Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Centro de Ciências Sociais
Faculdade de Direito

Luciano Morandi Batalha

O Tribunal de Contas Operacional: Contexto, conceito e conteúdo.

Rio de Janeiro
2023

Luciano Morandi Batalha

O Tribunal de Contas Operacional:

Contexto, conceito e conteúdo.

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. José Vicente Santos de Mendonça

Rio de Janeiro

2023

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

B328 Batalha, Luciano Morandi

O Tribunal de Contas Operacional: contexto, conceito e conteúdo / Luciano Morandi Batalha. - 2023.
181 f.

Orientador: Prof. Dr. José Vicente Santos de Mendonça.
Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1.Direito administrativo - Teses. 2.Brasil. Tribunal de Contas da União – Teses. 3. Auditoria – Teses. I.Mendonça, José Vicente Santos de. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 336.1:342.9

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

_____ _____

Assinatura Data

Luciano Morandi Batalha

O Tribunal de Contas Operacional:
Contexto, conceito e conteúdo.

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Público.

Aprovada em 28 de março de 2023.

Banca Examinadora:

_____

Prof. Dr. José Vicente Santos de Mendonça
(Orientador)
Faculdade de Direito – UERJ

_____

Prof. Dr. André Rodrigues Cyrino
Faculdade de Direito – UERJ

_____

Prof. Dr. Gustavo Sampaio Telles Ferreira
Universidade Federal Fluminense

Rio de Janeiro
2023

AGRADECIMENTOS

Escrever uma seção de agradecimento de uma dissertação como essa talvez seja uma das partes mais difíceis do trabalho. É impossível elencar todos aqueles que, direta e indiretamente, foram responsáveis pela possibilidade de conclusão desta etapa. Realizado este *disclaimer* inicial, farei a tentativa, mas já sabendo que invariavelmente ocorrerão omissões consideráveis. Se alguém que ler estas páginas se sentir injustiçado, me chame para um barzinho: a primeira cerveja é por minha conta.

Primeiramente, aos meus pais: Mário e Verônica. Tudo que fui, sou, e um dia pretendo ser, é por causa deles. Não se trata aqui de agradecer apenas por todos os sacrifícios feitos – que não foram poucos - por eles na minha criação, fazendo com que eu estivesse preparado para qualquer coisa, inclusive cursar um curso de mestrado tão exigente quanto este. Sempre foram também uma bússola, dando apoio e conselhos fundamentais nos momentos mais difíceis não só deste período de dois anos, mas ao longo de toda a minha vida. Mas mais do que a gratidão advinda destes fatores materiais ou outras manifestações externas, eles são uma inspiração apenas por serem quem são e por terem construído a trajetória de vida que construíram. Não é fácil estar à altura da responsabilidade que é ser filho de pessoas tão brilhantes, mas minha missão de todos os dias é tentar.

À minha irmã, Laura, que no período em que este mestrado foi cursado se mostrou fundamental não apenas pela companhia, mas também pela confidência. Se eu não surtei ainda mais neste período, não só pelo curso, mas também por todo o resto, isso é responsabilidade quase que total dela. Laura, se você estiver lendo essa página, não deixe essa declaração subir à cabeça: continuarei te irritando diariamente.

Ao meu irmão caçula Alexandre, que mesmo morando distante, sempre proporciona momentos de leveza quando estamos juntos. Ele não tem noção do seu papel neste suporte emocional – afinal, tem apenas 13 anos – mas o peso ficou mais leve com ajuda dele. Algum dia eu conto para o “menor” o quão importante ele foi.

À minha família estendida, espalhada por todos os cantos deste mundo: Canadá, Portugal, Santarém, Florianópolis, Curitiba, Pato Branco, São Carlos. Merecem

destaque especial neste parágrafo as minhas avós, Dona Lili e vovó Dalzira, que se foram deste plano ao longo da trajetória do mestrado. O sentimento de pertencimento é algo que todos deveriam sentir quando estão reunidos com os seus, seja em uma data festiva, como o natal e ano novo, ou no cotidiano, vendo um filme ou jogando uma canastra no fim de semana. Fui sortudo o suficiente para ter isso na minha vida.

Aos meus amigos. Seriam muitos para destacar um por um, então aqui incluo todos: os de faculdade, de infância, de antigos estágios e empregos, enfim, todos que de alguma forma me aturaram antes e durante este curso de mestrado. Se amigos são uma família que a gente escolhe, em tempos de pandemia, isolamento e incerteza, compartilhar esta trajetória com estes meus "parentes" foi fundamental. Eles podem até não saber, mas muitas vezes alguns cascos de cerveja compartilhados em uma mesinha de bar foram fundamentais par manter o ânimo nesta empreitada.

Ao meu orientador, José Vicente – o Zé -, que sempre se mostrou presente para dar uma luz quando eu me perdia nas minhas próprias ideias, sendo sempre solícito, rápido e cirúrgico em suas respostas. *Of the top of my head*, consigo pensar em pelo menos três vezes em que suas observações literalmente salvaram esta dissertação. Com certeza foram mais.

Aos professores e colegas do programa de mestrado em direito público da UERJ. Os melhores momentos desta fase foram as aulas assistidas e os debates travados ao longo do curso das disciplinas, ainda que de forma remota. Isto se deu em razão das pessoas que estavam ali reunidas. Pelos conhecimentos e pelas trocas, meus agradecimentos.

Por fim, mas não menos importante, aos meus parentes caninos: Ozzy e Rita Lee em Niterói, e Sheik em São Carlos, pelo afeto inocente e incondicional que apenas um animal de estimação pode proporcionar.

A todos, meu muito obrigado.

RESUMO

BATALHA, Luciano Morandi. O *Tribunal de Contas Operacional*: Contexto, conceito e conteúdo. 2023. 181f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

A dissertação estuda a transformação do Tribunal de Contas da União ("TCU") em um "controlador operacional" geral da administração pública, em uma inovação em relação à sua tradicional função de controlador de legalidade das finanças públicas federais. Primeiramente, é apresentado como a corte de contas federal atuou durante o processo constituinte e legislativo para incluir esta forma de fiscalização em seu rol de competências. Em um segundo momento, é apresentado o conceito dado pela literatura especializada do que seria um "controle operacional", e como e em qual contexto instituições superiores de controle passaram a exercer este papel. Por fim, é estudado como o TCU construiu internamente esta faceta de seu controle, e se esta sistematização representa apenas uma implementação nacional do conceito de auditoria operacional, ou se se trata de uma inovação construída pelo TCU.

Palavras-chave: Direito administrativo. Tribunal de Contas da União. Controle administrativo. Controle operacional, *Accountability*.

ABSTRACT

BATALHA, Luciano Morandi. *The operational Court of Accounts*: Context, concept and contents. 2023. 181f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

This dissertation studies the Brazilian court of accounts' ("TCU") transition into a general "operational controller" of public administration, in an innovation in regards to its traditional role as a conformity checker of federal public spending. Firstly, we show how the TCU pursued the inclusion of this modality of control under its umbrella of functions during the constituent and legislative processes. After that, we detail how the specialized literature defines what could be seen as an "operational control", and how and in which context this type of fiscalization entered the function array of Supreme Audit Institutions around the world. Lastly, we study how the TCU built its internal concept of an "operational control", and if it could be seen as a national implementation of the concept in the Brazilian context, or if it is something else entirely.

Keywords: Administrative Law. Brazilian court of accounts. Administrative control. Operational control, *Accountability*.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANC	Assembleia Nacional Constituinte
CRFB	Constituição da república federativa do Brasil
ISC	Instituição Superior de Controle
EFS	Entidade de Fiscalização Superior
INTOSAI	Organização Internacional de Instituições Superiores de Fiscalização
LOTCU	Lei orgânica do Tribunal de Contas da União
MAO	Manual de Auditoria Operacional
RITCU	Regimento Interno do Tribunal de Contas da União
STF	Supremo Tribunal Federal
TCU	Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	10
1	**PREVISÃO CONSTITUCIONAL E LEGAL DO CONTROLE OPERACIONAL AO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**.....	25
1.1	**Delimitação do problema**	25
1.2	**O Tribunal de Contas da União antes e durante o processo constituinte de**	26
1.2.1	**1988**.....	
	As funções constitucionais do Tribunal de Contas da União pré	28
1.2.2	CRFB/88.....	
	A participação do Tribunal de Contas da União na construção de suas	34
1.3	competências durante o processo constituinte de 1987/1988.....	45
1.4	**Incompletude constitucional e legal das competências de fiscalização operacional do Tribunal de Contas da**	62
2	**União**.....	
	Limites da função regulamentar do Tribunal de Contas da União acerca da fiscalização operacional da corte de contas.....	71
2.1	**CONCEITO E CONTEXTO DA IMPLEMENTAÇÃO DE**	71
2.2	**FISCALIZAÇÕES OPERACIONAIS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**.....	75
2.2.1	**Delimitação do problema**.....	
	Fiscalização e auditoria operacional: do que estamos	75
2.2.2	**falando?**.....	
	Auditorias de performance: uma definição teórica e normativa da literatura	82
2.2.3	internacional.....	
	Transposição normativa e doutrinária das auditorias operacionais ao	88
2.3	ordenamento nacional.....	
	Considerações críticas à realização de auditorias operacionais ou de performance.....	90
2.3.1	**Consolidação das fiscalizações operacionais como ferramenta à**	90

2.3.1.1	**disposição de ISCs e do Tribunal de Contas da União**.....	91
2.3.1.2	Contexto externo da consolidação do Tribunal de Contas da União como um fiscalizador operacional.....	97
2.3.2	New public management e administração de resultados.....	109
2.3.2.1	Reposicionamento político do controle público e abertura interpretativa das normas.....	113
2.3.2.2	Os incentivos para a consolidação do Tribunal de Contas da União operacional.....	120
2.3.2.3	O Tribunal de Contas da União como um "bureau-shaper".....	126
3	O Tribunal de Contas da União como grupo de interesse no processo legislativo.....	135
3.1	Vieses cognitivos como fator de expansão operacional do Tribunal de Contas da União.....	135
3.2	**SISTEMATIZAÇÃO ENDÓGENA DO CONTROLE OPERACIONAL DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**.....	136
3.2.1	**Delimitação do problema**.....	137
3.2.2	**Competências operacionais como construídas autonomamente pelo Tribunal de Contas da União**.....	147
3.3	Sistematização infralegal do conceito e dos limites das auditorias e inspetorias operacionais.....	153
	Sistematização dos efeitos de auditorias operacionais por meio de precedentes de controle.....	158
	Auditorias operacionais X auditorias de performance: tradução ou inovação?.....	163
	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	
	REFERÊNCIAS.....	

INTRODUÇÃO

Instituições não são entidades estáticas, que ocupam o mesmo espaço funcional *ad aeternum*. Como afirmam Floriano de Azevedo Marques Neto e Juliana Palma, elas se adaptam a cada cenário que enfrentam, e suas competências institucionais se deslocam de acordo com uma miríade de fatores, como a reputação, crises econômicas e contextos de sensibilidade política ou de comoção popular.[1]

Poucas instituições em nosso ordenamento representam tal mutabilidade como a instituição superior de controle ("ISC")[2] brasileira: o Tribunal de Contas da União. Se em suas origens o TCU foi pensado como o controlador externo[3] responsável pela verificação de legalidade dos gastos públicos, no desenho constitucional inaugurado após a promulgação da CRFB/88 ele se consolidou como um agente de destaque na vida política e no Direito econômico nacionais, tornando-se agente central na busca pela

---

[1] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. "Diálogos fora de esquadro: o controle das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União". Revista Brasileira de Estudos Políticos | Belo Horizonte | n. 120 | pp. 203-236 | jan./jun. 2020

[2] As ISCs são agentes interinstitucionais de controle, sendo um mecanismo auxiliar externo vinculado ao do poder legislativo para que ele realize o acompanhamento contábil e financeiro da administração pública. Alguns autores se utilizam da terminologia *Autonomous Audit Agencies* ("AAAs") para se referir a estas instituições. (SANTISO, Carlos. *The political economy of government auditing*: financial governance and the rule of law in Latin America and beyond, Nova Iorque: Ed. Routledge, 2009, p. 03). O termo "Entidade fiscalizadora superior" ("EFS") também é utilizada em alguns documentos de autoria da Organização Internacional de Instituições Superiores de Fiscalização ("INTOSAI") e traduzidas pelo TCU, como por exemplo a ISSAI nº 100, intitulada como os "Princípios Fundamentais de auditoria no setor público". (INTOSAI: Princípios Fundamentais de Auditoria do Setor Público. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A15D3169CE015D56CBA59F12A3#:~:text=As%20Normas%20Internacionais%20das%20Entidades%20Fiscalizadoras%20Superiores%20(ISSAI)%2C%20desenvolvidas,Entidades%20Fiscalizadoras%20Superiores%20(EFS). Acesso em 12.10.2022).

[3] Nos utilizando da classificação proposta por Odete Medauar (MEDAUAR, Odete. "Controle da administração pública". Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2020. P.42 - 43), o controle da administração pública pode ser classificado como externo ou interno. A externalidade do controlador em relação à estrutura administrativa do ato controlado é o que lhe dá a condição de "externo". O termo poderia, portanto, ser utilizado para se referir ao controle jurisdicional realizado sobre as atividades administrativas. Entretanto, por relevância temática, o termo "controle externo" nesta dissertação significa, em regra, aquele desempenhado pelos Tribunais de Contas, mais especificamente o Tribunal de Contas da União.

governabilidade[4], e com forte influência em áreas como o desenho das políticas públicas[5] nacionais derradeiramente implementadas pela administração[6], e da regulação setorial desempenhada pelas agências reguladoras[7].

A ascensão institucional é verificável na análise quantitativa da atividade controladora desempenhada pelo Tribunal de Contas da União. Enquanto, em 1998, o total de processos novos foi de 7.312, no ano de 2018 este número saltou para 36.088, representando um aumento de 394%. Em comparação, no mesmo período, o aumento foi de 87% no Supremo Tribunal Federal, e de 265% no Superior Tribunal de Justiça[8].

---

[4] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Op. Cit.

[5] O conceito de políticas públicas encontra certa variabilidade na literatura especializada. Entre nós, Felipe Fonte define políticas públicas como o conjunto de atos e fatos jurídicos que têm por finalidade a concretização dos objetivos estatais pela administração pública. (FONTE, Felipe Melo de. "Políticas Públicas e Direitos fundamentais – 2ª ed." São Paulo: Saraiva, 2015). Ana Paula de Barcellos, por sua vez, as define como ações, programas e serviço de diversos tipos, que visam efetivar os comandos gerais contidos na ordem jurídica. (BARCELLOS, Ana Paula de. "Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas". Revista de Direito administrativo v. 240, 2005, p. 90). Maria Paula Dallari Bucci define políticas públicas como o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados --- processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial --- visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados". (BUCCI, Maria Paula Dallari. "O conceito de política pública em direito". In Maria Paula Dallari Bucci. Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006). Na literatura estrangeira, Ronald Dworkin as coloca como uma categoria normativa própria – as *policies* -, ao lado das regras e dos princípios. Segundo o jurista estadunidense, estas normas seriam responsáveis pela definição de objetivos ou de um estado atual que deve ser mantido, dentro de aspectos econômicos, sociais ou políticos. (DWORKIN, Ronald. "Levando os direitos à sério". Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2002. P. 36).

[6] SUNDFELD, Carlos Ari, CÂMARA, Jacintho Arruda; MONTEIRO, Vera, ROSILHO, André. "O valor das decisões do Tribunal de Contas da União sobre irregularidades em contratos" in. *Tribunal de Contas da União no Direito e na realidade*. São Paulo: Almedina, 2020.

[7] Chegando inclusive a ser apontado por José Vicente Santos de Mendonça como ""o maior regulador brasileiro". MENDONÇA, José Vicente Santos de. "PL das agências: quando o possível ainda é pouco". JOTA, São Paulo, 15.05.2017. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/reg/pl-das-agencias-quando-o-possivel-ainda-e-pouco-16052017. Acesso em 09.09.2022.

[8] GUERRA, Sérgio; HARTMANN, Ivar A. Tribunal de Contas da União: uma análise quantitativa. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 20, n. 80, p. 153-171, abr./jun. 2020.

Os montantes financeiros envolvidos nos processos sob tutela do TCU também chamam atenção. Segundo o relatório de atividades anual publicado pelo controlador externo federal relativamente ao ano de 2021, a atuação da corte de contas foi responsável por um benefício financeiro de R$ 87.092.322.750,17, sendo também verdadeira a importância pecuniária da utilização dos poderes cautelares pelo TCU, que afetaram o montante de R$ 93.311.326.693,04 no mesmo período.[9]

Ela é também evidenciada pela análise realizada sob um ponto de vista qualitativo. Percebe-se que TCU tem atuado em um espaço temático cada vez mais plural[10]. Segundo o próprio *site* da corte de contas, existem quatorze "áreas de atuação" e nove "áreas transversais" analisadas pelo controle externo, que flutuam por campos que alcançam desde a saúde pública, passa pela infraestrutura nacional, e chega às áreas da agricultura e do meio ambiente[11].

Neste cenário, não é possível estudar a dinâmica administrativa atual sem se levar em conta a influência relevante do Tribunal de Contas da União em sua estruturação. Se a atividade controladora da administração se relaciona com os próprios eixos centrais de sustentação do Estado moderno[12], na dinâmica nacional de hoje o Tribunal de Contas da União ocupa papel de especial relevância nesta função, analisando aspectos fundamentais dos gastos de recursos públicos, como sua legalidade e sua eficiência.

Para fundamentar constitucional e legalmente o seu largo espectro de atuação, a corte de contas federal se vale de suas competências gerais elencadas no art. 71 da CRFB/88[13] que, por sua vez, é complementado no plano legal pela LOTCU[14]. Além

---

[9] Dados fornecidos pelo relatório anual de atividades do TCU referente ao ano de 2021: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório Anual de Atividades do TCU: 2021 / Tribunal de Contas da União. Brasília: TCU, 2022.P. 143. Disponível em https://portal.tcu.gov.br/relatorio-anual-de-atividades-do-tcu.htm. Acesso em 03.10.2022.

[10] SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos Tribunais de Contas: Possibilidades e limites. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. *Tribunal de Contas da União no Direito e na realidade*. São Paulo: Almedina, 2020.

[11] Dados disponíveis em: https://portal.tcu.gov.br/controle-e-fiscalizacao/#area-de-atuacao. Acesso em 08.09.2022.

[12] LOWESTEIN, Karl. Teoria de la constituicion. Traduccion y estúdio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Planeta, S.A. p. 36.

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

destes dispositivos legais que estão diretamente relacionados às atividades da corte de contas federal, há menções expressas à sua intervenção em outras leis, como, por exemplo, na nova lei de licitações (lei federal nº14.133/21).

Apesar da predefinição normativa, a positivação não abarca a totalidade dos aspectos essenciais do funcionamento institucional e da extensão do controle realizado pelo Tribunal de Contas da União. O texto normativo acaba por, intencionalmente ou não, deixar em aberto espaços amplos de ambiguidade semântica ou de insuficiência descritiva acerca de aspectos chave da atividade de controle desempenhada pelo TCU, que deve então preencher por conta própria este espaço em branco para que o controle externo seja possível de ser realizado. Essa atividade de densificação funcional autônoma envolve tanto a elaboração de atos normativos infralegais quanto a consolidação de seus precedentes em processos de controle.

O papel desempenhado pela corte de contas nos acordos de leniência é bem representativo desta expansão e consolidação por meio de precedentes formados pelo próprio TCU. Em primeiro lugar, porque a interferência da corte de contas federal nesta seara não parece encontrar amparo direto no texto legal, de modo que a atuação do TCU é, por si só, uma interpretação expansiva realizada por ela[15]. Em segundo lugar, porque a forma como o controlador externo justifica e consolida sua intervenção nestes acordos é realizada por meio de entendimentos exarados pela corte de contas e pela edição de atos infralegais, especialmente por meio de instruções normativas.[16]

---

[14] Trata-se da lei federal nº 8443/92, que dá mais fundamentação normativa aos deveres constitucionalmente atribuídos ao Tribunal de Contas da União.

[15] Sobre como o TCU construiu a regulação de seu espaço de intervenção em acordos de leniência: ROSILHO, André. "Poder Regulamentar do TCU e o Acordo de Leniência da Lei Anticorrupção". Revista Direito do Estado ANO 2016 NUM 133. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Andre-Rosilho/poder-regulamentar-do-tcu-e-o-acordo-de-leniencia-da-lei-anticorrupcao. Acesso em 09.12.2022. Em posição crítica ao papel desempenhado pelo Tribunal de Contas da União em acordos de leniência: MOREIRA, Egon Bockmann. "Tribunais de Contas podem controlar acordos de leniência? " Gazeta do povo, Curitiba, 13.07.2018. Disponível em: https://www.gazetadopovo.com.br/justica/colunistas/egon-bockmann-moreira/tribunais-de-contas-podem-controlar-acordos-de-leniencia-77we8fvgzumzr9nykivxoond3/. Acesso em 10.12.2022.

[16] Para um sumário dos precedentes internos do TCU acerca de seu papel em acordos de leniência: GABRIEL, Yasser. Acordos de leniência na jurisdição do Tribunal de Contas da União. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. *Tribunal de Contas da União no*

A cristalização prática do espaço ocupado pelo Tribunal de Contas da União é também acompanhada de legitimação teórica. Isto decorre do fato de que, além de desempenhar as suas atividades de controle, o Tribunal de Contas da União tornou-se também um relevante polo de produção acadêmica acerca de sua própria função institucional, dando arcabouço doutrinário aos entendimentos internos da própria corte de contas federal.[17] Nesta dinâmica, portanto, a compreensão do TCU sobre sua importância e competências possuem grande importância no espaço institucional eventualmente ocupado por ele.

Este exercício necessário – e nem um pouco simples – de o Tribunal de Contas da União definir de forma autônoma os detalhes de sua atuação ocorre em um contexto no qual o controle financeiro da administração pública é realizado sobre a atividade estatal em cenários econômicos de cada vez maior complexidade técnica[18]. Neste contexto dinâmico, intervenção prematura demais ou demasiadamente tardia abre espaço para consequências inesperadas e, muitas vezes, indesejadas[19].

Não faltam exemplos que representam o fenômeno. Poucos anos atrás, a tecnologia 5G era algo absolutamente impensável não só na realidade brasileira, mas também em nível mundial. Hoje, já é realidade em diversas capitais nacionais e está em exponencial expansão[20]. Reformas e minirreformas nos marcos legais de setores

---

Direito e na realidade. São Paulo: Almedina, 2020.

[17] Segundo Pedro Dutra e Thiago Reis, a "prática institucional" do Tribunal de Contas da União é composta pela consolidação de seus precedentes, pela elaboração de atos normativos, principalmente das chamadas instruções normativas, e pela produção bibliográfica produzida internamente pelo TCU, que raramente dialoga com as demais fontes de doutrina jurídica. DUTRA, Pedro; REIS, Thiago. "O soberano da regulação: O TCU e a infraestrutura". São Paulo: Ed. Singular, 2020. P. 17.

[18]JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – controlador ou administrador? Revista Brasileira de Direito Público. Ano 12, n. 47. Belo Horizonte, 2014.

[19] JORDÃO, Eduardo. "Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle". São Paulo: Malheiros: SBDP, 2016

[20] Outro exemplo paradigmático destas inovações disruptivas em matéria regulatória/controladora digital é o surgimento recente dos criptoativos, cuja regulação ainda está em seus passos iniciais. Neste sentido: RABELLO, Nathália, Mafra, Ricardo. "Regulação das *initial coin offerings* no direito brasileiro: as dificuldades práticas e algumas recomendações para a construção de um modelo regulatório adequado. " In. BECKER, Daniel, FERRARI, Isabela. "Regulação 4.0: Novas tecnologias sob a perspectiva regulatória". São Paulo: Revista dos tribunais, 2019.

estratégicos como o do transporte ferroviário[21] e do setor portuário[22] redefiniram o papel do Estado nestas esferas. De igual modo, os investimentos públicos direcionados ao enfrentamento das mudanças climáticas demandarão vultoso uso de recursos públicos da União, e, portanto, sujeitos ao controle do TCU. Configura-se assim um cenário inegável de complexificação das relações sociais, econômicas e, consequentemente, administrativas que deverão eventualmente passar pelo crivo do controlador externo federal.

Ao mesmo tempo, os últimos anos da realidade política brasileira foram marcados por operações de combate à corrupção e do malgasto de recursos públicos em governos que se inserem nas mais diversas correntes ideológicas. A consequente falta de confiança no sistema representativo e nas autoridades – eleitas ou não – que ocupam cargos na máquina do Estado[23] acaba por conferir o progressivo aumento do protagonismo político e midiático de órgãos e instituições com funções de controle de agentes públicos e de atividades administrativas[24], principalmente no exercício de seus poderes sancionatórios.[25]

Confrontado com o cenário acima, pode-se tornar atraente a adoção pela corte de contas de medidas amplas e inovadoras, com objetivo de sanar definitiva e rapidamente os grandes problemas presentes na problemática realidade brasileira. Entretanto, a expansão desenfreada e de forma imprevisível da atuação dos Tribunais de Contas pode, ao contrário do que podem defender aqueles próprios órgãos de controle, ultrapassar um

---

[21] Vide a lei federal nº 14.273/21.

[22] Vide a lei federal nº 14.047/20.

[23] Este não é um fenômeno observado exclusivamente no Brasil. Pelo contrário, nos últimos anos um dos temas centrais de discussão no campo da ciência política internacional é a existência de uma dita "retração democrática". Mesmo democracias consolidadas como a dos EUA viram recentemente a necessidade de estudar como defender e manter as suas instituições democráticas. Neste sentido: LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel; Tradução Renato Aguiar. "Como as democracias morrem". Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 2018, p. 8/13.

[24] O fenômeno é majoritariamente estudado com foco no controle judicial da administração pública. Entretanto, se observa uma convergência dos fatores que levam ao crescimento do protagonismo do judiciário com aqueles que fortalecem outros agentes de controle, como o TCU. Para uma exposição acerca dos fatores que levam a este cenário de protagonismo do controle público: BRANDÃO, Rodrigo. "A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro". Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/10648

[25] COSTA, Marcello; LEITE, Silva. A Importância dos Tribunais de Contas no Combate à Corrupção. Revista Controle-Doutrina e Artigos, v. 13, n. 2, p. 238-253, 2015.

ponto ótimo, após o qual apresentam-se mais malefícios do que benefícios[26]. Assim, cabe o aviso formulado por José Vicente Santos de Mendonça: "nem sempre inovar é bom; nem sempre o que é bom é inovador; e o discurso da inovação como modismo reduz a complexidade do tema" [27].

Nada obstante a observação, constata-se que no desenho das fronteiras do controle externo realizado pelo TCU, ele adota entendimentos que poderiam, em tese, extrapolar o papel que lhe seria conferido como o controlador externo das contas públicas, se apresentando cada vez mais como um revisor geral *de facto* da administração pública, e com influência direta no conteúdo das intervenções estatais que ele busca controlar. Muitas vezes, esta orientação ampliativa do controlador externo é efetivada sem amparo direto em normas legais, e sem preocupação real com os efeitos que tal reposicionamento acarreta.[28]

Algumas decisões tomadas pelo Tribunal de Contas da União após o advento da CRFB/1988, como as elencadas abaixo em rol exemplificativo, parecem consubstanciar o reposicionamento autônomo realizado pelo controlador externo federal. Tratam-se de decisões nas quais a corte de contas federal considerou dentro de suas competências:

(i) Decretar a indisponibilidade de bens de contratados fornecedores de bens e serviços da Administração[29];

---

[26] A existência de um ponto ótimo do controle é defendida por Pedro Dionísio. DIONISIO, Pedro de Hollanda. "O direito ao erro do administrador público no Brasil". Rio de Janeiro: GZ editora, 2019. Em sentido similar, José Vicente de Mendonça define a visão necessariamente positiva da atuação dos órgãos de controle como um "viés de comprometimento com a missão". MENDONÇA, José Vicente Santos de. Direito Constitucional Econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

[27]MENDONÇA, José Vicente Santos de. Direito administrativo e inovação: limites e possibilidades. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 17, n. 69, p. 169-189, jul./set. 2017.

[28] Esta posição indeferente do controle público é descrita por Floriano de Azevedo marques Neto: "A partir do momento em que se passa a exercer o controle pelo controle, sem preocupação com propósitos e finalidades, bem como com resultados, o controlador acaba por se apropriar da pauta das políticas públicas que se intenciona implementar" MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. Fórum de Contratação e Gestão Pública ¬ FCGP, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, p. 7-30, abr. 2010.

[29] Neste sentido, destacam-se os acórdãos 2018/2018 plenário; 1639/2018 plenário; 296/2018 plenário; 874/2018 plenário, além do incidente de uniformização de jurisprudência que culminou no acórdão nº 321/2019 plenário.

(ii) Desconsiderar personalidade jurídica de contratados fornecedores de bens e serviços da Administração[30];

(iii) Sustar diretamente a execução de contratos administrativos[31];

(iv) Declarar a inconstitucionalidade de norma com efeitos gerais e específicos[32];

(v) Interferir em processo de negociação entre a União e concessionária de serviço público;[33]

(vi) Determinar às agências reguladoras a implementação de novas formas de supervisão operacional e a reformulação de seu processo administrativo interno para averiguação e aplicação de penalidades[34].

(vii) Estabelecer nova política regulatória sem a participação da agência reguladora correspondente.[35]

Logo, não causa surpresa que a atuação do Tribunal de Contas da União tenha se consolidado como um tema fértil para estudos e debates no campo do Direito Público, que busca compreender qual seria o papel mais adequado do TCU dentro ordenamento jurídico brasileiro, além de construir caminhos interpretativos possíveis frente às funções e necessidades institucionais do Tribunal de Contas da União.

A literatura administrativa recente alerta para o distanciamento entre o papel constitucionalmente atribuído ao Tribunal de Contas da União e o espaço que ele efetivamente vem ocupando nas relações institucionais brasileiras por meio de suas posturas expansivas. Neste arrasto, diversas destas novas manifestações da atividade controladora realizada pelo TCU já foram escrutinadas pela literatura que se debruça sobre a função desempenhada pela corte de contas federal. São temas destas discussões doutrinárias: a extensão do exame da corte de contas sobre contas de particulares ou contratados pela administração[36] – inclusive em relação à utilização de seus poderes

---

[30] Neste sentido: acórdão nº 1421/2019 plenário; acórdãos 2005/2017 plenário, e 2014/2017 plenário.

[31] Vide Acórdão 508/2018 Plenário.

[32] Vide Acórdão 2.431/2019 – Plenário.

[33] Vide Acórdão 1.971/2017 – Plenário.

[34] Vide: acórdãos nº 3.237/2013 e 2.185/2017.

[35] Vide: Acórdão 1.107/2003 – Plenário.

[36] SUNDFELD, Carlos Ari, Câmara, Jacintho Arruda. Limites da jurisdição dos Tribunais de Contas sobre particulares. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. *Tribunal de Contas da União no Direito e na realidade*. São Paulo: Almedina, 2020.

cautelares[37] - a revisão das atividades-fim de agências reguladoras[38], a sustação direta de contratos administrativos[39], entre outras.

A preocupação sobre os limites da atividade controladora sobre campos afetados pela discricionariedade administrativa se mostra mais realçada no estudo da atuação do Tribunal em sua dimensão "operacional". Entende-se que a corte de contas, lastreando-se em sua própria interpretação deste vocábulo inserido nos Arts. 70 e 71, IV, da CRFB/88, tem revisado e alterando, inclusive por meio de comandos cujo cumprimento é obrigatório, escolhas gerenciais da administração que estariam dentro do campo da discricionariedade legítima do gestor[40]. Além de ratificação nos precedentes controladores da corte, tais entendimentos ampliativos acerca do alcance das funções operacionais do TCU são também abalizados pela doutrina internamente produzida pela corte de contas federal ou por seus membros.[41]

A inquietude doutrinária encontra fundamentos também na experiência internacional. Não se verifica nas contrapartes estrangeiras do TCU nenhuma ISC que

---

[37] ROSILHO, André. "Limites dos poderes cautelares do Tribunal de Contas da União e indisponibilidade de bens particulares de contratados". *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. *Tribunal de Contas da União no Direito e na realidade*. São Paulo: Almedina, 2020.

[38] Uma boa sumarização das diversas interpretações acerca das interfaces entre o controle externo e a atividade reguladora é realizada em: MENDONÇA, José Vicente Santos de. A propósito do controle feito pelos tribunais de contas sobre as agências reguladoras: em busca de alguns standards possíveis. In: Revista de direito público da economia, v. 10, n. 38, p. 147-164, abr/jun 2012.

[39] SUNDFELD, Carlos Ari, CÂMARA, Jacintho Arruda; MONTEIRO, Vera, ROSILHO, André. Op. Cit.

[40] Segundo Celso Antônio Bandeira de Melo, a discricionariedade administrativa pode ser definida como "a margem de liberdade que remanesce ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de racionalidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente". MELLO, Celso Antônio Bandeira de. "Curso de Direito administrativo". São Paulo: Ed. Malheiros, 2003. P. 988 – 989.

[41]Segundo Luiz Henrique Lima, atual conselheiro substituto do TCE-MT e ex-auditor federal de controle externo do TCU, a fiscalização operacional "corresponde à introdução das modernas técnicas de auditorias de programas, buscando avaliar a efetividade da gestão pública. Esse singular vocábulo, quando integrado ao texto constitucional, legitimou e desencadeou profundas alterações nos métodos de atuação das Cortes de Contas brasileiras, sob liderança e inspiração do TCU". LIMA, Luiz Henrique. "Controle externo: teoria, jurisprudência e mais de 500 questões. 4ª ed". Rio de janeiro: Elsevier, 2011. P. 30

possua a envergadura adquirida pelo Tribunal de Contas da União, fato que é reconhecido por integrantes do próprio corpo funcional da corte de contas federal[42]. Ainda que existam sistemas de controle que colocam seus tribunais de contas em um papel de maior ou menor protagonismo na avaliação das contas públicas, variando os seus posicionamentos entre um fiscalizador administrativo e um órgão jurisdicional, em nenhum deles se aventa a vocação para que elas se apresentem como um corretor das escolhas realizadas pelo gestor público, e há sempre o direcionamento claro do escopo orçamentário/financeiro da atuação do Tribunal de contas correspondente.[43]

Em suma, a utilização desta ferramenta pelo controle externo seria a manifestação da chamada "*performative accountability*"[44], segundo a qual a análise dos resultados auferidos e dos processos adotados pela administração pública são mecanismos importantes para a governança dos recursos públicos e, portanto, objetos

---

[42]Segundo resposta obtida por André Rosilho em entrevista por ele realizada no TCU entre os dias 10 e 11 de junho de 2015: "O pessoal daqui (TCU) fez um trabalho comparativo com outros Tribunais de Contas (no mundo) e concluíam que nenhum outro tinha capacidade, nível de competências (*sic)* estabelecidas como o nosso". ROSILHO, André. "Tribunal de Contas da União: Competências, jurisdição e instrumentos de controle". São Paulo: Quartier Latin, 2019. P. 331, nota 81, "entrevistado F".

[43] DUTRA, Pedro; REIS, Thiago. Op. Cit. P. 25 – 33.

[44] O exato sentido do termo "*Accountability*", bem como a sua tradução para o português e aplicação para a realidade institucional brasileira já foi alvo de ampla investigação teórica, havendo ainda certa amplitude em sua conceituação. Tradicionalmente, o termo foi trazido para a realidade nacional como sinônimo de "prestação de contas". Entretanto, o termo atualmente se encontra em um espaço de aplicabilidade mais amplo, ultrapassando este conceito mais limitante e se relacionando de forma mais profunda e ampliada com a responsabilização dos detentores do poder político por eventuais divergências de seus atos com diversos parâmetros de legalidade ou mesmo qualidade da atuação do poder público. Para uma discussão acerca do termo e sua adaptação para o contexto brasileiro: CAMPOS, Anna Maria. "Accountability: Quando poderemos traduzi-la para o português? ". Revista de administração pública, n. 24, p. 30-50, fev. /abr. 1990; PINHO, José Antônio Gomes de; SACRAMENTO, Ana Rita Silva. Accountability: já podemos traduzi-la para o português? Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 43. Ainda que o termo não possua uma definição monolítica na doutrina especializada, ele indubitavelmente se relaciona com o incremento responsividade e da legitimidade democrática dos governantes em relação aos administrados, sendo uma ferramenta importante na consolidação democrática e uma preocupação necessária do Direito administrativo. (ROSE-ACKERMAN, Susan. El Derecho Administrativo y la legitimidad democrática: confrontando el poder ejecutivo y el Estado contractual Revista del CLAD Reforma y Democracia, núm. 43, febrero, 2009, pp. 5-26 Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo Caracas, Venezuela. Disponível em: https://www.redalyc.org/pdf/3575/357533674001.pdf. Acesso em 10.09.2022).

passíveis de controle.[45] É dizer: se as funções próprias do Estado requerem a realização de atos interventivos muitas vezes custosos para que sejam efetivadas, e se o dispêndio dos recursos financeiros que possibilitam estas intervenções deve ser realizado de forma eficiente, eficaz, e econômica[46], o Tribunal de Contas da União poderia estar, em tese, habilitado para se debruçar sobre estes aspectos qualitativos da gestão financeira da administração, inclusive tomando medidas corretivas e sancionatórias em face de eventuais "irregularidades operacionais" encontradas.[47]

A linha de raciocínio merece ser enxergada com prudência. Sem um exame crítico deste reposicionamento autônomo realizado pela prática institucional da corte de contas, tem-se que estes entendimentos podem acabar se tornando uma "profecia autorrealizadora"[48]. Explica-se: na medida em que as teorias doutrinárias defendidas internamente pela corte de contas, ao servirem de justificação jurídica para as suas próprias decisões, acabam por abalizar praticamente qualquer medida eventualmente aplicada pelo controlador externo, por mais divergente que ela possa, em tese, ser em relação ao papel institucional conferido pelo ordenamento ao Tribunal de Contas da União.

Não se nega que o TCU deva possuir um papel de importância no funcionamento do Estado brasileiro, já que ele é fundamental para a harmonização

---

[45] Dentre as principais tendências atuais do controle administrativo está o reconhecimento de um binômio dos parâmetros a serem aplicados na avaliação da gestão pública. Ele é formado pelos controles de *conformidade*, que avaliam apenas analisaria a mera aderência dos atos administrativo às normas legais, e os controles de *performance*, que tem como seu objeto de análise as consequências e os efeitos práticos da atuação administrativa. BEHN, Robert D. Rethinking democratic accountability. Washington: Brooking institution press, 2001. P. 09.

[46] Em uma lógica de "três Es", conforme idealizado por Michael Power. POWER, Michael. "The audit Society: Rituals of verification". Nova Iorque: Oxford University press, 1997.

[47] A previsão de irregularidades de natureza operacional como causa de julgamento de contas como irregulares está expressa no art. 16, III, b, da LOTCU, e como motivação de sanção pecuniária no art. 58, II, da mesma lei.

[48] Segundo Merton, uma "self-fulfilling prophecy" ocorre quando a previsão acerca de eventos futuros é, independentemente de sua veracidade fática, responsável pela concretização dos próprios acontecimentos previstos. O sociólogo exemplifica este fenômeno narrando um caso fictício, no qual receios infundados acerca da iliquidez de um banco acabam, em razão da corrida aos caixas causada por este rumor, causando efetivamente a falência da instituição bancária, que até aquele momento era perfeitamente solvente. O mesmo raciocínio pode ainda ser aplicado quando existem rumores de uma suposta falta iminente de combustível nos postos, por exemplo. MERTON, Robert K. "Social Theory and social structure" Nova Iorque: The free press. 1968. P. 477.

complexa entre os mandados da eficiência e do controle da administração pública no que se refere às despesas de recursos advindos do erário[49]. Entretanto, ele não atua em um vácuo institucional, mas sim está inserto dentro do sistema de divisão de poderes característico do regime republicano, ainda que o seu posicionamento dentro desta repartição não seja tão claramente delimitado quanto aqueles dos três poderes classicamente propostos por Montesquieu.[50]

A presente dissertação busca compreender a nova faceta "operacional" do Tribunal de Contas da União, isto é, como tal ferramenta foi incorporada ao ferramental à disposição do Tribunal de Contas da União, em qual contexto isto ocorreu, e como a corte de contas federal construiu o sentido desta nova forma de controle. O estudo pressupõe (i) a tendência de o Tribunal de Contas expandir suas atividades para além das suas competências tradicionais de avaliação de legalidade financeira, e (ii) a construção autônoma do conteúdo e dos efeitos das fiscalizações operacionais como instrumento jurídico de efetivação deste *animus* ampliativo.

Dois apontamentos se mostram necessários neste primeiro momento.

Em primeiro lugar, ao contestarmos a expansão operacional do TCU, não

---

[49] Sobre a dificuldade da convivência entre estes dois pressupostos, ver: BAPTISTA, Patrícia. Transformações do direito administrativo. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. P. 20.

[50] Pontes de Miranda, se referindo especificamente ao TCU, já afirmava que a corte de contas federal é uma "construção posterior à teoria da separação de poderes e fruto da prática, destoa das linhas rígidas da repartição". (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários à constituição de 1937. Rio de Janeiro: Pongetti, 1938, t. III). A inovação representada pelas ISCs em relação ao sistema clássico proposto por Montesquieu é também reforçada na literatura estrangeira. Bruce Ackerman aponta as ISCs como um "poder federativo de integridade", em uma transformação da divisão tripartite clássica. Segundo o jurista estadunidense, este novo componente do sistema tradicional de freios e contrapesos torna-se necessária na medida em que os membros da burocracia integrantes do poder executivo e do legislativo não parecem ser os mais bem adequados para garantir a integridade de seus atos (ACKERMAN, Bruce. "The New Separation of Powers." *Harvard Law Review* 113, no. 3 (2000): 633–729. https://doi.org/10.2307/1342286). A importância de órgãos desta natureza em um cenário de desconfiança dos cidadãos em relação aos seus governos também já foi reconhecida por Kenneth Dye e Frederick Stapenhurst, segundo os quais "ainda que uma miríade de pesquisas em países industrializados indique que os cidadãos não confiam em seus governos, as ISCs são largamente vistas como *watchdogs* independentes do interesse público, e, portanto, estão bem posicionadas para o comportamento transparente e ético em suas jurisdições". (DYE, K., STAPENHURST, F, Pillars of integrity, the importance of supreme audit institutions in curbing corruption. Washington: The economic development institute of the World Bank, p. 05. Disponível em: http://www.lapiedad.org.ar/base/Archivos/pillars.pdf. Acesso em 02.10.2022).

significa que se defende uma redução do controle sobre as atividades administrativas. A discussão acerca da delimitação de competências de controle da corte de contas federal não pode ter como conclusão a possibilidade da eliminação, ou enfraquecimento, da fiscalização orçamentária dos recursos advindos dos cofres da União. Trata-se de enxergar o TCU não como um revisor geral da administração, mas sim em seu papel como controlador da gestão contábil/financeira da administração pública, com competências e poderes limitados por essa condição determinante[51].

Nesta ótica, a presente dissertação possui o objetivo de estudar a construção e a sistematização do controle operacional do TCU. Entende-se que este entendimento possa servir como um ponto de partida para se melhor compreender como o Tribunal de Contas da União exerce esta faceta performativa de sua atividade controladora. A melhor compreensão do "TCU operacional", bem como dos efeitos decorrentes de sua existência, em última análise, se mostra como ferramenta apta à, eventualmente, conferir mais eficiência e efetividade às atividades desempenhadas pelo próprio Tribunal de Contas.

Afinal, um controle expandido de forma desordenada, sobre bases teóricas e normativas questionáveis, pode ao fim e ao cabo se mostrar contraproducente. Trata-se de se preocupar os possíveis efeitos sistêmicos adversos de decisões tomadas por agentes públicos.[52] Na esfera do controle administrativo, tais efeitos podem se manifestar sob a forma da sobreposição de instâncias de controle que, ao fim e ao cabo, dificultam a própria atividade controladora, fenômeno comumente referido como

---

[51] Neste sentido: "A ampliação das atribuições do Tribunal de Contas da União não pode ser vista como a transformação desse órgão em esfera revisora de todas as decisões da administração pública". SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Op. Cit.

[52] Trata-se da manifestação do pragmatismo jurídico como uma meta teoria da decisão, isto é, como uma estratégia de segunda ordem da tomada de decisões, levando em conta não apenas os efeitos imediatos de cada medida, mas também as consequências que cada decisão acarreta no sistema jurídico como um todo. Para desenvolvimentos sobre o tema, ver: MENDONÇA, José Vicente Santos de. Direito Constitucional Econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. P. 49 e WERNECK, Diego. LEAL, Fernando. "Pragmatismo como [meta] teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações". Disponível em: http://hdl.handle.net/10438/24292. Acesso em 23.12.2022. Não sei se essa citação aqui se aplica não, hein.

accountability overload.[53]

Em segundo lugar, tampouco se discute o acerto ou desacerto material das eventuais intervenções do controlador externo nestes casos. Sequer seria possível fazê-lo aqui. Afinal, esta é uma obra de teor eminentemente jurídico, e o autor não possui as capacidades técnicas para examinar aspectos de alta complexidade nos campos dos diversos setores regulados pelas agências, por exemplo. A dissertação apenas toma tal espaço ampliado da atuação da corte de contas como um pressuposto do objeto de estudo, para construir os questionamentos mais relevantes ao trabalho dentro desta realidade fática. Assim, não se nega aqui que as soluções por ele adotadas podem, muitas vezes, ser materialmente superiores àquelas apresentadas pelos gestores sob sua tutela.[54]

Deste modo, o presente trabalho será dividido em três capítulos.

O primeiro capítulo apresentará como o Tribunal de Contas da União buscou o espaço normativo – constitucional e legal – para exercer seu controle operacional. Neste aspecto, será realizado um sumário da história institucional da corte de contas federal, e quais funções ele desempenhou ao longo dos múltiplos desenhos constitucionais desde a sua fundação, no início do Brasil republicano, até a Assembleia Nacional Constituinte de 1988.

Posteriormente, narrar-se-á o papel desempenhado pelos representantes dos tribunais de contas no processo constituinte e de elaboração normativa de sua lei orgânica, e como esta organização funcional acabou por moldar em grande parte a previsão constitucional e legal eventualmente designada ao controle externo nacional. Por fim, será exposto como o TCU, por meio do exercício de suas funções normativas, possui o espaço para determinar por conta própria o escopo de suas competências, inclusive em sua dimensão de controle "operacional".

---

[53] Neste sentido: SCHILLEMANS, Thomas, BOVENS, Mark. The Challenge of Multiple Accountability: Does Redundancy lead to overload? Disponível em https://dspace.library.uu.nl/bitstream/handle/1874/319030/Challenge_multiple_accountability_Schillemans_Bovens_2011.pdf?sequence=1. Acesso em 23.12.2022.

[54] Este reconhecimento é também realizado por Eduardo Jordão em: JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – controlador ou administrador? Revista Brasileira de Direito Público. Ano 12, n. 47. Belo Horizonte, 2014.

Realizada esta primeira exposição, o segundo capítulo analisará o objeto de interesse do TCU ao longo do processo de definição institucional acima citado: a ferramenta da "auditoria operacional". Desta forma, apresentar-se-á o que a literatura especializada nacional e internacional entende como "fiscalização operacional": seu conceito, sua utilidade e seus limites.

Além deste estudo da ferramenta em si, apresentar-se-á como tal mecanismo adentrou o catálogo de instrumentos à disposição das ISCs ao redor do globo, como ocorreu com o TCU. Este estudo pressupõe a presença de fatores internos e externos às ISCs. No plano externo, serão apresentados condicionantes administrativos e políticos que levam à existência de um espaço destacado da análise de resultados administrativos pelo controle público, com um consequente protagonismo das fiscalizações performativas. No plano interno, serão expostos os incentivos incidentes sobre estes controladores para que passem a atuar como fiscalizadores de performance administrativa, sob a ótica da teoria econômica das escolhas públicas ("public choice"), e suas ramificações comportamentais.

Por fim, o terceiro capítulo buscará apresentar como o Tribunal de Contas da União efetivamente construiu seu espaço como um controlador operacional da administração pública no ordenamento jurídico nacional. A construção envolve tanto aspectos normativos, principalmente pela edição de atos infralegais pela própria corte de contas federal, quanto jurisprudenciais[55], pelas técnicas de julgamento adotadas pelo Tribunal de Contas da União em processos desta natureza[56].

---

[55] Não se está afirmando aqui que o TCU possua jurisdição, como o tem o poder judiciário. Nos referimos aqui à formação de seus precedentes de controle, e não o exercício de uma função jurisdicional.

[56] Neste sentido, tem-se que a prática reiterada de atos administrativos em uma ou outra direção, bem como formação de precedentes de julgamento por uma mesma instituição acabam por definir o sentido final adequado de textos normativos, dentro do que a literatura administrativista denominou como "teoria das autolimitações administrativas". ARAGÃO, Alexandre Santos de. "Teoria das autolimitações administrativas: Atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos". Revista eletrônica de direito admisnitrativo econômico (REDAE). Salvador: Instituto Brasileiro de Direito público, nº 14, maio/junho/julho, 2008. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=290. Acesso em 01.10.2022.

1: PREVISÃO CONSTITUCIONAL E LEGAL DO CONTROLE OPERACIONAL AO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

1.1: Delimitação do problema

O Tribunal de Contas da União não é um desconhecido da constituição ou da legislação, tampouco foi criado com a CRFB/88. Trata-se de instituição mais do que centenária, e que data desde a fundação da república, sendo que discussões acerca da criação de um controlador com as suas funções precedam mesmo este marco histórico. Não por acaso, existem áreas em que o papel expressamente disposto pela CRFB e pela lei orgânica do tribunal deixam claros a função e os limites de sua atuação: há ampla bagagem teórica e prática para abalizar as funções mais tradicionalmente exercidas pela corte de contas federal.

Entretanto, o sistema constitucional inaugurado em 1988 trouxe contornos funcionais menos desenvolvidos para a dinâmica institucional do TCU, cuja concretização não é possível sem a edição de atos infralegais pelo próprio Tribunal de Contas da União. A dubiedade acerca destes limites de atuação do controlador externo ocorre em um cenário institucional pós promulgação da constituição de 1988, marcado pela franca expansão do controle aplicável à administração pública, especialmente pela via judicial[57], fenômeno fruto da desconfiança do constituinte com o poder executivo após o longo período de ditadura militar[58].

Apesar do maior destaque doutrinário conferido aos reflexos desta expansão do controle realizado pelo poder judiciário, não se pode ignorar que o controle realizado pelo TCU também foi moldado pelo mesmo cenário político e normativo. Afinal, como

---

[57] JORDÃO, Eduardo Ferreira. Passado, presente e futuro: ensaio sobre a história do controle judicial da administração no Brasil. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (orgs.). O Direito Administrativo na Atualidade: Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917 – 2017). São Paulo: Malheiros, 2017.
[58] ROSILHO, André. Op. Cit.

qualquer outra ISC, o Tribunal de Contas da União é influenciado pelo contexto no qual está inserido, e sofre impactos segundo a trajetória histórica e social do país em que se encontra[59].Tema central desta dissertação, a definição do sentido final do termo "controle operacional", incluído no rol de competências do TCU forma inédita no art. 71 da CRFB/88, se insere no centro destas discussões.

