

INSTITUTO BRASILEIRO DE EDUCAÇÃO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

GILBERTO MENDES CALASANS GOMES

**APLICAÇÃO DA TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS PELO TRIBUNAL DE
CONTAS DA UNIÃO**

BRASÍLIA

2021

GILBERTO MENDES CALASANS GOMES

**APLICAÇÃO DA TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS PELO TRIBUNAL DE
CONTAS DA UNIÃO**

Dissertação de Mestrado, desenvolvida sob a orientação da professora Doutora Marilda de Paula Silveira, apresentada como critério parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito Constitucional.

BRASÍLIA

2021

GILBERTO MENDES CALASANS GOMES

**APLICAÇÃO DA TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS PELO TRIBUNAL DE
CONTAS DA UNIÃO**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional do IDP, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional

30 de junho de 2021

BANCA EXAMINADORA

Profa. Orientadora Doutora Marilda de Paula Silveira
Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional do IDP

Profa. Doutora Carolina Costa Ferreira
Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional do IDP

Prof. Doutor André Macedo de Oliveira
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília

À memória de Maura Antonio Côtá (1955-
2021), mãe da minha companheira de vida
Rafaela, que, tendo nos acompanhado todo esse
caminho, agora nos guardará, zelará e guiará de
onde estiver.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS	13
1.1 Caso McCulloch v. Maryland e o surgimento da Teoria dos Poderes Implícitos 13	
1.2 Teoria dos Poderes Implícitos no Brasil	18
1.2.1 A Jurisprudência do STF sobre a utilização da Teoria dos Poderes Implícitos como um reflexo do perfeccionismo judicial e do majoritarismo.....	26
2 PODER GERAL DE CAUTELA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. USO DA TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SUA LEGITIMAÇÃO.	33
2.1 Considerações sobre o Supremo Tribunal Federal	33
2.1.1 Funções e limites do Supremo Tribunal Federal	37
2.2 Considerações sobre o Tribunal de Contas da União	40
2.3 Fundamentação do Poder Geral de Cautela do Tribunal de Contas da União pelo Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24.510/DF.	47
3 A APLICAÇÃO DA TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO	51
3.1 Metodologia de coleta e análise de dados da jurisprudência do Tribunal de Contas da União que utiliza a teoria.....	51
3.1.1 Análise de resultados por ano da decisão.	54
3.1.2 Análise de resultados por ministro relator.	59
3.1.3 Análise de resultados por colegiado decisor.....	60
3.1.4 Conclusões parciais referentes à análise dos resultados do levantamento...	63
3.2 Hipóteses de incidência da Teoria dos Poderes Implícitos nos julgados do Tribunal de Contas da União	64
3.2.1 Aplicação nos casos de registro de aposentadoria com Bônus de Eficiência	65
3.2.2 Determinação de indisponibilidade de bens de terceiro contratado	69
3.2.3 Desconsideração da personalidade jurídica de terceiro	75

3.2.4 Compartilhamento de sigilos bancário e fiscal com o Tribunal de Contas da União	80
3.2.5 Afastamento da Teoria dos Poderes Implícitos utilizados como tese de defesa	85
CONSIDERAÇÕES FINAIS	87
REFERÊNCIAS	93

RESUMO:

Esta pesquisa tem como objetivo verificar como se dá a utilização da Teoria dos Poderes Implícitos pelo Tribunal de Contas da União em sua atividade de controle externo e se essa aplicação está de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para tanto. Para a consecução desses objetivos, além da necessária análise das decisões identificadas para o cumprimento dos objetivos de pesquisa acima, buscar-se-á o tratamento dogmático das conclusões extraídas a partir dessa análise de decisões e da doutrina existentes sobre os assuntos. Dessa forma, como metodologia foi realizada uma análise jurisprudencial de abordagem crítica e qualitativa, com um levantamento dos principais julgados que envolvam a teoria dos poderes implícitos desde 1992, início da base de dados disponibilizada. Desse estudo conclui-se que a Teoria do Poderes Implícitos estava mais relacionada a conflitos federativos, não se relacionando à delimitação de competência de órgãos de cada ente federativo, como foi utilizada no Brasil. Por fim, apontou-se que a aplicação da teoria pelo TCU somente se tornou relevante a partir da decisão do STF no caso paradigma MS 24.510/DF, embora tenha se mantido em volume baixo, com aplicação massificada incidental em casos para justificar a possibilidade de efetuar controle de constitucionalidade de normas pelo próprio Tribunal.

Palavras-chave: Teoria dos Poderes Implícitos. Tribunal de Contas da União. Poder Geral de Cautela.

ABSTRACT:

This research aims to verify how the Brazilian Federal Court of Accounts (“TCU”), when acting in its external control activity, uses the Implied Powers Doctrine and whether this application is in accordance with the jurisprudence of the Brazilian Supreme Federal Court regarding the forementioned doctrine. In order to achieve these objectives, in addition to the necessary analysis of the decisions identified for the fulfilment of the research objectives above, it was executed a dogmatic treatment of the conclusions drawn from this analysis of decisions and the existing doctrine on the subjects. Thus, as a methodology, a jurisprudential analysis with a critical and qualitative approach was carried out, with a survey of the main judgments involving the theory of implicit powers since 1992, when the current data has started. From this study, it is concluded that the original Implied Powers Doctrine was more related to federative conflicts, not related to the delimitation of competence of entities subordinated to State powers, as used in Brazil. Finally, it was pointed out that the application of the theory by the TCU only became relevant after the decision of the Supreme Court in the case of paradigm MS 24.510/DF, although it remained at a low volume, with incidental mass application in cases to justify the possibility of carry out review of constitutionality of norms by the Court itself.

Palavras-chave: Implied Powers Doctrine. Federal Court of Accounts. Injunction power.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Número de decisões do Tribunal de Contas da União que mencionam a Teoria dos Poderes Implícitos por ano da decisão.....	54
Tabela 2 – Número de decisões do Tribunal de Contas da União que mencionam a Teoria dos Poderes Implícitos por Ministro Relator.....	59
Tabela 3 – Número de decisões do Tribunal de Contas da União que mencionam a Teoria dos Poderes Implícitos por colegiado decisor.....	61
Tabela 4 – Proporção de distribuição de processos para julgamento entre o Plenário e as Câmaras do Tribunal de Contas da União nos anos de 2016 a 2020.....	62
Tabela 5 – Acórdãos referentes a casos de Bônus de Eficiência, por ministro relator.....	65
Tabela 6 – Quantidade de decisões referentes a Bônus de Eficiência, por ano da decisão.....	66
Tabela 7 – Acórdãos referentes a casos de decretação de indisponibilidade de bens de terceiros, por ministro relator.....	72
Tabela 8 – Acórdãos referentes a casos de desconsideração da personalidade jurídica, por ministro relator.....	76
Tabela 9 – Acórdãos referentes a casos que discutiram o compartilhamento de sigilos bancário e fiscal com o Tribunal de Contas da União, por ministro relator.....	79
Tabela 10 – Acórdãos referentes a casos que afastaram a Teoria dos Poderes Implícitos como tese de defesa.....	85

INTRODUÇÃO

O presente trabalho é realizado em um contexto de crescente relevância do trabalho institucional do Tribunal de Contas da União no Estado brasileiro. O aumento da participação da Corte de Contas nas tomadas de rumo das decisões da Administração para a elaboração e execução de políticas públicas pode ser observado em diversos setores da atuação do Estado, não se contendo à discussão financeira e orçamentária ou à, já questionável, paralisação de obras públicas.

Na regulação da atividade econômica, por exemplo, é crescente a discussão sobre os limites do controle do TCU sobre as agências reguladoras, visto que, ultimamente, o controle ultrapassou o de contas ordinárias para o questionamento da própria agenda regulatória, da eficiência dessa regulação (PALMA, 2019) e até mesmo da legalidade dos normativos produzidos pelas agências (GOMES, 2019). Ainda quanto ao controle da atividade econômica, observa-se maior intervenção do Tribunal de Contas da União sobre as iniciativas de desestatização (PEREIRA, 2020), cada vez mais internalizada e não questionada pelo Executivo, como pode ser visto nas iniciativas do leilão da cessão onerosa do pré-sal, da quarta rodada de concessões de rodovias federais e das discussões sobre prorrogação antecipada da malha paulista (SOARES; DAMASCENO, 2019) e sobre a legalidade das prorrogações antecipadas de arrendamentos portuários.

Muito se fala também sobre o exercício da atividade sancionadora do Tribunal. Nesse sentido, por exemplo, há grande discussão quanto à possibilidade de o Tribunal de Contas da União aplicar a penalidade de declaração de inidoneidade de licitante que já firmara acordo de leniência com outros órgãos de controle da Administração, como a Controladoria-Geral da União e o Ministério Público Federal (GABRIEL, 2021). Quanto aos gestores públicos, popularizou-se a existência do chamado “apagão das canetas”, referente a um alegado fenômeno da falta de segurança para tomar decisões inovadoras ou que impliquem aumento de exposição em relação ao controlador. Embora representantes do TCU, em algumas ocasiões, tenham se referido a esse fenômeno do “apagão das canetas” como “mera percepção”, que não estaria alinhada com a realidade da atuação da Corte, não se pode negar que a edição da Lei Federal nº 13.655/2018¹, e sua regulamentação por meio do Decreto nº 9.830/2019, veio justamente a tentar amenizar essa realidade, incluindo normas que dispõem sobre condições à

¹ Lei Federal nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.

declaração de nulidade de atos e contratos e ao sancionamento do gestor em casos de ausência de dolo ou culpa grave ou na existência de obstáculos ou dificuldades reais no caso concreto.

Portanto, nesse contexto de ampliação da presença e da influência do Tribunal de Contas da União nas tomadas de decisões da Administração é que se apresenta este trabalho.

O contato com a matéria é usualmente possibilitado pela proximidade do pesquisador a partir de sua atuação profissional como advogado com prática focalizada em casos perante o Tribunal de Contas da União. Igualmente, o pesquisador faz parte de grupo de estudos do Observatório do TCU, iniciativa compartilhada do Grupo Público da FGV Direito SP com a Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, na qual o conjunto dos pesquisadores elaboram breves ensaios semanais sobre as questões objeto de debates sobre a jurisdição da Corte de Contas².

Em análise e acompanhamento das decisões do Tribunal de Contas da União identificaram-se questões ainda controversas, passíveis de revisão pelo Supremo Tribunal Federal, ente controlador da Corte de Contas. Entre essas questões, por exemplo, estão a ampliação de unidades jurisdicionadas pelo Tribunal sem que haja alteração legal ou normativa, a diversificação de parâmetros de controle e a utilização de ferramentas que, à primeira vista, estariam sob reserva de jurisdição³. Existe uma percepção, portanto, de que o TCU, em sua atividade de controle externo, adota estratégias e mecanismos para a ampliação de sua competência constitucional.

Em certa medida relacionada com as questões citadas no parágrafo anterior, está a aplicação da Teoria dos Poderes Implícitos pelo Tribunal de Contas da União, um desses mecanismos para justificação de competência para agir no caso concreto, objeto do presente trabalho.

A Teoria dos Poderes Implícitos, criada pela Corte Marshall no final do século XVIII nos Estados Unidos e importada pelo Supremo Tribunal Federal a partir da década de 1950, é estudada no Brasil a partir de pontos de vistas diversos. O estudo doutrinário sobre o poder investigatório do Ministério Público, por exemplo, já era bastante intenso antes mesmo da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 593.727, em 2015, que encerrou o assunto com a definição de tese de repercussão geral⁴. Entretanto, o mesmo não

² A íntegra da produção do grupo pode ser encontrada no portal da SBDP, pelo link <<https://sbdp.org.br/category/artigos-e-balancos-criticos/>>

³ Como, por exemplo, a adoção de medidas cautelares contra terceiros não integrantes da Administração e a sua decretação de indisponibilidade de bens, que serão objetos de seções específicas deste trabalho.

⁴ Tese de Repercussão Geral nº 184: “O Ministério Público dispõe de competência para promover, *por autoridade própria*, e por prazo razoável, *investigações* de natureza penal, *desde que respeitados* os direitos e garantias *que assistem* a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, *observadas*, estritamente, *as*

se pode dizer quanto às decisões do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Contas da União que aplicam a Teoria dos Poderes Implícitos para, por exemplo, conferir poder geral de cautela contra terceiros à Corte de Contas.

A justificativa do presente trabalho é, portanto, reforçar o estudo doutrinário da Teoria dos Poderes Implícitos sob a perspectiva da utilização pelo Tribunal de Contas da União, estudando a aplicação da teoria por órgãos que, até o momento, não havia recebido atenção especial quanto ao assunto.

Assim, esta pesquisa tem como objetivo verificar como se dá a utilização da Teoria dos Poderes Implícitos pelo Tribunal de Contas da União em sua atividade de controle externo e se a aplicação da teoria está de acordo com a fundamentação jurisprudencial conferida pelo Supremo Tribunal Federal para tanto.

Nesse sentido, além do objetivo geral acima indicado, e mesmo para melhor contextualizá-lo, a presente pesquisa também objetiva realizar um levantamento bibliográfico sobre a própria Teoria dos Poderes Implícitos e sua aplicação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Da mesma forma, a partir de análise de conteúdo dos acórdãos do Tribunal de Contas da União que mencionam a Teoria dos Poderes Implícitos, buscou-se realizar análises quantitativas e qualitativas, a partir de identificadores selecionados e de hipóteses de utilização observadas, das ocasiões em que o Tribunal de Contas da União utilizou a Teoria dos Poderes Implícitos para justificar sua atuação, isso contrastado com a decisão do Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº 24.510/DF, precedente que chancelou a utilização da teoria pela Corte de Contas e que abriu caminho para sua utilização em situações diversas.

Para a consecução desses objetivos, além da necessária análise das decisões identificadas para o cumprimento dos objetivos de pesquisa acima, buscar-se-á o tratamento dogmático das conclusões extraídas a partir dessa análise de decisões e da doutrina existente sobre os assuntos, de modo a oferecer à comunidade jurídico-acadêmica análise quanto à aplicação da Teoria dos Poderes Implícitos pelo Tribunal de Contas da União.

Como metodologia, após realização de levantamento bibliográfico para contextualização do assunto, foi realizada uma análise jurisprudencial de abordagem crítica e qualitativa, com um levantamento dos julgados do Tribunal de Contas da União que envolveram a utilização da Teoria dos Poderes Implícitos e análise dessas decisões a partir de análise de

prerrogativas profissionais deque se acham investidos, em nosso País, o Advogados (*Lei nº 8.906/94*, art. 7ºm *notadamente* os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), *sem prejuízo* da possibilidade – *sempre presente* no Estado democrático de Direito – *do permanente* controle jurisdicional dos atos, *necessariamente* documentados (*Súmula vinculante 14*), *praticados* pelos membros dessa instituição”.

conteúdo. Isso buscando responder ao seguinte questionamento: de que forma e em quais situações o Tribunal de Contas da União utiliza a Teoria dos Poderes Implícitos? E, ainda, também se questiona se, em havendo balizas conferidas pelo Supremo Tribunal Federal para utilização da teoria pela Corte de Contas, se nessas situações identificadas essas balizas foram efetivamente seguidas.

Como hipótese inicial do trabalho, partiu-se da impressão que o Tribunal de Contas da União, em sua atividade de controle externo, ao receber legitimação para exercício de poder geral de cautela pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº 24.510/DF, com fundamento na Teoria dos Poderes Implícitos, passou a utilizar essa teoria em situações não previstas pelo STF e que, eventualmente, não se enquadram nas balizas conferidas pela Suprema Corte no precedente justificador.

Além desta introdução e das considerações finais, fechando o trabalho, esta dissertação contará com três capítulos de desenvolvimento. Na primeira, por meio de estudo histórico doutrinário, buscar-se-á tratar da origem da Teoria dos Poderes Implícitos no constitucionalismo nascente estadunidense, com o delineamento das condições e prescrições para sua utilização. Assim, na primeira parte do trabalho, além da apresentação do caso *McCulloch v. Maryland*, precursor da aplicação da teoria estudada, também será realizado um histórico da importação e utilização da Teoria dos Poderes Implícitos no Brasil, especificamente quanto a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Por fim, encerrando ao capítulo inicial deste trabalho, passar-se-á por breves considerações sobre como a jurisprudência do STF sobre a mencionada teoria é um reflexo do perfeccionismo judicial e do majoritarismo.

O segundo capítulo deste trabalho é dedicado à apresentação do precedente do Supremo Tribunal Federal que reconheceu ao Tribunal de Contas da União poder geral de cautela por meio da Teoria dos Poderes Implícitos, extrapolando as hipóteses cautelares previstas na própria Lei Orgânica da Corte de Contas. Trata-se do Mandado de Segurança nº 24.510/DF, julgado em novembro de 2003, que, apesar de ser relatado pela Ministra Ellen Gracie, tem como trecho mais citado o voto vogal do Ministro Celso de Mello. Dando maior à apresentação desse julgado, também serão expostas breves considerações sobre o próprio Supremo Tribunal Federal e o Tribunal de Contas da União.

Por fim, no terceiro, derradeiro e principal capítulo do trabalho, será efetivamente analisada a aplicação da Teoria dos Poderes Implícitos pelo Tribunal de Contas da União. O percurso utilizado para tanto será a exposição da metodologia de coleta e análise de dados da jurisprudência do TCU que utiliza a teoria, que alcançou amostra total de 193 decisões que mencionam a Teoria dos Poderes Implícitos. A partir dessa amostra, serão realizadas duas

análises distintas, uma por meio de identificadores como ano da decisão, ministro relator e colegiado decisor, e outra quanto às hipóteses de incidência da teoria verificadas nos julgados do Tribunal de Contas da União, com breves textos expositivos sobre cada uma dessas hipóteses. As hipóteses identificadas e detalhadas no capítulo são: (i) aplicação nos casos de registro de aposentadoria com Bônus de Eficiência, (ii) determinação de indisponibilidade de bens de terceiro contratado, (iii) desconsideração da personalidade jurídica de terceiro, (iv) compartilhamento de sigilos bancário e fiscal com o Tribunal de Contas da União e (v) afastamento da Teoria dos Poderes Implícitos utilizados como tese de defesa por partes de processo de controle externo.

Expostos o tema, os objetivos gerais e específicos e apresentando a divisão proposta para o trabalho e parte de seu conteúdo, parte-se para seu desenvolvimento.

1 TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS

Neste primeiro capítulo do trabalho, buscar-se-á tratar da origem da Teoria dos Poderes Implícitos a partir do nascente constitucionalismo estadunidense, com o delineamento das condições e prescrições para sua utilização. Assim, a primeira exposição será sobre o caso *McCulloch v. Maryland*, precursor da aplicação da teoria estudada. Adicionalmente, será realizado um histórico da importação e da utilização da Teoria dos Poderes Implícitos no Brasil, especificamente quanto a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Por fim, encerrando o capítulo inicial deste trabalho, passar-se-á por breves considerações sobre como a jurisprudência do STF sobre a mencionada teoria é um reflexo do perfeccionismo judicial e do majoritarismo.

1.1 CASO MCCULLOCH V. MARYLAND E O SURGIMENTO DA TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS

A origem da teoria dos poderes implícitos está imbricada com a própria formação do federalismo dos Estados Unidos da América, ao final do século XVIII, durante a Corte Marshall, quando passava pelo período conhecido como *dual federalism*.

Diversas correntes de pensamento buscam explicar a essência do federalismo. Para a abordagem descentralizadora, o federalismo é um “sistema em que a distribuição da atividade política e econômica é espacialmente descentralizada no interior de um território nacional”. Já para a escola do federalismo como aliança, ele é entendido como “a combinação, via pacto ou aliança, do princípio da unidade com o princípio da autonomia interna” (SOUZA, 2005).

O federalismo é o sistema político pelo qual se promove uma divisão territorial de competências com entes subnacionais. O arranjo propicia a divisão da organização territorial entre instâncias de governo que possuem autonomia relativa, circunscrita a seus respectivos territórios. Pode-se dizer, portanto, que o contraponto do Estado federado é o Estado unitário, que se caracteriza justamente pela centralização do exercício do poder por um governo nacional. No *dual federalism*, a interferência do direito da União nos Estados somente poderia acontecer quando a Constituição expressamente o permitisse (HODUN, 2015).

Assim sendo, no modelo de *dual federalism* do início da federação norte-americana, a intervenção da União nos assuntos tocantes aos Estados Federados foi limitada ao máximo, de modo que somente a Constituição Federal, incluindo-se os seus poderes implícitos, seria capaz de realizar um processo de vinculação dos Estados ao direito da União (HODUN, 2015).

Destarte, como a “*proper cause*” surgiu com o intuito de limitar, de alguma forma, o poder do Congresso, a Teoria dos Poderes Implícitos, ao seu turno, visou a regular judicialmente a extensão da norma constitucional, limitando os poderes do legislador (SOUSA, 2017).

A Teoria dos Poderes Implícitos surgiu de fato em 1819, sendo decorrente do caso *McCulloch v Maryland*, julgado na Suprema Corte dos Estados Unidos da América, em que o réu, um Estado da Federação, nega a obrigação de uma lei promulgada pelo Congresso Nacional da União, e o demandante, por sua parte, contesta a validade de um ato aprovado pelo legislador desse Estado.

Entretanto, quando se discute sobre a criação da teoria, também há de se chamar atenção para um caso antecedente, também julgado pela Corte Marshall, *U.S. v. Fisher*, o qual também serve de contexto ao caso *McCulloch v. Maryland* e é necessário à interpretação mais precisa sobre a interpretação normativa e a sua regulação pela Suprema Corte Estadunidense (HODUN, 2015). O precedente em questão julgou a possibilidade de um Estado federado taxar o *Bank of America*, sendo este um banco federal que exercia diversas funções estratégicas no governo, sobretudo na regulação e desenvolvimento do comércio.

Voltando ao caso *McCulloch v. Maryland*, o referido caso girou em torno de um funcionário do Segundo Banco dos Estados Unidos, banco criado a partir de iniciativa legislativa da União, que questionava o Estado de Maryland por lhe aplicar multa por se recusar a recolher os tributos sobre a nota do banco, regra imposta pelo Estado (CASAGRANDE, BARREIRA, 2019). O recolhimento de tributos sobre a nota do banco no Estado de Maryland foi definido por lei de 1816, a qual determinou a taxação de todos os bancos que exerciam atividades no âmbito estatal, sem interpor qualquer ressalva ao Bank of America (HODUN, 2015). Assim sendo, a Corte Marshall entendeu que, em razão da ausência de previsão constitucional expressa para que a federação incorporasse um banco, o poder existia de forma implícita, em virtude, portanto, da atividade constitucional voltada à regulação do comércio (*commerce clause*), operando a partir da legitimação da *proper clause*. O voto do juiz Marshall representou a decisão unânime da Corte, apresentando-se a impossibilidade da Constituição em detalhar o modo a partir do qual os poderes por ela instituídos seriam exercidos, cabendo ao legislador definir os poderes menores (HODUN, 2015).

Esses poderes menores estavam relacionados à execução dos poderes mais amplos, postos pela Constituição. Marshall justificou a necessidade de previsão constitucional expressa para todos os poderes da federação, visto que a Constituição, por si só, não poderia ser detalhada de forma excessiva no que tocava aos meios de execução dos poderes constitucionais (DANNEBROCK, 2011). Nesse cenário, uma Constituição que contivesse um detalhamento

preciso de todas as subdivisões relacionadas a ação dos seus poderes amplos e dos meios que os colocariam execução estaria tomada pela prolixidade de um código legislativo e, assim, poderia ser mal interpretada (HODUN, 2015). A Constituição Federal, então, evocaria os objetos centrais do poder federal, sendo que os “ingredientes menores” que comporiam tais objetos centrais seriam deduzidos pela própria natureza do objeto.

Contudo, os objetos maiores não poderiam ser conquistados a partir de qualquer meio, apenas em relação aos meios considerados como necessários e apropriados para a execução do poder constitucional (enunciação da *proper clause*) (VILLALBA-PAREDES, 2007). Houve, portanto, uma determinação de dois aspectos, sendo eles o sentido e o grau de aplicabilidade da *proper clause*. Nesse contexto, a Corte Marshall determinou os aspectos que alicerçariam a interpretação da *proper clause* no âmbito estadunidense. Em relação ao sentido atribuído ao meio necessário, segundo a decisão, este não é o único meio possível a partir do qual o poder constitucional pode ser efetivado, mas, sim, uma das possibilidades a partir da qual a determinação constitucional pode ser realizada (SOUSA, 2017). Diante de tal cenário, consagrou-se a Teoria dos Poderes Implícitos, o que resultou em algumas mudanças.

Dentre elas, permitiu-se ao Poder Legislativo a criação dos meios necessários e apropriados à execução de um poder mais amplo, expresso na Constituição Federal (HODUN, 2015). Cumpre destacar, ainda, que Marshall, com esta decisão, levava em consideração que o Congresso seria o criador dos poderes implícitos, cabendo ao Judiciário o exercício da função de anular uma lei que não fosse, de fato, necessária (*necessary*) e apropriada (*proper*) (HODUN, 2015). Tal permissão foi necessária à realização de um dos objetos delegados ao Congresso. Ademais, cumpre reiterar que esta interpretação encontra-se evidenciada na descrição do próprio voto de Marshall em *McCulloch v. Maryland* (SOUSA, 2017). Cabia ao Congresso, na execução de seus poderes, adotar medidas proibitivas por intermédio da Constituição.

O voto do *justice* John Marshall foi considerado a decisão unânime da Corte, ao proferir que não seria possível a Constituição dispor sobre todos os poderes, com os menores devendo serem deduzidos da própria natureza do objeto, desde que seja necessário e adequado. Marshall reconheceu o Congresso como criador dos poderes implícitos e os tribunais como responsáveis por julgar se o poder exercido foi de fato necessário e adequado, *in verbis*:

Pudesse o Congresso, na execução de seus poderes, adotar medidas proibidas pela Constituição, ou pudesse o Congresso, sob pretexto de executar seus poderes, aprovar leis para o cumprimento de objetivos não conferidos ao Governo, isso se tornaria uma tarefa árdua para esse tribunal, surgisse um caso que demandasse tal decisão, dizer que tal lei não seria uma lei compatível com as dessa terra. Mas onde a lei não é proibida, e é realmente pensada para chegar

a um dos objetivos conferidos ao governo, e se prestasse aqui à análise de adequação seria cruzar a linha que separa as instituições judiciais para pisar em terras legislativas. Essa Corte recusa qualquer pretensão a este poder (ESTADOS UNIDOS *apud* SOUSA, 2017).

Ou seja, poderia, ainda, o Congresso Federal, alegando a necessidade de execução de seus poderes, aprovar leis voltadas ao cumprimento dos objetivos não conferidos ao governo, sendo que essa tornar-se-ia uma tarefa árdua para o referido tribunal no caso do surgimento de uma situação que demandasse tal decisão (SOUSA, 2017). Frisa, ainda, que onde a lei não é proibida, esta deve ser realmente pensada para que seja possível chegar a um dos objetivos conferidos ao governo. A Corte recusou qualquer pretensão a esse poder, de modo que os poderes implícitos admitidos pela interpretação da Corte de Marshall à *proper clause* pertencem tão somente ao Congresso (SOUSA, 2017).

Nesse sentido, é possível perceber que o surgimento da teoria em estudo foi uma consequência dessa argumentação, sua aplicação seria inevitável para que de fato se pudesse exercer poder sobre todas as causas. Àquela ocasião, a Corte, presidida pelo *justice* Marshall, decidiu que, ainda que a Constituição estadunidense não explicitasse a possibilidade de a União, autorizada pelo Congresso Federal, criar um banco, ela também não o vedava. Além disso, estabeleceu que “aquele que tem o poder de realizar algo detém também o poder de escolher os meios”, de modo que todos os meios aptos a atingir um fim dado pela Constituição⁵, desde que não proibidos, são constitucionais.

De acordo com Almeida (2014), a Teoria dos Poderes Implícitos diz respeito à concessão de liberdade aos órgãos competentes para que eles possam adotar mecanismos necessários para o cumprimento de suas obrigações, desde que o mecanismo adotado não seja proibido pela Constituição Federal, ou seja, sua liberdade é limitada aos dispositivos constitucionais.

Atua, portanto, como uma mera garantia que fomenta o exercício dos poderes necessários e apropriados à execução dos poderes enumerados (HODUN, 2015). O Judiciário, portanto, não cria, no contexto de Marshall, os poderes implícitos. O Legislativo, ao seu turno, no exercício de criação de leis federais é quem acaba por dar vida a tais poderes e, por consequência, o Judiciário poderia tão somente reconhecer, à luz da *proper clause*, a validade

⁵ Aqui, há a aplicação da *necessary and proper clause*, presente no artigo I da seção 8 da Constituição estadunidense, o qual aponta que, apesar de as competências da União serem estritas e as dos Estados subsidiárias, competia ao Congresso Federal “elaborar as leis *necessárias e apropriadas* ao exercício dos poderes acima especificados e dos demais que a presente Constituição confere ao Governo dos Estados Unidos, ou aos seus Departamentos e funcionários” (ESTADOS UNIDOS *apud* CASAGRANDE, BARREIRA, 2019, p. 249).

ou invalidade de um poder criado pela ótica legislativa em um momento posterior de adequação à norma constitucional em vigor (VILLALBA-PAREDES, 2007). Tal regra é válida, portanto, para determinar os contornos concernentes à competência legislativa federal no que toca aos entes federados.

Entende-se, diante desse contexto, que a Teoria dos Poderes Implícitos surgiu como uma estratégia que viabilizou a regra de aplicação, e, ainda, de fixação e limitação da competência do Congresso estadunidense (HODUN, 2015). Destarte, no julgamento *U.S. v. Fisher* restou ainda mais evidente que em *McCulloch v. Maryland* que os poderes implícitos deveriam ser executados pelo Congresso. Além dos elementos firmados em *McCulloch v. Maryland*, leva-se em consideração, ainda, que os poderes implícitos devem ser selecionados dentre aqueles possíveis, e, assim, quem deve apontar os meios necessários e apropriados a tal execução é, unicamente, o Poder Legislativo Federal (HODUN, 2015).

