

RAFAEL PEREIRA FERNANDES

**CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DE
FOMENTO - UM ESTUDO DAS RELAÇÕES ENTRE TCU E BNDES**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Titular Floriano de Azevedo Marques Neto

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO - SP

2020

RAFAEL PEREIRA FERNANDES

**CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DE
FOMENTO - UM ESTUDO DAS RELAÇÕES ENTRE TCU E BNDES**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob orientação do Professor Titular Floriano de Azevedo Marques Neto.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO - SP

2020

Autorizo a reprodução e divulgação parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

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

Pereira Fernandes, Rafael

CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DE FOMENTO - UM ESTUDO DAS RELAÇÕES ENTRE TCU E BNDES ; Rafael Pereira Fernandes ; orientador Floriano de Azevedo Marques Neto -- São Paulo, 2020.

393

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

1. Controle Externo. 2. Fomento. 3. TCU. 4. BNDES. 5. Institucionalismo. I. de Azevedo Marques Neto, Floriano, orient. II. Título.

São Paulo

2020

Nome: FERNANDES, Rafael Pereira.

Título: Controle Externo da Atividade Administrativa de Fomento - um estudo das relações entre TCU e BNDES

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob orientação do Professor Titular Floriano de Azevedo Marques Neto.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Titular Floriano de Azevedo Marques Neto (Orientador) Instituição: FDUSP

Banca realizada em:

Resultado:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Concluir um trabalho acadêmico não é das coisas mais fáceis que nos propomos a fazer na vida. Ao longo da jornada nos deparamos com muitas alegrias, descobrimos novas abordagens sobre nosso objeto de estudo e tomamos contato com pessoas inspiradoras. No entanto, junto deste pacote, às vezes, também nos deparamos com dúvidas, angústias e com algumas horas de ausência junto àqueles que amamos. Se ao final é possível olhar para trás com a certeza de que o caminho trilhado valeu a pena, tenho a convicção de que isso só foi possível pela presença de pessoas que tornaram a caminhada mais feliz.

A começar por minha mãe, Rosângela, meu pai, José Américo, e meu irmão, Bruno, que com seu apoio incondicional tornaram tudo isso possível. Sem o suporte, o exemplo e o amor de vocês, talvez nunca tivesse tomado a decisão de vir tentar a vida aqui pelo Sudeste. No meio disso tudo vieram mais dois irmãos, Mateus e Paula, que crescem rápido e fazem aumentar as saudades de Cuiabá. Terminar esse trabalho me fez mais ausente, mas o carinho de vocês quando estivemos juntos ajudou (e muito) a recarregar as energias. Obrigado.

Não posso deixar de agradecer, também, à Maria Carolina. Encontrar o seu amor por estas bandas trouxe novo sentido a esta jornada e também a este trabalho. Sua presença ajudou a minimizar as dúvidas e angústias e a amplificar as alegrias no caminho. Obrigado por toda a compreensão e apoio nesses últimos anos. Que sigamos com muito amor e Alceu.

Este trabalho é fruto também das referências que tive em minha trajetória acadêmica. Na orientação deste trabalho, certamente, está a maior delas. Ao Professor Floriano de Azevedo Marques Neto agradeço não apenas pela orientação, mas pelo exemplo de seriedade acadêmica e profissional, que pude ver de perto desde os bancos da graduação e que certamente me inspiraram a seguir este caminho.

Este trabalho foi gestado a partir de duas experiências fundamentais. A primeira delas foi a do Observatório do Controle Externo da Universidade de São Paulo, criado pelo Professor Floriano e coordenado, à época, pela Professora Juliana Palma. A segunda, foram as aulas dos Professores Marcos Perez e Rodrigo Pagani nos créditos de aluno especial sobre o Fomento, no ano de 2016. Não poderia deixar de agradecer a todos os que fizeram parte destas iniciativas, pois, certamente, inspiraram o início das reflexões encerradas neste trabalho. Muito obrigado.

Devo um especial agradecimento ao pessoal da Manesco, onde diariamente convivi e ainda convivo com pessoas especiais. A vida diária ao lado de vocês é um privilégio e, certamente, fonte de boas amizades e muitos aprendizados. Sem o apoio de todos não teria sido possível me ausentar para me dedicar a este trabalho. Obrigado.

Aos que participaram do programa de pós-graduação em direito ao meu lado, também deixo um especial agradecimento. Compartilhar nossas dúvidas e achados é parte fundamental da pesquisa e graças a vocês isso foi possível. Obrigado ao Rafael Issa, à Kamile, ao Yasser e ao Marco. Ao Yasser devo mais um agradecimento também pelo convite para discutir versões preliminares deste trabalho na Escola de Formação Pública da SBDP e FGV. Discutir as ideias deste trabalho em ambiente tão qualificado foi relevante para a construção da versão final da dissertação.

Já ao final, agradeço aos amigos pela presença em minha vida durante a elaboração deste trabalho. Encontrá-los era certeza de estar realizando uma pausa necessária, que traria mais fôlego para terminar o trabalho. Fica o meu obrigado ao Jordan Monteiro, ao Renato Ramon e ao Eduardo Ramon, ao Matheus e ao Márcio, que mesmo longe, seguem os amigos de sempre. Já por terras paulistas, agradeço ao Luciano Martuscelli, à Tabata e ao pequeno Lorenzo, que ilumina essa família. Ao Renato Vianna e ao Felipe Ramos, membros da república mais festiva de São Paulo. Agradeço igualmente ao Pedro Coutinho, ao Lucas Adam, ao Daniel Kulcsar, ao Daniel Costa, ao Júlio Barboza e ao Felipe Marotta. Com amigos dessa estirpe, não se pode pedir muito mais.

A todos que participaram de minha vida durante a elaboração deste trabalho, o meu muito obrigado.

RESUMO

FERNANDES, Rafael Pereira. **Controle Externo da Atividade Administrativa de Fomento - um estudo das relações entre TCU e BNDES**. 2020. 399 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

O presente trabalho analisa o movimento de expansão do controle externo não judicial da administração pública, realizado pelo Tribunal de Contas da União, a partir do estudo dos diferentes desenhos institucionais assumidos pelo TCU ao longo de sua história e da investigação da forma pela qual o último deles, estabelecido pela Constituição Federal de 1988, tem sido aplicado pela Corte em processos de fiscalização perante o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social. A partir da análise da evolução institucional do TCU, percebe-se que a disciplina contemporânea de suas competências apresenta um nó institucional, mesclando atribuições de fiscalização operacional e de fiscalização de legalidade sem, contudo, observar estruturas processuais e decisórias adequadas para as especificidades de cada uma destas modalidades. O resultado é a criação de uma espécie de controle total da ação administrativa, em que o mérito das decisões do administrador passam a poder ser revistas a partir de comandos de autoridade, ínsitos ao controle de legalidade, e os parâmetros de apreciação de desempenho da administração, típicos do controle operacional, passam a ser absorvidos como parâmetros estritos de legalidade. Argumenta-se que este nó institucional é a principal causa para o aumento das tensões entre gestão pública e o controle desempenhado pelo TCU após a Constituição de 1988. A jurisprudência da Corte sobre o BNDES desvela a maneira pela qual esta estrutura institucional do TCU viabiliza os crescentes atritos entre administração e controle. Ao final, propõe-se diretrizes para aprimorar o controle do fomento e para viabilizar a harmonização dos processos de controle com a gestão pública.

Palavras Chave: Controle Externo; Tribunal de Contas da União; Fomento; BNDES; Desenho Institucional; Controle Operacional; Controle de Legalidade.

ABSTRACT

FERNANDES, Rafael Pereira. **External Control of public incentives – a study of the relations among the Brazilian Federal Court of Audit and the National Bank of Economic and Social Development**. 2020. 399 p. Dissertation (Master's Degree) – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2020.

The present study analyzes the expansion of the non-judicial external control of the public administration, carried out by the Brazilian Federal Court of Audit (“TCU”), considering the different institutional designs assumed by TCU throughout its history and the application of the competences established by the Federal Constitution of 1988 in proceedings of inspection before the National Bank of Economic and Social Development (“BNDES”). From the analysis of the institutional evolution of the TCU, it can be seen that the contemporary discipline of its competences presents an institutional knot, that mixes attributions of operational and legality supervision without, however, observing adequate procedural and decision-making structures for the specificities of each one of these modalities. The result is the creation of a “total control” of the administrative decisions, in which the merit of the manager's decisions can now be reviewed based on authority commands, inherent to the legality control, and the management performance appraisal parameters, typical of operational control, are now absorbed as strict parameters of legality. It is argued that this “institutional knot” is the main cause for the increased tensions between public management and the control exercised by the TCU after the 1988 Constitution. The Court's jurisprudence on the BNDES reveals the way in which this institutional structure of the TCU makes possible the growing friction between administration and control institutions. In the end, it is proposed guidelines to improve the control of public incentives and to make possible the harmonization of the control processes with the public management.

Key Words: External Control; Brazilian Federal Court of Audit; Public Incentives; National Bank of Economic and Social Development; Institutional Design; Legality Audit; Operational Audit.

“De fato, mais do que o purismo jurídico são as tradições históricas que interferem no modelo das instituições superiores de controle. Estas são, em grande parte, produtos mesclados de rearranjos institucionais limitados”.

(SPECK, Bruno Wilhelm. **Inovação e Rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político administrativo do Brasil**. Fundação Konrad Adenauer, São Paulo, 2000, p. 53.)

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	15
2. METODOLOGIA.....	26
2.1. A ABORDAGEM INSTITUCIONAL	27
2.2. A INTERAÇÃO	38
2.2.1. A SELEÇÃO DE CASOS	38
2.2.2. A ANÁLISE QUALITATIVA E OS IMPACTOS DO CONTROLE.....	40
PARTE 1	42
O CONTROLE	42
1. O PANO DE FUNDO DO CONTROLE EXTERNO DO FOMENTO: A EVOLUÇÃO INSTITUCIONAL DO TCU	43
2. A CORTE DE CONTAS DA PRIMEIRA REPÚBLICA: CONTEXTO E ORIGENS.....	48
2.1. A ORIGEM DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO: A BUROCRACIA FINANCEIRA NA VANGUARDA DO CONTROLE EXTERNO.....	50
2.2. OS PRIMEIROS DESENHOS INSTITUCIONAIS DO CONTROLE EXTERNO EM UM CENÁRIO DE INDIFERENCIAÇÃO DAS BUROCRACIAS	57
2.2.1. A CORTE DE BARBOSA: AS DIRETRIZES INICIAIS DO DESENHO INSTITUCIONAL DO TCU	60
2.2.2. A CONSOLIDAÇÃO INSTITUCIONAL DO TCU NO MINISTÉRIO DE SERZEDELO CORRÊA.....	62
2.2.3. AS REFORMAS OLIGÁRQUICAS E O DESENHO FINAL DO TCU	65
2.2.3.1. OBJETO DE CONTROLE: ATOS, CONTRATOS E CONTAS.....	66
2.2.3.2. PARÂMETRO DE CONTROLE	68
2.2.3.3. MÉTODO DE JULGAMENTO	68
2.2.3.4. O PROCESSO	70
2.2.3.5. DECISÕES POSSÍVEIS	72
2.2.4. O PERFIL DE CONTROLE DO TCU DA PRIMEIRA REPÚBLICA.....	73
3. O CONTROLE EXTERNO EM TEMPOS DE CENTRALISMO ADMINISTRATIVO (1930 A 1988)	75
3.1. A BUROCRACIA DO EXECUTIVO E A DISPUTA PELA NARRATIVA DO CONTROLE COM O TCU.....	79
3.2. A CORTE DE CONTAS REFORMADA: O TCU COMO GUARDA DO PLANEJAMENTO ESTATAL	91
3.2.1. OBJETO DE CONTROLE: ATOS, CONTRATOS E CONTAS <i>A POSTERIORI</i>	92
3.2.2. PARÂMETROS DE CONTROLE.....	95

3.2.3.	MÉTODO DE JULGAMENTO.....	98
3.2.4.	O PROCESSO.....	99
3.2.5.	DECISÕES POSSÍVEIS	101
3.3.	O PERFIL DO CONTROLE NA ANTESSALA DA CONSTITUINTE DE 1988	102
4.	O CONTROLE EXTERNO EM UM AMBIENTE JURÍDICO COMPLEXO: O LEGADO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	103
4.1.	A BUROCRACIA DE CONTAS NA VANGUARDA DO CONTROLE EXTERNO	105
4.2.	O DESENHO INSTITUCIONAL DO TCU NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL 1988	110
4.2.1.	O CONTROLE DE LEGALIDADE ORÇAMENTÁRIA	112
4.2.1.1.	O OBJETO DE CONTROLE: ATOS, CONTRATOS E CONTAS	114
4.2.1.2.	PARÂMETRO DE CONTROLE: A LEGALIDADE ORÇAMENTÁRIA	116
4.2.1.3.	MÉTODO DE CONTROLE: AINDA A SUBSUNÇÃO	119
4.2.1.4.	PROCESSO.....	121
4.2.1.5.	DECISÕES POSSÍVEIS	123
4.2.2.	CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS	125
4.2.2.1.	OBJETO DE CONTROLE: POLÍTICAS E PROGRAMAS GOVERNAMENTAIS	126
4.2.2.2.	PARÂMETROS DE CONTROLE: EFICÁCIA, EFICIÊNCIA, ECONOMICIDADE E EFETIVIDADE	128
4.2.2.3.	MÉTODO DE JULGAMENTO: DA SUBSUNÇÃO NORMATIVA À AVALIAÇÃO DE POLÍTICAS	132
4.2.2.4.	PROCESSO: O CICLO DE AUDITORIA OPERACIONAL	135
4.2.2.5.	DECISÕES POSSÍVEIS	139
4.3.	CONCLUSÕES PARCIAIS	141
5.	O TCU E A GESTÃO PÚBLICA: O DILEMA INSTITUCIONAL DO CONTROLE EXTERNO.....	143
5.1.	AS DISFUNCIONALIDADES NO HIBRIDISMO DAS COMPETÊNCIAS DE CONTROLE DO TCU.....	150
5.1.1.	A GRAMÁTICA DA LEGALIDADE NO CONTROLE OPERACIONAL .	155
5.1.2.	A APLICAÇÃO DE PARÂMETROS DE DESEMPENHO SEM A ESTRUTURA PROCESSUAL ADEQUADA	156
5.1.3.	A SUBSUNÇÃO NORMATIVA COM CRITÉRIOS DE AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO.....	158
5.1.4.	O CONTROLE AUTORITÁRIO DO DESEMPENHO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	158

5.2. CONCLUSÕES: A CAPTURA DO CONTROLE OPERACIONAL PELA ESTRUTURA JUDICIALIFORME DO CONTROLE DE LEGALIDADE.....	160
PARTE 2	162
A INTERAÇÃO.....	162
1. O CONTROLE EM MOVIMENTO: A RELAÇÃO ENTRE BNDES E TCU.....	163
2. O PRIMEIRO MOMENTO DO CONTROLE EXTERNO DO BNDES (1992 A 2013)	164
2.1. A DEFERÊNCIA E FORMALISMO NO CONTROLE DO BNDES: O PERFIL DE INTERVENÇÃO DO TCU ENTRE 1992 E 2013	170
2.1.1. PERFIL DO CONTROLE E A PREDOMINÂNCIA DO CONTROLE DE LEGALIDADE.....	170
2.1.2. A BAIXA INTERVENÇÃO SOBRE AS ATIVIDADES DO BNDES E A DEFERÊNCIA NO CONTROLE	174
2.2. O FOMENTO COMO ATIVIDADE DISCRICIONÁRIA, DE RISCO E AFEITA À UMA POLÍTICA PÚBLICA: LIMITES AO CONTROLE DO TCU	177
3. O SEGUNDO MOMENTO DO CONTROLE EXTERNO DO BNDES: O FOMENTO NA PAUTA DO TCU (2014 A 2018)	181
3.1. A POLÍTICA DE DESENVOLVIMENTO PRODUTIVO E SEU CONTROLE .	183
3.2. A ARQUITETURA DECISÓRIA DO BNDES EM XEQUE: O TCU AVANÇA SOBRE A GESTÃO DAS PDPS	189
3.2.1. DECISÕES DE ENQUADRAMENTO	193
3.2.2. DECISÕES DE GESTÃO DO INVESTIMENTO.....	196
3.2.2.1. AQUISIÇÃO DA <i>NATIONAL BEEF PACKING CO.</i>	197
3.2.2.2. AQUISIÇÃO DA <i>PILGRIM'S PRIDE</i> E DA BERTIN S.A	200
3.2.3. DECISÕES DE DESINVESTIMENTO	205
3.2.4. PERFIL PROCESSUAL E DECISÓRIO DO TRIBUNAL DE CONTAS NO CONTROLE DAS PDPS	208
3.3. O CONTROLE DA POLÍTICA DE FINANCIAMENTO À EXPORTAÇÃO DE SERVIÇOS	211
3.3.1. DETERMINAÇÕES SOBRE A TAXA DE JUROS PRATICADA PELO BNDES	214
3.3.2. DETERMINAÇÕES SOBRE A ANÁLISE DOS DOCUMENTOS APRESENTADOS PARA A APROVAÇÃO E ACOMPANHAMENTO DAS OPERAÇÕES	215
3.3.3. DETERMINAÇÕES SOBRE A AVALIAÇÃO DE IMPACTOS DA POLÍTICA	217
3.3.4. PERFIL PROCESSUAL E DECISÓRIO DO TCU NO CONTROLE DO FINANCIAMENTO ÀS EXPORTAÇÕES.....	218

4. CONCLUSÕES PARCIAIS: AS CAUSAS SUBJACENTES À REVISÃO DAS POLÍTICAS DO BNDES.....	219
4.1. A AMBIVALÊNCIA INSTITUCIONAL DO TCU E SUA MANIFESTAÇÃO NO CONTROLE DAS POLÍTICAS DO BNDES.....	221
4.2. A FRAGILIDADE DO ESTATUTO JURÍDICO DO FOMENTO NO TCU	224
4.3. O PAPEL DO CONTEXTO REPUTACIONAL DAS POLÍTICAS NA ALTERNÂNCIA DO PERFIL DO CONTROLE.....	226
PARTE 3	228
O CONTROLE DO FOMENTO.....	228
1. INTRODUÇÃO: REPENSANDO O CONTROLE DO FOMENTO FINANCEIRO.....	229
2. ELEMENTOS GERAIS DO FOMENTO	231
2.1. O FOMENTO COMO INTERVENÇÃO SOBRE A ORDEM ECONÔMICA	233
2.2. O ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DO FOMENTO.....	239
2.3. O FOMENTO COMO FUNÇÃO SUBSIDIÁRIA E PROPORCIONAL	241
2.4. O FOMENTO COMO UM DIREITO PREMIAL	248
2.5. FOMENTO, CONSENSUALIDADE E RELAÇÃO JURÍDICA	250
2.6. O FOMENTO, POLÍTICAS PÚBLICAS E AS FRANJAS DE DISCRICIONARIEDADE E VINCULAÇÃO.....	253
2.7. O FOMENTO COMO ATIVIDADE SELETIVA.....	257
2.8. UM CONCEITO GERAL DE FOMENTO	259
3. A ATIVIDADE BANCÁRIA VERTIDA AO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL: O ESTATUTO DO FOMENTO FINANCEIRO EXERCIDO PELO BNDES	259
3.1. A ESTRUTURA DE FOMENTO DOS FINANCIAMENTOS EM CONDIÇÕES BENEFICIADAS.....	264
3.1.1. A SELETIVIDADE, ISONOMIA E AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO FOMENTO CREDITÍCIO.....	267
3.2. A ESTRUTURA DE FOMENTO NA ATUAÇÃO EM MERCADO DE CAPITAIS.....	270
3.2.1. A SELETIVIDADE NO MERCADO DE CAPITAIS	273
3.3. A ESTRUTURA DE FOMENTO NO APORTE DE GARANTIAS EM FAVOR DE AGENTES PRIVADOS	274
3.3.1. A SELETIVIDADE NA OUTORGA DE GARANTIA.....	275
3.4. OPERAÇÕES COM RECURSOS NÃO REEMBOLSÁVEIS	276
3.4.1. A SELETIVIDADE NOS RECURSOS NÃO REEMBOLSÁVEIS	277
4. CONCLUSÕES PARCIAIS: O FOMENTO POSSUI UM ESTATUTO PRÓPRIO.....	278
5. O CONTROLE DO FOMENTO FINANCEIRO: PARA ALÉM DO DILEMA INSTITUCIONAL DO TRIBUNAL DE CONTAS	281

5.1. A DISSOCIAÇÃO DE DOIS MÉTODOS DE CONTROLE A PARTIR DA EVOLUÇÃO INSTITUCIONAL DA CORTE DE CONTAS.....	283
5.2. RAZÕES NORMATIVAS PARA A DISSOCIAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS MODELOS DE CONTROLE.....	287
5.2.1. O CONTROLE DO BNDES COMO GESTOR DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	293
5.2.2. O CONTROLE DO BNDES NO MANEJO DOS INSTRUMENTOS DE FOMENTO	296
6. CONCLUSÕES PARCIAIS: O TCU ENTRE <i>DR. JEKYLL</i> E <i>MR. HYDE</i>	297
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	300
BIBLIOGRAFIA	305
APÊNDICE.....	314

1. INTRODUÇÃO

O controle externo da administração pública federal pelo Tribunal de Contas da União (TCU) é, sem dúvida alguma, uma das mais antigas características de nosso sistema político-administrativo. Em funcionamento desde o século XIX, esta modalidade de controle perpassou diversos períodos e regimes políticos de nossa história, sobrevivendo a todos eles de forma surpreendentemente estável.

A resiliência mais que centenária da Corte de Contas da União permitiu a assimilação de uma cultura do controle em nossa administração pública, dentro da qual os Tribunais de Contas foram e, ainda são, os principais expoentes. O modelo do controle de contas é de tal forma arraigado que o crivo do TCU acerca das políticas executadas pela administração federal, hoje, pode até mesmo ser considerado como uma etapa do processo de formulação e implantação de políticas públicas.

Em alguns casos, como por exemplo, nas concessões de serviço público federais, este crivo foi formalmente reconhecido pela legislação como uma etapa da aprovação de contratações deste tipo¹. Em outros, a ação do Tribunal se impõe, seja como decorrência de sua prerrogativa de definir sua pauta de controle², seja por este ser provocado a atuar sobre estas políticas por agentes autorizados a solicitar a sua fiscalização sobre as ações da administração pública³.

Não obstante o longo percurso do TCU em nosso ambiente administrativo, suas relações com a gestão pública têm sido objeto de um crescente tensionamento. O controle externo tem sido apontado como um órgão que para além de fiscalizar a administração pública, tem se arvorado na prerrogativa de determinar as pautas a serem observadas pelos gestores de políticas públicas.

¹ Atualmente, a Instrução Normativa nº 81/2018 do TCU disciplina a análise destes projetos em ambiente federal. A Corte de Contas extrai sua competência normativa para tanto dos art. 5º e 6º, inc. IV, da Lei Federal nº 13.334/2016.

² O TCU tem a possibilidade de eleger temas a serem fiscalizados. Anualmente, conforme estabelecido no art. 188 – A de seu Regimento Interno, a Corte aprova seu Plano de Controle Externo, que definirá os pontos prioritários de fiscalização para o Tribunal. Este documento é elaborado exclusivamente pelo TCU, sem a participação de outras instituições públicas federais.