Em um cenário ideal, a análise da transição do papel institucional do TCU como um fiscalizador operacional deveria se iniciar por definir qual seria, em tese, a natureza e os limites desta função originária segundo suas funções históricas e o que foi definido pela assembleia nacional constituinte de 1987 - 1988. Utilizando-nos do conceito weberiano, este "tipo institucional ideal" seria a representação teórica da corte de contas sob estudo que, ainda que não reflita completamente a realidade, forneceria o *default* comparativo com o qual os novos contornos da atividade controladora seriam contrastados.[60]

A extração conceitual imediata não é possível. Os arts. 70 e 71 da CRFB, que fornecem a base constitucional para funções controladoras exercidas pelo TCU, bem como a lei nº 8443/92, que dá maior densidade normativa ao texto da constituição, apesar de ditarem nominalmente as competências operacionais da corte de contas federal, deixam em aberto parte considerável dos aspectos funcionais relevantes à efetivação desta faceta do controle externo. Ao mesmo tempo, por se tratar de um ineditismo da CRFB/88, não havia, até aquele momento, tradição institucional ou precedente controlador apto a apontar para o que se tornaria o "TCU operacional", e qual seria o seu papel em relação às demais manifestações do controle externo realizado pelo Tribunal.

Apesar destas aparentes dificuldades de implementação e sistematização, a nova

---

[59] WILLEMAN, Mariana Montebello. Accountability democrática e o desenho institucional dos tribunais de contas no Brasil. Rio de Janeiro: Ed. Fórum, 2017. P. 107.

[60] Segundo o sociólogo alemão, tipos ideais são construções teóricas realizadas a partir de recortes de elementos conceituais de fenômenos sociais estudados, chegando-se a um conceito "puro", a ser utilizado como ponto inicial da pesquisa social. WEBER, Max. Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; revisão técnica Gabriel Cohn. Brasília, DF: UnB: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999, p.12. Transpondo a aplicabilidade do conceito para o campo da pesquisa em Direito, Amorim define o tipo ideal como um "recurso heurístico utópico através do qual o cientista ordena uma série de aspectos recorrentes da realidade" AMORIM, Aluízio Batista de. Elementos de sociologia do direito em Max Weber. Florianópolis: Insular, 2001.

atribuição constitucional não foi concedida de forma alheia às vontades da corte de contas federal. Pelo contrário: em diversos momentos do processo constituinte – e mesmo antes dele - houve a participação de representantes da classe controladora pleiteando a inserção desta competência em sua caixa de ferramentas, movimento que se repetiu durante o trâmite legislativo da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União ("LOTCU").

Deste modo, não é despropositado afirmar que os Tribunais de Contas, representados majoritariamente no processo constituinte pelo Tribunal de Contas da União, viam no processo constituinte, e posteriormente no processo legislativo, uma oportunidade para conquistar um alargado espaço de atuação para a corte de contas, indo além do espaço funcional que os desenhos constitucionais anteriores destacavam a ela[61]. O conteúdo e a abrangência de suas competências de fiscalização operacional são uma das principais manifestações deste *animus* expansionista.

Este primeiro capítulo busca estudar a influência que o Tribunal de Contas da União exerceu na delimitação constitucional e legal de suas próprias funções. Ele se inicia com uma exposição histórica, retratando os papeis institucionais tradicionalmente conferidos ao TCU desde a sua fundação até a 1988, quando ocorre a Assembleia nacional constituinte ("ANC"). Compreender o estágio inicial de coisas é fundamental para se entender a ruptura representada pelo papel ocupado pelo TCU após 1988.

Realizada a digressão histórica, apresentar-se-á como o TCU buscou consolidar sua função de controlador operacional. Para tanto, analisar-se-á a influência que o Tribunal de Contas da União exerceu sobre o processo constituinte, e consequentemente sobre o próprio resultado final da ANC, no que se refere às suas competências institucionais. Tal exposição será também realizada no que se refere ao trâmite legislativo da LOTCU. Por fim, será estudada a principal ferramenta dada pelo ordenamento legal e constitucional ao TCU para delimitar a abrangência de suas funções de fiscalização operacional: o poder regulamentar e seus limites.

---

[61] ROSILHO, André. "Limites dos poderes cautelares do Tribunal de Contas da União e indisponibilidade de bens particulares de contratados". *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. *Tribunal de Contas da União no Direito e na realidade*. São Paulo: Almedina, 2020. P. 77.

1.2: O Tribunal de Contas da União antes e durante o processo constituinte de 1988

1.2.1: As funções constitucionais do Tribunal de Contas da União pré CRFB/88

A discussão acerca da criação de um órgão responsável pela fiscalização das contas públicas no Brasil precede a fundação do Tribunal de Contas da União. Esta anterioridade pode ser traçada até a constituição outorgada de 1824, mais especificamente em seu art. 170. Tal dispositivo constitucional estava inserido no capítulo III do título 7º da constituição, e previa um "tribunal", intitulado como "tesouro nacional", responsável por regular a administração, contabilidade e arrecadação da receita, em cooperação com as tesourarias e as autoridades do Império.[62]

Além do vago dispositivo constitucional imperial, houve também tentativa de criação de órgão de controle externo anterior ao TCU. Segundo Saraiva, em 1826 foi apresentado projeto de criação de um "tribunal de revisão de contas", que possuiria atribuições similares ao que se entende hoje como o controle financeiro externo a ser desempenhado pelo Tribunal de Contas da União. O projeto foi rejeitado pelo senado[63]. Além deste, em 1845 outro projeto de lei de autoria do então ministro Alves Branco buscou a criação de um Tribunal de Contas, também sem sucesso.[64]

O insucesso destas propostas legislativas, contudo, não encerrou o debate acerca

---

[62] Segundo o Art. 170 da CF/1824: A Receita, e despeza da Fazenda Nacional será encarregada a um Tribunal, debaixo de nome de 'Thesouro Nacional" aonde em diversas Estações, devidamente estabelecidas por Lei, se regulará a sua administração, arrecadação e contabilidade, em reciproca correspondência com as Thesourarias, e Autoridades das Províncias do Império.

[63] SARAIVA, Iram. Criação dos Tribunais de Contas, sua importância, história, alterações pós constituição e posição atual no cenário brasileiro. IN: Revista do Tribunal de Contas da União, v. 27, n. 69, p. 49–62. Jul./Set. 1996. Brasília: TCU.

[64] Ruy Barbosa se manifestou sobre este projeto na exposição de motivos do decreto que viria a criar o TCU: "Mas, como não é de estranhar, atenta a importância do assumpto, a idéia adormeceu, na mesa da Câmara, desse bom sono de que raramente acordavam as idéias úteis, especialmente as que podiam criar incômodos a liberdade da politicagem eleitoral. E quarenta e cinco anos". BARBOSA, Ruy. Exposição de motivos de Ruy Barbosa sobre a criação do TCU. Revista do Tribunal de Contas da União. Brasília, v. 30, n. 82, p. 253-262, out./dez. 1999.

da criação de um Tribunal de Contas federal. Após algumas décadas, e após o fim do Império, a fundação do Tribunal de Contas da União propriamente dito foi levada a cabo pelo Decreto nº 966-A de 7 de novembro de 1890, encaminhado pelo governo provisório ao congresso constituinte instituído logo após a destituição do governo imperial, sendo visto como uma das pedras fundamentais da edificação republicana[65]. Segundo o art. 1º deste decreto, caberia a este Tribunal de Contas "o exame, a revisão e o julgamento de todas as operações concernentes a receita e despesa da Republica".[66]

A criação do TCU foi posteriormente ratificada no texto da primeira constituição republicana do Brasil, promulgada em 1891. O art. 89 do documento criava "um Tribunal de Contas para liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso". Além disso, o texto constitucional também previa a indicação de seus membros pelo presidente da república, bem como sua vitaliciedade.[67] Ruy Barbosa, então ministro da economia e autor do decreto 966-A/1890, referia-se à recém-criada corte de contas federal como um

> "corpo de magistratura intermediária entre a Administração e a Legislatura (...) cercado de garantias contra quaisquer ameaças, que possa exercer as suas funções no organismo constitucional, sem risco de converter-se em instituição de ornato aparatoso e inútil"[68].

Ruy Barbosa optou pela constituição de um Tribunal de Contas, modelo institucional de origem francesa, com a sua funcionalidade inspirada no funcionamento das cortes de contas inseridas nos ordenamentos italiano e belga. Assim, a atuação do TCU se dava previamente ao gasto público, e dotado de poder de veto. Este veto era superável pelo governo, por meio de ato justificado praticado pelo presidente da república[69].

---

[65] BARBOSA, Ruy. Op. Cit.

[66] Segundo o decreto: Art. 1º É instituído um Tribunal de Contas, ao qual incumbirá o exame, a revisão e o julgamento de todas as operações concernentes a receita e despesa da Republica.

[67]Segundo o referido dispositivo: É instituído um Tribunal de Contas para liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso. Os membros deste Tribunal serão nomeados pelo Presidente da República com aprovação do Senado, e somente perderão os seus lugares por sentença.

[68] SARAIVA, Iram. Op. Cit.

[69] Trata-se do chamado "registro sob reserva", que se manteve também em demais desenhos constitucionais. A ressalva estava prevista nos art. 3º do decreto nº 966-A/1890, art 101, §2º, da

O jurista considerava tal sistema mais eficaz para prevenir pagamentos ilegais do que uma eventual censura posterior[70]. O TCU era, neste primeiro momento, um autorizador das despesas públicas por meio de um sistema de registro prévio, um modelo de atuação que Speck caracterizou como "quase-administrativo"[71].

O desenho normativo acima apresenta em linhas gerais o papel institucional ocupado pelo Tribunal de Contas da União durante todo o período anterior à promulgação da CRFB/88. Nesta configuração, o TCU realizaria a fiscalização financeira/orçamentária do emprego dos recursos advindos da união, avaliando sua legalidade por meio de uma atuação cooperativa ou de auxílio com o Congresso Nacional, ainda que dotado de grau variável de autonomia no exercício destas atividades em cada contexto histórico. Trata-se, ao fim e ao cabo, de um controlador de conformidade das despesas públicas.

Ao longo do século XX, o Tribunal de Contas da União passou por mudanças relevantes em sua função institucional, período no qual gozou de variados graus de prestígio. A constituição de 1934, em seu art. 102[72], é a primeira a prever o parecer prévio do TCU acerca das contas do presidente da república[73], além da chancela sobre os contratos firmados pela administração pública, em seu art. 101[74]. O novo desenho constitucional é apontado como um marco de fortalecimento institucional e político do Tribunal.[75]

Constituição de 1934 e no art. 77, § 3º na constituição de 1946.

[70] BARBOSA, Ruy Op. Cit.

[71] SPECK, Bruno Wilhelm. Op. Cit. P. 68.

[72] No texto do dispositivo constitucional: O Tribunal de Contas dará parecer prévio, no prazo de trinta dias, sobre as contas que o Presidente da República deve anualmente prestar à Câmara dos Deputados. Se estas não lhe forem enviadas em tempo útil, comunicará o fato à Câmara dos Deputados, para os fins de direito, apresentando-lhe, num ou noutro caso, minucioso relatório do exercício financeiro terminado.

[73] Ainda que a sujeição das contas do governo federal a parecer prévio do TCU para serem aprovadas já estivesse prevista desde 1911 pelo decreto nº 2511/1911, em seu art. 1º, §5º.

[74] CF/34, art. 101: Os contratos que, por qualquer modo, interessarem imediatamente à receita ou à despesa, só se reputarão perfeitos e acabados, quando registrados pelo Tribunal de Contas. A recusa do registro suspende a execução do contrato até ao pronunciamento do Poder Legislativo.

[75] Segundo Charles Pessanha, é neste momento que o TCU passa a possuir importância relevante na dinâmica administrativa. PESSANHA, Charles. "Accountability e controle externo no Brasil e na Argentina. IN GOMES, A. C. (coord.), Direitos e Cidadania – justiça, poder e

A constituição outorgada em 1937 é frequentemente mencionada como representando um retrocesso na consolidação institucional do Tribunal de Contas da União[76]. O órgão é mencionado apenas em um artigo da constituição, o art. 114, que se limita a apontar o TCU como o responsável por "acompanhar, diretamente, ou por delegações organizadas de acordo com a lei, a execução orçamentária, julgar das contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos e da legalidade dos contratos celebrados pela União".

Retirou-se de seu alcance a função politicamente relevante de emitir pareceres prévios sobre as contas, que passavam a ser aprovadas por meio de parecer-relatório, validado por decreto-lei editado pelo próprio presidente da república[77]. O controle prévio realizado pelo Tribunal de Contas da União também foi afastado durante a vigência da constituição de 1937, que optou pelo exercício do controle *a posteriori*, como seria também estabelecido pelos regimes constitucionais inaugurados em 1967, 1969, e 1988.[78]

A redemocratização do país em 1946 trouxe consigo outro sistema constitucional, que expandiu e consolidou algumas competências conferidas ao Tribunal de Contas da União. As funções do TCU sob este regime foram dispostas no art. 77 e incisos do texto constitucional, e podem ser resumidas em: (i) julgar contas dos responsáveis pela gestão de recursos públicos; (ii) emissão de parecer prévio das contas do presidente da república[79]; (ii) controle de legalidade prévio das aposentadorias e

---

mídia. " Rio de Janeiro: Faperj, CNPq e FGV, 2007.

[76] A literatura que se debruça sobre este período institucional do TCU relaciona frequentemente a diminuição do espaço de intervenção do TCU com o autoritarismo do Estado Novo, que gera consequentes rusgas com instituições responsáveis pelo controle público. De fato, não se pode negar a disputa política travada entre a corte de contas e o regime varguista, cujo ápice se deu com a rejeição das contas do governo federal do ano de 1937, em parecer-prévio relatado pelo então ministro do TCU Thompson Flores. Em represália, o executivo colocou o cargo do ministro relator em disponibilidade, o que efetivamente significou o seu afastamento da posição que ocupava. Neste sentido: COSTA, Cláudio André et al. Contas de governo como instrumento de Accountability, de melhoria da governança e de fomento à cidadania, Revista do Tribunal de Contas da União, n. 121, 2011.

[77] DAL POZZO, Gabriela Tomaselli Bresser Pereira. As funções do Tribunal de Contas e o Estado de Direito. Belo Horizonte: Fórum, 2010. P. 87.

[78] Ibid. p. 88.

[79] O julgamento final das contas do presidente, entretanto, permaneceram sob os cuidados do poder legislativo, por força do art. 65, VIII, daquela constituição. Assim, mesmo que o texto constitucional não tenha colocado expressamente o TCU como auxiliar do poder legislativo,

pensões de servidores públicos, bem como dos contratos administrativos.

É na constituição outorgada em 1967 pela ditadura militar que se verifica a mais profunda mudança no *modus operanti* do Tribunal de Contas da União antes da promulgação da CRFB/88. O texto constitucional, complementado pela EC nº I de 1969 – vista por muitos como, na prática, uma nova constituição -, refere-se ao TCU em seu art. 71.

O documento constitucional foi o primeiro a utilizar os termos "controle interno" e "controle externo", sendo o Congresso Nacional o responsável pela efetivação da modalidade externa. Nesta sistemática, o Tribunal de Contas da União tornou-se um órgão auxiliar do legislativo, responsável pela "auditoria financeira e orçamentária" das contas públicas, dando mais concretude normativa às atividades a serem desempenhadas pelo TCU. Durante o período, o Tribunal de contas gradualmente se adaptou e aprimorou no seu novo *locus* funcional, regulamentando as auditorias realizadas por ele[80].

A maior modificação na atuação do Tribunal de Contas, entretanto, deu-se em relação ao momento do exercício do controle externo: da mesma forma como dispunha a CRFB/37, a atuação do TCU passou a ser realizada majoritariamente *após* a realização de despesas públicas. Não foi incluída, no texto constitucional, nenhuma menção à necessidade de registro prévio para validade de atos praticados pela administração, ou para a celebração de contratos pelo poder público[81]. De igual modo, o TCU não manteve sua capacidade de sustar, por si só, a execução de um contrato administrativo, competência cujo exercício final foi deslocada para o Congresso Nacional.[82]

Deste modo, o TCU perdeu em grande parte sua função como *veto player* da execução de despesas pela administração, passando a se concentrar na repressão do gasto ilegal ou irregular dos recursos públicos e reduzindo sua interferência direta sobre

---

esta condição cooperativa se mostra pressuposta.

[80] Por meio da resolução TCU nº 176/76.

[81] Segundo o art. 71, §7º, desta constituição, foi mantida a necessidade de registro prévio de alguns atos geradores de despesa, como aposentadorias, reformas e pensões.

[82] Segundo o art. 73, § 5º, alínea c, do texto constitucional: 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.

as atividades controladas[83]. Consequentemente, a administração pública passou a dispor de maior autonomia para firmar os contratos sob seu juízo de conveniência e oportunidade, sem a autorização prévia do controlador externo.

A transição para um controle realizado majoritariamente *a posteriori* decorreu, segundo Bruno Speck, de limitações de ordem prática. Com o crescimento das atividades a cargo da administração pública, a complexificação destas atribuições, e o aumento do número de agentes cujas finanças estavam sob a supervisão do TCU, tornou-se impossível sujeitar a totalidade das despesas públicas ao registro prévio do Tribunal de Contas, já que tal disposição obrigava a corte de contas a replicar, em sua estrutura interna, quase a totalidade da máquina administrativa. [84] A necessidade engessava o funcionamento da administração, além de não se converter em um controle eficaz do enorme número de atos avaliados pelo TCU.[85]

O papel funcional do TCU como um controlador de legalidade *a posteriori* dos gastos públicos perdurou durante todo o regime de exceção, ainda que com forte atuação do regime militar para diminuir ainda mais o espaço de atuação do TCU previsto na constituição de 1967[86]. Foi mantida, ainda, a competência da corte de contas para emitir parecer prévio sobre as contas do chefe do Executivo.

O que se percebe ao fim desta exposição da trajetória institucional percorrida pelo TCU é que, atravessando diversos cenários históricos e políticos, o Tribunal de

---

[83] SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Op. Cit.

[84] SPECK, Bruno Wilhelm. Op. Cit.

[85] Apesar dos alegados ganhos de eficiência na atuação administrativa, a transição não é vista de forma unânime como positiva, com alguns estudiosos enxergando-a como uma tentativa da ditadura militar implementada em 1964 de enfraquecer o órgão de controle externo. Segundo Pessanha: "As constituições de 1967 e 1969 revogaram o registro prévio e abriram a possibilidade de contratos irregulares serem aprovados no Legislativo por decurso de prazo, enfraquecendo sobremaneira a ação fiscalizadora do controle externo. A legislação infraconstitucional, por sua vez, apresentou, ao longo do tempo, uma série de dubiedades e omissões". (PESSANHA, Charles. Op. Cit.) Willeman também relaciona a opção pelo controle posterior das despesas públicas às constituições autoritárias, enquanto as constituições democráticas teriam optado pela concessão de poder de veto ao TCU. WILLEMAN, Marianna. Op. Cit.

[86] Exemplo desta disputa política foi a retirada, por meio do decreto-lei nº 1805/80, a competência do TCU para fiscalizar e julgar a aplicação dos recursos advindos de fundos de participação, que passou a ser realizada diretamente pelas assembleias legislativas estaduais ou câmaras municipais.

contas da União se manteve constantemente previsto nas constituições como um controlador da legalidade na gestão financeira/orçamentária do governo federal.

Mesmo com a relevante reforma efetivada sob a constituição de 1967 no que se refere ao *momento* e ao *alcance* de decisões em matéria contratual em que ocorre a atuação do TCU, seu *objeto* pouco se alterou. Pouco se modificou também a forma de indicação e as garantias dos membros das cortes de contas, que, durante todo o período, foram indicados pelo Presidente da República e gozaram das mesmas prerrogativas asseguradas aos magistrados dos tribunais superiores.

Compreender tal estado inicial de coisas é fundamental para se entender a ruptura representada pela forma que o Tribunal se portou após a promulgação da CRFB/88, se envolvendo de forma profunda em pontos cada vez mais nevrálgicos do funcionamento administrativo, sob a justificação da competência para realizar o controle operacional. Assim, cumpre estudar como tal disposição constitucional foi incluída no texto final da CRFB/88, e como o Tribunal de Contas da União participou deste processo. É o tema do próximo tópico.

1.2.2: A participação do Tribunal de Contas da União na construção de suas competências durante o processo constituinte de 1987/1988

O fim da ditadura militar trouxe consigo a necessidade de se inaugurar um novo sistema constitucional. Em um cenário posterior aos anos de inflação dos poderes do Executivo, tornou-se natural que um dos principais vetores dos esforços dos constituintes fosse a reconstrução do prestígio do poder legislativo. As atividades controladoras realizadas pelo Tribunal de Contas da União, em razão da vinculação da corte de contas ao congresso nacional, viram-se, pelo mesmo motivo, prestigiadas.[87]

Sintoma do cenário, as discussões acerca do papel institucional que viria a ser desempenhado pelo TCU após a ditadura militar precedem a assembleia nacional constituinte ("ANC"). Nestas esferas, o controle externo foi alvo de diversas propostas

[87] ROSILHO, André. "Tribunal de Contas da União: Competências, jurisdição e instrumentos de controle". São Paulo: Quartier Latin, 2019. P. 327.

que, ao fim e ao cabo, defendiam uma ampliação da atuação da corte de contas para além de seu tradicional papel de controlador de conformidade financeira/orçamentária.

Uma nova configuração para o controle externo brasileiro já havia sido discutida na comissão provisória de estudos constitucionais, cuja criação foi acolhida por Tancredo Neves e presidida por Afonso Arinos – sendo, por esse motivo, conhecida também como a "comissão Afonso Arinos" -, instaurada ainda em 1985. Segundo o modelo proposto ao fim dos trabalhos da comissão, seria criado o chamado "Tribunal Federal de Contas" ("TFC"), órgão previsto como auxiliar do congresso nacional e responsável pelo controle externo das finanças públicas.

O texto formulado possuía alguns pontos de inovação em relação ao sistema vigente até então, prevendo, por exemplo, a reserva de um quinto das vagas do corpo deliberativo do TFC aos membros de carreiras técnicas do Tribunal[88]. Contudo, a principal mudança do anteprojeto foi a ampliação do rol de competências atribuídas ao controle externo, ainda que este controle permanecesse sendo feito de forma sucessiva e repressiva.[89]

O anteprojeto colocava a realização de auditorias operacionais dentre as funções precípuas do controle externo brasileiro, ao lado das já tradicionais auditorias financeiras e orçamentárias[90]. Significava, de forma até então inédita nas discussões constitucionais do país, o entendimento de que o controlador externo poderia envolver-se não apenas com a avaliação da legalidade do gasto público, mas também dos resultados e desempenho dos programas governamentais e das políticas públicas[91].

---

[88] Segundo art. 210 do anteprojeto: Na composição dos Tribunais de Contas e órgãos equivalentes, um quinto dos lugares será preenchido, em partes iguais ou alternadamente, por auditores ou outros substitutos legais dos titulares, ou membros do Ministério Público, que hajam servido junto ao Tribunal por cinco anos, pelo menos.

[89] WILLEMAN, Marianna. Op. Cit. P. 159.

[90] Segundo o art. 206, § 2º do anteprojeto: § 2º – O controle compreenderá o desempenho das funções de auditoria financeira, orçamentária e operacional e o julgamento das contas públicas, dos responsáveis pela arrecadação da receita e dos ordenadores de despesa, bem como dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos, inclusive os da administração indireta e fundações.

[91] A definição de controle operacional dada pela doutrina especializa, bem como construída pelo TCU, será elaborada mais à frente da dissertação.

O produto da comissão Afonso Arinos nunca foi oficialmente enviado à ANC. [92] Porém, ele circulou informal e formalmente, ainda que de forma fragmentada, pelo congresso nacional durante o processo constituinte. Nesta condição, exerceu notável influência sobre os debates travadas na assembleia, e já adiantava em boa parte a futura disposição constitucional do Tribunal de Contas da União. Em especial, a previsão constitucional desta nova função "operacional" do Tribunal de Contas da União se mostrou como ponto central nas discussões recentes acerca do alcance de sua atuação controladora, e é a pedra fundamental sobre a qual o TCU realizou sua expansão institucional.

O próprio TCU, por sua vez, não foi um mero coadjuvante neste reposicionamento dos mecanismos de controle administrativo, sendo partícipe ativo das negociações que levaram ao seu destaque no texto constitucional. Durante o processo constituinte, a classe de controle externo contribuiu de forma decisiva para o desenho constitucional que seria conferido ao Tribunal de Contas da União e, por extensão, às suas contrapartes nos níveis estadual e municipal.

A receptibilidade desta participação foi facilitada pelo contexto à época. O cenário político prevalente durante o período em que a CRFB/88 foi elaborada era de otimismo em relação à expansão das ferramentas de controle oponíveis sobre o poder executivo[93], decorrente do então recente cenário de hipertrofia e abusos cometidos pelo regime militar recém encerrado[94].

A burocracia do Tribunal de Contas da União envolveu-se de forma direta em debates internos e externos à constituinte sobre como o vindouro sistema constitucional deveria dispor acerca do controle público. Tal forma de atuação não foi uma postura exclusiva dos controladores ligados à corte de contas federal. Diversas outras categorias

---

[92] Daniel Sarmento afirma que a resistência para a incorporação do anteprojeto formulado pelo "conselho dos notáveis" parte da concepção de que a futura constituição deveria, necessariamente, ser fruto da deliberação da própria ANC eleita. A acepção de um anteprojeto que não possuísse esta origem, seja porque foi confeccionada por uma comissão externa, seja porque foi elaborada anteriormente por um grupo de parlamentares para apenas ser referendada pela ANC, enfraqueceria a própria finalidade do processo constituinte. SARMENTO, Daniel. "21 anos da constituição de 1988: a assembleia constituinte de 1987/1988 e a experiência constitucional brasileira sob a carta de 1988. Direito Público. Porto Alegre, ano 7, n.30, p.07-41, nov. / dez. 2009.

[93] JORDÃO, Eduardo. Op. Cit. 2017.

[94] ROSILHO, André. Op. Cit.

ligadas ao controle público buscaram intervir no processo constituinte, com o objetivo garantir assento constitucional a seus interesses, sejam estes uma função institucional mais destacada ou mesmo privilégios de ordem pecuniária[95]

Em uma dimensão externa à estrutura deliberativa da ANC, a burocracia das cortes de contas realizou uma estratégia que Miranda classificou como transversa.[96] Nesta seara, destaca-se a realização dos XIII e XIV congressos dos tribunais de contas do Brasil, sediados em Salvador e em Porto Alegre. Nestes eventos, foram formuladas , pelos controladores externos, sugestões ao debate constitucional que estava se iniciando no tocante às competências das cortes de contas.[97] As propostas de tais encontros foram consolidadas na chamada carta de Porto Alegre, aprovada em 1987 no XIV congresso dos tribunais de contas.

No documento, relativamente curto, defendia-se um fortalecimento do regime republicano e necessária para a formulação de "princípios enormes" que fundamentam a própria razão de ser dos Tribunais de Contas. Assim, ela deveria passar a se debruçar sobre "todos os atos preponderantemente executórios do Estado, no propósito de fazer com que este se traduza em benefícios iguais para o povo", sem que tal agente fiscalizador guardasse "qualquer submissão a quaisquer órgãos ou poderes do Estado, para que possa investigar com amplitude, independência e eficácia a guarda, gestão e manejo dos recursos públicos."[98]

---

[95] O poder judiciário, por exemplo, foi muito atuante na garantia da ampliação de suas competências no texto constitucional. CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. "Juscorporativismo: os juízes e o judiciário na Assembleia Nacional Constituinte". Revista Brasileira de Estudos Políticos, vol. 114. Belo Horizonte, jan./jun. 2017. Disponível em: https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/424. Acesso em 12.08.2022.

[96]Isto é, se utilizando de participações na própria ANC, como a intervenção em audiências das subcomissões, e outros meios de influência política externa à ANC, como a realização de congressos públicos e a publicização de grandes operações de controle externo. MIRANDA, Álvaro Guilherme. Mudança institucional do Tribunal de Contas: os oito modelos debatidos na constituinte de 1988 para o sistema de fiscalização no Brasil. Dissertação (mestrado em economia) Rio de Janeiro: UFRJ, 2009

[97] ALVES DE SOUZA, Luciano Brandão. A constituição de 1988 e o Tribunal de contas da União. Revista de informação legislativa, v. 26, n. 102, p. 173-184, abr./jun. 1989 | Revista de direito administrativo, n. 175, p. 36-46, jan./mar. 1989. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181927. Acesso em 22.09.2022.

[98] Os termos e trechos entre aspas foram retirados diretamente do documento, que está transcrito em sua integralidade em: TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Carta de Porto Alegre,

Para tanto, a carta apresentava sete propostas para abalizar este objetivos conferidos aos Tribunais de Contas no novo desenho constitucional: (i) autonomia perante outros órgãos estatais, com tratamento expresso no texto constitucional; (ii) delimitação de competências expressas para exercer auditorias de natureza financeira, patrimonial e operacional[99]; (iii) previsão de garantias e prerrogativas aos membros do TCU, sem subordinação ou dependência em relação a qualquer outro poder, inclusive sendo disposto em capítulo próprio na constituição; (iv) subordinação de todos os gestores da administração direta ou indireta; (v) poder de aplicar sanções e de sustar quaisquer atos de despesa; (vi) reconhecimento de eficácia de sentença às decisões dos tribunais de contas como títulos executivos; (vii) aplicação uniforme das normas constitucionais acerca do controle externo nos três níveis federativos.[100]

A carta escrita pelos representantes dos tribunais de contas do Brasil pugnava por uma clara expansão do controle público realizada pelas cortes de contas aos quais eles se vinculavam. Tal ampliação passava pela criação de um amplo sistema de fiscalização, com extensivas competências de caráter jurisdicional ou quase. Ao mesmo tempo, e em sentido convergente às proposições da comissão Afonso Arinos, defendia ampliar as atividades de controle realizadas pelos Tribunais de Contas para uma dimensão operacional da atividade administrativa, ou seja, como ator capaz de realizar as já apresentadas auditorias ou fiscalizações de performance.

Outro exemplo da estratégia adotada pelo TCU para fortalecer sua posição no debate público durante o processo constituinte foi a exposição pública das atividades do tribunal, como ocorreu na ocasião da deflagração da chamada "Operação Transparência", buscando publicizar atuações, principalmente como um agente apto a combater o malgasto de recursos públicos[101]. Tratou-se de divulgação midiática de uma grande fiscalização em diversas áreas do governo a ser realizada pelo Tribunal de Contas da União, ainda que em seu cerne elas fossem uma série de auditorias realizadas rotineiramente. A operação duraria 4 meses – justamente o tempo restante até a data

---

aprovada no XIV congresso dos tribunais de contas do brasil, realizado em porto alegre em 25.09.1987, em MIRANDA, Álvaro Guilherme. Op. Cit. Anexo 2.

[99] A utilização deste último termo, como será exposto, possui especial relevância na concretização das pretensões expansionistas do TCU.

[100] TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Carta de Porto Alegre. Op. Cit.

[101] MIRANDA, Álvaro Guilherme. Op. Cit.

prevista inicialmente para a conclusão da ANC.[102]

Estes fatos paralelos à constituinte – comissão Afonso Arinos e estratégia transversa – obtiveram considerável peso junto ao juízo dos constituintes, que adotaram postura em favor das cortes de contas[103], e influenciaram grande parte os debates travados no âmbito da ANC propriamente dita, convocada em 1985 por mensagem do presidente José Sarney. Ela teve início no dia 1º de fevereiro de 1987, e findou no dia 2 de setembro do ano seguinte. Contava com 487 deputados e 59 senadores eleitos em 1986, e era dividida em 24 subcomissões temáticas subordinadas a oito comissões temáticas[104], cujas contribuições eram depois enviadas para uma comissão de sistematização, e outra de redação.

Os debates acerca do desenho institucional do TCU não eram vistos como prioritários pela ANC, que estava mais preocupada com macro temas como o mandato do presidente da República, o sistema de governo, a reforma agrária, a reserva de mercado, o conceito de empresa nacional, as concessões de rádio e televisão, o voto distrital, a anistia para os cassados pelo regime militar, a estabilidade no emprego, a jornada de 40 horas semanais e os recursos para a educação, seguridade social e saúde. Em grande parte, a discussão do tema se deu entre um número pequeno de constituintes, que já eram mais versados no assunto.[105]

Os debates sobre o futuro desenho do TCU foram travados majoritariamente nas subcomissões III-A (subcomissão do poder legislativo) e V-B (subcomissão de orçamento e fiscalização financeira), subordinadas respectivamente às comissões da organização dos poderes e sistema de governo e do sistema tributário, orçamento e finanças. Neste cenário, tem-se que representantes do Tribunal de Contas da União também se mostraram atuantes nestes trâmites internos da ANC, configurando um "forte influxo participativo do órgão constituído dentro do órgão constituinte", como

---

[102] A operação estava prevista para se encerrar em novembro de 1987, data inicialmente prevista para o fim da ANC. Entretanto, a constituinte se alongou até outubro do ano seguinte.
[103] MIRANDA, Álvaro Guilherme. Op. Cit.
[104] As comissões temáticas foram as da: (i) Soberania e Direitos e garantias do homem e da mulher; (ii) Organização do Estado; (iii) Organização dos poderes e sistema de governo; (iv) Organização eleitoral, partidária e garantia das instituições; (v) Sistema Tributário, orçamento e finanças; (vi) Ordem econômica; (vii) ordem social; (viii) família, educação, cultura e esportes, ciência, tecnologia e comunicação.
[105] MIRANDA, Álvaro Guilherme. Op. Cit.

observa Marianna Willeman.[106]

A aproximação era natural. Além do evidente peso político inerente à definição da previsão constitucional do controle externo e da já citada tendência de os agentes do controle público se envolverem no processo de elaboração da CRFB/88, tem-se que boa parte dos representantes dos tribunais de contas eram oriundos da classe política, fruto da também já exposta relação histórica da corte com o poder legislativo.

Não é o propósito do trabalho relatar de forma individualizada todas as participações de membros da corte de contas federal ou instituições ligadas a ela durante a duração da Assembleia Nacional Constituinte. Para uma análise pormenorizada destas participações individuais, recomenda-se a leitura das pesquisas realizadas por André Rosilho[107], Marianna Montebello Willeman[108] e Álvaro Guilherme Miranda[109], já citadas extensivamente até aqui. Em linhas gerais, pode-se perceber que não era segredo que os membros do Tribunal de Contas da União buscavam, ao atuar frente à ANC, ampliar seu campo de controle, realizando a avaliação de mérito dos programas governamentais e das despesas realizadas pelo executivo.[110]

As pesquisas referenciadas acima convergem no sentido de destacar alguns pontos como os principais vetores de discussão ao longo dos diversos modelos propostos de controle externo ao longo da ANC. São estes: (i) A composição e as prerrogativas funcionais do corpo técnico e deliberativo do TCU; (ii) o grau de vinculação – ou mesmo a independência - do TCU em relação ao poder legislativo; (iii) o papel do futuro controle externo dentro dos sistemas de governo debatidos ao longo da constituinte; e (iv) o tipo/alcance das competências fiscalizatórias do TCU.

Nada obstante a relevância de todos estes debates, iremos nos debruçar neste último tema no restante do subtópico. A opção por esta restrição temática decorre da forma pela qual estas pretensões se mostravam presentes nas manifestações emanadas

---

[106] WILLEMAN, Marianna. Op. Cit. P. 179.
[107] ROSILHO, André. "Tribunal de Contas da União: Competências, jurisdição e instrumentos de controle". São Paulo: Quartier Latin, 2019. P. 42 – 64.
[108] WILLEMAN, Mariana Montebello. Op. Cit. p. 156 – 180.
[109] MIRANDA, Álvaro Guilherme. Mudança institucional do Tribunal de Contas: os oito modelos debatidos na constituinte de 1988 para o sistema de fiscalização no Brasil. Dissertação (mestrado em economia) Rio de Janeiro: UFRJ, 2009.
[110] ROSILHO, André. Op. Cit. P. 74.

pelos representantes do TCU durante a ANC, qual seja, a incorporação da competência para realização de "auditorias operacionais" ao rol de funções da corte de contas federal. Tal campo de estudo relaciona-se mais fortemente, portanto, com o tema geral desta dissertação.

O termo se encontrava presente já na citada carta de Porto Alegre, e retorna ao espaço deliberativo da constituinte por meio do anteprojeto apresentado pelos representantes dos Tribunais de Contas à subcomissão do orçamento e fiscalização financeira da ANC. Nesta contribuição dialógica do TCU para com a ANC[111], os membros da corte de contas apresentavam aquele que consideravam ser o regramento ótimo para as competências do controle externo no Brasil.[112]

Potencialmente inspirada na chamada Declaração de Lima sobre Diretrizes relativas a Normas de Auditoria formulada pela INTOSAI em 1977[113], a proposta apresentada incorporava de forma expressa a competência para realização de fiscalização de natureza operacional pelo Tribunal de Contas da união.[114]A inspiração internacional da proposição apresentada pela classe controladora ajuda a entender os objetivos do Tribunal de Contas da União em sua participação no processo constituinte, uma vez que a atuação de organismos internacionais se mostrou relevante na implementação global de auditorias operacionais, vistas à época como uma modernização das ISCs[115].

A declaração de Lima, em conjunto com a declaração do México de 2007[116], dispõem sobre a consolidação e a independência de ISC, fixando diretrizes do controle

---

[111]Em terminologia apresentada por Fernando Gonçalves, ministro do TCU à época. Cf. ROSILHO, André. Op. Cit. P. 44.

[112] Ibid. P. 54.

[113] Segundo entrevista de membros da corte realizada por André Rosilho em 10.06.2015: "Se você pegar a Constituição, você vai ver que ela cumpriu os requisitos da Declaração de Lima. Quem escreveu o capítulo da Constituição, foi lá e deu uma checada. E boa checada" ROSILHO, André. Op. Cit. "entrevistado D"

[114] Segundo o art. 71, III, do anteprojeto: O controle externo será exercido pelo Tribunal de Contas e compreenderá a realização de inspeções e auditorias orçamentária, financeiras, operacionais e patrimoniais nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. A íntegra do anteprojeto está transcrita em ROSILHO, André. Op. Cit. P. 55-56.

[115] CITADINI, Antônio Roque. Op. Cit. P. 109.

[116] A declaração de Lima pode ser acessada em: https://www.issai.org/pronouncements/intosai-p-1-the-lima-declaration/. Por sua vez, declaração do México está disponível em: https://www.issai.org/pronouncements/intosai-p-10-mexico-declaration-on-sai-independence/.

externo da administração pública, incluídas aí a realização de auditorias de "regularidade, economicidade e efetividade" da gestão financeira realizada pela administração.[117] Não é despropositado inferir que a realização de auditorias desta natureza estivesse dentro das pretensões do Tribunal de Contas da União em suas manifestações perante a constituinte.

E qual foi o saldo final deste intenso processo interno e externo de persuasão realizado pelos membros dos Tribunais de Contas? Pelo entendimento externado por Willeman, os resultados podem ser caracterizados como um sucesso quase que absoluto. Afinal, praticamente todas as propostas nucleares levadas à ANC pela categoria se encontrariam presentes no texto final aprovado, com exceção apenas da disposição constitucional do TCU em capítulo exclusivo e próprio para si.[118]

De fato, não se pode negar que o TCU e seus membros exerceram considerável influência no desenho conferido pela constituição a ele, postura que em grande medida se mostrou eficaz. Entretanto, a inclusão das sugestões articuladas pelo Tribunal de Contas da União não foi tão automática quanto uma primeira leitura do texto final da CRFB/88 parece demonstrar. O texto aprovado pela subcomissão do Orçamento e Fiscalização Financeira, ainda que deferente aos apontamentos apresentados pelo TCU, não incorporou de forma integral diversas sugestões levadas pelos membros do Tribunal de Contas à ANC.

Ficaram de fora do texto aprovado: (i) a proposta de que o TCU fosse previsto em capítulo próprio do texto constitucional, destacando-o do poder legislativo e convertendo-o em um poder da república[119]; (ii) a atribuição da eficácia de sentença aos julgados do tribunal, que permaneceram com a condição de títulos executivos extrajudiciais, e portanto contestáveis judicialmente; (iii) a atribuição expressos poderes de elaboração normativa para que o TCU disciplinasse a execução do controle externo[120]; (iv) a palavra final sobre a sustação da execução de contratos

---

[117] Neste sentido: tópicos 1 e 3 da seção nº 4 da declaração de Lima e princípio 3 disposto na declaração do México.

[118] WILLEMAN, Marianna. Op. Cit. P. 179.

[119] A redação do dispositivo constitucional transitou entre incorporar o TCU como órgão de auxilio ou como órgão auxiliar do poder legislativo. Em nenhum momento, entretanto, se cogitou seriamente o destaque da corte de contas em um poder republicano autônomo.

[120] Segundo Rosilho, a negativa da constituinte a estes poderes se deu em razão da excessiva

administrativos[121]; e (v) a ampliação de instrumentos de controle *a priori* a serem implementados pelo TCU.[122]

Além desses pontos, não constava no texto aprovado pela subcomissão V-B a competência para realização de auditorias operacionais pelo Tribunal de Contas da União, outro ponto constante no anteprojeto enviado por seus membros. Segundo Rosilho, os constituintes entenderam que esta era uma atribuição do controle interno, e, portanto, retiraram todas as referências a esta modalidade de verificação pelo Tribunal de Contas da União ou mesmo de forma direto pelo próprio poder legislativo.[123]

Ainda segundo o autor, o termo provavelmente voltou a ser incorporado na redação da constituição no âmbito da subcomissão de redação[124]. O comentário de Willeman corrobora a observação, destacando que tal faceta do controle externo estava presente no texto enviado pela comissão III-A para a comissão de sistematização, sendo

---

abertura do dispositivo proposto pelo TCU, além de entender que tal atribuição seria do congresso nacional. ROSILHO, André. Op. Cit. P. 75. Nada obstante, como se verá, esta competência foi conquistada em momento posterior à ANC.

[121] O anteprojeto elaborado pela subcomissão V-B previa que, nos casos de demora excessiva do congresso nacional para decidir a respeito de sustação de contratos administrativos nos quais houve constatação de ilegalidade pelo TCU, deveria prevalecer a decisão da corte de contas. Entretanto, no texto final aprovado pela ANC prevê que, em caso de inércia de 90 dias após o informe de ilegalidade ao congresso nacional, o TCU "decidirá a respeito" do caso. Existe divergência na literatura administrativista acerca dos efeitos possíveis desta "decisão a respeito" do TCU. Esta discussão será retomada mais à frente no trabalho.

[122] A preferência dos agentes de controle externo pelo controle prévio foi repetidamente exposta por eles durante a ANC, e encontraram certo apoio no corpo constituinte. Entretanto, o texto final aprovado pela assembleia manteve a preponderância do controle posterior, salvo as já elencadas competências para analisar a legalidade dos atos de admissão e de aposentadoria dos servidores da administração pública direta e indireta. ROSILHO, André. Op. Cit. P. 69. Eduardo Jordão fala em um "silêncio eloquente" da constituição, ou seja, a ausência desta forma preventiva de intervenção do TCU não ocorreu por esquecimento dos constituintes, mas sim por opção expressa para que ele não a realizasse. JORDÃO, Eduardo. "A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – controlador ou administrador? " Revista Brasileira de Direito Público. Ano 12, n. 47. Belo Horizonte, 2014. pp. 209-230

[123] Segundo o professor da FGV: O contraste entre a proposta dos tribunais de contas e o anteprojeto que vingou na Subcomissão do Orçamento e Fiscalização Financeira denota, de um lado, a intenção de os tribunais de contas ampliarem seu campo de controle, adentrando a avaliação de mérito dos programas governamentais e das despesas realizadas pelo Executivo.136 Por outro lado, revela a resistência (ao menos inicial) da ANC de ver como própria dos tribunais de contas o exercício de atividade que, a seu ver, seria típica dos órgãos de controle interno. ROSILHO, Op. Cit. P. 65.

[124] ROSILHO, André. Op. Cit. P. 64.

um dos poucos pontos nos quais o previsto neste texto prevaleceu sobre aquele enviado pela subcomissão V-B.[125]

O que se percebe, ao fim desta exposição, é que o Tribunal de Contas da União rotineiramente buscou, por meio de instrumentos internos e externos à ANC, influenciar os trâmites da assembleia em relação aos dispositivos que regrariam o tribunal, sempre com pretensões ampliativas de sua autonomia e seus espaços de atuação. Dentre seus principais objetivos estava a sua transferência para um papel de revisor operacional da administração pública, ainda que o exato conteúdo do que seria esta fiscalização operacional não tenha sido incluído no texto da CRFB/88.

A constatação deste fato não atribui aqui um caráter inerentemente negativo à postura do TCU. As preocupações externadas por seus representantes estavam dentro do pensamento republicano, e buscavam, sob seu juízo de valor, a melhoria da gestão pública. Além disso, como já se afirmou, o controle externo está longe de ser a única categoria que se mobilizou politicamente para se ver representada na ANC[126]. O que este tópico procura destacar é apenas o objetivo da participação: o de garantir assento constitucional de um maior espaço de atuação para a corte de contas, sendo a previsão da realização de fiscalizações performativas uma das principais frentes destas pretensões.

A participação se converteu em um espaço ampliado de atuação da corte de contas. Entretanto, isto não significa que a recepção às suas sugestões foi integral. Os constituintes, ainda que tenham sido deferentes em boa parte às sugestões do TCU, optaram por expressa ou implicitamente negar certas competências ao controlador externo. Não nos debruçamos aqui sobre o aspecto meritório destas decisões. Apenas nos limitamos a afirmar que, após concluso o processo constituinte, decidiu-se por manter restrições consideráveis à atividade do Tribunal de Contas da União, que são tão relevantes para definição de seu papel institucional quanto os espaços positivos destinados à sua atuação.

---

[125] WILLEMAN, Marianna. Op. Cit. P. 167.

[126] Segundo Carlos Ari Sundfeld: “minha tese é que a idealização em torno do caráter garantista da constituição tem obscurecido o que é seu traço central: o haver instituído de um constitucionalismo chapa branca, destinado a *assegurar posições de poder a corporações e organismos estatais ou paraestatais*. SUNDFELD, Carlos Ari. Direito administrativo para céticos. São Paulo: Malheiros, 2014. P. 56.

Contudo, a construção das competências institucionais do TCU pós 1988 não se findou com o encerramento do processo constituinte. As limitações impostas pela ANC foram mitigadas pela normatização infraconstitucional, que deu novos contornos ao controle externo realizado pelo Tribunal de Contas, e começou a dar um pouco mais de sentido concreto à manifestação "operacional" desta atuação.

1.3: Incompletude constitucional e legal das competências de fiscalização operacional do Tribunal de Contas da União

A Constituição de 1988 dedica o seu capítulo IX, intitulado com sendo o referente à " fiscalização contábil, financeira e orçamentária" da administração. Neste, é apresentado o desenho geral dos sistemas de controle interno e externo da administração pública. As funções de ambos os tipos de controle estão dispostas no art. 70 da CRFB, segundo o qual eles estariam a cargo da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas.[127]

Dentro deste capítulo, o rol básico de competências do TCU está no art. 71 da constituição. Entretanto, a leitura do dispositivo constitucional permite constatar que o seu texto deixa uma miríade de espaços em aberto acerca dos exatos limites da atuação do Tribunal de Contas da União. Segundo Fernando e Luma Scaff, "a redação do artigo [71] não prima por sua precisão, uma vez que tenta abarcar uma enormidade de situações que, a rigor, poderiam ser mais bem especificadas e delimitadas".[128]

De forma direta no texto constitucional, são previstas as seguintes competências

---

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

[128] SCAFF, Fernando Facury; SCAFF, Luma Cavaleiro de Macedo. Comentário ao art. 71. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo:Saraiva/Almedina, 2013. p. 2464-2467. E-book.

para o Tribunal de Contas da União:

(i) art. 71, I: Elaboração de parecer prévio[129] acerca das contas prestadas pelo presidente da república[130], que é posteriormente enviado ao Congresso Nacional que, por força do art. 49, IX, possui competência para realizar o derradeiro julgamento político de regularidade[131];

---

[129] Segundo Flávio da Cruz, Adauto Viccari Júnior, José Osvaldo Glock, Nélio Herzmann e Rui Rogério Naschenweng Barbosa: "O parecer prévio circunstanciado do Tribunal de Contas, baseado em relatórios de análise das contas e de auditorias realizadas in loco, consiste em apreciação geral e fundamentada da gestão orçamentária, patrimonial e financeira, havida no exercício, e conclui pela aprovação ou rejeição, indicando, se for o caso, os atos impugnados, norteando, dessa forma, a decisão do Poder Legislativo. Além dos procedimentos de análise dos demonstrativos contábeis e das informações enviadas mensal e anualmente ao Tribunal de Contas e dos relatórios das auditorias ordinárias, para fins de emissão do parecer são consideradas também as auditorias especiais decorrentes de denúncias que, observadas certas regras, qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato pode enviar ao Tribunal de Contas. " CRUZ, Flávio da (coord.). Comentários à Lei no 4.320. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.p. 350.

[130] Em relação às contas dos chefes dos executivos estaduais e municipais, o art. 31, §1º atribui esta função auxiliar aos Tribunais de Contas Estaduais ou, onde estes existirem, tribunais e conselhos de contas municipais. Em relação ao chefe do executivo federal, a competência do TCU para emissão de parecer prévio se encontra prevista também no art. 33, §2º, da CRFB/88.

[131] O constituinte parece ter decidido não subordinar a aprovação das contas do chefe do executivo, com as consequências graves que adviriam de uma eventual reprovação, como uma eventual inelegibilidade. Assim, o julgamento final das contas cabe exclusivamente ao congresso nacional, representantes eleitos da população e dos estados, que teriam a capacidade de melhor ponderar as consequências políticas e sociais que sucederiam à reprovação das contas do presidente da república. (MOUTINHO, Donato Volkers. Contas dos governantes: apreciação das contas dos chefes do poder executivo pelos tribunais de contas no Brasil. São Paulo: Blucher, 2020. P. 166-184). Apesar deste aparente "desprestígio" das considerações do TCU, Rosilho afirma que o parecer prévio se mostra como mais do que uma "mera" formalidade, sendo também uma importante ferramenta de aprimoramento da gestão pública, bem como fator de possíveis incentivos políticos para que o legislativo fortaleça sua fiscalização sobre o executivo. Medauar, em sentido contrário, parece não enxergar grande utilidade no documento, afirmando que, já que ele frequentemente sequer é discutido no âmbito do legislativo e rotineiramente rejeitado, melhor seria a prestação de contas diretamente ao congresso nacional, sem atuação do TCU. (ROSILHO, André. Op. Cit. P. 287). No mesmo sentido, aponta Decomain: "Se o Tribunal de Contas demonstra a existência de irregularidades nas contas do Executivo e sugere ou recomenda, em seu parecer prévio, que estas sejam rejeitadas pelo Legislativo, este pode vir a ser chamado pela população a por sua vez prestar-lhe satisfações quando, a despeito disso, decide aprovar referidas contas. Vale bem a pena registrar que o Poder Legislativo tem sido mais e mais chamado à responsabilidade pela população, com frequência em virtude de manifestações da imprensa. Aprovações de contas cuja rejeição, porque irregulares, foi recomendada pelo Tribunal de Contas, podem comprometer a imagem do Poder

(ii) art. 71, II: Julgar de forma direta, e com isso aprovar ou rejeitar[132], as contas os administradores e responsáveis da administração direta e indireta, incluídas a fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal[133], bem como as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público, ainda que estes não estejam inseridos dentro da estrutura do Estado[134];

(iii) Art. 71, III: Analisar a legalidade dos atos de admissão de pessoal da administração pública direta e indireta[135], bem como os de concessão de

---

Legislativo e eventualmente até mesmo de integrantes seus, perante a população". DECOMAIN, Pedro Roberto. Tribunais de Contas no Brasil. São Paulo: Dialética, 2006. P. 79.