Cumpra afirmar que as decisões apresentadas apontam para a existência do controle judicial dos poderes implícitos e postos ao legislador em razão da *proper clause*, sendo uma forma de intervenção legislativa negativa (SOUSA, 2017). Assim sendo, o juiz, ainda que no que toca ao controle da constitucionalidade, não pode apontar qual é o meio adequado à execução de um dado poder constitucional, visto que a sua atuação encontra-se restrita à tarefa de analisar a necessidade e adequação do meio estabelecido pelo legislador. Se este for o caso, cabe a ele declarar o meio selecionado como nulo (DANNEBROCK, 2011).

Trata-se de um mecanismo empregado como forma de estabelecer, *a priori*, em que casos o Congresso estadunidense poderia legislar em relação aos seus entes federados (HODUN, 2015). Como apontou o capítulo, esta teoria está atrelada a uma regra de fixação que possui competência legislativa à âmbito federal. Analisando o fenômeno como marco histórico, pode-se destacar que tal caráter, ao longo dos anos, não foi alterado, especialmente quando se analisa os julgados em que tal teoria pode ser aplicada (SOUSA, 2017). Além disso, nota-se que o legislador dispõe dos meios necessários (*necessary*) e apropriados (*proper*) para o exercício de tais julgados.

A fim de que a execução dos poderes amplos estabelecidos pela Constituição norte-americana pudesse ser estabelecida e válida, os poderes implícitos foram instituídos por meio de uma Lei Federal; entretanto, devem restar satisfeitos todos os requisitos voltados à necessidade e adequação dos preceitos constitucionais expressos na Constituição (DANNEBROCK, 2011). Criados os poderes implícitos por meio de lei, é de responsabilidade do Poder Judiciário o exercício de uma função específica: este deve fazer juízo de aplicação apenas no que toca à *proper clause*, sendo esta a sua limitação (HODUN, 2015). Assim sendo,

cabe ao legislador criar os poderes implícitos em questão; porém, é de competência apenas do juiz declarar como nula (*void*) a lei que não é capaz de obedecer aos preceitos constitucionais, visto que não consegue se relacionar com a norma constitucional.

Esta adequação é necessária, visto que é de sua competência a fixação da competência federal (SOUSA, 2017). Diante do cenário aqui apresentado, deve-se chamar a atenção para o fato de que, em relação ao seu contexto original de elaboração e efetivação, em que os critérios em questão foram mantidos pela jurisprudência estadunidense, resta afirmar que a Teoria dos Poderes Implícitos nada mais é do que uma regra que possui um caráter que fomenta uma atuação dupla (HODUN, 2015). Assim sendo, tem-se, por um lado, a fixação da competência legislativa federal, e, por consequência, por outro lado, permite-se ao legislador a conferência acerca da possibilidade de a lei ser necessária ou apropriada à execução de seu poder. Além disso, amplia-se, com isso, os seus poderes legislativos, e, ainda, expande-se os poderes judiciais voltados à regulação legislativa (HODUN, 2015).

1.2 TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS NO BRASIL

Diante do cenário apresentado, percebe-se que, embora a Teoria dos Poderes Implícitos tenha surgido na Corte Marshall, esta tem composto a jurisprudência de diversos ordenamentos jurídicos, não estando isento o brasileiro. A um só tempo, portanto, cuida-se de caso importado à realidade brasileira para tratar sobre imunidade tributária, o poder de tributar como poder de destruir (vedação ao confisco) e a Teoria dos Poderes Implícitos (CASAGRANDE, BARREIRA, 2019).

Apesar de termos identificado discussão acerca da utilização da Teoria dos Poderes Implícitos em questões federativas no Brasil já no início do século XX⁶, a teoria somente passou a frequentar as decisões do Supremo Tribunal Federal na década de 1950, principalmente em questões tributárias.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, como será melhor apontado em análise das decisões do Supremo Tribunal Federal que fazem menção à teoria, houve um aumento no número dos casos que fazem referência à Teoria dos Poderes Implícitos, havendo também a diversificação dos temas tratados quando de sua aplicação. Agora, não mais apenas casos tributários – em que se espera conflitos de competência em relação à matéria tributária –

⁶ Trata-se do livro “Poderes implícitos: a intervenção federal nos estados estudada à luz da doutrina, da legislação comparada e em face da Constituição Brasileira”, de Virgílio Cardoso de Oliveira, publicado em 1903.

, mas também a decisão sobre o poder investigatório do Ministério Público⁷, a possibilidade de realização do Exame de Ordem⁸ e, especificamente quanto ao objeto deste estudo, o poder geral de cautela dos Tribunais de Contas⁹.

A análise dos julgados relacionados aos poderes implícitos no STF foi iniciada com o Pedido de Intervenção Federal nº 14, julgado no ano de 1950, cujo o relator foi o Ministro Luiz Gallotti. No caso em questão, julgou-se a controvérsia relacionada às eleições para presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, que, para um mesmo período, elegeu dois presidentes distintos (SOUSA, 2017). Duas pautas principais foram debatidas: se o Supremo Tribunal Federal poderia interferir nas eleições internas de um Tribunal de Justiça estadual e, no caso de uma resposta afirmativa, qual seria a intervenção mais adequada. Nesse julgado, utilizou-se da Teoria dos Poderes Implícitos por meio do raciocínio dos meios e dos fins, contudo, não se empregou os critérios restritos apenas à jurisprudência estadunidense (PASCOAL, 2009) – o que pode ser visto em todo o histórico de decisões do Supremo Tribunal Federal até atualmente, como cumpre se destacar na sequência.

Desde a decisão da Corte Marshall, firmada nos Estados Unidos, a doutrina dos poderes implícitos tem sido adaptada. A ideia geral é a de que, caso se confira uma função a uma autoridade, implicitamente, confere-se os meios eficazes para a exercer (ALMEIDA, 2014). Partindo dessa premissa, o Supremo Tribunal Federal construiu uma linha de raciocínio em que competia a ele julgar os recursos extraordinários e, assim, deveria dispor dos meios necessários para garantir a admissibilidade de tais recursos fosse feita de forma hígida pela presidência dos tribunais de origem (CARMO, 2013). A Suprema Corte poderia intervir para garantir a legitimidade dos recursos por ela julgados. Assim sendo, a Corte interveio com o intuito de anular as duas eleições para a presidência do TJMT, determinando novas eleições de acordo com os parâmetros regimentais e leis aplicáveis, visto que nenhuma das eleições respeitou as regras aplicáveis ao caso (SOUSA, 2017).

Além disso, cumpre reiterar que a Suprema Corte acabou, erroneamente, reconhecendo a existência de poderes implícitos, mesmo quando não havia uma lei que permitisse tal determinação (ALMEIDA, 2014). A decisão permitiu que os meios para a execução de tais poderes constitucionais fossem criados pelo Judiciário, sem que houvesse anuência do

⁷ Citado pela primeira vez no HC 91661/PE, de relatoria da Mina. Ellen Gracie.

⁸ RE 603.583/RS, relatado pelo Min. Marco Aurélio em 2011, tratou da possibilidade de realização do Exame de Ordem, por parte da Ordem dos Advogados do Brasil, como requisito para o exercício da profissão de advogado.

⁹ Por exemplo, os Mandados de Segurança 25.410/DF e 26.547/DF, usualmente citados nas decisões do Tribunal de Contas da União.

Legislativo, visto que o poder implícito não fora criado por intermédio da lei, mas por decisão judicial (SOUSA, 2017).

Um outro julgado deve ser mencionado. Trata-se do Recurso Extraordinário nº 17.468/DF, julgado em 1951, cujo o relator foi o Ministro Orosimbo Nonato. A pauta era se a lei federal poderia determinar isenção do imposto a outro ente federativo (nesse caso, prefeitura) em benefício de uma empresa concessionária prestadora de serviço público ou se o Legislativo poderia conceder isenção do tributo (SILVA, 2004).

O Ministro Orosimbo Nonato, em sua decisão, citou Marshall, alegando a impossibilidade de que outros entes federados taxassem a União no exercício de suas atividades constitucionalmente estabelecidas, sem se aprofundar, entretanto, nos fundamentos apresentados por Marshall. Entendeu, com isso, que outro ente federado, aqui a prefeitura, não pode taxar a União no exercício de suas atividades, aplicando-se aos concessionários de serviço público de competência da União (SOUSA, 2017). No que toca aos poderes implícitos, poderia a União legislar em termos de isenção de imposto de competência de outro ente federativo ante a existência de interesse da União no que toca à regulação da economia e do desenvolvimento de certos setores (SOUSA, 2017). Certos interesses, tidos como relevantes, dizem respeito à disciplina entregue à União.

A situação implica em conhecer a realidade, de modo que a isenção geral de impostos a certas atividades essenciais ao desenvolvimento econômico do país está ligada ao poder que a União tem no que toca ao decreto de leis necessárias ao exercício de suas próprias faculdades (ALMEIDA, 2014). O julgado exerce um papel relevante pois suscitou o entendimento posterior do STF em matéria de isenção fiscal, e, assim, aplicou os poderes implícitos dentro dos limites estabelecidos na seara estadunidense, tendo apenas afirmado a competência legislativa federal relacionada à determinação da isenção fiscal (CARMO, 2013). Os poderes implícitos, portanto, ficariam restritos à existência de lei responsável por determinar a isenção fiscal. O Judiciário apenas analisou a validade da lei.

Partindo-se dessa premissa, o julgado em questão firmou que a União poderia criar lei determinando a isenção de imposto, mesmo que devido a outro ente federativo em razão da força de seus poderes implícitos. Todavia, os julgados em questão não se fundamentam em Marshall ou mesmo em outros precedentes da Suprema Corte estadunidense (como *U.S. v Fisher*, tratado anteriormente); porém, a jurisprudência já havia sido estabelecida no STF, não demandando um maior detalhamento analítico (SOUSA, 2017).

Também se faz referência ao Recurso Extraordinário nº 43.353/RJ, de 1965. Nesse caso, uma usina de produção de álcool recorreu para reverter a decisão do Tribunal de Justiça do

Estado do Rio de Janeiro que, por sua vez, entendeu que não se aplicava a isenção determinada por decreto da União realizado em 1933 em razão da não recepção do decreto pela Constituição vigente, e, assim, conforme o recurso, a União seria competente para decretar tal isenção, havendo validade (SOUSA, 2017).

Mesmo que não tenha concedido a isenção fiscal, a União poderia ter deixado de reconhecer a validade da isenção tributária, e, assim, o voto do relator evidenciou o entendimento firmado no Recurso Extraordinário nº 17.468/DF, consolidado em outros julgados. Por outro lado, sem que houvesse qualquer referência a origem da teoria no país, concluiu-se que a questão dos poderes implícitos da União é algo relevante, de modo que o acórdão do Supremo Tribunal, lavrado pelo Ministro Orosimbo Nonato, foi algo benéfico (SOUSA, 2017). Todavia, cumpre chamar a atenção para o fato de que, no caso em questão, a União, em seu entendimento, frisou que a isenção questionada não prevalecia, e, desse modo, apenas não foi considerada como válida e procedente a isenção, uma vez que a União não mais a reconhecia (SILVA, 2004). Ficou mantida, portanto, a jurisprudência da Corte que versava sobre a possibilidade de legislação federal no que tocava a matéria da isenção fiscal.

O julgado seguinte foi o Recurso em Habeas Corpus nº 34.823/RS, cujo relator foi o Ministro Ary Franco. O debate em questão versava sobre a ilicitude ou não da atuação de uma Comissão Parlamentar de Inquérito da Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul (SOUSA, 2017). Àquela oportunidade, a CPI visava à intimação de testemunhas e investigados, e, caso fosse ineficaz a intimação, a determinação e condução coercitiva. Entretanto, em razão da existência de poderes constitucionais de investigação relacionados às comissões parlamentares de inquérito, não havia uma norma capaz de permitir a intimação ou a condução coercitiva por tais comissões, de modo que o STF decidiu, de forma unânime, que sim, esta seria uma possibilidade (SILVA, 2004).

A intimação decorre dos poderes implícitos da Comissão de Inquérito, pois, caso contrário, as suas atividades ficariam restritas, completamente, às suas diligências, e, assim, sem que se explicitasse o que seriam os poderes implícitos, o STF o aplicou dentro do âmbito dos meios e fins, sem que se preocupasse com outras regras previamente estabelecidas pela Teoria dos Poderes Implícitos. A decisão pode parecer errônea quando se observa os aspectos determinados pela Corte Marshall, porém, o julgado em pauta é um caso que transita entre o entendimento de Marshall sobre o que seriam os poderes implícitos e a sua reverberação. O entendimento foi apresentado, em primeiro lugar, no julgamento da Intervenção Federal nº 14 pelo STF (SOUSA, 2017). Mesmo que a criação de um poder implícito não dependa de uma

lei, a extensão dos poderes da Comissão em questão amplia os limites a partir dos quais o Legislativo pode atuar (SOUSA, 2017).

Cumprir afirmar que não fica claro se o posicionamento da Suprema Corte, nesse caso, viola ou não os limites postos ao legislador no âmbito do exercício de sua função investigativa. Ademais, há o julgado de 1962, realizado no Paraná, Recurso Extraordinário nº 47.851/PR, cujo o relator foi o Ministro Gonçalves de Oliveira. A partir de um mandado de segurança, o recorrido conseguiu que o tempo de atuação no serviço militar prestado no Exército Nacional fosse contabilizado como tempo de serviço para aposentadoria, aplicando-se o benefício estadual devido atribuído, por lei, aos servidores públicos federais (SOUSA, 2017). A Corte entendeu que a aplicabilidade do benefício limitaria a extensão do estabelecido expressamente para quem presta serviço militar obrigatório, porém, o STF entendeu que seria inaplicável o benefício previsto em lei estadual ao servidor público federal (SOUSA, 2017).

Assim sendo, entendeu-se que a norma federal pode ser aplicada tão somente na extensão de sua previsão aos servidores públicos federais a partir de uma ótica restritiva. Entretanto, o que importa no julgado é a compreensão oriunda da doutrina firmada pela Corte de Marshall. Alegou-se que, ainda que de forma não contundente, compete, ao Legislativo, a criação dos poderes implícitos. Esses poderes, ainda, estariam adstritos às determinações legais (HODUN, 2015). Embora uma maioria significativa dos julgados não cite Marshall ou, ainda, que não versem sobre o âmbito de aplicação da teoria em questão, há uma certa vinculação aos termos das leis debatidas judicialmente, de modo que frisa-se que são elas que criam os poderes implícitos, não sendo este o entendimento da administração pública ou mesmo do Judiciário (SOUSA, 2017).

Esse período inicial da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a Teoria dos Poderes Implícitos foi marcado pela aplicação majoritária de teoria com a centralidade atribuída ao Legislativo, responsável pela criação dos poderes implícitos. Porém, a Intervenção Federal nº 14 e o Recurso em Habeas Corpus nº 34823/RS desviam desse âmbito geral, pois, em tais julgados, o Judiciário decidiu pela existência de poderes implícitos sem que o Legislativo passasse pelo processo de criação, visto que o executor considerou tal poder como válido e este veio a ser judicialmente empregado pelo Supremo Tribunal Federal (SOUSA, 2017). Os poderes implícitos, portanto, aqui, foram utilizados como regra para a fixação da competência legislativa federal, assim como em *McCulloch v. Maryland*. Todavia, há que se destacar que uma mudança no paradigma dos poderes implícitos, sobretudo no que toca à relação Legislativo – Judiciário, é mais contundente na Intervenção Federal nº 14, pois o Judiciário, sem criação legal, expandiu seus poderes (SILVA, 2004).

Reitera-se, ainda, que, na teoria dos poderes implícitos, originalmente, não se fixou a competência legislativa, caminhando-se de forma mais abrangente, pois permite-se, ao Judiciário, por autoridade própria, reconhecer a existência de um poder implícito (HODUN, 2015). Em relação aos poderes investigativos das Comissões Parlamentares de Inquérito, há a ampliação do poder investigativo do legislador, e, assim, no caso concreto, torna-se complicada a usurpação, judicialmente, da competência do Poder Legislativo. No que tange ao reconhecimento do poder investigativo das Comissões Parlamentares de Inquérito, estando esses consagrados desde o período constitucional anterior, entendeu-se que em virtude da impossibilidade de decretação de prisão pela Assembleia Legislativa estadual, o poder para decretar tais prisões competiria, apenas, ao juiz de direito, como prevê o texto constitucional expressamente (SOUSA, 2017).

Ademais, marca-se que os poderes implícitos são criados na relação entre meios e fins que viabilizam o atingimento do poder constitucional (DANNEBROCK, 2011). Entretanto, não foram tais poderes implícitos de investigação o objeto central, visto que os poderes investigatórios do Congresso limitam-se à extensão de sua competência legislativa ordinária (SOUSA, 2017). Os Ministros, por fim, consideraram, em suas decisões, que os casos de prisão eram expressamente regulados pelo direito brasileiro, e, desse modo, não poderia a CPI decretá-la em razão da ausência de previsão constitucional (SOUSA, 2017). O Plenário, de forma unânime, reconheceu a inexistência do poder de decretação de prisão por parte das Comissões Parlamentares de Inquérito. Assim, a Suprema Corte, novamente, entendeu e tornou válida a possibilidade de investigação pelo Legislativo, contudo, não reconheceu a expedição de mandado de prisão.

Alegou-se que a Constituição determinava, de modo expreso, os casos de prisão, e, assim, a expedição de mandado de prisão seria de competência exclusiva do Judiciário, e, mais do que isso, a competência para legislar sobre tais casos de prisão é função do legislador constituinte e não do legislador ordinário, e, então, não cabe a decretação de prisão por CPI (SOUSA, 2017).

Após a descrição dos casos anteriores, mais antigos e relacionados à introdução da Teoria dos Poderes Implícitos, passamos a relatar o Recurso Extraordinário nº 603583/RS, julgado no ano de 2011 pelo Ministro Marco Aurélio. O caso está relacionado com a possibilidade de realização do Exame da Ordem por parte da Ordem dos Advogados do Brasil, sendo este requisito básico ao exercício da profissão de advogado. O recurso em questão visava ao reconhecimento da ilegalidade da realização do exame, e, ainda, pleiteava-se o recorrente

exercício da advocacia (SOUSA, 2017). Alegou-se que havia violação ao livre exercício da profissão.

Para sustentar tal defesa, recorreu-se ao exposto no Art. 5º, XIII¹⁰, da Constituição Federal. Esta violação seria causada pela necessidade de que o bacharel em Direito deveria submeter-se a tal exame para que pudesse exercer a advocacia de forma concreta e legal (SOUSA, 2017). A decisão em questão foi proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, sendo que este, por sua vez, de forma unânime, reconheceu a possibilidade de que o conselho profissional viesse a regular o exercício da profissão, alegando-se, como defesa, que esta é a sua competência constitucional expressa no texto constitucional, acionando a matéria do art. 84 da Lei Federal nº 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil) (SOUSA, 2017). Cumpre chamar a atenção para o fato de que, embora, nesse caso, os poderes implícitos não tenham sido a pauta principal do debate, há uma certa referência a tais poderes no voto do Ministro Lewandowski.

Este, em seu voto, afirmou que o exame em questão (da OAB) seria um mecanismo a partir do qual a competência constitucional voltada à regulação da atividade profissional pode ser mensurada. Para sustentar a sua defesa, Lewandowski cita o que outrora fora determinado e adotado pela Corte de Marshall no caso *McCulloch v. Maryland*.

Além dessa questão, há o julgamento de cautelar na ADI 4638/DF (2012), em que se debateu a possibilidade de o Conselho Nacional de Justiça, responsável pelo controle de ordem administrativa e financeira do Poder Judiciário, controlar e fiscalizar todos os magistrados no exercício de sua função diária (SOUSA, 2017). A motivação para a realização de tal investigação pelo CNJ alicerçou-se no que roga o Art. 5º, §2º, da Emenda Constitucional de nº 45¹¹.

Determinou-se, expressamente, que deveria entrar em vigor o Estatuto da Magistratura, de modo que caberia ao Conselho Nacional de Justiça, mediante a resolução, o disciplinamento de seu funcionamento, definindo, nesse contexto, as atribuições concernentes ao Ministro-Corregedor. Nesse contexto, o Ministro apenas mencionou a existência da Teoria dos Poderes Implícitos. Contudo, resta afirmar que não houve qualquer tipo de explicação sobre os seus

¹⁰ Constituição Federal de 1998. Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

¹¹ Emenda Constitucional nº 45/2004. Artigo 5º, §2º. Até que entre em vigor o Estatuto da Magistratura, o Conselho Nacional de Justiça, mediante resolução, disciplinará seu funcionamento e definirá as atribuições do Ministro-Corregedor.

aspectos ou mesmo sobre a extensão de sua aplicabilidade, principalmente no que diz respeito à necessidade de legislação capaz de a determinar (SOUSA, 2017). Assim sendo, o entendimento acerca do que seriam os poderes implícitos limitou-se ao raciocínio dos meios necessários à obtenção de um dado fim, sendo que alguns dos julgados, de modo similar ao que ocorreu na jurisprudência estadunidense, não citaram os conceitos que permeiam a teoria.

Aplicaram, portanto, apenas uma lógica simplista, em que um certo meio é necessário para chegar-se a um dado fim com vias constitucionais. Com esta reflexão, foi possível perceber que, em um primeiro momento, restou comprovado um comportamento dúbio em razão dos poderes implícitos, embora os julgados tenham deixado claro que a fonte dos poderes implícitos a qual remetiam era a Corte de Marshall. Especialmente em um primeiro momento, a teoria era usada como regra para a fixação de competência (HODUN, 2015), porém, em outros julgados, o juiz poderia definir o que seriam os poderes implícitos sem a edição de qualquer lei sobre o tema. No âmbito estadunidense, a teoria ampliou a competência legislativa e judicial. Já no Brasil, entendeu-se válida a criação do poder implícito pelo juiz, mesmo sem anuência ou participação efetiva do legislador.

Simplificou-se, com isso, a relação dos meios necessários e apropriados exigidos no contexto estadunidense necessários ao emprego de meios e fins (DANNEBROCK, 2011). Permitiu-se, ao mesmo tempo, ao juiz, a criação do poder implícito e a redução dos requisitos necessários à sua criação.

Igualmente, a Teoria dos Poderes Implícitos, na seara brasileira, foi empregada para assegurar ao Ministério Público, por vias judiciais, o poder investigatório implícito a seu poder genérico relacionada à propositura de ações penais. Constatou-se que os poderes implícitos, no Brasil, têm sido empregados para ampliar a atuação e poder do juiz em relação ao legislador. Há uma evidência acerca do perfeccionismo judicial que deve ser mencionada: a interpretação está relacionada à portaria do Conselho Nacional do Ministério Público e esta tem sido prestigiada.

Esse prestígio torna-se mais evidente em razão da previsão constitucional que expressa que cabe à polícia judiciária o exercício de investigações criminais (SOUSA, 2017). O CPP, a seu turno, apenas permite a investigação criminal por outras autoridades no caso de previsão legal, o que, em relação ao Ministério Público, apenas se dá em casos pontuais (SOUSA, 2017). Dentre as principais diferenças relacionadas ao emprego dos poderes implícitos no Brasil e nos Estados Unidos, tem-se que, nesse último, atua como regra de fixação de competência legislativa, enquanto no Brasil a regra permite a criação por meios judiciais de poderes implícitos, atribuindo esta função a um dado órgão ou instituição. Por outro lado, nos Estados

Unidos, amplia-se a atuação legislativa, pois cria tais poderes, sendo o Judiciário o responsável por analisar a adequação de tal poder criado.

Conclui-se que a teoria, originalmente, foi cunhada para fortalecer a atuação legislativa, porém, o julgador passou a possibilitar a criação de um poder constitucional implícito a ele de forma mais simples. Contudo, mais do que isso, encontra-se fundamentação para tal poder e, ainda, como este poder ser aplicado pelo Supremo Tribunal Federal. O Judiciário assumiu a função de ampliação de poderes que nem mesmo o legislativo assumiu.

1.2.1 A Jurisprudência do STF sobre a utilização da Teoria dos Poderes Implícitos como um reflexo do perfeccionismo judicial e do majoritarismo

Os conceitos relacionados ao perfeccionismo judicial e ao majoritarismo estão ligados, diretamente, a outros conceitos, como, por exemplo, ao ativismo judicial e à moderação judicial (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011). No que toca à postura ativista, entende que o juiz, no exercício de sua função, deve atentar-se para além do cumprimento formal da lei, o que implica assumir uma postura mais audaciosa para interpretar os princípios constitucionais abstratos (OLIVEIRA, 2008). A moderação judicial, ao seu turno, entende que o tribunal recusa-se a avaliar a posição parlamentar relacionada aos temas morais e políticos controversos (OLIVEIRA, 2008). O intuito é o controle apenas da questão procedimental relacionada à legislação, não interferindo em seu mérito. Assim sendo, em razão da defesa de um sistema judicial que busca decisões pormenorizadas ao caso concreto, tem-se consequências (SOUSA, 2017).

Sousa (2017) parte da lógica de Dworkin e reconhece que embora este não faça uso da expressão perfeccionismo para identificar o seu ponto de vista, Cass Sunstein assim o faz, e, a partir disso, apresenta uma série de motivações à luz da teoria de Dworkin. Assim sendo, partindo dessa lógica, Carvalho Neto e Scotti (2011) também reiteram que a Constituição instituiu um sistema composto por princípios, e, como tal, estes permitem ao juiz encontrar a resposta mais adequada para o caso concreto. Ademais, reforçam, ainda, que a teoria da única resposta concreta não assevera que há um padrão a ser seguido, mas sim que os casos são únicos. Assim, para cada provocação do Judiciário, o juiz deve encontrar bases específicas para o caso concreto. A resposta deve estar perfeitamente adequada às especificidades do caso para a realização de apreciação judicial.

Nesse sentido, a teoria da única resposta trata-se, na verdade, de uma crítica aos sistemas de vinculação de precedentes (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011). Cria-se uma resposta

padrão, e, posteriormente, esta é aplicada de forma repetida, configurando um padrão. Porém, na maior parte das vezes, não é realizada uma análise criteriosa entre o caso concreto e o padrão (SOUSA, 2017). O caso, em sua concretude, bem como a irrepetibilidade, deve abranger todas as perspectivas possíveis, assim como as pretensões de direito levantadas, visando-se, com isso, ao alcance da norma adequada, sendo essa a única capaz de produzir justiça nesse caso em específico (CARVALHO NETO; SCOTTI, 2011). A questão central, portanto, não pode desvincular-se, justamente, da preocupação com a adequação da decisão judicial no caso concreto em pauta (SALGADO; MASCARENHAS JUNIOR, 2016).

Tal entendimento, derivado de um ordenamento principiológico, supera o problema que demarca o Estado social, que é a normatização ampla da vida humana, combinado com uma interpretação atrelada à letra da norma (CARVALHO NETO; SCOTTI, 2011). A superação do problema, portanto, relacionada à regulação desmedida, por vias legislativas, no que toca à vida dos cidadãos, ocorreu no âmbito do Estado Social (SOUSA, 2017). O Judiciário, portanto, atua como aplicador prático de tal sistema composto por princípios essenciais (PASCOAL, 2009). Por esse motivo, deve guiar-se pelo caráter contra majoritário inerente aos direitos fundamentais, uma vez que o Legislativo, enquanto criador de leis, opera pela maioria, residindo tal caráter contra majoritário em sua pretensão universal, isto é, no que deve ser garantido a todo cidadão, independentemente dos valores compactuados pela maioria (DIAS, 2015).

Tal situação, por sua vez, permite que a tensão entre argumentos de apelo majoritário e minoritário opere de forma contínua, e, desse modo, as posturas comunitárias de caráter ético e político não perdem a sua reflexividade, logo, os seus potenciais inclusivos e emancipatórios (CARVALHO NETO; SCOTTI, 2011). Desse modo, o sistema principiológico, à luz da tensão política, deve ser valorado e este não deve permitir que as majorias criem, para si, direitos de benefício próprio, sem garantir que esses direitos sejam acessados pelas minorias ou, ainda, para que tais direitos das minorias não sejam renegados (SOUSA, 2017). Esse sistema, em termos teóricos, é muito interessante, pois garante o acesso a direitos básicos às minorias, porém, há um risco inegável, que é a perda do controle em relação à atividade na esfera judicial (ACCIOLY, 2017).

Assim sendo, no caso de o juiz possuir um leque amplo para tomar a decisão, nada garante que o eventual arbítrio do legislador não será substituído por igual arbítrio do juiz, visto que não possui legitimidade popular para tomar tal decisão (WALDRON, 2006). A norma na seara legislativa surte efeitos quando comparada ao discurso seletivo e condicionado, em virtude do papel de firewall atribuído aos direitos de cunho fundamental (SOUSA, 2017). Evidencia-

se, portanto, a pertinência do conceito de perfeccionismo, visto que coloca a centralidade da relação entre os poderes Legislativo e Judiciário na aplicação do caso concreto pelo juiz (OLIVEIRA, 2008). Visa-se a correção dos problemas do Estado Social, porém, emergiu outro problema: a prevalência do Judiciário mesmo sem pertinência constitucional ou legal para chegar-se a certos entendimentos e, ainda, decisões (OLIVEIRA, 2008).

Assim sendo, cumpre chamar a atenção para a referência de Habermas à crença de Dworkin no que toca às capacidades do julgador no que toca ao caso concreto (SOUSA, 2017). Entende que este dispõe de dois componentes de um saber ideal: por um lado, reconhece todos os princípios e objetivos válidos necessários à justificação e a visão ampla e concreta sobre os elementos do direito em vigor (HABERMAS, 2012). Nesse cenário, presumir que o magistrado sempre chegaria à melhor solução, que sempre encontraria os meios e princípios mais adequados ao caso concreto, seria o mesmo que entender que o direito como um todo é capaz de selecionar os princípios mais adequados. Tratando-se de um ser humano, é algo passível à falha (OLIVEIRA, 2008). Outra questão mais complexa está relacionada aos princípios que se caracterizam pelo seu caráter aberto, e, assim, são descritos a partir de termos abertos.