³ Algumas autoridades públicas são legitimadas a formular Solicitações de Fiscalização ao TCU. São as indicadas no art. 4º, inc. I, da Resolução nº 215/2008, a saber: os presidentes do Congresso Nacional, do Senado Federal ou da Câmara dos Deputados; de comissões técnicas ou de inquérito, quando por elas aprovada a solicitação;

Neste movimento, a Corte de Contas utilizaria seu arcabouço de competências para restringir a discricionariedade do administrador, paralisando a execução de políticas públicas e determinando a reorientação de práticas administrativas de acordo com a discricionariedade técnica dos próprios integrantes do Tribunal.

O resultado seria uma espécie de “cogestão” das políticas públicas, em que a arquitetura decisória subjacente a estes programas estatais passaria a ter de responder a pautas introduzidas pelo órgão de controle, para além das considerações dos técnicos responsáveis pela política em questão.

A constatação deste fenômeno enseja desafios profundos para o direito administrativo, todos eles relacionados a necessidade de articulação de dois valores fundamentais a nossa democracia: a gestão pública e o controle externo. Os recentes embates entre estas duas esferas não podem levar a uma percepção negativa em relação a nenhum destes fatores. Boa gestão e um bom controle externo são valores fundamentais para se possa viabilizar uma execução adequada dos programas governamentais e, em última análise, para se viabilizar, de forma transparente, o aprimoramento das condições de vida da sociedade civil.

O debate de fundo verdadeiramente inevitável diz respeito à necessidade de se racionalizar a relação entre controle e gestão pública. Fiscalizar não é sinônimo de administrar, assim como gerir não é atividade que dispensa controles administrativos⁴. Os apontamentos de um órgão externo à gestão são imprescindíveis para garantir o devido *accountability* para as políticas públicas, assim como pode ser fonte de importantes aprimoramentos para os processos de gestão destas últimas.

No entanto, para que uma relação deste tipo de estabeleça é necessário que os responsáveis por cada um destes campos atuem dentro de seus respectivos espaços institucionais, respeitando o espaço decisório reservado pelo ordenamento jurídico para os seus integrantes. Não será a incorporação dos espaços de gestão pelos órgãos de controle ou a rejeição dos apontamentos dos órgãos de controle que aprimorará a qualidade de nossas políticas públicas.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª edição. São Paulo, Thompson Reuters Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.073.

Este objetivo somente é possível, dentro de uma democracia, através do funcionamento adequado das instituições de controle e de gestão, cada qual dando cumprimento aos papéis que lhe são reservados.

O direito é uma variável fundamental nesta equação. É a ordenação jurídica das competências das instituições públicas e os padrões hermenêuticos associados a compreensão destas competências que definem, ao fim e ao cabo, o que chamamos acima de espaço institucional dos órgãos de controle e de gestão pública.

A Constituição e a legislação que dela decorre, como um instrumento de ordenação e arbitramento dos conflitos de nosso sistema político-administrativo, procura estabelecer os objetivos, os instrumentos de atuação e os limites da ação de cada instituição pública. A princípio, portanto, aqueles que se dedicam ao seu estudo deveriam ser capazes de delimitar o espaço institucional cabível ao controle e a gestão⁵.

Ocorre que responder a este desafio se torna especialmente complexo no contexto normativo inaugurado pela Constituição de 1988. Em primeiro lugar, em função das características do texto normativo da nova Carta Política, que traduziu uma série de políticas e práticas de gestão pública como preceitos normativos, de caráter principiológico, mas de observância obrigatória à administração pública.

A gestão pública se “juridificou”. Os processos de tomada de decisão passaram a ter de observar princípios cujo conteúdo é diretamente relacionado ao mérito e aos resultados decorrentes dos atos de gestão. Se até então gerir a coisa pública correspondia a tomar decisões de forma discricionária, observadas as exigências procedimentais postas pelas regras jurídicas, a partir da Constituição Federal de 1988 o processo de gestão passou a ter de se desenvolver em um ambiente com parâmetros jurídicos materiais, que direcionam, de forma vinculante, a administração em um determinado sentido.

A decisão em determinada política não ser tomada apenas em face das regras procedimentais e de competência do órgão responsável, mas também, agora, passa a ter de ser uma decisão eficiente (art. 37, *caput*, CF). Para além disso, esta decisão passa a ter de atender a uma régua de economicidade (art. 70, CF) e deve se mostrar atenta ao princípio da legitimidade (art. 70, CF).

⁵ ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª edição. Rio de Janeiro, Forense, 2013, p. 605.

Estes novos parâmetros normativos, diretamente aplicáveis aos atos de gestão, permitem a discussão da validade jurídica de determinada decisão com base no mérito das escolhas realizadas e nos resultados obtidos com estas últimas. Torna-se possível discordar, do ponto de vista jurídico, de uma escolha pública, por esta não ter atendido a um valor abstrato – seja ele a eficiência, a legitimidade ou a economicidade.

O debate jurídico sobre o espaço institucional da gestão pública a partir destes novos parâmetros normativos se tornou mais complexo e incerto. A abstração associada a estes valores jurídicos previstos na Constituição e sua íntima conexão com as decisões de gestão pública empurrou estas últimas para o cerne do debate jurídico sobre as ações administrativas, criando, o que nos dizeres de Carlos Ari Sundfeld, é um estado de geleia geral no direito administrativo⁶.

Debater a legalidade das decisões administrativas passou a envolver, também, ao análise do mérito de escolhas realizadas, os resultados obtidos, os custos relacionados a sua execução – tudo isso para se compreender se estas foram legítimas, eficientes ou econômicas. Os novos parâmetros constitucionais tornaram incerto, portanto, o espaço institucional reservado à gestão de políticas públicas.

O novo cenário constitucional, porém, não parou por aí. Especificamente no que diz respeito às relações de controle da gestão pública, este também trouxe novidades que impactaram diretamente na forma como fiscalizamos a administração a partir dos tribunais de contas. A partir da Constituição de 1988, estes órgãos passaram a ter competências para controlar a administração pública a partir de parâmetros normativos mais amplos, assim como a partir de novos métodos de fiscalização⁷.

No primeiro viés, os valores abstratos acima enunciados foram incorporados expressamente como parâmetros de controle destes órgãos. Isto é, para além da juridificação das decisões de gestão pública, os novos parâmetros constitucionais outorgaram aos órgãos de controle externo a competência para fiscalizar estas decisões a partir destes parâmetros etéreos.

⁶ SUNDFELD, Carlos Ari *Princípio é Preguiça? Direito Administrativo para Céticos*. 2ª edição. São Paulo, Malheiros, 2014, p. 205.

⁷ TEIXEIRA, Marco Antônio Carvalho. *Tribunal de Contas da União: Trajetória Institucional e Desafios Contemporâneos. Estado, Instituições e Democracia: república*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, Brasília, 2010, p. 422.

O art. 70 da Constituição, que versa exatamente sobre esta modalidade de fiscalização, introduz, ao lado do tradicional controle de legalidade, o controle quanto a legitimidade e a economicidade das ações administrativas:

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

Debater as decisões administrativas sob estes novos prismas, portanto, tornou-se um dever de ofício dos tribunais de contas. Adicionalmente, nossa Carta Política introduziu um novo método de fiscalização. Ao lado do tradicional controle orçamentário, contábil e patrimonial, estes órgãos de controle externo passaram a ter de controlar a gestão pública do ponto de vista operacional.

Esta segunda clivagem criada pelo texto constitucional de 1988 inaugurou um novo campo de fiscalização aos órgãos de controle externo.

Historicamente, estes órgãos se dedicaram a uma fiscalização formal e altamente procedimentalizada, em que lhes incumbia aferir a aderência das despesas públicas à legislação contábil, orçamentária e patrimonial. O controle operacional assume características amplamente distintas. O objeto desta segunda modalidade de controle é a gestão de determinada política pública. Sua realização tem a finalidade de aferir o desempenho da administração pública na implementação desta política.

O que se discute nesta modalidade de fiscalização é, assim, notoriamente distinto do que se costuma discutir nos processos de controle de legalidade orçamentária. Ao fim e ao cabo, neste primeiro tipo de controle, o cerne da discussão são as decisões administrativas enquanto atos geradores de despesa, enquanto, no controle operacional, estas são discutidas enquanto partes integrantes de um programa governamental, que pretende produzir resultados e atender a objetivos previamente determinados.

A diferença de escopo se traduz em distinções estruturais na forma de manejo destes controles, acrescentando uma fiscalização voltada a medição de resultados, ao invés do enfoque na observância de procedimentos e um debate que passa a envolver aspectos contextuais muito mais amplos, relacionados ao ambiente em que as decisões

administrativas foram adotadas (objetivos da política, orçamento disponível, resultados pretendidos e alcançados etc.).

Além de modificar acrescer uma nova modalidade de controle externo ao repertório das instituições de controle, a fiscalização operacional também produziu como resultado a inserção oficial do controle de políticas públicas na pauta dos órgãos de controle externo.

Este novo método de controle passou a ser manejado pelos órgãos de controle em um limiar repleto de zonas cinzentas, em que o espaço institucional da gestão pública passou a se sombrear com o espaço do controle. Se por um lado é certo que o arranjo institucional resultante da Constituição de 1988 introduziu o controle das decisões administrativas, tanto no viés operacional quanto no viés de legalidade, na pauta dos órgãos de controle, também é seguro dizer que ainda restam inúmeras indefinições quanto a forma deste controle.

Quais são os poderes dos órgãos de controle externo em cada uma das modalidades de controle? Em ambos os tipos de controle, os órgãos de fiscalização podem adotar comandos similares ou não? As características estruturais de cada tipo de controle têm algum impacto sobre a forma como os órgãos de controle externo os utilizam?

A falta de respostas a estas perguntas indica que, muito embora reconheçamos as novas competências estabelecidas pela Constituição de 1988, ainda não construímos um consenso sobre como o novo perfil do controle deve ser exercido. Por deixar estes questionamentos irresolutos, o novo modelo de controle apenas amplificou o tensionamento entre o controle externo da administração pública e a gestão administrativa⁸, tornando incerto, justamente, o espaço institucional a ser reservado a cada uma destas esferas.

Não por outro motivo, a agenda acadêmica se dedicou a compreender o controle externo em sua conformação pós Constituição Federal de 1988. A percepção mais ampla é a de que a Corte de Contas mudou e ampliou suas competências como nunca em sua história institucional, aproximando-se do cerne do mérito dos programas estatais. Bruno Wilhelm Speck, já ao final da década de 1990, fazendo coro aos estudos sobre o TCU à época, apontava para esta ampliação do controle:

“A literatura afirma que existe uma expansão em relação ao controle em três dimensões diferentes. Primeiro, convivemos com uma mudança em relação aos

⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Os Sete Impasses do Controle da Administração Pública no Brasil*. in PEREZ, Marcos Augusto; PAGANI DE SOUZA, Rodrigo (coord.). **Controle da Administração Pública**. Belo Horizonte, Fórum, 2017, p. 24.

canais de controle. Segundo, o volume do controle aumenta, em função da valorização o tema no sistema político-administrativo. E, terceiro, as dimensões de controle se ampliaram consideravelmente, com a inclusão de novos critérios.”⁹

Ao que arrematava, sobretudo, quanto a terceira dimensão da expansão do controle, destacando os impactos dos novos métodos de fiscalização sobre a gestão pública:

“Não somente o volume do controle aumentou e os canais de cobrança se diversificaram. Existe também uma ampliação dos critérios empregados nas atividades de controle. O poder político-administrativo antigamente sofria avaliações difusas através do processo eleitoral. Na implementação das políticas, as suas atividades eram condicionadas somente por critérios de legalidade. Hoje, os administradores são confrontados com uma avaliação mais abrangente das políticas públicas, por critérios de eficiência e eficácia. Essa avaliação pode ter um caráter econômico, calculando custos e benefícios, ou enfatizar características administrativas, como sistemática gerencial, abrangendo desde o planejamento até a implementação, finalmente, do monitoramento de políticas. Uma outra avaliação se refere ao impacto da administração em relação aos seus objetivos. Essa avaliação, que tenta identificar se as atividades governamentais realmente atingiram o seu alvo, se refere mais a programas governamentais, e implica levantamentos amplos na sociedade sobre o impacto das políticas públicas.”¹⁰

Este crescimento, já apontava também a literatura jurídica, caminhava em direção ao mérito da decisão pública, resultando no que alguns chamam de “politização” das atividades do Tribunal. Fernando Luiz Abrucio *et ali*, em breve trabalho sobre o tema, destacam justamente este fenômeno como uma das principais decorrências da ampliação das competências do controle externo:

“The main recent changes in the organs of control and auditing pointed out by international literature were the broadening scope of control and its politization. The broadening of the control organ’s range of actions, which meant the inclusion of evaluation of policy implementation, together the traditional verification of their legality, increased the political sensibility of their activities, that is to say, the political importance of the assessment produced by the audit body for the decision-making organs or positions responsible for government programs.”¹¹

⁹ SPECK, Bruno Wilhelm. **Inovação e Rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema de político-administrativo do Brasil**. São Paulo, Fundação Konrad Adenauer, 2000, p. 19.

¹⁰ Idem, p. 24.

¹¹ ABRUCIO, Fernando Luiz; OLIVIERI, Cecília; LOUREIRO, Maria Rita; TEIXEIRA, Marco Antonio Carvalho. *Control and Public Management Performance in Brazil: Challenges for Coordination*.

A academia jurídica tem realizado importantes esforços para compreender e oferecer soluções para estes impasses gerados pelo novo modelo de controle externo. Em larga medida, estes esforços têm intentado reforçar os limites entre controle e gestão a partir da interpretação das competências do Tribunal de Contas da União previstas na Constituição, buscando inferir as balizas que deveriam orientar a atuação do TCU em seus processos de controle¹².

O presente trabalho pretende se somar a estes esforços, dedicando-se a compreensão do fenômeno do controle externo da administração pública pelo TCU no contexto superveniente à promulgação da Constituição Federal de 1988 e, sobretudo, ao estudo dos impactos que este novo contexto exerceu sobre as competências desta instituição de controle.

É certo, porém, que a hermenêutica isolada das competências positivadas pelo art. 70 e 71 da Constituição Federal e supervenientemente pela Lei Federal nº 8.443/1992, não será o caminho percorrido para tanto. Estas, por serem disposições fundamentais para a compreensão do controle externo atual, serão pontos de partida. No entanto, nossas considerações acerca das atribuições da Corte partirão de um ensaio mais amplo, que buscará compreender o sentido jurídico das atuais competências do controle externo dentro seus seguidos processos de reforma institucional.

Isto por uma razão: as inovações trazidas pelo texto constitucional de 1988, por si só, não são suficientes para revelar o alcance das revisões realizadas nas competências da Corte de Contas. A redação consagrada durante a Assembleia Nacional Constituinte foi demasiadamente sucinta e, em certo ponto, desarticulada, sobretudo, no que toca às atribuições do controle externo estampadas no art. 70 e as competências específicas do TCU – órgão responsável por executá-lo – previstas no art. 71 da Carta Constitucional.

Adotar apenas estes dois artigos como ponto de análise deixa em segundo plano um aspecto que, a nosso ver, é fundamental para a identificação dos limites e dos pontos de contato entre gestão e controle: a distinção estrutural entre os controles de legalidade e o controle operacional, encerrados pela Constituição Federal de 1988 para o controle externo

International Business Research. Canadian Center of Science and Education. Toronto, vol. 8, n. 8, 2015, p. 182.

¹² O mais recente destes é: ROSILHO, André. **Tribunal de Contas da União: competências, jurisdição e instrumentos de controle.** São Paulo, Quartier Latin, 2019.

da administração. A desconsideração destas diferenças é um dos pontos que tem contribuído para a miopia que afeta os limites entre o controle externo e a gestão pública.

Para que se possa compreender a extensão destas distinções e o impacto de cada uma delas na forma como se realiza o controle, é preciso colocar a disciplina das competências dos órgãos de controle em contexto. É preciso cotejá-la com as opções institucionais anteriores sobre o tema e analisar os pontos de inflexão de suas competências, com o intuito de compreender a dinâmica de reformas sofridas pelo TCU e, assim, vislumbrar o significado efetivo de cada modalidade de controle atribuída a Corte de Contas.

Isto nos permitirá compreender o que se pretendia com as reformas e nos fornecerá um ponto de partida para verificar o que este efetivamente se tornou com a promulgação da Carta Constitucional.

Aliás, as pesquisas no tema evidenciam que, no caso do TCU, este olhar institucional retrospectivo é imprescindível, afinal, as alterações sofridas pela Corte não se evidenciam por completo nos textos jurídicos que disciplinam suas competências. Estas instituições apresentarem um processo de formação incremental ao longo de sua história¹³, em que cada modelo de controle estabelecido era sucedâneo direto de reflexões e aprimoramentos formulados dentro das premissas do modelo antecessor. Neste processo, há um percurso histórico de escolhas institucionais que não transparecem por completo nos textos jurídicos que conformavam as competências da Corte.

Apreender estes aspectos que incrementalmente conformaram o controle externo no Brasil é fundamental para compreender o lugar ocupado pela Corte de Contas em nosso sistema político e para compreender os impactos ensejados pelas competências criadas pela Constituição Federal de 1988 na forma de se fiscalizar a administração e o seu papel na maneira pela qual o TCU tem desempenhado o controle externo da administração.

A presente pesquisa, portanto, pretende contribuir para o estudo do controle externo a partir de uma leitura institucional (conforme explicito mais adiante no item 2.1) de suas competências, com o intuito de, a partir desta compreensão, identificar os limites e pontos de contato entre gestão e controle. Para além disso, este panorama institucional nos permite, ainda, identificar as causas, no processo de consolidação das reformas institucionais criadas

¹³ SPECK, Bruno Wilhelm. **Inovação e Rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político administrativo do Brasil**. Fundação Konrad Adenauer, São Paulo, 2000, p. 29.

pela Constituição de 1988, que têm permitido ao TCU avançar sobre o mérito das decisões administrativas.

Este contexto, contudo, não será formado apenas pelo arcabouço normativo aplicável ao TCU e por seu histórico institucional. A estas duas variáveis, ainda se somará uma terceira: a prática cotidiana do controle pelo Tribunal de Contas da União. Isto é, o presente trabalho não encerra suas considerações sobre o controle externo no plano normativo. Pelo contrário, buscará compreendê-lo, também, em seu *modus operandi*, com o intuito de aferir se o diagnóstico institucional sobre o controle externo, de alguma maneira, comunica-se com a forma pela qual a Corte de Contas tem exercido suas novas atribuições, inauguradas pela Constituição Federal.

Com estes três elementos – contexto normativo, contexto institucional e contexto empírico – entendemos ser possível identificar de forma mais precisa as sobreposições contemporâneas enfrentados pelo controle externo e a gestão pública e apresentar uma proposta de requalificação destas relações entre estes dois mundos.

Para a construção deste contexto empírico o presente trabalho parte de um recorte, selecionando o controle de uma função administrativa específica, capaz de propiciar justamente situações exemplificativas do impasse entre o controle externo e a gestão, isto é, exemplificativas da escalada das tensões entre controle e a esfera decisória dos gestores em políticas públicas.

O fomento praticado pelo Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) é a “tempestade perfeita” para tanto. Trata-se de função administrativa que se exerce no contexto de políticas públicas mais amplas, através de instrumentos jurídicos de transmissão de recursos públicos para a iniciativa privada.

Estas características lançam o fomento diretamente no centro da competência do Tribunal de Contas da União e, mais do que isso, trazem consigo um contexto diretamente atrelado à gestão de políticas públicas. Estes fatores evidenciam que a relação entre TCU e BNDES como um dos epicentros para a discussão dos impasses enfrentados pelo controle externo da administração pública *vis-à-vis* a gestão pública.

Ainda que assim não fosse, as recentes interações entre BNDES e TCU já seriam motivo suficiente para o estudo do controle externo a partir desta relação de controle em específico. Em razão de investigações policiais sobre possíveis irregularidades cometidas

por gestores do BNDES, ao menos desde 2014, o TCU incluiu a fiscalização do banco de fomento como um item prioritário de sua agenda de controle.

Sem dúvida alguma, esta relação oferece ângulos de análise relevantes para contextualizar nossas considerações sobre o controle externo e exemplificar as decorrências de seu exercício pelo TCU, na conformação pós Constituição de 1988, sobre uma função administrativa específica.

A partir destes quadrantes, portanto, a presente pesquisa procura se dedicar à compreensão institucional dos mecanismos e limites de atuação do TCU no controle externo da administração pública, buscando apreendê-lo em sua dimensão normativa, institucional e prática, a partir do estudo das interações da Corte de Contas com as políticas públicas conduzidas pelo BNDES.

Assim, a presente dissertação se estrutura em quatro partes.

A primeira é dedicada à compreensão do controle externo em sua dimensão normativa e institucional, de maneira a constituir o pano de fundo em que as relações entre TCU e BNDES se desenvolveram. Nele se argumenta que o Tribunal de Contas da União foi formatado, do ponto de vista institucional por um embate entre as burocracias vinculadas ao Poder Executivo e, gradualmente, a sua própria burocracia de controle, que se desenvolveu e se constituiu ao longo do séc. XX.

Estes embates levaram à consagração de um perfil de controle específico, judicialiforme, centrado no reforço autoritário da legalidade orçamentária, em muito adequado ao contexto do ordenamento jurídico estatal em que se inseriam. No entanto, em face das características do contexto normativo inaugurado com a Constituição Federal de 1988, houve uma distorção na incorporação das novas atribuições da Corte, criando um perfil institucional híbrido em que as lógicas de controle passam a se mesclar, contaminando o controle operacional com o modelo do controle de legalidade que até então lhe era atribuído.

O resultado é um exercício errático das atribuições de controle, que admite a mescla do objeto do controle operacional da administração pública com instrumentos processuais e decisórios típicos do controle de legalidade.

Esta ambivalência institucional tem sido a principal chave de acesso para a introdução de um controle de autoridade sobre as decisões administrativas adotadas no contexto de políticas públicas da administração federal e é o que origina a percepção de que

o TCU tem arrogado para si a prerrogativa de determinar as pautas a serem observadas na gestão de políticas pela administração federal.

A segunda parte se dedica ao contexto prático do controle externo, apresentando um perfil quantitativo das relações de controle mantidas entre o Tribunal e o BNDES, seguido de uma análise qualitativa destas interações. O argumento, desta feita, é o de que as ambivalências institucionais da Corte se manifestam em processos de controle e dão causa a intervenções da Corte de Contas sobre a gestão do fomento exercida pelo BNDES.

A terceira parte é dedicada ao estudo dos pontos de melhoria do controle do fomento praticado pelo BNDES. Neste caso, o argumento é o de que para aprimorar o controle é preciso levar a sério o estatuto jurídico do fomento, introduzindo nesta compreensão, as características operacionais do Banco, em suas diversas formas de atuação, ao mesmo passo que é preciso endereçar soluções para enfrentar os inconvenientes decorrentes das ambivalências institucionais do TCU.

A quarta parte encerra a presente dissertação, oferecendo um balanço e perspectiva da presente pesquisa, cotejando, brevemente, os objetivos iniciais deste trabalho e os achados expostos ao longo da dissertação.

Exposta a estrutura a ser seguida, passamos agora a explicitar o método que orientou as escolhas e análises realizadas no presente trabalho.