[132] Trata-se talvez da atividade que mais absorve o tempo e os recursos da corte de contas federal. No período entre 1998 e 2000, o TCU destinou cerca de 50% de suas capacidades técnicas ao exercício de julgamento de contas, um percentual muito superior às suas competências de registro prévio de despesas ou de fiscalização da gestão pública. Os números refletem a atividade predominantemente judicante do TCU, ainda que ele não seja ainda que não munido de competências jurisdicionais propriamente ditas. (MEDAUAR, Odete. Op. Cit. P. 139.) A noção parece ser compartilhada pelo próprio corpo interno da corte de contas. Segundo resposta obtida por André Rosilho em sua paradigmática pesquisa: Acho que a grande atribuição do Tribunal é essa [o entrevistado usa a palavra 'grande' para dar a ideia de 'destaque']: emitir um juízo sobre a gestão dos recursos públicos, sobre a gestão feita pelos administradores públicos" ROSILHO, André. Op. Cit. P. 152, nota 296, "entrevistado D".

[133] Nestes casos, o TCU se utiliza do instrumento da tomada de contas, definido por Valmir Campelo como o conjunto de documentos e demonstrações relativos à gestão de órgãos e entidades da administração pública, que são enviados anualmente ao Tribunal de contas da União. (CAMPELO, Valmir. Et. Al. O tribunal de contas no ordenamento jurídico brasileiro. In. O novo tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais. Belo Horizonte. Fórum. 2003.), para para analisar estas chamadas "contas ordinárias", em classificação dada por Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. P. 406.

[134] Em contrapartida, o instrumento utilizado pelo TCU nesta função é a tomada de contas especial, definida como "procedimentos adotados diante da omissão do dever de prestar contas, da ocorrência de desfalques ou desvios ou da prática de ato que resulte prejuízo ao erário. São instaurados pelo próprio tribunal, quando a irregularidade é detectada em suas fiscalizações ou pela autoridade administrativa que tiver ciência do ato irregular. Destinam-se a apurar fatos, quantificar danos e identificar responsáveis. (CAMPELO, Valmir. Op. Cit.) Estas contas, novamente em definição trazida por Jacoby Fernandes, são postas como "contas especiais". FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Op. Cit. P. 418.

[135] Willeman critica fortemente a previsão constitucional, uma vez que tal atribuição pouco contribuiria para a consolidação de uma cultura de controle da "qualidade e da performance da ação estatal", em razão da criação de numerosos trâmites burocráticos decorrentes da análise individualizada de cada ato de admissão ou inativação de servidores (WILLEMAN, Marianna.

aposentadoria e pensão de servidores estatutários da administração pública.[136] Trata-se de verificação unicamente do cumprimento dos critérios de legalidade dos atos em questão, sendo defeso o controle realizado com base em outros critérios como a moralidade, a conveniência e a oportunidade[137];

(iv) Art. 71, IV, V, VI, e VII, e art. 71, § 4º: Fiscalizar, por meio de auditorias e inspeções, as contas dos responsáveis pelo manejo de recursos públicos, bem como as empresas supranacionais de cujo capital social a União participe[138] e à transferência voluntária de recursos da União a

---

Op. Cit. P. 272.). Speck, por sua vez, aduz que a manutenção do registro prévio das concessões de aposentadorias e pensões, bem como a ampliação da competência do TCU para vigiar os atos de admissão de pessoal foi uma tentativa de fortalecer o então recém-criado regime de obrigatoriedade de concurso para ingresso nos quadros do funcionalismo público, além de esforço do próprio tribunal para evitar sua desidratação institucional por meio da retirada de uma atribuição muito tradicional do Tribunal de contas da União e que era responsável por boa parte de seu status institucional e carga de trabalho. (SPECK, Op. Cit. P. 118). Odete Medauar parece seguir o mesmo entendimento. Segundo a professora da USP: Parece que esta nova atribuição se relaciona com a exigência de concurso público, prevista no item II do art. 37, para administração direta e indireta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios e para o legislativo (servidores públicos, não agentes políticos) e judiciário. (MEDAUAR, Odete. Op. Cit. P. 133). De fato, os processos relativos aos atos de admissão de pessoal, de aposentadorias e de pensões ainda compreendem fatia considerável das atividades do TCU, somando o total de 32,3% dos feitos ingressantes no TCU no período de 1994/2018, com um aumento quantitativo perceptível a partir de 2013. GUERRA, Sérgio; HARTMANN, Ivar A. Op. Cit.

[136] Segundo Decomain: "À concessão dessas aposentadorias e pensões é que se reporta o dispositivo constitucional. Quando se tratar, porém, de empregados públicos, e particularmente de empregados de sociedades de economia mista ou de empresas públicas (entidades que também integram o conceito de 'Administração indireta'), cuja concessão e pagamento incumbem ao órgão previdenciário geral (atualmente, o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS), não haverá necessidade de que a concessão de cada aposentadoria ou pensão, ou de qualquer outro benefício previdenciário, seja submetida a registro pelo Tribunal de Contas". DECOMAIN, Pedro Roberto. op. Cit. P. 104.

[137] ROSILHO, André. Op. Cit. P. 208. Na mesma linha: SPECK, Bruno Wilhelm. Op. Cit. P. 120.

[138] No texto do art. 71, V, se insere nas funções do TCU "fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo". Por tratado constitutivo, deve-se entender aqui ao modo de participação conferido ao Estado brasileiro nos atos constitutivos da empresa supranacional. Sob esta motivação, o STF já negou a submissão direta da Itaipu binacional ao escrutínio do Tribunal de Contas da União. STF: ACO nº 1.905/PR. Rel. Min. Marco Aurélio Mello. J. em 08.09.2020.

outros entes federativos[139], além de prestar informações solicitadas pelo congresso nacional acerca dos achados destas ferramentas de fiscalização, ou de forma não solicitada trimestralmente e anualmente;

(v) Art. 71, VIII c/c art. 71. § 3º: Sendo identificada ilegalidade de despesa ou irregularidade nas contas de responsável pela gestão de recursos públicos, imputar débito ou multa a quem o tiver causado, constituindo, de imediato, título executivo extrajudicial;

(vi) Art. 71, IX, X e XI: Determinar prazo à autoridade administrativa par correção de ato impugnado, sustando a sua execução em caso de não atendimento, e podendo ainda representar perante os poderes competentes sobre os abusos apurados;

(vii) Art. 71, §2º e 3º: Nos casos em que se trate de contrato administrativo, representar eventuais irregularidades ao congresso nacional para que este proceda a tomar as medidas cabíveis. Caso o CN não se manifeste em 90 dias, o TCU possui ainda a atribuição de "decidir a respeito" do caso.[140]

(viii) Art. 161, parágrafo único: Fixar os coeficientes dos fundos de participação dos estados, do distrito federal e dos municípios, bem como fiscalizar a entrega dos recursos aos governos estaduais e às prefeituras.

---

[139] Isto ocorre, por exemplo, quando existe celebração de convênio, acordos, ou ajustes financeiros o entre entes federativos com a união. Neste sentido, já afirmou o STF: "*Na condição de convenente, o Estado pode ser responsabilizado pela má utilização de verbas públicas federais repassadas por convênio, submetendo-se, portanto, ao controle do TCU, sem prejuízo, ainda, de eventual responsabilidade concorrente do gestor estadual*" (MS 30.946 AgR, rel. min. Dias Toffoli, j. 4-4-2018, 2ª T, DJE de 9-5-2018).

[140] Há divergência doutrinária acerca do que a competência para o TCU "decidir a respeito" envolveria nessa situação. Alguns juristas defendem que a demora do legislativo em tomar uma decisão positiva ou negativa acerca da sustação do contrato legitimaria a corte de contas a fazê-lo de forma unilateral (Neste sentido: MARTINS, Ives Gandra. Comentários a constituição do Brasil 2 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2000). Contudo, corrente majoritária afirma que na verdade, este silêncio por parte do legislativo autoriza o TCU apenas a decidir, dentro de suas atribuições funcionais, acerca das responsabilidades dos gestores e da regularidade de suas prestações de contas. Sustar o contrato, isto é, intervir diretamente em sua execução para interromper os gastos tidos como irregulares, continuaria sendo prerrogativa unicamente do poder legislativo federal. Por todos nesta segunda linha de raciocínio: SUNDFELD, Carlos Ari. Câmara, Jacintho Arruda. Op. Cit.

Além destes dispositivos constitucionais, a nova lei de licitações (lei federal nº14.133/21) parece ampliar também o escopo da atuação dos Tribunais de Contas nestas análises qualitativas e, em alguns casos, preventivas. As cortes de contas foram inseridas no que a lei denominou de "terceira linha de defesa" que incide sobre as contratações públicas (art. 169, III). Assim, foi-lhes dado o dever de implementar práticas permanentes de gestão de riscos e controle preventivo do erário. Além disso, a nova norma densificou o conjunto de dispositivos que tratam da atuação das cortes de contas, positivando medidas que antes eram extraídas de precedentes do órgão de controle. (Arts. 170 a 173).

A leitura do art. 71, bem como os demais dispositivos constitucionais e legais que tratam da corte de contas federal, revela um amplíssimo rol de competências e possíveis campos de intervenção. Justifica-se, então, a afirmação de que o modelo de Tribunal de Contas desenvolvido no Brasil é único no mundo, não correspondendo aos modelos tradicionais implantadas em outros locais do globo. A peculiaridade do modelo nacional ocorre porque as cortes de contas brasileiras assumem funções fiscalizadoras que seriam típicas de controladoria, ao mesmo tempo em que se mostram previstas como legitimadas a assumir papel de ouvidoria e de órgão consultivo.

Além disso, suas estruturas organizacionais e seus processos decisórios seriam um misto das formas de decidir do legislativo e do judiciário[141]. Este hibridismo é corroborado também por Eduardo Monteiro Lopes Junior, que divide esta característica institucional nas funções administrativas, judicantes e fiscalizadoras do tribunal[142]. Isto se reflete, por exemplo, nas particularidades dos processos que tramitam perante o TCU que, por mais que possuam pontos de contato com o que se pratica nos processos judiciais, apresentam também características próprias decorrentes das funções de controle exercidas pela corte de contas federal.[143]

Em face desta grande extensão de competências, é comum dividir o estudo da

---

[141] RIBEIRO, Renato Jorge Brown. "O controle externo federal no brasil-uma análise do modelo de gestão frente às demandas do sistema sócio político". Dissertação (Mestrado em Administração pública). Fundação Getúlio Vargas (FGV), Rio de Janeiro, 2002. P. 91.
[142] LOPES JÚNIOR, Eduardo Monteiro. Op. Cit. P. 108.
[143]LUSTOSA, Pedro Aurélio Azevedo; DAMASCENO, Vitória Costa. "Particularidades Processuais do Tribunal de Contas da União". In. SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. "Tribunal de Contas da União no Direito e na realidade". São Paulo: Ed. Almendina, 2020.

atuação da corte de contas em funções institucionais distintas, ainda que exista certa divergência sobre quantas e quais elas seriam. Luís Henrique Lima apresenta a seguinte divisão: (i) fiscalizadora; (ii) opinativa; (iii) julgadora; (iv) sancionadora; (v) corretiva; (vi) consultiva; (vii) ouvidora; e (viii) normativa[144]. José Mauricio Conti apresenta dez funções, sendo elas: (i) fiscalizadora, (ii) judicante; (iii) sancionadora, (iv) reintegradora, (v) consultiva; (vi) informativa; (vii) corretiva; (viii) normativa; (ix) ouvidoria; e (x) administrativa.[145]

André Rosilho, por sua vez, defende que a definição das competências do TCU é mais bem realizada tomando como parâmetro o produto produzido por cada faceta da atuação do Tribunal de contas da União. Deste modo, é proposta a divisão da atuação do Tribunal de contas da União nas competências de: (i) editar normas; (ii) praticar atos sancionatórios; (iii) praticar atos de comando; (iv) levantar dados e produzir informações; (v) formular orientações gerais; e (vi) representar.[146]

Independentemente da forma que se decide classificar as competências exercidas pelo Tribunal de Contas da União, o que se percebe é que o nome conferido ao capítulo no qual tal instituição está disciplinada é, no mínimo, incompleto no que se refere às competências constitucionais conferidas à corte de contas federal.

Além da capacidade de elaboração normativa da corte de contas federal, que será esmiuçada mais à frente, há a manifesta expansão das funções do TCU em relação às espécies de fiscalização elencadas no título do capítulo XI. Isto porque os controles interno e externo pode ser pautados por qualquer um dos parâmetros listados no art. 70 da CRFB/88[147], quais sejam, a legalidade, a legitimidade, ou a economicidade, a depender apenas da relevância de cada conceito para cada auditoria ou inspeção conduzida pela corte de contas federal.[148]

A verificação da legalidade não é novidade na atividade do controle externo brasileiro, podendo ser apontada como o parâmetro mais utilizado historicamente pelo

---

[144] LIMA, Luís Henrique. Controle externo – Teorias e jurisprudência para os Tribunais de Contas. 7ª ed. rer. atual. Editora Método. São Paulo: 2018. P.115

[145] CONTI, José Mauricio. Direito financeiro na constituição de 1988. São Paulo: Oliveira Mendes. 1998. P. 23-25.

[146] ROSILHO, André. Op. CIt. P. 112.

[147] SUNDFELD, Carlos Ari, CÂMARA, Jacintho de Arruda. Op. Cit.

[148] ROSILHO, André. Op. Cit. P. 294.

Tribunal de Contas da União, dada a sua configuração prevalente como um controlador de conformidade até 1988. Segundo Odete Medauar, a "legalidade" inscrita no art. 70 é apenas "o princípio da legalidade aplicado à gestão contábil, financeira e patrimonial"[149]. Entretanto, a transposição conceitual parece não ser tão automática assim, de modo que há de se destacar ainda que a legalidade pode se apresentar em dois aspectos distintos quando falamos na sua aplicação das finanças públicas.

O primeiro é a sua manifestação pela chamada reserva de lei[150] no que se refere à previsão de todas as receitas e despesas públicas. É dizer: a totalidade das fontes de receita e dos gastos realizados pela administração pública devem, necessariamente, ser previamente deferida pelo poder legislativo, que aprova o projeto de lei orçamentária enviado anualmente pelo executivo e, ainda que não de forma irrestrita, faz alterações na mesma. Trata-se, portanto, da inserção da definição do orçamento nacional na lógica de divisão de poderes.

O segundo diz respeito à manifestação a legalidade como submissão material da execução orçamentária ao conteúdo das leis. É quase uma obviedade: a administração não pode utilizar os recursos patrimoniais e financeiros do Estado de forma contrária à legislação, como seria, por exemplo, caso no qual ela realizasse uma despesa não autorizada na lei orçamentária anual.

Entretanto, como afirma José Mauricio Conti, esta legalidade não pode ser lida exclusivamente em seu sentido mais restrito, devendo ser entendida como a necessidade de conformidade com todo o ordenamento jurídico[151]. Deste modo, a execução orçamentária pela administração deve também ser limitada pelos princípios e diretivas constitucionais, marcados fortemente pela presença de conceitos indeterminados[152] ou de grande abertura semântica, como frequentemente são os princípios, que atraem casos

---

[149] MEDAUAR, Odete. Op Cit. P. 128.

[150] Segundo Canotilho, nos casos em que há a reserva de lei "o executivo carece de fundamento legal para desenvolver suas atividades" CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 5ª ed. Coimbra: Ed. Almedina. 1992. P. 1034-1035.

[151] CONTI, José Mauricio. Op. Cit. P. 4.

[152] Classificados meramente como "noções" por Eros Grau (GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 201-202), os conceitos jurídicos indeterminados são definidos por Justen Filho como "expressões vocabulares que comportam indeterminação de sentido, o que exige que o aplicador produza sua delimitação para o caso concreto". JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. E-book.

em que há múltiplas soluções razoáveis para uma mesma situação.[153] Trata-se, portanto, mais do que uma vinculação da despesa pública à legalidade estrita, mas sim a todo ordenamento jurídico, entendido contemporaneamente como um bloco de juridicidade.[154]

Os dois outros parâmetros listados no art. 70 merecem tratamento diferenciado, pois escapam da avaliação realizada tradicionalmente pelo Direito. A legitimidade e a economicidade dos atos administrativos são parâmetros que escapam da verificação exclusivamente jurídica, e consequentemente do binômio de verificação legal/ilegal. Elas transportam a atividade controladora para a análise da conformidade de atos da administração com os binômios semânticos justo/injusto e eficiente/ineficiente.

A legitimidade na utilização dos recursos públicos está relacionada com a observância de padrões éticos e correção moral das escolhas administrativas na despesa dos recursos do erário[155]. Segundo Nagata, a legitimidade se mostra como fator de filtragem de escolhas quando, em uma situação em duas escolhas sejam perfeitamente justificáveis dentro do campo da legalidade, exista um juízo de reprovação maior em relação a uma destas opções, tendo como parâmetro a perseguição do "bem comum", ou dos objetivos da república elencados no art. 3º da própria CRFB[156]. A verificação da

---

[153] Segundo Germana de Oliveira Moraes: "por outro lado, não se pode negar – assim se acredita – que a aplicação de normas jurídicas que contêm conceitos indeterminados tanto pode conduzir à certeza quanto `incidência da norma no caso concreto (única solução possível), como pode ensejar dúvidas no momento de concretização, quando não há certeza se o fato se ajusta à hipótese normativa abstrata, pois há certas situações que conduzem à admissibilidade de mais de uma solução razoável perante o Direito." MORAES, Germana de Oliveira. Controle jurisdicional da administração pública. 2ª ed. São Paulo: Ed. Dialética, 2004. P. 66.

[154] Segundo Binenbojm: "Isso significa que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade secundum legem), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade praeter legem), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade contra legem, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição)" . BINENBOJM, Gustavo. "Uma teoria do Direito administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização, 3ª ed." Rio de janeiro: Ed. Renovar. P. 38.

[155] Segundo Ricardo lobo Torres, o aspecto da legitimidade engloba os princípios constitucionais orçamentários e financeiros, derivados da ideia de segurança jurídica ou de justiça TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de direito constitucional financeiro e tributário – o orçamento na constituição. 3ª ed. Rio de Janeiro: ed. Renovar, 2008. P. 508.

[156] NAGATA, Bruno Mitsuo. A limitação da discricionariedade em matéria orçamentária pelos princípios da legalidade, legitimidade e economicidade. In: CONTI, José Maurício; SCAFF,

legitimidade nas despesas públicas, portanto, acaba por envolver necessariamente um exercício ponderativo, a ser embasado na avaliação da situação concreta e dos bens jurídicos em disputa na definição do destino último dos recursos financeiros escassos do Estado.

Deste modo, a legitimidade torna-se parâmetro que atrai para a atividade de controle a necessidade de valorar, além do respeito à literalidade dos mandados de definição pertinentes a cada situação, os diversos mandados de otimização e conceitos em aberto trazidos no ordenamento jurídico brasileiro. Isto sem se falar na multitude de situações nas quais há a aplicação das normas infraconstitucionais que, em razão da constitucionalização do direito administrativo, deverão passar pela lente interpretativa da CRFB/88.[157]

Tomemos como exemplo uma situação na qual há alguma calamidade pública comprovada. Em razão da urgência da situação, o gestor público realiza contratação emergencial. Ao fim da crise, solucionada pela atitude rápida do gestor, percebe-se que sua opção acabou por não respeitar algum item formal necessário ao processo de dispensa de licitação. O gestor poderá responder por danos ao erário, devendo ser julgado pelo órgão controlador.

Neste caso, estar-se-á diante de um conflito entre os princípios constitucionais da legalidade e da eficiência. O controlador deverá ponderar estes dois mandados de otimização, escolhendo um deles em detrimento do outro, ou mesmo podendo optar por um meio termo. Trata-se, contudo, de avaliação majoritariamente subjetiva, e apta a gerar conflitos interpretativos entre gestores e controladores.

Fernando Facury (coord.). Orçamentos Públicos e Direito Financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

[157] No já bem estudado processo de constitucionalização do Direito, inclusive em seu ramo administrativo, há um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Não se trata apenas da inclusão material de novos temas no plano constitucional, mas sim de um papel central da constituição dentro do ordenamento jurídico que a torna o próprio parâmetro de validade de todas as normas no Direito brasileiro. NETO, Claudio Pereira de Souza; MENDONÇA, José Vicente de. “Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa” In. SARMENTO, Daniel; NETO, Claudio Pereira de Souza. “A constitucionalização do Direito: Fundamentos Teórico e aplicações específicas”. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2007.

A economicidade, por sua vez, apresenta-se como conceito de clara relação com a avaliação econômica da atividade administrativa, referindo-se à proporcionalidade entre recursos gastos e os resultados auferidos pela administração pública. Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a economicidade é a manifestação financeira do princípio da eficiência – incluído de forma expressa no texto constitucional como um dos princípios norteadores da administração pública no art. 37 da CRFB/88 - , determinando que, sempre que possível, sejam promovidas a maximização da receita pública e a minimização dos gastos.[158]

Assim, a economicidade não significa aprioristicamente a escolha pelo bem ou serviço mais barato pelo gestor público. Caso assim fosse, em uma situação hipotética na qual a administração gastasse apenas R$ 0,01 na revitalização do trecho de um quarteirão em uma via pública, estar-se-ia de acordo com o ditame da economicidade, independentemente dos resultados auferidos nesta contratação. De igual modo, não significa um cheque em branco, desde que o objetivo normativamente definido seja alcançado: na mesma situação exposta neste parágrafo, um gasto de R$ 20.000.000.000,00 obviamente seria visto como excessivo. A economicidade não preconiza unicamente um controle sobre o valor pecuniário da despesa pública de forma descontextualizada, mas sim uma equação que leva em conta os resultados obtidos, os gastos realizados, e os objetivos previamente definidos de determinada intervenção estatal.[159]

Deste modo, o controle externo, e por extensão o TCU, encontra-se habilitado constitucionalmente para avaliar um espectro amplo de aspectos da atividade administrativa em suas fiscalizações e auditorias.

Ele pode: (i) auferir a legalidade ou, melhor dizendo, a juridicidade dos atos administrativos com base em um amplo leque de conceitos cujo sentido abre margem para múltiplas interpretações; (ii) atribuir juízo de valor acerca da legitimidade das escolhas efetuadas pelo gestor público, isto é, em relação ao juízo de prioridades

---

[158] MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. “Curso de Direito administrativo, 16. Ed.”. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2014. P. 118.

[159] Nas palavras de Mileski: “A administração tem o dever de ser eficiente na realização do interesse público, com o dinheiro arrecadado do povo sendo utilizado para o alcance do maior benefício pelo menor custo e para uma maior quantidade de cidadãos”. MILESKI, Helio Saul. Controle da gestão pública. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. P. 250.

efetuado pela administração pública realizado com base em critérios éticos ou morais; (iii) analisar a economicidade dos atos praticados pelo gestor público, avaliando se as suas escolhas encontram o equilíbrio necessário em um diagrama ternário composto pelos vértices: objetivos, custos, e resultados.

Este ampliado espaço de análise gera mudanças correlatas na utilização das ferramentas fiscalizatórias à disposição do Tribunal de Contas da União, principalmente nas auditorias e nas inspeções. O aparato ferramental das auditorias foi incluído no rol de atribuições do TCU pela primeira vez na constituição de 1967, a qual atribuiu à corte de contas o desempenho das funções de auditoria financeira e orçamentária[160], bem como as inspeções que entender necessárias de acordo com as informações que lhe fossem enviadas pelas unidades administrativas[161]. Segundo Rosilho, o acréscimo destas funções ao rol de competências do TCU foi, de certa forma, uma "compensação" pela perda do controle prévio e geral de despesas anteriormente praticado pelo tribunal anteriormente.[162]

Segundo Rodolfo Dourado, a realização de auditorias pelo TCU significa, de forma geral, a aplicação de uma espécie dos seus instrumentos de controle, consistente no exame sistemático de atividades e operações de um determinado contexto ao passo de compará-las com as disposições previamente estipuladas. Para tanto, são norteadas por um programa de auditoria, e objetivam (i) obter dados de natureza contábil, financeira, orçamentária e patrimonial; (ii) conhecer a organização e o funcionamento dos órgãos e entidades bem como avaliar, do ponto de vista do desempenho operacional, suas atividades e sistemas; e (iii) aferir os resultados alcançados pelos programas e projetos governamentais.[163]

---

[160] Art. 71, §1º da CRFB/67: O controle externo do Congresso Nacional será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas e compreenderá a apreciação das contas do Presidente da República, o desempenho das funções de auditoria financeira e orçamentária, e o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos.

[161] Art. 71, §3º da CRFB/67: A auditoria financeira e orçamentária será exercida sobre as contas das unidades administrativas dos três Poderes da União, que, para esse fim, deverão remeter demonstrações contábeis ao Tribunal de Contas, a quem caberá realizar as inspeções que considerar necessárias

[162] ROSILHO, André. Op. Cit. P. 289.

[163] DOURADO, Rodolfo Maciel. O Controle Externo sobre Agências Reguladoras de Estado: limites e (im)possibilidades de atuação. 2011. 151 f. Dissertação (Mestrado em Administração). Fundação Getúlio Vargas (FGV), Rio de Janeiro, 2011. P. 67.

As inspeções, por sua vez, são definidas como meio apto a esclarecer dúvidas ou apurar denúncias quanto à legalidade e à legitimidade de atos e fatos administrativos praticados por responsáveis sujeitos à jurisdição do tribunal, além de suprir omissões e lacunas de informações. Dourado, citando Boynton, afirma que as inspeções são exames mais detalhados e cuidadosos tanto de documentos e registros quanto exames físicos de recursos tangíveis.[164]

O autor destaca ainda a existência dos mecanismos de acompanhamento, que consiste no exame da legalidade, da legitimidade e do desempenho de órgãos e entidades durante certo período, e do levantamento, que consiste em uma ferramenta utilizada quando há poucas informações sobre determinado objeto a ser auditado, com o objetivo de levantar dados para possibilitar tal procedimento de auditoria[165]. Entretanto, estas ferramentas de aplicações mais especializadas apresentam múltiplos pontos de contato com as auditorias e inspeções, podendo, deste modo, ser estudadas em conjunto com elas.

Os objetos possíveis destas auditorias no regime constitucional vigente podem ser divididos entre aquelas que preconizam por uma avaliação de conformidade e aquela que se insere na dimensão qualitativa da ação estatal. As quatro primeiras modalidades de auditoria elencadas na CRFB/88 – financeira, orçamentária, patrimonial e contábil – relacionam-se ao escopo mais tradicional do controle praticado no Brasil, que se debruça sobre a regularidade e a conformidade legal da execução orçamentária.

Segundo Willeman, estes tipos de auditoria seguem os critérios tradicionais de controle preconizando o que a literatura especializada chama de *compliance accountability*[166]. Respectivamente, as auditorias em questão se referem: (i) ao gênero que engloba toda a disposição dos recursos públicos; (ii) à adstrição das despesas

---

[164] DOURADO, Rodolfo Maciel. Op. Cit. P. 67.

[165] Ibid.

[166] Nesta definição, estas modalidades de auditoria buscam, em conjunto, examinar e avaliar a gestão pública financeira a partir dos elementos formadores: (i) regularidade material/patrimonial, entendida como a salvaguarda da integridade física dos bens que conformam o patrimônio público; (ii) regularidade legal, que afere o cumprimento da normatividade financeira e administrativa aplicável aos procedimentos de gestão dos recursos públicos; (iii) regularidade contábil, que incide sobre o adequado reflexo da situação patrimonial e financeira do Estado nas contas anuais e na execução orçamentária; e (iv) regularidade econômica, aferindo se as operações e a gestão administrativa são realizadas de acordo com os critérios de racionalidade econômica. WILLEMAN, Marianna. Op. Cit. P. 280.

públicas às previsões legislativas expressas; (iii) à disposição jurídica do patrimônio mobiliário e imobiliário do Estado; e (iv) à análise dos livros e documentos de escrituração dos diversos órgãos públicos, demonstrativos das receitas e despesas efetuadas em certo período.[167]

Há, entretanto, a previsão constitucional para que os controladores realizem fiscalizações que utilizam como parâmetros de avaliação um conjunto diverso de possíveis critérios interpretativos, e que ultrapassam estes aspectos de legalidade do gasto público. O texto constitucional, além desta tríade de objetos de averiguação, previu também a realização de fiscalizações de cunho *operacional* pelos sistemas de controle financeiro da administração pública[168].

Segundo Régis Fernandes de Oliveira, a fiscalização operacional é a verificação da "obediência aos meios legais de liberação de verbas ou de sua arrecadação"[169]. No entanto, esta parece ser uma concepção isolada, não correspondente ao que entende o

---

[167] A definição dos três primeiros tipos de auditoria está em MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. "Curso de Direito administrativo, 16. Ed.". Rio de Janeiro: ed. Forense, 2014. P.634. A definição da auditoria contábil, por sua vez, está em SEMER, Márcia Maria Barreta Fernandes. Competências constitucionais do Tribunal de Contas. 2000. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2000. Acesso em: 12.10.2022.

[168] Uma breve observação se mostra necessária aqui. Por mais que o texto constitucional tenha disciplinado de forma direta os aspectos relativos apenas à atuação do TCU, o seu art. 75 estende tais dispositivos à organização das demais cortes de contas do país. Trata-se de preordenação constitucional de parte significante da organização local e regional dos tribunais de contas, com a previsão, inclusive, do número de conselheiros que formam a composição destes. Não por acaso, boa parte das normas estaduais acerca da organização das cortes de contas apresentam grande uniformidade, com pouco espaço para inovação em matéria de fiscalização orçamentária. Nos casos em que exista divergência entre o arranjo local e o determinado pela CRFB, o STF já consolidou seu entendimento de que "os estados-membros estão sujeitos, na organização e composição dos seus tribunais de contas, a um modelo jurídico heterônomo estabelecido pela própria carta federal, que lhes restringe o exercício e a extensão do poder constituinte decorrente de que acham investidos". (WILLEMAN, Marianna. Op. Cit. P. 189). Contudo, e mesmo apesar destas similitudes normativas em sua organização, tem-se observado que os Tribunais de Contas estaduais, pelo menos, se mantiveram mais centrados ás suas atividades de fiscalização orçamentária mais tradicionais, não se aventurando muito no campo operacional, que será explicitado mais à frente. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de.Op. Cit.) Logo, quando se referir aqui às "competências ampliadas/operacionais atribuídas às cortes de contas pela CRFB/1988, leia-se: competências atribuídas constitucionalmente a todas as cortes de contas, mas exercidas de forma quase que exclusiva pelo Tribunal de Contas da União.

[169] OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Curso de Direito financeiro 4ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. P. 455.

resto da literatura especializada, e tampouco condizente com o sentido conferido ao termo pela doutrina produzida pelo próprio Tribunal de Contas da União. O estudo pormenorizado desta modalidade de auditoria será realizado no próximo capítulo, mas se pode adiantar que, em termos gerais, se trata de uma modalidade de fiscalização que avalia o desempenho e os resultados alcançados pela administração pública.

A introdução do Tribunal de Contas da União neste campo de avaliação da lógica econômica de escolhas tomadas pela administração pública promovida pela CRFB/88 representa uma clara transição do papel institucional que ele ocupava até então na tradição organizacional brasileira. Como se viu, até o desenho institucional atualmente vigente, o TCU ocupava a posição de *controlador de conformidade* das finanças públicas[170]. A competência para realização de auditorias de cunho operacional acaba por transportar o escrutínio destas cortes de contas para um local mais próximo do espaço de discricionariedade dos gestores públicos, sob uma lógica econômica não necessariamente jurídica.

Apesar desta inovação trazida pela CRFB/88, o texto da constituição não fornece uma descrição mais detalhada acerca do conteúdo destas auditorias de performance. A constituição decidiu por conferir esta nova espécie de poderes ao Tribunal de Contas da União na realização das chamadas inspeções e auditorias operacionais sem, no entanto, definir com precisão no que consistiria a natureza destes instrumentos de verificação ou seus limites.

Assim, a definição normativa fina do conteúdo e dos limites ficou restrita ao ordenamento infraconstitucional: primeiramente pela edição da LOTCU, e posteriormente pela edição de numerosos atos de natureza infralegal pelo próprio Tribunal de Contas da União. Consequentemente, deve-se entender antes como a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, aprovada em 1992 sob o nº 8443/92 deu as ferramentas para que o TCU, de forma autônoma, construísse o sentido desta natureza de fiscalização.

O trâmite legislativo da lei orgânica, assim como ocorreu no processo

---

[170] Em contrapartida, espécie de atribuição já é mais bem desenvolvida em sistemas cujo controle é realizado por meio de controladorias, como é no Canadá ou nos Estados Unidos, por meio de seu Government Accountability Office (“GAO”). CITADINI, Antônio Roque. Op. Cit. P. 50.

constituinte, foi marcado pela relevante participação e interesse dos agentes de controle externo. Este destaque se mostra pelo próprio fato de que o Tribunal de Contas da União foi quem apresentou o projeto de lei que viria a ser convertido na LOTCU, em uma interpretação extensiva, e aceita pelo congresso nacional, do art. 96, II e do art. 73, para entender que seria de sua competência para iniciativa legislativa no que se refere à sua própria lei orgânica.[171]

Nesta participação, percebe-se que os controladores buscaram, pelo processo legislativo infraconstitucional, aquilo que não conseguiram conquistar por meio do processo constituinte. Novamente, está presente o *animus* dos representantes das cortes de contas no trâmite congressual de guiar o processo de elaboração legislativa no sentido de lhes garantir um expandido espaço de atuação. Tal orientação se apresenta em diversas propostas ampliativas do controle externo desempenhado por elas, que foram amplamente concedidas pelo texto da lei derradeiramente aprovado pelo congresso nacional[172].

---

[171] Segundo o TCU, a apresentação de projetos de lei que viessem a alterar qualquer aspecto da LOTCU seria inclusive uma competência exclusiva do Tribunal. Esta noção encontra-se positivada nas normas de auditoria do Tribunal de Contas da União, revisadas pela última vez em novembro de 2020. Neste sentido: "A independência e autonomia do TCU também estão implícitas nas disposições constitucionais que lhe asseguram a iniciativa exclusiva de projetos de lei para propor alterações e revogações de dispositivos da sua Lei Orgânica, bem como para dispor sobre o seu quadro de pessoal e a remuneração de seus membros. Não cabe, pois ao Legislativo ou ao Executivo a iniciativa de propostas tendentes a alterar a Lei Orgânica do TCU, sob pena de vício de iniciativa. Uma sólida garantia constitucional de independência e autonomia". (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Normas de auditoria do Tribunal de Contas da união. Revisão novembro 2020. Anexo à portaria TCU nº 185/2020). Entretanto, o texto da CRFB não parece incluir este espaço reservado de iniciativa normativa quando previu a independência e a autonomia da corte de contas federal, mas sim buscou preservar a sua liberdade de gestão de pessoal, processual, e administrativa, como fez com os Tribunais Superiores vinculados ao poder judiciário por meio de seu art. 96. A interpretação dada pelo controlador externo, portanto, se alinha com a já verifica tendência a este externar entendimentos expansivos às proporias funções institucionais, neste caso, realizando uma interpretação que legitima uma blindagem contra intervenções externas em sua estrutura normativa e ações de controle. (DUTRA, Pedro; REIS, Thiago. Op. Cit. P. 49 – 50).

[172] Rosilho divide os principais pontos de discussão no processo legislativo da LOTCU nos seguintes campos temáticos, todos com alguma pretensão ampliativa do TCU, seja de forma expressa ou deduzível: (i) O grau de abrangência do controle pelo TCU, no qual a corte de contas federal buscou ampliar a sua fiscalização para nele incluir todos os recursos transferidos pela União a outros entes federativos e entes privados; (ii) abrangência da competência do TCU para emitir atos de comando, no qual o TCU pugnou pela sua competência para estender seu

Percebe-se, assim, um padrão: em processos ou discussões que versam sobre os limites do controle externo e às competências das cortes de contas, seus representantes tendem, majoritariamente, a se posicionar de forma a justificar e atuar no sentido de garantir um plexo mais expandido de competências e ferramentas interventivas. Especificamente, a LOTCU amplia o sentido das auditorias operacionais e o poder que o TCU tem de moldar a sua significação por meio de previsões e omissões estratégicas. A constatação guarda relevância com o que será exposto no próximo capítulo, em relação ao comportamento do TCU como um grupo de interesse em processos de elaboração normativa.

No texto positivado, além das menções genéricas às auditorias operacionais, em reprodução do texto do art. 71, IV, da constituição, o tema foi tratado pelos arts. 16, III, b[173], e 58, II[174], da LOTCU. Estes dispositivos legais ampliam os efeitos possivelmente decorrentes das auditorias performativas, já que, respectivamente, determinam a irregularidade das contas de gestores que praticam ato de gestão em infrações de natureza operacional, e determinam a aplicação de multa, ou seja, de sanção pecuniária, àqueles gestores que cometam infrações a este mesmo tipo de norma.

Apesar de ampliar as consequências decorrentes da fiscalização operacional do TCU, a lei orgânica quedou-se silente acerca de aspectos fundamentais destas auditorias e inspeções, como os seus procedimentos específicos, os limites desta espécie de

---

poder cautelar, de influir nas contratações públicas em caráter prévio, de suprir diretamente omissões dos poderes executivo e legislativo, e de emitir atos de comando com base em critérios afetos á discricionariedade do gestor público; (iii) atividade sancionatória do tribunal, área no qual o TCU buscou ampliar a possibilidade do TCU aplicar sanções de forma solidária ao superior hierárquico de servido eventualmente responsabilizado, de declarar a idoneidade de licitante por 5 anos, e de aplicar multas em adição aos débitos ao erário verificados pela corte de contas; (iv) os parâmetros de controle aplicados pelo Tribunal, área na qual o projeto apresentado pelo TCU buscava a competência para aferir, além dos já amplos parâmetros conferidos à aplicação pela corte de contas, também os "a oportunidade e os efeitos socioeconômicos" das aplicações de benefícios fiscais, creditícios e financeiros de qualquer natureza. ROSILHO, André. Op. Cit. P. 86 – 101.

[173] Art. 16. As contas serão julgadas: III - irregulares, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências: b) prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial;

[174] Art. 58. O Tribunal poderá aplicar multa de Cr$ 42.000.000,00 (quarenta e dois milhões de cruzeiros), ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional, aos responsáveis por: II - ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial;

auditoria, as garantias dos auditados e o grau de coercitividade dos encaminhamentos decorrentes de achados de fiscalização operacional. Logo, apesar deste tratamento legal, percebe-se que, se antes havia uma significante lacuna constitucional acerca do sentido das auditorias operacionais, a LOTCU pouco fez para supri-la, gerando uma lacuna também legislativa.

Assim, a maior parte da densificação normativa das auditorias operacionais foi realizada no plano infralegal, por meio de atos com força normativa editados pelo próprio TCU. Trata-se, portanto, de necessidade da sistematização autônoma do controle operacional pelo Tribunal de Contas da União, realizado principalmente por meio de seu poder regulamentar, tópico que se buscará estudar no próximo tópico.

1.4: Limites da função regulamentar do Tribunal de Contas da União acerca da fiscalização operacional da corte de contas

Diante da vagueza normativa exposta no item anterior, tornou-se necessária a complementação normativa realizada pelo próprio TCU. E, se há maior espaço em branco no regramento constitucional e legislativo, por evidente que a atividade de elaboração normativa do Tribunal de Contas da União adquire maior relevância. Contudo, como se viu, a constituição não conferiu ao Tribunal de Contas da União a competência para realizar esta normatização endógena.

A busca pela inserção desta função regulamentar no rol de competências do Tribunal de Contas da União é postura adotada pela corte de contas desde a ANC. Como se viu, ela era um dos principais itens constantes no anteprojeto enviado pelos Tribunais de Contas à Assembleia Nacional Constituinte. Segundo o art. 71, parágrafo único, da proposta apresentada pelos representantes das cortes de contas, as normas para o exercício do controle externo seriam fixadas pelo Tribunal de Contas, que aplicaria aos responsáveis as sanções previstas em Lei.[175]

---

[175] Nas palavras exatas do referido dispositivo proposto: “As normas para o exercício do controle externo serão fixadas pelo Tribunal de Contas, que aplicará aos responsáveis as sanções previstas em Lei”. A íntegra do anteprojeto encontra-se transcrito em: ROSILHO, André. Op.

Nada obstante, o item foi totalmente suprimido no texto aprovado na subcomissão da constituinte e pelo plenário da própria ANC, cujos membros viam esta atribuição como uma possibilidade de interferência indevida do tribunal em seara própria do legislativo.[176] Não por acaso, como se viu e, apesar de parte considerável da doutrina colocar a função "regulamentar" como um a das manifestações principais da atuação do Tribunal de Contas da União, em nenhum momento o texto constitucional menciona expressa ou implicitamente a atribuição de tal competência ao controlador externo federal.

Com isto posto, cria-se o questionamento: qual o fundamento constitucional ou legal que embasa a edição de instrumentos normativos de forma direta pelo Tribunal de Contas da União? A resposta encontra-se de forma direta no art. 3º da lei federal nº 8443/92, a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União ("LOTCU")[177]. Segundo o dispositivo legal, cabe ao TCU, no âmbito de sua competência e jurisdição, o poder regulamentar, podendo, em consequência, expedir atos e instruções normativas sobre matéria de suas atribuições e sobre a organização dos processos que lhe devam ser submetidos, obrigando ao seu cumprimento, sob pena de responsabilidade.[178]

Rosilho aponta que não houve qualquer discussão acerca da questão da atribuição de poder normativo ao Tribunal de Contas da União, aprovado em um texto materialmente idêntico àquele que os representantes do controle externo já haviam proposto no âmbito da Assembleia Nacional Constituinte[179]. Se, em 1988, havia uma resistência dos legisladores de atribuir esta função de forma expressa à corte de contas,

---

Cit. P. 43.

[176] ROSILHO, André. Op. Cit. P. 102.

[177] André Rosilho, em sua classificação funcional das atividades desempenhadas pelo Tribunal de Contas da União, inclui tanto o poder regulamentar do TCU quanto a função de responder consultas na mesma categoria de competências "para editar normas". (ROSILHO, André. Op. Cit. P. 129). Entretanto, a disposição infralegal do tema objeto desta dissertação, as auditorias operacionais, foi realizada por via de edição direta de atos infralegais de iniciativa própria do TCU. Logo, a manifestação da capacidade normativa mais relevante para o presente estudo é esta: a edição de atos administrativos com força normativa pelo próprio TCU para organizar interna e externamente a sua atuação.

[178] LOTCU, Art. 3º: Ao Tribunal de Contas da União, no âmbito de sua competência e jurisdição, assiste o poder regulamentar, podendo, em consequência, expedir atos e instruções normativas sobre matéria de suas atribuições e sobre a organização dos processos que lhe devam ser submetidos, obrigando ao seu cumprimento, sob pena de responsabilidade.

[179] ROSILHO, André. Op. Cit. P. 123.

este sentimento não se repetiu em 1992. O que se manteve constante foi a reivindicação do TCU desta competência, mais uma vez confirmando a tendência de que a corte de contas federal atuou para expandir suas competências funcionais tanto na ANC, quanto no processo legislativo do qual resultou a LOTCU.

Torna-se necessário se destacar aqui que não entendemos como descabida a atribuição de um poder regulamentar para o Tribunal de Contas da União para que este possa, dentro de seu campo funcional, dispor acerca dos detalhes finos e dos procedimentos internos de sua atividade controladora. A ideia de que o legislativo consegue, por si só, dar conta de disciplinar normativamente a totalidade da ação estatal já está superada tanto em nossa literatura quanto em nossa prática institucional, mesmo que tenha havido histórica resistência ao reconhecimento desta transformação paradigmática.[180]

Permita-se breve digressão.

O Direito Administrativo é caracterizado por grande dispersão normativa. A competência normativa comum a todos os entes federativos, bem como sua extensão a alguns outros órgãos como as agências reguladoras e as autarquias em geral para dispor acerca do funcionamento da administração pública, faz com que haja uma extensa pluralidade das fontes do direito administrativo, tratando de diversos campos temáticos. Além disso, outras fontes senão o direito propriamente estatal, como os preceitos da *lex mercatoria* e as redes de auto regulação de diversos grupos econômicos culturais e sociais, passam a se mostrar como polos de normatividade relevante para o funcionamento da administração pública.[181]

Esta dispersão dificulta a existência de um sistema geral do Direito administrativo. Há uma ampla e diversificada gama de setores que se inserem espaço de

---

[180] André Cyrino relata o esforço teórico realizado pelos juristas brasileiros para tentar ao mesmo tempo legitimar as regulamentações enquanto afastam por completo a figura da delegação legislativa. Nos alinhamos aqui às observações do autor, segundo o qual estes dois conceitos são, na verdade, manifestações de um mesmo "processo de alocação de funções normativas a outras instituições [que não o poder legislativo propriamente dito]" CYRINO, André. "Delegações Legislativas, Regulamentos e Administração Pública". Belo Horizonte: Fórum, 2018. P. 32 – 33.

[181] ARAGÃO, Alexandre Santos de. "Teorias Pluralistas das fontes do Direito: *Lex mercatória*, ordenamentos setoriais, subsistemas, microssistemas jurídicos e redes normativas". RTDC, vol. 36, out/dez 2008.

incidência deste campo do Direito, cada um com suas próprias dinâmicas e regras aplicáveis[182]. Assim, se, como propõe Hesse, a concretização das normas passa pela atribuição de densidade normativa às normas jurídicas[183] tem-se que este exercício, no campo do Direito administrativo, será tão variado quanto são as temáticas por ele disciplinado.

Deste modo, justifica-se a delegação de competências de elaboração normativa a um rol de instituições que vai além dos órgãos legislativos propriamente ditos. A circunstância não é nova nem literatura nem na prática do Direito administrativo. No cenário institucional contemporâneo, a teoria clássica da legalidade estrita já não consegue pautar o funcionamento do Estado[184].

Ato contínuo, ganham destaque os regulamentos, isto é, os atos administrativos de conteúdo normativo. No direito administrativo, este gênero normativo – em suas diversas manifestações, como os decretos, as portarias e as instruções - mostra-se de especial relevância. Em outras palavras, reconhece-se a impossibilidade de que o texto legal – e muito mais do constitucional, que possui um grau ainda maior de abstração – possa elencar de forma antecipada todas as situações em que atuam as instituições públicas[185], de modo que há necessidade de que sejam concedidas competências para densificação normativa àqueles que irão, na ponta da lança, ser responsáveis por aplicar as disposições elaboradas pelos legisladores.

No nosso ordenamento jurídico, a questão parece já estar internalizada, pois diversos atores institucionais externos ao poder legislativo, como o CNJ, as agências reguladoras, os conselhos de classe, e até mesmo o presidente da república gozam e

---

[182] Especificamente sobre o âmbito regulatório, leciona Floriano de Azevedo Marques que "cada subsistema regulado é um conjunto formado pelos usuários, pelo ente regulador, e pelos bens e processos que concorrem de forma articulada para o funcionamento da atividade econômica. Cada um destes subsistemas requer a construção de um arcabouço normativo próprio, apto à resolução das questões que emergem daquele setor". MARQUES NETO. Floriano. "Regulação estatal e autorregularão na economia contemporânea" R. de Dir. Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, ano 9, n. 33, p. 73-88, jan /mar 2011.

[183] HESSE, Konrad. "Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha". Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

[184] E, segundo alguns autores, nunca correspondeu a dinâmica administrativa real. Por todos: SUNDFELD, Carlos Ari. Op. Cit. P. 247.

[185] BINENBOJM, Gustavo. "Uma teoria do Direito administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização 3ª ed". Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2014. P. 138.

utilizam corriqueiramente de competências de elaboração normativa delegadas por lei ou mesmo pelo próprio texto constitucional de forma direta[186]. A prática reiterada destas ampliações de polos de produção normativa configura uma mutação constitucional[187] acerca da vedação constitucional às delegações legislativas.[188]

Ainda que a literatura administrativista, de forma majoritária, estude a delegabilidade de atribuições de elaboração normativa aos agentes do poder executivo, bem como os seus limites frente à primazia da lei, não se pode negar que a escolha do legislador no que se refere ao poder regulamentar do Tribunal de Contas da União segue, em grande parte, a mesma linha de raciocínio do que ocorre nestas delegações legislativas mais tradicionalmente abordadas.

O raciocínio que justifica a ampliação do rol de polos de produção normativa parece ser perfeitamente aplicável também quando falamos da atividade desempenhada pelo TCU. Afinal, trata-se de órgão com atribuição para realização de uma multitude de funções de controle sobre a totalidade da atividade administrativa, em toda sua extensão temática. Se hoje em dia se vive uma era de "concorrência normativa", na qual legislativo, administração e judiciário se tornam produtores intensivos de normas[189], tem-se que esta tríade poderia certamente ser convertida em, no mínimo, um quarteto pela adição do Tribunal de Contas da União.

A delegabilidade destas funções normativas justifica-se, portanto, além pela literalidade do texto da LOTCU, por motivos de ordem pragmática[190]. Alinhamo-nos,

---

[186] CYRINO, André. Op. Cit. P. 33.

[187] Segundo Barroso: "a mutação constitucional em razão de uma nova percepção do Direito ocorrerá quando se alterarem os valores de uma determinada sociedade". BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

[188] Mais especificamente, trata-se de uma mutação acerca do sentido do art. 25, I, da ADCT. CYRINO, André, NUNES, Daniel Capecchi. A Constituição, as instituições e as delegações legislativas: um caso de mutação A&C – R. de Dir. Adm. Const. | Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 175-198, out./dez. 2017.

[189] SUNDFELD, Carlos Ari. Op. Cit. P. 154.

[190] Thamy Pogrebinschi elenca três vetores de formação da matriz filosófica pragmatista, sendo eles: (i) o antifundacionalismo, entendido como uma não aceitação apriorística de pontos de partida pré-existentes, pelo simples motivo de sua anterioridade. Trata-se, segundo a autora de "uma crítica incessante; não se trata de uma crítica determinada e direcionada a um objeto concreto, mas de um desejo permanente de crítica, da crítica enquanto método de pensamento.". (ii) Consequencialismo, também apresentado pela autora como "instrumentalismo". Trata-se da defesa pela necessidade de antecipação de consequências como fator de validação de decisões

portanto, com André Cyrino quando este apresenta suas razões de contestação da doutrina da indelegabilidade administrativa.[191] Logo, o debate passa a ser focado menos no "se" o TCU poderia editar estas normas infralegais, mas sim no "como" ele desempenha esta função normativa.

O reconhecimento de um espaço legítimo para a edição de atos infralegais com força normativa não significa uma carta em branco: um "vale tudo" normativo geraria insegurança jurídica, e converteria o TCU em um mero poder legislativo paralelo. Assim, o controlador deve atuar dentro do espaço que as normas brasileiras lhe conferiram[192], além de com todo o resto do ordenamento jurídico[193]. Se o conteúdo de qualquer norma regulamentar é definida pela lei que autoriza a sua criação, a amplitude possível de seu conteúdo é inversamente proporcional ao detalhamento dado pela legislação em sentido estrito[194].

A limitação não é despropositada. Ainda que possam ocorrer efeitos substantivos imediatos positivos e alinhados com o interesse público decorrentes da edição de atos normativos cujo conteúdo se descola do que coloca a constituição e a legislação, uma postura nesta direção pode gerar, no longo prazo, efeitos sistêmicos negativos no plano institucional, o que ao fim e ao cabo iria diminuir a qualidade do

---

ou de teorias. (iii) Contextualismo, conceito segundo o qual as ideias devem ser necessariamente ser avaliadas de acordo com o contexto em que foram desenvolvidas. POGREBINSCHI, Thamy. Pragmatismo: teoria social e política. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005.