Tais princípios são facilmente incompreendidos ou deturpados. Destarte, a indefinição de certos termos, como os direitos individuais e contra majoritários, pode ser perigosa (SOUSA, 2017). Levando-se em consideração que o magistrado deve tomar uma decisão com base em princípios, atentando-se ao que é o contra majoritário, há que se pensar em tal caracterização. Entende-se que a definição do contra majoritário é a dos direitos individuais sob uma ótica principiológica, passível à manipulação. Em uma última instância, o magistrado decide o que ele quiser. Na prática, o princípio insurge a partir do momento em que o Judiciário, a partir do viés majoritário, supera a determinação legislativa para ampliar os poderes do Ministério Público, sendo que ele, a seu turno, dentre as suas funções convencionais, pode, em nome do Estado, e, indiretamente, da sociedade, firmar ações penais (SOUSA, 2017).

Quando se reflete sobre os problemas decorrente da teoria de Dworkin, não está afirmando-se que o objetivo da ampliação dos poderes judiciais decorrentes desta leitura permite que o juiz aja como assim o quiser, porém, este pode tomar a decisão de forma mais adequada em relação ao caso concreto, tomando, como determinante, o caráter contra majoritário para embasar tais decisões (CARVALHO NETO; SOCTTI, 2011). A observação, portanto, é de ordem prática, de modo que a ampliação de tais poderes do juiz permite que, na prática, a decisão seja tomada com base em critérios que o magistrado entende como os mais adequados (SALGADO; MASCARENHAS JUNIOR, 2016). Contudo, o Judiciário parte de uma lógica principiológica e de ampliação de seus poderes, e, de modo equivocado, a teoria

interpretativa amplia ainda mais seus poderes em relação à atuação normativa do Legislativo (SOUSA, 2017).

Destarte, com a ampliação dos poderes do Judiciário, tendo-se, como pretexto, a garantia dos direitos de minorias não garante que os juízes, após a ampliação de tais poderes, usarão tal poder ampliado para garantir que os direitos individuais das minorias sejam acessados (SOUSA, 2017). Por esse motivo, a teoria dworkiniana, voltada a um direito de cunho principiológico, embora evite o erro do Estado Social em almejar a regulação, pela via legislativa, que não sobrava espaço para a aplicação do direito orientada para as particularidades do caso concreto, peca ao conferir, ao Judiciário, um poder quase absoluto a ser depreendido em decisões de cada caso concreto.

Assim, a partir da competência do legislador e do uso em demasia da força majoritária contra as minorias, assinou-se um cheque em branco ao Poder Judiciário com o entendimento do ordenamento jurídico como uma comunidade composta por princípios, sem que haja meios eficientes para o controle de tais poderes crescentes em sua atuação (PASCOAL, 2009). O perfeccionismo, enquanto modelo de aplicação da lei, possui uma série de falhas, o que implica a discussão sobre um modelo oposto, o majoritário. Neste modelo, as competências legislativas são colocadas em evidência em relação às judiciais, sendo que as normas constitucionais controversas devem ser interpretadas, preferencialmente, pelo Legislativo e não pelo Judiciário (OLIVEIRA, 2008). Dessa forma, há que refletir-se sobre as concepções majoritárias que encontram-se em jogo.

Todavia, antes de refletir-se sobre a relação entre o Legislativo e o Judiciário, esclarecer-se-á duas coisas. A primeira é a noção de *strong judicial review*, em que se entende como violação do Judiciário em relação à legitimidade popular concedida ao Legislativo, e, assim, às normas por ele designadas (WALDRON, 2006). A outra perspectiva está relacionada à apresentação de quatro premissas necessárias para que o *judicial review* possa ser aplicado de forma plena. Dessa forma, a *strong judicial review* seria a forma de intervenção judicial que permite, aos tribunais, possuem a autoridade para recusarem-se a aplicar a lei em um caso específico, ou, ainda, modificar os efeitos da lei para garantir a sua aplicação em conformidade com os direitos individuais (WALDRON, 2006). A *strong judicial review* permite, ao Judiciário, recusar-se a aplicar a lei em nome de uma garantia, por vezes, aberta e indefinida.

Alega-se a necessidade do controle da constitucionalidade. Há quatro condições que devem ser levadas em consideração para que a noção possa ser válida. A primeira delas exige que as instituições democráticas funcionem a partir de um Legislativo eleito pelo sufrágio universal; a segunda um Judiciário escolhido com bases não representativas para resolução de

conflitos pontuais; a terceira o comprometimento de maior parte da população em relação aos direitos individuais; e, em quarto, que haja divergência substancial e de boa fé sobre os direitos fundamentais, incluindo-se os direitos das minorias (WALDRON, 2006). Diversas críticas têm sido feitas em relação às condições de um Judiciário não eleito e com garantias de independência e de um Legislativo democraticamente eleito. No caso desse último, é eleito por meio do sufrágio universal (SOUSA, 2017).

O Judiciário dispõe de regras específicas para o provimento de cargos, sendo que a maior parte deles é composto por funcionários aprovados por meio de concurso público, e, no caso do STF, em que há indicação política, há garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade dos vencimentos (SOUSA, 2017). O sistema constitucional em vigor estimula a independência judicial (WALDRON, 2006). Todavia, ainda que não sejam satisfeitos os requisitos por ele firmados, as falhas do Legislativo não garantem que o Judiciário é meio adequado para a correção de tais falhas, que, em geral, são falhas de representação, de modo que o Judiciário não eleito não pode realizar tal correção. Mesmo que o Legislativo não seja o debate adequado para os direitos das minorias, não há qualquer tipo de garantia de que o Judiciário deve depreender tal função (SOUSA, 2017).

Por fim, uma última ressalva há que ser feita: com a realização dos debates e pressões típicas ao Legislativo pelo Judiciário, implica-se um deslocamento abrangente entre o Legislativo e os interesses coletivos. O risco em questão é a legitimidade cada vez menor de um modelo democrático em que o Judiciário, cada vez mais, distancia as decisões mais importantes no que toca às políticas públicas (SOUSA, 2017). Não há apenas o risco de uma ditadura da maioria por vias legislativas, mas o risco em potencial de uma ditadura das minorias, já que o grupo minoritário que não venceu o embate democrático, obriga uma maioria a conviver com regras impostas por ela (WALDRON, 2006). A questão central é a compatibilização dos interesses minoritários e majoritários sem que um dos grupos seja deixado de lado, tendo representatividade e respeito aos seus direitos e garantias básicas.

Conclui-se que os majoritários, geralmente, frisam a existência de uma incongruência entre as expectativas elevadas postas pelos perfeccionistas depositam, nos juízes, certas condições e limitações (OLIVEIRA, 2008). Por outro lado, os majoritaristas defendem que não se trata de opor o Judiciário a um Legislativo real, mas a um Legislativo idealizado e a um Judiciário real (OLIVEIRA, 2008). Evidencia-se, por fim, que os dois modelos possuem falhas, sendo a principal “puxar a balança de poder” para o Legislativo, e, no caso do majoritarismo, ou do Judiciário (SOUSA, 2017). Assim sendo, nenhum dos dois modelos é capaz de

solucionar, efetivamente, a relação composta por conflitos diversos que permeiam o legislador e a figura do juiz.

A partir do exposto, é possível realizar conclusões parciais para o capítulo. Inicialmente, o fato de que a Teoria dos Poderes Implícitos ter surgido num contexto de *dual federalismo*, em que se entendiam as competências da União como fechadas ao determinado pelo texto constitucional. Assim, a Teoria dos Poderes Implícitos surgiu justamente para regular, judicialmente, a extensão da norma constitucional, determinando quais são os poderes do legislador para atingir os fins da Constituição. Reforçando esse contexto de surgimento da teoria para solucionar conflitos federativos, está o próprio fato de o caso paradigma, *McCulloch v Maryland* tratar dos limites do poder de tributar entre União e Estados da federação.

Em sua gênese, portanto, a Teoria dos Poderes Implícitos estava mais relacionada a conflitos federativos de uma federal nascente, nada tendo a ver com a delimitação de competência de órgãos de cada ente federativo, por exemplo, como é o caso do Tribunal de Contas da União.

Outra conclusão possível a partir do estudo histórico da Teoria dos Poderes Implícitos é o de que ela surge direcionada a um controle judicial do detalhamento legislativo das competências dos entes federados a partir da Constituição. Em outras palavras, quando do surgimento da teoria, o seu destinatário era o Poder Legislativo, que se encontrava limitado às finalidades e previsões do texto constitucional para atuação a partir de uma cláusula de meios necessários e apropriados a execução do poder constitucional (*proper clause*). Nesse modelo, caberia ao Judiciário apenas verificar a presença da *proper cause*, anulando leis que criação “poderes” que não fossem necessários ou apropriados. Assim, tem-se que não decorre poder implícito da lei formal, já que essa já é uma expressão do poder do legislador.

Ora, a partir dessa leitura, ao contrário da interpretação adotada pelo Supremo Tribunal Federal em sua jurisprudência, no que acabou sendo acompanhado por outros entes da federação, como o Ministério Público e o Tribunal de Contas da União, na lacuna de definição de determinadas competências e “poderes” a esses entes, seria o Poder Legislativo que deveria agir para lhe dar maior detalhamento. Pelo contrário, o que ocorreu no Brasil foi a aplicação da Teoria dos Poderes Implícitos diretamente pelo Poder Judiciário para reconhecer competências e poderes a diversos entes, o que acabou levando esses próprios entes a proclamarem seus próprios poderes implícitos.

A constatação de que a Teoria dos Poderes Implícitos tem sido utilizada no Brasil para que entes e órgãos proclamem seus próprios poderes implícitos pode ser visualizada, inclusive,

a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o poder investigatório do Ministério Público, ao validar regulamentação do Conselho Nacional do Ministério Público sem ancoragem em lei aprovada pelo Legislativo. Igualmente quanto ao reconhecimento de poder geral de cautela ao Tribunal de Contas da União. Entretanto, como visto ao final deste trabalho, essa possibilidade de autoprocamação de poderes acabou ultrapassou os órgãos de controle externo para serem utilizados até mesmo por conselhos de fiscalização profissional para justificar a criação de taxas ou de cargos não previstos em lei.

Ainda sobre a aplicação da Teoria dos Poderes Implícitos pelo Supremo Tribunal Federal, o que também se observa é a pertinência do conceito de perfeccionismo, visto que coloca a centralidade da relação entre os poderes Legislativos e Judiciário na aplicação do caso concreto pelo juiz (OLIVEIRA, 2008). No caso da mencionada teoria, por exemplo, está o fato de a “doutrina brasileira dos poderes implícitos” prescindir da atuação do Poder Legislativo para a efetivação dos meios necessários e adequados para a concretização dos fins da Constituição, já que tal efetivação é realizada diretamente por atuação do Poder Judiciário, especialmente quando chancela a entes e órgãos sem função legislativa a possibilidade de autoprocclamarem suas competências e poderes.

2 PODER GERAL DE CAUTELA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. USO DA TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SUA LEGITIMAÇÃO.

O segundo capítulo deste trabalho é dedicado à apresentação do precedente do Supremo Tribunal Federal que reconheceu ao Tribunal de Contas da União poder geral de cautela por meio da Teoria dos Poderes Implícitos, extrapolando as hipóteses cautelares previstas na própria Lei Orgânica da Corte de Contas. Trata-se do Mandado de Segurança nº 24.510/DF, julgado em novembro de 2003, que, apesar de ser relatado pela Ministra Ellen Gracie, tem como trecho mais citado o voto vogal do Ministro Celso de Mello.

Porém, anteriormente a essa exposição, a fim de melhor contextualizar o precedente, serão expostas breves considerações sobre o próprio Supremo Tribunal Federal e o Tribunal de Contas da União. Do entrelaçamento dessas considerações e do caso apresentado sairão conclusões parciais para o capítulo.

2.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Apesar de não terem sido feitas alterações estruturais no Supremo Tribunal Federal desde a Constituição Federal de 1988, o texto constitucional demarca o início de transformações que têm afetado o Supremo Tribunal Federal nas últimas décadas (VIEIRA, 2006). Tem-se mantido o controle incidental da constitucionalidade no sistema jurídico, e, desse modo, a competência de afastar a aplicação de uma lei em detrimento da sua inconstitucionalidade tem sido atribuída a todos os órgãos que integram o poder Judiciário. Esta competência encontra-se prevista no texto constitucional (VOJDOVIC, 2012). Atribui-se ao Tribunal a competência de última instância recursal, sendo uma clara oposição do constituinte em não afastar o sistema de controle de constitucionalidade inspirado no sistema de matriz estadunidense (VIEIRA, 2006).

Entretanto, na manutenção do sistema de controle de constitucionalidade abstrato, houve a inclusão do mecanismo de repercussão geral. Esta é requisito à admissão do recurso extraordinário e exerce um impacto sumário na possibilidade de acesso ao Tribunal, mantendo-se, portanto, a relevância dessa função na Tribunal (XIMENES, 2010). Além da revisão das decisões das demais instâncias, e, ainda, do controle incidental da constitucionalidade, o STF, que já desempenha a função de controle concentrado de constitucionalidade, passou a ter competência para exercer o controle de modo amplo. Isso deve-se, em primeiro lugar, à modificação do escopo do rol de legitimados à proposição de ações voltadas ao controle

principal (VOJDOVIC, 2012). Em segundo lugar, o processo se deu em virtude da inclusão da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), de 1993. Considerando-se o conjunto, a abertura do Tribunal foi suscitada pelas mudanças no acesso à Corte.

Esse acesso está relacionado tanto à via principal de controle quanto à via recursal, o que demandou uma preocupação com a ampliação das vias de acesso popular à jurisdição constitucional (VOJDOVIC, 2012). Tal situação transformou o Supremo de modo profundo. Em relação ao uso de precedentes, refere-se, ainda, à forma a partir da qual a jurisprudência é empregada pelo próprio Tribunal, fruto de uma inspiração estadunidense voltada à estruturação do controle da constitucionalidade na seara brasileira. Este controle foi adotado antes mesmo do estabelecimento pelo Supremo Tribunal Federal no ordenamento jurídico brasileiro. Concedeu-se aos juízes a possibilidade de se afastarem da aplicação da lei contrária ao texto constitucional. Assim sendo, o uso constante e o aperfeiçoamento desse modo de controle difuso suscitaram a introdução de alguns mecanismos.

Tem-se, sobretudo, a introdução de outros mecanismos voltados ao controle de constitucionalidade, que, desde 1934, perpassa por um processo de concentração. No ano de 1934, por exemplo, deu-se início à primeira ação direta de inconstitucionalidade. Todavia, esta era limitada, ainda, aos casos de intervenção federal (SILVA, 2009). Em 1965, por sua vez, criou-se uma figura responsável por representar a emenda ainda vigente na Constituição de 1946. Tal representação, portanto, configurava uma forma de acessar, diretamente, o Supremo Tribunal Federal, decidindo-se sobre a constitucionalidade ainda de forma abstrata, aplicada a uma lei (SILVA, 2009). Dentre as principais limitações, cumpre destacar a competência para a sua propositura por parte do Procurador-Geral.

Entretanto, com a promulgação da Constituição de 1988, o ordenamento jurídico foi alvo de uma série de modificações. De forma geral, todas elas acabaram concedendo mais poderes ao Supremo Tribunal Federal (VERÍSSIMO, 2008). Mesmo que a inclusão de mecanismos voltados ao controle principal tenha sido feita de forma paulatina, especialmente durante o século XX, foi apenas com a promulgação da Constituição de 1988 que a nação foi alvo de transformações significativas no âmbito do controle de constitucionalidade (SILVA, 2009). Como consequência desse processo, a configuração do Supremo foi alterada, de modo que este passou a intervir, de forma direta, no desenvolvimento e aperfeiçoamento do direito brasileiro (XIMENES, 2010). Em razão de tal cenário, ao longo dos anos, com a evolução do direito e da expansão da atuação do STF, este passou a ser protagonista de uma série de decisões que, em outros momentos, anteriores, não seria de sua competência.

Tal delegação fez com que o STF passasse a ser alvo de uma maior atenção dos atores políticos, bem como das instituições que, em outros momentos históricos, não recorriam a ele para solucionarem as suas demandas (VOJDOVIC, 2012). A Carta Constitucional de 1988, então, instituiu a Ação Direta de Inconstitucionalidade, e, ainda, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, o que ampliou o rol de legitimados a propor ações de controle concentrado. No que compete à Ação Declaratória de Constitucionalidade, que foi incluída por meio da Emenda Constitucional nº 3, em 1993, inseriu-se os mecanismos modernos para acessar, diretamente, o Tribunal, sobretudo no que toca ao questionamento da constitucionalidade das leis em pauta (VOJDOVIC, 2012). Com isso, inúmeros agentes, que antes ficaram de fora de tal atuação, passaram a atuar de forma direta par ao exercício de tal controle.

Os efeitos da abertura do Tribunal em detrimento do controle concentrado são evidenciados quando se verifica a presença daqueles efetivamente legitimados que, por sua vez, utilizam-se de tal poder de propositura. Números apontados pelo próprio STF asseveram que mais de 80% das ações de controle concentrado foram postas por atores que, antes da Constituição atual, não teriam legitimidade para tanto (VOJDOVIC, 2012). Tal crescimento atua como um “canal de representação” das minorias e dos grupos sociais historicamente excluídos do processo político formal (VERÍSSIMO, 2008). Com a efetivação do texto constitucional, transformou-se a regra jurídica em um conjunto amplo e contraditório de demandas sociais e políticas, consagrando-se ideias como a liberdade individual, igualdade material, propriedade e redistribuição de renda, liberdade de empresa, etc. (VERÍSSIMO, 2008).

Tal situação é consequência da atribuição, ao sistema jurídico, da tarefa de concretizar a efetivação dos objetivos políticos, de modo que o uso do controle concentrado para a implementação dos objetivos políticos demarcados no texto constitucional fica evidente (VOJDOVIC, 2012). Além da participação efetiva dos novos legitimados, os temas em disputa passaram a refletir a inclusão de tais objetivos no texto constitucional, o que despontou o fenômeno conhecido como judicialização da política (ARANTES; COUTO, 2008). Em virtude da inclusão de garantias individuais e de metas voltadas à atuação governamental, o Supremo passa a exercer um papel crucial tangente ao controle concentrado da constitucionalidade, sendo participante ativo na concretização de tais objetivos (COUTO; ARANTES, 2006). Por esse motivo, na última década o Tribunal tem sido observado de forma intensa.

Tanto os profissionais e pesquisadores especializados quanto a própria mídia têm enfocado em tal atuação, de modo que as decisões impactantes do STF têm sido comentadas de

forma alargada, como nunca antes, de fora, portanto, do âmbito essencialmente jurídico, especialmente após os anos 2000 (VOJDOVIC, 2012). Pode-se citar, como exemplo, as decisões oriundas da Lei popularmente conhecida como “Lei da Ficha Limpa”, Lei da Biossegurança, Lei da União Estável Homoafetiva, dentre outras (VERÍSSIMO, 2008). A existência de tais casos demanda, portanto, a consolidação de um tribunal constitucional responsável pela determinação de conteúdos voltados aos direitos e garantias postos pelo texto constitucional, deixando, então, mais precisos os conceitos prescritos pela Constituição de forma abstrata, coordenando, nesse processo, o conflito potencial que podem afetar diversas das determinações constitucionais em termos concretos.

Todavia, em tal processo de concentração, não se tem uma adesão por completo ao modelo europeu de controle da constitucionalidade, uma vez que o modelo de concentração observado no Supremo incluiu, nas competências do Tribunal, mecanismos voltados ao controle concentrado da constitucionalidade (XIMENES, 2010). Entretanto, cabe ressaltar que, ao mesmo tempo, este não foi acompanhado pela supressão do controle difuso da constitucionalidade. Em relação às competências do STF, reitera-se que não houve a retirada e/ou limitação da competência recursal (VOJDOVIC, 2012). As funções de revisão do controle difuso da constitucionalidade e a sua competência para a uniformização da interpretação constitucional levou o Tribunal a enfrentar o que foi apontado como “crise de identidade institucional” (VERÍSSIMO, 2008).

Tal crise, por sua vez, decorre das funções múltiplas atribuídas ao Supremo, visto que os dois sistemas de controle são mediados pelo STF, o que demanda, do Tribunal, comportamentos diferenciados, cumprimento de objetivos diversos, o que faz com que seja considerado como um exemplo único de tribunal entre os sistemas jurídicos (VOJDOVIC, 2012). Esta sobreposição de funções evidencia a multiplicidade de atividades a serem desempenhadas pelo STF no direito contemporâneo. Ao mesmo tempo em que é de sua responsabilidade a avaliação da constitucionalidade das leis em pauta, cabe, ao Tribunal, verificar a validade da aplicação da Constituição nos casos concretos, bem como a uniformidade na aplicação do direito das instâncias inferiores (XIMENES, 2010).

O volume de processos de controle concentrado e a quantidade de processos recursais evidenciaram a gravidade da situação, tendo-se, como consequência, a sobreposição da Corte Constitucional a um tribunal recursal que teve as suas vias de acesso ampliadas pelo texto constitucional. As doutrinas atuais concebem o Tribunal como uma unidade voltada à materialidade da instituição, reconhecendo-se que no interior de uma mesma instituição, executa-se múltiplas tarefas, com finalidades diversas, sem que uma interfira na outra.

Concebe-se que as características associadas às cortes internas fizeram com que o Tribunal fosse dividido em três personas distintas, sendo que cada uma delas possui atributos múltiplos e respondem por uma parcela das decisões do Supremo. Evidencia-se a impossibilidade de comprometer o Tribunal com base em sua unidade institucional.

2.1.1 Funções e limites do Supremo Tribunal Federal

Uma Corte recursal (ou de massa) e uma Corte constitucional representam duas das funções desempenhadas pelo Supremo Tribunal Federal diariamente. No exercício de tais atribuições, o precedente manifesta-se a partir de duas formas e estão ligados à concretização de objetivos distintos, sendo o esperado de cada uma das Cortes (BARROSO, 2015). O julgamento das decisões monocráticas ocorre sempre que o relator for capaz de determinar o fim do processo individualmente, julgando-se o mérito, ou, ainda, os casos de descumprimento de algum requisito de admissibilidade. Diariamente, diversos casos são decididos por intermédio de decisões monocráticas, sendo, então, um mecanismo que permite o gerenciamento do grande volume de processos submetidos ao STF, operando de modo informal, cabendo, ao Tribunal, escolher o que irá decidir de forma colegiada (VOJDOVIC, 2012).

Decorre, desse processo, o conceito de “*certiorary* informal”. Dentre as diversas circunstâncias que podem afetar uma decisão tomada de forma monocrática pelo relator, tem-se uma situação em que o mérito está sendo questionado, uma vez que é objeto da jurisprudência dominante no Tribunal (VOJDOVIC, 2012). Em tais casos, cabe, ao relator, julgar procedente ou improcedente o recurso, o que faz com que o caso seja decidido conforme o que o Tribunal decidiu anteriormente, aplicando-se tal decisão a uma quantidade significativa de casos (BARROSO, 2015). Tal possibilidade, a seu turno, evidencia um primeiro uso da jurisprudência do Tribunal, sendo, este processo, designado de precedente-filtro, que, normalmente, volta-se às questões de menor complexidade, estipuladas pela Corte em momentos anteriores. Tais precedentes são utilizados pelo STF com um objetivo específico.

A finalidade primordial é a redução da carga de processos submetidos ao seu julgamento. Considera-se, nesse processo, os temas que demandam uma carga pouco complexa de argumentação (VOJDOVIC, 2012). As decisões firmadas pelo STF, portanto, evidenciam um conjunto uniforme de soluções para os casos de conflitos específicos. Tais soluções impulsionam a atuação da própria Corte, visto que, por meio de tal recurso, dão andamento a maior parte dos casos submetidos (XIMENES, 2010). Essas decisões são designadas de

precedentes-filtro. Geralmente, são acionadas de maneira individual pelos ministros e, além disso, são reproduzidas diversas vezes, tendo-se como objetivo a redução do volume de trabalho diário da Corte, o que implica a discussão sobre a manipulação de tais precedentes.

Atuam como um mecanismo que pode propiciar uma certa eficácia decisória, porém, cumpre destacar que, nesse processo, não se leva em consideração a decisão anterior como um todo. As soluções adotadas nas decisões monocráticas, por sua vez, aplicam, unicamente, o dispositivo presente nos precedentes, de modo que o posicionamento final adotado é o mesmo utilizado em situações anteriores idênticas, havendo uma reprodução, de modo que qualquer interpretação volta-se, essencialmente, à construção de generalizações, e, assim, considera-se o que foi estabelecido nos precedentes (XIMENES, 2010). Ademais, cumpre destacar que a existência de diversos casos idênticos que chegam ao STF não exige que o Tribunal extrapole os limites daquilo que outrora fora considerado no passado (BARROSO, 2015). Desse modo, os novos casos ficam vinculados por excelência ao decidido em outros momentos.

Nota-se, ainda, que a jurisprudência dominante, em razão de tais motivos, é aplicada quase que de forma automática, de modo que não há, portanto, a identificação de um precedente em particular capaz de funcionar como um mecanismo responsável por orientar as novas decisões (VOJDOVIC, 2012). Tem-se, então, diversos precedentes, que, de forma conjunta, influenciam o processo decisório como um todo. Assim sendo, as linhas decisórias oriundas de tal jurisprudência, isto é, os posicionamentos, acabam sendo reproduzidos de forma sucessiva, destacando-se, sobretudo, os precedentes que lhe deram origem, aqueles que passaram a “ter vida própria”. Destarte, são aplicados independentemente dos casos individuais que o geraram (VOJDOVIC, 2012). Aquilo que é retirado de tais precedentes para aplicações futuras é o posicionamento final.

É a solução encontrada para os casos concretos, e, por esse motivo, não há a necessidade de se remeter aos elementos fáticos presentes em tais precedentes ou mesmo à sua linha de raciocínio. A fim de que haja a diminuição da quantidade de casos e o aumento da eficiência do Tribunal é, justamente, a solução pontual para cada uma dessas questões (BARROSO, 2015). Com o apoio na legislação processual, cada ministro pode determinar tais soluções em seu próprio gabinete, o que acaba por acelerar o processo decisório, e, ainda, confere-se uma maior eficiência ao processo de prestação jurisdicional. Tal forma de construção de posicionamentos usados como alicerce às novas decisões faz com que a solução desenvolvida para um caso concreto seja reproduzida em outros similares, operando como uma forma de prescrição geral, como um dispositivo legal (VOJDOVIC, 2012).

Em diversas vezes, o processo é designado de constante jurisprudencial, sendo que tais linhas jurisprudenciais integram o modelo decisório utilizado pelos Tribunais. A particularidade do Supremo não está relacionada, apenas, à quantidade de casos que são decididos de tal forma. Diz respeito, ainda, à faculdade atribuída ao relator responsável por decidir individualmente sobre tais casos que se enquadram nas situações em questão, bem como nas regras criadas jurisprudencialmente (VERÍSSIMO, 2008). Em virtude de ser uma simples reiteração em relação ao que fora outrora decidido, a aplicação da jurisprudência dominante aos casos idênticos não implica qualquer tipo de reavaliação sobre o cabimento ou não da solução adotada nos precedentes ou ao menos a adequação de seu raciocínio ao caso em pauta (VIERA, 2006).

Em virtude do fato de as circunstâncias serem idênticas, a generalização a ser desenvolvida pelo juiz no que toca ao caso anterior é ínfima. Ademais, o grau de vinculação nos casos precedentes é elevado. Cumpre afirmar, também, que a aproximação entre os casos semelhantes, e, por consequência, idênticos, faz com que o precedente seja acionado em caso novos como uma solução, fruto, então, de um raciocínio posto pela Corte anterior (VERÍSSIMO, 2008). Tal semelhança entre o caso anterior e o atual inibe qualquer possibilidade de desvios em relação ao que fora decidido antes, o que acaba por restringir a interpretação do juiz, visto que faz com que a solução do caso precedente seja quase que absolutamente vinculante, o que faz com que a identidade esteja sujeita a um nível alto de vinculação, tendo-se uma relação de subordinação (VOJDOVIC, 2012).

Nesse contexto, cumpre analisar o processo a partir do qual a jurisprudência passa para que seja encarada, pelo Tribunal, como vinculante. Considerada de forma individual, a decisão precedente não exercerá um poder vinculante sobre o juiz do novo caso, e, desse modo, o que é vinculado não é uma decisão específica e particular, mas, sim, a solução que esta evoca ao problema jurídico em pauta. Porém, para tanto, esta deve ser repetida em diversos casos em sequência (SILVA, 2009). Ao utilizar-se a jurisprudência dominante, há uma espécie de “gerenciamento de posicionamentos precedentes”, contudo, não se pode dizer que usar a jurisprudência dominante é o mesmo que usar um precedente, mesmo que ela esteja representada em decisões posteriores, sendo, no caso do Supremo, nas decisões monocráticas por um outro precedente (VOJDOVIC, 2012).

É comum, nesses casos, a referência às decisões particulares. Porém, cumpre chamar atenção ao fato de que tais referências estão relacionadas, unicamente, com o número das decisões (no máximo com a ementa de tais referências). Por fim, cabe destacar uma segunda função desempenhada pelo STF e que demanda uma outra finalidade, sendo esta atribuída ao precedente (VOJDOVIC, 2012). No caso de decisões e casos mais complexos, não repetitivos,

e que, ainda, não houve a consolidação de uma jurisprudência dominante. Surge, daí, a necessidade de que o Tribunal interprete as normas legisladas e os precedentes. Tais decisões são tomadas de forma colegiada a partir de turmas ou por meio do pleno, de modo que tendem a formar a interpretação do Tribunal quanto a um dado dispositivo constitucional.