2. METODOLOGIA

A busca pela compreensão dos dilemas do controle externo e os impactos de seu exercício a partir da interação entre o TCU e BNDES é repleta de desafios. Demanda, ao menos três estratégias de pesquisa, cada qual destinada a equacionar um dos elementos que compõe este tema.

Em primeiro lugar, é preciso definir um método que permita uma abordagem institucional ao controle externo. Mas não só, o presente trabalho também demanda uma estratégia de análise das interações entre o Tribunal de Contas e o banco de fomento, ao menos em duas perspectivas: (*i*) a seleção de casos relevantes e (*ii*) a orientação do estudo dos casos selecionados, para que se torne possível extrair destes julgados os dados que relevam para o estudo que se pretende realizar.

Por fim, faz-se necessária uma terceira estratégia, que nos permita delimitar os impactos decorrentes da forma de atuação do Tribunal sobre o regime jurídico atrelado às atividades fim do BNDES.

Em seu conjunto, estas três perspectivas nos permitem construir fórmulas de abordagem para os diferentes assuntos que compõem o tema da presente dissertação. Em última análise, é a conjugação destas três frentes que a torna viável do ponto de vista epistêmico. Apresentamos cada uma delas de forma específica nos itens abaixo.

2.1.A ABORDAGEM INSTITUCIONAL

Instituições funcionam dentro de contextos específicos, delimitados por uma série de fatores capazes de influenciar a maneira pela qual estas se organizam para a persecução de suas atividades fim. Apesar de influenciados pelas conjunturas de ocasião, estes contextos apresentam traços que delineiam de forma estável o perfil estrutural e funcional destas organizações¹⁴.

No caso das instituições públicas, a legislação tem um papel central na delimitação deste contexto. Conforme destacado acima, é o direito que delimita a organização administrativa (perfil estrutural) destas instituições e define as finalidades a serem perseguidas (perfil funcional) pela organização, bem como os meios disponíveis para tanto. Mais do que isso, nas instituições públicas, a delimitação destas características estruturantes é realizada de forma cogente, isto é, de modo a vincular todos aqueles que venham a gerir ou orbitar esta instituição.

A estabilidade conferida pelo direito, contudo, não deve se confundir com a imutabilidade destas instituições. Há maleabilidade suficiente para reorientar a ação destas instituições ao longo do tempo, readequando-as a novos contextos normativos ou a necessidades públicas. Modificar o perfil estrutural destas instituições, porém, não é tarefa simples. Demanda, quando menos, um processo formal de alteração legislativa, consideravelmente complexo. Quando mais, um paulatino processo de alteração informal

¹⁴ THELEN, Kathleen; MAHONEY, James. *A Theory of Gradual Institutional Change*. THELEN, Kathleen; MAHONEY, James. **Explaining Institutional Change: ambiguity, agency and power**. Cambridge University Press, New York, 2010, p. 4.

destas características, capitaneado pela consolidação de práticas institucionais que gradativamente alteram o *modus operandi* da organização¹⁵.

A segunda alternativa é tão ou mais complexa que a primeira, pois, do ponto de vista interno à instituição, demanda a adoção de comportamentos de ruptura com as premissas jurídicas atreladas a sua atuação, sem, contudo, despertar intervenções de agentes exógenos de controle da administração pública, capazes de vetar comportamentos deste tipo. Em virtude do alto risco atrelado a este processo, poucos estímulos são conferidos a este tipo de “inovação” na gestão de instituições públicas.

Via de regra, este processo de alteração informal da conformação estrutural das instituições é mais simples quando o estímulo para tanto provém, não de seus gestores, mas sim de fontes externas à organização. Refere-se, mais especificamente, a reformas que provém de órgãos com competência legal para decidir sobre a regularidade das medidas adotadas pela instituição ou são decorrências de modificações no próprio direito.

Neste cenário, o principal “freio” a estas alterações é mitigado, pois, em tese, a alteração é demandada por quem detém por prerrogativa institucional a interpretação e o controle da observância ao direito ou provém de um comando normativo a que estão obrigados a cumprir.

Note-se, portanto, a centralidade do aspecto jurídico¹⁶ na conformação do perfil institucional das organizações públicas. O direito define seus traços estruturais de forma cogente, mas ao mesmo tempo também é a chave para a sua alteração, seja sob uma perspectiva formal (processo legislativo), seja sob uma perspectiva informal, em que as modificações ou bem provém da convivência dos órgãos competentes pelo controle das instituições públicas com os novos caminhos propostos, ou bem são originadas por exigências destes últimos ou, ainda, são provenientes do próprio direito.

¹⁵ HALL, Peter Andrew. *Historical Institutionalism in Rationalist and Sociological Perspective*. THELEN, Kathleen; MAHONEY, James. **Explaining Institutional Change: ambiguity, agency and power**. Cambridge University Press, New York, 2010, pp. 216 a 217.

¹⁶ Maurice Hauriou, decano representante do institucionalismo no direito administrativo, já apontava a centralidade do direito na vida das instituições: “*Les institutions naissent, vivent et meurent juridiquement: elles naissent par des opérations de fondation qui leur fournissent leur fondement juridique en se continuant; elles vivent d’une vie à la fois objective et subjective, grâce à des opérations juridiques de gouvernement et d’administration répétées, et, d’ailleurs liées par des procédures; enfin, elles meurent par des opérations juridiques de dissolution ou d’abrogation. Ainsi, elles occupent juridiquement la durée et leur chaîne solide se croise avec la trame plus légère des relations juridiques passagères.*” HAURIU, Maurice. *La Théorie de L’Institution et de la Fondation. Aux Sources du Droit : le pouvoir, l’ordre et la liberté*. Librairie Bloud & Gay, Paris, 1933, p. 97.

Naturalmente, portanto, o percurso destas instituições é marcado por uma linguagem jurídica. Suas conformações originais, as inovações em sua forma de atuação e o seu *modus operandi*, são resultantes de processos jurídicos de modulação do perfil institucional destas últimas ao longo do tempo, que se acumulam em um processo incremental de adequações em estruturas e funções anteriores, que influem diretamente na forma pela qual estas instituições exercem suas atribuições no presente.

Analisar as inflexões e os pontos críticos no delineamento do desenho institucional dos órgãos públicos é, portanto, maneira de ampliar o ângulo de análise a respeito das funções destes últimos e pode fornecer importantes percepções acerca dos dilemas enfrentados em sua atuação. Afinal, as instituições públicas não são fruto de arranjos abstratos concebidos em ambientes descontextualizados. Pelo contrário, são fruto do ambiente político em que se inserem e de seu histórico institucional.

Apreender este contexto pode dizer algo sobre a composição jurídica de suas competências, de seus ritos procedimentais e, de maneira mais ampla, sobre a forma pela qual a instituição concebe e exerce suas atividades fim. Ao ampliar o campo de análise, buscando a correlação do regime jurídico atualmente definido para a instituição com o contexto em que cada aspecto deste foi forjado, o estudo institucional pode oferecer importantes percepções sobre o dilema enfrentado pelos órgãos públicos no presente.

No presente trabalho, este viés é uma variável fundamental, sobretudo, para o estudo do controle externo desempenhado pelo TCU. Consoante destacamos na introdução acima, no caso específico desta instituição, a composição normativa de suas competências é um tanto lacunosa, quase cifrada, ao mesmo tempo em que é absolutamente distinta do que tradicionalmente se acometia a esta Corte.

O histórico institucional do Tribunal é de alto valor para permitir a compreensão destas novas competências e, mais do que isso, ao ser constituído, este histórico serve de referencial para compreender como o desenho institucional da Corte se relaciona com os atuais dilemas vivenciados pelo controle externo.

Para levá-lo em consideração no presente trabalho, apoiamo-nos no instrumental metodológico oferecido pelo que se tem chamado na ciência política de “novo institucionalismo”. Trata-se de uma vertente de estudos dedicada a compreender o comportamento das instituições públicas, em especial, os fatores que informam a sua

maneira de atuação e os fatores que justificam o seu desenvolvimento, estabilidade ou alteração ao longo do tempo.

De maneira geral, os estudos desenvolvidos neste ramo sustentam que a forma de organização das instituições, mais que o comportamento individual, é variável fundamental para a compreensão da forma pela qual determinadas questões são endereçadas na sociedade. As instituições mobilizam agentes de interesse em seu entorno e executam políticas públicas dentro do estreito escopo de suas atribuições jurídicas e procedimentos internos de atuação. Compreender os produtos destas instituições, em larga medida, depende da compreensão de sua forma de atuação e como estas interagem com o contexto em que estão inseridas.

Outro ponto compartilhado pelos estudos alinhados a esta escola de pensamento, é o de que os arranjos estruturais e funcionais das instituições não são frutos do acaso. Pelo contrário, estas seriam decorrentes de processos de modificação que se encadeiam ao longo do tempo. A forma pela qual estes processos ocorreriam, contudo, tem sido objeto de discussão.

Dois caminhos se destacam nesta discussão. De um lado, os institucionalistas alinhados à teoria da *rational choice*, de outro os alinhados ao institucionalismo histórico. Os primeiros sustentam que os processos de modificação das instituições estão necessariamente associados a pressões externas às próprias instituições. Afinal, em seu ponto de vista, estas funcionariam dentro de uma lógica de “equilíbrio ótimo”¹⁷ entre as diferentes coalizões de interesses atreladas à ação da instituição.

A busca por esta estabilidade conformaria o desenho estrutural e funcional destas instituições e, uma vez estabelecido, tenderia a se perpetuar, quase que por inércia. O argumento para tanto é o de que este ponto ótimo alcançado pelas instituições, estabeleceria ganhos incrementais (*increasing returns*¹⁸) para as coalizões que a sustentam, oferecendo, portanto, baixo estímulo à mudança e criando o fenômeno de *path dependence*, em que a modificação do funcionamento de uma instituição se torna mais custosa do que a sua preservação.

¹⁷ HALL, Peter Andrew. *Historical Institutionalism in Rationalist and Sociological Perspective*. THELEN, Kathleen; MAHONEY, James. **Explaining Institutional Change: ambiguity, agency and power**. Cambridge University Press, New York, 2010, p. 205.

¹⁸PIERSON, Paul. *Increasing Returns, Path Dependence and The Study of Politics*. **The American Political Science Review**. Vol. 94, nº 2, jun.2000, pp. 252 a 253.

A tendência decorrente deste fenômeno é a preservação das características da instituição ou de realização de reformas mínimas, que preservem os “caminhos já percorridos” pela instituição. Nesta linha de argumentação, mudanças institucionais relevantes somente ocorreriam por influências externas, que alterassem o equilíbrio ótimo estabelecido inicialmente e forçassem a modificação deste perfil de atuação em busca de um novo equilíbrio. Estes momentos seriam chamados de *critical junctures*¹⁹ e deveriam ser o objeto de estudo para explicar a mudança das instituições

O institucionalismo histórico, comungando das explicações do *rational choice*, acerca do funcionamento das instituições e de sua estabilidade, sustenta que existiriam outras formas de alteração da forma de atuação das instituições públicas. Para além das mudanças mediante rupturas institucionais ocasionadas por fatores externos, também seriam possíveis alterações sutis e graduais²⁰, proporcionadas a partir de revisões incrementais dos regramentos internos à própria instituição.

A partir deste diferente enfoque, os institucionalistas históricos formulam uma teoria de explicação das alterações graduais de instituições, que se coloca ao lado da explicação das rupturas institucionais dos racionalistas. Para eles, o cerne das mudanças institucionais graduais residiria em dois fatos. Em primeiro lugar, no fato de que as regras que delimitam as competências e a estrutura destas instituições não seriam tão objetivas quanto parecem presumir os “racionalistas”. Pelo contrário, estas seriam marcadas pela noção de ambiguidade.

Em segundo, no fato de as instituições, na verdade, não estarem assentadas em equilíbrios ótimos formados pelas diferentes coalizões de interesse, mas sim, em uma constante disputa entre os diferentes grupos de interesse que concorreriam pela alocação de poder e recursos realizados pelas instituições.

Dentro destas premissas – competição e ambiguidade - as alterações do perfil das instituições ocorreriam a partir do intento destes grupos modificarem as regras da instituição

¹⁹ LOUREIRO, Maria Rita; TEIXEIRA, Marco Antônio Carvalho; MORAES, Tiago Cacique. *Democratização e Reforma do Estado: o Desenvolvimento Institucional dos Tribunais de Contas no Brasil Recente*. **Revista de Administração Pública**. FGV EBAPE, Rio de Janeiro, 43(4), jul. ago. 2009, p. 742.

²⁰ THELEN, Kathleen. *The Explanatory Power of Historical Institutionalism*. In MAYNTZ, Renate (org.). **Akteure – Mechanismen – Modelle: Zur Theoriefähigkeit makro-sozialer Analysen**. Frankfurt, Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung, Köln, 2002, p. 101.

em seu favor, aproveitando-se da subjetividade de suas regras e das possibilidades de sua alteração oferecidas pelo contexto político em que se inserem.

Assim, ao invés de explicar as alterações institucionais apenas sob o ponto de vista das modificações abruptas e pautadas por fatores externos à própria instituição, o institucionalismo histórico oferece um instrumental metodológico para compreender as alterações graduais que acometem as instituições ao longo de sua história.

Kathleen Thelen, uma das principais expoentes desta corrente de pensamento, indica que estas modificações lentas e graduais ocorreriam dentro de métodos específicos, propondo, de forma resumida, quatro modelos de alteração institucional²¹, assim sumarizados:

- *Derrogação de Normas (Displacement)*: Reforma das regras em vigor, com a criação de novas;
- *Acréscimo de Atribuições (Layering)*: Introdução de novas regras, que passam a conviver com as atualmente existentes em uma relação de hierarquia ou de coexistência;
- *Alteração das Normas pela Alteração do Contexto (Drift)*: Manutenção das regras, com a expectativa de que mudanças em seu contexto de aplicação promovam alterações em sua eficácia;
- *Alteração da Interpretação das Normas (Conversion)*: Estabelecimento de novas interpretações para as regras da instituição.

O método de mudança variará conforme o contexto político em que a instituição esteja inserida e dependerá de dois fatores: (*i*) do poder de veto dos agentes contrários à mudança e (*ii*) do grau de ambiguidade das regras aplicáveis à instituição. Estes fatores induzirão os agentes envolvidos com a instituição a moldar sua forma de comportamento em relação às suas novas formatações, optando por estratégias de atuação marcadas por um dos métodos acima enunciados²².

²¹ THELEN, Kathleen; MAHONEY, James. *A Theory of Gradual Institutional Change*. THELEN, Kathleen; MAHONEY, James. **Explaining Institutional Change: ambiguity, agency and power**. Cambridge University Press, New York, 2010, p. 15.

²² Idem, p. 18.

Resumidamente, Kathleen Thelen e James Mahoney resumem as interações entre métodos de alteração institucionais e contexto das instituições na seguinte matriz²³:

		Características do Desenho Institucional	
		Baixo Nível de Discricionariedade na Interpretação de Suas Atribuições	Alto Nível de Discricionariedade na Interpretação de Suas Atribuições
Características do Contexto Político	Poder de Veto Forte	Acréscimo de Atribuições (<i>Layering</i>)	Alteração das Normas pela Alteração do Contexto (<i>Drift</i>)
	Poder de Veto Fraco	Derrogação de Normas (<i>Displacement</i>)	Alteração da Interpretação das Normas (<i>Conversion</i>)

A partir de suas duas vertentes, os estudos produzidos pelo novo institucionalismo têm levado a uma conclusão fundamental: o contexto em que as instituições públicas estão inseridas influenciam o delineamento das competências e das formas de atuação destas últimas. No limite, esta vertente de estudos tem demonstrado que as instituições não resultam, pura e simplesmente, de seu arcabouço jurídico, sendo, na verdade, um produto complexo do contexto em que se inserem.

Este “contexto” é composto pelas inúmeras variáveis associadas ao ambiente político-administrativo destas instituições, abrangendo desde as concepções dominantes acerca de qual seja o seu papel, os interesses e ações concretas adotadas pelos agentes diretamente envolvidos em seu cotidiano, as características do ordenamento jurídico em vigor em cada período ou qualquer outra variável relevante para definir a forma pela qual estas instituições atuam e interagem com a sociedade civil no desempenho de suas funções.

Analisá-lo não é mero exercício de curiosidade histórica. Este contexto assume relevância semântica para a compreensão do que se pode esperar de uma instituição em um determinado sistema político. Oferece, para além disso, importantes *insights* para a

²³ A matriz apresentada é uma tradução daquela formulada pelos autores em: THELEN, Kathleen; MAHONEY, James. *A Theory of Gradual Institutional Change*. THELEN, Kathleen; MAHONEY, James. **Explaining Institutional Change: ambiguity, agency and power**. Cambridge University Press, New York, 2010, p. 19.

compreensão dos motivos subjacentes à forma de atuação de cada instituição. No limite, a sua consideração permite a formulação de diagnósticos mais precisos acerca das instituições e nos permitem endereçar soluções específicas para os dilemas envolvidos no exercício de suas funções.

Sem sombra de dúvidas, nesta perspectiva, o instrumental metodológico do institucionalismo oferece ferramentas úteis para a presente pesquisa. Afinal, conforme adiantado na introdução a esta dissertação, seu objeto abrange justamente a compreensão da arquitetura jurídica do controle externo desempenhado pelo TCU a partir das inflexões sofridas pela instituição ao longo de sua trajetória. Tudo isso, com o intuito de compreender o produto final consagrado na Constituição Federal de 1988, a partir do qual nos dedicaremos a compreender a dinâmica do controle externo do BNDES e as modificações institucionais decorrentes para o banco, originadas nesta intrincada relação com a Corte de Contas.

Busco, neste sentido, apoio neste instrumental para a construção do tipo ideal de controle externo que entendo estar consagrado na constituição e, a partir dele, construir um diagnóstico acerca de sua atuação em face da gestão pública e, mais especificamente, do fomento.

Neste sentido, absorvo tanto instrumentos forjados pelos institucionalistas ligados à teoria do *rational choice*, quanto pelos institucionalistas históricos. De ambos, compactuo com o entendimento de que o contexto em que as instituições se inserem tem impacto direto sobre a forma como suas atribuições são concebidas. Dos racionalistas, absorvo a ideia de *critical junctures*, isto é, que existem momentos específicos em que o desenho institucional dos órgãos públicos é revisto – muito embora, não compactue com a ideia de que estes momentos decorrem apenas da ruptura de um equilíbrio ótimo de forças a partir de fatores externos à própria instituição.

O processo de mudança institucional não se dá estritamente nestes termos e tampouco será sempre dependente de fatos novos que desequilibrem o jogo de forças em vigor e desencadeiem uma radical revisão institucional. Por vezes, as instituições se reformam de maneira mais sutil e pontual, através de movimentos coordenados por sua própria burocracia, buscando ajustes que, em seu ponto de vista, aprimoram o funcionamento da instituição. Por vezes estes movimentos internos sequer serão pontuais e buscarão uma reforma integral da instituição e, ainda, sim, ocorrerão casos em que as mudanças serão provenientes de atores externos à instituição.

É nesta “desavença” com o modelo dos racionalistas, que recai a absorção neste trabalho do instrumental analítico do institucionalismo histórico. Mais especificamente, o que se absorve deste último é o olhar específico para os atores que influem nos processos de mudança institucional do TCU, ao invés de se perquirir pelas motivações externas que levaram ao processo de revisão institucional em ruptura de um suposto equilíbrio ótimo envolvido no funcionamento da instituição.

Assim, do novo institucionalismo, absorvemos três elementos: (i) a utilização do contexto político como um elemento de compreensão das clivagens institucionais enfrentadas pelo TCU ao longo de sua história, (ii) a análise dos momentos críticos de reformulação da estrutura institucional da Corte (*critical junctures*) e (iii) o enfoque na atuação de atores participantes nestes processos de reformulação. Absorvemos também a formulação teórica que explica o funcionamento dos processos de mudança no desenho de competências das instituições, que será aplicado para explicitar os modelos de alteração de atribuições do Tribunal de Contas.

É certo, contudo, que o instrumental analítico do “novo institucionalismo” será aplicado dentro das características que marcaram o desenvolvimento institucional do Tribunal de Contas da União. A literatura especializada tem demonstrado que este contexto é marcado por influências específicas, em muito associadas às funções tradicionalmente desenvolvidas pelo TCU e por um grupo de agentes que, historicamente, tem predominado no processo de revisões institucionais da Corte²⁴.

Por ter como função primacial o controle da administração pública, o desenho institucional da Corte de Contas é um tanto suscetível às pautas da duas principais

²⁴ Esta é uma das evidências que se extraem das análises feitas em relação às reformas realizadas mundo afora nos métodos de atuação das instituições de controle externo a partir da segunda metade do século XX. Para uma análise desta correlação a partir da década de 1970, conferir: POLLIT, Christopher; GIRRE, Xavier; LONSDALE, Jeremy; MUL, Robert; SUMMA, Hikka; WAERNESS, Marit. **Desempenho ou Legalidade? Auditoria Operacional e de Gestão Pública em Cinco Países**. Tradução: Pedro Buck. Belo Horizonte, Fórum, 2008, p. 26. No Brasil, neste mesmo período, esta hipótese foi considerada por MIRANDA, Álvaro Guilherme. **Mudança Institucional do Tribunal de Contas: Os Oito Modelos Debatidos na Constituinte de 1988 para o Sistema de Fiscalização do Brasil**. Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento (PPED), Instituto de Economia, da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Orientador: Charles Pessanha. Co-Orientadora: Maria Antonieta Leopoldi. Rio de Janeiro, 2009, p. 15. Esta, contudo, não foi uma característica exclusiva da segunda metade do século XX. Antes deste momento, a Corte já sofria reformas em suas competências em função da alteração do perfil da administração pública. Neste sentido, ver: ROSAS, Roberto. *Controle da Administração Indireta*. **Revista de Informação Legislativa**. vol. 15, nº 57, jan./mar. 1978, Brasília, pp. 63 a 65, em que o autor traça o histórico do controle da administração indireta, indicando ser este um consectário da ampliação da utilização destes instrumentos pela administração pública.

burocracias envolvidas na relação jurídica de controle: a do Executivo e, gradualmente, a da própria instituição de controle²⁵.

Nada mais natural. O TCU se enquadra no que a ciência política tem chamado de instituições intermediárias de controle (ou de controle horizontal)²⁶, responsáveis pela fiscalização da administração pública, a partir de uma estrutura integrante do próprio Estado. De se esperar, portanto, que suas atribuições sejam uma função direta do perfil do ordenamento jurídico da administração pública e que os principais agentes de interesse envolvidos em sua atuação sejam as burocracias associadas ao próprio TCU e à administração pública em si.

O contexto da atuação e reformas institucionais do Tribunal é composto justamente por este binômio: o perfil da ordenação jurídica da administração pública controlada e as disputas entre as burocracias estatais de controle e a de execução das políticas públicas em torno do perfil de controle. Esta é uma premissa que permeia a maneira pela qual aplicaremos o método institucional descrito nos parágrafos acima.

Ainda neste tema, é importante delimitar quais são as conjunturas críticas para a compreensão dos momentos de alteração do desenho institucional do TCU, isto é, quais são as “*critical junctures*” do Tribunal. Este, em sua trajetória, sempre teve por característica ser uma instituição com assento constitucional, isto é, cujo delineamento básico era consagrado no texto de nossas cartas políticas.