[191] CYRINO, André. Op. Cit. P. 38.

[192] Neste sentido: "Não pode o Tribunal de Contas expedir regulamento autônomo, nem muito menos invadir esfera legislativa, impondo requisitos e vedações que não têm lastro em texto legal". BARROSO, Luís Roberto. Temas de Direito Constitucional. 2ª ed. Tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 234

[193] Neste sentido: ARAGÃO, Alexandre de. "A concepção pós positivista do princípio da legalidade". Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, abr/jun 2004, p. 51/64; EISENMANN, Charles. "O Direito Administrativo E O princípio Da Legalidade". *Rev. Dir. Adm.* 1959, *56*, 47-70.

[194] Neste sentido: "Os conteúdos possíveis das normas administrativas são definidos pelo conteúdo da lei a regulamentar e pelo conteúdo das demais leis vigentes. Nas matérias e situações em que o próprio legislador houver normatizado muito o espaço do regulamento será menor. Nos casos em que a lei houver autorizado um exercício amplo de competência regulamentar e em que a legislação for mais aberta o espaço do regulamento será maior" SUNDFELD, Carlos Ari. "Direito Administrativo para céticos". São Paulo: Ed. Malheiros, 2014. P. 260.

próprio controle externo.[195]

No caso da competência conferida à corte de contas federal para realizar suas elaborações normativas, o critério adotado pelo art. 3º da LOTCU parece ser o da pertinência temática destas normas infralegais com o detalhamento da execução das funções precípuas da corte de contas federal, isto é, o controle financeiro *latu sensu* das despesas públicas[196]. Trata-se de critério amplo acerca do conteúdo e da extensão coercitiva dos atos normativos editados pelo TCU posto que, como já se viu, a corte de contas examina um extenso leque temático de assuntos, consequência da complexidade da própria administração pública em sentido objetivo. De igual modo, não se elencam quais seriam os destinatários destas normas infralegais, ou seja, quem deveria obedecer estes atos normativos.

A abertura semântica desta atividade de elaboração normativa não foi reduzida posteriormente em sede infralegal. O Regimento interno do Tribunal de Contas da União ("RITCU"), ao tratar sobre esta função normativa, limitou-se a elencar as espécies de atos cuja elaboração é cabida à corte de contas federal (Art. 67) e os tramites pelos quais esta função é desempenhada (Arts. 72 a 84). Ou seja, manteve-se a vagueza acerca dos parâmetros substantivos que deveriam ser cumpridas pelas normas eventualmente editadas pelo Tribunal de Contas.

O Judiciário também não parece estar inteiramente disposto a delimitar os limites desta concessão da função de elaboração normativa ao Tribunal de Contas da União. Tal faceta da atividade controladora não parece encontrar resistência no Supremo Tribunal Federal, que rotineiramente abaliza esta competência sem maiores questionamentos ou alongamentos teóricos.[197]

Munida desta competência precariamente delimitada, a corte de contas federal

---

[195] JORDÃO, Eduardo. Op. Cit.

[196] Novamente segundo Barroso: "Em síntese das ideias enunciadas neste tópico, é possível deixar assentado que a referência feita pela lei ao poder regulamentar do Tribunal de Contas somente será constitucional se interpretada no sentido de uma competência normativa limitada, consistente na ordenação interna de sua própria atuação". BARROSO, Luis Roberto. Op. Cit. P. 235.

[197] Neste sentido: STF: MS nº 33188/DF. Rel. Min. Rosa Weber. J. em 17.11.2014; STF: MS nº 35004/DF. Rel. Min. Edson Fachin. J. em 25.08.2017; STF: MS 32227/DF. Rel. Min. Rosa Weber. J. em 27.10.2014.

edita frequentemente normas para densificar e precisar o sentido de diversos assuntos afetos ao controle externo de modo a viabilizar o próprio exercício desta função. Esta atividade eleva o Tribunal de Contas da União a um intenso polo de produção de atos normativos. Ao final do ano de 2022, 41 instruções normativas, 1850 portarias, 331 resoluções, 18 resoluções administrativas e 200 resoluções normativas editadas pelo TCU encontravam-se em vigor.[198]

Frente à já exposta falta de delimitação legal ou regimental, tem-se que este universo de atos normativos se destina tanto para dentro como para fora da corte de contas federal, ou seja, tanto para pautar seu funcionamento interno como para disciplinar a sua atividade de controle em relação a terceiros.

Em uma dimensão interna, podemos citar como exemplo a instrução normativa nº 75/15, que pormenoriza os procedimentos referentes ao cálculo das quotas de participação, ao acompanhamento e à fiscalização da entrega dos recursos transferidos aos estados, o distrito federal e os municípios, na forma dos art. 161 da CRFB. Outro exemplo que retrata esta sistematização interna do TCU é a IN nº 84/20, norma que estrutura os procedimentos gerais para a tomada e prestação de contas dos administradores e responsáveis da administração pública federal.

Por sua vez, a prática da corte de contas de editar atos normativos que disciplinam a conduta de agentes externos é evidenciada pela IN nº 81/2018, que disciplina fiscalização direta dos processos de desestatização pelo Tribunal de Contas da União. No ato normativo, são estabelecidas extensas obrigações ao poder que decide pela delegação de serviços públicos ou pela transferência de titularidade de uma empresa estatal, sobre quase todas as etapas e todos os aspectos de tal procedimento.

A discussão acerca da função regulamentar desempenhada pelo TCU se mostra relevante nesta dissertação pois, frente à já apresentada deficiência descritiva das fiscalizações operacionais, a definição de seu sentido, a sistematização de seus trâmites internos e a previsão de seus efeitos é também uma área na qual se mostra necessária a

---

[198] Os números foram obtidos junto ao próprio sistema do Tribunal de Contas da União em pesquisa realizada em 01.01.2023, pelo sítio eletrônico https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/ato-normativo. A pesquisa buscou cada um dos tipos de atos normativos elencados pelo sistema, aplicando-se o filtro “não consta revogação expressa”.

atividade de elaboração normativa realizada pelo Tribunal de Contas da União[199].

Diante do exposto até aqui, defendemos que esta regulamentação deve se dar dentro de um enquadro funcional delimitado: como densificação das normas que se relacionem tematicamente com o seu papel enquanto controlador financeiro da administração federal. Contudo, o cenário descrito de baixa parametrização legal tanto da fiscalização operacional quanto da função regulamentar da corte de contas abre espaço para que, por meio de atos infralegais com efeitos extensivos, o Tribunal de Contas confira sentidos e efeitos igualmente ampliativos para suas auditorias operacionais, possivelmente utilizando-as como ferramenta jurídica de expansão incontestada de suas próprias competências.

Contudo, não é razoável se inferir que a indefinição legal exposta signifique dar uma carta em branco para que o Tribunal de Contas da União atribua qualquer sentido que achar oportuno a tal modalidade de controle. Para além das limitações decorrentes de sua posição institucional dentro do desenho constitucional brasileiro, o TCU encontra também limitações de cunho semântico na definição do seriam suas auditorias operacionais.

Como se verá, esta modalidade de fiscalização performativa não foi inventada pela própria corte de contas. Ao contrário: o próprio Tribunal de Contas da União reconhece extenso arcabouço teórico externo na construção desta função de controle operacional. Deste modo, o próximo capítulo buscará estudar a categoria das auditorias operacionais em si, e como tal modalidade de fiscalização passou a integrar o ferramental de ISCs ao redor do globo, inclusive o Tribunal de Contas da União.

[199] ROSILHO, André. Op Cit. P. 125.

2: CONCEITO E CONTEXTO DA IMPLEMENTAÇÃO DE FISCALIZAÇÕES OPERACIONAIS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

2.1: Delimitação do problema

Muito se discutiu no capítulo anterior sobre como o Tribunal de Contas da União, durante o processo constituinte e legislativo, buscou se inserir na dinâmica administrativa como um agente capaz de realizar uma fiscalização "operacional" da administração pública, bem como preservar a competência para que ele mesmo definisse o conteúdo e os limites desta modalidade de controle. Mas afinal, no que consiste a faceta "operacional" do controle admisnitrativo? E por qual motivo o TCU, como uma Instituição Superior de Controle, busca de forma tão intensa a titularidade de sua realização e regulamentação?

Torna-se importante destacar que TCU não foi a primeira ISC a realizar este tipo de avaliação: outros controladores já possuem há muito suas próprias categorias que podem ser vistas como contraparte das auditorias operacionais realizadas pelo Tribunal de Contas da União. O papel de cada Instituição de controle é definido pelos mais diversos arranjos políticos/institucionais e tradições históricas de cada país, e se modifica de acordo com o ambiente em que elas se encontram[200]. Nesta variabilidade contextual, as fiscalizações ditas como operacionais já de consolidaram como prática de diversas ISCs.

Daí que se diz que não há, no cenário internacional, um modelo único ou inerentemente superior de controle externo das finanças públicas. E, mesmo dentro de cada instituição, há grande variabilidade em como se dá a sua atuação em razão do tema ou do ato sob escrutínio do controlador, sendo definíveis, portanto, como arranjos

[200] WILLEMAN, Mariana Montebello. Accountability democrática e o desenho institucional dos tribunais de contas no Brasil. Rio de Janeiro: Ed. Fórum, 2017, p. 107.

institucionais complexos.[201]

Algumas ISCs, por exemplo, realizam um controle prévio às despesas públicas, enquanto outras apenas exercem seu controle após a atuação administrativa.[202] Outrasprestam um papel de assessoramento parlamentar, de caráter eminentemente consultivo, apesar da maioria delas exercer também alguma função judicial ou quase judicial de julgamento das contas públicas e responsabilização dos gestores. Frente a esta dificuldade classificatória, Willeman coloca dentre os pontos mais significativos de distinção a titularidade do controle externo financeiro, o que viria a afetar diretamente o leque de competências do órgão em questão[203].

Nesta dicotomia, estariam contrapostos os sistemas de auditoria/controladoria – ou de *Westminster* -, sejam estes monocráticos ou colegiados, e os sistemas de Tribunais de Contas.[204]

O modelo de *Westminster*, como o nome sugere, é prevalente nos países pertencentes ao antigo grupo de nações de influência britânica, que adotam em grande parte um modelo parlamentarista de governo e a tradição jurídica de *common law*. Assim, a responsabilização proveniente do exercício do controle externo está intimamente ligada ao processo político, havendo inclusive a possibilidade de uma sanção às contas públicas representar um voto de desconfiança do parlamento.

O modelo de Tribunal de Contas como o adotado pelo Brasil, a *contrariu sensu*,

---

[201] 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.

[202] Em relação ao momento em o controle externo é realizado, Citadini classifica os sistemas nas categorias de "controle prévio", "controle posterior", ou "controle concomitante". CITADINI, Antônio Roque. "O controle externo da administração pública". São Paulo: Max Liomonad, 1995.

[203] WILLEMAN, Mariana Montebello. Op. Cit. P. 109.

[204] Haveria, ainda, um terceiro modelo de ISC. Uma variação do modelo de *Westminster*, esta estrutura é denominada de modelo colegiado de auditoria geral, ou *audit board system*, e se apresenta como um híbrido institucional entre as estruturas observadas nas ISCs de auditoria tradicionais, ou seja, amplamente monocráticas, e aquelas existentes nos Tribunais de Contas, fundamentalmente ligadas ao conceito de um colegiado de magistrados. O exame pormenorizado destes diversos modelos institucionais foge do escopo desta dissertação. Para uma análise mais detalhada, ver: WILLEMAN, Mariana Montebello. Accountability democrática e o desenho institucional dos tribunais de contas no Brasil. Rio de Janeiro: Ed. Fórum, 2017, p.113

se mostra prevalente nos países em de tradição de *civil law*, fortemente influenciados tais como aqueles localizados na Europa continental, além de parte das nações da América Latina e da África subsaariana. Entretanto, a função e a posição institucional dos Tribunais de Contas variam de acordo com o país em que se localizam. Estas diferenças podem ser traçadas, por exemplo, no papel que cada Tribunal exerce, no momento de sua atuação, ou no regime disciplinador de cada sistema, podendo este ser legal ou constitucional.

As divergências entre estes sistemas vão além de o posicionamento institucional ou o organograma interno das ISCs. Elas alcançam também as competências que cada controlador possui dentro dos ordenamentos jurídicos. O modelo de Tribunal de Contas é tradicionalmente mais vinculado ao controle de conformidade, averiguando a legalidade estrita dos gastos públicos. Em contrapartida, as ISCs que operam sob os modelos de controladoria/auditoria já possuem ampla experiência e tradição no chamado controle de desempenho ou de performance[205]. Em termos gerais, estas últimas são fiscalizações realizadas com base em um dever amplo de boa-administração[206], escrutinizando aspectos como a eficiência ou a eficácia destas despesas e intervenções estatais.

Apesar da citada tradição histórica do Tribunais de Contas como controladores de conformidade, percebe-se uma aproximação das atividades destas instituições na

---

[205] CITADINI, Antonio Roque. Op. Cit. P. 15. WILLEMAN, Marianna. Op. CIt. P. 114.

[206] Segundo Joana Mendes, a boa administração seria um chamado "Direito chapéu", que abarca em seu conteúdo direitos subjetivos dos administrados, princípios de funcionamento da gestão pública, e características extrajurídicas do funcionamento administrativo. MENDES, Joana. "La bonne administration en droit communautaire et le code européen de bonne conduite administrative". Revue française d'administration publique, 2009/3, nº 131, p. 555-571. Disponível em: https://www.cairn.info/revue-francaise-d-administration-publique-2009-3-page-555.htm. Segundo Willeman, a boa administração pode ser subdividida em três expressões concretas: Eficácia, eficiência, e racionalidade econômica. WILLEMAN, Marianna. Op. Cit. P. 100. Juarez Freitas, por sua vez, defende a boa admisntração como um "direito fundamental", que pode ser definida como a adstrição das condutas dos gestores públicos às prioridades constitucionais previamente definidas, em uma limitação clara da discricionariedade administrativa. FREITAS, Juarez. "As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração". Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. v. 35 n. 1 (2015): jan./jun. 2015. Por fim, José Augusto Delgado desenvolve a boa-administração como "um dever para o administrador e um direito subjetivo da nação" DELGADO, José Augusto. "Princípio da moralidade administrativa e a constituição federal de 1988. Revista trimestral de direito público 1/1993, Malheiros, São Paulo. P. 208/233.

direção desta fiscalização performativa da administração pública[207], ainda que o papel destas fiscalizações neste modelo de ISC ainda seja tão bem definido quanto em suas contrapartes anglo-saxãs[208]. Na verdade, trata-se de um destaque conferido à fiscalização de resultados como um todo, na medida em que se amplia a utilização desta forma de medição.

O TCU não escapa deste contexto. Assim, tem-se que a competência dele para realização de auditorias operacionais deve, também, ser vista dentro de um contexto mais amplo, que impõe mudanças sobre ISCs em geral.

Percebe-se, portanto, que esta modalidade de fiscalização não é uma jabuticaba, e não foi desenvolvida de forma originária pelo Tribunal de Contas da União. Ao contrário: Trata-se de conceito que já foi objeto de ampla produção teórica na literatura internacional, desenvolvida principalmente pelo campo da ciência da administração pública. Além do próprio conceito do que seria esta modalidade de fiscalização, a produção acadêmica acerca do tema se debruça sobre os mais diversos aspectos de sua realização, como as causas que levam a sua implementação, os seus efeitos, e suas possíveis fragilidades.

Neste contexto, este capítulo busca realizar uma exposição acerca destes aspectos contextuais do conteúdo e da implementação de fiscalizações performativas no contexto de ISCs, inclusive pelo Tribunal de Contas da União. Assim, será realizada uma revisão da literatura administrativista nacional e internacional que trata das auditorias de performance: seu objeto, sua função, suas limitações e como ela se faz insere no cenário nacional. Tal base teórica servirá de fundamento para as demais considerações acerca de como o TCU sistematizou suas fiscalizações operacionais no cenário nacional.

Além disso, será estudado como esta forma de fiscalização alcançou maior relevância, e se consolidou como uma ferramenta à disposição do TCU e de outras ISCs ao redor do globo. Este contexto será dividido nas dimensões externa e interna.

---

[207] CITADINI, Antonio Roque. Op. Cit. P. 51.

[208] POLLIT, Christopher, BOUCKEAERT, Geert. “Public Management Reform A Comparative Analysis—New Public Management, Governance, and the Neo-Weberian State”. Oxford e Nova York: Oxford University Press. P. 87

No cenário externo, será apresentada a relação entre a influência de movimentos gerenciais de reformas do Estado e da judicialização da política como fatores de translocação das ISCs para um papel cada vez mais exacerbado de controle de resultados administrativos. Na seara interna, será estudada a tendência que órgãos de controle têm para se almejar ocupar este papel. Esta explicação se dá por motivos de ordem racional, que serão abordadas a partir da ótica da teoria das escolhas públicas ("public choice theory"), e irracionais, cuja abordagem se dará por contribuições advindas do campo da economia comportamental.

2.2: Fiscalização e auditoria operacional: do que estamos falando?

2.2.1: Auditorias de performance: uma definição teórica e normativa da literatura internacional

O estudo das auditorias operacionais do TCU deve se iniciar pelo que a literatura especializada chama de auditorias de performance ("performance audits") [209] já que, como será demonstrado, é esta a fonte de inspiração para que a corte de contas federal desenvolva suas fiscalizações de cunho operacional.

Contudo, o exato conteúdo material desta modalidade performativa de auditoria não é definido de modo uniforme na literatura especializada. A maleabilidade conceitual se dá pelas próprias características do objeto de análise desta espécie de avaliação qualitativa. Moreira Neto define a gestão eficiente da administração pública e, consequentemente, o campo de aplicação das auditorias performativas, como "a busca pela eficiência administrativa, por meio da maximização quantitativa e qualitativa dos resultados, com a minimização dos dispêndios".[210]

Logo se percebe que a definição não é ampla por acaso. Afinal, a atividade da

[209] Destaca-se ainda o termo utilizado pelo National Audit Office ("NAO") do Reino Unido: Value for Money Audit ("VFM").
[210] MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. "Curso de Direito administrativo, 16. Ed.". Rio de Janeiro: ed. Forense, 2014. P. 634.

administração e, portanto, os processos e programas que ela aplica para buscar resultados e dar destinações dadas aos recursos financeiros do erário, é pluralíssima. Se, na prática, a fiscalização de resultados das políticas públicas deve passar também pela análise do emprego e do gasto dos recursos públicos usados para seu financiamento, tem-se que a auditoria de cada setor econômico, ou mesmo de cada programa ou contrato, exige um conjunto de parâmetros e tipologias próprias. Por exemplo, dificilmente os fatores de avaliação acerca da eficácia e da eficiência de uma obra pública serão os mesmos dos de um exame acerca de determinada política pública de preservação ambiental, por exemplo.

Trata-se, assim, de atividade de verificação que, em razão de sua possível amplitude temática e variabilidade acerca dos fatores analisados por ela, resiste a uma descrição monolítica. Afinal, a fiscalização operacional, isto é, sobre os processos e programas que integram a própria operação dos órgãos e das entidades que manejem recursos públicos, transporta o escrutínio do auditor para o cerne das mais diversas atividades-fim destes agentes públicos.

Na literatura internacional, o termo "auditoria de performance" surge como denominação de uma prática específica a partir da década de 70. Pollit descreve estas auditorias como aquelas que envolvem:

> "assentar se políticas, programas e instituições governamentais são bem administradas e sendo geridas de forma econômica, eficiente e efetiva", e complementa, afirmando que a tarefa é de "grande significância potencial, seja em uma dimensão prática para os cidadãos, seja em um nível mais abstrato para a saúde e a vitalidade da governança democrática."[211]

Waring, por sua vez, afirma que, ao contrário do que ocorre em auditorias financeiras em sentido estrito, dificilmente auditorias operacionais serão repetidas de forma idêntica em razão das particularidades de cada verificação, que deve ser adequada

[211] Do inglês: "Performance audit involves assessing whether government policies, programs and institutions are well managed and being run economically, efficiently and effectively. This is a task of potentially great significance – at a practical level for citizens, and at a more abstract level for the health and vitality of democratic governance". POLLITT, Christopher; Et. Al. Performance or Compliance? Performance Audit and Public Management in Five Countries. Oxford e Nova York: Oxford University Press. 1999.

em razão do programa ou da área examinada.[212]

Ao mesmo tempo, ao formular o que chama de um "guia prático para a realização de auditorias de perfomance", a autora é categórica: trata-se de uma "avaliação sistemática e objetiva das realizações ou processos de programas ou atividades governamentais, com o objetivo de determinar sua efetividade, economicidade ou eficiência". Esta averiguação, juntamente com recomendações de melhoria, é direcionada aos gestores, ministros e legisladores, que são responsáveis por dar aplicação prática às recomendações e estabelecer ações corretivas e de *Accountability*.[213]

Barzelay diferencia as auditorias operacionais das auditorias tradicionais em pelo menos sete aspectos: as posições estratégicas adotadas pelas Entidades Fiscalizadoras Superiores ("EFS"); os critérios usados pelos auditores; as técnicas aplicadas; as habilidades necessárias aos auditores; o relacionamento entre o auditado e a EFS; as questões que se desejam responder e os incentivos para os gestores; o público interessado na informação[214].

Por conta destas divergências relevantes, o autor é crítico da utilização do termo "auditoria" para se referir às avaliações de performance. Segundo o autor, estas fiscalizações que visam examinar a performance ou o desempenho de entidades públicas pouco tem a ver com de fato o que se entende por uma auditoria em seu sentido tradicional, sendo mais uma "atividade de avaliação cujo nome por acaso contém o vocábulo "auditoria"".[215] Deste modo, ainda que as auditorias de performance sejam baseadas no mesmo raciocínio das auditorias financeiras mais tradicionalmente realizadas, trata-se de atividade manifestamente distinta.

Seguindo esta diferenciação, algumas definições do que seria uma avaliação de performance buscam desacoplar a atividade da categoria das auditorias, entendendo que,

---

[212] WARING, Colleen G.; MORGAN, Stephen L. Public Sector Performance Auditing in Developing Countries. In: SHAH, Anwar (coord.). Performance Accountability and Combating Corruption. Washington, D.C: The World Bank, 2007, p. 334.
[213] WARING, Colleen G.; MORGAN, Stephen L. Op. Cit. P. 323.
[214] BARZELAY, Michael. Central audit institutions and performance auditing: a comparative analysis of organizational strategies in the OECD. Governance: an international journal of policy and administration, v. 10, n. 3, p. 235-260, jul. 1997.
[215] Ibid.

apesar destas auditorias de performance buscarem o mesmo objetivo geral das auditorias tradicionais – o escrutínio da atuação estatal com o objetivo de efetivar algum aspecto de *Accountability* -, a transposição integral de avaliação performativa para o campo das auditorias é uma "elasticidade conceitual", utilizada para facilitar a legitimação da incursão de ISCs em direção a este campo ampliado do controle público.[216]

Em uma tentativa de desacoplar o conceito das "auditorias de performance" das definições partindo de perspectiva puramente institucional, Furubo define este tipo de auditoria como uma "atividade avaliativa que produz diagnósticos ou informações acerca do aspecto da performance, em um grau de confiabilidade e de liberdade de investigação e divulgação que permitam o seu uso no campo da *Accountability*"[217]. Sob esta definição, estas avaliações qualitativas da atividade administrativa não poderiam ser incluídas em um espaço de monopólio das ISCs.

A definição do que seriam as auditorias performativas também é moldado de forma decisiva por standards normatizados em documentos internacionais editados principalmente pela INTOSAI. Neste contexto, o conceito de *performance auditing* é largamente aceito como o que foi textualizado na ISSAI[218] nº 3100/17, segundo a qual estas verificações são "exames independentes, objetivos e confiáveis para verificar se as empreitadas, os processos, as operações, os programas, as atividades ou as organizações governamentais estão operando de acordo com os princípios da economia, eficiência

---

[216] FURUBO, Jan-Eric. Performance auditing: audit or misnomer? In. LONSDALE, Jeremy; WILKINS, Peter, LING, Tom. Performance Auditing Contributing to Accountability in Democratic Government. Cheltenham: Elgar. 2011. P. 26.

[217] Do inglês: Performance auditing is an evaluative activity which produces assessments regarding performance, or information about performance, of such a reliable degree and with such a freedom from investigatory and reporting constraints, that they can be used in the realm of accountability. Ibid. P. 35.

[218] "ISSAI" é um acrônimo para "International Standards of Supreme Audit Institutions", e é um meio pelo qual a INTOSAI fixa standards internacionais em auditorias no setor público. Segundo a organização internacional, estes standards são baseados no rol básico de conceitos e princípios que definem as auditorias do setor público, e têm como objetivo: Assegurar a qualidade das auditorias conduzidas, fortalecer a credibilidade dos relatórios de auditoria frente aos usuários, incrementar a transparência do processo de auditoria, especificar a responsabilidade dos auditores em relação aos demais envolvidos, e definir os diferentes tipos de auditoria e o conjunto correlato de princípios que permitam uma linguagem comum à auditoria do setor público. INTOSAI: About the INTOSAI Framework of Professional Pronouncements – IFPP. Disponível em: https://www.issai.org/about/. Acesso em 12.10.2022.

e/ou efetividade, e se há espaço para aprimoramento".[219]

Os dispositivos da INTOSAI, contudo, não inserem as auditorias de performance de forma inquestionável na mesma categoria das demais auditorias realizadas de forma tradicional pelas ISCs. Segundo o guia para implementação de auditorias de performance, editado pela própria INTOSAI, esta modalidade de auditoria não encontra suas raízes na forma de auditoria comumente realizada no setor privado, mas sim na necessidade de análises amplas referentes à verificação da presença dos já mencionados 3 Es no âmbito dos programas governamentais[220].

Deste modo, esta espécie de fiscalização adquire uma caracterização mais genérica, sendo colocada como uma *atividade avaliadora*, mas não como necessariamente uma auditoria propriamente dita[221]. Tal observação se alinha com o que afirma Waring, segundo a qual, existe uma ampla variabilidade nos desenhos que esta ferramenta adquire ao redor do globo, ainda que todas as formas que ela assume

---

[219] Do inglês: Performance auditing carried out by SAIs is an independent, objective and reliable examination of whether government undertakings, systems, operations, programmes, activities or organisations are operating in accordance with the principles of economy, efficiency and/or effectiveness and whether there is room for improvement. INTOSAI, Appendix to ISSAI 3100. Disponível em: https://www.psc-intosai.org/wp-content/uploads/2022/05/18_Appendix-to-ISSAI-3100-1.pdf. Acesso em 20.09.2022.

[220] Segundo o documento: Performance auditing does not have its roots in the form of auditing common to the private sector. Its roots lie in the need for independent, wide-ranging analyses of the economy, efficiency, and effectiveness of government programs and agencies made on non-recurring basis. INTOSAI: Standards and guidelines for performance auditing based on INTOSAI's Auditing Standards and practical experience. 2014. P. 14. Disponível em: https://www.issai.org/wp-content/uploads/2019/08/Withdrawn-ISSAI-3000-E_watermark.pdf. Acesso em 02.10.2022.

[221] Ainda segundo o guia de implementação já citado: Auditing is normally associated with accountability, but in performance auditing this is not always the case. Auditing [for] accountability can be described as judging how well those responsible at different levels have reached relevant goals and met other requirements for which they are fully accountable (factors outside the control of the auditees are not expected to influence the outcome). An alternative approach is to focus on understanding and explaining the actual observations that have been made during the audit. Instead of trying to find out who is at fault, it is possible to analyse the factors behind the problems uncovered and to discuss what may be done about these problems. This approach reflects the idea that the overall aim of performance auditing is to promote economy, efficiency and effectiveness. The two approaches represent different ideas to performance auditing; one in which accountability (as it is in compliance and financial auditing) is at the centre of attention of the audit, while the other – which put emphasis on economy, efficiency and effectiveness – primarily concerns itself with the subject matter of the audit cases of problems observed. Ibid. p. 28.

convirjam no sentido de fiscalização sobre a questão dos já referidos três Es: economicidade, eficiência e eficácia.[222]

Segundo Furubo, a divergência na nomenclatura não parece ser acidental, mas sim o reconhecimento de que esta forma de fiscalização, na verdade, abarca a utilização de mecanismos que não necessariamente se enquadram no que seria uma auditoria propriamente dita[223]. O raciocínio encontra amparo no guia de implementação da INTOSAI já citado aqui, já que nele está disposto que auditorias operacionais não podem adotar procedimentos e standards demasiadamente padronizados, sob pena de perda de "criatividade e profissionalismo" em sua realização.[224]

Acerca dos efeitos decorrentes de auditorias de performance, tem-se que a faceta dialógica/educativa/informativa destas avaliações parece ser a regra quando analisamos a literatura internacional sobre o tema, mesmo quando se trata de atividade realizada por uma ISC[225]. O mesmo parece se refletir no tratamento dado pela normatização da INOTSAI, que no item 106 de sua ISSAI nº 3000 afirma que o auditor pode, de acordo com os achados de fiscalização, emitir recomendações ao gestor público, quando relevante de acordo com objetivos de auditoria e permitido pelo sistema jurídico no qual a ISC está inserida.[226]

---

[222] WARING, Colleen G.; MORGAN, Stephen L. Op. Cit. Cumpre-se destacar, entretanto, que estes parâmetros vem sendo alvo de propostas ampliativas, que expandiriam o alcance destas avaliações qualitativas. Tentando se manter o padrão de identificação dos critérios investigados pelas auditorias operacionais, os novos "Es" que se mostram como candidatos à inclusão neste rol são o meio ambiente ("environment"), a ética, e a equidade. Neste sentido: GILDENHUIS, Catharina E.; VAN RENSBURG, Jacobus O. Janse. "The fourth E of performance auditing". Southern African Journal of Accountability and Auditing Research Vol 19: 2017. P. 117-127.

[223] FURUBO, Jan-Eric. Op. Cit. P. 26 – 27.

[224] Segundo o documento: Auditing is normally associated with accountability, but in performance auditing this is not always the case. Performance auditing should not be guided by standards that are too detailed and streamlined. This may hamper creativity and professionalism. INTOSAI: Standards and guidelines for performance auditing based on INTOSAI's Auditing Standards and practical experience. 2014. P. 31.

[225] Não se encontrou, na pesquisa realizada sobre a literatura internacional, menção ou justificação da tomada de decisões vinculantes por ISCs em sede de auditorias de performance, mas apenas o reforço da importância das recomendações realizadas nesta seara. Neste sentido: DYE, K., STAPENHURST, F. Op. Cit. P. 12.

[226] Como se verá, a fungibilidade entre recomendações e determinações está no centro das questões envolvendo as auditorias operacionais do TCU. Por enquanto, vale a leitura do dispositivo normativo mencionado: The auditor shall obtain sufficient and appropriate audit

Ainda que se reconheça a detecção de casos de corrupção, fraude e outros ilícitos estejam no cerne da atuação tradicional das ISCs como controladoras da legalidade financeira dos Estados, inclusive para atribuição de culpa e responsabilização em caso de detecção de ilegalidades, tem-se que há a percepção de que as ISCs podem e devem também agregar valor pela sua avaliação qualitativa dos resultados e processos administrativos.[227]

Este "valor", entretanto, não deve ser visto necessariamente como uma atribuição de culpa ao gestor público, ou emissão de ato de comando que vincule o próprio conteúdo da ação estatal. Pelo contrário, percebe-se que o impacto destas avaliações qualitativas como instrumentos de melhoria de performance por meio do incremento de *Accountability* é justificado por meio do exame de fatores que as posicionam fortemente no campo dialógico, como são os seus impactos na áreas do "diálogo público", do "aprendizado institucional", ou da "responsividade política". [228]

Não por acaso, além da elaboração de relatórios acerca da performance administrativa, a realização destas atividades de avaliação é frequentemente acompanhada de medidas de divulgação dos achados de fiscalização. Logo, para além do uso *interno* destes achados de fiscalização qualitativa, isto é, a utilização das informações para melhor informar legisladores e outros agentes econômicos envolvidos em cada área fiscalizada, há também o uso *externo* destes dados, como por exemplo a extensa cobertura destas auditorias pela imprensa.[229]

Em resumo, a literatura internacional considera as auditorias de performance como um termo guarda-chuva, que pode ser utilizado para se referir a um amplo conjunto de técnicas e métodos de avaliação com o objetivo de medir a eficiência, a eficácia e a economicidade das mais diversas intervenções públicas, ainda que a sua definição como uma "auditoria" propriamente dita não seja ponto pacífico na doutrina.

---

evidence in order to establish audit findings, reach conclusions in response to the audit objective(s) and audit questions and issue recommendations when relevant and allowed by the SAI´s mandate. P. 26.

[227] DYE, K., STAPENHURST, F. Op. Cit. P. 19.

[228] FUNKHOUSER, Mark. Accountability, performance and performance auditing: reconciling the views of scholars and auditors. In. LONSDALE, Jeremy; WILKINS, Peter, LING, Tom. Performance Auditing Contributing to Accountability in Democratic Government. Cheltenham: Elgar. 2011. P. 222 – 225.

[229] POLLIT, Christopher, BOUCKEAERT, Geert. Op. Cit. P. 109.

Trata-se de uma transição do foco das instituições de controle financeiro que passam, além de avaliar a legalidade dos gastos públicos, também aspectos qualitativos destas despesas.

Não se trata de substituição completa das análises de conformidade pelas auditorias sobre com performam os administradores. Mesmo entre aqueles que se debruçam no estudo desta nova fronteira de auditoria, defende-se a complementariedade desta avaliação qualitativa com aquelas auditorias que se debruçam sobre os aspectos mais tradicionais de conformidade financeira.[230]

2.2.2: Transposição normativa e doutrinária das auditorias operacionais ao ordenamento nacional

Tomando como ponto de partida as definições expostas, tem-se que modalidade de fiscalização performativa no cenário nacional não foi previsão inédita da CRFB/88: ferramentas que podem ser encaradas como alinhadas ao que se entende como uma fiscalização de performance já eram utilizadas de forma tradicional no âmbito do controle interno quando adveio a constituição de 1988.

A figura da fiscalização acerca do cumprimento de metas e da avaliação dos resultados administrativos foi introduzida no ordenamento brasileiro pelo sistema constitucional inaugurado em 1967, com a previsão, no art. 72, incisos II e III, daquela CF, para que os agentes de controle interno acompanhassem a execução de programas de trabalho e do orçamento, bem como avaliassem os resultados alcançados pelos administradores e verificassem a execução de contratos.[231]

---

[230] Neste sentido, Pollit: "However, there is no suggestion that performance audit is intended to replace financial audit. Rather, it has been developed as a complement to traditional audit". POLLIT, Chirstopher et al. Op. Cit.

[231] Segundo os dispositivos constitucionais pretéritos: Art. 72 - O Poder Executivo manterá sistema de controle interno, visando a: I - criar condições indispensáveis para eficácia do controle externo e para assegurar regularidade à realização da receita e da despesa; II - acompanhar a execução de programas de trabalho e do orçamento; III - avaliar os resultados alcançados pelos administradores e verificar a execução dos contratos.

Esta competência do controle interno permanece no sistema constitucional vigente. No art. 74, incisos I e II, da Constituição Federal promulgada em 1988, são atribuídas aos sistemas de controle interno dos poderes da federação as competências de (i) avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União e (ii) comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado.

Deste modo, se a atribuição da fiscalização operacional para as cortes de contas era a grande novidade do sistema inaugurado em 1988 para o de controle externo, o mesmo certamente não é verdade no que se refere ao mesmo posicionamento institucional dos sistemas de controle interno[232]. Até por isso, Rosilho defende que o constituinte, ainda que de forma implícita, reconheceu a melhor adequação do exercício de competências de avaliação de desempenho pelos controladores internos.

A constatação encontra amparo na leitura da CRB/88. Ao mesmo tempo em que todas as menções da prática desta auditoria foram retiradas nos itens referentes ao controle externo, foram mantidos os artigos que atribuem a prática do que se entende como tal aos agentes de controle interno.[233]Esta origem institucional externa ao TCU é reconhecida inclusive pelo corpo interno do Tribunal de Contas da união, como demonstra resposta de entrevista realizada pelo autor[234].

---

[232] Como o presente trabalho busca estudar o controle externo de forma específica, não nos debruçaremos aqui de forma aprofundada nas competências específicas da CGU, ou dos demais instrumentos de controle interno. Para um panorama da criação e das mudanças institucionais ocorridas no controle interno brasileiro: REIS, Sérgio Roberto Guedes. "Evolução do Controle Interno no Poder Executivo Federal Brasileiro: um panorama de suas transformações institucionais e de suas tensões constitutivas". Brasil. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). Diretoria de Estudos e Políticas do Estado, das Instituições e da Democracia (Diest). Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/8091. Acesso em 09.09.2022.

[233] Segundo o professor da FGV-SP: O contraste entre a proposta dos tribunais de contas e o anteprojeto que vingou na Subcomissão do Orçamento e Fiscalização Financeira denota, de um lado, a intenção de os tribunais de contas ampliarem seu campo de controle, adentrando a avaliação de mérito dos programas governamentais e das despesas realizadas pelo Executivo.136 Por outro lado, revela a resistência (ao menos inicial) da ANC de ver como própria dos tribunais de contas o exercício de atividade que, a seu ver, seria típica dos órgãos de controle interno. ROSILHO, Op. Cit. P. 65.

[234] "Quando se vai observar, a auditoria operacional surgiu no âmbito da auditoria interna. Por

Entretanto, como se viu no subitem anterior, a extensão desta modalidade de auditoria/inspeção ao controle externo, isto é, aos tribunais de contas, já era reivindicação recorrente destes agentes de controle. Tal pretensão foi evidenciada por movimentações que ocorreram antes e durante o processo constituinte, e representava um claro movimento de ampliação do espaço de atuação das cortes de contas, que entendiam que a sua atuação mais incisiva sobre a gestão pública necessariamente como um ganho na qualidade das despesas públicas.

No que se refere à realização das auditorias de performance pelo controlador externo federal tem-se que, apesar das apresentadas divergências conceituais na literatura e das indefinições semânticas dos documentos normativos internacionais, as propostas - ou pelo menos os elementos chave – dos conceitos elaborados por Pollit e Waring encontraram ampla aceitação na doutrina nacional.

A prática foi traduzida na literatura interna do Tribunal de Contas da União sob a nomenclatura de "auditoria operacional", isto é, aquela que se debruça sobre a "operação" da administração pública. A identidade entre as auditorias de performance e as operacionais pode ser constatada pela definição dada pelos artigos elaborados por membros do TCU que tratam sobre esta segunda modalidade de fiscalização, que parecem retratar instituto muito similar ao que foi descrito até aqui neste subitem.

Algumas primeiras definições internamente construídas pelo Tribunal de Contas da União podem ser traçadas pelo menos ao ano de 1980, em texto escrito por João Baptista Ramos, presidente do TCU à época. Segundo o ministro, auditorias operacionais seriam um sistema de atividades realizadas sobre uma entidade compreendendo a coleta de dados, análises, e cálculos, com a finalidade de apurar: (i) a produtividade e a rentabilidade da entidade; (ii) os custos de operação da entidade; (iii) o equilíbrio e crescimento estrutural e patrimonial da entidade, inclusive sua situação financeira; e (iv) a viabilidade econômica e financeira dos projetos de ampliação de sua

---

quê? Notou-se que o auditor interno, que tem uma familiaridade com a organização como um todo, saberia como orientar a melhoria dos processos. Fundamentalmente nasceu assim. Na própria Constituição, no art. 74, você vê que auditoria operacional é essencialmente coisa de auditoria interna. Nossa função orientativa é mais colateral, um reflexo. Para nós, a auditoria operacional é mais geral. E não por acaso, a auditoria interna tem de estar próxima dos fatos". ROSILHO, André. Op. Cit. P. 296. Entrevistado E.

produção.[235]

Desde essa época, portanto, percebe-se a concepção das auditorias operacionais como uma forma de ampliação da fiscalização do TCU, alcançando aspectos da qualidade de operação de entidades que manejam recursos públicos. A doutrina recente do Tribunal de Contas da União refinou o conceito, e se refere a estas auditorias, em linhas gerais, como um:

> "instrumento de fiscalização que enfoca não a conformidade com leis e regulamentos, mas o desempenho de uma organização na medida em que entrega bens e serviços à sociedade, tendo a eficiência com o um conceito central em seu desenvolvimento."[236]

No mesmo sentido, Inaldo Paixão afirma que as auditorias operacionais são mais abertas a julgamentos e interpretações e seus relatórios, por consequência, são mais analíticos e argumentativos. Igualmente, em função de certas especificidades, a realização de auditorias em algumas áreas necessitariam de conhecimentos especializados e tipologias diferenciadas[237].

Como se percebe, são definições que se identificam com o conceito de *performance audits* desenvolvido no plano internacional. O exposto fortalece o que afirma Rosilho, segundo o que, apesar das grandes variabilidades internas próprias deste instrumento de controle posto à disposição do TCU, é possível afirmar que as auditorias operacionais realizadas por ele estão mais relacionadas com a qualidade das despesas governamentais do que com o fato de elas cumprirem, ou não, requisitos formais de validade[238].

A similitude entre as auditorias de performance da literatura estrangeira e as operacionais de reflete também nos efeitos que cada arcabouço teórico prevê a estas fiscalizações. Ainda que exista doutrina que entenda pela atribuição de amplos efeitos ao controle operacional realizado pelos tribunais de contas, esta não parece ser a

---

[235] RAMOS, João Baptista. "Tribunais de Contas – princípio da legalidade e legalidade da despesa. Tribunal de Contas: Principio de legalidade e legalidade da despesa. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1980.
[236] ALMEIDA, Carlos Wellington Leite de. "Auditoria Operacional: conceito, proposta e crítica". RTCU, n. 123, p. 42 – 59, jan/abr. 2012.
[237] PAIXÃO, Inaldo. Introdução à Auditoria Operacional. Rio de Janeiro, FGV, 2008.
[238] ROSILHO, André. Op. Cit. P. 63.

orientação majoritária na literatura nacional[239].

Em relação ao exercício desta fiscalização operacional pelo controlador externo federal, Valmir Campelo inclui a realização das auditorias operacionais dentro do que é denominado como o *caráter educativo* da atuação do Tribunal de Contas da União. Explica-se: por meio da orientação e da informação provenientes destes instrumentos de controle, bem como das recomendações provenientes destas, o TCU se mostraria como agente capaz de guiar o gestor a implementar voluntariamente as melhores práticas e auferir um ganho de eficiência em suas atividades.[240]

Willeman, por sua vez, defende as auditorias operacionais como o meio pelo qual a já citada *Accountability* de performance[241] deve ser instrumentalizada também no âmbito do controle externo[242]. Ainda segundo a autora, dentre as principais marcas distintivas que diferenciam esta forma de auditoria e as demais é o caráter colaborativo e dialógico das auditorias operacionais em contraposição à lógica adversarial das auditorias de conformidade. É dizer, ao invés de buscar apenas aspectos negativos da atuação do gestor para justificar eventual ação sancionatória, como ocorre na verificação de conformidade, a análise de desempenho, em tese, focaria nos acertos da administração pública, enxergando o gestor como um aliado, e não um adversário.[243]

Tal inclusão da corte de contas federal dentro do campo dos chamados diálogos institucionais, por sua vez, legitimaria a intervenção do Tribunal de Contas da União em áreas cuja discricionariedade do gestor é mais elevada, como são, por exemplo, as políticas públicas. Além disso, a divulgação dos resultados destas auditorias seria forma de aprimoramento da chamada *Accountability* social, isto é, aquela realizada por meio da sociedade civil organizada, ou pelas eleições. [244]

---

[239] Marcos Juruena Villela Souto, por exemplo, sustava que as cortes de contas poderiam "impugnar despesas que, embora qualitativa e quantitativamente previstas no orçamento e regularmente contratadas, estejam em desacordo com os melhores critérios em matéria de economia de gastos". SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Administrativo Contratual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 438.
[240] CAMPELO, Valmir. Op. Cit.
[241] BEHN, Robert D. Op. Cit. p. 09.
[242] WILLEMAN, Marianna. Op. Cit. P. 282.
[243] Ibid.
[244] Trata-se da inclusão dos efeitos destas auditorias dentro da lógica de uma *Accountability* em um plano vertical ou eleitoral, nas definições propostas respectivamente por O'donnell e

Se as considerações da conselheira do TCE/RJ, bem como do ex-ministro do Tribunal de Contas da União colocam a inclusão da função de fiscalização operacional no campo dialógico como algo recomendável, tem-se que alguns autores vão mais além: este caráter dialógico seria uma obrigatoriedade.

Segundo Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara[245], que coadunam também com o que sustenta André Rosilho[246], ainda que o TCU possa realizar esta avaliação operacional da administração, ele não possui a competência para, tomando como base os achados destas auditorias, praticar atos de comando ou impor sanções aos gestores públicos. Tais medidas coercitivas apenas podem ser implementadas caso o controlador constate ilegalidades cometidas dentro de seu campo de jurisdição específica, qual seja, a avaliação de matérias financeiras em sentido amplo, e não de eficiência ou eficácia administrativa. Neste mesmo sentido, arrematam Floriano de Azevedo Marques Neto Et. Al.:

> "A Constituição estabeleceu dois regimes distintos de interação entre o TCU e órgãos e entes administrativos. O primeiro é o regime de inspeção, de caráter fiscalizatório e relativo a ilegalidades ou irregularidades. O segundo é o regime de auditoria operacional, de natureza colaborativa. No primeiro caso, a recomendação é um efetivo comando, uma ordem, cujo cumprimento está atrelado à recomposição da legalidade. Já no regime de auditoria operacional, a recomendação não vai além

---

Manwaring. (O'DONELL, Guillermo A. "Delegative Democracy." Journal of Democracy, vol. 5 no. 1, 1994, p. 55-69; MAINWARING, Scott. "Introduction: Democratic Accountability in Latin America". In. MAINWARING, Scott; WELNA, Christopher. "Democratic accountability in Latin America". Oxford: Oxford university press, 2003. P. 18). Nesta, há uma responsabilização dos detentores do poder por entidades da sociedade civil organizada, como a imprensa e os movimentos sociais, além do próprio voto popular. Sobre esta dimensão de responsabilização, Jeremy Waldron aponta vulnerabilidades nesta manifestação vertical da Accountability, e já destacou que o amplo leque de questões pautadas em cada sufrágio popular torna difícil relacionar um resultado eleitoral à uma efetiva Accountability imposta pelo eleitorado aos governantes. (WALDRON, Jeremy. Accountability: Fundamental to Democracy (April 1, 2014). NYU School of Law, Public Law Research Paper Nº. 14-13, Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2410812. Acesso em 09.09.2022). John Ackerman, por sua vez, salienta que para além da participação direta da população por meio de eleições, reformas institucionais que possibilitam e incentivam a participação popular direta no funcionamento e em suas tomadas de decisão podem se mostrar como ferramentas relevantes de solidificar esta Accountability social. (ACKERMAN, John. Co-Governance for Accountability: Beyond ''Exit'' and ''Voice''. World Development Vol. 32, No. 3, pp. 447–463, 2004).

[245] SUNDFELD, Carlos Ari, CÂMARA, Jacintho de Arruda. Op. Cit.

[246] ROSILHO, André. P. 220.

> de uma sugestão, cujo descumprimento não acarreta qualquer ordem de sanção, pois não se está diante de um comportamento contrário ao ordenamento jurídico. Trata-se de uma medida de eficiência apenas."[247]

O caráter complementar das auditorias performativas se manifesta também na doutrina nacional. Bruno Speck entende que no cenário brasileiro há a importância da manutenção de uma fiscalização também concentrada na análise de conformidade, já que os resultados destas auditorias auferidos pelo controlador externo identificam, mais do que problemas na escolha programática, irregularidades no padrão de contabilidade de alguns dos mais onerosos programas de governo, problema ainda prevalente no Brasil.[248]

Em suma, tem-se que a doutrina nacional, em grande parte, adotou entendimentos similares aos tecidos pela literatura especializada no cenário externo, traduzindo o conceito de "auditoria de performance" para "auditoria operacional". Esta identificação se dá tanto em relação aos aspectos propositivos, isto é, na definição do que seriam estas fiscalizações, quanto nos aspectos excludentes, ou seja, nas limitações teoricamente aplicáveis à utilização desta ferramenta de controle.

2.2.3: Considerações críticas à realização de auditorias operacionais ou de performance

Por fim desta introdução conceitual cumpre-se destacar ainda que existem considerações críticas aos instrumentos de fiscalização performativa e que contestam a utilidade real destes mecanismos de mensuração das intervenções realizadas pela administração pública. Segundo estas considerações mais críticas, a atividade de fiscalizar resultados se baseia em um pressuposto de que a medição de resultados irá,

---

[247] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Et. Al. "Reputação institucional e o controle das Agências Reguladoras pelo TCU". Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, v. 278, n. 2, p. 37-70, maio/ago. 2019.

[248] SPECK, BRUNO W. "Auditing Institutions." In *Corruption and Democracy in Brazil: The Struggle for Accountability*, edited by Timothy J. Power and Matthew M. Taylor, 127–61. University of Notre Dame Press, 2011. https://doi.org/10.2307/j.ctv19m61t1.10.

por si só, incrementar a qualidade dos serviços e políticas públicas.[249]

Entretanto, esta afirmação necessariamente otimista ignoraria questões relevantes, como a falta de controle integral por parte dos gestores de todos os fatores contextuais que influem no resultado final das atividades administrativas, ou a divergência entre os parâmetros de controle escolhidos pelos auditores e aqueles priorizados pelos administradores.[250]

Na verdade, mais do que inócuas, em alguns casos a medição e publicação de informações acerca de avaliações da performance da administração pública poderia se mostrar contraproducente. Diversos autores apontam a existência de efeitos adversos inesperados que decorrem desta publicização. Exemplos são a prática de *gaming* por parte dos gestores[251] e a ossificação administrativa causada pelo receio do gestor de ser responsabilizado futuramente por uma eventual fiscalização acerca de suas escolhas

---

[249] A noção é sumarizada por Steve Strand: "Existe um consenso geral entre pesquisadores de que não há atenção suficiente sobre como indicadores de performance podem ser usados para promover melhoras no sistema escolar. Tem-se frequentemente assumido que estes indicadores irão falar por si só. Esta visão iguala indicadores de performance a ponteiros, similares àqueles existentes no painel de um carro, que proporcionariam inequívocas e claras medidas de output. Entretanto, como observa Nuttall, um ponteiro se movendo para a zona vermelha é apenas um sintoma de algum defeito e investigações mais profundas precisam ser feitas acerca de sua causa. A medição de performance não irá necessariamente levar a uma melhoria de performance e é necessário desenvolver não apenas os indicadores, mas também as técnicas que permitem o seu uso efetivo". STRAND, Steve. "Key Performance Indicators for Primary School Improvement." Educational Management Administration & Leadership 25.2 (1997): 145–153. Disponível em: https://www.academia.edu/2629898/Key_Performance_Indicators_for_Primary_School_Improvement.Acesso em 02.02.2023.

[250] MCGINNES, Simon; ELANDY, Kasturi Muthu. "Unintended Behavioural Consequences of Publishing Performance Data: Is More Always Better?" The journal of Community informatics, Vol. 8 No. 2 (2012): Special Issue: Community Informatics and Open Government Data. Disponível em https://openjournals.uwaterloo.ca/index.php/JoCI/article/view/3041/3945. Acesso em 03.02.2023.