2.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

No contexto brasileiro, os Tribunais de Contas sempre exerceram um papel sumário no que toca à preservação do patrimônio público, uma vez que a Constituição Federal de 1988 lhes atribuiu, em seu artigo 71, um vasto rol de competências próprias que lhes permite o exercício com autonomia de seu controle externo (COELHO, 2010). Por natureza, os Tribunais de Contas são órgãos auxiliares aos poderes da República, especialmente ao Legislativo, a quem cabe o controle externo dos demais poderes. Assim, as Cortes de Contas auxiliam o Legislativo no exercício do controle externo, fornecendo dados, informações, emitindo pareceres e relatórios sobre as contas dos agentes públicos; auxiliam a administração e o judiciário na tutela da legalidade e no controle interno, orientando a atuação desses poderes e controlando os administradores do patrimônio e valores públicos.

Assim sendo, em uma República, impõe-se responsabilidade jurídica pessoal a todos aqueles que detêm tal competência, e, por consequência, dever de cuidar do que é de todos, tanto no que toca à decisão quanto à gestão (MENEZES, 2012). Esta responsabilidade implica o comprometimento com a tomada de decisões assertivas e uma boa administração e transparência nos atos, obedecendo, portanto, aos princípios constitucionais e aos preceitos legais especificamente exigidos a tais órgãos.

Dentre tais compromissos, cumpre chamar a atenção para a prestação de contas voltadas às gestões de caráter orçamentário, financeiro, patrimonial, contábil e operacional. Ademais, é essa responsabilidade jurídica pessoal que é o verdadeiro elemento conceitual da República enquanto forma de governo, que demanda e exige a presença de um instrumento de cunho orgânico-funcional voltado ao controle externo (SUNDFELD *et al.*, 2017). Destarte, os Tribunais de Contas exercem um papel relevante, visto que atuam como uma peça-chave à efetivação de tal controle, sendo órgãos que impedem a ineficácia do governo e de sua administração (BRITTO, 2002). A crescente demanda pela eficiência do Estado, sobretudo no eixo dos serviços públicos e da efetivação dos direitos e garantias fundamentais, tem sido repercutida na atuação das Cortes de Controle, o que implica a adesão de certos métodos.

Eles estão voltados à fiscalização, orientados para os resultados, contrapondo-se com as auditorias tradicionais de conformidade, que se limitam à análise formal dos atos de gestão, como é o caso do exame de legalidade (COELHO, 2010). Além disso, a atuação mais significativa do Estado na seara econômica, bem como a ampliação dos serviços públicos oferecidos à população fizeram com que os Tribunais de Contas passassem a buscar por formas de controle capazes de ultrapassar a mera verificação das características formais dos atos administrativos, o que permitiu a inclusão de técnicas de controle gerencial, atentando-se às questões típicas à eficiência, eficácia e efetividade das ações governamentais (LIMA, 2009). Com isso, algumas tendências voltadas à área de controle têm surgido, como o monitoramento sistemático do cumprimento de decisões ou recomendações.

Tem-se, ainda, a ampla publicidade das ações de controle; a divulgação de boas práticas administrativas; a crescente relevância das auditorias operacionais e de desempenho (ROCHA, 2002). Cada uma das tendências voltadas ao controle da gestão pública no âmbito dos Tribunais de Contas da União acabou por sedimentar a efetividade como um dos pilares que alicerçam e orientam o processo de fiscalização (GOMES, 2016).

Quanto à executoriedade de suas decisões, aponta-se que o ordenamento jurídico prevê que as decisões dos Tribunais de Contas voltadas à imputação de débito ou de uma multa têm eficácia de título executivo extrajudicial, conferindo à Fazenda Pública prerrogativas procedimentais em sua execução. Todavia, quanto à ação própria das Cortes de Contas, ou seja, quanto à sua legitimidade executiva, a Constituição foi silente, levando o Supremo Tribunal Federal a firmar jurisprudência no sentido de que o verdadeiro credor é o próprio ente público prejudicado, este sim legitimado a provocar o Judiciário.

Assim sendo, fica somente a eles facultada a iniciativa de execução de tal controle externo, e, para tanto, aciona-se os seus representantes judiciais (SUNDFELD *et al*, 2017). Dessa forma, cabe chamar a atenção para os órgãos que se encontram legitimados para intentarem a referida ação de execução, sendo eles as Advocacia da União e dos Estados e as Procuradorias Municipais (COELHO, 2010).

Parte da doutrina aponta, inclusive, que a ausência de legitimidade dos Tribunais de Contas para a execução de suas próprias decisões contribuiria para uma falta de efetividade de suas deliberações. Assim, há quem defenda mudanças normativas, inclusive constitucionais, como já aludia Fernandes (1999), para que se confira legitimidade, ainda que subsidiária, para que os Tribunais de Contas possam propor perante o Judiciário ações de execução de suas próprias multas ou para responsabilizar a inércia de órgãos jurisdicionados (MENEZES, 2012).

Em relação às recomendações proferidas pelos órgãos de controle, é de suma importância que haja o monitoramento do seu cumprimento junto aos jurisdicionados. Isso porque, no caso de negligência, as impropriedades apuradas no exercício da fiscalização irão repetir-se de forma indefinida. Quanto ao Tribunal de Contas da União, por exemplo, houve movimentação bastante recente no sentido de melhor conceitualizar e racionalizar a expedição de determinações e recomendações em seus processos de controle externo (BRAGA, 2021). Isso ocorreu num contexto de esforço do Tribunal, ao final de 2019 e início de 2020 para diminuir sua burocracia interna e em relação aos seus jurisdicionados (SOARES, 2020).

Ainda quanto às recomendações, também cumpre apontar que se permite a aplicação de multa ao administrador no caso de reincidência no cumprimento de suas determinações e no caso dos processos de prestação ou tomadas de contas, julgadas como irregulares (COELHO, 2010). É correto afirmar, portanto, que os Tribunais de Contas detêm um caráter normativo-vinculativo para o administrador caso considere-se que a sua inobservância pode acarretar a aplicação de sanções por parte dos órgãos de controle devidos (ZAMBROTA, 2004). Destarte, o reconhecimento desse viés normativo, no que toca à vinculação da conduta administrativa, é a condição para que haja a efetiva implementação do controle contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial exercido pelo Tribunal.

Quando se atente às definições de efetividade de suas decisões, um dos seus possíveis sentidos está ligado à qualidade daquilo que atinge os seus objetivos voltados à formação da imagem. Assim sendo, o marketing institucional trata-se de uma estratégia decisiva a partir da qual os Tribunais de Contas podem construir uma boa imagem perante a sociedade (SUNDFELD *et al*, 2017). Isso se dá em virtude do fato de que os cidadãos precisam ter acesso aos resultados produzidos pelas ações de controle. É uma forma de perceber e reconhecer a sua relevância no âmbito civil. Ademais, a publicidade atua como uma espécie de incentivo ao controle social e democrático, visto que aproxima o cidadão do processo de fiscalização, sendo estimulado a acompanhar a administração dos recursos públicos e a denunciar possíveis irregularidades (COELHO, 2010).

Em relação às iniciativas pedagógicas voltadas aos jurisdicionados, tem-se um outro elemento essencial tangente à esfera da publicidade. Em diversas vezes, as irregularidades identificadas nos processos de fiscalização são suscitadas pela desinformação que acomete os gestores e não em virtude das tentativas de lesão aos cofres público, especialmente nos municípios que integram regiões mais pobres e distantes dos grandes centros urbanos (COELHO, 2010). Nessas cidades, não são raros problemas associados à falta de acesso à informação e às instruções. Destarte, em cenários como este, a administração pública fica mais

vulnerável às falhas, e, por conseguinte, provoca-se a adoção reiterada de medidas repressivas por parte dos Tribunais de Contas em uma espécie de círculo vicioso, e, com o tempo, este consolida-se ao redor das Cortes punitivas, que passam a ser temidas.

Todavia, o controle não deve ser visto como tal, como uma mera função punitiva. Ela é preventiva, corretiva e pedagógica (GOMES, 2016). Os Tribunais de Contas, portanto, devem buscar por uma aproximação com os seus jurisdicionados, promovendo, periodicamente, cursos, palestras e seminários, dentre outros eventos. O objetivo é a difusão dos conhecimentos essenciais sobre o controle, pois, assim, promove-se a boa gestão dos recursos públicos (COELHO, 2010). Com isso, a divulgação das boas práticas administrativas fica em evidência. Dentre as pautas principais, tem-se a redução de custos, maior transparência da gestão e aprimoramento dos mecanismos de controle, sendo esses alguns exemplos de resultados satisfatórios que os gestores têm implementados em suas novas rotinas diárias administrativas. Podem servir de exemplo e serem reproduzidas em outros contextos. A inovação é essencial.

A auditoria de desempenho, nesse contexto, atua como um instrumento que prioriza a difusão de doutrinas voltadas ao gerenciamento público, voltadas aos resultados (BARZELAY, 2002). Embora reconheça-se a imprecisão conceitual dessa nova atividade burocrática, esta alicerça-se em cinco pilares que as diferenciam das auditorias convencionais, bem como das avaliações de programas. O *modus operandi* do governo, portanto, é caracterizado como um processo que preza pela transformação de insumos e relações causais a partir das quais os produtos influenciam o estado das coisas. A busca pela melhoria é considerada como o principal escopo das políticas públicas (LIMA, 2009). Dentre as principais medidas voltadas ao conceito de auditoria de desempenho, tem-se a economia, a eficiência e a efetividade, sendo que a efetividade está associada ao foco da administração (COELHO, 2010).

Essa atenção volta-se à otimização dos processos produtivos flexíveis e à adaptação dos objetivos dos programas em razão do feedback, sendo que esse, a partir do momento que é recebido, aponta para mudanças nas prioridades e no próprio escopo das políticas públicas em questão (BARZELAY, 2002). O principal objetivo das auditorias de desempenho está relacionado à atuação da *accountability* de desempenho. A ideia simplificada por detrás desse argumento é que as organizações devem ser responsabilizadas pelos resultados de sua atuação, sejam eles positivos ou negativos. A atuação, portanto, caminha para além do funcionamento (BARZELAY, 2002). Em termos mais complexos, visa-se a focalização da atenção da administração aos processos produtivos e ao desenho dos programas. Uma das estratégias é a responsabilização dos indivíduos e entidades pelo atendimento de padrões razoáveis.

Esses padrões associam-se à economia, à eficiência e à eficácia. Com isso, a operacionalização dessa estratégia inclui, dentre outros aspectos, a formalização de acordos entre um órgão e o seu respectivo ministério, o que demanda o delineamento e concretização de metas múltiplas (GOMES, 2016). A auditoria, portanto, tem, como objetivo, contribuir com a operacionalização dos processos político-administrativos a partir dos quais a *accountability* é estruturada, impulsionada e controlada (BARZELAY, 2002). Nesse contexto, a auditoria de desempenho, em algumas vezes, demanda a realização de uma auditoria ou de uma pesquisa, porém, normalmente, costuma ser caracterizada como um processo de inspeção, sendo que a inspeção, ao seu turno, questiona qualquer tipo de procedimento, não apenas aqueles voltados ao âmbito da administração financeira (COELHO, 2010).

A inspeção pode envolver tanto a verificação da observância dos critérios passíveis à aplicação e, ainda, o exercício direto de julgamento instrumental. Dessa forma, o papel do auditor nesse desempenho é, impreterivelmente, o de avaliar os aspectos relacionados aos programas e às organizações (LIMA, 2016). Os auditores, em geral, avaliam esses aspectos de forma mais pontual do que os revisores ao realizar uma típica avaliação dos programas (COELHO, 2010). Assim sendo, diferentemente dos auditores tradicionais, os auditores de desempenho podem julgar se os meios que estão sendo empregados nos processos produtivos estão alinhados com as metas estabelecidas, ou, ainda, se foram otimizados com o intuito de reduzir as limitações do programa (BARZELAY, 2002). Destarte, em um primeiro momento, o objetivo de aumentar a efetividade do programa sem que haja confusões com a avaliação destes.

Tem-se, portanto, uma modalidade de revisão governamental que é distinta das auditorias de desempenho. Pode-se concluir que o alcance de ambas é muito semelhante, porém, na auditoria de efetividade do programa, a apropriação e uso de métodos de pesquisa das ciências sociais acaba sendo um tanto que limitado (BARZELAY, 2002). Além disso, cumpre afirmar que nesse tipo de auditoria de desempenho, o objeto da avaliação admite apenas aspectos pontuais, diferentemente do que ocorre nas avaliações de programa, em que esses são avaliados de forma global, como um todo (COELHO, 2010). Nota-se, portanto, que a efetividade concernente às ações de governo, ou, ainda, de aspectos específicos de tais ações, demanda, das Cortes de Contas, a adesão à mecanismos de controle que venham a permitir o acompanhamento e avaliação dos resultados oriundos desse processo.

As considerações sobre o Supremo Tribunal Federal, especialmente no que se refere ao acesso à corte para o controle de constitucionalidade, nos leva a refletir sobre o quão facilitado

é o acesso a nossa Corte Suprema para o debate de quaisquer questões de direito que envolvam o controle exercido pelo Tribunal de Contas da União. Isso porque, ainda que questões referentes à jurisdição de contas cheguem à avaliação do Supremo por meio do controle de constitucionalidade, abstrato e concentrado, – como, por exemplo, na avaliação da prescritibilidade de ações de ressarcimento ao erário fundadas em acórdãos do TCU¹² e na possibilidade de Estados determinarem composição própria para seus tribunais de contas estaduais em suas próprias constituições¹³ - análise da jurisprudência do STF mostra que as questões referentes à jurisdição de contas são predominantemente levadas ao Supremo por meio de Mandados de Segurança.

Trata-se de possibilidade albergada pela própria Constituição Federal de 1988, quando em seu artigo 102, inciso I, alínea d) incluiu entre as competências do Supremo Tribunal Federal a de processar e julgar originalmente o mandado de segurança contra atos do Tribunal de Contas da União. Esse acesso privilegiado garante ao STF a posição de controle do controlador, vez que as impugnações a decisões do Tribunal de Contas da União que se enquadrem nos requisitos do mandado de segurança, questões de direito, são encaminhadas diretamente para apreciação da Suprema Corte.

Fica evidenciada, portanto, que a função de controle do Tribunal de Contas da União exercida pelo Supremo Tribunal Federal é mais uma das múltiplas atividades a serem desempenhadas pela Corte constitucional, aliando-se às funções de controle constitucional concentrado e recursal. Nem Corte recursal (ou de massa), nem Corte constitucional, mas controlador ordinário do controle externo exercido pelo TCU.

Entretanto, tem-se que o controle exercido pelo Supremo Tribunal Federal sobre o Tribunal de Contas da União é de natureza distinta daquele realizado pelo TCU sobre a Administração Federal. Como exemplos dessa diferença, está o fato de que o Tribunal de Contas da União pode agir por iniciativa própria, a partir de plano anual de fiscalizações sujeito a mudanças a qualquer momento por iniciativa de qualquer dos membros do Plenário. Também, apesar das comissões do Congresso Nacional terem poder de realizar solicitações ao TCU, com prioridade regimental, não existe poder efetivo de agenda do Congresso Nacional em relação a esse planejamento de fiscalizações.

¹² Tema 899 da Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal, julgada por meio do Recurso Extraordinário nº 636.886, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, com tese acatada: “É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”.

¹³ ADIn 346 e ADIn 4.776.

Por outro lado, o controle feito pelo Supremo Tribunal Federal está restrito pelo princípio da inércia, segundo o qual só pode agir mediante provocação dos jurisdicionados e, uma vez que feito por meio de Mandados de Segurança, restrito a matérias de direito, constituindo uma atuação mais pontual, localizada e direta.

Essa atuação direta, em questões que muitas vezes fogem à matiz constitucional, mas tratam mesmo da aplicação dos normativos que regem a atuação da Corte de Contas, acaba por implicar que a construção dos posicionamentos do STF sobre essas matérias de interesse se dá aos poucos, paulatinamente, a partir das decisões individuais dos Ministros relatores em decisão liminar em mandado de segurança para, posteriormente, serem cancelados pelas turmas. Assim, como exposto anteriormente no capítulo, tem-se que o controle exercido pelo Supremo Tribunal Federal ao TCU é feito, na maior parte das vezes, a partir do estabelecimento de precedentes-filtro, para aplicação posterior nos próximos casos semelhantes a serem submetidos à Corte constitucional.

A importância desse controle pelo julgamento de mandados de segurança é demonstrada, por exemplo e no que concerne a este trabalho, pelo fato de o Tribunal de Contas da União utilizar como precedente autorizador da utilização da Teoria dos Poderes Implícitos julgado em mandado de segurança. Assim, se por um lado, com a estruturação do controle de constitucionalidade após a Constituição Federal de 1988 o Supremo passou a intervir no desenvolvimento e aperfeiçoamento do direito brasileiro, tem-se que a partir de sua competência de revisar as decisões de direito do Tribunal de Contas, também o Supremo passou a intervir para aprimorar a jurisdição de contas.

As considerações sobre o Tribunal de Contas da União, por sua vez, ao demonstrar a expansão do controle para além do caráter orçamentário, financeiro, patrimonial e contábil, atingindo também caráter operacional, indicando as características de responsabilização jurídica de gestores públicos e apontando a busca por parte da Corte de Contas por novas formas de controle capazes de ultrapassar a mera verificação das características formais dos atos administrativos, incluindo análises de legitimidade, economicidade e eficiência em sua atividade jurisdicional, apontam para fatores que ajudam a explicar o processo de expansão institucional do Tribunal. Processo de expansão este que, a partir da formulação da hipótese desta pesquisa e conforme será melhor detalhado no próximo capítulo desse trabalho, passa pela utilização da Teoria dos Poderes Implícitos para justificação de determinadas competências.

Outra conclusão possível dessas considerações é a de que, uma vez que falta aos Tribunais de Contas legitimidade para a execução de suas próprias decisões – já que execuções

de multas ou de débitos de dano ao erário ficam dependentes da atuação das advocacias da União, Estados e Municípios, de modo geral, a representação judicial dos órgãos jurisdicionados – as Cortes de Contas estariam buscando outras ferramentas jurisdicionais, outros “poderes implícitos”, para garantir essa execução futura, contornando essa falta de autoexecutoriedade.

2.3 FUNDAMENTAÇÃO DO PODER GERAL DE CAUTELA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MANDADO DE SEGURANÇA Nº 24.510/DF.

As medidas cautelares que podem ser adotadas pelo TCU estão previstas na Lei Federal nº 8.443/92 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, ou LOTCU), com ratificação em seu Regimento Interno (RITCU). As hipóteses legalmente previstas para a adoção de medidas cautelares são três: (i) afastamento temporário de gestor público e indisponibilidade de bens¹⁴; (ii) inabilitação de gestores públicos, por até oito anos, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança¹⁵ e (iii) arresto de bens de responsáveis condenados ao pagamento de débito, que deve ser solicitado à Advocacia-Geral da União (AGU), não podendo ser aplicada diretamente pelo Tribunal como as demais medidas¹⁶.

Além das medidas legalmente previstas, e no que há especial interesse para este trabalho, o próprio Tribunal de Contas da União entende possuir um poder geral de cautela, importante para a compreensão de grande parte das discussões desenvolvidas sobre o alcance das cautelares adotadas pelo Tribunal. Ao longo do tempo, esse poder geral de cautelar foi

¹⁴ LOTCU. Art. 44. No início ou no curso de qualquer apuração, o Tribunal, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, determinará, cautelarmente, o afastamento temporário do responsável, se existirem indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções, possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao Erário ou inviabilizar o seu ressarcimento.

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

§ 2º Nas mesmas circunstâncias do caput deste artigo e do parágrafo anterior, poderá o Tribunal, sem prejuízo das medidas previstas nos arts. 60 e 61 desta Lei, decretar, por prazo não superior a um ano, a indisponibilidade de bens do responsável, tantos quantos considerados bastantes para garantir o ressarcimento dos danos em apuração.

¹⁵ LOTCU. Art. 60. Sem prejuízo das sanções previstas na seção anterior e das penalidades administrativas, aplicáveis pelas autoridades competentes, por irregularidades constatadas pelo Tribunal de Contas da União, sempre que este, por maioria absoluta de seus membros, considerar grave a infração cometida, o responsável ficará inabilitado, por um período que variará de cinco a oito anos, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública.

Artigos 273 e 274 do RITCU dispõem no mesmo sentido.

¹⁶ LOTCU. Art. 61. O Tribunal poderá, por intermédio do Ministério Público, solicitar à Advocacia-Geral da União ou, conforme o caso, aos dirigentes das entidades que lhe sejam jurisdicionadas, as medidas necessárias ao arresto dos bens dos responsáveis julgados em débito, devendo ser ouvido quanto à liberação dos bens arrestados e sua restituição.

justificado por diferentes fundamentos normativos levantados para tanto, como o artigo 276 do RITCU¹⁷, o artigo 19 da Resolução TCU nº 36/1995¹⁸ e o artigo 798 do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73)¹⁹²⁰, por aplicação subsidiária.

Entretanto, da leitura desses normativos, percebe-se que não há autorização legislativa expressa que fundamente esse poder geral de cautela. Para preencher essa lacuna normativa de fundamentação do poder geral de cautela do Tribunal de Contas da União é se utiliza a Teoria dos Poderes Implícitos, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº 24.510, julgado pelo STF em 2003 e considerado pelo TCU como *leading case* acerca do tema.

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por sociedade de advocacia contra decisão do TCU que, diante de Representação apresentada por outra sociedade, suspendeu licitação da Companhia Docas do Estado de São Paulo (CODESP) para a contratação de escritório de advocacia em Brasília.

No caso, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, a impetrante alegou que a decisão não teria fundamentação legal, sendo que a Corte de Contas não seria competente para conceder a medida cautelar. O TCU, por outro lado, ao prestar informações, afirmou que deteria um poder geral de cautela, tendo sido essa a tese vencedora.

A Ministra Relatora adotou como razões de decidir o parecer da Subprocuradora-Geral da República Sandra Cureau, em que se trouxe a competência dos Tribunais de Contas para garantir a efetividade de suas decisões mediante a expedição de medidas cautelares (BRASIL, 2003):

Por outro lado, se as Cortes de Contas têm legitimidade para determinar que os órgãos ou entidades da Administração interessada adotem as medidas necessárias ao exato cumprimento da lei, com maior propriedade, possuem legitimidade para a expedição de medidas cautelares, como a ora impugnada, a fim de prevenir a ocorrência de lesão ao erário ou a direito alheio, bem como **garantir a efetividade de suas decisões.**

¹⁷ RITCU. Art. 276. O Plenário, o relator, ou, na hipótese do art. 28, inciso XVI, o Presidente, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao erário, ao interesse público, ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, poderá, de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar, com ou sem a prévia oitiva da parte, determinando, entre outras providências, a suspensão do ato ou do procedimento impugnado, até que o Tribunal decida sobre o mérito da questão suscitada, nos termos do art. 45 da Lei nº 8.443, de 1992.

¹⁸ Resolução TCU nº 36/1995. Art. 19. Verificada a ilegalidade de ato ou contrato, o Tribunal, mediante decisão preliminar, com indicação expressa dos dispositivos a serem observados, assinará prazo de quinze dias para que o responsável adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei.

¹⁹ CPC/73. Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

²⁰ Artigo correspondente às previsões dos artigos 297 e 301 do Código de Processo Civil de 2015, os quais não foram citados nas decisões da Corte de Contas nesse sentido.

Além disso, é frequentemente mencionado pelo TCU o voto vogal do Ministro Celso de Mello, que fundamentou a decisão na teoria dos poderes implícitos (BRASIL, 2003):

Isso significa que **a atribuição de poderes explícitos**, ao Tribunal de Contas, tais como enunciados no art. 71 da Lei Fundamental da República, **supõe que se lhe reconheça, ainda que por** implicitude, **a titularidade de meios destinados a viabilizar a adoção de medidas cautelares vocacionadas a conferir real efetividade às suas deliberações finais**, permitindo, assim, que se neutralizem situações de lesividade, atual ou iminente, ao erário público.

O único voto divergente, na ocasião, foi o do Ministro Ayres Britto, segundo o qual a Constituição traria um rol taxativo de competências da Corte de Contas (BRASIL, 2003):

(...) entendo, realmente, faltar ao Tribunal de Contas da União competência para sustar a realização de licitações promovidas por órgão ou entidade da Administração Pública, data vênua da eminente Relatora, Ministra Ellen Gracie.

Baseio-me na Constituição Federal, que, **ao inventariar as competências do Tribunal de Contas da União, parece-me, o fez em números fechados, *numerus clausus***. No tocante à questão sub judice, diz o inciso IX do artigo 71, quanto ao TCU:

Uma primeira análise sobre os termos da decisão do Supremo Tribunal Federal surpreende pela ausência de um maior aprofundamento sobre a aplicação da Teoria dos Poderes Implícitos ao caso e ao Tribunal de Contas da União. Por exemplo, não há qualquer consideração sobre questões federativas ou sobre papel do Poder Legislativo na concretização das finalidades da Constituição Federal. Na verdade, a teoria é mencionada quase de que passagem, a partir de uma “doutrina brasileira dos poderes implícitos”, em que o Poder Judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal, abre a possibilidade de entes autoproclamarem seus próprios “poderes”.

A fim de contrapor e de limitar a possibilidade da autoproclamação de próprios “poderes” por parte de diversos entes da federação, destaca-se a necessidade de aplicação da Teoria dos Poderes Implícitos com respeito à razoabilidade e à proporcionalidade, sem que tal uso extrapole competências constitucionalmente atribuídas (CABRAL, 2018). Nesse sentido, entende-se também que não se deveria invocar a mencionada teoria como um “cheque em branco”, hábil a permitir o exercício de qualquer competência, mas a utilizar somente quando realmente estiver em consonância com o texto constitucional e estiver autorizado por ela, de acordo com a finalidade institucional do órgão que pretende tal novo “poder”, sem que haja violação às demais regras e princípios jurídicos (CABRAL, 2018).

Entende-se que, até mesmo pela fragilidade da fundamentação sobre os poderes cautelares do Tribunal de Contas da União a partir da Teoria dos Poderes Implícitos acima exposta, essa conclusão não é estável ou aplicável a qualquer medida cautelar indiscriminadamente. Há discussão, por exemplo, sobre a aplicação de medidas cautelares a sujeitos não integrantes da Administração Pública.

Assim, há quem discorde da possibilidade de o TCU aplicar medidas cautelares a particulares, e, em especial, de decretar a indisponibilidade de seus bens, considerando que o art. 44 da LOTCU, ao trazer o vocábulo “funções”, teria excluído de sua incidência indivíduos que não desempenhassem função na Administração Pública. Sustenta-se, no caso, que a medida deveria ser solicitada à AGU, conforme disposto no art. 61 da LOTCU relativamente ao arresto de bens.

Nesse sentido, trazem Alexandre Aroeira Salles e Francisco Freitas de Melo Franco Ferreira (SALLES, FERREIRA, 2016):

Os Tribunais de Contas não receberam da Constituição brasileira a competência para, quando do julgamento definitivo, alcançar, de qualquer forma, o patrimônio do suposto devedor. Deverá ser alcançado mediante ação de execução judicial, perante o Poder Judiciário, a ser proposto por meio da respectiva advocacia da entidade pública detentora do título de crédito expedido.

Como um dos efeitos desse reconhecimento, **os Tribunais de Contas não possuem o poder de, implicitamente, em sede cautelar, restringir o direito de propriedade dos cidadãos brasileiros.** Caso alguma Corte de Contas compreenda haver risco de dilapidação do patrimônio pelo responsável investigado, deverá encaminhar à respectiva Advocacia Pública o processo para fins de, perante o Poder Judiciário, essa propor a medida cautelar cabível. No caso do Tribunal de Contas da União essas conformações estão mais claramente delineadas pela própria Lei 8443/92, em duas frentes: primeiro porque **o artigo 44 é expresso em delimitar o poder de cautela do Tribunal aos responsáveis (aqueles que gerem, arrecadam, usam, administram ou guardam recursos públicos) no exercício de suas funções públicas.** Segundo porque **o artigo 61 é expresso em determinar que o Tribunal de Contas solicite à Advocacia Geral ou aos dirigentes das entidades que lhe sejam jurisdicionadas que promovam, judicialmente, a cautelar de arresto,** para garantir a execução do débito resultante da sua decisão.

De modo semelhante, trouxe o Grupo Público da FGV Direito SP, ao apontar que a competência do Tribunal de Contas da União para decretar a indisponibilidade de bens dos responsáveis conferida pela Lei Orgânica do órgão circunscreveu a medida cautelar apenas a gentes públicos, pertencentes à máquina estatal. Segundo os próprios termos do artigo 44, §2º, esse tipo de medida constritiva somente poderia ser aplicado pelo Tribunal “nas mesmas circunstâncias do *caput* do artigo”, ou seja, em relação a responsável que exerça funções sob vigilância de autoridade superior competente (dicção do §1º) (GRUPO PÚBLICO DA FGV DIREITO SP/SBDP, 2018.).

3 A APLICAÇÃO DA TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Finalmente, tratamos da aplicação da Teoria dos Poderes Implícitos pelo Tribunal de Contas da União propriamente dita. O percurso utilizado para tanto será a exposição da metodologia de coleta e análise de dados da jurisprudência do TCU que utiliza a teoria, que alcançou amostra total de 193 (cento e noventa e três) decisões que mencionam a Teoria dos Poderes Implícitos. A partir dessa amostra, serão realizadas duas análises distintas, uma por meio de identificadores como ano da decisão, ministro relator e colegiado decisor, e outra quanto às hipóteses de incidência da teoria verificadas nos julgados do Tribunal de Contas da União, com breves textos expositivos sobre cada uma dessas hipóteses.

As hipóteses identificadas e detalhadas ao longo do capítulo são: (i) aplicação nos casos de registro de aposentadoria com Bônus de Eficiência, (ii) determinação de indisponibilidade de bens de terceiro contratado, (iii) descon sideração da personalidade jurídica de terceiro, (iv) compartilhamento de sigilo bancário e fiscal com o Tribunal de Contas da União e (v) afastamento da Teoria dos Poderes Implícitos utilizados como tese de defesa por partes de processo de controle externo.