As reformas e alterações de sua estrutura, portanto, mesmo quando desempenhadas a nível infraconstitucional, sempre estiveram a atreladas a modelos constitucionais específicos. A modificação do parâmetro constitucional, invariavelmente, levava à reforma do perfil do TCU a nível legal. Não por outro motivo, as principais reformas da Corte coincidem com períodos da instalação de novas constituições.

²⁵ Evidência da influência destas burocracias nos é fornecido por Álvaro Guilherme Miranda, que em sua dissertação, reanalisa todo o processo constituinte de 1988 com o intuito de verificar as influências do contexto da época sobre a atual conformação de competências do TCU. Ao analisar os atores relevantes no debate sobre o desenho institucional da Corte de Contas, o autor destaca a burocracia de controle e a burocracia de governo. Conferir, neste sentido: MIRANDA, Álvaro Guilherme. **Mudança Institucional do Tribunal de Contas: Os Oito Modelos Debatidos na Constituinte de 1988 para o Sistema de Fiscalização do Brasil**. Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento (PPED), Instituto de Economia, da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Orientador: Charles Pessanha. Co-Orientadora: Maria Antonieta Leopoldi. Rio de Janeiro, 2009, p. 51, p. 59 e p. 63.

²⁶ SPECK, Bruno Wilhelm. **Inovação e Rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema de político-administrativo do Brasil**. São Paulo, Fundação Konrad Adenauer, 2000, pp. 16 a 17.

Neste sentido, o ponto de partida para a definição de nossas *critical junctures* são as reformas constitucionais de 1891, quando a Corte foi criada, a de 1934 e 1937, a 1946, 1967 e 1988, em que a estrutura da Corte foi revisitada. Partindo-se desta premissa, contudo, é possível reagrupar estas modelagens a partir do perfil de controle consagrado em cada uma delas.

Conforme argumentamos ao longo da Parte 1 desta dissertação, a Primeira República, inaugurada com a Carta de 1891 consagra um perfil de controle, que somente viria a ser revisto a partir do Estado Novo e das reformas instituídas pela Carta de 1934 e 1937 – que definiriam os traços primários da Corte para todo o período que se estende de 1930 a 1988, com pequenas alterações. Por fim a Constituição Federal de 1988 rompe com este perfil e instaura as bases contemporâneas do controle a partir de uma remodelagem das competências até então fixadas pelo Tribunal. Esta é a periodização que levaremos em conta.

Feitas as ressalvas pertinentes, a análise institucional da trajetória do TCU, no presente trabalho, terá por enfoque compreender os desenhos institucionais da Corte em função das características do ambiente jurídico administrativo em que estas eram exercidas e dos interesses atrelados a cada uma das burocracias que integravam o cotidiano de atuação do Tribunal nos respectivos períodos de reforma de suas competências. As reformas sofridas pela Corte, por seu turno, pontuarão os momentos relevantes de análise para a delimitação dos diferentes perfis de controle externo desempenhados pelo TCU.

O que chamo de desenho institucional também será abordado dentro das peculiaridades do Tribunal de Contas da União. Como instituição de controle que adota uma estrutura processual específica para exercer suas atribuições, o seu perfil de atuação será pontuado a partir das características estruturais deste processo, notadamente, quanto ao objeto das fiscalizações, a estrutura procedimental adotada, o método de decisão e os comandos possíveis ao final do processo. A partir destes elementos, conformaremos o desenho institucional de cada modelo de controle, consagrado durante a história do TCU.

Não obstante a construção de modelos dificultar a avaliação de aspectos específicos atrelados ao órgão de controle, entendemos que a sua utilização, em contrapartida, oferece um importante instrumento analítico, que nos permite operacionalizar conceitualmente todo o universo de variáveis associados ao contexto de atuação do TCU em cada um de seus períodos. Assim, ainda que com algum prejuízo no grau de profundidade de nossas

considerações, o uso de tipos ideais no presente trabalho complementa a metodologia que pretendemos lançar mão.

A partir dos conceitos arquetípicos construídos, poderemos apresentar diagnósticos acerca do perfil de controle externo desempenhado pelo TCU em cada um de seus momentos históricos e, a partir disso, lançar argumentos sobre a origem de seus comportamentos e endereçar possíveis soluções para os dilemas enfrentados pelo controle externo da gestão pública.

A construção do perfil de nosso controle externo, assim, será fundamentalmente um exercício de análise jurídica da estrutura de competências da Corte e do contexto e agentes políticos envolvidos em cada uma das reformas que acometeram estas atribuições do TCU. Este será o ponto do qual partiremos para compreender a dinâmica de controle estabelecida entre TCU e BNDES. O estudo específico desta dinâmica, contudo, seguirá outras estratégias, apresentadas no item abaixo.

2.2. A INTERAÇÃO

A interação entre ambas as instituições, muito embora parta dos pontos de vista construídos a partir do método acima apresentado, imprescindivelmente, deve ser permeada por estratégias de pesquisa próprias, afinal, atendem à construção epistemológica de um segundo ponto desta dissertação.

Mais especificamente, o método ora discutido busca permitir que compreendamos a forma pela qual ambas as instituições têm se relacionado e, mais do que isso, aferir como o controle externo praticado pelo TCU tem impactado o regime jurídico do fomento praticado pelo BNDES.

O endereçamento desta questão demanda duas estratégias de pesquisa. Em primeiro lugar, é preciso um filtro para a seleção de casos exemplificativos desta relação, pertinentes aos dilemas hoje enfrentados pelo controle externo e pela gestão pública, e que deem ensejo a impactos sobre as atividades fim do banco estatal. Em segundo lugar, é preciso um filtro de leitura destes casos, para que possamos depreender dentre as incontáveis questões discutidas nestes processos, aquelas que se mostrem relevantes para esta dissertação.

2.2.1. A SELEÇÃO DE CASOS

A seleção de casos é o primeiro dos filtros. Na presente dissertação, os critérios para a escolha dos casos a serem estudados são reflexos diretos de seu tema. Considerando que esta pretende proceder a uma análise institucional dos dilemas entre controle externo e gestão pública a partir das relações entre TCU e BNDES, os casos selecionados necessariamente teriam oportunizar este tipo de análise. Para tanto, antes de tudo, estes casos deveriam ser referentes a processos de controle externo, conduzidos pelo TCU em face do BNDES²⁷. Para além disso, estes processos de controle deveriam ser referentes as atividades fim do banco estatal.

A partir destas premissas, os casos foram selecionados a partir da base de acórdãos do Tribunal de Contas da União²⁸, disponibilizada eletronicamente em seu sítio eletrônico (*site*). Foram excluídos desta base inicial de casos, aqueles que não versavam sobre atividades fim²⁹ do banco estatal e os acórdãos de relação, que não trazem em seu corpo os fundamentos da deliberação adotada pela Corte de Contas³⁰.

O resultado da aplicação destes filtros, foi a formação de um acervo de 151 acórdãos, em seleção realizada até 30 de setembro de 2018. Este acervo, observadas a restrição temporal indicada acima, é representativo das interações entre BNDES e TCU, após

²⁷ Para delimitar este universo o critério foi simples. Pesquisou-se na base de Acórdãos do motor de buscas do *site* do Tribunal de Contas da União e filtrou-se os resultados por entidade fiscalizada. Não se utilizou argumentos de buscas adicionais, para que fosse possível acessar todos os julgados em que o BNDES tenha sido parte processual – seja como interessado ou unidade fiscalizada. A partir deste critério foi possível chegar a uma base de 269 acórdãos, que compuseram nosso universo inicial de pesquisa.

²⁸ Nesta base de dados encontram-se reunidas todas as decisões tomada pelo Plenário da Corte e por suas câmaras, em cada um dos processos de controle conduzidos pela Corte desde 1992. Importante salientar, porém, que nesta base de dados não são disponibilizadas as deliberações abrangidas por sigilo. Pareceu-nos mais adequado restringir a seleção de casos a esta base de dados por duas razões. Em primeiro lugar, por ser esta a única que representa um repositório oficial de jurisprudência da Corte de Contas. A segunda, diz com o fato de ser esta a única base de dados primários, produzidos pelo Tribunal. Isto é, a única base de dados que permite um panorama sobre as manifestações produzidas pelos Ministros e área técnica a Corte, sem posterior mediação por Diretorias internas ao próprio tribunal.

²⁹ Por não terem relação com as atividades fim do BNDES – seja por versarem sobre temas pertinentes a suas atividades meio, seja pelo Banco ser mencionado incidentalmente, foram excluídos 90 acórdãos.

³⁰ Mais do que isso. A hipótese normativa que permite a deliberação mediante Acórdão de Relação não permite que temas afetos à atividade fim do BNDES sejam apreciados nesta via processual. De acordo com o regimento interno do Tribunal de Contas, poderão ser submetidos ao julgamento por Relação, basicamente, casos em que não se verifique maior controvérsia quanto ao encaminhamento sugerido pela área técnica, desde que este não envolva aplicação de multa, a definição de entendimento relevante para a administração pública e não tenha sido proposto em sede de auditoria operacional, em solicitação do Congresso Nacional ou fiscalização de obra pública (art. 143, §4º, inc. I a VII, RITCU). Em face destas restrições, restam ao alcance deste tipo de decisão apenas temas afetos a prestações de contas tidas por regulares ou com irregularidades irrelevantes, a admissão ou a concessão de aposentadorias, fiscalização quanto ao registro de atos e contratos sujeitos à competência do TCU, desde que do resultado destas resulte parecer favorável a sua regularidade e, por fim, atos decisórios de cunho processual, que requeiram o apensamento de processos, correções de erros materiais, denegação de embargos de declaração e outras hipóteses especificadas no inc. V do art. 143, do RITCU. Por este motivo, os 28 Acórdãos de Relação envolvendo o BNDES foram excluídos de nosso universo inicial.

a promulgação da Constituição Federal de 1988, marco cronológico que inaugura a conformação contemporânea das competências da Corte de Contas.

Todos eles, por serem representativos da dinâmica de controle estabelecida entre ambas as instituições foram considerados no presente trabalho. Evidentemente, a abordagem destes casos não será realizada de forma individual. O enfoque será panorâmico, buscando agrupar as intervenções de controle dentro de categorias conceituais representativas do tipo de interação estabelecida, construindo uma periodização que nos permitirá, novamente, avaliar as relações dentro do contexto construído a partir das interações entre TCU e BNDES.

Dois casos, contudo, serão considerados de maneira específica. Refiro-me, aqui, ao controle realizado pelo TCU sobre a política de fomento à exportação de serviços de engenharia nacional e ao controle realizado pela Corte sobre a Política de Desenvolvimento Produtivo, no setor frigorífico. Estes processos de controle destacam-se por serem casos em que o Tribunal atuou no limite de suas atribuições institucionais, percorrendo justamente o dilema apontado na introdução desta dissertação.

Os casos, portanto, são profundamente exemplificativos do debate mais amplo subjacente a esta dissertação. Gestão pública e controle se entrelaçaram fortemente nestes processos, e nos fornecem um laboratório relevante para avaliar como as atribuições do TCU têm atuado sobre o BNDES.

2.2.2. A ANÁLISE QUALITATIVA E OS IMPACTOS DO CONTROLE

A análise qualitativa dos casos selecionados também foi orientada pelo objeto de estudo desta dissertação. Neste sentido, os critérios utilizados na análise dos casos selecionados são voltados à compreensão do comportamento institucional do TCU no controle do BNDES.

O mapeamento da forma de ação do TCU é forma de desvendar a maneira pela qual a Corte de Contas compreende suas funções e suas competências. Mais do que isso, a análise deste comportamento pode evidenciar os padrões que alimentam posturas de expansão das atribuições da Corte no controle de políticas públicas ou de deferência em face de decisões adotadas durante a execução destas políticas.

Em outras palavras, o estudo do comportamento do TCU em seus processos nos permite verificar, empiricamente, o tipo de relação de controle que o Tribunal passou a entender como legítima, a partir de suas novas atribuições consagradas na Constituição Federal de 1988.

Para apreender este *modus operandi*, é preciso mapear três variáveis, que conceitualmente, podem ser resumidas na lógica do fluxo decisório da Corte. Neste sentido, é preciso compreender como o TCU inicia os processos de controle³¹. Em seguida, como os processa, identificando os instrumentos processuais utilizados³². Por fim, é preciso aferir as decisões emitidas pelo Tribunal, aferindo o tipo de comando este tem exarado sobre as políticas do BNDES³³.

Todos estes elementos serão cotejados com a estrutura administrativa de organização e funcionamento do tribunal, o que nos permitirá construir, a partir destas interações, um diagnóstico acerca do comportamento da Corte dentro do contexto do tipo ideal de controle criado pelo TCU pela Constituição ..

Com estas considerações, resta introduzido nosso tema e explicitado nosso método. Partimos, agora, à exposição dos achados desta dissertação.

³¹ Em nossa tabela de seleção e análise de casos, contemplada no Apêndice desta dissertação, esta informação foi registrada na coluna “Origem”.

³² Em nossa tabela de seleção e análise de casos, contemplada no Apêndice desta dissertação, esta informação foi registrada na coluna “Instrumento Processual”.

³³ Em nossa tabela de seleção e análise de casos, contemplada no Apêndice desta dissertação, esta informação foi registrada nas colunas “Decisão”, “Determinação/Recomendação ao BNDES”.

PARTE 1
O CONTROLE

1. O PANO DE FUNDO DO CONTROLE EXTERNO DO FOMENTO: A EVOLUÇÃO INSTITUCIONAL DO TCU

Por que controlamos a administração pública por meio de uma Corte de Contas? A pergunta, que pode parecer um tanto trivial à primeira vista, é, talvez, uma das mais centrais para a compreensão do modelo de controle externo não judicial consagrado em nosso sistema político administrativo.

O questionamento traz à tona algo que remanesce latente nos recentes estudos que se dedicam ao tema. No limite, perquirir sobre os fundamentos do controle é buscar definir justamente o que se pode esperar do Tribunal de Contas da União em suas relações com a administração pública.

As explicações da literatura jurídica para este arranjo institucional específico de controle são as mais variadas. Para uma parcela da doutrina, este tipo de controle é um consectário direto da ideia de democracia³⁴⁻³⁵, enquanto para outra, o interesse público³⁶ é a chave de compreensão para o delineamento deste modelo. Outros entendem que sua origem é a ideia de contenção da autoridade estatal³⁷ e por fim, alguns ainda lhe atribuem como fundamento a contenção da corrupção³⁸.

Em alguma medida, as diferentes respostas ofertadas pela doutrina jurídica se concentram em capturar diferentes externalidades do controle externo não judicial ou buscam associá-los a valores políticos relevantes, que terminam por reacender a importância da Corte e de seu objeto de estudo. No entanto, muito embora sirvam de reforço à relevância do controle, estes apontamentos não capturam a efetiva motivação subjacente a criação destas instituições e oferecem pouca contribuição para o entendimento do que se pode esperar do TCU.

³⁴ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 19ª Edição. São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 441.

³⁵ ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª edição. Rio de Janeiro, Forense, 2013, p. 604.

³⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16ª edição. Rio de Janeiro, Forense, 2014, p. 613.

³⁷ ZYMLER, Benjamin. **Direito Administrativo e Controle**. 3ª edição. Belo Horizonte, Fórum, 2012, p. 164. No mesmo sentido: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Controle da Administração Pública e Responsabilidade do Estado*. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.) **Tratado de Direito Administrativo**. Vol. 7. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, p. 29.

³⁸ FURTADO, Lucas Rocha. **As Raízes da Corrupção no Brasil: estudo de casos e lições para o futuro**. 1ª edição, 1ª reimpressão. Belo Horizonte, Fórum, 2015, p. 62.

O enfoque, salvo algumas exceções, recai sobre o estudo isolado das competências da Corte, num exercício que busca extrair dos art. 70 e 71 da Constituição Federal, todos os elementos para a delimitação das atribuições do Tribunal. A doutrina jurídica, portanto, tem buscado definir os contornos da recente composição de competências da Corte a partir de um recorte estático, quase que exclusivamente fundado no texto da Constituição Federal de 1988.

Em razão disso, o debate jurídico tem ignorado o potencial explicativo associado ao percurso institucional do Tribunal de Contas da União. Sua história e as inflexões institucionais suportadas pela Corte não têm sido consideradas variáveis relevantes para a compreensão dos atuais contornos do TCU e, mais especificamente, para o entendimento dos limites de suas novas competências inauguradas no contexto pós-constituição de 1988.

A nosso ver, a abordagem da doutrina jurídica tem limitado a sua capacidade de endereçar soluções para os dilemas atuais do controle externo. A insistência na hermenêutica estritamente normativa como método para endereçar explicações acerca das competências e limites funcionais do TCU não é capaz de oferecer as respostas necessárias ao enfrentamento dos impasses envolvidos na atividade de controle.

E isto por duas razões.

A primeira é diretamente associada ao texto constitucional, consagrado no art. 70 e 71 da Constituição Federal. Os dispositivos – que em última análise delineiam em nível constitucional as competências da Corte - não são claramente articulados entre si, apresentando um elevado grau de ambiguidade³⁹. De forma resumida, o *caput* do art. 70 estabelece uma série de métodos e parâmetros de controle, sem, contudo, consolidá-los de forma sistemática em relação aos comandos autorizados ao Tribunal, previstos nos incisos do art. 71.

Por mais consistentes que sejam as interpretações que busquem conciliar ambos os dispositivos, há, invariavelmente, indefinição normativa em torno das atribuições da Corte, e para supri-las a doutrina tem recorrido à retórica jurídica. Nesta opção, abre-se flanco às mais diversas concepções sobre o que deve ser a função do Tribunal de Contas, sem que o

³⁹ SPECK, Bruno Wilhelm. *Auditing Institutions*. In POWER, Timothy; TAYLOR, Matthew (ed). **Corruption and Democracy in Brazil**. University of Notre Dame Press, 2011, p. 138.

debate apresente bases compartilhadas de discussão e seja capaz de levar a *insights* úteis para a equalização dos recentes embates entre controle e gestão pública.

A segunda razão pela qual a abordagem predominante na academia jurídica não ter sido capaz de avançar propostas neste tema, reside no fato de esta presumir ser possível compreender os contornos do controle externo única e exclusivamente a partir da leitura das normas positivadas na Constituição.

Ainda que ambos os dispositivos joguem um papel fundamental na delimitação da atual conformação da Corte, é certo que esta não é um produto exclusivo do movimento constituinte de 1988. Este que, na verdade, é um dos elos mais recentes de um longo processo de formatação institucional, marcado por inflexões em suas atribuições que, de alguma forma, influíram em cada um dos novos desenhos institucionais do Tribunal de Contas da União.

Este encadeamento do histórico institucional da Corte não é trivial ou dispensável para a compreensão dos atuais contornos institucionais do TCU. Ainda que não se trate de compreender uma evolução histórica linear, é inegável que as novas formações da Corte foram pensadas em contextos marcados pelas características anteriores do Tribunal, configurando-se como reações a este último, seja para superá-lo por completo, seja para aprimorá-lo.

Nestes quadrantes, a discussão perde de vista que a Corte é um produto de sucessivas alterações institucionais, que vieram a reboque de alterações conjunturais, sendo sempre legatária de um certo arcabouço institucional e de uma cultura específica de controle externo, ambas forjadas a partir dos espectros anteriores de competências da Corte. Ignorar este aspecto e insistir na hermenêutica constitucional como método de estudo do controle externo, é presumir que as instituições públicas são criadas e construídas a partir do “éter”, a cada processo constituinte, como se o Poder Constituinte Originário tivesse o condão, e até mesmo a intenção, de apagar todo o histórico institucional de uma entidade, para refunda-la a partir de contextos inteiramente novos.

A presunção, por mais tentadora que seja, ignora a forma de criação e modificação das instituições e, mais grave ainda, ignora especificamente a forma pela qual o TCU foi sendo moldado ao longo do tempo. A Corte de Contas, conforme argumentamos a seguir, apesar de vinculada historicamente ao Legislativo, é fruto de uma necessidade específica

enfrentada pelo Poder Executivo ao longo de todo o século XIX, mas que somente encontrou condições para florescer com o advento da República.

Esta necessidade não tem qualquer relação com o advento da democracia ou prevenção da corrupção ou contenção da autoridade estatal, conforme tem insistido a doutrina jurídica mas, sim, é fruto de um fenômeno histórico específico: a consolidação da burocracia no Estado brasileiro, e da emergência de uma pauta que lhe é ínsita, qual seja, a racionalização da administração pública⁴⁰.

O atendimento a esta necessidade de racionalização burocrática pautou a estruturação das competências do Tribunal de diferentes maneiras ao longo de sua história, convivendo com períodos antidemocráticos e democráticos, com períodos de absoluto autoritarismo e de maior garantia aos direitos individuais e até mesmo com momentos de elevados índices de corrupção.

Em nenhum deles, a Corte foi extinta. Pelo contrário, esta demonstrou resiliência, adaptando-se a medida em que seu próprio objeto de controle assumia novos perfis. É dizer, à medida que o consenso político acerca das funções administrativas se alterava, o controle externo também alterava seu desenho institucional, buscando equiparar o passo com os novos perfis assumidos pela administração pública.

O motor para esta simbiose entre controle externo e administração pública foi, primordialmente, o grau de envolvimento de duas classes de burocracia, a de controle e a do Poder Executivo, nos processos de reforma da Corte e da prevalência da visão particular de cada uma delas sobre o que significava promover a racionalização da gestão pública. O predomínio de cada uma delas nos processos de discussão institucional foi determinante para o desenho resultante para o controle externo.

Partindo destas premissas, é possível vislumbrar três momentos fundamentais para a trajetória institucional do controle externo. O primeiro deles, é o de sua fundação na Constituição republicana de 1891, quando se consagra a espinha dorsal do que virá a ser o modelo institucional do TCU ao longo de sua trajetória. A escolha por este modelo está

⁴⁰ SPECK, Bruno Wilhelm. **Inovação e Rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema de político-administrativo do Brasil**. São Paulo, Fundação Konrad Adenauer, 2000, p. 38.

impregnada pelo contexto do período e marcada por um predomínio evidente da burocracia do Poder Executivo e sua visão particular sobre a gestão da administração.

O segundo momento nos é fornecido pela fratura institucional inaugurada pelo movimento de 1930, encabeçado por Getúlio Vargas, e que perdura até a Constituição Federal de 1988. O perfil da administração pública sofre significativa alteração a partir deste momento, dando origem a um arcabouço jurídico-institucional que orientaria a estrutura de atuação da administração até a década de 1980. O controle externo não passou ao largo desta nova formatação da administração pública e também sofreu alterações em seu arranjo institucional. Ainda que preservando suas características originais, a Corte revisou o perfil de sua atuação por um par de ocasiões.

O terceiro momento é a Constituição de 1988, que inaugura um contexto jurídico-administrativo absolutamente distinto do até então vigente, com características muito particulares e que torna mais complexa a ação administrativa. O paradigma de administração, portanto, novamente apontava para outra direção- e o controle externo se preparou para não ficar alheio a este processo, tomando a dianteira, por intermédio de sua burocracia, do processo de revisão institucional da Corte.

Quando postas em perspectiva, as transformações sofridas pela Corte em cada um destes três momentos nos permitem identificar os paradigmas de controle externo atrelados ao TCU em cada contexto histórico de atuação da Corte. O cotejo entre eles e a construção explícita destes tipos ideais nos permitem ampliar o debate sobre os perfis de atuação da Corte e oferecem importantes *inputs* a respeito do contexto em que os novos contornos do TCU foram delineados.