[251] Trata-se da manipulação estratégica das circunstâncias fáticas pelos gestores para que as medições realizadas pelos agentes de controle sejam consideradas como satisfatórias, ainda que o real cenário fático não reflita essa situação. Assim, ao invés de promover a melhoria da eficiência administrativa, nestes casos as auditorias de performance apenas incentivariam os administradores a alcançar artificialmente os resultados almejados de forma cada vez mais criativa. Para uma exposição sobre as diferentes formas em que tal estratégia pode se manifestar: BEVAN, Gwyn; HOOD, Christopher. "What's Measured is What Matters: Targets and Gaming in the English Public Health Care System". Public Administration, 84: 517-538, 2006.

discricionárias[252]. Este segundo fenômeno foi traduzido para a literatura jurídica nacional como o "apagão das canetas"[253], causado por um "direito administrativo do medo".[254]

Este subitem buscou apresentar o que a literatura especializada nacional e internacional entende por auditoria operacional. Tal apresentação se mostra relevante para se compreender o exato papel e os limites que tal ferramenta pode, em teoria, adquirir na atividade controladora do TCU.

Trata-se mais do que um exame acerca de em quais situações as auditorias operacionais seriam *possíveis*, mas também uma avaliação de qual seria a sua função mais *adequada* de acordo com a literatura relevante. Tal conhecimento se mostra relevante para avaliar eventual implantação do instituto pelo Tribunal de Contas da União, e se ele se adequa ao conceito como tratado na literatura especializada ou não.

Em relação à utilização desta ferramenta pelos agentes de controle externo como o TCU, a literatura se posiciona de forma majoritária no sentido de que se trata de uma atividade valorativa, mas não necessariamente da mesma natureza das auditorias tradicionais, e que se insere no campo dialógico/educativo do controle, sendo legítima para apontar possíveis pontos de aprimoramento e ganhos de eficiência, mas não para justificar sanções ou atos de cumprimento obrigatório pelo gestor público.

Realizada esta exposição inicial, cumpre-se compreender o contexto no qual tal instituto foi criado e se solidificou como ferramenta à disposição das Instituições Superiores de Controle como o TCU. Deste modo os demais itens deste capítulo buscarão expor os cenários externo e interno às ISCs, e por extensão ao Tribunal de

---

[252]O termo "ossificação" está presente em: SMITH, Peter. On the unintended consequences of publishing performance data in the public sector. International journal of public administration, 18, 1995.

[253] Trata-se da aversão ao risco sentida pelos agentes públicos em cenários em que há incerteza sobre as consequências que podem decorrer de determinada escolha, como a aplicação de determinada sanção pessoal, fator agravado em um contexto de controle sobreposto e desordenado. Diante deste risco imensurável de forma completa, cria-se um incentivo para que o gestor "escolha não decidir", isto é, permanecer na inércia. Mais do que perder uma chance de ganhar, o ser humano geralmente opta por não correr o risco de perder. HOOD, Christopher. El juego de la culpa: manipulación, burocracia y autoconservación en el estado. Tradução: José Antonio Olmeda Gomez. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2014. P. 27.

[254] SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Direito Administrativo do Medo: Risco e Fuga da responsabilização dos agentes públicos. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

Contas da União, que tornaram possível a implantação e a intensificação do uso desta ferramenta pelos controladores financeiros do Estado.

2.3: Consolidação das fiscalizações operacionais como ferramenta à disposição de ISCs e do Tribunal de Contas da União

2.3.1: Contexto externo da consolidação do Tribunal de Contas da União como um fiscalizador operacional

Primeiramente, torna-se relevante se expor o conjunto de fatores externos às Instituições superiores de controle que as colocam em uma posição apta a interferir em aspectos cada vez mais profundos da atuação administrativa. Deve-se estudar o cenário no qual as ISCs se veem habilitadas política e normativamente a, por meio de avaliações acerca de fiscalizações de performance, avaliar os resultados e a qualidade das atividades administrativas.

No caso das auditorias operacionais enquanto fenômeno político-administrativo, há de se entender como o Tribunal de Contas da União se viu legitimado politicamente a interferir de forma mais incisiva no monitoramento de políticas e intervenções públicas, em detrimento do espaço amplo de escolha das autoridades eleitas para compor os poderes executivo e legislativo. Estas condicionantes podem ser atribuídas às modificações gerenciais na estrutura administrativa, bem como no aumento do protagonismo político de agentes não eleitos, como o judiciário e o próprio TCU. Cada um destes fatores será tratado em subitem especifico.

2.3.1.1: New public management e administração de resultado**s.**

Dentre as principais características históricas da estrutura pública nacional está a permeabilidade do sistema aos interesses de grupos que se beneficiam de dinâmicas sociais e do poder econômico utilizam a máquina pública para perseguir seus interesses.

Trata-se de característica que perdura pelo menos desde o período colonial e que também se mostrava presente na estrutura administrativa portuguesa[255], e se manteve presente mesmo com a transição para os regimes do império e posteriormente da república brasileira.[256]

Obras clássicas que versam sobre a formação do Estado brasileiro reconhecem a existência desta intercambialidade entre relações privadas e poder político. Raymundo Faoro já definiu o que denomina um "patrimonialismo"[257], segundo o qual relações de compadrio e pessoalidade entre agentes econômicos ainda se apresentam como força motriz de um "capitalismo politicamente orientado".[258] Em sentido similar, Sergio Buarque de Hollanda afirma que a burocracia pública brasileira tradicionalmente é composta por aqueles que estão ligados de forma pessoal ao poder econômico[259]. Esta

---

[255] ANDREWS, Christina W., BARIANI, Edison. "As marcas de nascença: A administração pública da colônia à república velha". In. ANDREWS, Christina W., BARIANI, Edison. "Administração pública no Brasil: breve história política". São Paulo: Ed. Unifesp, 2010.

[256] A referência histórica aqui busca destacar mais uma longevidade temporal da prática do que propriamente uma relação de causa e efeito. Fenômenos sociais como o descrito são inerentemente multicausais, e seria reducionista apontar a sua manifestação no cenário brasileiro unicamente a uma herança advinda do regime colonial.

[257] Apesar da sua importância no desenvolvimento da sociologia nacional, o termo na tradição brasileira não segue o mesmo sentido do que possui na obra de Weber, onde o termo se originou. Sendo um subtipo do conceito de "sociologia da dominação" proposto pelo sociologo alemão, podem-se retirar dois conceitos de "patrimonialismo" da literatura weberiana, que não necessariamente correspondem ao sentido da palavra dado por sociólogos brasileiros. Entretanto, estes usos "atécnicos" do termo não são necessariamente ilegítimos, mas sim adaptações dos termos weberianos à realidade brasileira. Para uma análise comparativa entre como o conceito weberiano de patrimonialismo se difere daquele elaborado pelos sociólogos brasileiros: SELL, Carlos Eduardo. "The two concepts of patrimonialism in Max Weber: from the domestic model to the organizational model". Revista Sociologia & antropologia. Rio de janeiro, v.07.02: 315–340, agosto, 2017.

[258] Nas palavras do autor: "O estamento burocrático, fundado no sistema patrimonial do capitalismo politicamente orientado, adquiriu o conteúdo aristocrático, da nobreza da toga e do título. A pressão da ideologia liberal e democrática não quebrou, nem diluiu, nem desfez o patronato político sobre a nação, impenetrável ao poder majoritário, mesmo na transação aristocrático-plebeia do elitismo moderno". FAORO, Raymundo. "Os donos do Poder: Formação do patronato político brasileiro 5ª ed." São Paulo: Ed. Globo, 2012. P. 836 – 837.

[259] Segundo o autor, "é possível acompanhar, ao longo de nossa história, o predomínio constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados dos e pouco acessíveis a urna ordenação impessoal. Dentre esses círculos, foi sem dúvida o da família aquele que se exprimiu com mais força e desenvoltura em nossa sociedade. E um dos efeitos decisivos da supremacia incontestável, absorvente, do núcleo familiar - a esfera, por excelência dos chamados "contatos primários", dos laços de sangue e de coração - está em que as relações que

condição patrimonialista se manifesta de forma inevitável na estrutura do Estado brasileiro, mostrando-se como gerador de ineficiência pública.

Frente a este diagnóstico, ocorreram diversos movimentos reformistas que buscaram conferir mais eficiência à estrutura burocrática brasileira, aproximando-a de um corpo de servidores mais profissionalizado e especializado[260]. Como exemplo, destaca-se a reforma administrativa realizada em 1967, com a edição do decreto lei nº 200/67. Nesta, buscou-se conferir mais agilidade à administração pública para adequá-la ao contexto econômico da época. Este objetivo seria obtido principalmente por meio da descentralização administrativa, com a criação de entidades autônomas vinculadas à administração púbica como as autarquias e as empresas estatais, e da racionalização hierárquica da gestão dos servidores públicos.[261]

De forma mais relevante para a presente dissertação, tem-se que em momento posterior, já durante o regime constitucional pós 1988, o Estado brasileiro sofreu também reformas estruturais relevantes, buscando incrementar a eficiência administrativa de acordo com os prognósticos vigentes à época. Na seara interna do poder executivo, por sua vez, o Projeto Diretor de Reforma do Aparelho do Estado ("PDRAE") foi elaborado no governo FHC e proposto em 1995.

O PDRAE não mencionava em nenhum momento o TCU ou o controle realizado

---

se criam na vida doméstica sempre, forneceram o modelo obrigatório de qualquer composição social entre nós. Isso ocorre mesmo onde as instituições democráticas, fundadas em princípios neutros e abstratos, pretendem assentar a sociedade em normas antiparticularistas". HOLLANDA, Sérgio Buarque de. "Raízes do Brasil 27ª ed.". São Paulo. Ed. Companhia das Letras, 2014. P. 175 – 176.

[260] Por burocracia, nos referimos aqui à definição proposta por Weber em seus escritos. Segundo o sociólogo alemão, trata-se de um tipo ideal de organização das atividades estatais com base em critérios de racionalidade, garantidos por meio da especialização de funções dos servidores públicos, da impessoalidade no processo decisório, e da codificação das atribuições funcionais. Para uma descrição do modelo Weberiano de burocracia, suas críticas, e sua aplicação ao contexto brasileiro durante a primeira metade do século XX: OLIVEIRA, Germana Alves de. "A burocracia Weberiana e a administração pública brasileira". Revista de administração pública, Rio de Janeiro, 4 (2): 47-744, Jul./dez. 1970.

[261] SILVA, Leonardo Barbosa. "A reforma administrativa de 1967". In. ANDREWS, Christina W., BARIANI, Edison. "Administração pública no Brasil: breve história política". São Paulo: Ed. Unifesp, 2010. Se referindo às tendências reformistas deste mesmo período histórico, Pollit e Bouckaert apontam o recurso ao planejamento hierárquico e à especialização técnica como vetores principais do discurso reformista à época, sendo parte de uma "primeira onda" reformista. POLLIT, Christopher, BOUCKEAERT, Geert. Op. Cit.. P. 11.

pela corte de contas. Entretanto, sua menção torna-se relevante na medida em que ele foi uma das muitas manifestações globais de influência da corrente reformista ficou conhecida como *New Public Management* ("NPM") [262], que também acabou por ter efeitos sobre o desenho institucional de ISCs como o Tribunal de Contas da União a partir da década de 1980.

Trata-se de termo usado para se referir de modo geral a um amplo conjunto de movimentos e medidas de reforma da máquina pública aplicadas em um igualmente abrangente número de países entre o final das décadas de 1970 e 1990[263]. Tal corrente de pensamento buscava, por meio do transplante de conceitos, técnicas e princípios do setor privado para o setor público, o incremento da eficiência das atividades administrativas[264].

Apesar de particularidades de cada contexto de implementação, estas medidas possuem em comum a aproximação da gestão pública ao que é praticado na administração das empresas privadas. Assim, diversas medidas se incluem nesta orientação geral de reforma "gerencial" da estrutura estatal, como por exemplo a desagregação organizacional[265], a motivação de servidores públicos por meio de incentivos pecuniários por desempenho, e a competição entre diversas agências por meio da implementação de "mecanismos típicos de mercado".[266]

Além das noções importadas do setor privado já apresentadas, pode-se ainda

---

[262] CAVALCANTE, Pedro. Op. Cit.; ANDREWS, Christina W. "Da década perdida à reforma gerencial: 1980 – 1988". In. In. ANDREWS, Christina W., BARIANI, Edison. "Administração pública no Brasil: breve história política". São Paulo: Ed. Unifesp, 2010.

[263] Trata-se do que Pollit e Bouckeart definiram como a "segunda onda" dos movimentos reformistas da administração pública. POLLIT, Christopher, BOUCKEAERT, Geert. Op. Cit. P. 11.

[264]POLLIT, Christopher, BOUCKEAERT, Geert. Op. Cit.. P. 10; CAVALCANTE, Pedro. "O plano diretor da reforma do aparelho do estado (PDRAE) à luz da literatura brasileira". In. CAVALCANTE, Pedro; SILVA, Mauro Santos. (Org.). Reformas do estado no Brasil: trajetórias, inovações e desafios. Brasília, DF: CEPAL: Rio de Janeiro: Ipea, 2020.

[265] Trata-se da escolha por uma forma de estruturação do setor público com estruturas hierárquicas mais amplas e internamente mais planas. CAVALCANTE, Pedro., Op. Cit.

[266] Esta tríade formada pela desagregação, competição e incentivos é colocada por Dunleavy como um resumo geral dos pressupostos da NPM. DUNLEAVY, Patrick; MARGETTS, Helen; BASTOW, Simon; TINKLER, Jane.. Digital Era Governance: IT Corporations, The State and E-Government. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/30529560_Digital_Era_Governance_IT_Corporations_The_State_and_E-Government. Acesso em 02.02.2023.

destacar a centralidade da medição de eficiência por meio da verificação dos *outputs*, ou seja, dos resultados alcançados pelas intervenções públicas[267], configurando uma verdadeira "administração de resultados"[268].

Sob este paradigma, a gestão pública passa a poder ser descrita como uma "caixa de ferramentas", dentro da qual a escolha dos mecanismos jurídicos eventualmente aplicados tem como objetivo encontrar os resultados mais bem alinhados com os objetivos pré-definidos ao Estado, em especial a promoção dos direitos fundamentais e da garantia de execução satisfatória de serviços públicos.[269]

A transição gera inevitáveis mudanças na esfera do controle público. Se antes esta função se debruçava apenas sobre a compatibilidade da atuação administrativa com o texto puro e simples da lei[270], vindo posteriormente a abarcar também a conformidade de atos administrativos com princípios de alta abertura interpretativa[271], a inclusão de mais uma dimensão de verificação de juridicidade extratextual - a proporcionalidade entre recursos gastos e resultados obtidos – aumenta a complexidade das funções

---

[267] POLLIT, Christopher, BOUCKEAERT, Geert. Op. Cit.. P. 10.

[268] Em relação aos resultados administrativos, tem-se que eles podem ser entendidos como a fruição dos objetivos específicos dos diversos deveres atribuídos normativamente à administração. Desta forma, a escolha dos resultados tem o seu conteúdo limitado pelas escolhas prévias realizadas pelo agente de elaboração normativa que dá sustentação a cada política pública. FREITAS, Juarez. "Discricionariedade administrativa: o controle de Prioridades constitucionais". Revista NEJ - eletrônica, vol. 18 - n. 3 - p. 416-434 / set-dez 2013.

[269] RIBEIRO, Leonardo Coelho. "O direito administrativo como caixa de ferramentas e suas estratégias". RDA – revista de direito administrativo, rio de Janeiro, v. 272, p. 209-249, maio/ago. 2016

[270] Seguindo o entendimento bem sumarizado na expressão utilizada por Seabra Fagundes: Administrar é aplicar a lei de ofício. FAGUNDES, M. Seabra. "O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário". São Paulo: Ed. Forense, 1979. P. 16 – 17.

[271] Segundo a teoria normativa proposta por Robert Alexy, os princípios são uma espécie normativa caracterizada como mandados de otimização ponderáveis entre si, sem preponderância completa entre eles. (ALEXY, Robert. "Teoria dos Direitos fundamentais". Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Ed. Malheiros. 2015). A necessidade de se conferir força normativa aos princípios decorre tanto de justificativas morais, já que se reconhece a impossibilidade da existência de uma lei garantir por si só parâmetros mínimos de justiça ao sistema jurídico (GRAU, Eros Roberto. "Direito posto e o direito pressuposto 7ª ed.". São Paulo: Ed. Malheiros, 2008. P. 169), quanto de motivos de ordem prática, posto que o amplo leque de funções estatais torna impossível que o texto legal em sentido estrito elenque de forma antecipada todas as situações em que há a intervenção ou atuação do poder público. (BINENBOJM, Gustavo. "Uma teoria do Direito administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização 3ª ed". Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2014. P. 138).

controladoras[272], inclusive em relação à atuação de longo prazo da administração pública.[273]

As Instituições Superiores de Controle, dentre elas os Tribunais de Contas, não se mostraram imunes a esta influência decorrente da NPM sobre o controle público. Pelo contrário, em razão desta transição da *Accountability* para o plano do atingimento de objetivos e da alocação eficiente de recursos públicos[274], a fiscalização da performance administrativa aumenta o protagonismo das ISCs por meio da realização de auditorias de performance, que se mostram como manifestação prática deste novo papel institucional[275].

Deste modo, cresce o escopo e o número de avaliações performativas da administração conduzidas pelas instituições de controle que, por exemplo, exercem influência mais relevante sobre o chamado "ciclo das políticas públicas", antes um processo guiado majoritariamente pelos agentes políticos dos poderes executivo e do legislativo propriamente dito[276]. O fenômeno já chegou a ser descrito como uma "explosão de auditorias", no qual estas fiscalizações passam a se debruçar sobre os mais

---

[272] Diogo de Figueiredo Moreira Neto trata esta análise de conformidade como uma parte integrante do bloco de juridicidade. Segundo o autor, esta "juridicidade finalística", mais do que a compatibilidade entre atos administrativos e o texto legal ou mandados de otimização, há de se haver uma proporcionalidade entre os recursos e os processos empregados pela gestão pública e os resultados efetivamente auferidos por ela. MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. "O Direito Administrativo no século XXI". Belo Horizonte: Fórum, 2018.

[273] Sobre a importância de acompanhamento contínuo de resultados para a efetivação de direitos fundamentais em políticas públicas, ver: BARCELLOS, Ana Paula de. "30 anos da constituição de 1988: Direitos fundamentais, políticas públicas e novas questões". *In*: BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia campos. *A república que ainda não foi*: trinta anos da constituição de 1988 na visão da escola de Direito constitucional da UERJ. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

[274] HOOD, Christopher. "A public management for all seasons?" Public Administration Vol. 69 Spring 1991 (3-19). Disponível em : https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-9299.1991.tb00779.x. Acesso em 20.01.2023.

[275] BARZELAY, Michael. Op. Cit.

[276] Este ciclo é composto por fases segmentadas, que podem ser apresentadas como: (i) identificação do problema a ser enfrentado com consequente inclusão na agenda governamental; (ii) escolha do plano, programa, ou estratégia para solução do problema; (iii) previsão e alocação de recursos financeiros e de outras espécies, e (iv) análise de resultados e encerramento do programa, caso os objetivos tenham sido alcançados. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. "Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados" Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008. P. 23 – 24.

variados aspectos da gestão pública.[277]

O Tribunal de Contas da União não ficou de fora deste reposicionamento geral das ISCs. Adaptando a sua atividade a este reposicionamento possibilitado pelo contexto internacional, a corte de contas federal desenvolveu a sua própria forma de fiscalização de performance: as já apresentadas auditorias fundamentadas no vocábulo "operacional" do art. 71, *caput*, da CRFB/88. Neste contexto, tem-se que a posição do TCU como verificador da eficiência administrativa – segundo sua própria interpretação - encontrou assento constitucional, conferindo-lhe inquestionável prestígio e estabilidade.

Com o uso desta ferramenta, a corte de contas vem desde a década de 1990 ampliando a sua influência no processo de desenho e execução de políticas públicas, utilizando as auditorias operacionais de forma intensiva no setor de infraestrutura, por exemplo[278]. Em detalhada pesquisa realizada por Eduardo José Grin sobre a utilização pelo TCU de suas auditorias de natureza operacional ("Anop"), constatou-se que a realização destas fiscalizações se debruça e sobre políticas públicas nas mais diversas como a da saúde, a inclusão social e produtiva, a educação e o meio ambiente.[279]

Em resumo, pode-se dizer que o controle de resultados se mostrou como um dos reflexos decorrentes da implementação de reformas administrativas baseadas na então crescente corrente teórica denominada como NPM, que no Brasil se manifestou principalmente por meio da PDRAE. Trata-se de corrente reformista calcada na transposição de conceitos tradicionalmente aplicados na administração de entidades privadas, com destaque à medição dos *outputs*, ou seja, dos resultados auferidos pela administração em suas atividades.

Entretanto, os efeitos destas mudanças na estrutura do Estado ultrapassaram a mera reestruturação do poder executivo, mas alcançaram também as atividades realizadas pelo seu agente de controle eterno: o TCU. Neste contexto, as Anops surgem e se consolidam como uma consequência, dentre muitas outras, deste cenário de

---

[277] POWER, Michael. "The audit explosion". Londres: Demos, 1994, P. 1.
[278] DUTRA, Pedro; REIS, Thiago. Op. Cit.
[279] GRIN, José Eduardo. "A atuação do TCU no policy making da administração pública federal: modernização gerencial ou expansão dos papéis do controle externo?" In. CAVALCANTE, Pedro; SILVA, Mauro Santos. (Org.). Reformas do estado no Brasil: trajetórias, inovações e desafios. Brasília, DF: CEPAL: Rio de Janeiro: Ipea, 2020

incremento da importância da fiscalização sobre os resultados administrativos, e consequentemente das instituições que realizam este tipo de controle.

2.3.1.2: Reposicionamento político do controle público e abertura interpretativa das normas.

Paralelamente às justificações advindas das mudanças estruturais da administração postas no subitem anterior, não se pode ignorar que o reposicionamento do TCU como um controlador operacional não ocorre sem que existam também fatores políticos que permitam a sua efetivação e consolidação. Trata-se de uma tendência geral de ampliação do espaço ocupado por instituições de controle.

Com efeito, a tendência de expansão das atividades de instituições responsáveis pelo controle da administração pública ultrapassa as atividades do Tribunal de Contas da União. Observa-se, na atualidade, o progressivo aumento do protagonismo político e midiático do poder judiciário, bem como demais institutos com funções de controle de agentes públicos e de atividades administrativas[280], como fruto de um contexto mais amplo.

A crônica falta de confiança no sistema representativo e nas autoridades - tenham elas passado ou não pelo escrutínio popular - que ocupam cargos nos poderes legislativo e executivo, parece contribuir com este movimento[281]. Este não é um fenômeno observado unicamente no Brasil. Pelo contrário, nos últimos anos um dos temas centrais de discussão no campo da ciência política internacional é a existência de uma dita "retração democrática". Mesmo democracias consolidadas como a dos Estados Unidos da América têm discutido e manifestado preocupação com as suas instituições[282].

Neste contexto de descrédito dos agentes eleitos, fortalece-se o papel de atores

---

[280] ROSILHO, Andre Janjacomo. Op. Cit.
[281] BRANDÃO, Rodrigo. "A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro". Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/10648 Acesso em 01.09.2021.
[282] LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel; Tradução Renato Aguiar. Op. Cit. p. 8/13.

que não estariam, em tese, envolvidos no jogo de interesses que marca a dinâmica político-partidária característica das instâncias representativas[283]. Estas instâncias dotadas de autonomia política seriam responsáveis pelo desempenho de "funções neutrais", isto é, com a incumbência de equilibrar as relações entre o interesse público e os atos dos mandatários.[284]

O fenômeno é estudado principalmente com foco na atuação do poder judiciário, que nos últimos tempos vem se debruçando sobre temas cada vez mais relevantes social e politicamente. Reflexo desta realidade é a "judicialização da política", isto é, a transferência relevante de espaços de decisão acerca de temas polêmicos ao poder judiciário, em especial em razão da revisão judicial realizada pelas supremas cortes nacionais em sua função de controle de constitucionalidade de atos e normas editados pelos demais poderes federativos[285].

Deste modo, é comum se falar que, além de exercer suas atividades jurisdicionais, o Judiciário poderia estar também se portando de maneira "ativista". Contudo, o conceito deste "ativismo judicial" não é único ou uniforme, sendo frequentemente utilizado de forma imprecisa em um amplo leque de situações em que se alega que estaria havendo uma expansão do espaço de atuação do poder judiciário. Segundo Paulo Gustavo Gonet Branco, a expressão é dotada de conteúdo débil e forte

---

[283] Alinhado ao que Rosanvallon já chamou de "contrademocracia", segundo o qual existem "contrapoderes democráticos" atuando em paralelo à "democracia representativa-eleitoral". ROSANVALLON, Pierre. Counter-Democracy: Politic in an Age of Distrust. New York: Cambridge University Press, 2008.

[284] Neste sentido, leciona Alexandre Santos de Aragão: "No advento da Revolução Francesa acreditava-se que apenas os órgãos da soberania popular, ou seja, os mandatários eleitos, poderiam levar a vida em sociedade a bom termo. Logo, porém, foi verificada a necessidade da criação de órgãos estatais com autonomia de gestão e independência funcional para, fora do círculo político-eleitoral, controlar e equilibrar as relações entre os titulares dos cargos eletivos para assegurar a observância dos valores maiores da coletividade. Surgiram, então, os poderes neutrais do Estado, que abrangem realidades díspares, desde as cortes constitucionais às agências reguladoras independentes, passando pelos tribunais de contas, conselhos com sede constitucional, etc.". ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

[285] Segundo Brandão, a judicialização da política pode ser entendida como "processo pelo qual as Cortes e os juízes passam a dominar progressivamente a produção de políticas públicas e de normas que antes vinham sendo decididas (ou, como é amplamente aceito, que devem ser decididas) por outros departamentos estatais, especialmente o Legislativo e o Executivo". BRANDÃO, Rodrigo., Op. Cit.

carga emocional, consubstanciando-se em um conceito fugidio.[286]

Adota-se aqui, de forma geral, a conceituação dada por Barroso: "o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance". [287] Este ativismo judicial seria fruto da judicialização de diversos elementos da vida cotidiana e política, com consequente chamamento do poder judiciário para se manifestar sobre estes assuntos polêmicos.

Na medida em que a vida se torna mais complexa, assim também se torna a atividade jurisdicional. Questões que antes eram limitadas ao debate político passam a integrar o cotidiano dos debates do poder judiciário e são decididos, em última análise, por este poder federativo[288]. A judicialização da vida avança com mais naturalidade em países com constituições analíticas como a brasileira, já que estes textos constitucionais possuem uma maior amplitude temática que é passível de contestação judicial[289].

Da mesma maneira que a vida se tornou mais complexa, igualmente se aumentou a complexidade das atividades administrativas. Desta forma, tal reposicionamento ampliativo não afeta de forma única as funções desempenhadas pelo poder judiciário, que não possui a exclusividade da interpretação e aplicação normativa. Se os problemas enfrentados pela administração se complexificam, assim também se comportam as questões postam frente ao controle externo.

E, da mesma forma que o poder judiciário precisa encontrar novas formas de

---

[286] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio: o ativismo judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). As novas faces do ativismo judicial. Salvador: Jus Podivm, 2011.

[287]BARROSO, Luís Roberto. "Countermajoritarian, representative and enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies". Revista Direito e práxis, *ahead of print*, Rio de Janeiro, 2017. Merece menção também o conceito dado por Carlos Alexandre de Azevedo Campos, que define o ativismo como "o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e Tribunais em face dos demais atores políticos e judiciais". CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Moreira Alves v. Gilmar Mendes: A evolução das dimensões metodológica e processual do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). As novas faces do ativismo judicial. Salvador: Jus Podivm, 2011.

[288] BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit.

[289] BARROSO, Luis Roberto. "O novo Direito Constitucional Brasileiro: Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil." Belo Horizonte: Ed. Forum, 2018.

enfrentar estes novos problemas, assim deve fazer o Tribunal de contas da União e os demais órgãos de controle administrativo. Se este pressuposto serve como uma das justificações para a ampliação de competências exercidas pelo poder judiciário, não deve causar estranheza o mesmo processo lógico ser aplicado ao controle externo da administração pública realizado pelo TCU, inserindo-o como ator relevante na interpretação de normas de direito público ao lado dos órgãos do judiciário.

A contestação do papel do judiciário como revisor exclusivo de decisões tomadas por agentes eleitos não é um objeto de estudo novo, já sendo desenvolvido desde a década de 1960 quando Bickel apresentou a aparente contradição democrática na possibilidade de juízes não eleitos serem capazes de anular de forma definitiva e unilateral decisões tomadas pelos representantes eleitos pelo povo, principalmente o poder legislativo.[290]

Segundo críticos da existência destes potenciais "revisores sem revisão"[291] em um sistema democrático, a auto atribuição do judiciário para dar a última palavra acerca do sentido da constituição seria antidemocrática na medida em que ele não estaria inerentemente imune a tomar decisões injustas nesta seara, ainda que cumprindo todas as etapas de um processo decisório de decisão orientado para produzir resultados justos.[292]

---

[290] Trata-se da chamada "dificuldade contra majoritária". Nas palavras do autor estadunidense: "(…) when the Supreme Court declares
unconstitutional legislative act or the action of an elected executive, it thwarts the will of represe ntatives of the actual people of the here and now; it exercises control, not on behalf ofthe prevail ing majority, but against it. That, without mystic overtones, is what happens. It is an altogether d ifferent kettle of fish, and it is the reason the chargeman be made that judicial review is undemo cratic." BICKEL, Alexander. "The least dangerous branch:
The Supreme Court at the Bar of Politics second edition". New Haven e Londres: Yale University Press. P. 16 – 17.

[291] Em tradução livre do termo "unchecked checkers" utilizado por Robert Lipkin em: LIPKIN, Robert Justin. "What's wrong with judicial supremacy? What's right about judicial review?" Widener Law Review, Vol. 14, No. 1, 2008, Widener Law School Legal Studies Research Paper No. 08-85, Disponível em: https://ssrn.com/abstract=1309757, Acesso em 08.08.2022.

[292] Sendo aplicável aqui a noção de justiça procedimental imperfeita formulada por Rawls, segundo a qual mesmo um critério independente de produção de resultado dito como correto não pode garantir que este objetivo será alcançado com certeza. RAWLS, John. "Uma teoria da justiça" São Paulo: Ed. Martins Fontes. P. 91.

Não havendo esta capacidade institucional superior[293], o debate acerca dos inevitáveis desacordos morais acerca dos aspectos morais da constituição deveria ser realizada por meios mais alinhados com a participação popular e, portanto, mais democráticos, principalmente pela participação poder legislativo[294].

Não se trata de uma rejeição de toda e qualquer forma de revisão judicial de legislação, mas sim de sua supremacia[295] ou de sua modalidade categorizada como forte, ou seja, na qual o poder judiciário possui a competência unilateral para se recusar a aplicar determinado ato editado pelo poder legislativo, ou mesmo retirá-lo do ordenamento jurídico como um todo[296].

Apesar da maioria das críticas à supremacia – ou à revisão forte – judicial na constitucionalidade de normas resultarem na conclusão pela necessidade de um diálogo institucional a ser realizado com o parlamento, tem-se que os efeitos desta abertura institucional ultrapassam o empoderamento do legislativo, ou mesmo de outros atores estatais. Tal miríade de envolvidos configura o que Häberle denominou de "sociedade aberta dos intérpretes da constituição".[297]

Friedman, analisando o cenário americano, demonstra que a atuação da Suprema Corte é influenciada por forças que, *a priori*, seriam externas ao funcionamento de um

---

[293] Sobre o papel da perspectiva institucional comparada como ferramenta para definição de funções institucionais: KOMENSAR, Neil K. "Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics, and public policy". Chicago e Londres: The University of Chicago press, 1994. P. 17.

[294] Neste sentido: WALDRON, Jeremy. "Law and disagreement". Nova Iorque: Oxford University Press. 1999.

[295] Segundo Waldron, a supremacia judicial se diferencia de uma revisão judicial forte nos seguintes termos: The distinction between strong and weak judicial review is separate from the question of judicial supremacy. Judicial supremacy refers to a situation in which (1) the courts settle important issues for the whole political system, (2) those settlements are treated as absolutely binding on all other actors in the political system, and (3) the courts do not defer to the positions taken on these matters in other branches (not even to the extent to which they defer to their own past decisions under a limited principle of stare decisis). WALDRON, Jeremy. "The core of the case against judicial review". The Yale Law Journal, vol. 115, no. 6, 2006, pp. 1346–406. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/20455656?origin=crossref. Acesso em 08.08.2022.

[296] WALDRON, Jeremy. *ibid*.

[297] HÄBERLE, Peter. "A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição". Porto Alegre: Ed. Sérgio Antônio Fabris, 2002. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes.

tribunal, como a opinião pública por exemplo[298]. No estudo, o autor sistematizou os pontos de contato e as influências entre as funções exercidas por cortes constitucionais e fatores não jurídicos, como as interações entre magistrados das diferentes instâncias, e entre os Poderes Legislativo e Executivo[299]. Logo, há uma pluralização do universo de intérpretes normativos, com uma consequente e inevitável interação entre eles.[300]

Esta participação ampliada de agentes estatais ou da sociedade civil se reflete em modificações no processo de formação do sentido das normas jurídicas, que passam a dar mais voz a estes atores diversos. É o caso, por exemplo, da inclusão de procedimentos adicionais no processo legislativo com o objetivo de oportunizar a manifestação e o debate de atores envolvidos com a matéria legislada[301], como por exemplo são as audiências públicas.[302], ou na atividade jurisdicional, como ampliação da utilização da ferramenta dos *amici curiae*[303] e do rol de legitimados para apresentar ações de controle concentrado de constitucionalidade[304].

---

[298] Uma das mais estudas manifestações da opinião popular sobre a atividade jurisdicional é o chamado efeito *backlash*. Ele ocorre quando há uma dissonância profunda entre a opinião pública e a as posições do judiciário, principalmente aquelas que envolvem direitos e matérias constitucionais amplamente controversos, e pode gerar uma reação política radical em sentido contrário, eventualmente afetando a própria suprema corte. Neste sentido: POST, Robert; SIEGEL, Reva. "Roe Rage: Democratic constitucionalism and backlash". Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=990968. Acesso em 08.08.2022.

[299] FRIEDMAN, Barry. The Politics of Judicial Review. Texas Law Review, Vol. 84, p. 257, 2005, NYU, Law and Economics Research Paper No. 06-05, NYU Law School, Public Law Research Paper No. 06-04. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=877328. Acesso em: 10.08.2022.

[300] SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

[301] BARCELLOS, Ana Paula de. ""Direitos fundamentais e direito à justificativa". Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2020. P. 3209. E-book.

[302] Estas audiências estão presentes também no funcionamento do poder judiciário. A respeito da utilização de audiências públicas no âmbito dos processos em trâmite no STF, ver: SANTOS, Bruno Carazza dos. "Peter Häberle e as audiências públicas no STF: Um balanço de oito anos". Revista Direito e Liberdade, Natal, v. 18, n. 3, p. 13-46, set./dez. 2016. Quadrimestral.

[303] SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*

[304] Neste sentido, já se manifestou Luís Fux na ADI 4029/AM: "A Carta de Outubro de 1988, ao estatuir amplo rol de legitimados para a propositura da Ação Direta, inaugurou nova fase no controle de constitucionalidade brasileiro, superando o amplo domínio do controle difuso e incidental sobre o abstrato e concentrado, decorrente do monopólio conferido pela Constituição de 1967 ao Procurador-Geral da República para a utilização da Representação de Inconstitucionalidade. O novo regime preza, indubitavelmente, pela abertura dos canais de participação democrática nas discussões travadas pelo Judiciário, colimando instituir aquilo que

Neste contexto de abertura do universo de intérpretes do ordenamento e fortalecimento político dos controladores da administração, não parece ser despropositado se admitir que outras instituições de controle se vejam legitimadas a também expandir suas funções como faz o judiciário. É este o caso do controlador externo federal.

Afinal, como qualquer outra ISC, o Tribunal de Contas da União é influenciado pelo contexto no qual está inserido, e sofre impactos segundo a trajetória histórica e social do país em que se encontra[305]. No próprio TCU já existem julgados em que aquela corte de contas reconhece a inovação na ordem jurídica promovida por ela.[306]

A consolidação e expansão da faceta operacional do controle externo realizado pelo Tribunal de Contas da União é uma das manifestações práticas deste cenário autorizador de uma ampliação das atividades de controle do tribunal. No caso específico da corte de contas federal, a legitimação de expansão de seu campo de atuação passa não apenas pelo prestígio geral do qual gozam as instituições de controle público em sentido amplo, mas também da sua imagem de excelência técnica do corpo instrutivo do TCU, construída ao longo dos últimos anos tanto de forma interna quanto externa à estrutura do Estado.

Internamente à máquina estatal, o Tribunal de Contas da União adquiriu um prestígio decorrente da concepção geral de excelência técnica do quadro funcional que o integra, especialmente do seu chamado corpo técnico ou instrutivo, responsável pela elaboração dos pareceres e relatórios de auditorias operacionais que eventualmente serão deliberados e aprovados/rejeitados pelos conselheiros que compõe as turmas e o plenário da corte de contas. É do interesse do corpo deliberativo do TCU se valer desta reputação institucional positiva. Não por acaso, são raros os casos em que os ministros da corte de contas federal divergem daquilo que o corpo instrutivo do tribunal elenca em

---

Häberle definiu como sociedade aberta de intérpretes constitucionais". Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.029. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2227089>. Acesso em 15.08.2022.

[305] WILLEMAN, Mariana Montebello. Op. Cit. P. 107.

[306] ARAÚJO, Carlos Mauricio Lociks. Ativismo na jurisprudência do Tribunal de Contas da União. In, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (org). Jurisprudência Constitucional. Brasilia: Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), 2013, pp. 152-171.

suas manifestações ou trazem fatos novos em seus votos[307].

Segundo Marques Neto, a imagem positiva do corpo técnico do TCU pode ser atribuída por um número grande de fatores, como a dificuldade do concurso público para ingresso nesta carreira, a alta remuneração auferida por estes servidores, a experiência de mercado, o diálogo com pares em eventos de atualização e especialização.[308] Com base nestas características, há o reforço da confiança depositada no Tribunal de Contas da União, facilitando o acoplamento sistemático de eventuais expansões das funções operacionais adquiridas pela corte de contas. Ao mesmo tempo, as reputações institucionais dos controlados – conforme padrões definidos pelo próprio o TCU - se mostram como fatores que influem no grau de intervenção da corte de contas federal em cada entidade.[309]

Assim, há uma ligação direta entre as reputações institucionais do controlador e do controlado com o adimplemento espontâneo de suas determinações e recomendações em fiscalizações operacionais, com apenas casos isolados de resistência. Segundo o professor da USP, que analisou a deferência de agências reguladoras às recomendações expedidas pelo TCU, o adimplemento destas propostas de encaminhamento é realizado sem maiores questionamentos em razão da reputação institucional privilegiada que o TCU possui frente às agências reguladoras. Reflexo claro desta deferência a propostas não vinculantes é a existência de departamentos inteiros, em algumas agências, para implantar as recomendações do TCU, bem como a pormenorização desta atividade em relatórios de gestão como algo necessariamente positivo.[310]

---

[307] "A fundamentação se encontra prioritariamente nos relatórios da unidade técnica responsável, quase inexistindo explanação de motivos próprios nos votos em si. Quando, excepcionalmente, o voto aparece bem fundamentado, o que se encontra é uma reprodução fiel dos argumentos apresentados no relatório, de modo que os ministros não trazem, eles próprios, novos fatos, argumentos ou perspectivas sobre os casos, mas apenas seguem o posicionamento da unidade técnica". MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Et. Al. Op. Cit.

[308] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. "Diálogos fora de esquadro: o controle das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União". Revista Brasileira de Estudos Políticos | Belo Horizonte | n. 120 | pp. 203-236 | jan./jun. 2020

[309] Sobre a possibilidade desta avaliação subjetiva de reputações institucionais como critério de modulação da intensidade do controle externo: JORDÃO, Eduardo. "iNFRADebate: Mais deferência para agências com melhor reputação?". Brasília, 28.05.2019. Dsiponível em: https://www.agenciainfra.com/blog/infradebate-mais-deferencia-para-agencias-com-melhor-reputacao/. Acesso em 04.02.2023.

[310] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Et. Al. Op. Cit.

Paralelamente a esta acepção interna, o TCU é legitimado como revisor geral da gestão pública aos olhos do público em geral, externamente à máquina pública. A presença de determinado assunto na mídia, ou em outros veículos de comunicação, acaba por influenciar a percepção acerca de sua ocorrência e impacto no mundo real[311]. Por exemplo, a veiculação de reportagens sobre índices de criminalidade aumenta uma sensação geral de perigo, ainda que não exista um aumento real de risco.[312] Não é diferente quando se fala da exposição de potenciais deficiências no funcionamento da administração pública. A presença midiática transfere estes temas para o centro de debates públicos, amplificando a repercussão de fiscalizações que se debruçam sobre esta faceta da atividade administrativa.[313]

Assim, a publicização de informações acerca de dados de performance dos serviços e políticas públicas produz efeitos que extrapolam as relações interinstitucionais da corte de contas com demais atores internos do Estado. Os efeitos comportamentais destas divulgações alcançam todos os atores envolvidos no processo de fiscalização operacional, com destaque ao público em geral, que toma conhecimento destes fatos principalmente por meio de reportagens midiáticas.

Entretanto, muitas vezes os dados advindos destas atividades avaliativas são de grande complexidade e, na ausência de conhecimentos técnicos específicos que a

---

[311] Pessoas formam julgamentos acerca da possibilidade de ocorrência de certo evento na medida em que elas tem a capacidade de resgatar na sua memória a ocorrência de eventos similares. Assim, são ignorados eventos menos frequentes que ocorrem de forma mais notória, e superestimam eventos mais frequentes que ocorrem de forma silenciosa. Trata-se da heurística - isto é, do atalho mental no processo de tomada de decisões - da disponibilidade. TVERSKY, Amos, KAHNEMAN, Daniel. Availability: A Heuristic for Judging Frequency and Probability. The Hebrew University of Jerusalem and the Oregon Research Institute: Cognitive Psychology 5, 207-232 (1973)

[312] Neste sentido: CALLANAN, Valerie J. "Media Consumption, Perceptions of Crime Risk and Fear of Crime: Examining Race/Ethnic Differences" Sociological Perspectives 55, no. 1 (2012): 93–115. Disponível em: https://journals.sagepub.com/doi/10.1525/sop.2012.55.1.93. Acesso em 02.01.2023.

[313] O próprio Manual de auditorias operacionais do TCU coloca o papel da mídia como um possível canal amplificador do impacto de auditorias operacionais de forma expressa: "A mídia exerce papel importante na divulgação das auditorias operacionais e no impacto causado por elas. Aumenta a probabilidade de a mídia contribuir para a efetividade se a EFS estabelecer estratégicas de comunicação específicas e de relacionamento e trabalhar os meios de comunicação para garantir que as informações publicadas sejam corretas e precisas". BRASIL. Tribunal de Contas da União. Manual de auditoria operacional / Tribunal de Contas da União. -- 4.ed. – Brasília: TCU, Secretaria-Geral de Controle Externo (Segecex), 2020. P. 36.

maioria das pessoas – inclusive aquelas responsáveis por reportar estas informações - não possui, podem ser interpretados de forma descontextualizada ou incompleta. Além disso, em um cenário de *information overload*, no qual os cidadãos estão a todo momento expostos a uma miríade de fontes e possuem uma capacidade limitada de internalizar informações, alguns aspectos importantes destas informações necessariamente serão ignoradas ou não alcançarão o seu impacto adequado.[314]

Há, portanto, a necessidade de existir um agente que possibilite a interpretação dos dados advindos de fiscalizações operacionais. Por óbvio, a presença deste intermediário informacional significa uma consequente adição de elementos subjetivos, influindo no retrato final de como os dados "crus" advindos da fiscalização operacional serão apresentados ao público[315]. Portanto, tão importante quanto o próprio conteúdo dos achados de avaliações de desempenho é o filtro interpretativo pelo qual esta informação passa antes de chegar ao conhecimento da sociedade em geral, e quem será escalado para realizar este "meio de campo".

Este papel é preenchido pelo próprio Tribunal de Contas da União em relação às suas auditorias operacionais. A divulgação é elencada no próprio Manual de Auditoria operacional do TCU como um dos passos destas avaliações performativas, e mais do que a mera comunicação institucional aos agentes auditados e ao poder legislativo, tal elemento das auditorias performativas se refere à divulgação dos resultados das fiscalizações para a sociedade como um todo. Segundo o manual, trata-se de comunicação com o objetivo de:

> "reportar à sociedade sobre o desempenho da administração pública, permitindo a responsabilização dos agentes públicos pelos resultados da ação de governo, mediante controle parlamentar e controle social".[316]

A opção explicita pela publicização para além da fronteira das instituições públicas não é irrelevante, e se alinha com a concepção de que a publicação de mais

---

[314] MCGINNES, Simon; ELANDY, Kasturi Muthu. Op. Cit.

[315] Sobre a influência de fatores subjetivos em avaliações realizadas por "experts": LUCAS JR., Gary M.; TASIĆ, Slaviša. Behavioral Public Choice and the Law. West Virginia Law Review, vol. 118, 2015, p. 253-257.

[316] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Manual de auditoria operacional / Tribunal de Contas da União. -- 4.ed. – Brasília: TCU, Secretaria-Geral de Controle Externo (Segecex), 2020. P. 143.

informações acerca da atividade administrativa necessariamente levará a um incremento de sua eficiência ou de sua qualidade[317].

Neste cenário, configura-se uma disputa pelo espaço do controle público, no qual há uma competição pela visibilidade social destes atos de controle[318]. Dado o fato de que notícias "ruins", isto é, relativas a possíveis resultados abaixo do esperado ou de escândalos graves na utilização de recursos públicos, causam mais impacto do que fatos positivos, não causa surpresa que haja uma postura mais negativista e impactante, ou seja, rígida, ampliada e publicizada, dos controladores para com os seus administrados mostra-se como estratégia de conquista e consolidação deste espaço de intervenção institucional[319]. O pensamento é bem sumarizado por Carlos Ari Sundfeld: "em busca de poder, importância e prestígio, muitos órgãos de controle têm se encantado demais com as técnicas de espetáculo".[320]

Os resultados das auditorias operacionais realizadas pelo TCU são aceitos *at face value*, e servem como justificativa da própria razão de existir destas fiscalizações, na medida em que elas compensariam o custo de atividade do TCU por meio de economias de ordem financeira e benefícios inseridos no campo da eficiência gerencial.

---

[317] A literatura que estuda empiricamente os impactos de fiscalizações operacionais parece apontar para a existência de impactos positivos no ganho de eficiência administrativa. Entretanto, há também questionamentos acerca de possíveis efeitos colaterais advindos deste tipo de auditoria. Neste sentido: VAN LOOCKE, Eddy; PUT, Vital. The impact of performance audits: a review of the existing evidence. In. LONSDALE, Jeremy; WILKINS, Peter, LING, Tom. Performance Auditing Contributing to Accountability in Democratic Government. Cheltenham: Elgar. 2011.

[318] DIONISIO, Pedro. Op. Cit. P. 33

[319] Os conceitos de heurísticas e vieses serão abordados em tópico futuro, quando se estudará a aplicabilidade de elementos de economia comportamental à expansão institucional do Tribunal de Contas da União. Entretanto, cumpre-se adiantar aqui que o fenômeno é uma manifestação do viés da saliência, erro cognitivo causado pela heurística da responsabilidade. Como reflexo deste viés, agentes de controle tendem a praticar atos comissivos em detrimento de estratégias reguladoras que se dão por medidas omissivas, posto que tal postura geral faria com que suas atividades sejam mais notadas. Esta notoriedade seria relevante na busca por uma fatia maior do orçamento público e acúmulo de capital político administrativo. Acerca deste viés cognitivo: MENDONÇA, José Vicente Santos de. Direito Constitucional Econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. P. 375, nota de rodapé nº 1219.

[320] SUNDFELD, Carlos Ari; VIVIANI, Luís. O controle público como espetáculo. Disponível em: https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/12/O-controle-p%C3%BAblico-como-espet%C3%A1culo-JOTA-Info.pdf. Acesso em 25.09.2022.

Este cálculo de custo/benefício econométrico está longe de ser estranho à corte de contas federal, que em seus relatórios anuais tradicionalmente realiza uma contraposição entre o custo de manutenção do tribunal e dos valores que foram, em tese, salvaguardados pela sua atuação controladora.[321]

O reconhecimento da qualidade das manifestações do corpo instrutivo do TCU, transferidas para as deliberações de seus ministros por meio de sua concordância com o aduzido pelo corpo técnico, contribui para a construção de sua reputação enquanto uma instância imparcial – e, portanto, justa - de revisão dos atos praticados por demais agentes da máquina pública, que não possuem este benefício reputacional. Ao mesmo tempo, as ações do controlador externo contam com um apoio popular, posto que são cobertas de forma favorável pela mídia.

Esta imagem de prestígio interno e externo, somada às capacidades sancionatórias da corte de contas, faz com que os órgãos auditados sob a ferramenta das Anops tornem-se receosos de divergir das "sugestões" emitidas pelo TCU acerca de suas atividades-fim. Os fenômenos se retroalimentam. A realização de fiscalizações operacionais, com a posterior divulgação ampla de seus resultados, fortalece a imagem de prestígio institucional do qual se beneficia o TCU, e cria o contexto para que ele posteriormente realize mais auditorias desta natureza com impactos e consequências que capturem ainda mais o interesse público. Observa-se, portanto, uma clara relação entre a divulgação dos resultados de auditorias operacionais e a expansão desta função desempenhada pelo TCU.

Em resumo, percebe-se que a expansão do Tribunal de Contas da União na direção de se tornar um controlador mais envolvido com a operação da máquina pública se encaixa em um contexto mais amplo de reposicionamento do controle público como um todo, vistas como possíveis esferas de integridade um cenário de desconfiança generalizada com as classes políticas.

---

[321] É comum que o TCU realize, em seus relatórios anuais de gestão, uma apresentação acerca dos benefícios efetivos de sua atuação frente ao seu custo de funcionamento. Por exemplo, em relação ao período de 2021, a corte de contas divulgou que para cada R$ 1,00 gasto na operação do TCU, R$ 40,04 foram economizados ou recuperados para os cofres públicos. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório Anual de Atividades do TCU: 2021 / Tribunal de Contas da União. Brasília: TCU, 2022.P. 143. Disponível em https://portal.tcu.gov.br/relatorio-anual-de-atividades-do-tcu.htm. Acesso em 03.10.2022.

Ainda que o foco maior de estudos deste cenário esteja no papel ampliado do poder judiciário, tem-se que os seus efeitos alcançam também as atividades do TCU, que se insere sistematicamente como intérprete e aplicador importante de normas de Direito Público. Deste modo, o prestigio institucional do TCU frente aos órgãos e agentes sob sua tutela e ao público em geral embasam a sua atuação cada vez mais próxima de um revisor geral da administração pública, condição efetivada principalmente pela realização de fiscalizações operacionais.

2.3.2: Os incentivos para a consolidação do Tribunal de Contas da União operacional

As mudanças institucionais que ocorrem de forma externa ao TCU expostas no item anterior podem ser vistas como o contexto autorizador de um papel expandido da corte de contas como um controlador operacional. Estas mudanças gerenciais advindas da NPM geram uma reação organizacional do Tribunal de Contas da União, que se vê autorizado a ocupar estes novos espaços abertos pelas reformas administrativas que prestigiam uma avaliação de resultados.

Contudo, existem também razões de responsabilidade do próprio TCU que levam à sua expansão institucional. Afinal, como afirma Pedro de Hollanda Dionísio, nenhuma instituição, e muito menos uma que desempenha funções de controle, pretende a própria inutilidade. Deste modo, é natural que elas atuem dentro dos espaços não ocupados por outros controladores e não repetir orientações já firmadas pelos seus "concorrentes" na disputa por espaço nessa atividade[322].