3.1 METODOLOGIA DE COLETA E ANÁLISE DE DADOS DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO QUE UTILIZA A TEORIA

Passa-se à análise propriamente dita do uso da Teoria dos Poderes Implícitos pelo Tribunal de Contas da União. Assim, neste capítulo será exposto o resultado da coleta e análise de dados da jurisprudência do TCU, a partir dos critérios entendidos como necessários e suficientes para testar a questão estudada, qual seja, em quais situações o Tribunal de Contas da União aplica ou menciona a Teoria dos Poderes Implícitos.

A presente pesquisa caracteriza-se como descritiva e exploratória da abordagem qualitativa, desenvolvida em caráter hermenêutico. Parte-se do entendimento de que a Teoria dos Poderes Implícitos foi absorvida pela jurisprudência do Tribunal de Contas da União a partir de interpretação da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, sendo, assim, realizada aqui uma análise da jurisprudência da Corte de Contas.

O primeiro passo para essa análise foi a identificação de acórdãos do Tribunal de Contas da União sobre o assunto. Para tanto, procedeu-se a uma análise qualitativa do resultado da

busca de acórdãos do Tribunal de Contas da União²¹ em sua ferramenta de busca jurisprudencial para os termos relacionados à Teoria dos Poderes Implícitos²². No referido endereço, é possível verificar que o Tribunal possui cinco bases de dados para as pesquisas de jurisprudência: (i) acórdãos, (ii) jurisprudência selecionada, (iii) publicações, (iv) súmulas e (v) respostas a consultas.

As pesquisas foram realizadas tendo como fonte a base “acórdãos”, pois as outras bases ou se referem a conjunto de informações já pré-catalogado e tratado pela seção responsável pela organização da jurisprudência do Tribunal de Contas da União, como “jurisprudência selecionada”, “publicações” e “súmulas”, ou se trata também de conjunto mais restrito de acórdãos, referentes a respostas e consultas, espécies processuais específicas do rito do Tribunal.

Os termos definidos para a busca na base de dados do TCU foram: “Teoria dos Poderes Implícitos”, “poderes implícitos”, “poder implícito”, “*implied powers doctrine*” e “*implied powers*”. Entende-se, portanto, que a pesquisa limitou-se aos acórdãos que efetivamente fazem menção à Teoria dos Poderes Implícitos, podendo ter deixado de fora dos resultados decisões que efetivamente foram fundamentados a partir da teoria, sem dar-lhe a devida denominação, como também incluiu resultados em que a mera menção à Teoria dos Poderes Implícitos não significou a deliberação pela sua aplicação ou não, como será exposto em análise em momento posterior deste trabalho.

Não se estabeleceu marco temporal inicial para a pesquisa, colhendo-se resultados para toda a base armazenada e pesquisável do portal do Tribunal de Contas da União – trata-se de uma base de acórdãos de decisões com mais de 400.000 (quatrocentos mil) resultados, abrangendo decisões desde 1992. Foram considerados resultados obtidos até o dia 26 de outubro de 2020, definido como corte temporal, quando a busca pelos resultados aconteceu pela primeira vez. A busca pelos resultados foi feita de forma cumulativa com os quatro termos de busca apontados acima, retornando 193 resultados²³.

²¹ Ferramenta disponível em < <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/integrada>>

²² Registra-se aqui o agradecimento à Karina Amorim Sampaio Costa (2019), cujo capítulo sobre metodologia na dissertação de mestrado “A (falta de) dosimetria da pena no âmbito do Tribunal de Contas da União em face de sanções aplicadas por ação do Ministério Público Federal ou da Controladoria-Geral da União com base na Lei nº 12.846/2013” serviu de base para as adaptações desta pesquisa.

²³ A planilha da qual se obteve os resultados está publicada em < https://www.academia.edu/45509995/APLICACAO_DA_TEORIA_DOS_PODERES_IMPLICITOS_PELLO_T_RIBUNAL_DE_CONTAS_DA_UNIAO_Planilha_de_busca>

Como método de análise dos dados catalogados em planilha foi realizada uma análise de conteúdo doutrinário e jurisprudencial sobre o tema, buscando compreender sobre a aplicação da Teoria dos Poderes Implícitos pelo TCU.

Vale destacar, com base em Freitas, Cunha e Moscarola (1997), que a análise de conteúdo consiste em uma metodologia refinada, demandando de dedicação, paciência e tempo do pesquisador, visto que, além de se apoiar em dados como um estudo teórico, por exemplo, deverá também utilizar sua intuição, imaginação e criatividade, sendo necessário, assim, disciplina, perseverança e rigor por parte do pesquisador.

Para discorrer acerca da metodologia utilizada para desenvolvimento deste estudo, apoia-se em Laurence Bardin (2011), escolhendo a autora como base por ser uma referência atual em análise de conteúdo, o que não impediu de fazer uso de outros autores. A técnica foi utilizada com o intuito de responder aos questionamentos levantados neste estudo e alcançar os objetivos traçados. Conceituando análise de conteúdo, Bardin (2011, p. 95) afirma que consiste em:

Um conjunto de técnicas de análise das comunicações, que utiliza procedimentos sistemáticos e objetivos de descrição do conteúdo das mensagens. [...] A intenção da análise de conteúdo é a inferência de conhecimentos relativos às condições de produção (ou eventualmente, de recepção), inferência esta que recorre a indicadores (quantitativos ou não). (tradução própria).

Dessa forma, é possível dizer que esta pesquisa foi realizada à luz da análise de conteúdo, que significa dizer que foram seguidos alguns procedimentos para obtenção de indicadores e informações mais gerais, sem adentrar de forma específica o conteúdo de cada texto analisado. Ainda nesse sentido, Bardin (2011) elenca em três etapas de análise de conteúdo: pré-análise, exploração do material, tratamento dos resultados, inferência e interpretação.

Na pré-análise, tem-se a organização do material a ser analisado, fazendo-se a leitura flutuante, que consiste no primeiro contato com os documentos da coleta de dados. Em seguida, procede-se com a escolha dos documentos, demarcando-se o que será analisado, para que desse modo se possa formular as hipóteses e objetivos do estudo. Por fim, fechando a etapa de pré-análise, referencia-se os índices e elabora-se os indicadores, o que é feito por meio de recortes de textos nos documentos de análise.

Esta pesquisa seguiu essas orientações das etapas para classificar os seus resultados. Assim, por meio da análise de conteúdo, desenvolveu-se este trabalho, utilizando de material teórico e prático para que os objetivos deste estudo fossem verificados e alcançados. Quanto à

abordagem, a pesquisa foi qualitativa, quando se identifica a presença ou a ausência de algo (LAVILLE, DIONNE, 1999).

Ainda na etapa de pré-análise, a partir da leitura flutuante dos resultados obtidos, foram identificadas hipóteses de incidência da menção da Teoria dos Poderes Implícitos na jurisprudência do TCU em aspecto qualitativo. As hipóteses selecionadas para o estudo, por possuírem produção bibliográfica referenciável ou por reincidência em julgados, são: (i) aplicação em casos de registro de aposentadoria com Bônus de Eficiência, (ii) determinação de indisponibilidade de bens de terceiro contratado, (iii) desconsideração da personalidade jurídica de terceiro, (iv) compartilhamento do sigilo fiscal ou bancário ao Tribunal de Contas da União e (v) afastamento da Teoria dos Poderes Implícitos utilizados como tese de defesa por partes de processo de controle externo.

Na tabulação desses 193 resultados, foi elaborada planilha catalogando cada decisão pelos seguintes elementos identificadores: (i) nº do processo, (ii) nº do acórdão, (iii) ministro relator, (iv) data do julgamento, (iv) data da publicação, (v) assunto, (vi) ementa, (vii) recorte de texto com conteúdo relevante ao estudo, geralmente com menção direta à Teoria dos Poderes Implícitos, (viii) menção bibliográfica e (ix) link direcionando à íntegra do acórdão no portal do Tribunal de Contas da União.

A partir dos elementos identificadores, a partir de análise quantitativa, foi possível identificar e classificar a quantidade de decisões do TCU que mencionam a Teoria dos Poderes Implícitos por termos selecionados e conforme metodologia, em três categorias: (i) ano da decisão; (ii) ministro relator e (iii) colegiado decisor.

3.1.1 Análise de resultados por ano da decisão.

O ano da decisão é elemento identificador importante para análise sobre a partir de que momento a Teoria dos Poderes Implícitos passou a ser utilizada pelo Tribunal de Contas da União. Igualmente, para verificar se essa aplicação foi feita de forma uniforme com o passar do tempo ou se há períodos em que se concentra maior número de menções.

Nesse sentido, a partir da análise dos 193 resultados catalogados, a distribuição por ano da decisão se deu como segue.

Tabela 1 – Número de decisões do Tribunal de Contas da União que mencionam a Teoria dos Poderes Implícitos por ano da decisão.

Ano da decisão	Quantidade de acórdãos
1997	2
1999	1
2004*	2
2006	2
2007	3
2008	4
2009	7
2010	7
2011	3
2012	4
2013	7
2014	6
2015	8
2016	11
2017	56
2018	28
2019	25
2020 (parcial até 26/10)	17

Fonte: Autor

Em destaque, a entrada do ano de 2004, ano posterior ao da decisão no Mandado de Segurança nº 24.510/DF pelo Supremo Tribunal Federal, o qual apontou a Teoria dos Poderes Implícitos como fundamentação para o poder de cautelar do Tribunal de Contas da União.

Em primeiro lugar, chama a atenção a existência de apenas três julgados do Tribunal de Contas da União anteriores ao precedente do Supremo Tribunal Federal utilizado como paradigma para justificar o poder geral de cautela da Corte de Contas. Tratam-se das decisões nº 538/1997-Plenário²⁴, nº 675/1997²⁵ e nº 171/1999-Plenário²⁶.

A Decisão nº 538/1997-Plenário diz respeito a recurso em Representação formulada por unidade técnica instrutora do Tribunal contra decisão que fixou prazo para que o Banco do Brasil apresentasse à equipe de auditoria cópia de demonstrativo de determinadas aplicações e das normas internas que regulamentavam a matéria. No caso, houve a negativa de apresentação de documentos pelo banco sob a alegação do sigilo bancário.

A curiosidade em relação à decisão, primeira que faz menção a um “princípio constitucional dos poderes implícitos”, é que ela trata de questão que será mais abordada de

²⁴ Relatoria do Ministro Iram Saraiva em 27/08/1997.

²⁵ Relatoria do Ministro Humberto Guimarães Souto em 08/10/1997.

²⁶ Relatoria do Ministro Marcos Vinícios Vilaça em 28/04/1999.

forma mais detalhada pelo Tribunal de Contas da União mais recentemente, que é a oposição do sigilo bancário às competências fiscalizatórias do Tribunal. Àquela altura, a defesa do TCU dessa competência se dava a partir de interpretação legal e constitucional dos artigos 70, *caput*, e 71 da Constituição Federal, além do artigo 42 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, no sentido de que (BRASIL, 1997).

(...) não se aplica às ações de fiscalização do Tribunal de Contas da União o sigilo bancário de que trata o art. 38 da Lei nº 4.595/64, sendo inadmissível a sonegação de quaisquer processos, documentos ou informações solicitadas no exercício das diversas espécies de inspeções ou auditorias realizadas pelo TCU, em face das normas constitucionais e legais em vigor, sob pena das sanções previstas em lei.

Porém, a novidade da mencionada decisão é a conclusão de que (*idem*):

d) finalmente há que ressaltar que, se a Constituição Federal consagrou os fins para a fiscalização contábil, financeira e orçamentária – a auditoria operacional é uma das formas de fiscalização –, por parte deste Tribunal, então **a constituição também há de assegurar os meios para que essa fiscalização se concretize, com fundamento no princípio constitucional dos poderes implícitos.** (grifo nosso)

Assim, pode-se considerar que o TCU, desde o final dos anos 90, entende que possui competência para compartilhamento de documentos sob sigilo bancário para fins de auditoria a partir de um “princípio constitucional dos poderes implícitos”, ainda que a elaboração do que seria esse princípio constitucional e se ele corresponderia à aplicação da Teoria dos Poderes Implícitos. Apesar da ausência de elaboração ou mesmo da menção imprecisa à Teoria dos Poderes Implícitos, é importante lembrar que o Supremo Tribunal Federal já tratava da teoria em seus julgados desde a década de 1950, sendo possível a utilização de seus fundamentos pelo Tribunal de Contas da União de maneira espontânea e mesmo sem maiores reflexões.

Por sua vez, a Decisão nº 675/1997-Plenário se refere a denúncia formulada sobre o descumprimento de decisão do TCU que determinou a restituição do processo à origem, em diligência, para regularização de pensão militar. Não há discussão sobre Teoria dos Poderes Implícitos. A menção a “poder implícito” se dá num contexto em que se argumenta que a possibilidade do Tribunal de Contas da União realizar determinações de correções e anulações de ato administrativo se dá diretamente de disposições legais e constitucionais, e não de mero poder implícito. Assim, a decisão entra no que será tratado posteriormente como utilização da teoria para reforço argumentativo das próprias competências do Tribunal definidas por lei, em contrário senso à aplicação da Teoria dos Poderes Implícitos.

Por fim, a Decisão nº 171/1999-Plenário refere-se à solicitação formulada pelo Senado Federal para pronunciamento do Tribunal de Contas da União quanto à legalidade de dispositivo de Medida Provisória editada pelo Poder Executivo referente à competência dos órgãos do sistema de controle externo e interno para fiscalização da aplicação de recursos federais descentralizados a estados e municípios por meio de convênio²⁷. Para além da aplicação da Teoria dos Poderes Implícitos, trata-se de decisão bastante interessante, que demandaria estudo próprio, em que o próprio Poder Legislativo, pelo Senado Federal, titular do controle externo do Poder Executivo, aciona o Tribunal de Contas da União para se pronunciar quanto à legalidade e à constitucionalidade de texto legal.

Ainda que se trate de mero pronunciamento do TCU quanto à questão, esvaziado de qualquer normatividade, faz-se menção à atual discussão sobre a possibilidade da Corte de Contas em realizar o controle de constitucionalidade difuso quando da aplicação de normas em seus julgados, o que vinha fazendo amparado da Súmula nº 347 do Supremo Tribunal Federal, editada em 1963, que dispõe que “o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”. Recentemente, por decisões de relatoria Ministro Alexandre de Moraes²⁸ o STF vem afastando essa possibilidade, indicando que, quando muito, o TCU somente poderia reconhecer a inconstitucionalidade de normas que já passaram por julgamento do próprio Supremo Tribunal Federal.

Especificamente quanto à aplicação da Teoria dos Poderes Implícitos, a Decisão nº 171/1999-Plenário traz o termo “poder implícito” apenas em proposta de dispositivo da unidade técnica instrutora, ao indicar por (BRASIL, 1999)

a) conhecer da solicitação formulada pelo Senado Federal, nos termos do art. 71, inciso VII, da Constituição Federal, transmitindo-se ao Congresso Nacional o pronunciamento do TCU sobre a matéria, fazendo constar que ao Poder Legislativo assiste não somente a prerrogativa de fazer as leis e aprovar as medidas provisórias, como também o poder implícito de rejeitar ou desfazer disposições inconstitucionais, como na hipótese objeto da presente solicitação.

É importante ressaltar que a menção a poder implícito não referencia às competências do próprio Tribunal de Contas da União, mas sim às competências do próprio Congresso Nacional, como titular de competências e executor de diretrizes da Constituição Federal. Dessa forma, na interpretação do Tribunal de Contas da União, se cabe ao Congresso Nacional a prerrogativa de fazer as leis e aprovar as medidas provisórias, estaria implícita à essa

²⁷ Medidas provisórias 1.626-51 e 1.751-64.

²⁸ Mandados de Segurança 35.410, 35.490, 35.494, 35.498, 35.500, 35.836, 35.812 e 35.824.

prerrogativa a possibilidade de rejeitar ou desfazer as disposições inconstitucionais dessas medidas provisórias, inclusas e implícitas no poder de apreciação dessas medidas. Apesar de o TCU não ser uma Corte Constitucional e não constituir propriamente em órgão julgante, vê-se bastante semelhança desse entendimento com o do próprio caso *McCulloch x Maryland*, que inaugurou a Teoria dos Poderes Implícitos, em que a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu que a Constituição americana disponha sobre suas finalidades, cabendo implicitamente ao Congresso estadunidense dispor sobre as medidas para a persecução dessas finalidades, como tratado no capítulo inaugural deste trabalho.

Brevemente analisados os três casos anteriores ao precedente do MS 24.510/DF, resta claro que, apesar de em dois deles aparentemente o Tribunal de Contas da União fazer referência à elementos da Teoria dos Poderes Implícitos, isso não o foi feito de forma elaborada e estruturada, ou mesmo com referência a outras decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto. Sequer foi feita referência à teoria propriamente dita, mas a termos como “poder(es) implícito(s)”.

Uma segunda conclusão parcial ao se analisar a quantidade de decisões que mencionam a Teoria dos Poderes Implícitos é a de que, após a decisão do Supremo Tribunal Federal no MS 24.510/DF, ao final de 2003, as menções à teoria por parte do Tribunal de Contas da União se tornaram constantes, apesar de em baixíssimo volume. A situação somente muda a partir de 2016, com leve aumento, e em 2017, com o pico da análise, com 56 acórdãos que mencionam a teoria. A partir de 2018, a medida de decisões que fazem referência à teoria diminui para por volta de 25 julgados por ano, em estabilização.

Uma análise prévia desses números poderia apontar que o Tribunal de Contas da União estaria explorando de maneira mais intensa a Teoria dos Poderes Implícitos para a justificação de seus julgados, diversificando o argumento pelos diversos assuntos que aborda. Entretanto, aproximando a análise de cada julgado, vê-se que na realidade o aumento expressivo em 2017 se deu a partir de julgados dos Ministros Benjamin Zymler e José Múcio Monteiro em casos de concessão de aposentadoria, como será exposto a seguir. Esse aumento expressivo em 2017 trouxe reflexos nos anos seguintes a partir do julgamento de recursos contra essas decisões. Verifica-se tamanho aumento porque, dos 75 acórdãos proferidos pelos dois ministros somados, o que corresponde a 39% da amostra total obtida, 49 desses acórdãos foram proferidos com texto padrão para a situação, como se verá a seguir.

3.1.2 Análise de resultados por ministro relator.

Passando para o segundo elemento identificador utilizado para análise, trata-se da quantidade de decisões por Ministro Relator. Trata-se de análise de interesse para se verificar se o tema é adotado com maior frequência por algum Ministro Relator em específico ou se foi adotada de forma uniforme por todos os ministros do plenário.

Tabela 2 – Número de decisões do Tribunal de Contas da União que mencionam a Teoria dos Poderes Implícitos por Ministro Relator.

Ministro Relator	Quantidade de acórdãos
Adylson Motta (1999-2006)	1
Ana Arraes (2011-)	6
André de Carvalho (2008-)	16
Aroldo Cedraz (2007-)	16
Augusto Nardes (2005-)	16
Augusto Sherman (2001-)	8
Benjamin Zymler (2001-)	45
Bruno Dantas (2014-)	8
Humberto Guimarães Souto (1995-2004)	1
Iram Saraiva (1994-2003)	1
José Múcio Monteiro (2009-2020)	30
Marcos Bemquerer (2001-)	2
Marcos Vinícios Vilaça (1988-2009)	3
Raimundo Carreiro (2007-)	15
Ubiratan Aguiar (2001-2011)	2
Valmir Campelo (1997-2014)	6
Vital do Rêgo (2014-)	8
Walton Alencar Rodrigues (1999-)	6
Weder de Oliveira (2008-)	3

Fonte: Autor

Dos números acima expostos, vê-se que a grande maioria dos julgados, 77%, refere-se à ministros relatores da atual composição do Tribunal de Contas da União, reforçando a ideia de que a importação da Teoria dos Poderes Implícitos na fundamentação dos acórdãos da Corte de Contas é recente. Quando se soma os acórdãos de relatoria do Ministro José Múcio Monteiro, aposentado ao final de 2020, essa porcentagem chega a 93%.

Seis ministros se destacam com mais de 10 acórdãos relatados que fazem menção à Teoria dos Poderes Implícitos. São os ministros André de Carvalho, Aroldo Cedraz, Augusto Nardes, Benjamin Zymler, José Múcio Monteiro e Raimundo Carreiro.

Ponto fora da curva é o do Ministro Benjamin Zymler, para o qual, dos 45 acórdãos relatados que fazem menção à Teoria dos Poderes Implícitos, 23 foram relatados em Câmara. Aprofundando a análise dos assuntos desses acórdãos, chega-se à conclusão que todos esses 23 acórdãos foram proferidos em casos de concessão de aposentadoria, especialmente em casos de bônus de eficiência em auditores da Receita Federal. Também chama atenção a menção à Teoria dos Poderes Implícitos por parte do Ministro José Múcio Monteiro, com 30 acórdãos relatados, todos pelo Plenário. Aprofundando a análise dos assuntos desses acórdãos, 26 acórdãos foram proferidos em casos de concessão de aposentadoria, à semelhança do que ocorreu no caso do Ministro Benjamin Zymler.

O caso específico dos acórdãos referentes à concessão de aposentadoria a auditores da Receita Federal com bônus de eficiência será detalhado na seção seguinte deste capítulo.

3.1.3 Análise de resultados por colegiado decisor.

Por fim, o terceiro elemento identificador utilizado para análise é o de colegiado decisor. Tratar-se de análise de interesse para se verificar se o Tribunal de Contas da União utiliza e menciona a Teoria dos Poderes Implícitos apenas em casos de maior complexidade e relevância – usualmente levados para decisão em Plenário – ou se são igualmente utilizados em casos mais corriqueiros e de menor complexidade – usualmente decididos por uma das duas Câmaras.

A divisão de competências entre o Plenário e as Câmaras tem sede no Regimento Interno do Tribunal de Contas, conforme disposição expressa na própria Lei Orgânica da Corte²⁹, em seus artigos 15 a 17. Segundo essas disposições, cabe privativamente ao Plenário do TCU, entre outros, deliberar originalmente sobre³⁰: (i) o parecer prévio relativo às Contas do Presidente da República; (ii) solicitações do Congresso Nacional; (iii) incidentes de uniformização de jurisprudência; (iv) conflito de lei ou de ato normativo do poder público com a Constituição Federal, em matéria de competência do Tribunal; (v) inabilitação de responsável e inidoneidade de licitantes; (vi) adoção de medidas cautelares, com a possibilidade de antecipação da medida pelo relator ou pelo Presidente da Corte; (vii) consulta sobre matéria de competência do

²⁹ Lei Federal nº 8.443, que dispõe sobre.

Art. 67. O Tribunal de Contas da União poderá dividir-se em Câmaras, mediante deliberação da maioria absoluta de seus ministros titulares.

§1º Não será objeto de deliberação das Câmaras matéria de competência privativa do Plenário, a ser definida no Regimento Interno.

§2º A competência, o número, a composição, a presidência e o funcionamento das Câmaras serão regulados no Regimento Interno.

³⁰ Regimento Interno do Tribunal de Contas da União. Artigo 15, inciso I, alíneas a, b, c, d, e, i, n, o, p, q, r e s.

Tribunal; (vii) denúncia; (viii) matéria regimental ou de conflito de competência entre relatores e (ix) competência residual sobre matérias não expressamente designadas às Câmaras.

Adicionalmente às matérias de aspecto jurisdicional, outras questões administrativas também são de competência do Plenário.

Além disso, há disposições expressas quanto à avocação de processos em razão de sua relevância ou mesmo de envio de processos pelo relator ou pelas câmaras³¹, inclusive por razões de relevância da matéria, como traz o §1º do artigo 17 do Regimento Interno:

§1º Os assuntos de competência das câmaras, exceto os previstos no inciso VII, poderão ser incluídos na pauta do Plenário pelo relator, ou por deliberação da câmara acolhendo proposta de ministro ou sugestão de ministro-substituto ou do representante do Ministério Público, sempre que a relevância da matéria recomende esse procedimento.

Quanto à competência das Câmaras, igual entre elas, com diferenciação apenas quanto à composição dos ministros, o Regimento Interno do TCU aponta para deliberar sobre: (i) prestação de tomada de contas, inclusive especial (mas desde que não implique em declarações de inidoneidade ou de inabilitação, por exemplo); (ii) atos de admissão e registro de aposentadorias e (iii) representações, inspeções e fiscalizações que não sejam de competência do Plenário.

Resta clara, portanto, a existência de uma divisão por relevância e complexidade dos assuntos levados à Plenário e às Câmaras. Assim, entende-se que a análise do número de decisões do Tribunal de Contas da União que mencionam a Teoria dos Poderes Implícitos por colegiado decisor traz indícios sobre quando a teoria é aplicada, se em matérias mais simples ou mais complexas, e em que proporção. Catalogando-se a amostra de 193 decisões, chegou-se ao resultado abaixo.

Tabela 3 – Número de decisões do Tribunal de Contas da União que mencionam a Teoria dos Poderes Implícitos por colegiado decisor.

Colegiado decisor	Quantidade de acórdãos
Plenário	147
Primeira Câmara	42
Segunda Câmara	13

Fonte: Autor

³¹ Regimento Interno do Tribunal de Contas da União. Artigo 16, incisos II, III e IV.

De início, vê-se que uma quantidade relevante de julgados do TCU que mencionam a Teoria dos Poderes Implícitos é realizada pelo Plenário, 76% da amostra total. Como não há discriminação explícita nos acórdãos quanto ao motivo para julgamento do processo em Plenário, não é possível aprofundar a avaliação quanto à proporção de processos que mencionam a Teoria dos Poderes Implícitos por sua natureza. De todo modo, interessante destacar a presença inclusive de julgamentos de parecer prévio relativo às Contas do Presidente da República e diversas solicitações do Congresso Nacional – como uma das primeiras menções registrada no espaço amostral, ainda antes do próprio precedente do MS 24.510/DF, Decisão nº 171/1999, já tratada acima. Também, chama a atenção a utilização da Teoria dos Poderes Implícitos para justificar a adoção de medidas cautelares de indisponibilidade de bens de terceiros, o que certamente direciona esses casos para a análise em Plenário, hipótese que terá tratamento neste trabalho mais à frente.

Se o número isolado de 76% já aponta para uma alta concentração de julgamentos em Plenário, ele fica ainda mais destacado quando comparado com os números gerais do Tribunal de Contas da União. Para ilustrar, aponta-se na tabela abaixo a proporção de distribuição de processos para julgamento entre o Plenário e as Câmaras do TCU nos anos de 2016 a 2020, últimos 5 anos completos no momento da elaboração deste trabalho.

Tabela 4 – Proporção de distribuição de processos para julgamento entre o Plenário e as Câmaras do Tribunal de Contas da União nos anos de 2016 a 2020³².

Ano	Qtd. Plenário [A]	Qtd. Câmaras [B]	Proporção de casos julgados em Plenário [A/(A+B)]
2020	4550	28033	13,9%
2019	3159	27916	10,2%
2018	3088	27901	9,9%
2017	2925	21.633	11,9%
2016	3215	21241	13,1%
Soma	16937	126724	13,4%

Fonte: Autor

Ou seja, nos últimos 5 anos, em média, o Tribunal de Contas da União julga apenas 13,4% dos seus casos em Plenário, enquanto, para todo o período da amostra, a proporção de

³² A obtenção dos números foi feita a partir da própria ferramenta de pesquisa de Acórdãos do portal do Tribunal de Contas da União, já mencionada quando da explanação da metodologia do levantamento de informações.

casos que mencionam a Teoria dos Poderes Implícitos que são levados ao Plenário, colegiado que julga os casos de maior relevância e complexidade, é de 76%.

Inclusive, interessante apontar que o acórdão proferido em julgamento de parecer prévio relativo a contas do Presidente da República, Acórdão nº 2.523/2016-Plenário, de relatoria do Ministro José Múcio Monteiro, relativo às contas do exercício de 2015, da presidente Dilma Rousseff. Trata-se de acórdão no qual houve nova avaliação das “pedaladas fiscais”, um dos motivos que fundamentaram o *impeachment* da presidente. Na oportunidade, a Teoria dos Poderes Implícitos foi mencionada para contrapor alegação das contrarrazões da Presidente da República no sentido de que o Tribunal de Contas da União teria usurpado competência legiferante do Congresso Nacional ao definir o conteúdo da prestação de contas anual do Presidente da República sujeita a parecer prévio. O TCU, no parecer prévio aprovado, defendeu que o poder regulamentar é disposto por Lei Orgânica e Regimento Interno, mas que, ainda que não o fosse, decorreria da Teoria dos Poderes Implícitos, “que reconhece que a instituição precisa dispor dos meios para exercer a missão que lhe foi conferida pela Constituição” (BRASIL, 2016). Encaixa-se, portanto, na utilização da Teoria dos Poderes Implícitos como reforço argumentativo das competências do Tribunal de Contas da União.

3.1.4 Conclusões parciais referentes à análise dos resultados do levantamento.

Feita a análise a partir dos elementos identificadores apontados ao início desta seção, vale repassar as conclusões parciais.

Quanto à análise a partir do ano da decisão, ficou claro que a menção à Teoria dos Poderes Implícitos ou a “poderes implícitos” apenas começa a aparecer de forma mais consistente, ainda que em quantitativa não tão elevado, somente a partir de 2006, a partir de quando há resultados de busca em todos os anos da amostra. Os três resultados obtidos após 1992 e anteriores a 2004 – primeiro ano após a decisão do Supremo Tribunal Federal no caso paradigma MS 24.510/DF – fizeram menção genérica a “poderes implícitos”, não podendo se concluir por uma menção intencionada ou elaborada à Teoria dos Poderes Implícitos.