Mais do que isso, a leitura das competências da Corte a partir de tipos ideias forjados a partir de seu histórico institucional nos fornece um arcabouço conceitual bastante útil para descrever o comportamento da Corte e identificar os possíveis pontos que originam, ou ao menos estimulam, as ações do TCU que têm elevado a voltagem de suas relações com a administração pública. Em outras palavras: observar o controle externo não judicial a partir desta ótica, permite-nos formular um diagnóstico do atual modo de atuação do Tribunal e apontar os pontos que permitiriam o aprimoramento de suas relações com a administração pública.

Este é o intuito do capítulo que ora se descortina. Os três primeiros itens (2, 3 e 4) são construídos para remontar a trajetória institucional da Corte, em cada uma de suas inflexões históricas. O último item (5) será destinado a um diagnóstico do controle externo contemporâneo a partir dos *inputs* ofertados por sua trajetória.

Com isso, pretendemos oferecer uma visão alternativa no estudo do controle externo no direito e demonstrar que a compreensão da atual formatação da Corte de Contas e de seu comportamento errático perante a administração pública é, também, uma questão de desenho institucional.

2. A CORTE DE CONTAS DA PRIMEIRA REPÚBLICA: CONTEXTO E ORIGENS

O Tribunal de Contas da União nasce no ocaso do Segundo Reinado de D. Pedro II, inicialmente, a partir das mãos de Ruy Barbosa, que determinara a criação da instituição antes mesmo da promulgação da Constituição Federal de 1891. O jurista, à época Ministro da Fazenda, convencera o então Chefe do Governo Provisório, Marechal Deodoro da Fonseca, a editar o Decreto nº 966-A, de 07 de novembro de 1890, criando a Corte de Contas e reconhecendo sua competência para o “*exame, a revisão e o julgamento de todas as operações concernentes à receita e despesa da República (sic)*”.

O TCU nascia, assim, na aurora da República, por iniciativa do Poder Executivo, na lavra de um nicho bastante específico da administração pública federal: o Ministério da Fazenda. A forma como se deu a criação da Corte oferece um importante espectro para a compreensão das razões que justificaram a sua criação e levaram a seu primeiro desenho institucional. Menos pelo aspecto simbólico associado à sua origem republicana, e mais por este, uma instituição que se consagraria como auxiliar ao Poder Legislativo, nascer pelas mãos da burocracia de finanças do Poder Executivo.

O movimento republicano não foi resultado de um consenso nacional acerca deste sistema de governo⁴¹. Sua ascensão está mais relacionada à ruptura do modelo econômico (a fazenda escravocrata) e político (a política de cooptação) que conferia sustentação ao

⁴¹ CARVALHO, José Murilo de. **A Formação das Almas: o imaginário da república no Brasil**. São Paulo, Companhia das Letras, 1990, p. 24.

Segundo Reinado do que propriamente a um projeto republicano ideologicamente homogêneo e favorável a sua proclamação⁴².

O sincretismo ideológico do movimento impediu a formulação de um projeto institucional para a República⁴³. O movimento que eclode em 15 de novembro de 1889, liderado pelos militares, ganha o apoio civil da elite agrária emergente e da elite urbana por ser um movimento de negação ao Segundo Reinado. Apesar de proclamada em praça pública pelo Marechal Deodoro da Fonseca, contudo, a República ainda estava por construir.

Pouco crível, neste contexto, atribuir a criação do controle externo da administração pública ao movimento republicano ou à ideia de que o Tribunal de Contas da União nascera de uma concepção republicana de gestão da “coisa pública”⁴⁴. Sua origem está atrelada a aspectos específicos, enfrentados pela administração pública nos anos iniciais da Primeira República.

Três elementos são centrais para a compreensão do impulso que viabilizou a criação da Corte de Contas neste momento: (i) a crise financeira enfrentada pela administração federal e (ii) a consolidação de uma burocracia estruturada no Ministério da Fazenda, (iii) cuja formação intelectual, por se dar nos centros do bacharelado nacional, apresentava uma orientação liberal⁴⁵, que os permitiu vislumbrar na ideia de legalidade orçamentária, uma saída para a sangria financeira da União.

A Corte de Contas, então, é um produto do Poder Executivo e seu desenho institucional foi coordenado pela burocracia financeira dos primeiros anos de nossa república. A gênese do TCU neste contexto inaugura um modelo de arquitetura institucional que se repetirá ao longo de sua história.

Muito embora seja um órgão vinculado ao legislativo, seu desenho institucional sempre foi pautado para o acompanhamento das necessidades da administração pública e a formatação deste desenho se dava dentro dos gabinetes – ora do Poder Executivo, ora do

⁴² VIANNA, Oliveira. **O Ocaso do Império**. 3ª edição. Rio de Janeiro, ABL, 2006, p. 86.

⁴³ Idem, p. 87.

⁴⁴ Não obstante, esta imagem ainda permeia o imaginário jurídico, conforme se verifica no Voto do Ministro Luiz Fux no seguinte julgado: STF: MS nº 33.340, Min. Rel. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 26/05/2015, fl. 1 a 3, do voto do Ministro Relator.

⁴⁵ ADORNO, Sérgio. **Os Aprendizes do Poder: o bacharelismo liberal na política brasileira**. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1988, p. 27.

próprio órgão de controle. Na primeira república, a primazia foi da burocracia financeira do Executivo.

2.1.A ORIGEM DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO: A BUROCRACIA FINANCEIRA NA VANGUARDA DO CONTROLE EXTERNO

O ambiente conturbado que acometia as instituições nacionais no momento da proclamação da república não era fruto somente da política. A gestão pública do segundo império também apresentava severos problemas, sobretudo de caráter fiscal. Conforme noticia Raymundo Faoro⁴⁶, durante o Segundo Reinado, não houve um só exercício fiscal em que as despesas orçamentárias tenham se equiparado às receitas. A regra foi o déficit anual das contas públicas, um problema que já era capturado por Liberato de Castro Carreira, senador no decênio final do segundo reinado:

“Quem estuda a progressão da receita não deixa de notar a tendência do aumento da despesa, é um facto de todo natural, autorizado pelo desejo de gozar o mais cedo possível das vantagens do progresso, e dahi o déficit permanente. Não foi sem advertência em mais de um relatório, que o respectivo ministro chamou atenção do parlamento para a moderação no meio de decretar-se a despesa, tendo em consideração os respectivos déficits, com que se encerravam os orçamentos, porém, as exigências e as necessidades imperiosas das ocasiões nem sempre permittiam a reflexão, e assim se pode dizer, sem avançar uma inverdade, que todos os orçamentos foram encerrados com déficits.”⁴⁷

O sistema parlamentar não era parte da solução. Ao invés de adotarem medidas voltadas à contenção destas despesas, a Câmara Geral e o Senado eram coniventes com os gastos públicos excessivos, não raro ampliando-os por ocasião da aprovação do orçamento⁴⁸ e de créditos adicionais. O tom lamurioso de Ruy Barbosa – ao comentar o ano político de

⁴⁶ FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro**. 4ª edição. São Paulo, Globo, 2008, p. 461.

⁴⁷ CARREIRA, Liberato de Castro. **História Financeira e Orçamentária do Império do Brasil Desde a sua Fundação – precedida de alguns apontamentos acerca da sua independência**. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1889, p. 614.

⁴⁸ O processo orçamentário, sob a égide da Constituição de 1824, era iniciado pelo Poder Executivo, que encaminharia o projeto de lei orçamentária na primeira semana da legislatura. Câmara e Senado debateriam a proposta e tinham a prerrogativa de adicionar novas despesas, conforme observa Liberato de Castro: “*Ambas as casas do parlamento teem, entre nós, o direito de aumentar despesas; (...), não intervindo o governo senão indirectamente*”. Cf. CARREIRA, Liberato de Castro. **História Financeira e Orçamentária do Imperio do Brasil Desde a sua Fundação – precedida de alguns apontamentos acerca da sua independência**. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1889, p. 67.

1887, ao qual dedica nada menos que três capítulos para a análise da situação orçamentária do império - confere medida interessante da participação parlamentar na crise fiscal do período:

“(...) grande culpa recae sobre a natureza mesa do systema parlamentar, que, teoricamente considerado como refreio à prodigalidade do governo, tem-se mostrado gravissimamente exposto, pelo contrário, a esse perigo pelo jogo do seu mecanismo, em que a administração pende do voto das maiorias e, portanto, há de inclinar-se a condescender com os interesses individuais e collectivos que as agregam.”⁴⁹

“O paiz quer economias; as fracções do paiz, despesas. Cada colégio eleitoral advoga a prodigalidade para si e reclama a severidade contra os outros. Os deputados são entusiastas da parcimônia em abstracto e do desperdício em concreto.”⁵⁰

Os intentos para a resolução da questão fiscal eram empreitadas solitárias do Ministério da Fazenda, órgão que à época concentrava as competências de administração e fiscalização dos gastos públicos autorizados na lei orçamentária. Conforme determinava o art. 170 da Constituição de 1824, a gestão da receita e da despesa do Império ficaria a cargo do Tribunal do Thesouro Nacional, sujeito ao Ministério da Fazenda⁵¹, cujo titular presidia a Corte fazendária⁵².

A atuação do Tribunal do Thesouro Nacional era bastante ampla, desvelando um modelo altamente centralizado de gerenciamento dos recursos públicos. O Ministro da Fazenda, através do Tribunal, autorizava as dotações orçamentárias dos demais ministérios e centralizava as ordens de pagamento de despesas das províncias⁵³, além de firmar contratos. Acompanhava a arrecadação e avaliava os impactos que a criação de novos impostos apresentavam sobre as receitas públicas, bem como analisava a legislação sobre a Fazenda, com o intuito de propor reformas para corrigir insuficiências ou contradições.

⁴⁹ BARBOSA, Ruy. **O Anno Político de 1887**. Rio de Janeiro, Typographia da Gazeta de Notícias, 1888, p. 41.

⁵⁰Idem, p. 42

⁵¹ BARCELOS, Fábio. **A Secretaria de Estado dos Negócios da Fazenda e o Tesouro Nacional**. Rio de Janeiro, Arquivo Nacional, 2014, p. 39.

⁵² Art. 7º, Lei de 04 de outubro de 1831.

⁵³ CARREIRA, Liberato de Castro. **História Financeira e Orçamentária do Imperio do Brazil Desde a sua Fundação – precedida de alguns apontamentos acerca da sua independência**. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1889, p. 71.

Ao lado destas atribuições de gerenciamento do sistema de recursos públicos nacionais, somava-se, ainda, um rol de atribuições fiscalizatórias e sancionatórias. Neste sentido, através do Tribunal do Tesouro Nacional, a Fazenda fiscalizava sob o ponto de vista financeiro a atuação de todas as repartições públicas, podendo responsabilizar os funcionários em caso de ilegalidades, e, ainda, inspecionava a arrecadação e as despesas das províncias, podendo advertir, repreender ou suspender temporariamente as atividades de funcionários que atuassem com negligência, falta ou defeito.

O Tribunal, por fim, ainda exercia atribuições de jurisdição voluntária, apreciando pleitos administrativos referentes a salários, pensões e outras rendas, bem como acerca dos contratos firmados com a Fazenda e, ainda, desempenhava atividades consultivas, apresentando relatórios acerca das condições fiscais do Império ao gabinete de governo e perante o Imperador, além, de uma prestação de contas anual à Câmara dos Deputados (art. 172, Constituição de 1824).

O Tribunal do Tesouro, para o desempenho deste plexo de atribuições, gozava de uma organização administrativa especializada, que procurava dividir competências de forma objetiva, de forma a viabilizar a execução do amplo rol de atividades que lhe foram sujeitas. De maneira geral, a Corte fazendária se organizava como um departamento administrativo, chefiado pelo Presidente (Ministro da Fazenda), que contava com uma série de órgãos que lhe eram subordinados e atuavam na instrução dos processos e no manejo das atividades de acompanhamento da execução orçamentária.

Esta estrutura administrativa não permaneceu estanque ao longo do Império⁵⁴, porém, inicialmente contava com o Inspetor Geral do Tesouro, responsável pelo acompanhamento e fiscalização dos gastos orçamentários nas províncias, com o Contador Geral, que aferia a contabilidade destas últimas e, por fim, o Procurador Fiscal, que apresentava pareceres e zelava pelo cumprimento das leis fazendárias. Posteriormente, estas atribuições foram reunidas em diretorias, subordinadas ao presidente, e passaram a contar com maior especialização dos servidores de apoio administrativo.

⁵⁴ Foi inicialmente estabelecida pela Lei de 04 de outubro de 1831, tendo sido reformada pelo Decreto nº 736, de 20 de novembro de 1850, pelo Decreto nº 2.343, de 29 de janeiro de 1859 e, por fim, pelo, Decreto nº 2.548, de 10 de março de 1860. Alterações pontuais foram conduzidas em 1868 e 1873. Para um relato completo destas reformas, cf. BARCELOS, Fábio. **A Secretaria de Estado dos Negócios da Fazenda e o Tesouro Nacional**. Rio de Janeiro, Arquivo Nacional, 2014.

De todo modo, a estrutura detalhada do Ministério – atípica para o período⁵⁵ – permitiu, ao longo do tempo, a formação precoce de uma burocracia especializada, que apresentava uma identidade funcional bem definida e, no que diz respeito a suas atribuições, que se manteve estável ao longo de todo o Segundo Reinado, gradativamente especializando-se em um modelo de controle orçamentário de caráter jurisdicional, administrativo e de legalidade.

A rotina funcional desta burocracia matizava seu ângulo de análise das questões fiscais do Império. Como visto, os integrantes da estrutura administrativa do Ministério da Fazenda e do Tribunal do Tesouro atuavam tanto no auxílio do Ministro da Fazenda no planejamento do projeto de lei orçamentária do governo, a partir do fornecimento de informações acerca da execução orçamentária anual, quanto na aplicação da legislação fiscal e orçamentária, mediante um controle repressivo e *a posteriori*, que recaía, em especial, sobre os registros de despesas e receitas realizadas no Império.

Tanto num quanto noutro caso, o resultado do manejo da atividade fim atribuída a esta burocracia voltava-se para a noção de legalidade orçamentária. O produto final de seus esforços de acompanhamento da execução orçamentária e elaboração de relatórios sobre o tema, era a consubstanciação de um planejamento prospectivo em uma lei, a ser submetida ao parlamento que, quando, aprovada, tornar-se-ia responsável por disciplinar os gastos do Império⁵⁶. De outro bordo, na vertente de controle, suas funções tinham por objetivo primordial reforçar a eficácia e a obrigatoriedade das disposições legais aplicáveis ao manejo de recursos públicos mediante comandos que se pretendiam revestidos de autoridade.

A especialização administrativa e funcional nesta modalidade de controle impulsionava a burocracia fazendária a perseguir um ideal de administração em que a boa gestão se fundia com a gestão dentro dos termos da lei orçamentária. Natural que em sua leitura, a racionalização administrativa do gasto público estivesse associada ao cumprimento estrito da lei orçamentária.

⁵⁵URICOECHEA, Fernando. **O Minotauro Imperial: a burocratização do estado patrimonial brasileiro no século XIX**. Rio de Janeiro, DIFEL, 1978, p. 94 e p. 98.

⁵⁶BALEEIRO, Aliomar. *O Tribunal de Contas e o Controle da Execução Orçamentária*. in **Revista de Direito Administrativo**, vol. 31, Rio de Janeiro, 1953, p. 13.

Se a rotina profissional do Tribunal do Tesouro Nacional estimulava a burocracia a conceber este modelo de controle, fato é que a formação intelectual dos que ocuparam os cargos integrantes da Corte fazendária também o reforçava.

O séc. XIX, no Brasil foi marcado pelo intento de construir um Estado sobre o país recém constituído, esforço este que em grande medida dependia da criação de quadros capacitados para a assunção das funções administrativas a serem desempenhadas no território da antiga colônia⁵⁷.

De início, estes quadros foram formados na Metrópole, prioritariamente na Universidade de Coimbra, no período que sucedeu às reformas do Marquês de Pombal. Este retirou a universidade da tradição escolástica em que se encontrava, e introduziu uma matriz de ensino mais afeita ao iluminismo⁵⁸.

Neste sentido, em solo português, o ensino nos anos de Pombal assumiu um nítido caráter cientificista e racionalista, ancorado no reforço dos estudos das ciências naturais e de outras que pudessem ofertar préstimos ao plano de exploração de recursos minerais nas colônias portuguesas, à época em plena execução pela Monarquia lusa⁵⁹. Alguns dos integrantes da elite política imperial formaram-se neste período, porém, a maior parte desta formou-se no período posterior⁶⁰, em que as ciências naturais perderam centralidade e o direito reassumiu o protagonismo pedagógico na universidade.

A remessa dos talentos locais para estudo e treinamento junto às instituições da antiga Metrópole, porém, gradualmente deixou de ser prática cabível com a ruptura dos laços coloniais com Portugal. O desafio que se impunha desde então era o de formar os quadros administrativos do país em terras brasileiras.

Para atender a esta demanda, determinou-se em 1827 a criação dos cursos jurídicos de Olinda e de São Paulo, que se incumbiram do dever de formar profissionais capacitados para conduzir os negócios públicos. A missão, porém, era cumprida com dificuldade. Com uma estrutura precária para o ensino⁶¹, um reduzido quadro de professores e um baixo

⁵⁷ FARIA, José Eduardo; MENGE, Cláudia de Lima. *A Função Social da Dogmática e a Crise do Ensino e da Cultura Jurídica Brasileira*. In FARIA, José Eduardo. **Sociologia Jurídica: crise do direito e práxis política**. Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 157.

⁵⁸ CARVALHO, José Murilo de. **A Construção da Ordem: a elite política imperial. Teatro das Sombras: a política imperial**. 4ª edição. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2008, pp. 66 a 67.

⁵⁹ Idem, p. 67.

⁶⁰ Ibidem, p. 69.

⁶¹ VENÂNCIO FILHO, Alberto. **Das Arcadas ao Bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil**. São Paulo, Perspectiva, 2011, p. 115.

interesse do corpo docente⁶² e do corpo discente⁶³ pelas classes, fato é que a formação de nossos quadros administrativos se complementava em outros locais, que não os bancos universitários⁶⁴.

Assumiram papel de destaque, neste contexto, o estudo individual e a participação do alunado nas associações e clubes políticos, a participação em debates nos diversos jornais acadêmicos existentes naquele período e, sobretudo, o engajamento da comunidade acadêmica na discussão das questões nacionais. Frequentar os cursos jurídicos no séc. XIX, em grande medida, era imiscuir-se em todo este universo de discussões e debates que, invariavelmente, enveredavam para o direito.

O arquétipo resultante deste contexto acadêmico era o do bacharel – seja o coimbrão, seja o nacional, ambos marcados por uma profunda identidade ideológica⁶⁵. No plano mais geral, os quadros formados se afeiçoavam à defesa das liberdades individuais e econômicas⁶⁶, concebendo a legalidade como um instrumento de adstrição do poder estatal e de contenção do abuso para os poderes constituídos, mas também como uma espécie de remédio para a contenção das patologias que constatava no sistema político. Nas palavras de Sérgio Adorno, o bacharel: “[f]oi educado conforme o formalismo típico da mentalidade de advogado ao conferir crédito ilimitado à juridicidade como limitação de poder e fonte de legitimidade.”⁶⁷

Estes quadros rumaram para a ocupação dos mais diversos cargos na administração pública, judiciário e poder legislativo⁶⁸ – integrando, também, o Ministério da Fazenda⁶⁹. Naturalmente, sua formação intelectual, junto do vezo decorrente da rotina do expediente

⁶² LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História: lições introdutórias**. 3ª edição. São Paulo, Atlas, 2011, p. 321.

⁶³ VENÂNCIO FILHO, Alberto. **Das Arcadas ao Bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil**. São Paulo, Perspectiva, 2011, p. 127.

⁶⁴ ADORNO, Sérgio. **Os Aprendizes do Poder: o bacharelismo liberal na política brasileira**. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1988, p. 157.

⁶⁵ Idem, p. 65 e pp. 80 a 81.

⁶⁶ Ibidem, p. 188 e p. 217.

⁶⁷ ⁶⁷ ADORNO, Sérgio. **Os Aprendizes do Poder: o bacharelismo liberal na política brasileira**. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1988, p. 159.

⁶⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Sociedade, Estado e direito: caminhada brasileira rumo ao século XXI*. In MOTA, Carlos Guilherme (org.). **Viagem Incompleta. A Experiência Brasileira (1500 – 2000): a grande transação**. 2ª edição. São Paulo, Senac São Paulo, 2000, p. 460.

⁶⁹ A se considerar os Ministros da Fazenda do Império, é possível se afirmar que 85% (60 dos 70) deles provieram da Universidade de Coimbra (graduando-se em direito, filosofia ou matemática) e das Faculdades de Direito de Olinda e de São Paulo. Os ministros restantes ou bem não possuíram formação superior, ou bem foram militares, que completaram sua formação superior nas escolas militares e da marinha.

que assumiam, influíram na forma como conceberam soluções para a situação fiscal do império.

E estes, ao que tudo indica, foram protagonistas no diagnóstico e na formulação das soluções para o tema. Conforme salientado acima, o parlamento e os demais ministérios envolviam-se em preocupações diversas, concentrando poucos esforços para a contenção da crise fiscal. Por ser o órgão que concentrava suas atribuições quase que exclusivamente no acompanhamento rotineiro do fluxo de receitas e despesas do Império, era o Ministério da Fazenda quem noticiava a crise e, em seus relatórios e interações com a Câmara dos Deputados, propunha soluções para a sua superação.

A solução concebida por esta burocracia para fazer frente à crise orçamentária e ampliar a racionalização dos dispêndios públicos ao longo do império foi uma só, marcadamente associada ao ideal de controle e de gestão que permeavam a rotina do controle financeiro exercido pelo Tribunal do Thesouro. Como forma de aprimorar a gestão e controlar a expansão desmedida da despesa, por mais de uma ocasião⁷⁰, os Ministros da Fazenda sugeriram criar um tribunal de contas, destacado da gestão central, e estritamente voltado a apreciar os gastos públicos.

A burocracia do executivo, neste caso, confundia-se com uma burocracia de controle, afinal, não havia diferenciação, na gênese da Corte, entre ambos os corpos administrativos. Era o Ministério da Fazenda quem propunha a constituição do Tribunal de Contas e era o Ministério quem controlava a administração. Parte dos quadros que foram deslocados para o Tribunal, obrigatoriamente, provinham do Ministério da Fazenda⁷¹. Os quadros funcionais do Ministério da Fazenda e do Tribunal de Contas não se diferenciavam

⁷⁰ O primeiro intento foi do Marquês de Abrantes, em 1838, tendo sido Ministro da Fazenda entre 1837 e 1839 (retornando para um segundo período entre 1841 e 1843 e para um terceiro entre 1863 e 1864). O segundo intento foi do Ministro Manuel Alves Branco, em 1845, que ocupava pela segunda vez o cargo de Ministro da Fazenda entre 1844 e 1846. Gaspar Silveira Martins reafirmou esta necessidade em 1878. Em 1879 foi a vez de Visconde do Ouro Preto e João Alfredo – último ministro do Império -, o fez em 1889. Já na República, o Ministro da Fazenda, Ruy Barbosa, propôs a criação do TCU em 1890, tendo sido sucedido por Serzedelo Corrêa neste intento. Somente no Século XX o Congresso tomaria a dianteira no controle do desenho institucional da Corte, inserindo disposições a seu respeito na lei orçamentária anual.