É dizer, há incentivos incidentes sobre os agentes de controle público que levam naturalmente a uma postura expansionista por parte das instituições que possuem o controle administrativo como função precípua. Esta tendência de ampliação se mostra presente também na atuação do Tribunal de Contas da União, que consolidou na figura das auditorias operacionais uma ferramenta para atuar sobre um campo cada vez mais amplo das atividades administrativas.

---

[322] DIONISIO, Pedro de Hollanda. "O direito ao erro do administrador público no Brasil". Rio de Janeiro: GZ editora, 2019. P. 33.

Logo, torna-se relevante para o presente trabalho estudar os motivos que incentivam este comportamento autonomamente adotado do Tribunal de Contas da União. Tal objeto de estudo escapa da abordagem puramente jurídica. O estudo do comportamento e das reações de atores econômicos e políticos em relação ao ambiente e aos incentivos a que estão expostas é tradicionalmente parte do estudo promovido pelas ciências da psicologia e da economia, e não do Direito.

No conjunto de teorias que buscaram abordar o funcionamento dos diversos incentivos presentes no campo das instituições públicas, destaca-se a explicação deste jogo de interesses a partir da ótica fornecida pelo conjunto teórico conhecido como *public choice* (ou teoria das "escolhas públicas"), originada na década de 70 na Universidade de Virgínia, nos EUA[323]. Trata-se de um conjunto de teorias que intersecciona os campos da economia e da ciência política, e que sustenta que os atores públicos/políticos, assim como os atores econômicos, tendem a agir focando principalmente em avançar e maximizar os seus próprios interesses, da forma como pensado no conceito clássico do *homo economicus*[324].

No caso de agentes políticos, estes interesses os quais se buscam maximizar se

---

[323] Segundo Tullock, a *public choice* possui suas origens no trabalho do economista escocês Duncan Black, e pode genericamente ser definida como a utilização de ferramentas econômicas para compreender problemas tradicionais enfrentados pela ciência política. Do inglês: "Black can be called the father of modern day public choice, which is in essence the use of economic tools to deal with the traditional problmes of political science". TULOCK, Gordon. "public choice," The New Palgrave Dictionary of Economics.". 2004. P. 723.

[324] BECKER, Garry Stanley. The economic approach to human behavior. Chicago e Londres: The University of Chicago Press, 1978. A aplicabilidade deste modelo econômico para fins específicos da análise das escolhas públicas é defendida por Buchanan e Brennan: Homo economicus, the rational, self-oriented maximizer of contemporary economic theory, is, we believe, the appropriate model of human behavior for use in evaluating the workings of different institutional orders. The central feature of the *Homo economicus* model in this connection is its presumption of the ubiquity of conflict among interacting agents; it isthis presumption that underlies the skepticism toward the possession of power that characterizes our attitude (and that of classical political economists) toward the design of institutions. (BUCHANAN, James. The collected Works of James M. Buchanan, vol. 13: Politics as public choice. Indianapolis: Liberty Fund, 2000. P. 73). Quando confrontados acerca da moralidade desta abordagem cética acerca de agentes estatais, os economistas defendem esta caracterização não necessariamente por ser o modelo mais facilmente comprovado empiricamente, mas sim por se adequar a um número amior de cenários nos quais agentes públicos estão presentes. BUCHANAN, James e BRENNAN, Geoffrey. Is Public Choice Immoral? The Case for the "Nobel" Lie. Virginia Law Review, vol. 74, nº 2, Symposium on the Theory of Public Choice, pp. 179-189, mar. 1988.

relacionam com a sua manutenção no poder, e ampliação de sua influência, bem como a acumulação de cada vez mais capital político, ainda que estes objetivos não necessariamente estejam de acordo com o interesse público ou com o bem estar geral[325]. Assim, a busca pela reeleição, pela influência dos processos decisórios, e pelo controle do orçamento público acabam por se tornar alguns dos objetivos centrais destes atores estatais.

Tomando como base este modelo preditivo, o controlador externo federal age de forma racionalmente construída para ampliar as fronteiras de sua atuação, isto é, conscientemente absorvendo e utilizando informações para determinado fim. Trata-se de se reconhecer o TCU – ou melhor dizendo, os seus representantes e membros funcionais– como um ator que se organiza para maximizar os seus interesses e avançar os seus projetos dentro do sistema jurídico brasileiro.

A corrente de pensamento, como coloca André Cyrino, é de cunho predominantemente pessimista[326]. Tal diagnóstico ocorre pois ele pressupõe a prevalência de interesse egoísticos dos agentes estatais, em detrimento de uma visão mais idealizada e otimista denominada como "republicanista"[327]. No limite, este modelo de análise conclui que os processos deliberativos do Estado são apenas acordos entre grupos rivais[328].

Os achados da *public choice* em suas primeiras manifestações, entretanto, não podem ser vistos como um modelo preditivo infalível e exaustivo. Estudos empíricos demonstram que agentes estatais não são seres puramente racionais, e podem preferir

---

[325] CYRINO, André. "Como se fazem as leis? Democracia, Grupos de Interesse e Controle de Constitucionalidade" Revista Brasileira de Estudos Políticos | Belo Horizonte | n. 113 | pp. 51-99 | jul./dez. 2016-

[326] Ibid.

[327] Philip Pettit, ao elaborar a tese que chama de "republicanismo", defende que mais do que o estabelecimento de controles e da institucionalização de uma república, estas leis devem também ser acompanhadas de uma "civilidade generalizada", de modo que o respeito dessas leis se dê não apenas pelo medo de eventuais sanções, mas também pela sua aceitação comunitária. PETTIT, Philip. Republicanism: A Theory of Freedom and Government. Oxford: Oxford University Press, 1997.

[328] Essa corrente mais pessimista é descrita por Susan Rose-Ackerman em: ROSE-ACKERMAN, Susan. "Análise econômica progressiva do direito – e o novo Direito Administrativo", trad. Mariana Mota Prado. In: MATTOS, Paulo et all. Regulação Econômica e Democracia – O Debate Norte-Americano. São Paulo: Editora 34, 2004, pp. 243-280.

atuar de acordo com suas ideologias ou concepções particulares em detrimento de interesses mais imediatos[329]. Há, portanto, outra camada que se mostra como relevante para compreensão da expansão institucional autônoma promovida pelo Tribunal de Contas da União em relação às suas funções operacionais: uma de ordem irracional, ou seja, não necessariamente alinhada com a maximização de seus interesses econômicos/políticos imediatos.

Nada obstante, a literatura das escolhas públicas, complementada por contribuições posteriores de ordem comportamental, parece fornecer um arcabouço teórico que explica, em certa medida, o funcionamento de "carne e osso" das instituições representativas, sendo utilizável inclusive para se pensar em reformas das debilidades constatas por ela[330].

Deste modo, se reconhece a existência de fatores que moldam o comportamento adotado deliberadamente pelo Tribunal de Contas da União na busca por uma fatia do controle público. Diante do exposto até aqui, não causa surpresa que o TCU ativamente possui um interesse na busca por ocupar um espaço cada vez maior das atividades desempenhadas por ele, principalmente quando falamos de suas funções de fiscalização operacional. Ao mesmo tempo, esta postura é também influenciada por fatores de irracionalidade, que direcionam os esforços de seus integrantes.

Sob estes pressupostos teóricos, se buscará apresentar como estes dois sistemas de incentivos que moldam o comportamento racional e irracional da burocracia se mostram presentes na postura expansionista em direção a um TCU mais envolvido com a fiscalização operacional.

---

[329] Neste sentido: "The theoretical simplicity of public choice models does not translate directly into reality. Empirical evidence demonstrates that ideology and voter power overcomes special interest pressure." CROSS, Frank B. "The Judiciary and Public Choice". San Francisco: Hastings law journal n.355, 1999. P. 370. No mesmo sentido:

[330] Neste sentido: BUCHANAN, James; BRENNAN, Geoffrey. "Is Public Choice Immoral? The Case for the "Nobel" Lie." Virginia Law Review, vol. 74, nº 2, Symposium on the Theory of Public Choice, pp. 179-189, mar. 1988 e ROSE-ACKERMAN, Susan. "Análise econômica progressiva do direito – e o novo Direito Administrativo", trad. Mariana Mota Prado. In: MATTOS, Paulo et all. Regulação Econômica e Democracia – O Debate Norte-Americano. São Paulo: Editora 34, 2004, pp. 243-280.

2.3.2.1: O Tribunal de Contas da União como um "*bureau-shaper*"

Primeiramente, cumpre-se apresentar o Tribunal de Contas da União como um agente que se comporta de forma deliberada com o objetivo de ampliar as suas competências operacionais, buscando atuar cada vez mais sobre os aspectos gerenciais da gestão pública. É dizer, trata-se aqui da aplicação da teoria das escolhas públicas em sua forma mais tradicional, que modela o agente estatal como um agente racional e munido de completude informacional.

Segundo Cyrino, os atores internos à estrutura do Estado, na persecução racional de seus interesses particulares, agirão baseados em dois grandes feixes de incentivos: um interno e um externo. A dimensão interna destes incentivos se relaciona com o padrão comportamental dos agentes públicos, se portando de modo a auferir maiores vantagens e conquistar mais capital político para avançarem seus projetos dentro do sistema em que se encontram. A dimensão externa, por sua vez, se relaciona com a participação de grupos de interesse nos processos deliberativos e decisórios, e os incentivos que os detentores da escolha final tem para atendê-los.[331]

A sistematização proposta pelo professor da UERJ se mostra útil também para compreensão da postura racionalmente adotada pelo TCU na expansão de suas funções operacionais. Em seus incentivos sob esta perspectiva interna, a corte de contas federal atua com o objetivo de construir o seu maior espaço de atuação com revisor operacional por meio do incremento de sua reputação institucional. Em relação ao feixe externo, o arcabouço teórico da *public choice* auxilia no entendimento da atuação do TCU como um grupo de interesse atuante no processo decisório, principalmente aquele que se dá no âmbito interno do legislativo.

Tomando como ponto de partida a classificação proposta, inicia-se a exposição pela análise do feixe de incentivos de natureza interna, isto é, aqueles que influenciam o comportamento do controlador financeiro federal na direção de legitimar as fiscalizações operacionais como ferramenta de ascensão do TCU para um papel de revisor operacional geral da administração pública.

---

[331] CYRINO, André. Op. Cit.

A utilização de ferramentas econômicas para explicar a busca de agentes públicos por um maior e mais abrangente espaço institucional não é uma exclusividade do estudo do comportamento de membros do parlamento. De forma mais relevante ao presente trabalho, tal metodologia já foi também aplicada em estudos específicos acerca da aplicabilidade do arcabouço da public choice aos setores burocratas do Estado.

Nesta seara, o economista William Niskanen propõe o que ficou conhecido como o "modelo do burocrata maximizador do orçamento"[332]. Segundo o modelo proposto, os burocratas, assim como todas as pessoas e organizações, têm seus próprios objetivos e interesses, que não necessariamente se alinham aos do governo ou do público em geral. Neste contexto, de acordo com o autor, os burocratas têm um incentivo para maximizar seus orçamentos, isto é, garantir a alocação de mais recursos financeiros aos seus órgãos ou instituições, pois um orçamento maior significa mais recursos financeiros, mais poder de barganha e mais influência política.[333]

O modelo sofreu complementos e críticas após a sua publicação. Jean-Luc Migué e Gerard Bélanger, em argumentação eventualmente aceita pelo próprio Niskanen, defendem que o burocrata busca maximizar não necessariamente o seu orçamento como um todo, mas sim dá preferência à maximização de seu orçamento discricionário que, apesar de não ser incorporado ao seu lucro pessoal, pode ser utilizado para assegurar um espaço de maior destaque e prestígio na estrutura pública[334].

Uma contribuição especialmente interessante, entretanto, foi feita pelo professor Patrick Dunleavy, da London School of economics, que buscou desvincular os interesses particulares do corpo burocrático ao mero incremento de suas dotações orçamentárias. O economista britânico não afasta a natureza auto serviente dos membros da burocracia, que ainda irão buscar, dentro do sistema em que estão inseridos, maximizar os seus próprios interesses.

---

[332] Do inglês: "Budget-maximizing model". Segundo o autor, o início de uma teoria positiva da burocracia deve se iniciar pelo reconhecimento de que burocratas são pessoas que, no mínimo, não são inteiramente motivadas pelo interesse público ou pelos interesses do Estado. NISKANEN, William. "Bureaucracy and representative government". Chicago: Aldine-Atherton, 1971, p. 36.

[333] Ibid.

[334] MIGUÉ, Jean-Luc, et al. "Toward a General Theory of Managerial Discretion [with Comment and Reply]." *Public Choice*, vol. 17, 1974, pp. 27–51. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/30023151. Acesso em: 10.12.2022.

Entretanto, estes objetivos particulares da burocracia pública não passariam, necessariamente, apenas pela ampliação de recursos financeiros à sua disposição[335]. Além de buscar uma fatia maior do orçamento público, o modelo proposto por Dunleavy pressupõe que os interesses da burocracia pública não são monolíticos e possuem dimensões pecuniárias e não pecuniárias.

Segundo o autor, ainda que funcionários do baixo escalão do serviço público ainda possuam interesses mais voltados à sua promoção interna na estrutura burocrática e outras motivações de ordem majoritariamente financeira, os burocratas de cúpula, que possuem maior influência na estrutura interna da burocracia, possuem motivação diversa. Estes últimos, que já têm suas demandas financeiras e de carreira bem estabilizadas, tendem a ser mais preocupados com preferencias relativas ás características qualitativas de seu trabalho, e irão adotar estratégias individuais e coletivas para atender estes interesses. Especificamente, tem-se que estes servidores públicos possuem preferências por trabalhos mais inovadores e ligados à construção de *policies*[336], e são menos propensos a preferir trabalhos administrativos monótonos e de rotina[337]

---

[335] Com efeito, a permeabilidade dos agentes políticos às razões que ultrapassam suas benesses pecuniárias, com abertura para incentivos calcados em poder e influência, já foi reconhecida também em um contexto mais amplo da *public choice*, para além do estudo da burocracia apenas. Neste sentido: FARBER, Daniel A.; FRICKEY, Philip P. Law and Public Choice: a critical introduction. Chicago e Londres: The University of Chicago Press, 1991, p. 23-33.

[336] Ronald Dworkin coloca as *policies* como uma categoria normativa própria, ao lado das regras e dos princípios. Entretanto, na tradição brasileira ela foi incorporada sem grande diferenciação teórica à mesma categoria dos princípios. Segundo o jurista estadunidense, estas normas seriam responsáveis pela definição de objetivos ou de um estado atual que deve ser mantido, dentro de aspectos econômicos, sociais ou políticos DWORKIN, Ronald. "Levando os direitos à sério". Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2002. P. 36.

[337] O modelo de comportamento racional da burocracia apresentado por Dunleavy é construído sobre alguns pressupostos básicos. As primeiras são consistentes com o modelo proposto por Niskanen e dos pressupostos mais clássicos da *public choice*. São elas: (i) as políticas da burocracia são definidas por burocratas que interagem com o governo; (ii) os governos dependem em grande medida de informações das burocracias sobre os custos e o valor de produzir dentro de determinadas faixas de produção; e os burocratas maximizam suas utilidades pessoais ao tomar decisões oficiais. Entretanto, o autor britânico soma a estes pressupostos dois fatores comportamentais que afastam o seu modelo daquele originalmente proposto por Niskanen, quais sejam: o comportamento de uma burocracia é estabelecido por alguma combinação de decisões individuais tomadas por seus funcionários, de modo que a postura institucional resultante pode ser desejada por nenhum membro da burocracia; e que, dentro de

Deste modo, os interesses da burocracia pública não são necessariamente supridos por um incremento de recursos financeiros à disposição dos burocratas como propõe o modelo clássico de Niskanen. Há também incentivos para que estes servidores busquem, inclusive de forma desvinculada de incentivos financeiros propriamente ditos, moldar a própria natureza e o alcance de suas atividades, na direção destas funções mais ligadas ao desenho de políticas públicas[338]

Estes interesses podem ser maximizados através diversas estratégias que não passam necessariamente por um aumento do orçamento destinado a ela ou outros benefícios de caráter pecuniário. Estão inclusos neste rol de ferramentas que ultrapassam a expansão orçamentária: (i) a reorganização interna dos departamentos, alterando a função de cargos e ferramentas já existentes; (ii) a delegação trabalhos menos atraentes a outros setores da burocracia pública; (iii) a redefinição de relações institucionais com outras instituições; (iv) a competição com outros setores da burocracia pelas tarefas mais interessantes.[339]

O autor conceitua esta atividade construtiva autônoma das funções burocráticas como uma atividade de "formação da burocracia". Este seria inclusive um interesse mais frequentemente observado no funcionamento da burocracia do que a mera ampliação do orçamento do qual dispõe[340]. Em suma, os interesses da burocracia pública – e, portanto, dos agentes de controle público - se alinham com uma maximização de seus orçamentos, mas não se esgotam nela.

Não se pode negar que a expansão das ISCs sobre o campo da fiscalização operacional pode ser vista como um esforço da burocracia ligada ao controle público de garantir mais recursos e aumentar sua própria influência, nos moldes do que coloca o modelo de Niskanen. Contudo, seria reducionista apontar este objetivo como o único

---

limites amplos, a influência dos funcionários na política da burocracia está sempre correlacionada com o cargo e aqueles mais próximos do topo das burocracias são os mais influentes. DUNLEAVY, Patrick. "Bureaucrats, budgets and the growth of the state: reconstructing an instrumental model". British Journal of Political Science, 1985 15, pp. 299-23. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/193696. Acesso em 02.01.2022.

[338] Ibid.

[339] Ibid.

[340] Do inglês "Bureau-shaping". A estratégia é assim definida por Dunleavy: "Rational bureaucrats would therefore concentrate on developing 'bureau shaping' strategies designed primarily to bring their agency into line with an ideal configuration conferring high status and agreeable work tasks, within a budgetary constraint". Ibid.

perseguido. Pelo contrário, muitas vezes as preferências destes burocratas de cúpula podem ser mais bem atendidos em uma estrutura burocrática mais enxuta e especializada, o que levaria a cortes, e não incrementos, orçamentários.[341]

O proposto pelo professor da LSE, assim como qualquer modelo econômico, não é aceito de forma unanime pela literatura econômica. Dentre as principais críticas à teoria de Dunleavy, encontram-se: (i) a pressuposição de preferências dos burocratas pode não necessariamente refletir a realidade; (ii) as relações entre os burocratas e os agentes e fatores políticos externos à burocracia não é devidamente explicada; (iii) a distinção entre "trabalhos de rotina" e "trabalhos de *policy*" seria artificial e não reconhecida pelos próprios burocratas[342].

Nada obstante, o modelo proposto por Dunleavy, parece ajudar a explicar por que algumas ISCs, e em especial o TCU, expandiram não apenas os seus corpos funcionais e suas estruturas institucionais ao longo do tempo, mas também o escopo de suas próprias atividades[343].

No caso do Tribunal de Contas da União em especial, as críticas acima parecem

---

[341]Neste sentido: "Rational officials want to work in small, elite and collegial bureaus close to political power centres. They do not want to head up heavily staffed, large budget but routine, conflictual and low-status agencies." DUNLEAVY, Patrick. Democracy, Bureaucracy and Public Choice: Economic Approaches in Political Science. Londres: Ed. Routledge. 1991. P. 202.

[342] Para um sumário destas críticas: MARSH, David, SMITH, Martin John., RICHARDS, David. Bureaucrats, politicians and reform in Whitehall: analysing the bureau-shaping model. British Journal of Political Science, 30 (3). pp. 461-482. Disponível em: https://eprints.whiterose.ac.uk/1534/1/smith.m.j1.pdf. Acesso em 02.02.2023.

[343] A utilidade do modelo para compreender a formação de órgãos de controle central é expressamente apontada pelo economista britânico: "There are additionally quite major differences between agency types in the extent to which officials associate their welfare with the growth of the programme budget. In delivery agencies (the classic line bureaucracies dwelt on in public choice models) the connection is close and positive. But in control agencies it is typically remote and variable. Top bureaucrats' motivations can be modelled in terms of discounted marginal utilities and marginal advocacy costs, whose interaction identifies an optimal budget position which is an equilibrium point. Changes in the ways in which agencies are organized may shift the equilibrium point outwards over time – if the change involves simply reorganizing the way in which an agency carries out a fixed role. Or they may cause it to become smaller – if the change involves reshaping the agency into a different role, especially hiving off line functions to create a central control agency. This last example is especially relevant because it has been a predominant trend in the development of liberal democratic systems of public administration. DUNLEAVY, Patrick. Op. Cit.

encontrar respostas e validação pela utilidade da teoria. Afinal: (i) a realização de auditorias operacionais já foi reconhecida pelo próprio corpo da corte de contas como uma atividade de preferência[344]; (ii) há vultosa produção e conhecimento acadêmico arcabouço sobre como a classe controladora se portou no processo político de formação das funções operacionais do TCU[345]; e (iii) a diferenciação entre trabalhos "de rotina" e de "policy" é parte integrante dos próprios motivos que levam ao fortalecimento de fiscalizações performativas pelas ISCs[346].

Logo, mais do que a maximização de suas aspirações financeiras, a transição para um papel de controlador de performance da atividade administrativa se alinha com os incentivos incidentes sobre uma instituição de controle para que ela busque moldar suas próprias funções no sentido de se tornar um agente mais influente no funcionamento do Estado, se aproximando de atividades mais relevantes politicamente, principalmente na implementação e execução de políticas públicas. Elas são, portanto, um meio pelo qual o alto escalão da burocracia controladora – no caso, o plenário do Tribunal de Contas da União - molda as suas próprias atividades em uma direção condizente com o que propõe Dunleavy.

Ao mesmo tempo, as fiscalizações de desempenho restringem a atividade realizada pelos setores burocráticos auditados, já que a avaliação performativa se torna um obstáculo para que estes burocratas cuja atividade é escrutinizada destinem os recursos orçamentários dos quais dispõe. De igual modo, restringe-se a capacidade dos legisladores de ditar a pauta programática nacional, que fica sujeita às validações pelo TCU. Logo, a corte de contas se converte também em uma efetiva instância de forte influência ou mesmo veto de aspectos gerenciais da gestão pública, inclusive por meio da possível sanção daqueles administradores que discordarem de suas avaliações operacionais.[347]

---

[344] Segundo resposta obtida por André Rosilho em sua paradigmática pesquisa: "Acho que a grande atribuição do Tribunal é essa [o entrevistado usa a palavra 'grande' para dar a ideia de 'destaque']: emitir um juízo sobre a gestão dos recursos públicos, sobre a gestão feita pelos administradores públicos" ROSILHO, André. Op. Cit. P. 152, nota 296, "entrevistado D".

[345] Conforme abordado no capítulo 1.

[346] Trata-se da noção de que as fiscalizações de conformidade devem ser complementadas por aquelas que avaliam a qualidade das atividades públicas, pois o controle meramente formalista não seria suficientemente abrangente. WILLEMAN, Mariana Montebello. Op. Cit. P. 279.

[347] A possibilidade da emissão de atos de comando aos gestores por conta de achados de

Segundo o arcabouço teórico das escolhas públicas, uma das principais formas pelas quais os agentes públicos buscam influência sistêmica é justamente ocupar posições estratégicas, ou de veto, nos processos decisórios[348]. No processo legislativo, por exemplo, o controle da pauta de votações pode se mostrar fundamental para o resultado derradeiro de uma proposta legislativa. Como demonstra o chamado teorema de Arrow, a forma como opções de uma votação majoritária é colocada pode influir na proposta vencedora, ainda que o público votante permaneça o mesmo[349].

A organização funcional do Tribunal de Contas da União parece coadunar esta dinâmica. Afinal, o art. 15, I, m, do RITCU atribui ao plenário do Tribunal de contas da União a competência originária deliberar sobre os relatórios de auditorias operacionais.[350] É dizer, cabe ao plenário do TCU - isto é, o seu órgão de cúpula - aprovar e solidificar uma utilização cada vez mais intensiva destas fiscalizações ligadas ao desenho de políticas públicas, atuando como um "bureau-shaper" nos moldes do que é descrito por Dunleavy.

Em suma, o reposicionamento das auditorias operacionais do TCU como ferramenta de intervenção direta na atividade administrativa se alinha aos incentivos incidentes para que ele busque ocupar um espaço cada vez mais relevante no sistema de controle público brasileiro. A escolha do Tribunal de Contas da União por estender a função e os efeitos decorrentes de suas inspeções operacionais, com o resultado final de ampliar o seu escopo de aplicação, pode ser explicada com base neste feixe de incentivos para que o TCU se comporte como o próprio moldador de suas funções, maximizando aspectos qualitativos do controle realizado por ele, bem como o escopo desta atividade e as consequências decorrentes dela.

2.3.2.2: O Tribunal de Contas da União como grupo de interesse no processo legislativo

---

auditoria operacional realizadas pelo TCU será explorada no próximo capítulo. Entretanto, já se pode adiantar que se trata de uma particularidade da implementação da fiscalização operacional pelo TCU, que se difere da literatura sobre o tema e não encontra contraparte estrangeira.

[348] CYRINO André. Op. Cit.

[349] ARROW, Kenneth J. "Social Choice and Individual Values". New Haven: Yale University Press, 2012.

[350] RITCU, Art. 15, I: Art. 15. Compete privativamente ao Plenário, dirigido pelo Presidente do Tribunal: I – deliberar originariamente sobre: m) relatório de auditoria operacional;

Além desta postura interna, tem-se que a teoria das escolhas publicas pode ajudar a entender a postura externa do TCU relevante para a compreensão de sua atuação operacional. Novamente nos utilizando da sistematização proposta por André Cyrino, o arcabouço das escolhas públicas fornece também um feixe de incentivos que molda o comportamento externo, ou seja, de dentro para fora, dos agentes públicos que buscam maximizar os seus interesses[351]. Especificamente, esta dimensão da perspectiva conferida pela utilização da teoria das escolhas públicas auxilia a compreensão do papel de relevância do TCU nos trâmites legislativos que são de seu interesse.

O estudo dos grupos de interesse no processo legislativo é uma das principais contribuições da teoria das escolhas públicas. Segundo este embasamento teórico, o legislador, por ter o seu mandato e a sua reeleição definida pelo voto de seu eleitorado, é naturalmente permeável à atuação de grupos organizados de cidadãos ou instituições que se articulam para pressionar a pauta legislativa para obter ou manter vantagens ou privilégios. A influência de grupos determinados na atividade legislativa pode causar o desvio de ações estatais fundadas no interesse coletivo e na eficiência, além de causar uma super-representação daqueles grupos que possuem a capacidade de se articular politicamente em detrimento daqueles que não o conseguem ou podem fazê-lo.

A constatação desta potencial dissonância não é nova. Madison já alertava para os perigos do que ele denominou de "facções", que se assemelham ao conceito já apresentado de grupos de interesse. Segundo o fundador estadunidense, não sendo possível se anular as causas que levam ao surgimento das facções, deve-se focar no controle de seus efeitos[352]. Este controle, em síntese, seria focado em reduzir as distorções representativas que ocorrem quando um determinado grupo possui maior articulação junto aos agentes estatais.

Não é despropositado o estudo do corpo burocrático do Tribunal de Contas da União sob esta lente teórica, enxergando-o não como o agente passivo da relação entre

[351] CYRINO, André. Op. Cit.

[352] Por exemplo, uma democracia com um grande território número de cidadãos seria uma barreira à influência excessiva de grupos de interesse, em razão da pluralidade que vem com o tamanho físico e populacional. MADISON, James. "Federalist Nº. 10: The Same Subject Continued: The Union as a Safeguard Against Domestic Faction and Insurrection," Nova Iorque: New York Daily Advertiser, 22 novembro de 1787.

grupo de interesse e ator político, mas sim como um dos grupos ativos de interesse atuantes no processo legislativo. A busca pela influência sobre a elaboração dos marcos legislativos que afetam as atividades controladoras do Tribunal de Contas da União se manifestou em diversos momentos na história nacional recente.

Os principais casos de estudo encontram-se no papel fundamental que os representantes das cortes de contas acabaram por exercer sobre os produtos elaborados pela ANC, em relação à previsão constitucional das funções do TCU, e pelo Congresso Nacional, que posteriormente editou a LOTCU, já apresentados no capítulo anterior.

Contudo, a participação da corte de contas federal nos processos legislativos não se limitou apenas aos marcos normativos que diziam respeito diretamente ao seu desenho funcional. O controlador externo dos recursos federais também atua de forma intensiva nos tramites relativos a dispositivos legais que, ainda que não digam respeito exclusivamente à estrutura funcional da corte de contas federal, tem relação direta com suas atividades controladoras. Nestes casos, o TCU atua com vistas a proporcionar ou consolidar avanços de suas funções, bem como combater o que ele próprio vem a entender como eventuais supressões destas competências institucionais.

A análise sob este ponto de vista requer cautela. Ainda que se reconheça a aplicabilidade da *public choice*, legisladores podem vir a ser movidos por motivações que ultrapassam os seus próprios interesses em casos afetos de forte envergadura moral[353]. Além disso, a existência de grupos de interesse no processo legislativo não é de uma circunstância necessariamente ilegítima. Por vezes, as pretensões de um determinado grupo podem se alinhar com o interesse público. Nestas ocasiões, atender estes grupos de interesse é, além benéfico ao agente privado, positivo também para a coletividade pelos resultados que se obtém[354].

Não se nega aqui que a participação intensiva do controlador externo federal no trâmite legislativo pode potencialmente ser vista sob esta ótica. Ela parte de preocupações legitimamente republicanas e com a finalidade de incrementar a eficiência

---

[353] CYRINO, André. Op. CIt.

[354] CROSS, Frank B. "The Judiciary and Public Choice". San Francisco: Hastings law journal n.355, 1999. Cyrino se utiliza do exemplo da atuação de grupos de seguradoras no trâmite legislativo que levou à obrigatoriedade da utilização de cintos de segurança em veículos. Além de beneficiar as seguradoras, pela redução dos danos e da mortalidade em acidentes automobilísticos, a coletividade também se beneficia destes efeitos. CYRINO, André. Op. Cit.

da máquina pública e coibir o malgasto de dinheiros públicos.

Mesmo que não entendemos que este seja um caso no qual não é possível se identificar um agente articulador que esteja inserido como *player* no mercado político[355] – afinal, como se viu, existem ganhos pecuniários e não pecuniários que decorrem do reposicionamento operacional – reconhecemos que não é simples se dividir até que ponto a participação do TCU nestes tramites legislativos se dá por sua expertise prática/técnica e a partir de qual ponto se trata de uma postura de proteção institucional lastreada pela importância da missão do Tribunal de Contas da União conforme ele próprio a enxerga. Não seria um grande salto lógico afirmar que, na verdade, estes raciocínios se retroalimentam.

Assim, não colocamos em dúvida a lisura ou a honestidade intelectual das motivações que levam os membros do Tribunal de Contas da União a buscar influenciar no processo legislativo para ampliar e garantir o seu espaço de intervenção. Sem realizar este juízo de valor, questionamos apenas os pressupostos sobre os quais tais esforços se baseiam, os de que uma expansão da atuação do TCU iria necessariamente ser eficiente no atingimento destes objetivos. O assunto será mais explorado no próximo item, que analisará os vieses cognitivos do Tribunal de Contas da União no entendimento que molda a sua atividade de fiscalização operacional.

Para além dos processos de elaboração da constituição ou da LOTCU, já abordados, um caso paradigmático de estudo desta postura do TCU ocorreu no trâmite legislativo do projeto de lei que viria a ser convertido na lei federal nº 13655/18, popularmente apelidada como a "lei da segurança jurídica". A referida lei promoveu significantes modificações na LINDB. A lei de introdução às normas do Direito brasileiro prevê a maneira como a legislação é aplicada no tempo e espaço[356], atuando como um guia interpretativo do ordenamento jurídico brasileiro[357].

Segundo defensores destas modificações, as novas normas de interpretação

---

[355] Estas situações, somadas àquelas nas quais existe forte justificativa moral para a tomada de determinada decisão, segundo Cyrino, seriam uma exceção à aplicação da teoria das escolhas públicas. CYRINO, André. Op. Cit.

[356] TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Lei de Introdução e parte geral. v. 1. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 1.

[357] RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro – LINDB. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 13.

buscaram justamente enfrentar o que se entende como uma cultura de hipercontrole público, sendo a atuação do Tribunal de Contas da União um dos fatores de engessamento neste sistema.

Este enfrentamento se daria pela inclusão de noções consequencialistas no ordenamento jurídico brasileiro[358]. Para além da mudança paradigmática de indicação de consequências de forma não meramente retórica, os novos artigos da LINDB preconizaram uma avaliação contextual das dificuldades enfrentadas pelo gestor público no momento de tomada de suas decisões[359], bem como da limitação da responsabilização pessoal dos gestores apenas aos casos de dolo e erro grosseiro, alargando um chamado "espaço de tolerância ao erro do administrador público".[360]

Os dispositivos introduzidos em 2018 à LINDB significaram, em última análise, a positivação normativa de noções e teses que já circulavam no ambiente acadêmico administrativista, por meio de novos filtros interpretativos que devem ser observados pelo controle público. Estes novos padrões devem ser aplicados inclusive pelo TCU quando ele delimita as suas competências e estabelece os efeitos de suas decisões. Contudo, os novos filtros interpretativos foram vistos com desconfiança pelo Tribunal de Contas da União. Neste contexto, o TCU, acompanhado por órgãos de representação de membros ligados ao controle externo,[361] se movimentou para enfraquecer a proposta legislativa, ou mesmo vetá-la completamente.

Neste sentido, a corte de contas federal produziu dois principais documentos

---

[358] MENDONÇA, José Vicente de. "Art. 21 da LINDB - Indicando consequências e regularizando atos e negócios". Revista de Direito Administrativo, p. 43-61, 23 nov. 2018.
[359] JORDÃO, Eduardo. "Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro". Revista de Direito Administrativo, p. 63-92, 23 nov. 2018.
[360] DIONISIO, Pedro de Hollanda. Op. Cit., BINENBOJM, Gustavo.; CYRINO, André. "O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo". Revista de Direito Administrativo, p. 203-224, 23 nov. 2018.
[361] Além destas manifestações diretamente elaboradas pelo TCU, outros atores ligados ao controle externo se manifestaram em sentido contrário da aprovação das alterações da LINDB. Assim, por meio de "notas técnicas" e cartas abertas, se manifestaram em sentido crítico ao PL: O Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Contas, a Associação Nacional dos Ministério Público de Contas, a Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil, a Associação Nacional dos Ministros e dos Conselheiros-Substitutos dos Tribunais de Contas, Associação Nacional dos Auditores de Controle Externo dos Tribunais de Contas do Brasil, Associação da Auditoria de Controle Externo do Tribunal de Contas da União e o Colégio Nacional de Presidentes de Tribunais de Contas.

com vistas a contestar o conteúdo do então projeto de lei. Ainda em 2017, a corte de contas externalizou sua "análise preliminar do PL 7448/2017", formulada pela consultoria jurídica do Tribunal de Contas da União[362]. Posteriormente, já em 2018 e após publicação de artigo autorado por diversos administrativistas em tom crítico à citada análise prévia[363], o tribunal de contas aprovou o seu próprio parecer definitivo acerca do então projeto de lei, novamente tecendo duras críticas ao seu conteúdo.[364]

Não seria oportuno aqui examinar o mérito de todos os documentos citados acima. Em síntese, as manifestações contrárias ao texto do projeto de lei então em tramitação parecem partir de um receio do controlador acerca do conteúdo do PL eventualmente convertido em lei, que configuraria, seguindo estes agente públicos, uma tentativa de supressão de competências dele mesmo e de demais cortes de contas[365].

Com efeito, os comentários tecidos pelo TCU neste caso específico parecem se manifestar como críticas às mudanças normativas que, segundo o seu próprio entendimento, pluralizariam a competência da prática de atos vistos como de exclusividade do TCU, bem como aquelas que impunham novos ônus argumentativos aos processos de controle sob a responsabilidade pela corte de contas federal.

As justificativas e os argumentos presentes nestas manifestações simbolizam aqui menos do que a sua própria publicação. Ao detectar vindoura de inovação legislativa que poderia em tese encolher o seu espaço de atuação e, em consequência disto, o seu capital e influência política, o Tribunal de Contas da União se inseriu no debate legislativo, ainda que tardiamente - já na fase de sanção ou veto do texto da lei – pugnando pelo veto integral do PL em comento.

---

[362] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Análise preliminar do PL 7448/2017. Brasília: TCU, consultoria jurídico do Tribunal de Contas da União. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/analise-consultoria-juridica-tcu-lindb.pdf. Acesso em 28.11.2022.

[363] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al. Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL 7.448/2017. Revista Brasileira da Advocacia, São Paulo, ano 3, n. 9, p. 289-312, 2018.

[364] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Parecer sobre o PL 7448/2017, em face do parecer-resposta dos autores do PL e de outros juristas. Brasília: TCU, CONUR/TCU. Disponível em: https://cdn.oantagonista.net/uploads/2018/04/PL-7448-2017-Inteiro-teor-Altera-LINDB-Parecer-Conjur-2018-04-20.pdf. Acesso em 28.11.2022.

[365] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al. Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL 7.448/2017. Revista Brasileira da Advocacia, São Paulo, ano 3, n. 9, p. 289-312, 2018.

Nestes posicionamentos, o TCU e os setores burocráticos a ele relacionadas buscaram manter um espaço de destaque exclusividade ocupado pela corte de contas, bem como manter uma amplitude semântica dos métodos e dos parâmetros pelos quais o Tribunal de Contas exerce esta atividade.

Ainda que esta inserção no processo legislativo tenha sido realizada já no final deste trâmite, não se nega o seu impacto parcial, posto que alguns dos argumentos levados pelo Tribunal de Contas da União à presidência da república foram refletidos nos vetos eventualmente realizados sobre o texto original aprovado pelo Congresso Nacional. Neste sentido, uma análise comparativa das razões de veto e das justificativas levantadas pela corte de contas em seu parecer demonstra a identidade argumentativa entre os dois textos.[366]

A postura do TCU perante o trâmite legislativo da nova LINDB, bem como a atuação do Tribunal de Contas da União nos trâmites congressuais que levaram à disciplina constitucional do TCU e a aprovação da LOTCU, demonstram a sua presença constante da corte de contas como um grupo de interesse constantemente envolvido no processo legislativo. Logo, a análise sob a ótica da *public choice* se mostra perfeitamente viável, mais especificamente pela sua abordagem acerca dos chamados grupos particulares de interesse.[367]

Podemos concluir este item com a afirmação de que a teoria das escolhas públicas pode ajudar a compreender a postura racional do Tribunal de Contas da União, assim como de outras ISCs, de desempenhar e ocupar o papel de um fiscalizador de performance administrativa, função cuja denominação no contexto nacional foi definida como "operacional".

Assim, na dinâmica interna do TCU, ele se porta como um *bureau-shaper*, moldando para si próprio as dimensões desta atuação operacional. Ao mesmo tempo, nas dinâmicas que partem de dentro para fora do TCU, ele se comporta como um grupo

---

[366] Especificamente, os vetos presidenciais reproduziram total ou parcialmente os comentários trazidos pelo TCU em defesa da inconstitucionalidade dos arts. 23, parágrafo único; 25; e 28, §2º e 3º.

[367] Segundo Daniel Farber e Philip Fickey: "under our definition, interest group theory is part of public choice because it involves the use of economic premisses and methodology to study political institutions. FARBER, Daniel A.; FRICKEY, Philip P. "Law and public choice". Chicago: The university of Chicago press, 1992. P. 12.

de interesse no processo legislativo, assegurando maior espaço normativo para ocupar este espaço de fiscalização performativa.

2.3.2.3: Vieses cognitivos como fator de expansão operacional do Tribunal de Contas da União

Para encerrar o capítulo, é relevante ainda se apresentar mais uma camada do contexto interno do TCU que permeia a formação de suas funções operacionais: o grau de consciência sobre a irracionalidade humana e seus efeitos sobre o processo de decisão tanto individual quanto coletivo.[368]

Até aqui, buscamos apresentar explicações baseadas em manifestações da *public choice* tradicional, baseada na extrapolação do modelo do *homo economicus* ao campo da política e, de forma mais correlata ao presente trabalho, da burocracia pública.

Estes modelos preditivos contam apenas parte da história. Sistemas que pressupõe a racionalidade plena de indivíduos não levam em consideração um fator inerente à condição humana: pessoas não são capazes de se portar de forma puramente racionais, mas sim possuem limitações cognitivas e informacionais que obstaculizam um processo de tomada de decisões calcado em um juízo econométrico perfeito nos moldes do que preconizam modelos inseridos na tradição da "*rational choice theory",* como é a *public choice* em suas manifestações mais tradicionais. Esta racionalidade é assumida, mas nem sempre demonstrada pelos teóricos que se utilizam deste pressuposto.

Deste modo, mesmo que modelos de escolha racional possam ser vistos como ferramentas importantes para compreensão do comportamento das pessoas, eles devem também ser complementados por considerações que levam em conta estas limitações humanas[369]. Estes desenvolvimentos teóricos se aglutinam no que se denomina como o

[368] Apropriamo-nos aqui do termo utilizado por Carina de Castro Quirino em: QUIRINO, Carina de Castro. Irracionalidade do agente público e teoria da escolha pública comportamental: notas sobre um elefante na sala. Revista Quaestio Iuris, vol. 11, nº 2, Rio de Janeiro, 2018.
[369] Segundo Hugh Ward: "rational choice theory is a useful set of research methods and heuristics for the tool-kit of all political scientists. Its status is more akin to those of statistical

campo das teorias da "escolha racional comportamental"[370].

Eventualmente, estes fatores comportamentais transbordaram para ser complementares à teoria das escolhas públicas, gestando a *Behavioral public choice*, ou teoria comportamental das escolhas públicas. Trata-se, como o nome dá a entender, da utilização destas ferramentas advindas da economia comportamental para se modelar as ações de agentes estatais.[371]

O reconhecimento da racionalidade limitada dos agentes estatais já se mostrou útil em diferentes campos e propostas de estudo. Já foi, por exemplo, utilizada como fundamento para desenho e implementação de estratégias regulatórias e políticas públicas que instrumentalizam estas falhas cognitivas para ser mais eficientes ou eficazes, bem como promover condutas vistas como positivas[372] [373]. Também já foi

---

techniques that are appropriate for certain types of data; it is not a stand-alone paradigm for understanding the whole of the political sphere". WARD, Hugh. "Rational Choice". In. D. Marsh and G. Stoker, eds, Theory and Methods in Political Science (Basingstoke, Hants: Macmillan, 1995), pp. 76–93.

[370] Do inglês "behavioral rational choice", termo cunhado por Herbert A. Simon em: SIMON, Herbert Alexander. A behavioral model of rational choice. The Quarterly Journal of Economics, v. 69, nº 1, fevereiro de 1955.

[371] QUIRINO, Carina de Castro. Op. Cit.

[372] São os chamados "nudges", cuja tradução para o português pode ser "empurrada leve" ou, como coloca José Vicente Santos de Mendonça, um "empurrãozinho" (MENDONÇA, José Vicente Santos de. Heurísticas: Yes, a opinião pública também é irracional! Revista Insight Inteligência, nº 60, janeiro/fevereiro/março de 2013, p. 76.). Trata-se de categoria que engloba medidas que objetivam o direcionamento previsível de decisões tomadas por administrados com base em suas limitações cognitivas, sem que lhes seja negado explicitamente qualquer opção. Esta "arquitetura de decisões", novamente nos utilizando de termo apresentado por Mendonça, seria útil para guiar as condutas humanas em direção a efeitos que prestigiam o bem-estar geral ou mesmo individual do "empurrado". A obra seminal sobre o tema é de Cass Sunstein e Richard Thaler (THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass R. Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness. New Haven: Yale University Press, 2008), que embasam a ferramenta em um "paternalismo libertário", isto é, a indução de comportamentos de forma vertical pelo Estado na direção do que ele considera como desejável, mas de forma indireta e não coercitiva, preservando, em tese a autonomia individual.

[373] Para uma visão crítica sobre estes "empurrõezinhos", baseada principalmente na contestação moral da utilização de técnicas de manipulação pelo Estado para guiar as ações individuais, ver: POSNER, Eric A. "The Law, Economics, and Psychology of Manipulation". Posner, Eric A., The Law, Economics, and Psychology of Manipulation (June 11, 2015). University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law & Economics Research Paper No. 726. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2617481. Acesso em 02.01.2023; WALDRON, Jeremy. It's all for your own good. New York Review of Books. Disponível em: http://www.nybooks.com/articles/archives/2014/oct/09/cass-sunstein-its-all-your-own-good.

apresentada como um dos fundamentos por trás da necessidade um espaço razoável de tolerância de erros cometidos por gestores públicos, posto que tal limitação impede que o administrador seja capaz de obter e processar todas as informações nas situações que demandam a sua ação, especialmente em ocasiões de urgência.[374]

Aqui, focaremos em um reflexo específico desta racionalidade limitada dos agentes estatais, dentre o eles o Tribunal de Contas da União: a formação de vieses cognitivos causados pela prevalência de heurísticas em processos de pensamento e tomadas de decisão. Heurísticas são atalhos mentais no processo de tomada de decisões primeiramente estudadas por Daniel Kahneman e Amos Tversky na década de 70[375]. São construídas com base em predisposições subjetivas das pessoas e na repetição cotidiana de determinada conduta, e na maioria das vezes cumprem positivamente o seu papel de agilizar os processos decisórios.[376]

Se estas predefinições cognitivas podem ser úteis em determinadas situações, como nos casos em que são necessários o processamento e a reação rápida em relação a um cenário ou uma informação[377], tem-se que elas não são infalíveis. Erros sistêmicos decorrentes da utilização acrítica das heurísticas são intitulados como vieses cognitivos, sendo falhas que se repetem de forma previsível como manifestação extremada destes atalhos no pensamento[378]. Nestas dissonâncias, as noções formuladas desta forma rápida e automática podem se mostrar dominantes sobre aquelas que necessitam construídas por meio de reflexões mais longas e profundas.

Acesso em 03.01.2022.

[374] DIONISIO, Pedro de Hollanda. Op. Cit.

[375] As primeiras heurísticas descritas foram a da ancoragem, da disponibilidade, e da representatividade em: TVERSKY, Amos e KAHNEMAN, Daniel. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. Science, New Series, vol. 185, nº 4.157, Set.1974. Produções posteriores tenham identificados outros destes atalhos mentais. Para uma exposição sumarizada de alguns destes atalhos, ver: MENDONÇA, José Vicente Santos de. Heurísticas: Yes, a opinião pública também é irracional! Revista Insight Inteligência, nº 60, janeiro/fevereiro/março de 2013, p. 76.

[376] MENDONÇA, José Vicente Santos de. Direito Constitucional Econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. P. 366.

[377] RACHLINSKI, Jeffrey J.; FARINA, Cynthia R., "Cognitive Psychology and Optimal Government Design" (2002). Cornell Law Faculty Publications. Paper 755.

[378] KAHNEMAN, Daniel. Rápido e devagar: duas formas de pensar. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. P. 16.

Kahneman bem expõe a relação entre estes dois processos de pensamento, e como esta falha de comunicação pode ocorrer. O autor descreve um sistema dual da cognição humana, dividindo-a nos sistemas automático e oneroso, enumerados como sistemas 1 e 2, respectivamente[379].

Enquanto o primeiro é responsável pela proposição rápida de soluções de problemas, o segundo teria a incumbência de monitorar a qualidade destas propostas, e decidir se as mantém ou não.[380]A utilização do sistema 2, entretanto, demanda esforço que nem sempre é do interesse do agente empregar, e tempo que nem sempre está à disposição do tomador de decisões. Assim, é comum que prevaleça as impressões formuladas pelo sistema 1, ainda que se tratem de conclusões precipitadas ou sem uma contextualização adequada[381]

Esta relação complementar, mas nem sempre harmoniosa, dos dois planos do sistema cognitivo se mantém quando falamos de atores institucionais. Ainda que instituições jurídicas e políticas busquem majoritariamente se guiar por um processo de deliberação reflexivo, tem-se que mesmo estes atores podem vir a agir sob influência relevante do sistema de pensamento intuitivo, isto é, alinhados aos juízos formados por juízos mais imediatos e sem maiores reflexões[382].

Não existem motivos para que seja diferente quando analisamos a construção cognitiva do TCU do exercício de suas funções de controle operacional. A expansão de

---

[379] KAHNEMAN, Daniel. Op. cit. p. 34.

[380] "Uma das principais funções do Sistema 2 é monitorar e controlar pensamentos e ações "sugeridos" pelo Sistema 1, permitindo que parte deles sejam expressos diretamente no comportamento e suprimindo ou modificando outros". KAHNEMAN, Daniel. Op. Cit. p. 50.

[381] "O Sistema 1 é crédulo e propenso a acreditar, o Sistema 2 é encarregado de duvidar e descrer, mas o Sistema 2 às vezes acha-se ocupado, e muitas vezes é preguiçoso. Na verdade, a evidência mostra que as pessoas têm maior probabilidade de serem influenciadas por mensagens vazias persuasivas, como comerciais, quando estão cansadas e esgotadas". KAHNEMAN, Daniel. Op. Cit. p. 96.

[382] Segundo Kahneman e Sunstein: "The intuitions described here play an important role in multiple domains, including families, workplaces, sporting events, and religious organizations. But as many of our examples suggest, they also influence the decisions of legal and political institutions. Such institutions usually aspire to be deliberative, and to pay close attention to System II; but even in deliberative institutions, System I can make some compelling demands". KAHNEMAN, Daniel; SUNSTEIN, Cass R. "Indignation: Psychology, Politics, Law." U of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 346, NEUROBIOLOGY OF HUMAN VALUES, Jean-Pierre P. Changeux Et. al., eds., 2005, U of Chicago, Public Law Working Paper No. 171

competências do Tribunal de Contas da União em matéria operacional é também fruto de fatores subjetivos e não necessariamente racionais que se relacionam com incentivos aos quais ele está exposto. Afinal, ao fim e ao cabo, o TCU é formado por seres humanos, que possuem as mesmas limitações informacionais e cognitivas que acometem todas as outras pessoas[383].

O reconhecimento desta condição conflitante no processo cognitivo de agentes institucionais leva à constatação diversos vieses cognitivos inerentes a agências de controle público, como é o Tribunal de Contas da União. Estes vícios cognitivos atingem de forma predominante a percepção que estes controladores têm de si mesmos e das atividades que realizam.

Analisando de forma particular a incidências destes fenômenos no âmbito das agências reguladoras, mas de forma extrapolável às atividades controladoras do TCU, José Vicente de Mendonça dá destaque especial a dois deles: o *viés de foco* e o *viés de comprometimento com a missão*[384]. Estes atalhos cognitivos se mostram relevantes para examinar aspectos chave da função de fiscalização operacional do Tribunal de Contas da União.

Em primeiro lugar, o viés de foco se refere à tendência que agentes de controle com alta capacitação possuem de enxergar e tentar resolver problemas com base em sua própria expertise técnica. O professor da UERJ usa o exemplo dado em sala de aula por Mark Tushnet, no qual há a ocorrência elevada de acidentes em um ponto específico de determinada estrada. Na busca por identificar as causas deste fenômeno, cada expert iria identificar problemas que estejam dentro de seus conhecimentos prévios: um especialista em manutenção de vias tende a buscar soluções nas condições da estrada, enquanto um patrulheiro provavelmente irá relacionar os acidentes a falhas de fiscalização no trecho. Assim, se o problema estiver em defeitos de fabricação dos

---

[383] Como aduz Cass Sunstein: even if they are well motivated, officials are human too, and there is no reason to think that they are immune from the kinds of biases that affect ordinary people. SUNSTEIN, Cass. Why nudge? The Politics of Libertarian Paternalism. Yale University Press, 2012, p. 99.

