economies. *In: STREECK, Wolfgang; THELEN, Kathleen. Beyond continuity: Explorations in the dynamics of advanced political economies*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2005, p. 1-39.

SUNSTEIN, Cass. After rights Revolution: reconceiving the Regulatory State. Massachusetts: Harvard University Press, 1993.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Regimento interno do Tribunal de Contas da União. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/regimento-interno-do-tribunal-de-contas-da-uniao.htm>. Acesso em: 27 mar. 2021.

TRISTÃO, Conrado Valentini. Controle do Tribunal de Contas da União pelo Supremo Tribunal Federal: Uma análise a partir dos julgamentos de mandados de segurança. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento) – Escola de Direito, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2019.

Missão da Consultoria Legislativa

Prestar consultoria e assessoramento especializados ao Senado Federal e ao Congresso Nacional, com o objetivo de contribuir com o aprimoramento da atividade legislativa e parlamentar, em benefício da sociedade brasileira.

Núcleo de Estudos
e Pesquisas

Consultoria
Legislativa

SENADO
FEDERAL



ISSN 1983-0645