⁷¹ O art. 22 e o art. 24 do Decreto nº 1.166, de 17 de dezembro de 1892, que implementava de fato o Tribunal, determinava que a burocracia da Corte, exceto no que dissesse respeito aos cargos de secretário e Ministros, seriam “*tirados dentre os empregados da Fazenda*”. A previsão não se fez letra morta, tendo o então presidente Marechal Deodoro, nomeado servidores do antigo Tribunal do Thesouro para passar a compor o Tribunal de Contas da União, conforme relata o Ministro Serzedello Corrêa em seu relatório anual de atividades. Cf SERZEDELLO CORRÊA, Innocencio. **Relatório Apresentado ao Vice-presidente da República dos Estados Unidos do Brazil pelo Ministro de Estado dos Negócios da Fazenda Innocencio Serzedelo Corrêa no ano de 1893**. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1893, p. 159.

e partilhavam de uma só pauta: a racionalização da gestão por intermédio da noção de legalidade orçamentária.

A racionalização gerencial por meio da lei, portanto, é o traço marcante da visão da burocracia financeira que tomou a vanguarda na proposição da criação do Tribunal de Contas da União, no contexto da crise fiscal vivenciada ao longo do Segundo Reinado e retomada no nascedouro da República. Este objetivo imprimiu um caráter bastante particular para o tipo de controle que a Corte de Contas passaria a desempenhar.

2.2.OS PRIMEIROS DESENHOS INSTITUCIONAIS DO CONTROLE EXTERNO EM UM CENÁRIO DE INDIFERENCIAÇÃO DAS BUROCRACIAS

É diante de todo o contexto apresentado nos itens anteriores que, no início da República, é proposta a criação do Tribunal de Contas da União. A proposta é, mais uma vez, proveniente do Ministério da Fazenda, inicialmente pelas mãos de Ruy Barbosa – um republicano tardio, mas sem sobre de dúvidas adepto ao ideário liberal que grassava entre a elite política do país e que fazia a cabeça dos egressos dos centros de formação jurídica do antigo Império.

Barbosa, neste sentido, nutria do repertório conceitual acima descrito, sobretudo, quanto a centralidade da lei como mecanismo de racionalização administrativa e, para além disso, de legitimação do poder estatal. Ao discurso de cunho jurídico, somou-se o da responsabilidade orçamentária, a partir do momento em que este se tornou Ministro da Fazenda e tomou as rédeas da situação fiscal da recém proclamada República.

O cenário era reflexo do acúmulo de déficits suportados ao longo do Segundo Império, e dos gastos necessários para a consolidação da revolução republicana, conforme informava o Ministro em relatório direcionado ao Marechal Deodoro, em 1891:

“O desequilíbrio entre a receita e a despesa é a enfermidade da nossa existência nacional.

No relatório de 1884 o Ministro da Fazenda, estudando em largo período de anos a nossa história financeira, demonstrava que, no decennio terminado em 1883, a média annual dos déficits atingiu a soma de 28.738;620\$000.

O exercício de 1883-84 apresentou o déficit de 21.663;644\$937. No de 1884-85 o saldo contra o Thesouro subiu a 35.083;691\$300, limitando-se a

118.764.523\$973 a receita arrecadada. No anno fiscal de 1885-86 o déficit importou em 25.456:241\$750. O de 1886-97 liquidou-se com um déficit de 32.360:535\$706. O de 1888 não deixou déficit. Mas legou-nos o ônus de um empréstimo de 6 milhões esterlinos.

Mal tão eviscerado como esse não se podia naturalmente erradicar em um período climatérico de embaraços, ensaios e transacções, como em que nos deixou a revolução de 15 de novembro.”⁷²

A excepcionalidade do governo provisório, uma ditadura que tinha o intuito de assegurar a transição para a República, fazia com que Barbosa se lamuriasse pelo fato de, neste contexto, a legalidade não ser freio eficaz à crise orçamentária. Na ditadura, dizia ele, “[a] lei, baluarte não menos preciosa para a responsabilidade dos administradores (...) alluiu-se ao embate da comoção, deixando em lugar do antigo direito destruído, a discricção pessoal dos homens a quem o movimento revolucionário entregou a administração provisória do paíz”⁷³.

Não obstante, sustentava o Ministro ser este um período de transição, sendo relevante que o curto período de vida da ditadura fosse aproveitado para a constituição de um legado proveitoso para o restante da República⁷⁴, momento em que a lei voltaria a ter sua primazia. A Constituinte, inclusive, era vista pelo autor como a oportunidade para reorganizar as finanças da República, num claro movimento de crença na racionalização da gestão financeira pelo direito. Em seu discurso perante o Congresso Constituinte, em 16 de fevereiro de 1890, o então Ministro da Fazenda ponderava:

“É, senhores, sobretudo à luz dos interesses financeiros da nação que eu, desde o começo, encarei a conveniência da reunião desta assembleia. Foi esta preocupação que me levou, um dia, a reclamar dos meus companheiros de governo a convocação do congresso constituinte como a mais urgente de todas as medidas financeiras.”⁷⁵

O Congresso Constituinte era o momento chave para a reorganização financeira republicana por ser o momento em que seriam estabelecidas as regras supremas da gestão orçamentária. A crença na solução da questão fiscal através do direito desvelava um traço

⁷² BARBOSA, Ruy. **Relatório do Ministro da Fazenda Ruy Barbosa**. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1891, p. 11.

⁷³ Idem.

⁷⁴ Ibidem, p. 12.

⁷⁵ BARBOSA, Ruy. *Organização das Finanças Republicanas*. in BRASIL. **Obras Completas de Rui Barbosa**. Vol. XVII, Tomo I. Rio de Janeiro, Ministério da Educação e Saúde, 1946, p. 143.

marcante de nossa elite política, sobretudo em razão da tradição intelectual do bacharelismo do século XIX. Ao assumir a Fazenda, Ruy Barbosa, portanto, via-se incumbindo de estabelecer as bases jurídicas, que permitiriam, em sua visão, o início deste processo de racionalização da gestão financeira do país.

A proposição da criação de um Tribunal de Contas da União era um destes legados almejados por Ruy Barbosa. Vislumbrava o Ministro que a instituição, no momento de reconstituição da normalidade republicana e, portanto, da primazia da legalidade sobre a ação pública, a Corte de Contas seria um instrumento eficaz para reestabelecer o equilíbrio orçamentário e a responsabilidade fiscal na República.

Não por outro motivo, no mesmo relatório em que apresentava a situação geral da Fazenda ao Marechal Deodoro, Barbosa dedicava capítulo inteiro a justificar a criação do TCU, por ele proposta, mediante decreto, no ano anterior. Em sua narrativa, o Ministro enfatizava, justamente, a capacidade da Corte para restaurar a responsabilidade orçamentária no Estado brasileiro, conforme se vê:

“O Governo Provisório, no desempenho da missão que tomou aos ombros, propoz ao paiz uma constituição livre, que, para firmar as instituições democráticas em solidas bases, apenas espera o julgamento dos eleitos da Nação.

(...)

Faltava ao Governo coroar a sua obra com a mais importante providencia, que uma sociedade política bem constituída pode exigir de seus representantes.

Refiro-me à necessidade de tornar o orçamento uma instituição inviolável e soberana, em sua missão de prover às necessidades públicas mediante o menor sacrificio dos contribuintes, À necessidade urgente de fazer dessa lei das leis uma força da nação (...), escudado contra todos os desvios, todas as vontades, todos os poderes que ousem perturbar lhe o curso normal.

(...)

O primeiro dos requisitos para a estabilidade de qualquer forma de governo constitucional está em que o orçamento deixe de ser uma simples combinação especiosa como mais ou menos tem sido sempre, entre nós, e revista o caracter de realidade segura, solemne, inaccesivel a transgressões impunes.

(...)

É, entre nós, o systema de contabilidade orçamentária defeituoso no seu mecanismo e fraco na sua execução.

*O Governo Provisório reconheceu a urgência inevitável de reorganizá-lo; e acredita haver lançado s fundamentos para essa reforma radical com a criação de um Tribunal de Contas (...)*⁷⁶

E o método para tanto era a constituição de um Tribunal que teria por finalidade primacial garantir a eficácia da lei orçamentária. A Corte de Contas surgia, assim, como uma proposta do Ministério da Fazenda, voltada a contenção de um problema historicamente constatado por esta pasta ministerial e dentro de uma cultura de controle específica, profundamente enraizada na burocracia fazendária.

A proposta de Ruy Barbosa foi contemplada no Decreto nº 966 – A, de 07 de novembro de 1890, ainda durante o Governo Provisório e anterior, portanto, ao Congresso Constituinte que seria instalado para analisar o projeto de constituição que, à época, era elaborado por comissão nomeada pelo Marechal Deodoro. O desenho institucional do Tribunal acostado no Decreto era o reflexo das preocupações e justificativas apresentadas por Barbosa ao chefe do governo provisório.

2.2.1. A CORTE DE BARBOSA: AS DIRETRIZES INICIAIS DO DESENHO INSTITUCIONAL DO TCU

Na estrutura do Decreto nº 966-A/1890, competia à Corte de Contas o “*exame, a revisão e o julgamento de todas as operações concernentes á receita e despesa da Republica.*”⁷⁷ O controle, portanto, assumia um caráter estritamente orçamentário, afeiçoando-se às necessidades fiscais enfrentadas pelo Ministério da Fazenda. A forma de seu exercício, porém, era detalhada nos art. 2º e 3º da norma, que estabeleciam duas frentes da atuação para a Corte que se pretendia criar.

A primeira delas era o registro prévio de todo e qualquer ato da administração que resultasse na criação de despesas para o Erário ou que fossem de interesse para as finanças da república. Na fórmula consagrada por Ruy Barbosa, somente com o registro do ato pelo TCU é que se permitirá ao agente público proceder à publicação e execução do ato gerador de despesa (art. 2º).

⁷⁶ BARBOSA, Ruy. **Relatório do Ministro da Fazenda Ruy Barbosa**. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1891, pp. 449 a 450.

⁷⁷ Art. 1º, Decreto nº 966 – A, de 07 de novembro de 1890.

A segunda vertente de atuação do Tribunal dizia respeito ao julgamento anual das contas dos responsáveis por recursos públicos, realizando-se com o intuito de fiscalizar a regularidade do expediente financeiro das repartições públicas⁷⁸. Adicionalmente a estas duas atribuições, a Corte ainda desempenhava o acompanhamento periódico da execução orçamentária a partir das contas que lhe eram remetidas e elaborava relatórios acerca da situação fiscal da União, notificando tudo ao Legislativo.

No primeiro caso, o parâmetro de referência para o registro era bastante objetivo, devendo o TCU verificar se o gasto estava de acordo com a lei e se este não excedia os créditos aprovados pelo parlamento na lei orçamentária. Em caso de negativa do registro, o projeto de Barbosa permitia que o Ministro cujo ato fora inquinado superasse o veto do Tribunal, por sua conta e risco. Ante tal conduta, o TCU somente poderia notificar o parlamento, informando o ocorrido.

Na segunda atribuição de controle, o julgamento da Corte seria acompanhado de uma prerrogativa sancionatória, ainda pouco desenvolvida no projeto de Barbosa, que se limitava a reconhecer, de forma genérica, a possibilidade de o Tribunal determinar obrigação de pagar ao agente que atuasse de forma irregular⁷⁹.

Nisto se resumiam as principais disposições do Decreto publicado. Não dispunha a norma sobre a organização do tribunal e tampouco apresentava maiores detalhes acerca dos ritos e formas de exercício das competências que pretendia atribuir ao TCU⁸⁰. Estes aspectos ficariam a cargo do futuro Ministro da Fazenda, que viesse a assumir a pasta após o a ditadura inicial estabelecida pelo Marechal Deodoro⁸¹.

⁷⁸ Art. 4º, inc. 3º, Decreto nº 966-A, de 07 de novembro de 1890.

⁷⁹ Art. 4º, inc. 3º, Decreto nº 966-A, de 07 de novembro de 1890.

⁸⁰ FRANÇA, Antonio Marcos Barreto. **Do Controle de Legalidade às Auditorias Operacionais: os tribunais de contas e o controle financeiro da administração pública brasileira**. Dissertação apresentada ao curso de Mestrado Profissional em Gestão e Políticas Públicas da Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – FGV, para a obtenção do título de Mestre. Orientador: Prof. Marco Antonio Carvalho Teixeira, 2012, p. 39.

⁸¹ O próprio art. 11 do Decreto nº 966-A, de 07 de novembro de 1890 assim dispunha.

2.2.2. A CONSOLIDAÇÃO INSTITUCIONAL DO TCU NO MINISTÉRIO DE SERZEDELO CORRÊA

Com a República instituída e encerrada a constituinte, por força da Lei nº 23, de 30 de outubro de 1891⁸², coube a Serzedelo Corrêa dar contornos finais à estrutura institucional do Tribunal de Contas da União⁸³. Este o fez ao assumir o Ministério da Fazenda durante a presidência do Marechal Floriano Peixoto, organizando a Corte por meio do Decreto nº 1.166, de 17 de dezembro, de 1892.

O desenvolvimento das atribuições e da estrutura orgânica do Tribunal pelo novo Ministro não divergiu das diretrizes iniciais estabelecidas no projeto de Ruy Barbosa. Ainda que de formação diversa da de Ruy – Serzedelo Corrêa formara-se na Escola Militar, com ampla influência do positivismo de Benjamin Constant – a narrativa da legalidade orçamentária como o centro estruturante da racionalização gerencial da República se mantinha, conforme se extrai do primeiro Relatório do novo Ministro⁸⁴:

“Por decreto n. 1166 de 17 de dezembro de 1892, nos termos da lei n. 23 de 30 de outubro de 1891, e à vista do que dispõe o art. 89 da Constituição federal, foi creada esta instituição, já adoptada nos países mais notáveis do novo e velho continentes. (...).

Não posso deixar de encarecer aos vossos olhos a importância de tão útil instituição, encarregada, como sabeis, de zelar pela verdade do orçamento, pelo exacto cumprimento das despesas decretadas e, sem dúvida, o maior obstáculo que terão os governos para abusos ou facilidades que possam ter na autorização de despesas com dinheiro do contribuinte.”⁸⁵

⁸² Conforme analisaremos mais a frente, a norma dispunha em seu art. 2º que seria competência privativa do Ministro da Fazenda dispor sobre assuntos atinentes ao Tribunal de Contas, conforme se vê: “Art. 2º E' da competência privativa do Ministerio da Fazenda todo o expediente de serviço concernente á Fazenda Publica, em todos os ramos e interesses, especialmente no que disser respeito: (...)b) ao Tribunal de Contas”;

⁸³ VIVEIROS DE CASTRO, Augusto Olympio. **Tratado de Sciencia da Administração e Direito Administrativo**. 3ª edição. Rio de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos, 1914, p. 691.

⁸⁴ Em sua carta de demissão, o ideal da lei como instrumento de legitimação do poder também se vislumbrava. Ao afirmar a sua discordância em relação a decretos do Marechal Floriano Peixoto, que mitigavam as competências do Tribunal de Contas, o então Ministro assim dizia: “Se, porém, êle é um Tribunal de exação como já o queria Alves Branco e como têm na Itália e a França, precisamos resignarmo-nos a não gastar senão o que fôr autorizado em lei e gastar sempre bem, pois para os casos urgentes a lei estabelece o recurso. Os governos nobilitam-se, Marechal, obedecendo a essa soberania suprema da lei e só dela mantêm-se e são verdadeiramente independentes.” Cf.: LIRA, José Pereira. *O Tribunal de Contas e o Ministério Republicano de Serzedelo Correia*. **Revista do Serviço Público**, vol. 85, n. 2, nov./dez., 1959, p. 109.

⁸⁵ SERZEDELLO CORRÊA, Innocencio. **Relatório Apresentado ao Vice-presidente da República dos Estados Unidos do Brazil pelo Ministro de Estado dos Negócios da Fazenda Innocencio Serzedelo Corrêa no ano de 1893**. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1893, p. 158.

O TCU, neste sentido, continuava responsável pelo exame prévio dos atos que ensejassem novas despesas para o Erário⁸⁶, ao mesmo tempo que desempenhava o julgamento anual das contas das repartições da República⁸⁷. Não obstante, a competência de exame prévio foi reforçada, excluindo-se a possibilidade de superação do veto do tribunal pelos Ministros – desenho este que resistiu, ao menos, até a reorganização do TCU, realizada através dos Decretos nº 392, de 08 de outubro de 1896 e 2.409, de 23 de dezembro de 1896.

Ao lado do reforço destas competências, o Decreto original de Serzedelo Corrêa cuidou de instituir a estrutura administrativa da Corte⁸⁸ e disciplinar, de forma detalhada, os limites de sua jurisdição⁸⁹. Esta última abrangeria qualquer responsável por dinheiros e valores pertencentes à República⁹⁰, mesmo que residente fora do país.

As decisões eram tomadas mediante deliberações majoritárias entre o Presidente e os demais Diretores⁹¹. O processo na Corte, porém, em larga medida, adotava o procedimento estabelecido durante o Império para o Tribunal do Tesouro, repetindo suas características e tão somente adaptando-o à estrutura de cargos do TCU.

O controle da Corte não se iniciava por provocação de qualquer membro ou instituição externa. No caso do julgamento de contas, seu rito era pré-fixado pelo próprio Tribunal, que determinava prazos para que anualmente os Ministros e demais responsáveis por valores públicos encaminhassem as contas do exercício para a Corte⁹². O não atendimento deste prazo sujeitava o gestor à suspensão ou multa⁹³. A reincidência permitia a Corte sugerir a prisão do responsável⁹⁴.

No que diz respeito ao julgamento de contas, estas deveriam ser encaminhadas para a Corte, endereçadas ao subdiretor responsável pelo acompanhamento dos Ministérios⁹⁵. Vale destacar, neste sentido, que a estrutura administrativa do TCU espelhava a composição ministerial da administração pública federal⁹⁶. As subdiretorias, responsáveis pelo

⁸⁶ Art. 30, Decreto nº 1.166, de 17 de dezembro de 1892.

⁸⁷ Art. 29, Decreto nº 1.166, de 17 de dezembro de 1892.

⁸⁸ Art. 18, Decreto nº 1.166, de 17 de dezembro de 1892.

⁸⁹ Art. 27 a 37, Decreto nº 1.166, de 17 de dezembro de 1892.

⁹⁰ Art. 27, Decreto nº 1.166, de 17 de dezembro de 1892.

⁹¹ Art. 38, Decreto nº 1.166, de 17 de dezembro de 1892.

⁹² Art. 76, Decreto nº 1.166, de 17 de dezembro de 1892.

⁹³ Art. 31, §2º e §4º, Decreto nº 1.166, de 17 de dezembro de 1892.

⁹⁴ Art. 31, §3º, Decreto nº 1.166, de 17 de dezembro de 1892.

⁹⁵ Art. 65, Decreto nº 1.166, de 17 de dezembro de 1892.

⁹⁶ Neste sentido, à 1ª Subdiretoria incumbiria o acompanhamento dos Ministérios da Justiça e dos Negócios interiores, e da Indústria, Viação e Obras Públicas. A 2ª, de tudo quanto respeitasse aos Ministérios da Marinha e da Guerra e, por fim, a 3ª de tudo que dissesse respeito aos Ministérios da Fazenda e das Relações Exteriores

expediente cotidiano de fiscalização, eram repartidas e designadas para acompanhar ministérios específicos.⁹⁷.

Recebidas as contas, o subdiretor responsável designaria um escriturário para relatar a conta e apreciar sua regularidade⁹⁸. Caso julgue pertinente, o subdiretor poderia solicitar um segundo parecer, de escriturário distinto, em especial caso constante equívoco ou imputação de responsabilidade relevante⁹⁹. Encerrada a primeira análise, o subdiretor acostaria seu parecer, apresentando o processo ao diretor responsável¹⁰⁰.

O diretor, julgando suficientes as informações, ouvirá o diretor de contencioso (antigo procurador fiscal) e levará o processo ao Tribunal para deliberação junto aos demais diretores e Presidente do TCU¹⁰¹. Do julgamento, resultará a aprovação das contas, considerando-se que o administrador está “quite” com o Erário. Em caso de irregularidade, a decisão deveria fixar a responsabilidade cabível, o valor do débito e a obrigação de restituição pecuniária¹⁰².

O direito de defesa, no processo de tomada de contas era uma possibilidade. Os subdiretores poderiam, a seu critério, convocar os responsáveis pelas contas para prestar esclarecimentos¹⁰³. Ao ser remetido ao Tribunal, o responsável deveria ser citado para apresentar defesa e constituir representante legal¹⁰⁴.

Não obstante, caso este não estivesse ao alcance do Tribunal, isto é, não apresentasse irregularidade, esta era dispensável para a continuidade do processo¹⁰⁵. De todo modo, havia direito a recurso ao próprio Tribunal, que reapreciaria as contas por outros funcionários que não aqueles que haviam procedido à primeira análise¹⁰⁶.

No caso do exame prévio de atos que ensejavam novas despesas, o procedimento era diverso, simplificado e sem qualquer oportunidade de defesa. Tal qual o julgamento de contas, as subdiretorias têm competências para apreciar as despesas ordenadas pelos Ministérios adstritos a sua jurisdição.

⁹⁷ Art. 53, Decreto nº 1.166, de 17 de dezembro de 1892.

⁹⁸ Art. 65, Decreto nº 1.166, de 17 de dezembro de 1892.

⁹⁹ Art. 66, Decreto nº 1.166, de 17 de dezembro de 1892.

¹⁰⁰ Art. 67, Decreto nº 1.166, de 17 de dezembro de 1892.

¹⁰¹ Art. 72, Decreto nº 1.166, de 17 de dezembro de 1892.

¹⁰² Art. 74, Decreto nº 1.166, de 17 de dezembro de 1892.

¹⁰³ Art. 69, Decreto nº 1.166, de 17 de dezembro de 1892.

¹⁰⁴ Art. 70, §1º, Decreto nº 1.166, de 17 de dezembro de 1892.

¹⁰⁵ Art. 70, §2º, Decreto nº 1.166, de 17 de dezembro de 1892.

¹⁰⁶ Art. 79 a 86, Decreto nº 1.166, de 17 de dezembro de 1892.

A análise será feita pela subdiretoria e se limitará a avaliação da aderência da despesa às normas de contabilidade, conforme critérios indicados pelo art. 55 do Decreto nº 1.166, de 17 de dezembro de 1892. No caso de as despesas analisadas consistissem em créditos suplementares ou extraordinários, a lógica era a mesma, no entanto, os parâmetros a serem observados eram os do art. 61 do Decreto.

Em sendo regular a despesa, esta será remetida ao diretor, que por sua vez, a submeterá ao Tribunal para remessa ao Ministro da Fazenda, que autorizará a sua realização¹⁰⁷. Caso contrário, o diretor deverá apresentar seu parecer ao Tribunal, que caso o aprove, comunicará o Ministro que ordenou a despesa do impedimento de realização do gasto¹⁰⁸. Não havia oportunidade recursal prevista na lei ou possibilidade de superação do veto da Corte pelo Ministro interessado¹⁰⁹.