[384] MENDONÇA, José Vicente Santos de. Direito Constitucional Econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. P. 374.

veículos, nenhum destes estaria apto a detectá-lo.[385]

Deste modo, o viés de foco parece ser uma possível explicação da "visão de túnel", um feito adverso descrito pela literatura especializada acerca de auditorias performativas por Instituições de Controle[386]. Robert Behn, que como já foi colocado anteriormente é um dos autores fundamentais do desenvolvimento do conceito de *Accountability* de performance, tece críticas relevantes ao instituto com base em observações que se comunicam o conteúdo deste vício cognitivo.

No que ele define como a "perdição das auditorias de performance"[387], o autor aduz que auditores de performance tendem a acreditar que são os únicos capazes, autorizados ou intitulados para fazer juízos acerca da qualidade de intervenções públicas. Nestes casos, o que era pra se tornar uma fiscalização acerca de dados performativos da administração pública acaba se tornando algo mais próximo de uma auditoria de conformidade, apenas com a substituição de critérios de legalidade financeira pelas definições de eficiência, eficácia, e economicidade definidas previamente pelo auditor de performance, que irá estipula-los com base em suas próprias noções particulares.[388]

Outro viés relevante trazido por Mendonça é o "Viés de comprometimento com

---

[385] Ibid.

[386] "Tunnel vision is also mentioned in the literature. Tunnel vision relates to the situation whereby phenomena that are quantified and measured in the performance measurement system are overstressed at the expense of the unquantified and unmeasured aspects of performance". LEEUW, Frans L. On the effects, lack of effects and perverse effects of performance audit. ". In. LONSDALE, Jeremy; WILKINS, Peter, LING, Tom. Performance Auditing Contributing to Accountability in Democratic Government. Cheltenham: Elgar. 2011.

[387] Em tradução livre do inglês "The bane of performance auditing". BEHN, Robert D. Rethinking democratic accountability. Washington: Brooking institution press, 2001. P. 203.

[388] Segundo o autor: The problem with performance auditing is that auditors believe that theirs is the only profession that is capable, authorized, or entitled to do it. And if the auditors manage to convert their version of 'performance auditing' into the primary vehicle for creating accountability for performance, performance accountability will become compliance accountability. If this happens, accountability will come to mean nothing more than whether the agency – the performance auditee – has complied with the performance auditor's definition of performance. And for the performance auditor to do its audit, it will have to establish some rules, regulations, standards or other criteria so that it can audit the agency's records and behavior to determine whether it has indeed complied with the performance criteria. BEHN, Robert. Op. Cit. p. 202 – 203.

a missão"[389]. Trata-se de pensamento elaborado por instituições não autorreferentes cuja função é a regulação e controle públicos que, quando confrontadas com situações que dialogam com suas funções institucionais, adotam predominantemente soluções de caráter expansionista. Isto porque: (i) é natural que estes agentes se sintam mais a vontade de empregar métodos e técnicas com os quais estão familiarizados e se debrucem com mais cuidado sobre áreas que lhe são correlatas, e (ii) por meio deste recrudescimento controlador seria uma forma de justificar a sua própria existência, bem como acumular maior destinação financeira ou influência política.[390]

Este processo de pensamento tende a fazer com que os controladores ignorem os possíveis efeitos sistêmicos negativos de seus reposicionamentos ampliativos[391], subestimando custos[392] frente aos ganhos ou economia provenientes desta atividade controladora[393]. Logo, não é de se espantar a autoavaliação positiva que aquela corte de contas tem acerca de potenciais avanços de seu próprio espaço de atuação[394].

---

[389] A manifestação externada deste viés, segundo o autor, seria o "viés de cruzada", com traços mais paternalistas e moralistas. MENDONÇA, José Vicente Santos de. Op. Cit. P. 375.

[390] Trata-se da influência do já mencionado "viés de saliência". Ibid.

[391] Como afirma José Vicente Santos de Mendonça, a constatação da importância de efeitos sistêmicos leva, muitas vezes, a uma interpretação jurídica mais formalista e menos inovadora ou ativista. Afinal, nos chamados casos fáceis, que formam a maioria das situações examinadas pelos órgãos judicantes, o mais pragmático é aplicar a norma sem maiores digressões argumentativas, posto que os efeitos sistêmicos decorrentes de decisões dissonantes nestes casos seriam mais nocivos do que os possíveis benefícios auferidos. MENDONÇA, José Vicente Santos de. Op. Cit. P. 49.

[392] DIONÍSIO, Pedro de Hollanda. Op. Cit. P. 11.

[393] Não negamos aqui a importância que instituições como o Tribunal de Contas da União tiveram no desenvolvimento econômico e democrático do Brasil. Neste sentido, afirmam Marcus André Melo e Carlos Pereira que os casos do Chile e do Brasil demonstram a importância que estes controladores financeiros possuem na governança pública. MELO, Marcus André; PEREIRA, Carlos. Making Brazil Work: Checking the President in a Multiparty System. Londres e Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2013, p. 42.

[394] Segundo o ministro do TCU Benjamin Zymler, em relação especificamente ao controle da corte de contas sobre as agências reguladoras: "a Corte é o órgão com melhores condições potenciais para desenvolver uma visão sistêmica do modelo regulatório brasileiro". ZYMMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. O controle externo das concessões de serviços públicos e das parceiras público-privadas. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008. Sobre a atuação da corte de contas como um agente de combate à corrupção e outros malfeitos contra as finanças públicas, o TCU entende que "A principal missão do Tribunal de Contas da União (TCU) é aprimorar a gestão pública. Uma das formas de atingir este objetivo é por meio do combate à fraude e corrupção. A indução à melhoria nos processos internos dos órgãos públicos, por meio de fiscalizações, impacta positivamente a prevenção à corrupção ao

Estes custos podem ser econômicos ou não econômicos. Em um plano econômico, o controle gera custos pecuniários na medida em que demanda o gasto público para instituir e manter as instituições e o corpo funcional responsável por realizar tal atividade. Deste modo, há de haver uma proporcionalidade entre os recursos econômicos destinados às instituições de controle e os seus retornos efetivos. Ao mesmo tempo, estes custos econômicos podem se manifestar de forma indireta, principalmente pela da necessidade de cumprimento das decisões proferidas pelos controladores[395], além de retardar, ou no limite paralisar, a atividade administrativa.[396]

Em uma dimensão não econômica, uma expansão desenfreada de funções controladoras aumenta a probabilidade de que elas mesmas possam incorrer em ilegalidades, lesando bens juridicamente protegidos[397], o que geraria contestações judiciais e eventuais intervenções externas em processos de controle.

Logo, nesta lógica enviesada, regular ou controlar melhor seria visto sempre como regular ou controlar mais, em um estado de hiper-regulação despreocupado com os custos expostos acima. Ou seja, a ampliação da função institucional destes agentes seria vista, de forma apriorística, como algo positivo por eles mesmos. Há, portanto, uma dissociação entre os interesses dos controladores, que querem existir e se expandir, e da sociedade, que quer um controle mais democrática e eficiente.[398]

Em um cenário de autorização política e proliferação da realização de fiscalizações performativas pelo Tribunal de Contas da União, tem-se que esta cognição enviesada se traduz na justificação da intensificação de auditorias operacionais como uma fatia cada vez mais significante das atividades da corte de contas, independentemente das externalidades que podem advir deste reposicionamento institucional.

---

reforçar as linhas de defesa das instituições. E mesmo a expectativa de controle gerada pela atuação do Tribunal ajuda a coibir eventuais malfeitos". Conforme: https://portal.tcu.gov.br/combate-a-corrupcao/. Acesso em 10.09.2022.

[395] JORDÃO, Eduardo. Por mais realismo no controle da administração pública. Revista Direito do Estado, nº 183, 2016. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/eduardo-ferreira-jordao/por-mais-realismo-no-controle-da-administracao-publica. Acesso em 03.01.2023

[396] DIONÍSIO, Pedro de Hollanda. Op. Cit. P. 12.

[397] VERMEULE, Adrian. "Optimal abuse of power". Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, v. 278, n. 3, p. 15-43, set./dez. 2019

[398] MENDONÇA, José Vicente Santos de. Op. Cit. P. 376.

3: SISTEMATIZAÇÃO ENDÓGENA DO CONTROLE OPERACIONAL DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO.

3.1: Delimitação do problema

O primeiro capítulo buscou apresentar como o Tribunal de Contas da União buscou, durante os processos de elaboração normativa que delimitara o seu desenho básico de competências, incluir tanto a titularidade da realização de auditorias operacionais quanto o dever de regulamentar esta função por conta própria.

O segundo, por sua vez, estudou o que efetivamente o TCU estava buscando: um espaço garantido como fiscalizador de aspectos qualitativos da administração pública, por meio da implementação das "auditorias de performance" no cenário nacional. Se buscou também apresentar os motivos pelos quais este reposicionamento foi buscado.

Este último capítulo buscará aprofundar no "como" esta regulamentação vem sendo feita, quais efeitos a corte de contas tem conferido à esta ferramenta de controle. Em específico, se buscará entender se esta "auditoria operacional" conforme construída pelo Tribunal de Contas da união guarda relação com o conceito de auditorias performativas como trabalhado pela literatura nacional e internacional, ou se a corte de contas, ao sistematizar esta faceta de seu controle externo, acabou por criar um novo instituto, com dinâmicas e efeitos próprios.

Não se está a defender aqui que considerações doutrinárias tenham a capacidade

de pautar a atividade desempenhada pelo TCU. Como afirma José Vicente Santos de Mendonça, a opinião de autores não possui força de constituição ou força normativa em qualquer sentido. A contribuição possível da doutrina de Direito administrativo é a de formulação de cogitações de baixo custo, isto é, de realizar análises críticas contextualmente responsáveis com o objetivo de aclarar usos, identificar problemas ou pautar sugestões acerca de questões controversas que surgem no campo do Direito administrativo, mas sem, é claro, vincular a ação dos agentes públicos a estas observações[399].

Entretanto, contribuições doutrinárias também não são inúteis. Elas formam categorias e conceitos que se cristalizam em noções aceitas pelas instituições[400]. A própria construção teórica das auditorias operacionais pelo TCU é uma manifestação desta função inventiva da doutrina administrativista. Afinal, o Tribunal se baseia fortemente nos conceitos acerca de auditorias de performance desenvolvidos no cenário internacional para justificar a realização de suas auditorias operacionais, que seriam a implantação desta forma de fiscalização no cenário nacional.

Uma análise comparativa entre o arcabouço teórico que confere legitimidade ao controle operacional e a forma como o TCU efetivamente realiza este controle, portanto, cumpre a função de conferir se há identidade lógica entre justificativas e as medidas implementadas pela corte de contas, ou se tal fundamentação é uma espécie de cavalo de Tróia, construído para que o controlador externo expanda de forma desobstruída as suas competências.

Deste modo, serão estudados dois aspectos da sistematização que a corte de contas federal realizou acerca desta modalidade de fiscalização. O primeiro é a dimensão normativa da realização de auditorias operacionais pelo Tribunal de Contas da União, isto é, como a corte de contas federal disciplinou normativamente a realização de suas auditorias operacionais: seus objetos possíveis, seus trâmites, e os efeitos decorrentes desta fiscalização. O segundo é o aspecto decisório destas auditorias, ou seja, como o TCU esculpe, por meio de determinadas técnicas decisórias, um espaço ampliado de aplicabilidade e de influência destas auditorias operacionais.

---

[399] MENDONÇA, José Vicente Santos de. “Direito administrativo e inovação: limites e possibilidades”. A&C – R. de Dir. Adm. Const. | Belo Horizonte, ano 17, n. 69, p. 169-189, jul./set. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i69.792

[400] Ibid.

Com base no desenvolvido nestas dimensões normativa e decisória, será realizada uma comparação entre a fiscalização operacional do TCU e o conceito de auditorias performativas tratado no capítulo 2 desta dissertação.

3.2: Competências operacionais como construídas autonomamente pelo Tribunal de Contas da União.

3.2.1: Sistematização infralegal do conceito e dos limites das auditorias e inspetorias operacionais.

Como se viu ao fim do capítulo 1, a legislação em sentido estrito pouco tem a dizer sobre o conteúdo e os limites das auditorias operacionais, de modo que ficou a cargo do próprio TCU suprir esta lacuna. Ele o faz a partir da edição de atos normativos infralegais. Utilizando-se deste seu poder regulamentar, a própria corte de contas federal acabou por definir qual seria o significado de suas competências "operacionais".

O principal e mais abrangente diploma infralegal editado pelo Tribunal de Contas da União em função de sua função regulamentar é seu próprio regimento interno, cuja versão atualmente em vigor foi aprovada em 01.10.2021.

Trata-se de ato normativo que trata expressamente de uma multitude de assuntos fundamentais ao exercício do controle externo, como a organização interna do TCU, as competências do plenário e das turmas fracionárias, aspectos processuais dos processos de controle, entre muitos outros. Segundo Rosilho, o RITCU "se volta à disciplina da Corte de Contas como um todo, minudenciando o exercício de praticamente todas as competências que lhe foram previstas pela legislação".[401]

No tocante à fiscalização operacional, para além das menções genéricas à competência do TCU para realizar essa espécie de avaliação, e da atribuição ao plenário da corte a função de deliberar acerca dos relatórios destas auditorias, o regimento

[401] ROSILHO, André. Op. Cit. P. 119.

interno reitera, em seus arts. 209, II[402], e 268, II[403], a capacidade dos achados de auditoria operacional para justificar um julgamento de irregularidade das contas e/ou uma aplicação de multa ao gestor público. Trata-se, portanto, de ratificação regulamentar das sanções já previstas na LOTCU.[404]

O RITCU, no entanto, avança também sobre o conceito da auditoria performativa, que é expressamente acoplado às auditorias tradicionalmente realizadas pelo TCU pelo seu regimento interno. Segundo o art. 239, II, do referido regimento interno, as auditorias, para além de examinar a legalidade a legitimidade dos atos sob sua tutela de controle, podem também ser utilizadas pelo tribunal para:

> "avaliar o desempenho dos órgãos e entidades jurisdicionados, assim como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais, quanto aos aspectos de economicidade, eficiência e eficácia dos atos praticados".[405]

Este não foi o primeiro conceito normativamente atribuído às auditorias operacionais pelo TCU. Floriano de Azevedo Marques Neto e Juliana Palma demonstram que a primeira previsão normativa adotada pelo Tribunal de Contas da União das auditorias operacionais realizadas por ele data de 1990, sendo, portanto, anterior à própria LOTCU e ao RITCU[406]. Em 1991, por meio da portaria nº 256/91, a auditoria operacional foi assim definida pela corte de contas federal:

---

[402] RITCU, Art. 209. O Tribunal julgará as contas irregulares quando evidenciada qualquer das seguintes ocorrências: II – prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo ou antieconômico, ou infração a Norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial.

[403] RITCU, Art. 268. O Tribunal poderá aplicar multa, nos termos do caput do art. 58 da Lei nº 8.443, de 1992, atualizada na forma prescrita no § 1º deste artigo, aos responsáveis por contas e atos adiante indicados, observada a seguinte gradação: II – ato praticado com grave infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial, no valor compreendido entre cinco e cem por cento do montante a que se refere o caput;

[404] O que, por si só, já seria suficiente para configurar uma inovação das auditorias performativas realizadas pelo TCU em relação ao que a teoria acerca da ferramenta entende como o papel adequado para esta ferramenta. O ponto será mais explicado em item futuro.

[405] Esta definição geral está também presente no conceito dado pelo Regimento interno. Segundo o art. 241, II, do RITCU, o acompanhamento é instrumento de fiscalização utilizado pelo TCU para avaliar, ao longo de um período predeterminado, o desempenho dos órgãos e entidades jurisdicionadas, assim como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais, quanto aos aspectos de economicidade, eficiência e eficácia dos atos praticados.

[406] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de.Op. Cit.

> "A análise de natureza operacional, a ser realizada sem prejuízo do exame da legalidade, implica na avaliação do cumprimento dos programas de governo e do desempenho das unidades e entidades jurisdicionadas ao Tribunal no tocante aos seus objetivos, metas e prioridades, bem como quanto à alocação e uso dos recursos disponíveis, inclusive os provenientes de financiamento externo".

Destaca-se ainda a conceituação trazida pelas normas de auditoria do Tribunal de Contas da União ("NAT") que, dividindo as auditorias em dois grupos distintos, quais sejam as de regularidade e as operacionais, define as auditorias operacionais como aquelas que:

> "objetivam examinar a economicidade, eficiência, eficácia e efetividade de organizações, programas e atividades governamentais, com a finalidade de avaliar o seu desempenho e de promover o aperfeiçoamento da gestão pública"[407].

O regramento fino do conteúdo e do procedimento das auditorias operacionais, entretanto, foi realizado de forma mais detalhada pelo manual de auditoria operacional do Tribunal de Contas da União ("MAO"). A primeira edição do manual é de 1998, quando era denominado ainda como "manual de auditoria de desempenho". O manual foi posteriormente reeditado por diversas vezes, tendo seu nome sido alterado para o que é utilizado atualmente. O documento se encontra em sua 4ª edição, aprovada pela Portaria-Segecex Nº 18 em 12 de novembro de 2020.

Segundo o documento, ele "reflete a evolução dos métodos e técnicas empregados pelo TCU e outras EFSs, por meio da acumulação de experiência na execução de auditorias operacionais".[408] Desta forma, trata-se da consolidação normativa da experiência interna da corte de contas federal na realização desta fiscalização operacional, configurando uma "sistematização endógena", isto é, realizada pela própria corte de contas federal.

A definição dada pelo manual de auditoria operacional é, como colocado pelo próprio Tribunal de Contas da União, uma tradução literal do conceito de auditorias de performance formulado pela ISSAI 3000/17. Deste modo, o ato normativo editado pela

---

[407] Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/normas-de-auditoria-do-tribunal-de-contas-da-uniao-nat.htm. Acesso em 02.12.2022.

[408] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Manual de auditoria operacional / Tribunal de Contas da União. -- 4.ed. – Brasília: TCU, Secretaria-Geral de Controle Externo (Segecex), 2020. P. 7.

corte de contas federal define estas auditorias operacionais como:

> "o exame independente, objetivo e confiável que analisa se empreendimentos, sistemas, operações, programas, atividades ou organizações do governo estão funcionando de acordo com os princípios de economicidade, eficiência, eficácia e efetividade e se há espaço para aperfeiçoamento".[409]

Com efeito, o manual como um todo apresenta uma forte inspiração dos standards internacionais editados pela INTOSAI. Esta influência é confirmada pelo próprio o documento, o MAO:

> "Faz a ligação entre as Normas de Auditoria do Tribunal de Contas de União (NAT), que são normas gerais para auditoria governamental, e as normas e orientações internacionais (ISSAI) aplicáveis à auditoria operacional, no contexto das práticas processuais e de auditoria em uso no TCU".[410]

Destaca-se ainda que tal modalidade de auditoria já foi categoricamente igualada pelos manuais de auditoria do TCU ao instituto da *performance audit*, que, como já se viu, é a terminologia adotada na literatura internacional para se referir às atividades de avaliação qualitativa da administração pública sob a lógica dos 3 Es. Tal transposição semântica se encontra explicitada, por exemplo, na 3ª edição do manual de auditoria operacional, no qual se afirma categoricamente que o termo "auditoria operacional" é utilizado como sinônimo de "auditoria de desempenho" (*performance auditing*).[411]

Ainda que tal equivalência não esteja mais textualizada de forma explicita na 4ª edição do MAO, as disposições ainda vigentes justificam a atualidade da justaposição entre os dois termos, posto que a edição atual do MAO materialmente mantém as mesmas características básicas do antigo manual. Ao mesmo tempo, o lapso freudiano acaba por expor, ainda que implicitamente, as exatas inspirações teóricas da corte de contas federal no desenho da ferramenta, justificando, portanto, comparações a esta categoria de auditoria como ela já foi estudada na literatura internacional e aplicada no ordenamento brasileiro.

---

[409] Ibid. p. 16.
[410] Ibid. P. 7.
[411] Manual de auditoria operacional / Tribunal de Contas da União. -- 3.ed. – Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo (Seprog), 2010. P. 11. Disponível em https://portal.tcu.gov.br/data/files/3E/36/43/A1/5435671023455957E18818A8/Manual_auditoria_operacional_3_edicao.pdf. Acesso em 03.11.2022.

A definição colocada pelo ato normativo de autoria do TCU é, portanto, bem ampla. De acordo com a literatura exposta no item 2.2, isto não é nenhuma surpresa: a imprecisão procedimental, substancial e descritiva ocorre em razão da própria natureza da atividade de auditoria operacional e é colocada recorrentemente na literatura que trata sobre o tema.

É dizer, há grande abertura tanto em relação ao objeto da auditoria eventualmente promovida pelo controle externo, já que a corte de contas pode promover estas fiscalizações operacionais, quanto os parâmetros utilizados pelo controlador na realização destas auditorias, que podem variar de acordo com o aspecto e o campo escolhido para serem alvos de uma verificação qualitativa, dentro dos parâmetros previstos constitucionalmente.

A variabilidade acima retratada é também reconhecida próprio manual de auditoria operacional elaborado pelo TCU, o qual afirma que este instrumento de fiscalização possui "maior flexibilidade na escolha de temas, objetos de auditoria, métodos de trabalho e forma de comunicar as conclusões de auditoria" e envolvem "ampla seleção de métodos de avaliação e investigação de diferentes áreas do conhecimento, em especial das ciências sociais". Concomitantemente, o manual em questão afirma que esta forma de auditoria requer "flexibilidade, imaginação e capacidade analítica" do auditor que a efetua.[412]

De igual modo, os resultados e os achados das auditorias operacionais, conforme definidos pelo Tribunal de Contas da União, frisa-se, são mais sujeitos às subjetividades dos auditores que as realizam. Segundo o manual:

> "Os relatórios de auditoria operacional podem variar consideravelmente em escopo e natureza, informando, por exemplo, sobre a adequada aplicação dos recursos, sobre o impacto de políticas e programas e propondo mudanças destinadas a aperfeiçoar a gestão. Pela sua natureza, as auditorias operacionais são mais abertas a julgamentos e interpretações e seus relatórios, consequentemente, são mais

[412] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Manual de auditoria operacional / Tribunal de Contas da União. -- 4.ed. – Brasília: TCU, Secretaria-Geral de Controle Externo (Segecex), 2020., p. 22. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/F2/73/02/68/7335671023455957E18818A8/Manual_auditoria_operacional_4_edicao.pdf. Acesso em 01.10.2022.

analíticos e argumentativos".[413]

A auditoria operacional é realizada em um ciclo que se divide nas etapas de (i) seleção do objeto de auditoria, (ii) planejamento da auditoria, (iii) execução da fiscalização, (iv) elaboração do relatório preliminar, (v) encaminhamento ao ministro-relator, (vi) apreciação do relatório pelo Tribunal, (vii) divulgação do relatório, (viii) acompanhamento. Até aqui, percebe-se identidade quase que total das auditorias de performance e sua tradução para o cenário nacional como normatizado pela corte de contas federal.

Existe, contudo, uma divergência fundamental entre a concepção teórica das fiscalizações operacionais e a sua normatização pelo Tribunal de contas da união, especificamente no que se refere aos efeitos dos achados destas auditorias. O principal ponto que diferencia estas duas visões está na capacidade que a corte de contas federal acredita ter de, com base nos achados destas fiscalizações operacionais, emitir atos de comando ou, em outras palavras, determinações de cumprimento obrigatório pelo gestor público.

São frequentes as referências no Manual de Auditoria operacional do TCU à emissão de determinações, ou seja, atos vinculativos em relação ao gestor público, como um possível produto natural desta forma de fiscalização. Esta previsão é inclusive feita com referência a dispositivo normativo da INTOSAI que, de forma expressa, coloca as recomendações como formulações naturais de auditorias de performance.[414]

Neste sentido, afirma o MAO, com os nossos grifos: "Os produtos da auditoria são documentados no relatório da auditoria. São os achados, as avaliações, as opiniões e conclusões e as recomendações e determinações propostas". O vocábulo destacado se repete ainda reiteradamente quando o manual trata sobre o conteúdo das deliberações decorrentes da realização de auditorias operacionais. Ao todo, o manual se refere

---

[413] Ibid. p. 20.

[414] Trata-se do item 106 da ISSAI 300, que possui a seguinte redação: "O auditor deve obter evidência de auditoria suficiente e apropriada para fundamentar os achados, chegar a conclusões em resposta ao(s) objetivo(s) e questões de auditoria e, quando relevante e permitido pelo mandato da EFS, formular recomendações". INTOSAI: Standards and guidelines for performance auditing based on INTOSAI's Auditing Standards and practical experience. 2014. P. 14. Disponível em: https://www.issai.org/wp-content/uploads/2019/08/Withdrawn-ISSAI-3000-E_watermark.pdf. Acesso em 02.10.2022.

dezessete vezes à presença destes atos de comando nos relatórios de auditoria operacional.[415]

Não negamos aqui os possíveis benefícios que advém da fiscalização gerencial realizada pelo Tribunal de Contas da União, inclusive com a edição de comandos.[416] Contudo, percebe-se clara divergência entre o sentido dado pelo TCU ao instituto das "auditorias operacionais" com aquele que é desenvolvido na literatura que se debruça sobre esta forma de avaliação da gestão pública. Afinal, como se viu, a ferramenta foi pensada em suas origens como uma via de diálogo institucional, e não como um mecanismo de comando e controle da administração pública.

Além da possibilidade expressa de expedição de determinações em sede de auditoria operacional, o manual faz referência também à apresentação de recomendações aos agentes auditados. Trata-se de categoria de encaminhamento não prevista na LOTCU e que, como o próprio nome já dá a entender, apesar de ser formulada com base nos achados tecnicamente levantados pela equipe do TCU em contraposição ao critério de auditoria escolhido pela corte de contas federal em determinada fiscalização.[417]

Ainda que seja elaborada com base em dados obtidos por meio de procedimento tecnicamente abalizado, as recomendações, por definição, carecem, ou deveriam

---

[415] O manual de auditoria operacional não é dividido em artigos, como ocorre em regra com atos normativos, mas sim em parágrafos numerados. Estas referências encontram-se nos parágrafos de nº 41, 45, 81, 346, 403, 416, 433, 445, 496, 502, 524, 538, 545 a. Além disso, as determinações estão integradas como parte da matriz de achados retratada pelo quadro 10 do MAO. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Manual de auditoria operacional / Tribunal de Contas da União. -- 4.ed. – Brasília: TCU, Secretaria-Geral de Controle Externo (Segecex), 2020.

[416] Neste tema, nos alinhamos com Rosilho quando ele apresenta os seguintes fatores como justificativa para inclusão do TCU nesta função: 1) ocupar posição institucional privilegiada como um observador externo independente, 2) possuir corpo técnico plural e extremamente qualificado, 3) possuir estrutura interna sofisticada e especializada nos mais variados nichos do Estado e 4) ser capaz de centralizar dados e informações advindas de toda a administração pública — em tese permitindo-o identificar gargalos e refletir sobre melhores práticas na administração —, pode, por meio das auditorias operacionais — que estão eminentemente preocupadas em aferir a qualidade da ação estatal —, dar relevantíssima contribuição ao aprimoramento da gestão pública. ROSILHO, André. Op. Cit. P. 297.

[417] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Et. Al. "Reputação institucional e o controle das Agências Reguladoras pelo TCU". Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, v. 278, n. 2, p. 37-70, maio/ago. 2019.

carecer, de peso obrigacional ao gestor ou órgão auditado. Contudo, o que se percebe, através de métodos de decisão aplicados pelo Tribunal de Contas da União, existe pouca diferenciação normativa entre os efeitos das determinações e das recomendações emitidas pelo TCU.

Explica-se. Independentemente se, ao final da fiscalização operacional, são expedidas recomendações ou determinações, o acompanhamento posterior realizado pelo controle externo poderá entender que qualquer não implementação destas propostas por parte do auditado como um descumprimento injustificado de decisão do tribunal, atraindo para si possíveis sanções, como a aplicação de multa prevista no art. 58, IV, da LOTCU.

Esta fungibilidade aplicativa possui amparo no desenho normativo construído pelo Tribunal de Contas da União. Nem o MAO nem o Roteiro para Monitoramento de Auditorias de Natureza Operacional, aprovado por meio da portaria TCU nº 12 de 15 de março de 2012, faz qualquer distinção entre os efeitos concretos as determinações e recomendações emitidas pelo Tribunal de Contas da União em sede de fiscalização operacional.

Nesta mesma linha, o desenho normativo interno do TCU positiva o que Floriano de Azevedo Marques Neto e Juliana Palma já denominaram de uma "diretriz geral de observância das decisões controladoras, ainda que referentes a atividade operacional". Esta diretiva geral, que acaba por dar força vinculante *de facto* a recomendações que, em tese, possuem caráter meramente colaborativo, é concretizada no oitavo passo da auditoria operacional, qual seja, o monitoramento. [418]

Neste último momento do procedimento de auditoria, o gestor deve elaborar um plano de ação cuja implementação será monitorada pelo TCU, a fim de se averiguar o cumprimento das deliberações do Tribunal. Entretanto, ainda que se trate de deliberação que optou por externar apenas recomendações – sugestões cuja implementação seria opcional, portanto – tem-se que as normas internas do Tribunal de Contas da União parecem limitar em muito a discricionariedade do gestor para decidir pela implantação ou não das medidas "recomendadas".

---

[418] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Op. Cit.

Não faltam instrumentos normativos que refletem esta diretiva. O manual de auditoria operacional aponta a obrigatoriedade de que o gestor elabore um plano de ação para necessariamente implementar as deliberações propostas pela corte de contas federal, sejam estas recomendações ou determinações[419].

De igual modo, o Roteiro para Monitoramento de Auditorias de Natureza Operacional coloca o grau de implementação das recomendações como fator de análise das contas de gestores públicos.[420] Esta inclusão do acompanhamento de recomendações que, em teoria, seriam apenas sugestões para incremento de eficiência, demonstra a expectativa de cumprimento que o Tribunal possui acerca destes encaminhamentos.

Antes de se encerrar o item, torna-se relevante apontar que o sistema de recomendações e determinações sofreu mudança, em tese, significativa no ano de 2020, quando Tribunal de Contas da União editou a sua resolução nº 315/2020[421], posteriormente complementada pela portaria SEGECEX nº 9/2020, que dispôs sobre os procedimentos de operacionalização da referida resolução. A norma infralegal chegou a ser caracterizada como uma potencial "revolução no controle" realizado pela corte de contas federal, em razão da possível rota de autocontenção adotada por ela.[422]

Segundo o ato normativo, uma determinação seria uma "deliberação de natureza mandamental que impõe ao destinatário a adoção, em prazo fixado, de providências concretas e imediatas com a finalidade de prevenir, corrigir irregularidade, remover seus efeitos ou abster-se de executar atos irregulares", enquanto uma recomendação seria uma "deliberação de natureza colaborativa que apresenta ao destinatário oportunidades

---

[419] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Manual de auditoria operacional / Tribunal de Contas da União. -- 4.ed. – Brasília: TCU, Secretaria-Geral de Controle Externo (Segecex), 2020. P. 148.

[420] Segundo o roteiro, parte fundamental do relatório de impacto das auditorias realizadas pelo TCU é a análise de implementação das recomendações do Tribunal.

[421] A resolução encontra-se disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/ato-normativo/*/TIPO%253A%2528Resolu%25C3%25A7%25C3%25A3o%2529%2520NUMATO%253A315%2520NUMANOATO%253A2020/DTRELEVANCIA%2520desc%252CNUMATOINT%2520desc/0/%2520?uuid=ee4d0190-96e6-11ea-b39d-7744880a9168. Acesso em 01.02.2023.

[422] BRAGA, André de Castro. "Resolução 315 do TCU: início de uma revolução no controle? " Disponível em: https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2021/03/10.03.21-Resolucao-315-do-TCU_-inicio-de-uma-revolucao-no-controle_JOTA.pdf. Acesso em: 02.01.2023.

de melhoria, com a finalidade de contribuir para o aperfeiçoamento da gestão ou dos programas e ações de governo".

O ato normativo parece buscar uma certa racionalização da forma como a corte de contas federal se vale das determinações e das recomendações, limitando em certa medida quando o TCU poderia emitir atos de comando aos agentes públicos sob a sua tutela de controle. Nesta linha, há uma limitação normativa das ocasiões em que as determinações poderiam ser expedidas em processos do Tribunal e, em teoria, elas passam a não mais poder ser utilizadas para diversas situações, inclusive para situações que, de acordo com a definição apresentada na resolução, se enquadrem na zona de aplicabilidade das recomendações. Além disso, o art. 5º da resolução prevê, na teoria, a proteção do espaço de discricionariedade do gestor.

Não se pode negar que a resolução 315/2020 gerou efeitos concretos, diminuindo o número de determinações e aumentando número de recomendações expedidas pelo TCU[423]. Contudo, apesar da proposta de diferenciação, a resolução em questão não explicita em quais tipos de procedimento de controle externo cada uma delas deve ser utilizada, mantendo, portanto, em aberto a expedição de determinações em auditorias operacionais em geral. Não por acaso, a 4ª edição do MAO, editado no mesmo ano da resolução 315/2020, mantém as várias referências à expedição de determinações em sede de auditoria operacional.

Ao mesmo tempo, não se percebe uma separação total entre as situações de aplicabilidade de uma ou outra espécie de encaminhamento. A resolução, em seu art. 7º, §3º, prevê que o TCU, nos casos em que considere que sejam necessárias medidas imediatas, formule determinações aos gestores públicos. A necessidade destas ordens de comando excepcionais é fruto do juízo subjetivo do TCU, e elas podem ser tomadas para com diversos objetivos que, na prática, possuem influência direta no conteúdo da conduta do gestor público[424]. Exemplo disso é a possibilidade de previsão de

---

[423] Após um ano de vigência da norma, houve uma diminuição de 40% no número de determinações, e um aumento de 24% no número de recomendações expedidas pelo Tribunal de Contas da União. BRAGA, André de Castro O. P. Op. Cit.

[424] Resolução TCU nº 315/2020, Art. 7º, § 3º: Excepcionalmente, no caso de situações em que a implementação das providências imediatas necessárias para prevenir ou corrigir irregularidade, ou remover seus efeitos, não seja factível, a unidade técnica instrutiva poderá propor determinação, desde que devidamente fundamentadas as razões que justifiquem a necessidade

determinações com vistas ao incremento dos resultados administrativos, campo de aplicabilidade típico das auditorias operacionais.

Logo, há um distanciamento normativo da utilização de determinações e de recomendações, mas apenas até onde o próprio TCU entende que deve ser mantida esta manifestação dialógica do controle. Para situações em que a corte de contas entende necessária uma atuação mais incisiva sobre os juízos dos gestores públicos, ela manteve para si a possibilidade de adotar esta postura, ainda que em sede de controle performativo da administração pública.

O que se percebe, ao fim do estudo dos atos normativos internos do TCU relevantes às auditorias operacionais e seus efeitos, é que existe amplo espaço para que o Tribunal de Contas se utilize destas fiscalizações para intervir de forma direta na gestão administrativa, ainda que, em tese, este papel tenha sido limitado pela resolução 315/2020. Deste modo, torna-se relevante estudar como o TCU vem, por meio da construção de seus precedentes de controle, aplicando estas duas categorias de encaminhamentos, e os efeitos decorrentes de cada uma.

3.2.2: Sistematização dos efeitos de auditorias operacionais por meio de precedentes de controle.

Frente à previsão normativa para emissão de determinações, existem múltiplos os exemplos de encaminhamentos em sede de auditorias operacionais que acabaram por emitir comandos de cumprimento obrigatório aos gestores públicos. Ao mesmo tempo, a fungibilidade aplicativa entre determinações e recomendações permite que o TCU rotineiramente se utilize de mecanismos decisórios para conferir força vinculante às

---

da adoção da medida e consideradas as razões apresentadas pelo gestor, nos termos do art. 14 desta Resolução, visando: I - elaboração de plano de ação; II - elaboração ou apresentação de estudos técnicos, indicadores, métricas, desenvolvimento de ações ou programas; III - elaboração de normas visando a aspectos de aperfeiçoamento da gestão; IV - análise de viabilidade de alternativas de gestão; V - envidamento de esforços da unidade jurisdicionada com vistas ao aperfeiçoamento dos resultados de ações ou programas de governo, ainda que se almeje observância ou maior concretização dos princípios constitucionais que regem os atos da administração pública;

suas recomendações.

Vamos iniciar este tópico demonstrando a manifestação mais simples deste desenho normativo: a emissão direta de determinações em auditorias operacionais. O caso talvez mais paradigmático ocorreu com o tratamento dado pela corte de contas federal à edição do decreto nº 2745/98, que estabeleceu o procedimento licitatório simplificado para a Petrobras. O Tribunal de Contas da União, em sede de fiscalização operacional, contestou a validade do decreto a partir do ano de 2001[425], tendo posteriormente interferido em diversas licitações promovidas com base no referido dispositivo[426].

Na verdade, mais do que interferir em processos licitatórios que se utilizavam do decreto nº 2745/98, o TCU, em sede de relatório de auditoria operacional na área de licitações e contratos, foi além. No referido relatório, oficializado pelo acórdão nº 663/2002 - plenário, o Tribunal de Contas da União determinou que a estatal se abstivesse de utilizar o decreto em questão em seus procedimentos de contratação, sob pena de responsabilização pessoal dos gestores em caso de utilização futura de tal dispositivo legal.[427]

Outro exemplo ilustrativo desta diretiva ocorreu na ocasião da aprovação do acórdão nº 1704/2018 – plenário[428]. Tratou-se de julgamento de relatório de auditoria operacional que tinha como objetivo analisar os gargalos na para liberação de carga conteinerizada em portos da região sudeste, cuja competência regulatória recai sobre a

---

[425] Vide decisão nº 164/2001 – plenário.

[426] Neste sentido: Acórdão 2041/2007 – plenário; Acórdão 2417/2007 – segunda câmara; Acórdão 535/2003 – segunda câmara; Acórdão 1125/2005 – plenário.

[427] Neste sentido, destacam-se os itens 8.1 e 8.3 da referida decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, com fulcro no art. 71, IV, da Constituição Federal c/c art. 43, II, da Lei nº 8.443/92, DECIDE: 8.1. Determinar à Petrobrás que se abstenha de aplicar às suas licitações e contratos o Decreto 2.745/98 e o artigo 67 da Lei 9.478/97, em razão de sua inconstitucionalidade, e observe os ditames da Lei 8.666/93 e o seu anterior regulamento próprio, até a edição da lei de que trata o § 1º do artigo 173 da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional 19/98; 8.3. Dar ciência à Petrobrás do entendimento consignado no item 8.1 retros, alertando-a de que os atos doravante praticados com base nos referidos dispositivos serão considerados como irregulares por esta Corte e implicarão na responsabilização pessoal dos agentes que lhes derem causa, devendo a entidade valer-se, na realização de suas licitações e celebração de seus contratos, das prescrições contidas na Lei nº 8.666/93;

[428] TCU. Acórdão nº 1704/2018 – plenário. rel. min. Ana Arraes. J. em 25.07.2018.

Agência Nacional de Transportes Aquaviários ("ANTAQ").

Em razão de ineficiências encontradas pela equipe de auditoria, a corte de contas federal determinou que a ANTAQ revisasse as suas normas regulatórias, e ainda aplicou multa aos dirigentes da agência. Ainda que as multas tenham sido tornadas insubsistentes pelo acórdão nº 1530/2021 – plenário, em nenhum momento foi questionada ou reavaliada a possiblidade de emissão de determinações em sede de auditorias operacionais. Pelo contrário, o ministro relator é enfático ao afirmar:

> "Cabe destacar, por fim, que, por meio de auditoria operacional, o TCU pode e deve contribuir para a melhoria da gestão pública, mediante recomendações, e até mesmo corrigir, mediante determinação, os atos administrativos defeituosos, utilizando como critérios não apenas normas legais, mas também boas práticas de gestão".[429]

Destaca-se, por oportuno, que este segundo acórdão foi proferido já após o advento da resolução TCU nº 315/2020, que em teoria deveria ter limitado em muito a expedição de determinações pelo TCU. A manifestação do ministro, entretanto, parece ir no sentido contrário do ato infralegal da própria corte de contas, posto que permite a substituição do juízo de boa gestão do administrador público por aquele do TCU, concretizando-a por meio de determinações em sede de fiscalização operacional.

A reiterada emissão de determinações afasta o instituto das auditorias operacionais tal como desenvolvidas pelo Tribunal de Contas da União do conceito na forma como ele é tratado pela literatura internacional, e vai em sentido contrário de recomendações doutrinárias nacionais formuladas por autores ligados profissionalmente à atividade de controle. Afinal, como colocado no segundo capítulo deste trabalho, as fiscalizações performativas foram pensadas como uma ferramenta dialógica, na qual são apontadas oportunidades de melhoria e construção de soluções conjuntas entre o auditor e o gestor público.

Na mesma linha, a solução encontrada pelo Tribunal de Contas da União para dar força vinculante a seus achados de fiscalização operacional não encontra semelhança com o que praticam suas contrapartes estrangeiras. Em levantamento realizado por Conrado Tristão, verificou-se que as cortes de contas da Itália, Bélgica, e

[429] TCU. Acórdão nº 1530/2021 – plenário. Rel. Min. Bruno Dantas. J. em 30.06.2021.

França, ainda que possuam entre suas competências a realização de fiscalizações de cunho operacional, e que tenham também tido a atribuição de densificar de forma autônoma como esta função seria exercida, decidem por não emitir determinações em procedimentos de auditoria operacional, aproximando suas práticas da postura cooperativa característica deste tipo de avaliação.[430]

Na mesma linha, tem-se que julgados do TCU também confirmam uma expectativa interna de adimplemento não apenas das determinações emitidas pela corte de contas, mas também das recomendações produzidas em sede de fiscalização operacional. Para além de casos em que a corte de contas federal adiantou seu juízo acerca de assuntos sob análise de agências reguladoras, efetivamente limitando o espaço de escolha da agência àquela solução apontada pelo Tribunal de Contas da União[431], tem-se que as recomendações sem sede de auditorias operacionais vem frequentemente acompanhadas de determinações para elaboração de um plano de ação para implementar estas sugestões.

Exemplo desta metodologia decisória pode ser visto no acórdão TCU nº 787/2021 – plenário. Tratou-se de auditoria operacional realizada sobre as atividades da ANTT e do ministério da infraestrutura ("MInfra") para analisar a efetividade da regulação sobre o compartilhamento de malha entre os operadores ferroviários.[432] No julgamento do relatório de auditoria, foram expedidas diversas recomendações à

[430] TRISTÃO, Conrado. "Tribunais de Contas e controle operacional da administração". In. SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. "Tribunal de Contas da União no Direito e na realidade". São Paulo: Ed. Almendina, 2020.

[431] Foi o que ocorreu no acórdão TCU nº 2023/2004 – plenário, julgado pelo relator Adylson Motta em 08.12.2004. Neste caso, a corte de contas federal considerou ilegal a cobrança da taxa de serviço de entrega e movimentação de contêineres a outros recintos alfandegados ("THC-2") em contrato de arrendamento firmado entre a companhia de docas do estado da Bahia e a arrendatária do terminal de contêineres do porto de Salvador, cuja legalidade ainda estava sendo discutida no âmbito interno da ANTAQ. No voto do relator, restou assentado o entendimento pela ilegalidade da cobrança da taxa. Contudo, optou-se por assinar prazo para prolação da decisão definitiva interna da agência. Este posicionamento, ainda que desprovido da força de recomendação ou determinação, acaba por adiantar qual seriam as medidas tomados pelo TCU caso a ANTAQ entendesse pela manutenção da legalidade da cobrança, efetivamente inviabilizando tomada de decisão em sentido contrário ao da corte de contas. Os acontecimentos posteriores relativos à cobrança da THC-2 confirmam esta avaliação. Apesar do acórdão do TCU, a ANTAQ ratificou a legalidade da taxa em comento. Ato contínuo, foram travados diversos embates ao longo dos anos acerca da cobrança, que culminaram com a declaração da ilegalidade da cobrança pela corte de contas em 2022, pelo acórdão 1448/2022 – plenário.

[432] TCU. Acórdão nº 787/2021 – plenário. rel. min. Raimundo Carneiro. J. em 07.04.2021.

agência reguladora e ao ministério, sugerindo medidas com impacto direto na própria regulação.

Assim, recomendou-se à ANTT e o MInfra a exigência da assinatura de contratos operacionais específicos com qualquer operador ferroviário que transite no sistema ferroviário federal, ou mesmo a edição de novos atos normativos que atendam comandos anteriormente expedidos em outro processo pelo Tribunal de Contas da União, que afetavam a atividade regulada. Contudo, as referidas sugestões foram acompanhadas também da determinação para que a agência e o ministério informassem ao TCU, dentro de 60 dias, as medidas adotadas para implementação das recomendações, inclusive com discriminação de resultados alcançados.

É dizer, as recomendações são emitidas, porém de forma simultânea à determinação de que o auditado tome medidas concretas para implementar tais encaminhamentos cuja efetivação seria, na teoria, opcional. Este plano de ação deve, de acordo com a normatização interna do TCU, conter minimamente[433]: (i) as ações a serem tomadas com base nos achados do TCU; (ii) os responsáveis pela tomada destas ações; e (iii) os prazos para que a implementação destas medidas seja realizada.

Não é razoável se inferir que se trate de mera sugestão do controlador externo federal. Trata-se, na prática, de uma orientação indireta, porém clara, para que os auditados implementem as recomendações do TCU. Torna-se relevante reiterar que esta prática permanece mesmo com a edição da resolução nº 315/2020, pondo em dúvida a suposta orientação autocontida da corte de contas federal já que um aumento do número de recomendações do TCU não parece ser capaz de, por si só, demonstrar que o tribunal estaria adotando uma postura mais dialógica, pelo menos em suas auditorias performativas.[434]

---

[433] Trata-se do art. 7º, §4º, da resolução nº 315/2020 do TCU. Confira-se: § 4º O plano de ação a que se refere o inciso I do parágrafo anterior deve conter, no mínimo, por deliberação: I - as ações a serem tomadas; II - os responsáveis pelas ações; e III - os prazos para implementação.

[434] Esta metodologia decisória pode ser observada também nos seguintes acórdãos: TCU: Acórdão nº 1973/2022 – plenário. Rel. min. Marcos Bemquerer j. em 24.08.2022; TCU: Acórdão nº 2713/2022 – plenário. Rel. min. Marcos Bemquerer. J. em 07.12.2022; TCU: Acórdão nº 1896/2021 – Plenário. Rel. Min. Marcos Bemquerer. J. em 04.08.2021; TCU: Acórdão nº 1248/2022. Rel. Min. Aroldo Cedraz. J. em 01.06.2022; TCU: Acórdão 1758/2021 – plenário. Rel. Min. André de Carvalho. J. em 21.07.2021.

Desta forma, tem-se que a corte de contas acaba por transpor as auditorias operacionais para uma dinâmica que segue a lógica de comando e controle, mesmo quando dela decorrem apenas recomendações aos gestores públicos[435]. Daí que se diz que "as categorias 'determinações' e 'recomendações', em si consideradas, não são tão diferentes assim e potencialmente produzam efeitos muito similares (ou até mesmo idênticos) ".[436]

Frente a este desenho normativo e postura institucional, não é de se espantar que, em boa parte, as recomendações sejam vistas pelos auditados como efetivos atos de comando. Esta força vinculante é exposta por Marques Neto, que traça ligação entre a reputação institucional do controlador externo e o adimplemento espontâneo de suas recomendações pelos agentes sob sua tutela, com apenas casos isolados de resistência.

Segundo o professor da USP, que analisou a deferência de agências reguladoras às recomendações expedidas pelo TCU, o adimplemento destas propostas de encaminhamento é realizado sem maiores questionamentos em razão da reputação institucional privilegiada que o TCU possui frente às agências reguladoras. Reflexo claro desta deferência a propostas não vinculantes é a existência de departamentos inteiros, em algumas agências, para implantar as recomendações do TCU, bem como a pormenorização desta atividade em relatórios de gestão como algo necessariamente positivo.[437]

O cenário exposto retrata, sem dúvidas, uma sistematização ampliativa dos efeitos possíveis decorrentes de uma auditoria operacional, ou de performance, e não alinhadas com a o papel atribuído às fiscalizações performativas por outras instituições superiores de controle ao redor do globo. Como se viu, as definições de auditoria de

---

[435] Este efeito é reconhecido pelo próprio corpo funcional do TCU segundo a resposta dada pelo entrevistado G a André Rosilho: "(...) o Tribunal faz muita recomendação ('recomendo que faça isso...', 'recomendo que faça aquilo...', 'recomendo que você dê mais atenção a essa atividade aqui...'). Tudo bem, mas o Tribunal recomenda algo, mas determina que façam um plano de ação para dizer como vão atender à recomendação. Acaba virando uma ordem. Se eu estou recomendando e ao mesmo tempo dizendo que a única coisa que vocês vão cumprir é minha recomendação...enfim. Então, acho que o Tribunal nos últimos anos, além do que a Constituição de 1988 já alargou em relação às outras constituições [ele se refere às competências do TCU], nossa própria interpretação faz com que isso cada vez mais se amplie". ROSILHO, André. Op. Cit. p. 320.

[436] Ibid P. 319.

[437] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Et. Al. Op. Cit.

performance, transplantadas para o cenário nacional pelo Tribunal de Contas da União por meio das chamadas "auditorias operacionais", não foram pensadas como uma metodologia fiscalizatória que obedecem a uma lógica de sanção e vinculação das atividades administrativas, mas sim de contribuição dialógica do fiscalizador para com as atividades do fiscalizado.

3.3: Auditorias operacionais X auditorias de performance: tradução ou inovação?

Apresentada a forma como o TCU densificou o conteúdo de suas auditorias operacionais tanto por via normativa quanto pela via aplicativa, cumpre perguntar: seriam estas fiscalizações uma mera "tradução" das auditorias de performance desenvolvidas nos ordenamentos estrangeiros, ou seriam, na verdade, uma inovação desenvolvida pela corte de contas federal?

O conceito de "inovação", bem como a sua importância, é tradicionalmente explorado quando se estuda o funcionamento do setor privado. Schumpeter já destacava a importância da chamada "destruição criativa", segundo a qual, na busca pela ampliação de suas margens de lucro, os empresários irão desenvolver bens e serviços disruptivos, e produzi-los por meios de produção mais eficientes. Seria este ciclo constante de renovação que levaria ao crescimento econômico.[438]

A proteção jurídica da inovação do setor privado também já é consolidada em áreas como o direito antitruste, que por meio da defesa não só do bem-estar do consumidor, mas também da "proteção da competição", mantém viável o ambiente necessário ao processo inovador.[439] De igual modo, o direito regulatório tem evoluído para abarcar cada vez melhor novas tecnologias, principalmente quando se fala nas evoluções tecnológicas que aceleram em velocidade exponencial.[440] Na literatura

---

[438] SCHUMPETER, Joseph A., 1883-1950. (1962). "Capitalism, socialism, and democracy". New York: Harper & Row

[439] WU, Tim. "The curse of bigness: Antitrust in the new gilded age". Nova York: Columbia global reports.

[440] FEIGELSON, Bruno; SILVA, Luiza Caldeira Leite. "Regulação 4.0:sandbox regulatório e o futuro da regulação." In: BECKER, Daniel; FERRARI, Isabela. "Regulação 4.0: Novas

jurídica brasileira, a inovação já foi descrita como a introdução de tecnologias disruptivas capazes de alterar o status quo do mercado.[441]

O termo, contudo, não possui o mesmo grau de desenvolvimento quando falamos de sua aplicação para estudo do funcionamento do setor público. Quando se fala em "inovações na administração pública", não fica claro se se está referindo a reformas administrativas amplas, que não possuem um histórico positivo de resultados[442], ou a adoção de uma nova tecnologia, principalmente por meio da informatização, que tem mais a função de otimizar um serviço já realizado pelo setor público do que de fato mudar de forma substantiva os processos essenciais da administração.