Também chamou atenção o baixo número de resultados até pelo menos 2016, com menos de 10 (dez) resultados por ano por até 12 anos após a decisão paradigmática do Supremo Tribunal Federal. Entende-se que esse relativo baixo número de resultados se dá não por uma rejeição do Plenário do Tribunal de Contas da União à aplicação da teoria, mas sim por um posicionamento institucional da Corte de Contas por entender que suas competências estão devidamente delineadas pela Constituição Federal de 1988, principalmente em seus artigos 70

e 71, e pela Lei Federal nº 8.443/1992, Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União. Se o TCU entende que suas competências – e seus “poderes” – são explícitos e determinados por lei, não há que se utilizar a Teoria dos Poderes Implícitos para justificação de suas decisões. Isso fica mais claro nas decisões em que a Teoria dos Poderes Implícitos, embora não utilizada, é mencionada como um reforço argumentativo da competência do Tribunal, como será melhor demonstrado em subseção abaixo.

A partir de 2017, o número de menções à Teoria dos Poderes Implícitos sobe expressivamente, atingindo 56 resultados nesse ano. Entretanto, isso não se trata de uma “descoberta” da Teoria dos Poderes Implícitos para aplicação em diferentes assuntos analisados pelo Tribunal de Contas da União. Ao contrário, trata-se de aplicação da Teoria em um caso específico de concessão de aposentadorias com bônus de eficiência para Auditores da Receita Federal, replicado por necessidade de impugnação de registro de aposentadoria por cada um dos auditores aposentados, em 75 dos acórdãos da amostra (39% da amostra obtida).

Quanto à análise por ministro relator, tem-se que a formação atual do Plenário do Tribunal de Contas da União corresponde a 77% dos julgados que mencionam a Teoria dos Poderes Implícitos, percentual que sobe a 93% quando se considera os julgados do Ministro José Múcio Monteiro, aposentado ao final de 2020. Tal fato reforça a atualidade da utilização da teoria na argumentação do TCU.

Por fim, quanto à análise por colegiado decisor, vê-se a utilização da Teoria dos Poderes Implícitos predominantemente em casos de Plenário, em 76% da amostra, o que aponta no sentido contrário da distribuição usual do julgamento dos casos pelo Tribunal de Contas da União, de, por exemplo, apenas 14% do total de julgamentos realizados em Plenário. Embora boa parte dos julgamentos em Câmara seja de registro de pessoal, esse resultado demonstra que a Teoria dos Poderes Implícitos é utilizada predominantemente em casos mais complexos.

Ultrapassada a conclusão parcial da análise quanto aos elementos identificadores, passa-se à exposição das hipóteses de incidência selecionadas da Teoria dos Poderes Implícitos em julgados do Tribunal de Contas da União.

3.2 HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA DA TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS NOS JULGADOS DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Superada a exposição da metodologia de coleta e análise de dados da jurisprudência do Tribunal de Contas da União que utilizam a Teoria dos Poderes Implícitos e a análise de resultados pelos elementos identificadores selecionados – por ano da decisão, por ministro

relator e por colegiado decisor – passa-se agora a realizar uma avaliação qualitativa dos resultados obtidos. Isso se faz a partir do método de análise de conteúdo, conforme já exposto no início deste capítulo. Por meio da organização do material analisado – o levantamento de 193 acórdãos do TCU obtidos conforme explanado acima – e de leitura flutuante dos resultados obtidos, passou-se à escolha daquelas decisões que trazem assuntos de interesse para análise da aplicação da Teoria dos Poderes Implícitos pela Corte de Contas. Essa escolha se deu orientada por assuntos ou que possuíssem produção bibliográfica referenciável ou por reincidência em julgados.

Dessa forma, a partir da exposição a seguir, busca-se mostrar as situações nas quais o Tribunal de Contas da União menciona a Teoria dos Poderes Implícitos em situações diferentes daquelas previstas no acórdão paradigma do STF.

3.2.1 Aplicação nos casos de registro de aposentadoria com Bônus de Eficiência

Como apontado nas subseções deste trabalho referentes às análises dos resultados obtidos a partir do levantamento de decisões do Tribunal de Contas da União por ano e por ministro relator, a partir de 2017 houve maior incidência de menções à Teoria dos Poderes Implícitos nos julgados da Corte de Contas, principalmente, pela sua utilização de maneira seriada em decisões proferidas em casos de concessão de aposentadoria que envolviam bônus de eficiência em auditores da Receita Federal.

Tabela 5 – Acórdãos referentes a casos de Bônus de Eficiência, por ministro relator

Ministro relator	Acórdãos	
André Luís de Carvalho	631/2018-Plenário	630/2018-Plenário
Benjamin Zymler	10536/2018-Primeira Câmara 2790/2018-Primeira Câmara 2254/2018-Primeira Câmara 2889/2017-Plenário 2888/2017-Plenário 2887/2017-Plenário 2886/2017-Plenário 2885/2017-Plenário 2884/2017-Plenário 2883/2017-Plenário 2882/2017-Plenário 2881/2017-Plenário 2880/2017-Plenário 2879/2017-Plenário	11232/2017-Primeira Câmara 11231/2017-Primeira Câmara 10518/2017-Primeira Câmara 10517/2017-Primeira Câmara 10516/2017-Primeira Câmara 10515/2017-Primeira Câmara 10514/2017-Primeira Câmara 10513/2017-Primeira Câmara 10512/2017-Primeira Câmara 10511/2017-Primeira Câmara 10510/2017-Primeira Câmara 10509/2017-Primeira Câmara 2463/2017-Plenário 2000/2017-Plenário
Bruno Dantas	198/2019-Plenário	

Ministro relator	Acórdãos	
José Múcio Monteiro	113/2018-Plenário 112/2018-Plenário 111/2018-Plenário 110/2018-Plenário 109/2018-Plenário 2902/2017-Plenário 2901/2017-Plenário 2900/2017-Plenário 2899/2017-Plenário 2769/2017-Plenário 2768/2017-Plenário 2767/2017-Plenário 2766/2017-Plenário	2765/2017-Plenário 2764/2017-Plenário 2763/2017-Plenário 2762/2017-Plenário 2761/2017-Plenário 2760/2017-Plenário 2759/2017-Plenário 2758/2017-Plenário 2757/2017-Plenário 2756/2017-Plenário 2755/2017-Plenário 2754/2017-Plenário

Fonte: Autor

Os acórdãos referentes a essa situação foram 56 (cinquenta e seis), conforme indicado na tabela 5.

Tabela 6 – Quantidade de decisões referentes a Bônus de Eficiência, por ano da decisão.

Ano	Qtd. de decisões
2017	45
2018	10
2019	1
Total	56

Fonte: Autor

Tem-se, portanto, que dos 193 resultados de acórdãos do Tribunal de Contas da União que fazem menção à Teoria dos Poderes Implícitos, 56 (cinquenta e seis), 29% da amostra total, tratam do registro de aposentadorias com Bônus de Eficiência. Além dos números expressivos quando comparado à amostra, a partir das informações da tabela seis (6) também é possível concluir que boa parte desses julgamentos se deu em blocos de acórdãos de numeração sequencial, o que demonstra que os casos foram reunidos para julgamento conjunto com a mesma fundamentação.

Dada a grande representatividade do assunto, importante destacar sobre o que se trata e como a Teoria dos Poderes Implícitos foi utilizada para apoiar a fundamentação dos acórdãos do Tribunal de Contas da União.

O Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Aduaneira da Receita Federal do Brasil (“Bônus de Efetividade”) é uma gratificação instituída por meio da Medida Provisória 765, convertida na Lei Federal nº 13.464, em resposta a greve dos auditores da Receita Federal

em outubro de 2016. Inicialmente, a MP designava que o valor a ser distribuído a título de bônus corresponderia à totalidade (i) das multas tributárias arrecadadas e (ii) da receita obtida com a alienação de bens apreendidos pela Receita Federal, o que foi afastado após grande reação da sociedade civil organizada (CERIONI, 2020).

Na conversão em lei, ficou determinada a criação de Comitê Gestor do Programa de Produtividade da Receita Federal do Brasil, que deveria estabelecer a forma de gestão do programa de bônus e sua metodologia para a mensuração da produtividade. Enquanto não houvesse a regulamentação, incidiriam bônus fixos às categorias – o que perdura até hoje e é objeto de processos distintos no Tribunal de Contas da União³³.

Quanto à análise da fundamentação do Tribunal de Contas da União sobre o assunto, primeiro passo utilizado foi a identificação do “acórdão paradigma” da questão. Como “acórdão paradigma” entende-se aquele citado posteriormente e replicado pelas decisões padronizadas sobre o assunto. Após verificação nos acórdãos mencionados na tabela cinco (5), chegou-se à conclusão que o “acórdão paradigma” é o Acórdão nº 2000/2017-Plenário, primeiro da série e replicado nos demais.

Trata-se da Representação nº 021.009/2017-1, que dizia respeito à aplicação direta de lei federal, a Lei Federal nº 13.464/2017, que restou questionada em razão de alegada violação a princípios constitucionais. Nessa representação, a discussão travada entre Tribunal de Contas da União e a própria União, representada pela Advocacia-Geral da União, foi sobre se o Bônus de Eficiência tem natureza de verba previdenciária, e que, portanto, somente poderia incidir em aposentadorias e pensões daqueles que chegaram a prestar contribuições sobre essas verbas (tese do TCU) ou se constitui verba variável por produtividade dos servidores ativos, atendida por fundo criado por lei para esse fim específico, e distribuída a inativos e pensionistas por opção política legítima do Congresso Nacional (tese da União). Se vencedora a tese do TCU, dispositivos da lei questionada que determinam o pagamento a inativos seriam inconstitucionais, por estarem em desacordo com os princípios da solidariedade, da contributividade e do equilíbrio financeiro e atuarial, insculpidos no *caput* do artigo 40 da Constituição Federal.

³³ Trata-se do TC 005.283/2019-1, Representação com vistas a avaliar a conformidade do pagamento do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira e na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho, instituído pela Medida Provisória 765/2016, posteriormente convertida na Lei 13.464/2017, e dos Honorários Advocatícios de Sucumbência a servidores públicos, regulamentados pela Lei 13.327/2016, diante dos requisitos exigidos na Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF), na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e, ainda, no art. 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), relatado pelo Ministro Bruno Dantas.

Em despacho cautelar, o ministro relator Benjamin Zymler decidiu por determinar aos Ministérios da Fazenda e do Trabalho que se abstivessem de pagar a inativos e pensionistas o Bônus de Eficiência e Produtividade de que trata a Lei nº 13.464/2017 até o final da representação.

No Acórdão nº 2000/2017-Plenário, o ministro relator Benjamin Zymler deu provimento ao agravo da União contra despacho próprio para negar conhecimento à representação, determinar seu arquivamento e revogar a medida cautelar anteriormente deferida. Isso porque, acolhendo argumento da União, a impugnação da simples efetivação do comando direto de lei federal aprovada pelo Congresso Nacional teria natureza de declaração de inconstitucionalidade em tese pelo Tribunal de Contas da União, de ofício, hipótese esta que não estaria prevista na Constituição Federal.

Entretanto, ainda que decidindo por não conhecer da representação, o plenário do TCU acabou por determinar à unidade técnica do Tribunal que fiscalizasse o pagamento do Bônus de Eficiência nos casos concretos que lhe forem submetidos – o que acabou acontecendo nos casos constantes da tabela seis (6). Isso por ter entendido que (BRASIL, 2017):

Evidentemente que essa competência do TCU refere-se à apreciação da constitucionalidade das leis e atos do Poder Público em caráter incidental e a cada caso concreto que lhe é submetido, com efeitos apenas entre as partes, haja vista que a declaração de inconstitucionalidade em abstrato, com efeitos *erga omnes*, somente compete ao STF.

Curiosamente, uma das determinações do acórdão também foi de encaminhar cópia do inteiro teor do processo ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e ao Procurador-Geral da República³⁴, legitimados universais para ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, pra que tivessem ciência do entendimento do TCU e tomassem as providências que entendessem cabíveis – o início de ações de controle constitucional concentrado que o Tribunal de Contas da União não poderia fazer.

Quanto à menção à Teoria dos Poderes Implícitos, o Acórdão nº 2000/2017-Plenário o traz para afastar argumento da União de que inexistiria autorização constitucional ou legal expressa para que o Tribunal de Contas da União pudesse apreciar a constitucionalidade das leis e atos do Poder Público. No caso específico, aponta que o poder geral de cautela reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº 24.510/DF abrangia, também, o poder de afastar a aplicação das leis consideradas inconstitucionais pelo

³⁴ O que já foi feito, mediante Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6562, ajuizada pelo Procurador-Geral da República Augusto Aras, questionando a constitucionalidade do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira.

Tribunal, no regular exercício de suas atribuições constitucionais – embora o julgado estivesse restrito às partes e tenha se referido a situação específica de controle em procedimentos licitatórios. Para tanto, reproduz trecho do voto do Ministro Celso de Mello, do STF, no julgamento do Mandado de Segurança nº 24.510/DF, no qual apontou que (BRASIL, 2003):

A atribuição de poderes explícitos ao Tribunal de Contas, tais como enunciados no art. 71 da Carta Fundamental da República, supõe que se lhe reconheça, ainda que por implicitude, a titularidade de meios destinados a viabilizar a adoção de medidas cautelares vocacionadas a conferir real efetividade às suas deliberações finais, permitindo, assim, que se neutralizem situações de lesividade, atual ou iminente, ao erário público.

Vale ressaltar que mesmo a solução encontrada pelo Tribunal de Contas da União para declara a inconstitucionalidade incidental do Bônus de Eficiência para inativos e pensionistas, amparada na Teoria dos Poderes Implícitos, não vem sendo acolhida pelo próprio Supremo Tribunal Federal. Isso porque, em diversos julgados de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes³⁵ vem sendo conferidas decisões liminares para garantir a manutenção da percepção desses valores.

De toda forma, além da discussão acerca da aplicação da Teoria dos Poderes Implícitos ao caso, o Acórdão nº 2000/2017-Plenário também traz outras questões interessantes, que fogem ao objeto deste trabalho e podem ser melhor abordadas em outras oportunidades, como a aplicação da Súmula nº 347 do Supremo Tribunal Federal, que autorizaria ao Tribunal de Contas da União a realizar controle de constitucionalidade de normas, e a própria natureza dos Tribunais de Contas, já que trecho do acórdão afirma terem natureza jurídica de Tribunais Constitucionais Administrativos.

3.2.2 Determinação de indisponibilidade de bens de terceiro contratado

Outro assunto recorrente nos julgados do Tribunal de Contas da União que mencionam a Teoria dos Poderes Implícitos é a determinação de indisponibilidade de bens de terceiros não gestores públicos pela Corte de Contas, inclusive renovando a medida além de um ano, em interpretação da norma permissiva.

A questão se tornou recorrente muito por causa de sua aplicação em casos de fraudes a licitações e de corrupção entre agentes públicos e particulares, especialmente nos casos da

³⁵ São as decisões nos Mandados de Segurança 35.410, 35.490, 35.494, 35.498, 35.500, 35.836, 35.812 e 35.824.

Operação Lava Jato e da aquisição da Refinaria de Pasadena, nos Estados Unidos, por parte da Petrobras.

A medida, como aponta o próprio Tribunal de Contas da União, tem como objetivo assegurar o resultado útil do processo relacionado à apuração do prejuízo causado ao erário, e, assim, deve ser decretada conforme os requisitos da “fumaça do bom direito e do perigo na demora” (SANDRI JUNIOR; VIEIRA, 2018). Nesses casos, o *fumus boni iuris* decorreria da materialidade do dano, bem como dos indícios probatórios sobre a autoria dos fatos lesivos. O perigo, ao seu turno, decorre da gravidade das falhas e da relevância em se preservar o erário, mostrando-se, então, como dispensável a existência de concreta dilapidação do patrimônio por parte dos responsáveis ou até mesmo como outra conduta que tende a inviabilizar o ressarcimento ao erário (BRASIL, 2018) Portanto, trata-se em verdade de uma espécie cautelar disposta em lei para aplicação do TCU.

Cumprido destacar que a competência para decretar tais medidas decorre do que se encontra previsto no artigo 44, § 2º, da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, em que se reitera:

Art. 44. No início ou no curso de qualquer apuração, o Tribunal, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, determinará, cautelarmente, o afastamento temporário do responsável, se existirem indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções, possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao Erário ou inviabilizar o seu ressarcimento.

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

§ 2º Nas mesmas circunstâncias do caput deste artigo e do parágrafo anterior, poderá o Tribunal, sem prejuízo das medidas previstas nos arts. 60 e 61 desta Lei, decretar, por prazo não superior a um ano, a indisponibilidade de bens do responsável, tantos quantos considerados bastantes para garantir o ressarcimento dos danos em apuração (BRASIL, 1992).

Assim, percebe-se que certa jurisprudência posta pelo Supremo Tribunal Federal diverge da competência do Tribunal de Contas no que toca à determinação do bloqueio de bens dos particulares em virtude de prejuízos causados aos cofres públicos (ROSILHO, 2016). Porém, há decisões do Supremo que perpassam pelos dois lados, ainda que o Plenário do STF ainda não tenha apreciado a temática (SANDRI JUNIOR; VIEIRA, 2018). A primeira dessas correntes sustenta a ideia de que o Tribunal de Contas da União dispõe de uma competência que o permite decretar a indisponibilidade dos bens dos agentes públicos e privados em virtude dos prejuízos causados aos cofres públicos em razão das circunstâncias caracterizadas como graves, desde que justificada a necessidade de proteção efetiva ao patrimônio público. Isso

decorre do fato de que o Tribunal de Contas da União disporia de um poder geral de cautela, criando, nesse processo, uma prerrogativa constitucional.

Essa prerrogativa constitucional, por sua vez, decorreria de suas próprias atribuições, sendo que essas se encontram expressamente previstas na Constituição Federal de 1988. Assim, torna-se possível decretar a indisponibilidade dos bens, e, dessa forma, este mecanismo torna-se uma forma a partir da qual pode-se viabilizar o exercício de sua missão constitucional.

Nesse sentido, cumpre destacar que o Tribunal de Contas da União deve atuar segundo alguns princípios, sendo necessário ter em mente o princípio da proteção ao erário. Destarte, frisa-se que, ao contrário dos processos administrativos em geral, na Tomada de Contas Especial, deve-se partir do pressuposto de que a Administração tem, como dever, dispensar esforços para que o erário seja protegido (FERNANDES, 2005). Recompõe-se, dessa forma, os prejuízos experimentados ou, ainda, determina-se providências para obter a prestação de contas das autoridades omissas. Ademais, constata-se que, nos processos em geral, há uma acusação direta a alguém ou, ainda, uma lide entre determinadas pessoas. Já no caso de TCE, a relação jurídica a ser desenvolvida interliga aquilo que configura um dano presumível (o fato, no caso) ao dever de recompor o erário (SANDRI JUNIOR; VIEIRA, 2018). Além disso, cumpre mencionar o exposto no artigo 16, §2º da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União.

O dispositivo determina que a Corte de Contas, ao decidir pela irregularidade das contas em razão dos danos causados ao erário, derivados, portanto, do ato de gestão ilegítimo, antieconômico, ou, ainda, em virtude do desfalque ou desvio de dinheiro, bens ou valores públicos, fixar-se-á a responsabilidade solidária do agente público que praticou o ato irregular e, ainda, do terceiro que, enquanto contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo no que toca ao dano apurado (FERNANDES, 2005).

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes, julgou o mencionado dispositivo da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União no Mandado de Segurança nº 35.623, em que frisa que o Tribunal de Contas da União, ao exercer a fiscalização dos contratos, instaura as Tomadas de Contas Especiais e, dessa forma, aplica sanção a um terceiro que, enquanto contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, tenha contribuído para o cometimento do dano apurado (SANDRI JUNIOR; VIEIRA, 2018). Diante do exposto, e considerando que o artigo 5º, II dessa mesma lei, que é a regra matriz interpretativa que dispõe sobre a jurisdição da Corte de Contas, abarca todos aqueles que deram causa a perda, extravio ou qualquer outro tipo de irregularidade resultante de dano causado ao erário, verifica-se que os particulares que contratam com a Administração enquadrar-se-iam, ainda, como personalidade responsáveis pela aplicação dos recursos públicos (ROSILHO, 2016).

A corrente sustenta, ainda, a noção de que o Tribunal de Contas da União tem competência perante aos particulares que concorreram para o cometimento do dano causado ao erário, uma vez que se entende, nessa perspectiva, que a atuação daquela Corte decorre da origem pública dos recursos, e não, portanto, da natureza jurídica dos terceiros envolvidos (ANELLI, 2019). Considerando esta perspectiva, estaria, portanto, o Tribunal de Contas da União apto a decretar o bloqueio de bens dos particulares, visto que o artigo 44, §2º de sua Lei Orgânica reitera que a indisponibilidade restará comprovada e recairá sobre o responsável pelo dano ao erário, ou, ainda, será verificado nos casos em que possa constatar-se e caracterizar-se a inviabilidade do ressarcimento, desde que atendidos esses aspectos (SANDRI JUNIOR; VIEIRA, 2018).

É exatamente nesse sentido que se enquadram as decisões verificadas no levantamento dos acórdãos que fazem menção à Teoria dos Poderes Implícitos que tratam da decretação de indisponibilidade de bens de terceiros. Os acórdãos referentes a essa situação foram 23 (vinte e três), conforme indicado no quadro a seguir. Trata-se, portanto, de assunto presente em aproximadamente 12% da amostra total de 193 acórdãos.

Tabela 7 – Acórdãos referentes a casos de decretação de indisponibilidade de bens de terceiros, por ministro relator.

Ministro relator	Acórdãos	
André Luís de Carvalho	<i>1421/2019-Plenário</i> <i>724/2019-Plenário</i> <i>366/2019-Plenário</i> <i>365/2019-Plenário</i> <i>364/2019-Plenário</i> <i>363/2019-Plenário</i>	<i>279/2019-Plenário</i> <i>2227/2018-Plenário</i> <i>1982/2018-Plenário</i> <i>1876/2019-Plenário</i> <i>397/2018-Plenário</i>
Augusto Sherman	1545/2019-Plenário 2472/2018-Plenário	1956/2017-Plenário 2452/2016-Plenário
Bruno Dantas	<i>735/2019-Plenário</i>	
Benjamin Zymler	<i>1657/2019-Plenário</i> <i>115/2019-Plenário</i>	<i>2428/2016-Plenário</i>
Vital do Rêgo	387/2018-Plenário 441/2017-Plenário	1720/2016-Plenário 425/2016-Plenário

Fonte: Autor. *Acórdãos referentes a assuntos relacionados à Operação Lava Jato *em itálico*. Assuntos relacionados à Aquisição da Refinaria de Pasadena **em negrito**.

Observa-se que todos os 23 acórdãos sobre decretação de indisponibilidade de bens que fazem menção à Teoria dos Poderes Implícitos foram proferidos por apenas 5 ministros, todos da atual composição da Corte de Contas, e todos a partir de 2016. Trata-se, portanto, de assunto que muito recentemente surgiu em discussão no Tribunal de Contas da União. Isso se explica, também, pelo fato de 20 desses 23 acórdãos se referirem a processos relacionados à Operação

Lava Jato ou à aquisição da Refinaria de Pasadena, temas que apenas viriam chegar ao TCU a partir de 2013³⁶.

Mas, ainda sobre o assunto, importante apontar por outros três achados nessa seleção da amostra. O primeiro, é a existência de diversos acórdãos que, mesmo fundamentando pela possibilidade de o Tribunal de Contas da União decretar a indisponibilidade de bens de terceiros, não o faz, sob a justificativa de que a medida seria administrativamente trabalhosa e pouco eficiente quando comparado com a extensão do dano³⁷, principalmente para os processos que tratam de danos multimilionários, como são os relacionados à Operação Lava Jato e à aquisição da Refinaria de Pasadena, que muitas vezes alcançam cifras bilionárias. O segundo, é o de situações em que o Tribunal de Contas da União, ainda que fundamentando sua competência genérica para adotar a medida, não o faz, por respeito à jurisdição universal do juízo falimentar³⁸. E o terceiro, por fim, é a utilização da Teoria dos Poderes Implícitos para fundamentar a prorrogação da decretação de indisponibilidade de bens de terceiros por período superior a 1 ano, em contrariedade manifesta à lei, como nos casos dos Acórdãos nº 1545/2019-Plenário, nº 735/2019-Plenário, nº 441/2017-Plenário e nº 425/2016-Plenário, este último citado pelos demais, no qual se fundamentou a medida da seguinte maneira (BRASIL, 2016b):

65. A despeito de o normativo estabelecer que a medida será adotada com prazo não superior a um ano, inexistente limitação formal quanto à possibilidade de nova decretação, quando permanecerem presentes os requisitos iniciais para a sua adoção. Assim, não vejo óbice para que, por decisão igualmente do Plenário do TCU, a Corte, por período igualmente não superior a um ano, decrete novamente a indisponibilidade dos bens dos responsáveis. Essa medida tem por fim assegurar o desfecho da análise do mérito processual e, conseqüentemente, numa interpretação lógico-sistemática da lei, o alcance do seu objetivo, qual seja, garantir o ressarcimento do potencial dano ao erário.

66. Essa abordagem também encontra respaldo na teoria dos poderes implícitos, que, em essência, reporta que a Constituição, ao conceder uma função a determinado órgão ou instituição, também lhe confere, implicitamente, os meios necessários para a consecução desta atividade.

67. Sobre o tema, importante transcrever excerto do voto condutor do MS 24.510, de relatoria da eminente Ministra Ellen Gracie do Supremo Tribunal Federal:

³⁶ Todos os acórdãos proferidos pelo Plenário, uma vez que, como já exposto na subseção “3.1.3 Análise de resultados por colegiado decisor”, cabe apenas ao Plenário a adoção de medidas cautelares.

³⁷ Por exemplo, a sequência dos Acórdãos nº 363 a 366/2019-Plenário, de relatoria do Ministro André Luís de Carvalho.

³⁸ Por todos, o Acórdão nº 1982/2018-Plenário, também de relatoria do Ministro André Luis de Carvalho, no qual se assentou que (BRASIL, 2018b):

3. A então agravante alegou, em suma, que a aludida cautelar teria sido concedida sem o prévio contraditório, extrapolando os limites da competência do TCU, além de ter deixado de atentar para a existência da fumaça do bom direito e do perigo na demora, até porque a medida seria desnecessária, já que a referida sociedade empresária estaria sob o regime de recuperação judicial, com os seus bens controlados pelo juízo de recuperação e pelo correspondente administrador judicial, salientando, ainda, que a aludida cautelar causaria imediato e grave prejuízo à continuidade das operações da empresa e, com isso, à própria pretensão de ressarcimento.

[omissis]

68. do contrário, devido à complexidade das matérias que comumente envolvem a decretação da medida acautelatória, aliado, inclusive, às não incomuns ações protelatórias que recaem sobre esses tipos de processos, estaríamos nos defrontando com uma regra inócua.

De todo modo, vencida análise qualitativa da amostra, há uma característica comum ressaltada em diversos dos julgados. Ela está relacionada com o respeito à natureza jurídica das decisões proferidas pelos Tribunais de Contas. Elas são reconhecidas, pelo STF, como decisões administrativas, e, assim, não se pode esquecer que as decisões proferidas por Tribunais de Contas possuem uma essência intrinsecamente administrativa, uma vez que o órgão é desprovido de caráter jurisdicional (ANELLI, 2019). Um ponto a ser observado é que o Supremo Tribunal Federal não parece ter analisado, até esse momento, sob a ótica da validade dos atos administrativos, se essas decisões cautelares que restringem o patrimônio privado das empresas contratantes com o Estado são capazes de atender a todos os requisitos relacionados à validade do ato administrativo (SANDRI JUNIOR; VIEIRA, 2018).

Ademais, outro ponto preconizado nas decisões em questão, sob o argumento de preservação do interesse público, trata-se da ausência de fundamento normativo para que o Tribunal de Contas da União seja competente de promover a determinação da indisponibilidade de bens de particulares (ANELLI, 2019). Assim sendo, com todo o respeito a devido a alguns preceitos, considerando a atuação das Cortes de Contas, entende-se que o TCU deveria se ater aos limites estabelecidos tanto pela Constituição quanto pela própria Lei. Essa necessidade se dá em virtude do fato de que os processos administrativos, tanto no âmbito do TCU quanto da Administração, devem respeitar aos princípios norteadores da atividade administrativa, sobretudo aqueles relacionados à aplicação das sanções pelo Estado (SANDRI JUNIOR; VIEIRA, 2018).

Diante desse cenário, considerando que a Constituição atribuiu ao Tribunal de Contas da União a competência relacionada à proteção das contas públicas e à preservação de danos causados ao erário, nota-se que a expressão “dano ao erário” e “prejuízo ao erário” seriam processos capazes de revelar que não pode, e na verdade, o TCU encontra-se impossibilitado de atuar em todo e qualquer caso. O seu papel, portanto, cabe quando se identifica a ocorrência do dano, ou, então, de prejuízos causados aos cofres públicos (SANDRI JUNIOR; VIEIRA, 2018). Entendemos, ainda, que diante desses dispositivos, estabelece-se que submetem-se à atividade fiscalizadora do TCU os “administradores” e os demais responsáveis pelo dinheiro, bens e valores públicos.

Assim, assegura-se que deve haver o respeito às posições contrárias, porém, parece uma prática que não se refere aos particulares, mas sim aos agentes públicos responsáveis pelas contas públicas das entidades da Administração, seja ela direta ou indireta (ANELLI, 2019). Nota-se que os Tribunais de Contas são órgãos de suma relevância no que toca à fiscalização e organização dos gastos públicos, perpassando pelas esferas Federal e Estadual, e, em alguns casos, admite o âmbito Municipal. Verifica-se, também, que devem atuar como julgadores, e, assim, o intuito primário é o de zelar pela aplicação dos recursos públicos a partir das prestações de contas, ou, ainda, das Tomadas de Contas ou de Tomada de Contas Especial (SANDRI JUNIOR; VIEIRA, 2018).

Verifica-se que a jurisprudência do Tribunal Federal é pacífica, visto que a indisponibilidade pode recair sobre o agente público, entretanto, em relação aos particulares, concretiza-se de forma divergente, e, dessa forma, constata-se, com base em tais situações, que há entendimentos jurisprudenciais favoráveis e contrários.