2.2.3. AS REFORMAS OLIGÁRQUICAS E O DESENHO FINAL DO TCU

As competências da Corte de Contas voltariam a ser revisitadas quatro anos mais tarde, em 1896, momento em que através do Decreto Lei nº 392, de 08 de outubro, e do Decreto nº 2.409, de 23 de dezembro, se acometeu um perfil relativamente novo para o Tribunal. As principais alterações recaíram sobre a estrutura administrativa da Corte, com a extinção da Diretoria de Contencioso e a sua transformação no Ministério Público vinculado ao Tribunal de Contas, um órgão ser direito à voto, mas que apresentaria pareceres e zelaria pela observância da legislação fiscal no Tribunal.

Não obstante estas alterações, fato é que com as reformas promovidas em 1896, houve a estabilização da estrutura institucional da Corte¹¹⁰, que agora apresentamos de forma estruturada, quanto ao objeto do controle, os parâmetros e o método de controle adotados, as características do sistema processual prevalecente e, por fim, as decisões possíveis de

¹⁰⁷ Art. 57, Decreto nº 1.166, de 17 de dezembro de 1892.

¹⁰⁸ Art. 58, Decreto nº 1.166, de 17 de dezembro de 1892.

¹⁰⁹ VIVEIROS DE CASTRO, Augusto Olympio. **Tratado de Sciencia da Administração e Direito Administrativo**. 3ª edição. Rio de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos, 1914, p. 690.

¹¹⁰ Isto não quer dizer que a Corte, ao longo do século XX, não tenha mais sofrido reformas. Pelo contrário, estas continuariam sendo executadas ao longo do período, no entanto, não promoviam reformas substanciais na maneira de atuar da Corte. Eram reformas pontuais, ou que procuravam aprimorar sua estruturação administrativa (instituindo, por exemplo o bicameralismo) ou aprimorar os parâmetros de controle da Corte. Por este motivo, estas não serão analisadas em detalhe, porém, serão referenciadas quando designarem situações relevantes para a compreensão do perfil do controle desempenhado pela Corte de Contas.

serem expedidas pela Corte. Em seu conjunto, estas informações constituem o núcleo do primeiro desenho institucional do Tribunal de Contas da União.

2.2.3.1. OBJETO DE CONTROLE: ATOS, CONTRATOS E CONTAS

Ao fim da ebulição inicial das reformas da estrutura institucional da Corte de Contas, o ideal de racionalização gerencial da administração pública através da legalidade orçamentária resultou na delimitação de seu objeto no controle das ações administrativas que ensejassem despesas ou receitas para a administração e no acompanhamento da execução orçamentária pelos responsáveis por valores públicos.

Estes dois escopos traduziam-se nas duas competências centrais do Tribunal: o registro prévio de atos ensejadores de despesas e o julgamento de contas dos responsáveis por dinheiros públicos, ambas contempladas nas alíneas “a” e “b” do art. 67 do Decreto nº 2.409, de 23 de dezembro de 1896.

No caso do registro de atos ensejadores de despesa e dos atos de aferição de receitas, o objeto do controle era simples. No viés da despesa, a Corte se dedicava a verificar se as ordenações de pagamento estavam de acordo com a lei orçamentária. Isto significava analisar se estes atos ordenadores guardavam conformidade com as dotações que lhe eram reservadas pela lei orçamentária e aos atos de distribuição dos créditos orçamentários desempenhados pelo tribunal¹¹¹.

Nesta senda, todo e qualquer ato da administração pública capaz de ensejar despesas deveria ser submetido ao controle prévio do Tribunal, que o registraria após a análise indicada acima. A abrangência deste controle era garantida mediante a vinculação da ordem de pagamento à análise do Tribunal e não à natureza em si dos atos. Assim, independentemente da área em que estes eram exarados ou do tema sobre o que versavam, uma vez que ensejassem despesas para a União, seriam controlados pela Corte.

Ingressavam na jurisdição do Tribunal, por esta via, tanto atos administrativos voltados à execução das atividades fim da administração, como aqueles decorrentes de suas atividades meio, aqui incluídas as despesas relacionadas a gestão de seus recursos humanos. A partir desta última competência, no registro prévio de atos ensejadores de despesas,

¹¹¹ Art. 70, Decreto nº 2.409, de 23 de dezembro de 1896.

incluíam-se as análises quanto a regularidade de concessões de meio soldos, monte pios e pensões à militares e civis.

No viés da receita, o controle era de caráter contábil, envolvendo a aferição dos documentos em que se discriminavam os valores arrecadados pela União. Neste sentido, a Corte se dedicava a verificar se as regras para a arrecadação e registro das exações estavam sendo observadas. Ao fim do exercício, dedicava-se, ainda a cotejar os balancetes mensais de receita com o balancete final do período, com o intuito de apurar a correção das receitas declaradas pelos diferentes ministérios¹¹².

Em se tratando de ordens emitidas no contexto de contratos, estes eram avaliados com o intuito de verificar sua adequação à legislação de finanças públicas. Além das análises mencionadas acima, isto envolvia conferir se este havia sido celebrado dentro do prazo de vigência das rubricas orçamentárias que lhe eram referentes, isto é, basicamente se este deteria vigência por um exercício financeiro¹¹³.

O controle de contratos seria ampliado posteriormente, em 1918, quando o art. 34, inc. XI, Decreto nº 13.247, de 23 de outubro, submeteu inequivocamente os contratos ao controle via registro prévio do Tribunal de Contas. O controle era referente ao atendimento, na celebração deste último, das normas de direito comum e, prioritariamente, do atendimento às regras de finanças públicas e de contabilidade¹¹⁴.

O julgamento de contas, por outro lado, era exercido pela Corte a partir do recebimento das “contas”, remetidas por cada ministério, nas quais estariam discriminadas as atividades financeiras das repartições hierarquicamente submetidas ao ministério. O objeto do controle exercido sobre estas atividades era formal e adstrito à aferição de sua correção aritmética e quanto a observância às regras contábeis e de finanças públicas, aqui incluída a lei orçamentária anual¹¹⁵.

Nisto se resumia o objeto do controle desempenhado pela Corte. A partir destes elementos também se torna possível delimitar quais os parâmetros de controle que orientavam a atividade do Tribunal de Contas.

¹¹² Art. 69, Decreto nº 2.409, de 23 de dezembro de 1896.

¹¹³ Art. 70, §3º Decreto nº 2.409, de 23 de dezembro de 1896.

¹¹⁴ Art. 112, Decreto nº 13.247, de 23 de outubro de 1918.

¹¹⁵ O Regimento Interno do Tribunal de Contas da União de 1896, em seu art. 81, especificava o que deveria ser analisado pelo Tribunal nas contas apresentadas pelos Ministérios.

2.2.3.2. PARÂMETRO DE CONTROLE

Dentro do histórico institucional da Corte, outro não poderia ser o parâmetro de controle adotado pela Corte em sua primeira conformação institucional. Conforme visto acima, o próprio objeto de sua atividade de fiscalização adstringia o controle desempenhado pelo Tribunal de Contas ao exame prioritário da adequação orçamentária e contábil das ações administrativas. Apenas de forma acessória, sobretudo a partir de 1918, passou a controlar os contratos no que dizia respeito à sua aderência ao direito comum. De todo modo, a despeito desta inflexão nas competências da Corte, pode se dizer que o cerne de suas atividades consistia no controle da administração pública através do parâmetro de legalidade orçamentária.

Seu principal objeto de trabalho eram as leis orçamentárias e os documentos que consignavam a atividade financeira dos ministérios. A análise documental se fazia com o intuito de verificar desde a correção matemática e contábil dos registros efetuados, até a sua pertinência às rubricas e saldos contemplados no orçamento anual da administração pública federal. Dentro destes parâmetros o método decisório da Corte era um só, a subsunção normativa dos registros documentais à legislação orçamentária, conforme demonstramos no item abaixo.

2.2.3.3. MÉTODO DE JULGAMENTO

Partindo-se sempre de um parâmetro de legalidade orçamentária, o método de julgamento da Corte era unicamente a subsunção das informações contempladas nos atos ordinatórios de despesa ou nas contas que lhe eram encaminhadas pelos ministérios, aos parâmetros especificados pela legislação orçamentária. As premissas a serem aferidas pelos técnicos da Corte nos documentos que lhe seriam entregues eram esquematicamente delimitadas pela legislação aplicável ao julgamento de contas e ao registro prévio, sobretudo, no regimento interno do Tribunal.

O julgamento desenvolvido no TCU, portanto, girava em torno da análise destas premissas nos autos que lhe eram remetidos. Isto limitava o acervo de razões consideradas relevantes para as deliberações do tribunal, que se orientavam por argumentos notadamente jurídicos e contábeis, elaborados a partir da legislação orçamentária.

Afora esta delimitação das razões consideradas pela Corte para formatar seu juízo, a subsunção normativa, como método decisório, preconiza não só a delimitação das premissas a serem consideradas como relevante para o julgamento, mas também, delimita as possíveis medidas a serem adotadas pela Corte em face da verificação ou da não verificação destas premissas nos documentos que lhe foram encaminhados.

Os resultados do julgamento, portanto, também eram previamente definidos pelo ordenamento legal aplicável às atividades do Tribunal, o que conferia um caráter altamente esquematizado para a atividade de controle da Corte.

No caso do registro prévio, os pontos a serem analisados nos atos submetidos ao TCU eram delimitados de forma exaustiva nos art. 173, 174 e 175 do Decreto nº 2.409, de 23 de dezembro de 1896. Os três dispositivos delimitavam o julgamento a ser realizado pela Corte ao determinar que esta somente recusasse o registro prévio em caso de ilegalidades, que para os fins da atividade do Tribunal era compreendida como sendo a situação em que estariam ausentes as solenidades internas ou externas do ato controlado, cujo conceito era delimitado em um rol fixado nos artigos supracitados¹¹⁶⁻¹¹⁷.

A análise a ser desempenhada pelos órgãos técnicos da Corte também era disciplinada em detalhes, especificando o que estes deveriam analisar ao receberem os atos, conforme se depreende do art. 51, do art. 62 e do art. 65 do Regimento Interno de 1896 da Corte, em que se especificavam as informações a serem analisadas nas ordens de pagamento, nos contratos e nas solicitações de abertura de créditos suplementares, respectivamente nesta ordem.

O julgamento de contas seguia a mesma lógica. Todas as premissas a serem analisadas pelo Tribunal estavam delimitadas no art. 189¹¹⁸ do Decreto nº 2.409, de 23 de

¹¹⁶ De acordo com o art. 174 do Decreto, eram consideradas ausentes as solenidades externas quando o ato: a) não estivesse com assinatura do Ministro, do chefe da repartição competente para tal fim, ou de funcionário a que o Ministro haja dado delegação expressa; b) o estivesse dirigido ao funcionário que tiver competência para cumpri-la, tornando efetivo o pagamento.

¹¹⁷ De acordo com o art. 175 do Decreto, eram consideradas ausentes as solenidades internas quando o ato: a) quando a despesa ordenada não puder ser capitulada na rubrica da verba do orçamento ou na de qualquer das discriminações em que as tabelas explicativas a houverem dividido; b) si a dotação da verba ou a consignação da rubrica não comporta-la; c) si for mandada computar em credito extraordinário ilegalmente aberto, não apresentado ao registro do Tribunal, ou ao qual este haja recusado registro; d) quando a despesa não estiver devidamente comprovada; e) quando o serviço a que se pretende prover por meio de ordem de pagamento não pertencer ao exercício corrente; f) quando o serviço pertencer a exercício findo e a respectiva ordem de pagamento não houver sido expedida após o processo estabelecido no decreto n. 10.145 de 5 de janeiro de 1889.

¹¹⁸ De acordo com o artigo, quanto á receita avaliava-se: “a) si a conta considerada arithmeticamente está certa ou tem algum erro ; b) si considerada em relação ás leis é ou não satisfactoria, isto é, si a renda de que faz

dezembro de 1896. Estas disposições eram aprofundadas no regimento interno da Corte, à época em vigor, nos artigos 81 e 82, que delimitavam o que se analisaria quanto a receita e quanto a despesa da Corte.

O que se vê, portanto, é a aplicação da máxima da subsunção normativa como método decisório. Absolutamente todo o procedimento de decisão é previamente delimitado pelas normas de regência das atividades da Corte de Contas, tornando a sua atividade objetiva e altamente esquematizada, incumbindo ao intérprete apenas uma análise estreita, voltada à aferição dos requisitos jurídicos nos documentos que lhe foram encaminhados. O processo, que instrumentalizava o manejo deste método, comunicava-se com estas características.

2.2.3.4. O PROCESSO

O rito processual envolvido tanto no julgamento de contas, quanto nas análises de registro prévio dos atos e contratos da administração, refletia esta atividade de controle quase que mecanizada desempenhada pelo Tribunal. Neste sentido, o rito processual, seguia amplamente o modelo descrito no item 2.3.2, acima, voltando-se notadamente para instrumentalizar o acesso da Corte às informações que necessitava para dar início aos processos esquemáticos de subsunção que compunham o seu método decisório.

Nesta senda, tanto no julgamento de contas, quanto na análise de atos e contratos para fins de registro prévio, a disciplina processual da Corte imputava a obrigação aos órgãos administrativos federais de encaminhar ao Tribunal os documentos necessários ao julgamento de contas ou à realização do registro prévio¹¹⁹. No primeiro caso, com a assinalação de prazo para tanto e com a imputação de sanções ao administrador que deixasse

menção está ou não compreendida na lei do orçamento; c) si foi ou não arrecadada no tempo devido; d) si o responsável deteve-a indevidamente em seu poder, ou si a recolheu no prazo legal aos cofres publicos;” E quanto à despesa: “a) si considerada arithmeticamente está certa ou errada; b) si a ordem de despesa ou de pagamento está registrada pelo Tribunal de Contas; c) si a despesa foi feita em pagamento de ordem a que o Tribunal houvesse negado o registro, sem que se cumprissem os preceitos dos arts. 177 e 178 ou em quantitativo superior á registrada; d) si as despesas feitas nas Delegacias fiscaes e Alfandegas dos Estados o foram em contraposição ás distribuições de créditos registrados no Tribunal para as referidas estações”.

¹¹⁹ Algumas despesas passaram a estar sujeita a um registro *a posteriori*, em especial as indicadas no art. 164, a saber: a) de pagamento de letras do Thesouro e de quaesquer titulos da divida fluctuante e dos juros devidos; b) de despesas miudas e do expediente das repartições; c) de operações de credito autorizadas em lei, quando for necessaria a reserva para o seu bom exito; d) de supprimentos de fundos para compra de generos alimenticios, combustivel e materia prima para as officinas de estabelecimentos publicos e para as estradas de ferro; e) de despesas feitas em periodo de guerra ou em estado de sitio. As despesas confidenciais somente admitiam a análise de seu cabimento dentro do crédito orçamentário (art. 171).

de remeter tempestivamente suas contas. No segundo, vinculando a validade da ação administrativa à análise e registro prévio pelo Tribunal.

O trâmite destes processos na Corte era absolutamente regido pelo impulso oficial e pouco aderente ao exercício do contraditório. Por se tratar de processos em que o método decisório era absolutamente esquemático, em que a Corte procurava por informações específicas em documentos que lhe eram remetidos, uma vez recebidas as informações necessárias, o processo voltava-se ao escrutínio da documentação. A oitiva dos administradores, durante a instrução de seus processos, era uma faculdade da Corte e limitava-se a atender à necessidade de esclarecimentos pelo TCU.

A apresentação das razões do administrador responsável também era dispensada em caso de regularidade das contas e somente se admitia por ocasião do julgamento e em fase recursal – etapas em que a convicção da Corte já havia sido formatada a partir de um longo processo de instrução. O contraditório, portanto, quando era oportunizado, o era com o julgado já em mesa ou em sede recursal e, mesmo assim, em caso de apresentação de defesa ou de recurso, a estrutura administrativa de instrução da Corte teria a possibilidade de, novamente, reapreciar as razões apresentadas. A possibilidade de as razões apresentadas, portanto, contribuírem para a formação do juízo da Corte era baixa, tornando a Corte pouco permeável a razões externas¹²⁰.

No caso específico do registro de despesas, cumpre ressaltar, que até 1896, não havia previsão específica para a oitiva do responsável por emitir a ordem de despesa, nem mesmo possibilidade de recurso. Na modelagem inicial da Corte, uma vez constatada a irregularidade esta era diretamente comunicada ao Ministro da Fazenda, que deixaria de autorizar a liberação dos recursos para a sua realização. Este formato foi relativizado no Decreto nº 2.409, de 23 de dezembro de 1896, que instituiu a possibilidade de superação o veto da Corte, mediante recurso ao Presidente da República¹²¹. Afora esta possibilidade, contudo, não havia chance de se rediscutir o tema com a Corte.

¹²⁰ Alcides Cruz, ao comentar a estrutura processual da Corte em 1910, assim se manifestava: “*O processo é sempre summarissimo. Não tem dilação probatória; não ouve testemunhas; só conhece a prova documental; Não executa as suas sentenças. A execução é promovida pelo procurador fiscal dos feitos da fazenda perante o juízo federal. Parece-nos assás defeituosa esta organização processual; na qualidade de tribunal julgador, deveria exercer atribuições processantes em toda a sua extensão, não só admitindo todo o gênero de provas e defesa do paciente por advogado, como também acusação do particular.*” Cf.: CRUZ, Alcides. **Noções de Direito Administrativo Brasileiro: exposição summária e abreviada**. Porto Alegre, Germano Gundlach & Comp., 1910, p. 61.

¹²¹ Art. 177, do Decreto nº 2.409, de 23 de dezembro de 1896.

Por certo período da história do tribunal, seus ritos processuais também apresentaram certo caráter inquisitorial, em que a figura do acusador e do julgador se confundem em um só. Conforme pudemos descrever sumariamente no item 2.3.2, a Corte estruturava-se do ponto de vista administrativo quase que uma repartição pública, sendo integrada por um Presidente e por Diretores, todos com direito a voto nas deliberações da Corte. A instrução dos processos, contudo, ficava a cargo das subdiretorias, hierarquicamente subordinadas aos diretores.

A reversão deste quadro somente veio a ser integralmente superada com o Decreto nº 15.770, de 01 de novembro de 1922, quando o corpo instrutivo do tribunal se desvincula hierarquicamente dos decisores e passa a estar vinculado a uma secretaria geral¹²², o que mitigava este caráter. Não obstante, durante largo período deste momento histórico, o ato de julgar confundia-se com o de instruir o processo, mitigando ainda mais a permeabilidade da Corte a razões que lhe eram externas.

Pois bem, estas características tornavam o processo de controle no período marcado por ser altamente esquemático, marcado pela objetividade dos parâmetros de controle, que se encontravam integralmente contemplados nas normas que regiam a atividade da Corte. Por outro lado, este processo era pouco permeável a razões externas e era voltado à instrumentalização do acesso às informações necessárias que a Corte, unilateralmente, conduzisse o controle por intermédio do impulso oficial.

Todo este rito resultava em um modelo específico de decisão

2.2.3.5. DECISÕES POSSÍVEIS

Diante de todo o rito que formaliza o controle externo da Corte, em seu primeiro desenho institucional, o *outcome* de sua ação era binário. Por partir estritamente do controle de legalidade orçamentária, a constatação de que os documentos que lhe foram encaminhados continham ou não continham as exigências legais, levava a Corte a considerá-los regulares ou irregulares.

No caso do julgamento de contas, a irregularidade destas últimas implicava a constituição de um débito do responsável em relação ao Erário, além de se possibilitar a aplicação de penalidades sobre o administrador. Caso este se recusasse a adimplir com as

¹²² Art. 15, do Decreto nº 15.770, de 01 de novembro de 1922.

obrigações que lhe eram imputadas pela Corte, esta poderia determinar a sua prisão. No caso do registro prévio, isto levava à recusa do registro e impedimento da produção de efeitos pelo ato inquinado.

Na hipótese de se constatar a regularidade das ações administrativas submetidas ao controle do Tribunal, o registro seria realizado ou as contas seriam julgadas regulares e o administrador estaria quite com o Erário.

Este cenário encerra a relação de controle de maneira particular. Todo o processo de controle é permeado pela noção de legalidade orçamentária, voltando-se para assegurar que a administração pública se vincule ao planejamento financeiro consubstanciado nesta norma. Ao fim deste processo, porém, esta eficácia é resguardada mediante a atribuição de competências decisórias à Corte que a permitem reforçar a autoridade da legislação orçamentária mediante a intervenção sobre a ação administrativa, capaz de paralisá-la, e ao menos em um primeiro momento, com caráter autoritário – afinal, independente da anuência do administrador em relação ao comando emitido pela Corte.

Este modelo decisório encerra as características gerais do perfil institucional da Corte em sua origem. No item abaixo, apresentamos de forma sumária estas características em uma perspectiva mais analítica e menos descritiva.

2.2.4. O PERFIL DE CONTROLE DO TCU DA PRIMEIRA REPÚBLICA

Diante do até aqui exposto, logo se vê que o contexto em que o Tribunal de Contas da União foi criado dialoga diretamente com seu perfil institucional. Nascido no seio da administração pública federal, a partir das pautas de uma das primeiras burocracias a se estruturar ao longo do Império – a burocracia financeira, o Tribunal era o reflexo de uma preocupação específica, em alta neste meio, na transição do Segundo Reinado para a República.

A crise fiscal, conforme demonstrado pelos relatórios dos primeiros Ministros da Fazenda analisados nas páginas acima, era pauta prioritária na organização das instituições republicanas e, caso consideremos os intentos de Ministros da Fazenda do Império, até mesmo durante o Segundo Reinado a questão se colocava. Nesta pasta, portanto, havia uma burocracia consolidada, ciente da sangria fiscal, que constatava, por sua praxe diária, que os

seguidos *déficits* suportados pelo Tesouro eram provenientes da ineficácia da lei orçamentária.

As soluções formuladas por esta burocracia, influenciadas pela rotina de seu expediente, mas também, pela característica da formação intelectual dos quadros que ocuparam cargos junto ao Ministério da Fazenda, concebiam a lei orçamentária como a variável fundamental para a superação do desequilíbrio crônico de nossas finanças. Se a fonte dos *déficits* eram os seguidos desrespeitos à lei, o remédio era a constituição de meios capazes de conferir força a seus termos. A solução, portanto, era a criação de um Tribunal de Contas.

A Corte, nascia, assim, como uma instituição voltada ao reforço da autoridade (ou da eficácia) da lei orçamentária perante o gestor público, com o objetivo de assegurar o cumprimento do programa de receitas e despesas inicialmente plasmado na norma financeira e, de maneira mais ampla, nos normativos que estabeleciam os procedimentos para a efetuação da despesa pública. A premissa subjacente à criação do TCU era o de que o direito (ou a legalidade) seria o caminho para assegurar a racionalização da gestão fiscal da administração federal.

Não por outra razão, a estrutura institucional do TCU o levava a funcionar como um instrumento de *enforcement* da racionalização financeira da gestão pública federal a partir da lei orçamentária. O desempenho desta função era marcado por uma estrutura processual com baixa afeição ao contraditório, com um caráter inquisitório, com pequena permeabilidade a razões externas a de sua burocracia. Sua finalidade era produzir um juízo binário de adequação ou não à legalidade financeira da República, do qual poderia resultar a aplicação de sanções aos responsáveis ou o impedimento da execução de um ato sujeito a registro.