Devemos, portanto, especificar aqui o que entendemos o que seria uma "inovação" na realização de fiscalizações operacionais. Aqui, não nos referimos à uma inovação "desenvolvedora", ou seja, na qual há o desenvolvimento direto de novas tecnologias pelo Tribunal de Contas da União para o uso em suas atividades controladoras. Ao mesmo tempo, não se trata de uma inovação meramente "normativa", na qual a edição de novas normas, por si só, é o ponto final das mudanças na estrutura institucional. Como se viu, a aplicação e a interpretação das normas se mostram como parte fundamental de como o TCU instrumentaliza suas funções operacionais.

Assim, a inovação discutida aqui não está na produção direta de novos bens e serviços, e tampouco se limita à novidade normativa. Como diria Mendonça, trata-se do direito administrativo inovando dentro de si mesmo, rediscutindo suas categorizações internas e os limites de seu sentido[443]. Trazendo a discussão para o objeto desta dissertação, tem-se que a inovação estudada se relaciona com a incorporação normativa e aplicativa de inovações às próprias atividades controladoras, especificamente por meio de novas práticas e novos instrumentos aplicáveis às fiscalizações operacionais

---

tecnologias sob a perspectiva regulatória. São Paulo: Ed. Thompson Reuters Brasil, p. 76.

[441] BAPTISTA, Patrícia, & KELLER, Clara Iglesias. (2016). "Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas." Revista De Direito Administrativo, 273, 123-163.

[442] CROZIER, Michel. "Em busca do Santo Graal: por que as reformas administrativas não dão certo". In. CASTOR, Belmiro Valverde Jobim. "O Brasil não é para amadores: Estado, governo e burocracia na terra do jeitinho". Curitiba: Travessa Editores.

[443] MENDONÇA, José Vicente Santos de. "Conceitos inventados de direito administrativo". A&C – Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, ano 14, n. 53, abr./jun. 2016.

realizadas pelo Tribunal de Contas da União.

A doutrina interna e as manifestações dos ministros da Corte de Contas externam a noção de que as fiscalizações operacionais do TCU seriam apenas uma transposição de um conceito já bem delimitado pela literatura e pela prática institucional estrangeira, tendo, portanto, a sua realização legitimada por este embasamento externo.

Contudo, o estudo de como tal forma de fiscalização foi sistematizada pela corte de contas parece apontar para a realização não apenas de uma implantação do conceito internacional de auditorias de performance, mas sim de uma inovação significativa em relação ao que dispõe o material utilizado como fundamento teórico pelo próprio TCU.

Baseando-se em suas próprias interpretações dos textos constitucional e legal – que, é relevante relembrar, tiveram seu conteúdo fortemente influenciado pela atuação política do próprio corpo do TCU – a corte de contas federal acabou por transformar as auditorias desta natureza, bem como o monitoramento decorrente delas, em algo distinto do que seriam as fiscalizações de performance como entendidas pela literatura especializada.

Em razão da atribuição de força vinculante às determinações e recomendações decorrentes das auditorias operacionais, elas foram convertidas no principal instrumento utilizado pelo Tribunal de Contas da União para ampliar o seu espaço de atuação, efetivamente guiando as escolhas que estariam, em teoria, inscritas em um espaço de discricionariedade do gestor público. Novamente no utilizando de conceito formulado por Mendonça, podemos, portanto, entender as auditorias operacionais do TCU como o produto de uma *diferenciação* de conceitos de direito administrativo, isto é, a construção de um conceito novo a partir de um conceito antigo.[444]

No caso das auditorias operacionais como entendidas pelo Tribunal de Contas da União, trata-se de um conceito construído a partir do conceito-mãe das auditorias de performance. É uma diferenciação, e não de uma tradução, pois a ferramenta construída pelo TCU, ao contrário de sua inspiração estrangeira, mostra-se como um meio muito mais incisivo de intervenção do controlador externo na atividade administrativa, frente à função majoritariamente avaliadora das auditorias de performance.

---

[444] Ibid.

A corte de contas federal utiliza o arcabouço teórico das auditorias performativas de forma apenas parcial, especialmente no que se refere à função e aos efeitos e encaminhamentos decorrentes da realização destas avaliações de performance. Este processo de inovação não é externalizado de forma integral pelo TCU. Aproveitam-se os argumentos de justificação que permitem a expansão institucional na direção do controle gerencial, mas são deixadas de lado as limitações decorrentes deste mesmo arcabouço teórico.

Não se discute aqui, no mérito, se este modelo desenvolvido pelo TCU seria superior ou inferior ao que coloca a literatura internacional, nem tampouco mais ou menos adequado à realidade brasileira. A divergência que se constata aqui é de ordem lógica: o TCU se baseia em contribuições doutrinárias e normativas para construir e justificar o seu papel enquanto fiscalizador operacional da administração pública. Contudo, ao dar aplicabilidade prática a este arcabouço teórico, a corte de contas federal acaba por, na verdade, construir um instrumento diverso daquele descrito e implementado nos textos e nas normas que servem de fundamentação à faceta "operacional" do funcionamento do Tribunal de Contas da União.

Ainda que se concorde com os pressupostos aparentemente internalizados no TCU, de que concessão de força vinculante aos achados de auditoria operacional poderia gerar ganhos de eficiência à atividade administrativa, a preservação de um espaço de discricionariedade do gestor público frente aos entendimentos do Tribunal de Contas da União é necessária, posto que o TCU não é um revisor geral da administração pública, e não tem a legitimidade para substituir todas as decisões programáticas realizadas representantes e gestores eleitos.

A falta de clareza perpetuada pelo TCU acerca das funções e dos limites destas fiscalizações operacionais importa mais do que o seu conteúdo propriamente dito. Como afirma Mendonça, o termo "operacional" é vago, e permite abertura semântica para uma multitude de interpretações[445]. Desta forma, a falta de clareza perpetuada pelos discursos, atos normativos, e práticas decisórias da corte de contas pouco fazem para delimitar os reais contornos do que seria o controle operacional do TCU.

---

[445] MENDONÇA, José Vicente Santos de. A propósito do controle feito pelos tribunais de contas sobre as agências reguladoras: em busca de alguns standards possíveis. In: Revista de direito público da economia, v. 10, n. 38, p. 147-164, abr/jun 2012.

Se esta modalidade de fiscalização não é bem definida, é facilitada a elasticidade conceitual endógena perpetuada pelo TCU, sempre em sentido ampliativo. Tais posicionamentos são aceitos pelos controlados, legitimados por doutrina interna e precedentes de controle, além de serem positivados por atos normativos. Ao fim, a indeterminação interessa à corte de contas federal, que atua neste vácuo semântico para construir uma maior zona de influência para si mesma.

CONSIDERAÇÕES FINAIS.

O diagnóstico de que as fiscalizações operacionais são a ferramenta pela qual o Tribunal de Contas da União se insere de forma mais acentuada nos aspectos discricionários da administração pública não é novo. Diversos autores já apontaram que é o controle "operacional" que embasa, por exemplo a fiscalização das atividades-fim das agências reguladoras pelo TCU[446], ou a intervenção direta na execução de contratos administrativos[447]. Para além de reprisar a existência desta instrumentalização do controle operacional como meio pelo qual o Tribunal de Contas da União expande suas atividades, esta dissertação buscou apresentar como tal faceta do controle se consolidou como via de ampliação do controle externo desempenhado pelo TCU.

Cada capítulo buscou responder respectivamente às seguintes perguntas: (i) como as fiscalizações operacionais adentraram o rol de competências do TCU?; (ii) o que são e em qual contexto as auditorias operacionais se consolidaram como ferramenta de fiscalização à disposição das ISCs ao redor do mundo?; e (iii) como o TCU construiu seu próprio conceito do que seria uma fiscalização operacional?

Em relação à primeira pergunta, podemos afirmar que, de acordo com o que foi exposto no capítulo 1, as auditorias operacionais foram incorporadas ao ordenamento jurídico nacional por conta de uma forte articulação política de representantes ligados ao controle externo, principalmente ao Tribunal de Contas da União, durante a Assembleia Nacional Constituinte em 1988 e o trâmite legislativo de sua lei orgânica.

A inclusão desta ferramenta ao rol de competências dos Tribunais de contas, bem como a função regulamentar para que o sentido desta faceta do controle fosse

---

[446] Ibid.

[447] DUTRA, Pedro; REIS, Thiago. "O soberano da regulação: O TCU e a infraestrutura". São Paulo: Ed. Singular, 2020.

normatizado, foi reivindicação recorrente da categoria controladora, que viam a sua realização como algo positivo para o funcionamento da administração pública.

O segundo questionamento, por sua vez, foi abordado no segundo capítulo. Como se viu, as auditorias operacionais do TCU surgem como uma implementação nacional do conceito de auditorias de performance, entendidas na literatura como atividades avaliadoras de natureza dialógica, isto é, que possuem a função de apontar possíveis incrementos de eficiência aos gestores pública cerca de suas atividades para que eles, dentro de seu espaço de discricionariedade, incorporem ou não estas sugestões.

Tal forma de fiscalização se consolidou em um cenário administrativo no qual passaram a ganhar destaque a medição e a avaliação dos resultados auferidos pela administração, por influência de correntes reformistas enquadradas no leque teórico da *new public management*. Ao mesmo tempo, esta avaliação performativa decorre de um contexto político no qual há uma desconfiança social dos agentes eleitos, fortalecendo o papel de agentes de controle vistos como externos aos interesses da política, como seriam as ISCs.

Em paralelo, os controladores financeiros possuem incentivos que os levam a buscar ocupar este papel de fiscalizador da performance administrativa. Por um lado, existem incentivos que moldam o comportamento racional destes controladores na direção de se envolver na avaliação performativa. Nesta linha, pode-se analisar o comportamento dos agentes controladores pela ótica da teoria denominada como *public choice*, segundo a qual as ISCs possuem interesse em inserir no campo destas fiscalizações de resultados na medida em que: (i) este tipo de atividade se alinha com os interesses da cúpula da burocracia, que atuam como *bureau-shapers* para garantir esta espécie de competência para suas instituições, e (ii) o seu posicionamento como um controlador de resultados as posicionam como um *veto player* sobre um campo mais amplo de atividades administrativas.

Ao mesmo tempo, existem razões decorrentes da racionalidade humana limitada que embasam a expansão operacional das ISCs, que, por conta destes vieses, veem sua atuação sempre como inerentemente positiva e ignoram possíveis externalidades negativas decorrentes de suas intervenções.

Dando continuidade às considerações finais, a terceira pergunta pode ser

respondida de acordo com o que foi exposto no terceiro capítulo. Como foi apresentado, o conceito de auditoria operacional construído pelo TCU não é o mesmo daquele dado tradicionalmente às auditorias de performance. Há grande proximidade na definição das duas espécies de fiscalização. Entretanto o mesmo não pode ser dito acerca de seus efeitos, uma vez que, por meios normativos expressos ou pela consolidação de métodos decisórios, o TCU acaba por conferir força vinculante aos encaminhamentos decorrentes de suas auditorias operacionais, convertendo-as em uma verdadeira via de comando e controle.

Por fim, podemos nos perguntar: qual é a utilidade de se analisar o processo de formação das auditorias operacionais e diagnosticar as divergências entre esta forma de fiscalização do TCU e suas inspirações estrangeiras? Propomos aqui três pontos de importância.

Primeiramente, compreender a função das auditorias performativas como foram originalmente engendradas pode permitir a desmistificação dos encaminhamentos advindos do TCU frente aos auditados, que raramente contestam o conteúdo ou a própria legalidade da emissão de determinações ou recomendações com conteúdo, na prática, vinculantes[448]. Como se viu com a edição da resolução nº 315/2020, esta parece ser inclusive a direção na qual o TCU buscou orientar sua atuação, ainda que os efeitos práticos desta norma tenham sido limitados pela própria atividade do Tribunal de Contas.

Em segundo lugar, analisar e entender as razões pelas quais o TCU busca ocupar o papel de um controlador operacional pode nos tornar mais aptos a diagnosticar futuras tentativas de expansão. Não se trata de tratar todas as propostas de ampliação da atuação da corte de contas como ilegítimas, mas sim de se compreender que, nos casos em que estiverem em discussão as fronteiras de sua atuação, o Tribunal de Contas da União, provavelmente, irá defender sua expansão, mesmo que isto não esteja necessariamente alinhado ao interesse público.

Para encerrar, podemos defender a utilidade de se entender o TCU operacional como ele efetivamente existe como uma forma de compreender a insuficiência das

[448] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Et. Al. "Reputação institucional e o controle das Agências Reguladoras pelo TCU". Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, v. 278, n. 2, p. 37-70, maio/ago. 2019.

orientações jurisprudenciais atuais do Supremo Tribunal Federal para eventualmente disciplinar esta atividade de controle, quando e se esta função for contestada em juízo.

O STF tradicionalmente decide não decidir acerca da limitação das competências do TCU. Segundo o Supremo, as medidas tomadas pelo TCU seriam abalizadas por um "poder geral de cautela"[449], que só poderia ser afastado por erros procedimentais ou por manifesta ilegalidade.

Talvez o exemplo mais relevante desta inaplicabilidade dos precedentes atuais do STF para o efetivo controle do TCU como um controlador operacional externo seja o entendimento tradicional de que o supremo não conhece mandados de segurança contra atos que não de comando ou vinculantes. Excluem-se deste campo de controle judicial, portanto, as recomendações expedidas em processos do TCU[450]. Entretanto, como se viu, tem-se que as recomendações do Tribunal de Contas, na verdade, acabam por possuir forte carga coercitiva sobre o gestor, e não são vistas nem pelos administradores, e nem pelo controlador, como meras sugestões. Eventual controle judicial que ignore esta dinâmica, na verdade, significará uma ausência de revisão judicial do TCU operacional, que continuaria sendo perpetuado sem checagens institucionais relevantes.

Consistência e previsibilidade no controle administrativo, inclusive aquele realizado pelo TCU, são fundamentais para que agentes públicos e privados antecipem suas decisões, que frequentemente envolvem o investimento de montantes financeiros consideráveis. O comportamento destes atores, em um cenário em que há incerteza acerca dos limites e dos efeitos decorrentes das fiscalizações ditas como operacionais realizadas pelo Tribunal de Contas será provavelmente de aversão ao risco, mantendo

---

[449] O seguinte trecho de voto do ex-ministro Celso de Mello é frequentemente reproduzido para justificar este entendimento: "assentada tal premissa, que confere especial ênfase ao binômio utilidade/necessidade, torna-se essencial reconhecer especialmente em função do próprio modelo brasileiro de fiscalização financeira e orçamentária, e considerada, ainda, a doutrina dos poderes implícitos "que a tutela cautelar apresenta-se como instrumento processual necessário e compatível com o sistema de controle externo, em cuja concretização o Tribunal de Contas desempenha, como protagonista autônomo, um dos mais relevantes papéis constitucionais deferidos aos órgãos e às instituições estatais" (trecho do voto do Ministro Celso de Mello proferido no MS n. 24.510/DF, Relatora a Ministra Ellen Gracie, Plenário, DJ 19.3.2004).

[450] Neste sentido: STF: Ag. Reg. Em MS nº 32.366/DF. Rel. Min. Rosa Weber. J. em 12.08.2015; STF: Ag. Reg. No MS nº 26.381-4/DF. Rel. Min. Eros Grau. J. em 14.06.2007.

práticas antigas e evitando medidas inovadoras[451].

A dissonância entre discurso e prática do TCU acerca de suas fiscalizações operacionais agravam o cenário, uma vez que, mesmo com as manifestações recorrentes no sentido de que o Tribunal apenas está "recomendando" alguma proposta, o gestor não saberá ao certo o grau de vinculação daquele encaminhamento. A presente dissertação, ao estudar as fiscalizações operacionais do TCU como elas efetivamente são, e não como o Tribunal diz que elas funcionam, busca fornecer alguma clareza no exercício desta faceta do controle.

[451] Sobre o papel do TCU como um autorizador de possíveis inovações no setor público: BRAGA, André de Castro. "O Tribunal de Contas da União impõe obstáculos à inovação no setor público? " In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. "Tribunal de Contas da União no Direito e na realidade. " São Paulo: Ed. Almedina, 2020, p. 366/371.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. “The New Separation of Powers. ” *Harvard Law Review* 113, no. 3 (2000): 633–729.

ACKERMAN, John. Co-Governance for Accountability: Beyond ‘‘Exit’’ and ‘‘Voice’’. World Development Vol. 32, No. 3, pp. 447–463, 2004. doi:10.1016/j.worlddev.2003.06.015.

ALEXY, Robert. “Teoria dos Direitos fundamentais”. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Ed. Malheiros. 2015

ALMEIDA, Carlos Wellington Leite de. “Auditoria Operacional: conceito, proposta e crítica”. RTCU, n. 123, p. 42 – 59, jan/abr. 2012.

ALVES DE SOUZA, Luciano Brandão. A constituição de 1988 e o Tribunal de contas da União. Revista de informação legislativa, v. 26, n. 102, p. 173-184, abr./jun. 1989 | Revista de direito administrativo, n. 175, p. 36-46, jan./mar. 1989.

AMORIM, Aluízio Batista de. Elementos de sociologia do direito em Max Weber. Florianópolis: Insular, 2001.

ANDREWS, Christina W. “Da década perdida à reforma gerencial: 1980 – 1988”. In. ANDREWS, Christina W., BARIANI, Edison. “Administração pública no Brasil: breve história política”. São Paulo: Ed. Unifesp, 2010.

ANDREWS, Christina W., BARIANI, Edison. “As marcas de nascença: A administração pública da colônia à república velha”. In. ANDREWS, Christina W., BARIANI, Edison. “Administração pública no Brasil: breve história política”. São Paulo: Ed. Unifesp, 2010.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. “Teoria das autolimitações administrativas: Atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos”. Revista eletrônica de direito admisnitrativo econômico (REDAE). Salvador: Instituto Brasileiro de Direito público, nº 14, maio/junho/julho, 2008.

ARAGÃO, Alexandre de. “A concepção pós positivista do princípio da legalidade”. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, abr/jun 2004, p. 51/64.

_____ “Teorias Pluralistas das fontes do Direito: *Lex mercatória*, ordenamentos setoriais, subsistemas, microssistemas jurídicos e redes normativas”. RTDC, vol. 36, out/dez 2008.

ARAÚJO, Carlos Mauricio Lociks. Ativismo na jurisprudência do Tribunal de Contas da União. In, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (org). Jurisprudência Constitucional. Brasilia: Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), 2013.

ARROW, Kenneth J. “Social Choice and Individual Values”. New Haven: Yale University Press, 2012.

BARBOSA, Ruy. Exposição de motivos de Ruy Barbosa sobre a criação do TCU. Revista do Tribunal de Contas da União. Brasília, v. 30, n. 82, p. 253-262, out./dez. 1999.

BARCELLOS, Ana Paula de. “30 anos da constituição de 1988: Direitos fundamentais, políticas públicas e novas questões”. *In*: BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia campos. *A república que ainda não foi*: trinta anos da constituição de 1988 na visão da escola de Direito constitucional da UERJ. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

_____. ““Direitos fundamentais e direito à justificativa”. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2020.

_____. “Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas”. Revista de Direito administrativo v. 240, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. “Countermajoritarian, representative and enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies”. Revista Direito e práxis, *ahead of print*, Rio de Janeiro, 2017.

_____. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. “O novo Direito Constitucional Brasileiro: Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil.” Belo Horizonte: Ed. Forum, 2018.

_____. Temas de Direito Constitucional. 2ª ed. Tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, 2006,

BARZELAY, Michael. Central audit institutions and performance auditing: a comparative analysis of organizational strategies in the OECD. Governance: an international journal of policy and administration, v. 10, n. 3, p. 235-260, jul. 1997.

BAPTISTA, Patrícia. Transformações do direito administrativo. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BAPTISTA, Patrícia, & KELLER, Clara Iglesias. (2016). “Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas.” Revista De Direito Administrativo, 273, 123-163.

BICKEL, Alexander. “The least dangerous branch: The Supreme Court at the Bar of Politics second edition”. New Haven e Londres: Yale University Press

BECKER, Garry Stanley. The economic approach to human behavior. Chicago e Londres: The University of Chicago Press, 1978.

BEHN, Robert D. Rethinking democratic accountability. Washington: Brooking institution press, 2001.

BEVAN, Gwyn; HOOD, Christopher. “What’s Measured is What Matters: Targets and Gaming in the English Public Health Care System”. Public Administration, 84: 517-538. 2006.

BINENBOJM, Gustavo. “Uma teoria do Direito administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização 3ª ed”. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2014.

BINENBOJM, Gustavo.; CYRINO, André. “O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo”. Revista de Direito Administrativo, p. 203-224, 23 nov. 2018.

BRAGA, André de Castro. “Resolução 315 do TCU: início de uma revolução no controle? ” Disponível em: https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2021/03/10.03.21-Resolucao-315-do-TCU_-inicio-de-uma-revolucao-no-controle_JOTA.pdf.

_____. BRAGA, André de Castro. “O Tribunal de Contas da União impõe obstáculos à inovação no setor público? ” In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. “Tribunal de Contas da União no Direito e na realidade. ” São Paulo: Ed. Almedina, 2020.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio: o ativismo judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). As novas faces do ativismo judicial. Salvador: Jus Podivm, 2011.

BRANDÃO, Rodrigo. “A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro”. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/10648

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório Anual de Atividades do TCU: 2021 / Tribunal de Contas da União. Brasília: TCU, 2022.P. 143. Disponível em https://portal.tcu.gov.br/relatorio-anual-de-atividades-do-tcu.htm.

BUCHANAN, James. The collected Works of James M. Buchanan, vol. 13: Politics as public choice. Indianapolis: Liberty Fund, 2000.

BUCHANAN, James; BRENNAN, Geoffrey. “Is Public Choice Immoral? The Case for the “Nobel” Lie.” Virginia Law Review, vol. 74, nº 2, Symposium on the Theory of Public Choice, pp. 179-189, mar. 1988.

BUCCI, Maria Paula Dallari. “O conceito de política pública em direito”. In Maria Paula Dallari Bucci. Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006

CALLANAN, Valerie J. “Media Consumption, Perceptions of Crime Risk and Fear of Crime: Examining Race/Ethnic Differences” Sociological Perspectives 55, no. 1 (2012): 93–115. Disponível em: https://journals.sagepub.com/doi/10.1525/sop.2012.55.1.93. Acesso em 02.01.2023.

CAMPELO, Valmir. Et. Al. O tribunal de contas no ordenamento jurídico brasileiro. In. O novo tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais. Belo Horizonte. Fórum. 2003.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Moreira Alves v. Gilmar Mendes: A evolução das dimensões metodológica e processual do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). As novas faces do ativismo judicial. Salvador: Jus Podivm, 2011.

CAMPOS, Anna Maria. “Accountability: Quando poderemos traduzi-la para o português? ”. Revista de administração pública, n. 24, p. 30-50, fev. /abr. 1990.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 5ª ed. Coimbra: Ed. Almedina. 1992.

CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. “Juscorporativismo: os juízes e o judiciário na Assembleia Nacional Constituinte”. Revista Brasileira de Estudos Políticos, vol. 114. Belo Horizonte, jan./jun. 2017.

CAVALCANTE, Pedro. “O plano diretor da reforma do aparelho do estado (PDRAE) à luz da literatura brasileira”. In. CAVALCANTE, Pedro; SILVA, Mauro Santos. (Org.). Reformas do estado no Brasil: trajetórias, inovações e desafios. Brasília, DF: CEPAL: Rio de Janeiro: Ipea, 2020

CITADINI, Antônio Roque. “O controle externo da administração pública”. São Paulo: Max Liomonad, 1995.

CROSS, Frank B. “The Judiciary and Public Choice”. San Francisco: Hastings law journal n.355, 1999.

CRUZ, Flávio da (coord.). Comentários à Lei no 4.320. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

CONTI, José Mauricio. Direito financeiro na constituição de 1988. São Paulo: Oliveira Mendes.

COSTA, Marcello; LEITE, Silva. A Importância dos Tribunais de Contas no Combate à Corrupção. Revista Controle-Doutrina e Artigos, v. 13, n. 2, p. 238-253, 2015.

CROZIER, Michel. “Em busca do Santo Graal: por que as reformas administrativas não dão certo”. In. CASTOR, Belmiro Valverde Jobim. “O Brasil não é para amadores: Estado, governo e burocracia na terra do jeitinho”. Curitiba: Travessa Editores.

CYRINO, André. “Como se fazem as leis? Democracia, Grupos de Interesse e Controle de Constitucionalidade” Revista Brasileira de Estudos Políticos | Belo Horizonte | n. 113 | pp. 51-99 | jul./dez. 2016.

_____. “Delegações Legislativas, Regulamentos e Administração Pública”. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

CYRINO, André, NUNES, Daniel Capecchi. A Constituição, as instituições e as delegações legislativas: um caso de mutação A&C – R. de Dir. Adm. Const. | Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 175-198, out./dez. 2017.

DAL POZZO, Gabriela Tomaselli Bresser Pereira. As funções do Tribunal de Contas e o Estado de Direito. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

DECOMAIN, Pedro Roberto. Tribunais de Contas no Brasil. São Paulo: Dialética, 2006

DELGADO, José Augusto. “Princípio da moralidade administrativa e a constituição federal de 1988. Revista trimestral de direito público 1/1993, Malheiros, São Paulo.

DIONISIO, Pedro de Hollanda. “O direito ao erro do administrador público no Brasil”. Rio de Janeiro: GZ editora, 2019.

DOURADO, Rodolfo Maciel. O Controle Externo sobre Agências Reguladoras de Estado: limites e (im)possibilidades de atuação. 2011. 151 f. Dissertação (Mestrado em Administração). Fundação Getúlio Vargas (FGV), Rio de Janeiro, 2011

DUNLEAVY, Patrick. Democracy, Bureaucracy and Public Choice: Economic Approaches in Political Science. Londres: Ed. Routledge. 1991.

_____. "Bureaucrats, budgets and the growth of the state: reconstructing an instrumental model". British Journal of Political Science, 1985 15, pp. 299-23. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/193696. Acesso em 02.01.2022.

DUNLEAVY, Patrick; MARGETTS, Helen; BASTOW, Simon; TINKLER, Jane.. Digital Era Governance: IT Corporations, The State and E-Government. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/30529560_Digital_Era_Governance_IT_Corporations_The_State_and_E-Government. Acesso em 02.02.2023.

DUTRA, Pedro; REIS, Thiago. “O soberano da regulação: O TCU e a infraestrutura”. São Paulo: Ed. Singular, 2020.

DWORKIN, Ronald. “Levando os direitos à sério”. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2002.

DYE, K., STAPENHURST, F, Pillars of integrity, the importance of supreme audit institutions in curbing corruption. Washington: The economic development institute of the World Bank, p. 05. Disponível em: http://www.lapiedad.org.ar/base/Archivos/pillars.pdf.

EISENMANN, Charles. "O Direito Administrativo E O princípio Da Legalidade". *Rev. Dir. Adm.* 1959, *56*, 47-70.

FAGUNDES, M. Seabra. "O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário". São Paulo: Ed. Forense, 1979.

FARBER, Daniel A.; FRICKEY, Philip P. "Law and public choice". Chicago: The university of Chicago press, 1992

FAORO, Raymundo. "Os donos do Poder: Formação do patronato político brasileiro 5ª ed." São Paulo: Ed. Globo, 2012

FEIGELSON, Bruno; SILVA, Luiza Caldeira Leite. "Regulação 4.0:sandbox regulatório e o futuro da regulação." In: BECKER, Daniel; FERRARI, Isabela. "Regulação 4.0: Novas tecnologias sob a perspectiva regulatória. São Paulo: Ed. Thompson Reuters Brasil, p. 76.

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

FONTE, Felipe Melo de. "Políticas Públicas e Direitos fundamentais – 2ª ed." São Paulo: Saraiva, 2015.

FREITAS, Juarez. "Discricionariedade administrativa: o controle de Prioridades constitucionais". Revista NEJ - eletrônica, vol. 18 - n. 3 - p. 416-434 / set-dez 2013.

_____. "As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração". Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. v. 35 n. 1 (2015): jan./jun. 2015

FRIEDMAN, Barry. The Politics of Judicial Review. *Texas Law Review*, Vol. 84, p. 257, 2005, NYU, Law and Economics Research Paper No. 06-05, NYU Law School, *Public Law Research Paper* No. 06-04.

FUNKHOUSER, Mark. Accountability, performance and performance auditing: reconciling the views of scholars and auditors. In. LONSDALE, Jeremy; WILKINS, Peter, LING, Tom. Performance Auditing Contributing to Accountability in Democratic Government. Cheltenham: Elgar. 2011.

FURUBO, Jan-Eric. Performance auditing: audit or misnomer? In. LONSDALE, Jeremy; WILKINS, Peter, LING, Tom. Performance Auditing Contributing to Accountability in Democratic Government. Cheltenham: Elgar. 2011.

GABRIEL, Yasser. Acordos de leniência na jurisdição do Tribunal de Contas da União. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. *Tribunal de Contas da União no Direito e na realidade*. São Paulo: Almedina, 2020.

GILDENHUIS, Catharina E.; VAN RENSBURG, Jacobus O. Janse. "The fourth E of performance auditing". Southern African Journal of Accountability and Auditing Research Vol 19: 2017.

GUERRA, Sérgio; HARTMANN, Ivar A. Tribunal de Contas da União: uma análise quantitativa. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 20, n. 80, p. 153-171, abr./jun. 2020.

GRAU, Eros Roberto. "Direito posto e o direito pressuposto 7ª ed.". São Paulo: Ed. Malheiros, 2008

GRIN, José Eduardo. "A atuação do TCU no policy making da administração pública federal: modernização gerencial ou expansão dos papéis do controle externo?" In. CAVALCANTE, Pedro; SILVA, Mauro Santos. (Org.). Reformas do estado no Brasil: trajetórias, inovações e desafios. Brasília, DF: CEPAL: Rio de Janeiro: Ipea, 2020

HÄBERLE, Peter. "A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição". Porto Alegre: Ed. Sérgio Antônio Fabris, 2002. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes.

HESSE, Konrad. "Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha". Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

HOLLANDA, Sérgio Buarque de. "Raízes do Brasil 27ª ed.". São Paulo. Ed. Companhia das Letras, 2014.

HOOD, Christopher. "A public management for all seasons?" Public Administration Vol. 69 Spring 1991 (3-19). Disponível em: https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-9299.1991.tb00779.x. Acesso em 20.01.2023.

_____. El juego de la culpa: manipulación, burocracia y autoconservación en el estado. Tradução: José Antonio Olmeda Gomez. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2014.

INTOSAI: Princípios Fundamentais de Auditoria do Setor Público. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A15D3169CE015D56CBA59F12A3#:~:text=As%20Normas%20Internacionais%20das%20Entidades%20Fiscalizadoras%20Superiores%20(ISSAI)%2C%20desenvolvidas,Entidades%20Fiscalizadoras%20Superiores%20(EFS)

JORDÃO, Eduardo. Por mais realismo no controle da administração pública. Revista

Direito do Estado, nº 183, 2016. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/eduardo-ferreira-jordao/por-mais-realismo-no-controle-da-administracao-publica.

_____. "Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro". Revista de Direito Administrativo, p. 63-92, 23 nov. 2018.

_____. "Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle". São Paulo: Malheiros: SBDP, 2016

_____. "iNFRADebate: Mais deferência para agências com melhor reputação?". Brasília, 28.05.2019. Dsiponível em: https://www.agenciainfra.com/blog/infradebate-mais-deferencia-para-agencias-com-melhor-reputacao/.

_____. "A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – controlador ou administrador? " Revista Brasileira de Direito Público. Ano 12, n. 47. Belo Horizonte, 2014.

_____. Passado, presente e futuro: ensaio sobre a história do controle judicial da administração no Brasil. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (orgs.). O Direito Administrativo na Atualidade: Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917 – 2017). São Paulo: Malheiros, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

KAHNEMAN, Daniel; SUNSTEIN, Cass R. "Indignation: Psychology, Politics, Law." U of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 346, NEUROBIOLOGY OF HUMAN VALUES, Jean-Pierre P. Changeux Et. al., eds., 2005, U of Chicago, Public Law Working Paper No. 171.

KAHNEMAN, Daniel. Rápido e devagar: duas formas de pensar. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KOMENSAR, Neil K. "Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics, and public policy". Chicago e Londres: The University of Chicago press, 1994.

LEEUW, Frans L. On the effects, lack of eff ects and perverse effects of performance audit. ". In. LONSDALE, Jeremy; WILKINS, Peter, LING, Tom. Performance Auditing Contributing to Accountability in Democratic Government. Cheltenham: Elgar. 2011.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel; Tradução Renato Aguiar. "Como as

democracias morrem". Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 2018

LIMA, Luís Henrique. Controle externo – Teorias e jurisprudência para os Tribunais de Contas. 7ª ed. rer. atual. Editora Método. São Paulo: 2018.

_____. "Controle externo: teoria, jurisprudência e mais de 500 questões. 4ª ed". Rio de janeiro: Elsevier, 2011.

LIPKIN, Robert Justin. "What's wrong with judicial supremacy? What's right about judicial review?". Widener Law Review, Vol. 14, No. 1, 2008, Widener Law School Legal Studies Research Paper No. 08-85.

LUCAS JR., Gary M.; TASIĆ, Slaviša. Behavioral Public Choice and the Law. West Virginia Law Review, vol. 118, 2015

LUSTOSA, Pedro Aurélio Azevedo; DAMASCENO, Vitória Costa. "Particularidades Processuais do Tribunal de Contas da União". In. SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. "Tribunal de Contas da União no Direito e na realidade". São Paulo: Ed. Almendina, 2020.

LOWESTEIN, Karl. Teoria de la constituicion. Traduccion y estúdio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Planeta, S.A

MADISON, James. "Federalist Nº. 10: The Same Subject Continued: The Union as a Safeguard Against Domestic Faction and Insurrection," Nova Iorque: New York Daily Advertiser, 22 November 1787.

MAINWARING, Scott. "Introduction: Democratic Accountability in Latin America". In. MAINWARING, Scott; WELNA, Christopher. "Democratic accountability in Latin America". Oxford: Oxford university press, 2003.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. Fórum de Contratação e Gestão Pública ¬ FCGP, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, p. 7-30, abr. 2010.

_____. "Regulação estatal e autorregularão na economia contemporânea" R. de Dir. Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, ano 9, n. 33, p. 73-88, jan /mar 2011.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al. Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL 7.448/2017. Revista Brasileira da Advocacia, São Paulo, ano 3, n. 9, p. 289-312, 2018.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. "Diálogos fora de esquadro: o controle das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União". Revista Brasileira de Estudos Políticos | Belo Horizonte | n. 120 | pp. 203-236 | jan./jun. 2020

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Et. Al. “Reputação institucional e o controle das Agências Reguladoras pelo TCU”. Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, v. 278, n. 2, p. 37-70.

MARSH, David, SMITH, Martin John., RICHARDS, David. Bureaucrats, politicians and reform in Whitehall: analysing the bureau-shaping model. British Journal of Political Science, 30 (3). pp. 461-482. Disponível em: https://eprints.whiterose.ac.uk/1534/1/smith.m.j1.pdf. Acesso em 02.02.2023.

MARTINS, Ives Gandra. Comentários a constituição do Brasil 2 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2000.

MCGINNES, Simon; ELANDY, Kasturi Muthu. “Unintended Behavioural Consequences of Publishing Performance Data: Is More Always Better?” The journal of Community informatics, Vol. 8 No. 2 (2012): Special Issue: Community Informatics and Open Government Data. Disponível em https://openjournals.uwaterloo.ca/index.php/JoCI/article/view/3041/3945. Acesso em 03.02.2023.

MEDAUAR, Odete. “Controle da administração pública”. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Curso de Direito administrativo”. São Paulo: Ed. Malheiros, 2003. P. 988 – 989.

MELO, Marcus André; PEREIRA, Carlos. Making Brazil Work: Checking the President in a Multiparty System. Londres e Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2013.

MENDES, Joana. “La bonne administration en droit communautaire et le code européen de bonne conduite administrative”. Revue française d’administration publique, 2009/3, nº 131, p. 555-571.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. “Conceitos inventados de direito administrativo”. A&C – Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, ano 14, n. 53, abr./jun. 2016.

_____. Heurísticas: Yes, a opinião pública também é irracional! Revista Insight Inteligência, nº 60, janeiro/fevereiro/março de 2013, p. 76.

_____. “Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa” In. SARMENTO, Daniel; NETO, Claudio Pereira de Souza. “A constitucionalização do Direito: Fundamentos Teórico e aplicações específicas”. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2007.

_____. A propósito do controle feito pelos tribunais de contas sobre as agências reguladoras: em busca de alguns standards possíveis. In: Revista de direito público da economia, v. 10, n. 38, p. 147-164, abr/jun 2012.

_____. "Direito administrativo e inovação: limites e possibilidades". A&C – R. de Dir. Adm. Const. | Belo Horizonte, ano 17, n. 69, p. 169-189.

_____. "Art. 21 da LINDB - Indicando consequências e regularizando atos e negócios". Revista de Direito Administrativo, p. 43-61, 23 nov. 2018.

_____. Direito Constitucional Econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

_____. "PL das agências: quando o possível ainda é pouco". JOTA, São Paulo, 15.05.2017. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/reg/pl-das-agencias-quando-o-possivel-ainda-e-pouco-16052017

MERTON, Robert K. "Social Theory and social structure" Nova Iorque: The free press. 1968.

MORAES, Germana de Oliveira. Controle jurisdicional da administração pública. 2ª ed. São Paulo: Ed. Dialética, 2004.

MOREIRA, Egon Bockmann. "Tribunais de Contas podem controlar acordos de leniência? " Gazeta do povo, Curitiba, 13.07.2018. Disponível em: https://www.gazetadopovo.com.br/justica/colunistas/egon-bockmann-moreira/tribunais-de-contas-podem-controlar-acordos-de-leniencia-77we8fvgzumzr9nykivxoond3/

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. "Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados" Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008.

_____. "O Direito Administrativo no século XXI". Belo Horizonte: Fórum, 2018.

_____. "Curso de Direito administrativo, 16. Ed.". Rio de Janeiro: ed. Forense, 2014.

MOUTINHO, Donato Volkers. Contas dos governantes: apreciação das contas dos chefes do poder executivo pelos tribunais de contas no Brasil. São Paulo: Blucher, 2020.

MIGUÉ, Jean-Luc, et al. "Toward a General Theory of Managerial Discretion [with Comment and Reply]." *Public Choice*, vol. 17, 1974, pp. 27–51.

MILESKI, Hélio Saul. Controle da gestão pública. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

MIRANDA, Álvaro Guilherme. Mudança institucional do Tribunal de Contas: os oito modelos debatidos na constituinte de 1988 para o sistema de fiscalização no Brasil. Dissertação (mestrado em economia) Rio de Janeiro: UFRJ, 2009.

NAGATA, Bruno Mitsuo. A limitação da discricionariedade em matéria orçamentária pelos princípios da legalidade, legitimidade e economicidade. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (coord.). Orçamentos Públicos e Direito Financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

NISKANEN, William. A. "Bureaucracy and representative government". Chicago: Aldine-Atherton, 1971.

O'DONELL, Guillermo A. "Delegative Democracy." Journal of Democracy, vol. 5 no. 1, 1994, p. 55-69.

OLIVEIRA, Germana Alves de. "A burocracia Weberiana e a administração pública brasileira". Revista de administração pública, Rio de Janeiro, 4 (2): 47-744, Jul./dez. 1970.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Curso de Direito financeiro 4ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

PAIXÃO, Inaldo. Introdução à Auditoria Operacional. Rio de Janeiro, FGV, 2008.

PESSANHA, Charles. "Accountability e controle externo no Brasil e na Argentina. IN GOMES, A. C. (coord.), Direitos e Cidadania – justiça, poder e mídia. " Rio de Janeiro: Faperj, CNPq e FGV, 2007.

PETTIT, Philip. Republicanism: A Theory of Freedom and Government. Oxford: Oxford University Press, 1997.

PINHO, José Antônio Gomes de; SACRAMENTO, Ana Rita Silva. Accountability: já podemos traduzi-la para o português? Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 43.

POGREBINSCHI, Thamy. Pragmatismo: teoria social e política. Rio de Janeiro:

Relume Dumará, 2005.

POLLIT, Christopher, BOUCKEAERT, Geert. “Public Management Reform A Comparative Analysis—New Public Management, Governance, and the Neo-Weberian State”. Oxford e Nova York: Oxford University Press.

POLLITT, Christopher; Et. Al. Performance or Compliance? Performance Audit and Public Management in Five Countries. Oxford e Nova York: Oxford University Press. 1999.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários à constituição de 1937. Rio de Janeiro: Pongetti, 1938, t. III)

POSNER, Eric A. “The Law, Economics, and Psychology of Manipulation”. Posner, Eric A., The Law, Economics, and Psychology of Manipulation (June 11, 2015). University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law & Economics Research Paper No. 726.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. “Roe Rage: Democratic constitucionalism and backlash”. HeinOnline -- 42 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 377 2007.

QUIRINO, Carina de Castro. Irracionalidade do agente público e teoria da escolha pública comportamental: notas sobre um elefante na sala. Revista Quaestio Iuris, vol. 11, nº 2, Rio de Janeiro, 2018.

POWER, Michael. “The audit explosion”. Londres: Demos, 1994.

_____. “The audit Society: Rituals of verification”. Nova Iorque: Oxford University press, 1997.

RABELLO, Nathália, Mafra, Ricardo. “Regulação das *initial coin offerings* no direito brasileiro: as dificuldades práticas e algumas recomendações para a construção de um modelo regulatório adequado. ” In. BECKER, Daniel, FERRARI, Isabela. “Regulação 4.0: Novas tecnologias sob a perspectiva regulatória”. São Paulo: Revista dos tribunais, 2019.

RACHLINSKI, Jeffrey J.; FARINA, Cynthia R., "Cognitive Psychology and Optimal Government Design" (2002). Cornell Law Faculty Publications. Paper 755.

RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro – LINDB. São Paulo: Saraiva, 2016.

RAMOS, João Baptista. “Tribunais de Contas – princípio da legalidade e legalidade da despesa. Tribunal de Contas: Principio de legalidade e legalidade da despesa. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1980.

RAWLS, John. “Uma teoria da justiça” São Paulo: Ed. Martins Fontes.

REIS, Sérgio Roberto Guedes. “Evolução do Controle Interno no Poder Executivo Federal Brasileiro: um panorama de suas transformações institucionais e de suas tensões constitutivas”. Brasil. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). Diretoria de Estudos e Políticas do Estado, das Instituições e da Democracia (Diest).

RIBEIRO, Renato Jorge Brown. “O controle externo federal no brasil-uma análise do modelo de gestão frente às demandas do sistema sócio político”. Dissertação (Mestrado em Administração pública). Fundação Getúlio Vargas (FGV), Rio de Janeiro, 2002.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. “O direito administrativo como caixa de ferramentas e suas estratégias”. RDA – revista de direito administrativo, rio de Janeiro, v. 272, p. 209-249, maio/ago. 2016

ROSANVALLON, Pierre. Counter-Democracy: Politic in an Age of Distrust. New York: Cambridge University Press, 2008.

ROSE-ACKERMAN, Susan. “Análise econômica progressiva do direito – e o novo Direito Administrativo”, trad. Mariana Mota Prado. In: MATTOS, Paulo et all. Regulação Econômica e Democracia – O Debate Norte-Americano. São Paulo: Editora 34, 2004.

_____. El Derecho Administrativo y la legitimidad democrática: confrontando el poder ejecutivo y el Estado contractual Revista del CLAD Reforma y Democracia, núm. 43, febrero, 2009, pp. 5-26 Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo Caracas, Venezuela. Disponível em: https://www.redalyc.org/pdf/3575/357533674001.pdf.

ROSILHO, André. “Tribunal de Contas da União: Competências, jurisdição e instrumentos de controle”. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

_____. “Limites dos poderes cautelares do Tribunal de Contas da União e indisponibilidade de bens particulares de contratados”. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. *Tribunal de Contas da União no Direito e na realidade*. São Paulo: Almedina, 2020.

_____. “Poder Regulamentar do TCU e o Acordo de Leniência da Lei Anticorrupção”. Revista Direito do Estado ANO 2016 NUM 133. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Andre-Rosilho/poder-regulamentar-do-tcu-e-o-acordo-de-leniencia-da-lei-anticorrupcao

SANTISO, Carlos. *The political economy of government auditing*: financial governance and the rule of law in Latin America and beyond, Nova Iorque: Ed. Routledge, 2009.

SANTOS, Bruno Carazza dos. “Peter Häberle e as audiências públicas no STF: Um balanço de oito anos”. Revista Direito e Liberdade, Natal, v. 18, n. 3, p. 13-46, set./dez. 2016. Quadrimestral.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Direito Administrativo do Medo: Risco e Fuga da responsabilização dos agentes públicos. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

SARAIVA, Iram. Criação dos Tribunais de Contas, sua importância, história, alterações pós constituição e posição atual no cenário brasileiro. IN: Revista do Tribunal de Contas da União, v. 27, n. 69, p. 49–62. Jul./Set. 1996. Brasília: TCU.

SARMENTO, Daniel. “21 anos da constituição de 1988: a assembleia constituinte de 1987/1988 e a experiência constitucional brasileira sob a carta de 1988. Direito Público. Porto Alegre, ano 7, n.30, p.07-41, Nov. / dez. 2009.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SCAFF, Fernando Facury; SCAFF, Luma Cavaleiro de Macedo. Comentário ao art. 71. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo:Saraiva/Almedina, 2013

SCHILLEMANS, Thomas, BOVENS, Mark. The Challenge of Multiple Accountability: Does Redundancy lead to overload? Disponível em https://dspace.library.uu.nl/bitstream/handle/1874/319030/Challenge_multiple_accountability_Schillemans_Bovens_2011.pdf?sequence=1

SCHUMPETER, Joseph A., 1883-1950. (1962). “Capitalism, socialism, and democracy”. New York: Harper & Row.

SELL, Carlos Eduardo. “the two concepts of patrimonialism in Max Weber: from the domestic model to the organizational model”. Revista Sociologia & antropologia. Rio de janeiro, v.07.02: 315–340, agosto, 2017.

SEMER, Márcia Maria Barreta Fernandes. Competências constitucionais do Tribunal de Contas. 2000. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2000.

SILVA, Leonardo Barbosa. “A reforma administrativa de 1967”. In. ANDREWS, Christina W., BARIANI, Edison. “Administração pública no Brasil: breve história política”. São Paulo: Ed. Unifesp, 2010.

SIMON, Herbert Alexander. A behavioral model of rational choice. The Quarterly Journal of Economics, v. 69, nº 1, fevereiro de 1955.

SMITH, Peter. On the unintended consequences of publishing performance data in the public sector. International journal of public administration, 18, 1995.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Administrativo Contratual. Rio de Janeiro: Lumen Juris,

SPECK, BRUNO Wilhelm. "Auditing Institutions." In *Corruption and Democracy in Brazil: The Struggle for Accountability*, edited by Timothy J. Power and Matthew M. Taylor, 127–61. University of Notre Dame Press, 2011.

_____. 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.

STRAND, Steve. "Key Performance Indicators for Primary School Improvement." Educational Management Administration & Leadership 25.2 (1997): 145–153.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos Tribunais de Contas: Possibilidades e limites. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. *Tribunal de Contas da União no Direito e na realidade*. São Paulo: Almedina, 2020.

SUNDFELD, Carlos Ari, Câmara, Jacintho Arruda. Limites da jurisdição dos Tribunais de Contas sobre particulares. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. *Tribunal de Contas da União no Direito e na realidade*. São Paulo: Almedina, 2020.

SUNDFELD, Carlos Ari; VIVIANI, Luís. O controle público como espetáculo. Disponível em: https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/12/O-controle-p%C3%BAblico-como-espet%C3%A1culo-JOTA-Info.pdf.

SUNDFELD, Carlos Ari, CÂMARA, Jacintho Arruda; MONTEIRO, Vera, ROSILHO, André. "O valor das decisões do Tribunal de Contas da União sobre irregularidades em contratos" in. *Tribunal de Contas da União no Direito e na realidade*. São Paulo: Almedina, 2020.

SUNDFELD, Carlos Ari. "Direito Administrativo para céticos". São Paulo: Ed. Malheiros, 2014.

SUNSTEIN, Cass. Why nudge? The Politics of Libertarian Paternalism. Yale University Press, 2012.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Lei de Introdução e parte geral. v. 1. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass R. Nudge: Improving Decisions about Health,

Wealth, and Happiness. New Haven: Yale University Press, 2008

TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de direito constitucional financeiro e tributário – o orçamento na constituição. 3ª ed. Rio de Janeiro: ed. Renovar, 2008.

TRISTÃO, Conrado. "Tribunais de Contas e controle operacional da administração". In. SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. "Tribunal de Contas da União no Direito e na realidade". São Paulo: Ed. Almendina, 2020.

TULOCK, Gordon. "public choice," The New Palgrave Dictionary of Economics.". 2004.

TVERSKY, Amos e KAHNEMAN, Daniel. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. Science, New Series, vol. 185, nº 4.157, Set.1974.

_____. Availability: A Heuristic for Judging Frequency and Probability. The Hebrew University of Jerusalem and the Oregon Research Institute: Cognitive Psychology 5, 207-232 (1973).

VAN LOOCKE, Eddy; PUT, Vital. The impact of performance audits: a review of the existing evidence. In. LONSDALE, Jeremy; WILKINS, Peter, LING, Tom. Performance Auditing Contributing to Accountability in Democratic Government. Cheltenham: Elgar. 2011.

VERMEULE, Adrian. "Optimal abuse of power". Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, v. 278, n. 3, p. 15-43, set./dez. 2019.

WALDRON, Jeremy. "The core of the case against judicial review". The Yale Law Journal, vol. 115, no. 6, 2006, pp. 1346–406. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/20455656?origin=crossref. Acesso em 08.08.2022.

_____. It's all for your own good. New York Review of Books. Disponível em: https://www.nybooks.com/articles/2014/10/09/cass-sunstein-its-all-your-own-good/ Acesso em 03.02.2023.

_____. "Law and disagreement". Nova Iorque: Oxford University Press. 1999.

_____, Accountability: Fundamental to Democracy (April 1, 2014). NYU School of Law, Public Law Research Paper Nº. 14-13,

WARD, Hugh. "Rational Choice". In. D. Marsh and G. Stoker, eds, Theory and Methods in Political Science (Basingstoke, Hants: Macmillan, 1995),

WARING, Colleen G.; MORGAN, Stephen L. Public Sector Performance Auditing in Developing Countries. In: SHAH, Anwar (coord.). Performance Accountability and Combating Corruption. Washington, D.C: The World Bank, 2007

WEBER, Max. Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; revisão técnica Gabriel Cohn. Brasília, DF: UnB: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999

WERNECK, Diego. LEAL, Fernando. "Pragmatismo como [meta] teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações". Disponível em: http://hdl.handle.net/10438/24292.

WILLEMAN, Mariana Montebello. Accountability democrática e o desenho institucional dos tribunais de contas no Brasil. Rio de Janeiro: Ed. Fórum, 2017,

WU, Tim. "The curse of bigness: Antitrust in the new gilded age". Nova York: Columbia global reports.

ZYMMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. O controle externo das concessões de serviços públicos e das parceiras público-privadas. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008.