3.2.3 Desconsideração da personalidade jurídica de terceiro

A desconsideração da personalidade jurídica de terceiro contratado também é uma ferramenta jurisdicional utilizada por parte do Tribunal de Contas da União, por vezes, com fundamentação na Teoria dos Poderes Implícitos. Ademais, a prática da desconsideração da personalidade jurídica de empresas contratantes com o Poder Público para a responsabilização de seus sócios e administradores é frequente por parte do Tribunal.

Análise sobre a jurisprudência geral do Tribunal de Contas da União³⁹, que reconhece sua competência para desconsiderar a personalidade jurídica das empresas submetidas à sua jurisdição, indica como requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica, embora não necessariamente de modo cumulativo: (i) a existência dos pressupostos previstos no artigo 50 do Código Civil, isto é, a configuração do abuso de direito mediante o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial⁴⁰; (ii) a constatação de ação ou omissão dos agentes voltada à prática de irregularidades⁴¹; (iii) a presença de elemento subjetivo – mais especificamente, de dolo – nessa conduta⁴²; (iv) via de regra, a presença de poder de decisão, por parte dos sócios ou dos

³⁹ Realizado em virtude de atividade profissional para público interno.

⁴⁰ Exemplo, os acórdãos nº 2396/2018-Plenário e nº 4407/2016-1ª Câmara.

⁴¹ Conforme exposto em diversos acórdãos, como os de nº 874/2018-Plenário, nº 2005/2017-Plenário e nº 4407/2016-1ª Câmara.

⁴² Indicado, por exemplo, nos acórdãos nº 720/2019-Plenário e 2474/2019-1ª Câmara.

administradores, no âmbito da empresa⁴³; e (v) no caso dos administradores, a extrapolação dos limites de suas competências definidas no ato constitutivo da pessoa jurídica⁴⁴.

Paralelamente a isso, adiciona-se situações nas quais (vi) a presença de dano ao erário ou de outras irregularidades foi considerada suficiente para caracterizar o abuso da personalidade jurídica, levando à sua desconsideração e (vii) o TCU aplicou o instituto por constatar fraude na constituição de empresas⁴⁵.

Todavia, ainda que existente farta jurisprudência do Tribunal de Contas da União sobre o assunto, não se pode desconsiderar o fato de que não existe disposição legal expressa que confira à Corte de Contas a competência explícita para a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica. É justamente para preencher esse vácuo de legitimidade que os acórdãos sobre o assunto mencionam a Teoria dos Poderes Implícitos

Os acórdãos referentes a essa situação foram apenas 4, correspondentes a 2% da amostra total analisada. O baixo número de acórdãos não permite maiores aprofundamentos quantitativos.

Tabela 8 – Acórdãos referentes a casos de desconsideração da personalidade jurídica, por ministro relator.

Ministro relator	Acórdãos
Ana Arraes	11559/2018-Segunda Câmara
André Luís de Carvalho	2333/2014-Segunda Câmara
Augusto Nardes	2879/2017-Segunda Câmara
Benjamin Zymler	2619/2019-Plenário

Fonte: Autor

Entretanto, ao analisar cada um dos acórdãos, observa-se que o que se vê transposta é a discussão havida no Mandado de Segurança 32.494/DF, perante o Supremo Tribunal Federal, no qual, mediante decisão monocrática do Ministro Celso de Mello, que havia suspenso penalidade de suspensão de licitar e contratar com a Administração Pública Federal imposta a uma empresa, a outra, com fundamento na teoria da desconsideração expansiva da personalidade jurídica. A denegação da ordem ocorreu sob o argumento de que o próprio Supremo Tribunal Federal ainda não havia se pronunciado sobre a aplicação da *disregard doctrine* no âmbito de processos administrativos. Entretanto, em trecho desse mesmo Mandado de Segurança 32.494/DF reproduzido pelas decisões do Tribunal de Contas da União, o Ministro Celso de Mello apontou que, no mérito, entendia pela possibilidade de o TCU

⁴³ Demonstrado pelo Tribunal de Contas da União nos acórdãos nº 2252/2018-Plenário e nº 973/2018-Plenário.

⁴⁴ Como no acórdão nº 707/2019-Plenário.

⁴⁵ Como ocorreu em diversas situações, como nos acórdãos nº 3879/2019-2ª Câmara, nº 11559/2018-2ª Câmara e nº 1470/2017-Plenário.

desconsiderar a personalidade jurídica de empresas sob sua jurisdição, inclusive por fundamentação na Teoria dos Poderes Implícitos. Dessa decisão, por exemplo, extraem-se os seguintes trechos (BRASIL, 2013):

Tenho para mim, em juízo de mera deliberação (em afirmação compatível, portanto, com esta fase de incompleta cognição), que o E. Tribunal de Contas da União, ao exercer o controle de legalidade sobre os procedimentos licitatórios sujeitos à sua jurisdição, possuiria atribuição para estender a outra pessoa ou entidade envolvida em prática comprovadamente fraudulenta ou cometida em colusão com terceiros a sanção administrativa que impôs, em momento anterior, a outro licitante (ou contratante), desde que reconheça, em cada situação que se apresente, a ocorrência dos pressupostos necessários à **aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica**, pois essa prerrogativa **também comporia a esfera de atribuições institucionais daquela E. Corte de Contas, que se acha instrumentalmente vocacionada a tornar efetivo o exercício das múltiplas e relevantes competências que lhe foram diretamente outorgadas pelo próprio texto da Constituição da República.**

Isso significa que **a atribuição de poderes explícitos ao Tribunal de Contas, como enunciados no art. 71 da Lei Fundamental da República, supõe que se lhe reconheça, ainda que por implicitude, a titularidade de meios destinados a viabilizar a adoção de medidas vocacionadas a conferir real efetividade às suas deliberações finais, permitindo, assim, que se neutralizem situações de lesividade, atual ou iminente, ao erário e ao ordenamento positivo.**

(...) De outro lado, e a despeito de o instituto da desconsideração da personalidade jurídica somente haver sido objeto de regulação legislativa em tempos mais recentes, (...) parece-me que **a ausência de autorização legal outorgando ao Tribunal de Contas da União competência expressa para promover ‘the lifting of the corporate veil’ não violaria, aparentemente, o postulado da legalidade, eis que a aplicação, em nosso sistema jurídico, da ‘disregard doctrine’, como sabemos, precedeu, em muitos anos, a própria edição dos diplomas legislativos anteriormente referidos, como resulta de decisões proferidas por nossos Tribunais judiciais (...) e reconhece o magistério da doutrina (...).**

É importante acentuar que a aplicação do instituto da desconsideração (‘disregard doctrine’), por parte do Tribunal de Contas da União, encontraria suporte legitimador não só na teoria dos poderes implícitos, mas, também, no princípio constitucional da moralidade administrativa, que representa um dos vetores que devem conformar e orientar a atividade da Administração Pública (CF, art. 37, ‘caput’), em ordem a inibir o emprego da fraude e a neutralizar a prática do abuso de direito, que se revelam comportamentos incompatíveis com a essência ética do Direito.

Entretanto, além dessa decisão monocrática, embora não haja ainda decisão colegiada acerca da competência do Tribunal de Contas da União para desconsiderar a personalidade jurídica, existem outras decisões no Supremo Tribunal Federal acerca da questão, inclusive no sentido de não reconhecer competência do TCU para a aplicação do instituto.

Decisão em sentido contrário à proferida pelo Ministro Celso de Mello no Mandado de Segurança 32.494/DF, por exemplo, foi adotada pelo Ministro Marco Aurélio no MS nº 35.920/DF, impetrado contra decisão do TCU que determinou expressamente a desconsideração da personalidade jurídica.

O Ministro Marco Aurélio, no caso, entendeu que a aplicação do instituto não encontraria previsão legal expressa, devendo ser suspensa, ao menos até o julgamento do mérito do processo, por força do princípio da legalidade. Em seu entendimento, não haveria vácuo normativo que permitisse a aplicação da teoria dos poderes implícitos (BRASIL, 2018c):

Prevalece, como garantia dos cidadãos em relação ao Estado, o **princípio da legalidade estrita**, segundo o qual a Administração Pública pode agir apenas quando expressamente autorizada por lei. Revela-se impróprio, como forma de justificar atribuição não legalmente prevista, articular com a aplicação analógica de outras normas – por exemplo, o artigo 14 da Lei nº 12.846/2013 – ou com cláusulas gerais, tais como a proteção à moralidade e a supremacia do interesse público. **Quanto à denominada teoria dos poderes implícitos**, reitero o que fiz ver ao examinar o caso relacionado à legitimidade do Ministério Público para investigar condutas criminosas – recurso extraordinário nº 593.727, acórdão publicado no Diário da Justiça eletrônico de 8 de setembro de 2015. A Constituição Federal, ao estabelecer atribuições, visa assegurar o equilíbrio entre os órgãos públicos, surgindo prejudicial ao bom funcionamento do Estado Democrático de Direito a concentração de poder, razão pela qual interpretações que o ampliem devem ser vistas com reservas. Os artigos 70 e 71 da Lei Maior, a versarem o Tribunal de Contas da União, mostram-se claros, **não se verificando vácuo normativo a permitir o recurso à referida teoria**.

Até o momento, portanto, não há posicionamento consolidado do STF acerca da possibilidade ou não de haver desconsideração da personalidade jurídica pelo TCU.

No entanto, além dos posicionamentos jurisprudenciais do próprio Tribunal de Contas da União e do Supremo Tribunal Federal, também vale socorrer-se de apoio doutrinário sobre o tema.

Por exemplo, considerando a previsão do incidente de desconsideração da personalidade jurídica pelo Código de Processo Civil, há entendimentos no sentido de que tal instituto somente poderia ser aplicado no âmbito judicial, pela existência de reserva de jurisdição. Isso porque a disciplina do Código de Processo Civil implicaria numa vedação à efetivação da desconsideração sem intervenção jurisdicional, impossibilitando a qualquer outro sujeito público que não o Estado-Jurisdição que adote essa solução (JUSTEN FILHO, 2016). Assim, nesse entender, a desconsideração da pessoa jurídica seria ato privativo do juiz, impedido de agir de ofício, dada a necessidade de provocação de parte ou do Ministério Público (DUARTE, 2018).

Por todos, traz-se o posicionamento de Thiago Bueno de Oliveira (2017), que bem delineou a questão a partir da edição do Código de Processo Civil de 2015:

É claro que diante do princípio da constitucionalidade/constitucionalismo, há uma superação do princípio da legalidade e reconstrução do interesse público fundamentados na doutrina tradicional, e que juntamente com a moralidade administrativa tratada como valor constitucional revestido de caráter ético-jurídico, condicionante da legitimidade e da validade dos atos estatais, levam à uma construção teórica minimamente razoável para cancelar a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica em âmbito administrativo.

Contudo, especialmente a partir da edição do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15), o referido instituto foi alçado como incidente processual a ser tratado/instruído/decido por uma única autoridade, ou seja, o juiz de direito (assim como sempre deveria ter sido, com base na essência original desse mesmo instituto), motivo pelo qual entendemos ser absolutamente escorreita a guinada de entendimento do TCU (um dos vários legitimados à tratar administrativamente a desconsideração da personalidade jurídica) proferida recentemente no âmbito do Acórdão nº 98/2017 Plenário.

Em face de todo o exposto, chegamos à conclusão de que a previsão de eventual desconsideração da personalidade jurídica em sede administrativa, pulverizando sua competência julgadora para um rol extraordinariamente extenso, em uma perspectiva de mera delibação (em afirmação compatível, portanto, com este ensaio de incompleta cognição), não se traduz no melhor enquadramento técnico para sua viabilidade.

Há também, contudo, quem considere que a desconsideração da personalidade jurídica pode ser realizada em sede administrativa, e ainda pelo próprio TCU. Observa-se, apenas, que os posicionamentos encontrados (i) ou provêm da própria Corte de Contas ou se baseiam no posicionamento dessa, (ii) ou são anteriores ao CPC/15, não contemplando eventual vedação à aplicação do instituto em sede administrativa trazida por esse diploma.

Nesse sentido é o posicionamento, por exemplo, de Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti (2010), que defendem a aplicação do instituto pelo Tribunal de Contas da União desde que respeitados os parâmetros adotados em sede judicial, fundamentado no princípio da moralidade, entendendo que posicionamento contrário poderia estimular a prática de fraudes. Trata-se do posicionamento atual do próprio TCU. De maneira semelhante, Sérgio Honorato dos Santos (2015) e Flávia Albertin de Moraes (2009).

3.2.4 Compartilhamento de sigilos bancário e fiscal com o Tribunal de Contas da União

Ainda que não tenha sido quantitativamente relevante como outras das questões apresentadas acima, com apenas 8 resultados (4% da amostra), destaca-se pela sua relevância assunto referente à utilização da Teoria dos Poderes Implícitos para evitar a imposição de sigilos bancário e fiscal ao Tribunal de Contas da União.

Tabela 9 – Acórdãos referentes a casos que discutiram o compartilhamento de sigilos bancário e fiscal com o Tribunal de Contas da União, por ministro relator.

Ministro relator	Acórdãos
André Luís de Carvalho	1191/2017-Plenário
Aroldo Cedraz	2105/2020-Plenário 2697/2019-Plenário 1042/2018-Plenário 1040/2018-Plenário
Augusto Sherman	3032/2015-Plenário
Iram Saraiva	538/1997-Plenário.
Raimundo Carreiro	1174/2019-Plenário

Fonte: Autor

A palavra sigilo, em português, deriva do termo latino “*sigillum*”. Este, dentro os seus significados múltiplos, aponta para a noção de “selo” (GOMES; ABRAHAM; PEREIRA, 2016). Em relação ao seu uso, destaca-se que está ligado à prática histórica de se fazer uso de selos de chumbo ou de cera quente para lacras as correspondências, e, assim, o não rompimento do selo antes que a carta chegasse ao seu destinatário garantiria a confidencialidade do conteúdo. É esta a razão para que, hoje, o termo sigilo seja associado a algo secreto e protegido. Desse modo, o sigilo no âmbito bancário, por exemplo, é o dever jurídico que as instituições de crédito, as organizações auxiliares e os seus empregados têm de não revelar, salvas as exceções, as informações sobre a atividade bancária que desempenham (BELLINETTI, 1996). A doutrina brasileira aponta que a expressão “sigilo bancário” não consta na Constituição de 1988.

Encontra-se, então, prevista como corolário no artigo 5º, incisos X e XII⁴⁶. Assim, destaca-se que, no Brasil, o sigilo bancário sempre foi tratado como um dogma, compreendido

⁴⁶ Constituição Federal de 1988. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

(...)

como um direito absoluto, em que se protege o direito à privacidade e a inviolabilidade dos dados pessoais (CAVALCANTE, 2002). O sigilo é instituído, portanto, para preservar a vida privada e a própria intimidade, uma vez que a movimentação financeira é capaz de revelar muito sobre o sujeito, seus gostos, preferências e idiosincrasias (CAMPOS, 1997). Desse modo, uma parte muito elementar da vida pessoal do cidadão é revelada a partir de sua conta bancária.

O que cada um veste; o que oferece ao cônjuge e aos filhos; os estudos dos filhos; o volume da sua leitura; as próprias aventuras extraconjugais, tudo é revelável através de uma consulta perspicaz da sua conta bancária. Não constituindo hoje as famílias autarquias econômicas, quase toda a sua vida de relação com os outros é cognoscível através das suas aquisições e vendas de bens e de serviços. Conhecer a conta bancária é conhecer os traços fundamentais da vida privada de cada um; é ter o ponto de partida para conhecer o outro (CAMPOS, 1997, p. 210).

O sigilo fiscal, por sua vez, está muito relacionado à atividade da Secretaria da Receita Federal do Brasil, que, no que concerne ao objeto desse estudo, usualmente coloca restrições de acesso à informação por parte do Tribunal de Contas da União. Isso porque, em processos de controle externo, a Receita Federal usualmente nega acesso aos dados protegidos pelo sigilo fiscal, o que gerou um problema que se tornou o centro de uma dissensão jurídica, tendo, como potencial, a produção de inúmeros desdobramentos jurídicos quanto a este acesso (BITTENCOURT; RECK, 2016). Assim sendo, destaca-se que o ponto central da questão está ligado, justamente, a como a Secretaria da Receita Federal do Brasil tem utilizado o sigilo fiscal.

De princípio, frisa-se que, a rigor, não há uma definição *stricto sensu* de sigilo fiscal que vigora na lei, de modo que a definição utilizada trata-se, portanto, de uma construção hermenêutica (PEREIRA, 2018). Como tal, combina os princípios constitucionais com uma interpretação restritiva colocada pelo artigo 198 do Código Tributário Nacional (CTN) (CAETANO; NOGUEIRA, 2020).

Quando se interpreta uma expressão jurídica, é possível chegar a três resultados distintos, sendo eles: (i) a interpretação declarativa, (ii) a interpretação restritiva e (iii) a interpretação extensiva (NADER, 2007). O primeiro deles – interpretação declarativa – é empregada quando o intérprete assume que o legislador dosou as palavras, e, assim, expressam o espírito exato da lei, de modo que, quando o intérprete assume que o legislador disse com as palavras da lei mais do que seria cabível à interpretação, elimina-se aquilo que é considerado

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

como excesso, como amplitude das palavras para além do que convém, e, assim, diminui-se o significado e chega-se a uma interpretação restritiva (*idem*). A interpretação extensiva, por sua vez, concretiza-se quando o intérprete, em sua análise, entende que, nas palavras da lei, o legislador disse menos do que seria conveniente, e, nesse caso, estende o alcance para além do que está escrito no texto legal (*ibidem*).

Reitera-se que o artigo 5º da Constituição Federal de 1988 versa sobre os direitos e deveres individuais e, assim, em seus incisos X e XII, discorre sobre a inviolabilidade da vida privada, assim como dos dados e das comunicações (CAETANO; NOGUEIRA, 2020).

Por outro lado, o Código Tributário Nacional, dentre outros elementos, versa sobre as situações em que é vedada a divulgação dos dados fiscais dos contribuintes, e, ainda, em seu artigo 198⁴⁷, disciplina sobre as exceções à tal vedação. Combinando o dispositivo com o que disciplinam os incisos X e XII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 com o *caput* do artigo 198 do CTN, assume-se uma interpretação restritiva no que toca à palavra “divulgação”, empregado no *caput* do referido artigo. Supõe-se, portanto, que a palavra revela mais do que aquilo que o legislador quis dizer, e, assim, considera-se que o compartilhamento das informações com os órgãos de controle fere o comando legal, e, dessa forma, aponta-se para uma violação ao sigilo fiscal do contribuinte (GOMES; ABRAHAM; PEREIRA, 2016). Assim sendo, a Receita Federal Brasileira, por meio da Portaria nº 2344, de 24 de março de 2011, voltada a seu público interno, estabeleceu quais são os dados a serem protegidos pelo sigilo fiscal:

Art. 2º São protegidas por sigilo fiscal as informações sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades, obtidas em razão do ofício para fins de arrecadação e fiscalização de tributos, inclusive aduaneiros, tais como:

⁴⁷ Lei Federal nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional.

Artigo 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

§ 1º Excetuam-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes:

I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça;

II – solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa.

§ 2º O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo.

§ 3º Não é vedada a divulgação de informações relativas a:

I – representações fiscais para fins penais;

II – inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública;

III – parcelamento ou moratória.

- I - as relativas a rendas, rendimentos, patrimônio, débitos, créditos, dívidas e movimentação financeira ou patrimonial;
- II - as que revelem negócios, contratos, relacionamentos comerciais, fornecedores, clientes e volumes ou valores de compra e venda;
- III - as relativas a projetos, processos industriais, fórmulas, composição e fatores de produção.

Parte do que versa o artigo 2º da mencionada portaria reproduz, de forma literal, aquilo que preconiza o artigo 198 do CTN, especialmente no que toca às informações obtidas em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo, ou, ainda, terceiros; versa-se, também, sobre a natureza e o estado de seus negócios e atividades (CAETANO; NOGUEIRA, 2020). Nota-se, ainda, que a Receita Federal trouxe para a sua portaria a literalidade do comando legal, contudo, acrescentando a expressão “sigilo fiscal”, que não existe na lei.

Tem-se que o entendimento de que o sigilo bancário e fiscal se imponha também aos órgãos de controle como o Tribunal de Contas da União repercute em eventuais auditorias financeiras que envolvam dados do contribuinte, com potenciais efeitos deletérios. Assim, de acordo com o jargão da auditoria, entende-se que aquilo que não foi documentado, não foi realizado, e, desse modo, no caso de o auditor não puder ter acesso aos dados necessários para que ele possa auditar, fica impossibilitado, então, de gerar evidências importantes à consolidação da auditoria, bem como torna dificultosa a emissão de uma opinião ou mesmo de possíveis conclusões acerca desses dados. De forma resumida, pode-se afirmar que tem-se, como consequência, o fato de que o auditor ficará impossibilitado de realizar a sua auditoria e coletar os dados (CAETANO; NOGUEIRA, 2020).

É entremeado a esses conceitos e considerações que o Tribunal de Contas da União utiliza a Teoria dos Poderes Implícitos para justificar o compartilhamento de informações cobertas por sigilo, como o sigilo bancário e o sigilo fiscal. Como representativo da questão, e por ter se aprofundado de forma mais detida nela, selecionou-se o Acórdão nº 1174/2019-Plenário, de relator do Ministro Raimundo Carreiro, para análise.

O mencionado acórdão foi proferido no processo TC 021.258/2018-0, que tratou de auditoria operacional realizada na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil com objetivo de avaliar o grau de auditabilidade do órgão, a fim de identificar os riscos e os impactos do atual estágio de transparência da Administração tributária e de propor melhorias aos processos. Segundo o ministro relator, a própria instauração de uma auditoria operacional sobre o assunto se deu pela “contumácia da Secretaria da Receita Federal em negar acesso do TCU a informações relevantes para que possa ser feita a sua auditabilidade” (BRASIL, 2019).

Quanto à imposição de sigilo fiscal ao Tribunal de Contas da União, a auditoria operacional chegou a diversas conclusões, dentre elas, a de (BRASIL, 2019):

A análise comparativa do fornecimento de informações protegidas por sigilo fiscal realizadas pela Receita Federal e aos diversos órgãos e unidades da Administração Pública demonstrou que os fundamentos da negativa de acesso aos dados ao TCU são inconsistentes, e incoerentes e que é preciso fortalecer a política de compartilhamento de dados;

O compartilhamento dos dados protegidos por sigilo fiscal é condição imprescindível para defesa do interesse público e de promoção da Administração Pública efetiva, ética, ágil e responsável, onde o acesso aos dados sigilosos pelo TCU é atividade meramente instrumental, para se atingir os fins previstos na constituição e nas leis;

A negativa do alcance das normas constitucionais e legais que garantem ao TCU o acesso às informações protegidas por sigilo fiscal, respeitando-se os direitos à intimidade e a vida privada, é causada por processo de interpretação gramatical do texto original do Código Tributário Nacional, desconsiderando-se preceitos básicos de hermenêutica jurídica clássica e constitucional e as alterações fáticas e jurídicas ocorridas nos últimos anos;

Especialmente quanto ao último ponto em que o Tribunal de Contas da União concluiu que a imposição de sigilo fiscal às suas atividades seria derivada de processo de interpretação por demais restritivo do Código Tributário Nacional, que não se coadunaria com as disposições constitucionais sobre a competência da Corte de Contas é que se fez menção à Teoria dos Poderes Implícitos, citando expressamente o julgamento do Mandado de Segurança 24.510/DF (BRASIL, 2019).

Nesta oportunidade não apenas reitero o que disse naquela ocasião como chamo a atenção para o fato de que o Supremo Tribunal Federal, cada vez mais, tem construído o entendimento de que o acesso deste Tribunal a dados protegidos por sigilo fiscal decorre da teoria dos poderes implícitos e não representa quebra do sigilo, mas sim a sua transferência a esta Corte que deve adotar as providências necessárias à proteção dessas informações.

Nesse sentido destaco o *leading case* formado a partir do julgamento do MS 24.510, da relatoria da Ministra Ellen Gracie, no qual o STF reconheceu o poder geral de cautela do TCU, com fundamento da teoria dos poderes implícitos. (...)

Ora, aqui discorda-se da conclusão alcançada pelo acórdão do Tribunal de Contas da União. Se o acesso do Tribunal a dados protegidos por sigilo fiscal decorre da Constituição, da Lei Orgânica do TCU e do próprio Código Tributário Nacional, não se estaria falando de um poder implícito. Ainda mais nesta situação, em que o compartilhamento de informação sigilosa pouco ou nada tem a ver com o caso paradigma do Mandado de Segurança 24.510, que reconheceu poder geral de cautela ao Tribunal de Contas da União.

Andou melhor o acórdão quando buscou precedente do Supremo Tribunal Federal quanto à própria questão, quando, ao julgar o Mandado de Segurança 33.340/DF, de relatoria do Ministro Luiz Fux, entendeu que não se trataria de quebra de sigilo, mas sim de transferência desse sigilo ao TCU. Naquela oportunidade, não foi necessária a menção à Teoria dos Poderes Implícitos.

De todo modo, como resultado da auditoria operacional, foi determinado ao Ministério da Economia que elaborasse plano de ação com vistas a harmonizar a preservação do sigilo fiscal com a necessidade de controle interno e externo do sistema tributário nacional, preservando o núcleo essencial dos princípios constitucionais envolvidos, em um verdadeiro “Plano de Auditabilidade”.

3.2.5 Afastamento da Teoria dos Poderes Implícitos utilizados como tese de defesa

Por fim, traz-se a última hipótese de incidência da Teoria dos Poderes Implícitos nos julgados do Tribunal de Contas da União identificada na análise da amostra de 193 acórdãos que mencionam a teoria. Trata-se do afastamento de alegações de defesa que utilizam a Teoria dos Poderes Implícitos como fundamento de legitimidade de atos administrativos.

Essa situação foi identificada em quatro acórdãos, referentes a 2% da amostra. Essas ocorrências, embora poucas, chamam atenção pelo fato de existirem situações que não é o Tribunal de Contas da União que traz a debate a Teoria dos Poderes Implícitos, mas, sim, gestores ou unidades jurisdicionadas como matéria de defesa de legitimidade e legalidade de seus atos.

Tabela 10 – Acórdãos referentes a casos que afastaram a Teoria dos Poderes Implícitos como tese de defesa.

Ministro relator	Acórdãos
Augusto Nardes	2163/2019-Plenário
Walton Alencar Rodrigues	1407/2017-Plenário
Weder de Oliveira	1925/2019-Plenário 1282/2018-Plenário

Fonte: Autor

Tais resultados são referentes a situações envolvendo Conselhos de Fiscalização Profissional ou Serviços Sociais Autônomos – ou seja, órgãos que não compõem a Administração Pública Direta, mas que são submetidos à jurisdição do Tribunal de Contas da União por fazerem a gestão de dinheiro público, assim entendido pela compulsoriedade de sua arrecadação ou por transferências a partir de contribuições.

Tratam-se de casos oriundos de Fiscalização de Orientação Centralizada concebida com o objetivo de avaliar, em âmbito nacional, os controles da gestão, as receitas, a regularidade das despesas com verbas indenizatórias, as transferências de recursos para terceiros e outros aspectos da gestão dos conselhos de fiscalização profissional. No relatório consolidador dessa fiscalização, constante do Acórdão nº 1925/2019-Plenário, o Ministro Relator Weder de Oliveira apontou dificuldades quanto a esses entes jurisdicionais relativas a (i) rarefeita normatização legal quanto à execução de despesas e à gestão dos conselhos e ao (ii) elevado número de representações e denúncias sobre concessões de diárias, pagamentos de jetons, verbas de representação, além de outros relacionados a conflitos internos levados ao TCU.

A irregularidade específica que provocou defesa do COFEN (Conselho Federal de Enfermagem) a partir da Teoria dos Poderes Implícitos foi a utilização de normas que preveem a possibilidade de receitas com outros serviços e rendas eventuais sem qualquer delimitação de critérios razoáveis.

Em resposta a alegação de irregularidade, o Conselho respondeu nos seguintes termos (BRASIL, 2019b):

922. O Cofen entende que o tema acerca da criação de taxas não previstas em lei ou previstas de forma genérica seria mais bem encaminhado pela ótica da teoria dos poderes implícitos. Seguindo esta teoria, pode-se afirmar que uma vez estabelecidas expressamente as competências e atribuições da autarquia (Lei 5.905/73), esta estaria implicitamente autorizada a utilizar os meios necessários para poder exercer essas competências, desde que não extrapolados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Desta forma, nos moldes da lei, como a inscrição no conselho é requisito indispensável ao exercício da profissão, e o porte da carteira profissional são obrigatórios quando solicitados, a norma conferiu o necessário meio para o custeio da atividade, através da instituição de taxas de expedição das carteiras profissionais (arts. 10, inc. I e 16, 1). Assim, a referida taxa constitui uma importante fonte de receita do conselho que se destina exclusivamente a custear as despesas inerentes ao processo de registro e inscrição de profissionais, sem a qual, o exercício desta atribuição ficará comprometido.

Nos demais casos, a Teoria dos Poderes Implícitos foi levantada para fundamentar não apenas a instituição de taxas para expedição de carteiras profissionais, como também para instituir planos de cargos e salários aos funcionários com possibilidade de incentivo à produtividade e à qualidade dos serviços prestados e criação de cargo honorífico de delegado regional

Essas situações foram afastadas pelo Tribunal de Contas da União sob o argumento de que o poder implícito deve corresponder a um meio necessário sem o qual função atribuída à entidade não ser exequível ou estaria gravemente prejudicado – o que não era o caso, no entendimento do órgão de controle.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para realizar as considerações finais deste estudo, abrir-se-á espaço para resgate das questões e objetivos para idealização deste trabalho. Desta forma: em quais situações o Tribunal de Contas da União utiliza a Teoria dos Poderes Implícitos? E, ainda, também se questiona se, em havendo balizas conferidas pelo Supremo Tribunal Federal para utilização da teoria pela Corte de Contas, se nessas situações identificadas, essas balizas foram efetivamente seguidas.

Para responder essas questões, traçou-se como objetivo principal compreender como se dá a utilização da Teoria dos Poderes Implícitos pelo Tribunal de Contas da União em sua atividade de controle externo e se a aplicação dessa teoria estaria ou não de acordo com fundamentação jurisprudencial conferida pelo Supremo Tribunal Federal para tanto.

O interesse nessa questão de pesquisa foi justificado tanto pela crescente relevância do trabalho institucional do Tribunal de Contas da União no Estado brasileiro – seja em aspectos de discussão financeira e orçamentária do Estado, seja no controle da regulação da atividade econômica, das desestatizações e do controle sobre a legalidade, legitimidade e economicidade dos gestores públicos sob sua jurisdição – quanto pela percepção de que, se por um lado, a Teoria dos Poderes Implícitos havia passado por grande revisão doutrinária no Brasil quando aplicada para justificar o poder investigatório do Ministério Público, por outro, careciam estudos sobre sua aplicação para justificar a atuação do Tribunal de Contas da União em determinadas ocasiões.

Para a persecução desse objetivo, buscou-se inicialmente realizar uma contextualização da própria Teoria dos Poderes Implícitos, com levantamento bibliográfico sobre suas origens e sobre sua importação pelo Supremo Tribunal Federal.

Essa contextualização partiu inicialmente do fato de a Teoria dos Poderes Implícitos ter surgido num contexto de *dual federalismo*, em que se entendiam as competências da União como fechadas ao determinado pelo texto constitucional. Assim, a mencionada teoria surgiu justamente para regular, judicialmente, a extensão da norma constitucional, determinando quais são os poderes do legislador para atingir os fins da Constituição. Reforçando esse contexto de surgimento da teoria para solucionar conflitos federativos, está o próprio fato de o caso paradigma, *McCulloch v Maryland* tratar dos limites do poder de tributar entre União e Estados da federação.

Em sua gênese, portanto, a Teoria dos Poderes Implícitos estava mais relacionada a conflitos federativos de uma federal nascente, nada tendo a ver com a delimitação de

competência de órgãos de cada ente federativo, por exemplo, como é o caso do Tribunal de Contas da União.

Outra conclusão possível a partir do estudo histórico da Teoria dos Poderes Implícitos é o de que ela surge direcionada a um controle judicial do detalhamento legislativo das competências dos entes federados a partir da Constituição. Em outras palavras, quando do surgimento da teoria, o seu destinatário era o Poder Legislativo, que se encontrava limitado às finalidades e previsões do texto constitucional para atuação a partir de uma cláusula de meios necessários e apropriados a execução do poder constitucional (*proper clause*). Nesse modelo, caberia ao Judiciário apenas verificar a presença da *proper cause*, anulando leis que criação “poderes” que não fossem necessários ou apropriados. Assim, tem-se que não decorre poder implícito da lei formal, já que essa já é uma expressão do poder do legislador.

Ora, a partir dessa leitura, ao contrário da interpretação adotada pelo Supremo Tribunal Federal em sua jurisprudência, no que acabou sendo acompanhado por outros entes da federação, como o Ministério Público e o Tribunal de Contas da União, na lacuna de definição de determinadas competências e “poderes” a esses entes, seria o Poder Legislativo que deveria agir para lhe dar maior detalhamento. Pelo contrário, o que ocorreu no Brasil foi a aplicação da Teoria dos Poderes Implícitos diretamente pelo Poder Judiciário para reconhecer competências e poderes a diversos entes, o que acabou levando esses próprios entes a proclamarem seus próprios poderes implícitos.

A constatação de que a Teoria dos Poderes Implícitos tem sido utilizada no Brasil para que entes e órgãos proclamem seus próprios poderes implícitos pode ser visualizada, inclusive, a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o poder investigatório do Ministério Público, ao validar regulamentação do Conselho Nacional do Ministério Público sem ancoragem em lei aprovada pelo Legislativo. Igualmente quanto ao reconhecimento de poder geral de cautela ao Tribunal de Contas da União. Entretanto, como visto ao final deste trabalho, essa possibilidade de autoproclamação de poderes acabou ultrapassando os órgãos de controle externo para serem utilizados até mesmo por conselhos de fiscalização profissional para justificar a criação de taxas ou de cargos não previstos em lei.

Ainda sobre a aplicação da Teoria dos Poderes Implícitos pelo Supremo Tribunal Federal, o que também se observa é a pertinência do conceito de perfeccionismo, visto que coloca a centralidade da relação entre os poderes Legislativos e Judiciário na aplicação do caso concreto pelo juiz (OLIVEIRA, 2008). No caso da mencionada teoria, por exemplo, está o fato de a “doutrina brasileira dos poderes implícitos” prescindir da atuação do Poder Legislativo para a efetivação dos meios necessários e adequados para a concretização dos fins da

Constituição, já que tal efetivação é realizada diretamente por atuação do Poder Judiciário, especialmente quando chancela a entes e órgãos sem função legislativa a possibilidade de autoproclamarem suas competências e poderes.

Após a contextualização da Teoria dos Poderes Implícitos, desde sua origem à importação e atual aplicação no Brasil, passou-se à apresentação do precedente do Supremo Tribunal Federal que reconheceu ao Tribunal de Contas da União poder geral de cautela por meio da teoria. Para tanto, além da exposição do julgado do Mandado de Segurança nº 24.510/DF propriamente dito, realizaram-se considerações sobre o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal de Contas da União.

As considerações sobre o Supremo Tribunal Federal, especialmente no que se refere ao acesso à corte para o controle de constitucionalidade, nos leva a refletir sobre o quão facilitado é o acesso a nossa Corte Suprema para o debate de quaisquer questões de direito que envolvam o controle exercido pelo Tribunal de Contas da União. Isso porque, ainda que questões referentes à jurisdição de contas cheguem à avaliação do Supremo por meio do controle de constitucionalidade, abstrato e concentrado, – como, por exemplo, na avaliação da prescritibilidade de ações de ressarcimento ao erário fundadas em acórdãos do TCU e na possibilidade de Estados determinarem composição própria para seus tribunais de contas estaduais em suas próprias constituições - análise da jurisprudência do STF mostra que as questões referentes à jurisdição de contas são predominantemente levadas ao Supremo por meio de Mandados de Segurança.

Trata-se de possibilidade albergada pela própria Constituição Federal de 1988, quando em seu artigo 102, inciso I, alínea d) incluiu entre as competências do Supremo Tribunal Federal a de processar e julgar originalmente o mandado de segurança contra atos do Tribunal de Contas da União. Esse acesso privilegiado garante ao STF a posição de controle do controlador, vez que as impugnações a decisões do Tribunal de Contas da União que se enquadrem nos requisitos do mandado de segurança, questões de direito, são encaminhadas diretamente para apreciação da Suprema Corte.

Fica evidenciada, portanto, que a função de controle do Tribunal de Contas da União exercida pelo Supremo Tribunal Federal é mais uma das múltiplas atividades a serem desempenhadas pela Corte constitucional, aliando-se às funções de controle constitucional concentrado e recursal. Nem Corte recursal (ou de massa), nem Corte constitucional, mas controlador ordinário do controle externo exercido pelo TCU.

Essa atuação direta, em questões que muitas vezes fogem à matiz constitucional, mas tratam mesmo da aplicação dos normativos que regem a atuação da Corte de Contas, acaba por

implicar que a construção dos posicionamentos do STF sobre essas matérias de interesse se dá aos poucos, paulatinamente, a partir das decisões individuais dos Ministros relatores em decisão liminar em mandado de segurança para, posteriormente, serem chancelados pelas turmas. Assim, como exposto anteriormente no capítulo, tem-se que o controle exercido pelo Supremo Tribunal Federal ao TCU é feito, na maior parte das vezes, a partir do estabelecimento de precedentes-filtro, para aplicação posterior nos próximos casos semelhantes a serem submetidos à Corte constitucional.

A importância desse controle pelo julgamento de mandados de segurança é demonstrada, por exemplo e no que concerne a este trabalho, pelo fato de o Tribunal de Contas da União utilizar como precedente autorizador da utilização da Teoria dos Poderes Implícitos julgado em mandado de segurança. Assim, se por um lado, com a estruturação do controle de constitucionalidade após a Constituição Federal de 1988 o Supremo passou a intervir no desenvolvimento e aperfeiçoamento do direito brasileiro, tem-se que a partir de sua competência de revisar as decisões de direito do Tribunal de Contas, também o Supremo passou a intervir para aprimorar a jurisdição de contas.

As considerações sobre o Tribunal de Contas da União, por sua vez, ao demonstrar a expansão do controle para além do caráter orçamentário, financeiro, patrimonial e contábil, atingindo também caráter operacional, indicando as características de responsabilização jurídica de gestores públicos e apontando a busca por parte da Corte de Contas por novas formas de controle capazes de ultrapassar a mera verificação das características formais dos atos administrativos, incluindo análises de legitimidade, economicidade e eficiência em sua atividade jurisdicional, apontam para fatores que ajudam a explicar o processo de expansão institucional do Tribunal.

Outra consideração possível dessas conclusões é a de que, uma vez que falta aos Tribunais de Contas legitimidade para a execução de suas próprias decisões – já que execuções de multas ou de débitos de dano ao erário ficam dependentes da atuação das advocacias da União, Estados e Municípios, de modo geral, a representação judicial dos órgãos jurisdicionados – as Cortes de Contas estariam buscando outras ferramentas jurisdicionais, outros “poderes implícitos”, para garantir essa execução futura, contornando essa falta de autoexecutoriedade.

A fim mesmo de contrapor e de limitar a possibilidade da autoproclamação de próprios “poderes” por parte de diversos entes da federação, destaca-se a necessidade de aplicação da Teoria dos Poderes Implícitos com respeito à razoabilidade e à proporcionalidade, sem que tal uso extrapole competências constitucionalmente atribuídas (CABRAL, 2018).

Por fim, quanto a aplicação da Teoria dos Poderes Implícitos pelo Tribunal de Contas da União propriamente dita, o levantamento de acórdãos que mencionam a teoria e a análise por identificadores e das hipóteses de incidência da teoria verificadas trazem conclusões importantes para o estudo.

Os identificadores utilizados para classificação e análise das decisões obtidas foram três: (i) por ano da decisão, (ii) por ministro relator e (iii) por colegiado decisor.

Quanto à análise a partir do ano da decisão, ficou claro que a menção à Teoria dos Poderes Implícitos ou a “poderes implícitos” apenas começa a aparecer de forma mais consistente, ainda que em quantitativa não tão elevado, somente a partir de 2006, a partir de quando há resultados de busca em todos os anos da amostra. Os três resultados obtidos após 1992 e anteriores a 2004 – primeiro ano após a decisão do Supremo Tribunal Federal no caso paradigma MS 24.510/DF – fizeram menção genérica a “poderes implícitos”, não podendo se concluir por uma menção intencionada ou elaborada à Teoria dos Poderes Implícitos.

Também chamou atenção o baixo número de resultados até pelo menos 2016, com menos de 10 (dez) resultados por ano por até 12 anos após a decisão paradigmática do Supremo Tribunal Federal. Entende-se que esse relativo baixo número de resultados se dá não por uma rejeição do Plenário do Tribunal de Contas da União à aplicação da teoria, mas sim por um posicionamento institucional da Corte de Contas por entender que suas competências estão devidamente delineadas pela Constituição Federal de 1988, principalmente em seus artigos 70 e 71, e pela Lei Federal nº 8.443/1992, Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União. Se o TCU entende que suas competências – e seus “poderes” – são explícitos e determinados por lei, não há que se utilizar a Teoria dos Poderes Implícitos para justificação de suas decisões. Isso fica mais claro nas decisões em que a Teoria dos Poderes Implícitos, embora não utilizada, é mencionada como um reforço argumentativo da competência do Tribunal, como será melhor demonstrado em subseção abaixo.

A partir de 2017, o número de menções à Teoria dos Poderes Implícitos sobe expressivamente, atingindo 56 resultados nesse ano. Entretanto, isso não se trata de uma “descoberta” da Teoria dos Poderes Implícitos para aplicação em diferentes assuntos analisados pelo Tribunal de Contas da União. Ao contrário, trata-se de aplicação da Teoria em um caso específico de concessão de aposentadorias com bônus de eficiência para Auditores da Receita Federal, replicado por necessidade de impugnação de registro de aposentadoria por cada um dos auditores aposentados, em 75 dos acórdãos da amostra (39% da amostra obtida).

Quanto à análise por ministro relator, tem-se que a formação atual do Plenário do Tribunal de Contas da União corresponde a 77% dos julgados que mencionam a Teoria dos

Poderes Implícitos, percentual que sobre a 93% quando se considera os julgados do Ministro José Múcio Monteiro, aposentado ao final de 2020. Tal fato reforça a atualidade da utilização da teoria na argumentação do TCU.

Por fim, quanto à análise por colegiado decisor, vê-se a utilização da Teoria dos Poderes Implícitos predominantemente em casos de Plenário, em 76% da amostra, o que aponta no sentido contrário da distribuição usual do julgamento dos casos pelo Tribunal de Contas da União, de, por exemplo, apenas 14% do total de julgamentos realizados em Plenário. Embora boa parte dos julgamentos em Câmara seja de registro de pessoal, esse resultado demonstra que a Teoria dos Poderes Implícitos é utilizada predominantemente em casos mais complexos.

Quanto às hipóteses de incidência da Teoria dos Poderes Implícitos, elas foram obtidas a partir de leitura flutuante dos resultados obtidos, com seleção dos casos que possuíssem produção bibliográfica referenciável ou por reincidência em julgados. As hipóteses são: (i) aplicação em casos de registro de aposentadoria com Bônus de Eficiência, (ii) determinação de indisponibilidade de bens de terceiro contratado, (iii) desconsideração da personalidade jurídica de terceiro, (iv) compartilhamento do sigilo fiscal ou bancário ao Tribunal de Contas da União e (v) afastamento da Teoria dos Poderes Implícitos utilizados como tese de defesa por partes de processo de controle externo.

Vê-se, portanto, que a aplicação da Teoria dos Poderes Implícitos pelo Tribunal de Contas da União se dá em uma diversidade de assuntos, perpassando por situação de justificativa de medida cautelar de indisponibilidade de bens de terceiros, próxima, portanto, do caso paradigma do Mandado de Segurança nº 24.510/DF, até situações em que se buscou justificar poderes de controle de constitucionalidade do Tribunal e de defesa das prerrogativas de controle.

As limitações deste estudo se dão na própria necessidade de maiores discussões sobre a temática, bem como, na consolidação da compreensão dos limites e aplicações da Teoria dos Poderes Implícitos, propondo-se então, que estudos com profundidade possam ser realizados. Assim, espera-se que este trabalho possa servir como propulsor e embasamento.

REFERÊNCIAS

- ACCIOLY, J. P. A Competência Subsidiária dos Tribunais de Contas para a Sustação de Contratos Públicos Antijurídicos. **Revista dos Tribunais**, v. 975, p. 101-132, 2017.
- ALMEIDA, J. C. P. de. Aplicabilidade da Teoria dos Poderes Implícitos na Atividade de Polícia Judiciária. **Revista Brasileira de Ciências Policiais**, v. 4, n. 2, p. 49-77, 2014.
- ANELLI, J. M. S. **Juridicidade na aplicação da medida cautelar de indisponibilidade de bens pelo Tribunal de Contas da União contra particulares contratantes com o Estado**. 2019. 99f. Dissertação (Mestrado em Constituição e Sociedade) - Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, DF, 2019.
- ARANTES, R. B.; COUTO, C. G. A Constituição sem fim. *In*: PRAÇA, S.; DINIZ, S (Orgs.). **Vinte anos de Constituição**. São Paulo: Paulus, 2008.
- BARDIN, L. **Análise de conteúdo** (L. de A. Rego & A. Pinheiro, Trads.). Lisboa: Edições 70. (Obra original publicada em 1977), 2006.
- BARROSO, L. R. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, p. 23-50, 2015.
- BARZELAY, M. Instituições Centrais de Auditoria e Auditoria de Desempenho: uma análise comparativa das estratégias organizacionais na OCDE. *In*: **O Controle Externo e a Nova Administração Pública**: uma visão comparativa. Brasília: TCU, 2002, p. 25-78.
- BELLINETTI, L. F. Limitações legais ao sigilo bancário. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 18, 1996.
- BITENCOURT, C. M.; RECK, J. R. Controle da transparência na contratação pública no Brasil—o acesso à informação como forma de viabilizar o controle social da Administração Pública. **Revista do direito**, v. 2, n. 49, p. 96-115, 2016.
- BRAGA, A. de C. O. P. **Resolução 315 do TCU: início de uma revolução no controle?**. JOTA, 2021. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/resolucao-315-do-tcu-inicio-de-uma-revolucao-no-controle-10032021>>, acesso em 12/03/2021.
- BRASIL. **Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências**. Brasília, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm. Acesso em: 06 jun. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 24.510**, Plenário. Rel. Ministra Ellen Gracie, j. 19.11.2003.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 32.494**, Decisão Monocrática. Rel. Ministro Celso de Mello, j. 11.11.2013.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 35.920**, Decisão Monocrática. Rel. Ministro Marco Aurélio, j. 26.09.2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão nº 538/1997**, Plenário. Rel. Ministro Iram Saraiva, j. 27.08.1997.

_____. Tribunal de Contas da União. **Decisão 171/1999**, Plenário. Rel. Marcos Vinícios Vilaça, j. 28.04.1999.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2523/2016**, Plenário. Rel. José Múcio Monteiro, j. 05.10.2016.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 425/2016**, Plenário. Rel. Vital do Rêgo, j. 02.03.2016.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2000/2017**, Plenário. Rel. Benjamin Zymler, j. 13.09.2017.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 435/2018**, Plenário. Rel. André Luís de Carvalho, j. 07.03.2018.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1982/2018**, Plenário. Rel. André Luís de Carvalho, j. 22.08.2018.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1174/2019**, Plenário. Rel. Raimundo Carreiro, j. 22.05.2019.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1925/2019**, Plenário. Rel. Weder de Oliveira, j. 21.08.2019.

BRITTO, C. A. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. **Revista Diálogo Jurídico**, v. 1, n. 9, 2002.

CABRAL, F. G. Os pilares do poder cautelar administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 18, n. 73, p. 115-139, jul./set. 2018

CAETANO, A.; NOGUEIRA, G. S. O sigilo fiscal e a prestação de contas da Presidência da República. **Revista do TCU**, n. 146, p. 56-76, 2020.

CAMBI, E. S.; BOLZANI, H.. O Poder investigatório do Ministério Público como Cláusula Pétrea. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná**, ano 1 - nº 1, dez./ 2014. Curitiba, Paraná.

CAMPOS, D. L. de. O sigilo bancário. **Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais**, n. 3, 1997.

CARMO, R. A. O reconhecimento da autoridade ancilar da FCC pela Suprema Corte norte-americana: convergência com a aplicação da teoria dos poderes implícitos no direito brasileiro. **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, v. 5, n. 1, p. 195-226, 2013.

CARVALHO NETTO, M. de.; SCOTTI, G. **Os Direitos Fundamentais e a (in)certeza do direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CASAGRANDE, C. L.; BARREIRA, J. H.. O caso McCulloch v. Maryland e sua utilização na jurisprudência do STF. **Revista de Informação Legislativa: RIL, Brasília, DF**, v. 56, n. 221, p. 247-270, 2019.

CAVALCANTE, D. L. Sigilo bancário e o devido processo legal. **Revista da AGU**, Brasília, Edição Especial, 2002.

CERIONI, C. Sem regulamentação, bônus pago a auditorias da Receita cria insegurança tributária. **JOTA**. Publicado em 02.10.2020, disponível em <<https://www.jota.info/coberturas-especiais/contencioso-tributario/sem-regulamentacao-bonus-pago-a-audidores-da-receita-cria-inseguranca-tributaria-02102020>>

COELHO, H. A. O papel dos Tribunais de Contas na busca da efetividade do controle externo. **Revista TCEMG**, v. 75, n. 2, p. 66-76, 2010.

COSTA, Karina Amorim Sampaio. **A (falta de) dosimetria da pena no âmbito do tribunal de contas da união em face de sanções aplicadas por ação do ministério público federal ou da controladoria-geral da união com base na lei nº 12.846/2013**. 2019. 188 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2019.

COUTO, C. G.; ARANTES, R. B. Constituição, governo e democracia no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 21, n. 61, p. 41-62, 2006.

DANNEBROCK, P. L. **A teoria dos poderes implícitos e sua aplicação no processo penal brasileiro**. 2011. 29f. Artigo (Bacharel em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 2011.

DIAS, M. R. B. **Os entraves processuais para a utilização da reclamação constitucional como meio de atualização de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no bojo do controle concentrado de constitucionalidade**. 2015. 71f. Monografia (Pós-graduação em Direito Processual Civil) - Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, DF, 2015.

DUARTE, Nestor. In: PELUSO, Cezar (coord.). **Código Civil Comentado** – Doutrina e Jurisprudência, 12ª ed., São Paulo, Manole, 2018

FERNANDES, J. U. J. Os limites do poder fiscalizador do Tribunal de Contas do Estado. **Revista de Informação Legislativa**, v. 36, n. 142, p. 167-190, 1999.

_____. **Tomada de Contas Especial: processo e procedimento nos tribunais de contas e na administração pública**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

FREITAS, H. M. R.; CUNHA, M. V. M., Jr.; MOSCAROLA, J. Aplicação de sistemas de software para auxílio na análise de conteúdo. **Revista de Administração da USP**, 32(3), 97-109, 1997.

GABRIEL, Y. R. **Acordo de leniência e declaração de inidoneidade pelo TCU**. JOTA, 2021. Disponível em: < https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2021/04/16.4.21-Acordo-de-leniencia-e-declaracao-de-inidoneidade-pelo-TCU-_JOTA-Info.pdf>, acesso em 14/06/2021.

GOMES, A. S. Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas: limites materiais de suas decisões e extensão de suas atribuições constitucionais. **Revista Controle-Doutrina e Artigos**, v. 15, n. 1, p. 86-124, 2016.

GOMES, G. M. C. Limites ao controle das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União: casos selecionados em 2018. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, v. 5, n. 2, p. 109-128, outubro 2019.

GOMES, M. L.; ABRAHAM, M.; PEREIRA, V. P. O sigilo bancário e a privacidade do cidadão: alguns aspectos da jurisprudência do STF. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 36, p. 331-349, 2016.

GRUPO PÚBLICO DA FGV DIREITO SP/SBDP. **Observatório do TCU**: julgamentos de março e abril de 2018. São Paulo, SP, 2018.

HABERMAS, J. **Direito e Democracia entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

HODUN, M. **Doctrine of Implied Powers as a judicial tool to build federal Policies** – comparative study on the doctrine of implied powers in the European Union and the United States of America. 2015. 320 f. Tese (Doutorado em Direito) – School of Law, Reykjavik University. Reykjavik: Islândia, 2015.

JUNIOR, J. T. P., DOTTI, M. R. A desconsideração da personalidade jurídica em face de impedimentos para participar de licitações e contratar com a Administração Pública: limites jurisprudenciais. In: **Revista do TCU** 119, set/dez 2010, pp. 47/64

JUSTEN FILHO, M. O novo regime processual da desconsideração da personalidade societária e seus reflexos no âmbito do Direito Administrativo. In: TALAMINI, Eduardo. **Processo e Administração Pública**. Salvador: Jus Podium.

LAVILLE, C., DIONNE, J. **A Construção do saber**: manual de metodologia e pesquisa em ciências humanas. Belo Horizonte, UFMF, 1999.

LIMA, L. H. M. de. **O Tribunal de Contas da União e o controle externo da gestão ambiental**. 2009. 365f. Tese (Doutorado em Planejamento Ambiental) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, 2009.

LIMA, L. H. **Atuação do Tribunal de Contas da União no controle externo da gestão ambiental**. 2016. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9265/1/Atua%C3%A7%C3%A3o%20do%20tribunal.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2021.

MENEZES, M. O tribunal de contas da união, controle horizontal de agências reguladoras e impacto sobre usuários dos serviços. **Revista de Sociologia e Política**, v. 20, n. 43, p. 107-125, 2012.

MORAES, Flavia Albertin de. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica e o processo administrativo punitivo. **Revista de Direito Administrativo (RDA)**, Rio de Janeiro, v. 252, p. 45-65, set./dez. 2009. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7955/6821>>. Acesso em: 25 jul. 2019

NADER, P. **Introdução ao Estudo do Direito**. 28ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

OLIVEIRA, O. C. de. Diante do princípio federativo, seria constitucional uma lei nacional de processo dos tribunais de contas?. **Revista do TCU**, n. 113, p. 13-32, 2008.

OLIVEIRA, T. B. de. Lei Anticorrupção, desconsideração da personalidade jurídica e a pulverização de competência: mudança jurisprudencial a partir do caso SESI/MR. In: **Revista JML de licitações e contratos**, v. 11, n. 44, pp. 30-43, jul./set. 2017.

PALMA, J. B. **Quanto o TCU controla as atividades-fim das agências reguladoras de infraestrutura?**. JOTA, 2019. Disponível em < <https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/10/Quanto-o-TCU-controla-as-atividades-fim-das-ag%C3%A2ncias-reguladoras-de-infraestrutura-JOTA-Info.pdf>>, acesso em 14/06/2021.

PASCOAL, V. O poder cautelar dos Tribunais de Contas. **Revista do Tribunal de Contas da União**, v. 115, p. 103-118, 2009.

PEREIRA, G. L. M. **Limites ao controle das privatizações: entre dúvidas e certezas**. JOTA, 2020. Disponível em <https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2020/01/22.01.20-Gustavo-Limites-ao-controle-das-privatiza%C3%A7%C3%B5es_-entre-d%C3%A2vidas-e-certezas-JOTA-Info.pdf>, acesso em 14/06/2021.

PEREIRA, L. C. A. C. **Sigilo fiscal como óbice à fiscalização dos Tribunais de Contas no controle das receitas públicas: o exemplo de Mato Grosso**. 2018. 112f. Dissertação (Mestrado Profissional em Administração Pública) - Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, DF, 2018.

ROCHA, C. A. A. **O Modelo de Controle Externo exercido pelos Tribunais de Contas e as proposições legislativas sobre o tema**. 2002. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/156>. Acesso em: 08 mar. 2021.

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

SALGADO, B. P.; MASCARENHAS JUNIOR, H. T. A Necessidade de Reforma Constitucional do Tribunal de Contas como aprimoramento ao Sistema de Combate à Corrupção. **Revista Controle-Doutrina e Artigos**, v. 14, n. 1, p. 159-180, 2016.

SALLES, A. A., FERREIRA, F. F. de M. F. Fundamentos e limites da medida cautelar de indisponibilidade de bens decretada pelo Tribunal de Contas da União contra particulares contratados da Administração Pública. In: **Fórum administrativo**, v. 16, n. 188, p. 9-15, out. 2016.

SANTOS, Sérgio Honorato dos. Desconsideração da personalidade da pessoa jurídica no âmbito do TCU. **BOA – Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, NDJ, ano 31, n. 6, p. 675-685, jun. 2015.

SILVA, J. A. da. Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Ano 12, n. 49, p. 368-388, 2004.

SILVA, V. A. da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de direito administrativo**, v. 250, p. 197-227, 2009.

SOARES, D. V. B.; DAMASCENO, V. C. **Prorrogação antecipada da malha paulista no TCU**. JOTA, 2019. Disponível em < <https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/12/Prorroga%C3%A7%C3%A3o-antecipada-da-malha-paulista-no-TCU-JOTA-Info.pdf>>, acesso em 14/06/2021.

SOARES, D. V. B. **TCU e a desburocratização do controle**. JOTA, 2020. Disponível em < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/tcu-e-a-desburocratizacao-do-controle-29042020>>, acesso em 12/03/2021.

SOUSA, P. **A importação da Teoria dos Poderes Implícitos: uma análise comparativa entre a Teoria dos Poderes Implícitos na Suprema Corte Estadunidense e no Supremo Tribunal Federal**. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. 2017.

SOUZA, C. Federalismo, desenho constitucional e instituições federativas no Brasil pós- 1988. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n.24, p.105- 121, 2005.

SUNDFELD, C. A. et al. O valor das decisões do Tribunal de Contas da União sobre irregularidades em contratos. **Revista Direito GV**, v. 13, n. 3, p. 866-890, 2017.

SUNDFELD, C. A., VORONOFF, A.. Art. 27 da LINDB – Quem paga pelos riscos dos processos? In: **Rev. Direito Adm.**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 171-201, nov. 2018.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Regimento Interno**. Resolução TCU nº 246, de 30 de novembro de 2011.

VERISSIMO, M. P. A constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial" à brasileira". **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, p. 407-440, 2008.

VIEIRA, O. V. **Direitos Fundamentais** – uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006.

VIEIRA, G. C.; SANDRINI JUNIOR, W. G. A controvérsia da jurisprudência acerca da competência do Tribunal de Contas da União para decretar a indisponibilidade dos bens de particulares por prejuízo causado ao erário. **FESP Publica**, v. 2, n. 3, p. 1-19, 2018.

VILLALBA-PAREDES, V. La Teoría de los Poderes Implícitos. Existencia Simultánea a la Carta Fundacional. **Iuris Dictio**, v. 7, n. 11, p. 126-138, 2007.

VOJVODIC, A. de. M. **Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal**: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro. 2012. 269f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, 2012.

WALDRON, J. **The Core of the Case Against Judicial Review**. Yale: Yale Law Journal, 2006.

XIMENES, J. M. O Supremo Tribunal Federal e a cidadania à luz da influência comunitarista. **Revista Direito GV**, v. 6, n. 1, p. 119-141, 2010.

ZAMBROTA, L. O caráter vinculativo das recomendações do TCU, proferidos em decisão de tomada de contas: condição de efetividade do controle externo dos gastos públicos. **Revista Interesse Público**, n. 28, p. 252-258, 2004.