Consagrava-se, neste primeiro desenho, portanto, uma tríade que marcaria o perfil de controle exercido pelo TCU ao longo da maior parte de sua história. A lei orçamentária seria protegida pela Corte através do reforço de sua autoridade, que se consubstanciaria a partir de decisões binárias, de validade e invalidade, revestidas de autoridade e direcionadas à paralisação da ação administrativa em caso de dissonância desta última em relação à legalidade orçamentária.

Este, portanto, em síntese é o perfil institucional do controle externo durante a Primeira República. O movimento político que resultou no golpe de 1930 não imprimiu grandes alterações na estrutura da Corte. No entanto, foi responsável por uma mudança no discurso de legitimação do poder estatal e pelo aumento da relevância do Poder Executivo em relação aos demais poderes do Estado, que se prolongou durante boa parte do séc. XX, não se alterando até o movimento político de 1988.

A burocracia do Poder Executivo foi o instrumento de execução desta visão e, mais uma vez, esteve na dianteira das reformas institucionais realizadas na Corte, muito embora a Corte já contemplasse com uma burocracia própria neste momento. O desenho institucional do TCU no período (1930 a 1988) é o reflexo destes fatores.

Para demonstrá-lo, nos itens abaixo, enfatizamos as clivagens que o movimento encabeçado por Getúlio Vargas ensejou sobre a correlação entre Estado, autoridade e legitimidade e como este se perpetuou, para em seguida focar na maneira pela qual a sua burocracia introjetou esta perspectiva. Ao final, apresentamos o desenho institucional da Corte no período em que sofreu reformas.

3. O CONTROLE EXTERNO EM TEMPOS DE CENTRALISMO ADMINISTRATIVO (1930 A 1988)

A República, muito embora promulgada e formalmente constituída a partir da Constituição Federal de 1891, malogrou como projeto político¹²³. Ainda que a deposição do império tenha sido conduzida a partir de defesa das liberdades individuais e econômicas e da igualdade – tudo isso sob a sólida garantia da legalidade -, nossa primeira jornada republicana não entregara nada do que havia prometido.

A partir do fim do mandato do Marechal Floriano Peixoto, a República adentrou em um sistema político oligárquico, de alternância no poder entre os grupos econômicos dominantes à época: os cafeicultores paulistas e a elite agrária de Minas Gerais. A política, muito embora capaz de arregimentar as principais forças nacionais em torno do governo republicano, alheava o restante da nação e contrariava os diferentes discursos que inflamaram a marcha à República.

¹²³ FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro**. 4ª edição. São Paulo, Globo, 2008, p. 751.

O federalismo, pauta tão cara aos agricultores do oeste paulista e ao Rio Grande do Sul, tão logo assegurado o comando político pelos primeiros, através do controle da União, foi uma ideia que passou a existir apenas na letra constitucional¹²⁴ e nas relações coronelistas, em que os aliados do poder mantinham seus “currais eleitorais” a serviço do poder central¹²⁵. No plano partidário, o Partido Republicano se nacionalizaria, reduzindo a capacidade das forças regionais não alinhadas influírem nos rumos do governo federal. Gaúchos e demais partes do país se tornam espectadores do poder¹²⁶.

A ideia federal perderia ainda mais força diante das inúmeras revoltas regionais que eclodiram durante o período¹²⁷. É durante a Primeira República que o movimento de Canudos surge e é duramente reprimido pela União. No mesmo período, ocorre a guerra do contestado e a revolta da vacina. O temor pelo separatismo insufla a centralização do poder na União e, gradualmente, mitiga a estrutura federativa do país¹²⁸.

A seara econômica também se mostra bastante precária durante o período. A crise do encilhamento, a decadência econômica da fazenda escravocrata do Nordeste – que já vinha a galope desde meados do séc. XIX – sujeitaram a população a condições precárias e a movimentos migratórios para os centros urbanos. O surto industrial gerado pela Primeira Guerra Mundial e a crise do café, em 1929, viriam a coroar este movimento, criando um novo perfil para as cidades brasileiras, marcado por condições de vida inadequadas e pela organização política das insatisfações populares, seja pelo sindicalismo anarquista introduzido pelos europeus, seja pela crescente divulgação de ideias de índole socialista, a partir da segunda década do século XX.

A legalidade dos bacharéis da república se desconectara (ou nunca se conectou) da realidade social vivenciada no país, aparentando valer apenas para poucos. Seguiu como um recurso retórico reconhecido apenas pela elite oligárquica no controle da União¹²⁹.

¹²⁴ FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro**. 4ª edição. São Paulo, Globo, 2008, p. 759.

¹²⁵ SKIDMORE, Thomas Elliot. **Brasil: De Getúlio a Castello Branco (1930 – 1964)**. Tradução: Ismênia Tunes Dantas. 7ª edição. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1982, pp. 21 a 22.

¹²⁶ Idem, p. 34.

¹²⁷ MOTA, Carlos Guilherme; LOPEZ, Adriana. **História do Brasil: uma interpretação**. 5ª edição. São Paulo, Editora 34, 2016, p. 580.

¹²⁸ Isto figurava na justificativa do movimento de 1930, conforme nos mostra o arquivo de Gustavo Capanema, voltado à construção de uma narrativa oficial a respeito do período em que Getúlio Vargas ocupou a presidência da República. Neste sentido, conferir: SCHWARTZMAN, Simon (org.). **Estado Novo, um Auto-retrato (arquivo Gustavo Capanema)**. Brasília, Editora Universidade de Brasília, CPDOC/FGV, 1983, p. 21.

¹²⁹ FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro**. 4ª edição. São Paulo, Globo, 2008, pp. 749 a 750.

Movimentos dissidentes são germinados neste contexto. Dentro do exército – que vivenciara as mazelas nacionais em suas incursões repressivas das revoltas que eclodiam no país – reforçava seu distanciamento em relação ao bacharelismo dos civis e não se reconhecia na ordem estabelecida.

Em seu seio, sobretudo, entre o oficialato mais jovem, o movimento tenentista¹³⁰ ganhava corpo, com um discurso de cunho democratizante, voltado à destituição da oligarquia dominante¹³¹. A participação destes oficiais nas revoltas que marcaram a primeira república não se limitara à repressão, em alguns casos, eram partícipes do próprio movimento revoltoso.

Nas cidades, a recente industrialização, gerada pelo surto produtivo acima mencionado, somada ao incurso de migrantes europeus, criou outra modalidade de organização contestatória: o sindicato anarquista¹³². Com discurso marcadamente voltado a reformas populares, o movimento era outro que isolava o governo de qualquer lastro social. O movimento fazia coro ao inconformismo social, generalizado nas camadas populares, e espreado pelas elites alijadas do ciclo café com leite, formando a convicção de que a oligarquia republicana deveria ser superada, ainda que, para tanto, a autoridade armada se fizesse necessária.

O expediente era legítimo pois a autoridade, neste caso, instrumentalizava-se em favor das aspirações do povo, em contraposição ao poder estatal legalmente constituído, que jogava a favor da elite cafeicultora. Francisco Campos, em entrevista concedida em 1938, reafirmava este ideal:

“– O golpe de 10 de novembro, que, segundo disse V. Ex^a, realizou efetivamente a Revolução de 30, não teve sentido de direita exagerado, em face dos princípios não repudiados, antes preconizados por aquela revolução?”

O 10 de novembro resultou, antes de tudo, da profunda e urgente necessidade de integrar as instituições no senso das realidades políticas, sociais e econômicas do Brasil, num momento em que essa necessidade se impôs com a força inapelável de um imperativo de salvação nacional.

¹³⁰ MOTA, Carlos Guilherme; LOPEZ, Adriana. **História do Brasil: uma interpretação**. 5ª edição. São Paulo, Editora 34, 2016, p. 602.

¹³¹ SKIDMORE, Thomas Eliot. **Brasil: De Getúlio a Castello Branco (1930 – 1964)**. Tradução: Ismênia Tunes Dantas. 7ª edição. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1982, p. 28.

¹³² MOTA, Carlos Guilherme; LOPEZ, Adriana. **História do Brasil: uma interpretação**. 5ª edição. São Paulo, Editora 34, 2016, p. 599.

Não teve, nem se lhe pode atribuir outro sentido senão o que defluiu daquelas realidades que, contrariadas, oprimidas e sacrificadas pelo velho regime, incapaz de interpretá-las e de defendê-las, reclamavam e encontraram, finalmente, na Constituição nova, a sua expressão legal, o seu reconhecimento positivo e a sua identificação com o Estado, que nelas se funda e para elas vive e atua. Inspirada nas condições próprias do país e nas exigências da vida contemporânea, que dentro delas se formaram e desenvolveram, a grande reforma não pode ser condicionada aos termos de definição política que só têm significação para outros povos e outras pátrias, cujas condições não são como as nossas, nem autorizam equiparações e analogias.”¹³³

O mesmo pensamento alterava o polo de legitimação do poder estatal. Esta não mais era vislumbrada na adesão à lei: passava a estar associada a um qualificativo adicional, era imprescindível que, além de submetido à ordem jurídica, o poder estatal estivesse instrumentalizado ao atendimento das necessidades sociais. Nas palavras de Raymundo Faoro, o liberalismo se transformara em mero pano de fundo para os desenvolvimentos da política do período, que seguiam outros rumos:

“O liberalismo, cortado e manchado de muitos compromissos, continua vivo, não obstante. Liberalismo de conteúdo diverso, simples pano de fundo de indefinidas reivindicações. A sociedade não ficaria entregue ao seu livre jogo, para que da liberdade se organizasse a estrutura econômica e política. Era preciso libertar o homem do interior do coronel, os Estados das oligarquias, em movimento antitradicional. Depois de libertar, organizar e velar pelo sistema novo, conduzir e amparar. (...) Um Estado interventor, dirigente, autônomo, coroaria a empresa, suscetível pela única categoria capaz de estruturá-lo e sustentá-lo, o Exército.”¹³⁴

A partir desta chave, os setores dissidentes passam a nutrir apreço por um Estado avesso ao modelo liberal republicano¹³⁵. A intervenção estatal passava a ser palavra de

¹³³ CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico**. Brasília, Senado Federal, 2001, pp. 71 a 72.

¹³⁴ FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro**. 4ª edição. São Paulo, Globo, 2008, p. 744.

¹³⁵ Francisco Campos, em discurso na Escola de Belas Artes, em 1935, cravava a dissociação do liberalismo e da organização democrática da sociedade: “A entrada das massas no cenário político, com o seu irremediável páthos plebiscitário e os novos instrumentos míticos de configuração intelectual do processo político, que é, de si mesmo, ou, por natureza, irracional, ou apenas suscetível de uma inteligibilidade parcial, já está exercendo sobre ele uma influência decisiva, no sentido de torná-lo cada vez mais irracional, e de latente em ostensivo o estado de violência, que constitui o potencial energético até aqui dissimulado pelas ideologias racionalistas e liberais, e do qual, em última análise, resultam as decisões políticas. Essa influência traduz-se, de modo particular, pelo divórcio, hoje confessado, entre a democracia e o liberalismo. Cf.: CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico**. Brasília, Senado Federal, 2001, p. 24.

ordem, como motor de superação das injustiças sociais e como a ponta de lança que abriria caminho para a superação do modelo de produção cafeicultor para o ingresso do país no cenário da produção industrial.

O progresso econômico e a justiça social através do Estado passam a constituir os fins maiores da administração pública. O direito deveria servir à instrumentalização deste projeto, deixando de ser um mecanismo de contenção da autoridade estatal, para se tornar um mecanismo à disposição da autoridade estatal.

A crise do café e um equívoco político da oligarquia dominante – no erro de cálculo de Washington Luís¹³⁶ - abriu flanco para que Getúlio Vargas personificasse esse projeto. Legitimado pelo descontentamento popular, do Exército e, agora, de Minas Gerais, contrariada pela iniciativa de reeleição do presidente em exercício, o político gaúcho lançou-se às eleições. Derrotado, lançou mão da autoridade armada para reatar o poder estatal com seu lastro social.

O Estado Novo, acompanhado de forte centralismo administrativo, não tardaria, como um reflexo da concepção de legitimação do poder público acima enunciada. As bases de legitimação da autoridade lançadas neste período matizaram por um longo período o perfil do ordenamento legal da administração pública. Neste interregno, o embate entre a burocracia do executivo e do controle se desenvolveu, conforme demonstramos abaixo.

3.1.A BUROCRACIA DO EXECUTIVO E A DISPUTA PELA NARRATIVA DO CONTROLE COM O TCU

O período posterior a 1930 também se fez acompanhar por uma intensa racionalização dos recursos humanos da administração pública e do controle externo. No caso específico deste último, o Tribunal de Contas da União já assumira organização administrativa bem delimitada desde o desenho institucional consagrado em 1896, com a delimitação dos órgãos que o integrariam, dos respectivos cargos e a exigência de concurso público para o acesso a determinadas carreiras.

Este quadro permaneceu estável ao longo da Primeira República, conforme demonstramos acima e permitiu a consolidação de uma *intelligentsia* junto à Corte de

¹³⁶ SKIDMORE, Thomas Elliot. **Brasil: De Getúlio a Castello Branco (1930 – 1964)**. Tradução: Ismênia Tunes Dantas. 7ª edição. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1982, pp. 22 a 25.

Contas, marcada por uma interpretação orçamentária da gestão administrativa e crente na legalidade como instrumento coercitivo para a garantia da regularidade fiscal da administração pública. Ao Tribunal, incumbiria ser o braço forte, garantidor da eficácia do planejamento orçamentário, em face da ação pública.

A consolidação deste quadro funcional junto à Corte de Contas se intensificou a partir da década de 1930. O acesso aos cargos do Tribunal, gradualmente, passou a se dar a partir de concursos de provas e títulos¹³⁷, enquanto a seleção dos Ministros passou a ter de observar critérios de qualificação técnica prévia e pertinente à área de atuação do Tribunal de Contas¹³⁸.

O controle, portanto, a partir deste período passa a contar com uma burocracia, aqui, na acepção moderna do termo¹³⁹. Até então, muito embora detivesse um delineamento de tarefas específico e uma estrutura hierárquica bem definida, a Corte ainda se submetida a uma lógica de *prebendelização*¹⁴⁰ de seus cargos, dada a ingerência quase que integral do Poder Executivo na nomeação de seus integrantes. Com a mitigação desta ingerência no corpo intermediário do TCU, permitiu-se a consolidação de um quadro funcional autônomo e estável, capaz de formatar uma concepção própria acerca de suas funções.

Este é o corpo funcional que passou a atuar no controle das atividades da administração pública durante o período. Um corpo funcional que, a princípio, mostrara-se

¹³⁷ Até então somente as carreiras de 3º e 4º escriturários estavam sujeitas a concurso, por exigência Decreto nº 2.409, de 23 de dezembro de 1896 (art. 13). A partir da Lei nº 156, de 24 de dezembro de 1935, em função de seu art.12, §1º, as carreiras ligadas à instrução dos processos em tramitação da Corte passaram a se submeter ao concurso de provas e títulos. Com a Lei nº 830, de 23 de setembro de 1949, a exigência de concurso passou a vincular a carreira dos auditores (art.25), que integravam o corpo especial da Corte, desempenhando funções híbridas de instrução e deliberação (na ausência de ministros). As exigências foram mantidas pelo Decreto Lei nº 199, de 25 de fevereiro de 1967.

¹³⁸ A Lei nº 156, de 24 de dezembro de 1935 passou a exigir, para além do bacharelado em direito, experiência em finanças e contabilidade pública (art.3º, §1º). Em 1949, a Lei nº 830 passou a demandar conhecimentos compatíveis com o exercício do cargo (art. 4º), enquanto o Decreto Lei nº 199/1967 passou a exigir conhecimentos jurídicos, econômicos, financeiros ou de administração pública (art. 4º).

¹³⁹ Max Weber, de forma resumida, definia como traços característicos da burocracia moderna os seguintes aspectos: (i) organização administrativa, com competências diferenciadas e definidas em atos normativos; (ii) a existência de uma organização hierárquica; (iii) há um serviço de arquivamento dos documentos produzidos; (iv) há exigência de qualificação técnica para o exercício das funções; (v) há exigência de jornadas com dedicação exclusiva e, por fim, (vi) há um conjunto de normas e regras técnicas que configuram um conhecimento específico daquele cargo. Cf.: WEBER, Max. **O que é a Burocracia**. Brasília, CFA, 1991, pp. 9 a 12.

¹⁴⁰ A expressão é de Fernando Uricoechea e designa uma estrutura de alocação dos recursos humanos em que o cargo é uma contrapartida do apoio ou do atendimento de algum interesse do administrador. No início da colonização, esta contrapartida era a vinculação do particular que recebesse uma sesmaria à garantia da ordem e de outras funções que, a princípio, teriam de ser executadas pela Coroa. Cf. URICOECHA, Fernando. **O Minotauro Imperial: a burocratização do estado patrimonial brasileiro no século XIX**. Rio de Janeiro, DIFEL, 1978, pp. 31 a 32.

atento à preservação de suas atribuições diante do movimento político de 1930, sobretudo, com o envolvimento direto de seus representantes na formulação da Constituição de 1934.

Valendo-se do influxo democrático e da retomada das atividades do Congresso Nacional neste momento – órgão do qual era auxiliar no controle orçamentário -, e de sua precoce organização burocrática, a Corte introduziu novamente suas competências no anteprojeto de Constituição, pelas mãos do Ministro Agenor de Roure – à época, presidente do TCU -, que tomou assento na comissão especial nomeada por Getúlio Vargas para elaborar o projeto constitucional, responsabilizando-se pela redação do capítulo referente à Corte¹⁴¹.

O período que sucede à Constituição de 1934, porém, leva a um movimento absolutamente oposto. O Estado Novo, decretado em 1937, sob a égide uma nova Carta Política, empreende em um movimento de centralização administrativa, com a extinção dos demais Poderes da República. Sob o ponto de vista dos recursos humanos da administração, também houve notável centralização e avanço no sentido da racionalização burocrática do Estado brasileiro¹⁴².

Neste período a implementação do projeto ideológico do Estado Novo alçava a máquina pública ao centro da impulsão do desenvolvimento econômico e social do país¹⁴³. Para dar cabo a estas finalidades, organizar e racionalizar a estrutura administrativa era desafio fundamental¹⁴⁴.

Gustavo Capanema, partidário do movimento de 1930 e ex-ministro de Getúlio Vargas, organizara¹⁴⁵ em vida textos que procuraram refletir uma espécie de narrativa oficial

¹⁴¹ COTIAS E SILVA, Artur Adolfo. **O Tribunal de Contas da União na História do Brasil: evolução histórica, política e administrativa.** (1890 – 1998). Monografia apresentada para obtenção do Prêmio Serzedelo Corrêa. Brasília, TCU, 1998, p. 69.

¹⁴² CAVALCANTE, Pedro; CARVALHO, Paulo. *Profissionalização da Burocracia Federal Brasileira (1995 – 2014): avanços e dilemas.* In **Revista de Administração Pública**, n. 51, nº 1, jan.fev. 2017, Rio de Janeiro, FGV-EBAPE, p. 5.

¹⁴³ PAIVA, Carlos Henrique Assunção. *A Burocracia no Brasil: as bases da administração pública nacional em perspectiva histórica (1920-1945).* In **História**, vol. 28, n. 2, UNESP, São Paulo, p. 782.

¹⁴⁴ ABRUCIO, Fernando Luiz; LOUREIRO, Maria Rita. *Burocracia e Ordem Democrática: Desafios Contemporâneos e Experiência Brasileira.* In OLIVEIRA, Vanessa Elias de; LOTTA, Gabriela, PIRES; Roberto (org.). **Burocracia e Políticas Públicas no Brasil: interseções analíticas.** Brasília, IPEA, ENAP, 2018, p. 42.

¹⁴⁵ Capanema, certamente, não foi o autor de todos os textos organizados. No entanto, conforme salientara em carta à Getúlio Vargas, em 08 de fevereiro de 1945, organizou-os “(...) com afimco o trabalho de exposição sistemática da obra do governo de V. Ex.^a (1930 – 1945) (...)”. Cf. SCHWARTZMAN, Simon (org.). **Estado Novo, um Auto-retrato (arquivo Gustavo Capanema).** Brasília, Editora Universidade de Brasília, CPDOC/FGV, 1983, contracapa.

das reformas conduzidas entre 1930 e 1945. Especificamente sobre a racionalização administrativa do período, o trabalho apontava para a seguinte justificativa:

*“A administração no governo Getúlio Vargas tem sofrido radicais transformações. Tornava-se imperioso, de há muito, organizar os serviços públicos dentro de preceitos de ordem técnica, a fim de reajustá-los ao progresso geral, do qual já estavam muito distanciados. Mas, acima dessa tarefa, apresentava-se a premente necessidade de conduzi-los a nível de alta capacidade, de modo que os seus componentes pudessem compreender os complexos problemas do Estado e executar as tarefas administrativas com o máximo de eficiência.”*¹⁴⁶

Este movimento de burocratização da administração federal foi iniciado com a publicação da Lei nº 284, de 28 de outubro de 1936, que instituiu carreiras específicas em cada órgão administrativo federal e uniformizou os vencimentos devidos aos funcionários que ocupassem os mesmos níveis funcionais dentro das respectivas carreiras instituídas.

A norma ainda criava a Conselho Federal de Serviço Público Civil, órgão que, diretamente vinculado ao Presidente da República, teria a responsabilidade de gerenciar os recursos humanos da administração federal. Neste sentido, era de incumbência do Conselho, primordialmente, participar diretamente na seleção dos quadros da administração, de forma consultiva na seara disciplinar e no constante monitoramento da organização administrativa, recomendando diretamente ao Presidente medidas para o aperfeiçoamento desta última.

O movimento, contudo, somente viria a ser concluído com a criação do Departamento Administrativo do Serviço Público – DASP, pelo Decreto Lei nº 579, de 30 de julho de 1938. Este foi o órgão que centralizou a estruturação e racionalização administrativa durante os quinze anos do período de Getúlio Vargas, e que persistiu na estrutura da administração federal, com menos funções, até o ano de 1986, desempenhando importante papel na formação da burocracia federal¹⁴⁷.

Ainda vinculado diretamente à presidência, as funções do DASP eram mais amplas do que o Conselho Federal de Serviço Público Civil. Cumulava, para além das atribuições de coordenação e gestão dos recursos humanos, as funções de planejamento financeiro e

¹⁴⁶ SCHWARTZMAN, Simon (org.). **Estado Novo, um Auto-retrato (arquivo Gustavo Capanema)**. Brasília, Editora Universidade de Brasília, CPDOC/FGV, 1983, p. 46.

¹⁴⁷ GOUVÊA, Gilda Figueiredo Portugal. **Burocracia e Elites Burocráticas no Brasil**. São Paulo, Paulicéia, 1994, p. 71.

orçamentário da administração federal, bem como de fiscalização da execução orçamentária. Competia ao órgão, ainda, a realização de atividades de qualificação dos quadros da burocracia federal, além de auxiliar o Presidente da República na análise de projetos de lei submetidos a sua sanção e de fixar parâmetros para a aquisição de materiais pelo serviço público federal.

O órgão, assim, era responsável pela formação de uma burocracia qualificada na administração federal, nos mais diversos setores em que esta tinha atuação. Incumbia-se tanto de seu recrutamento, quanto de seu treinamento. A centralização destas atividades em um só órgão, diretamente vinculado à presidência, cumpria dupla função: de um lado, permitia a homogeneização ideológica dos ocupantes dos cargos técnicos da administração federal, de outro, permitia ao chefe de governo garantir a aderência da formação destes aos caminhos que pretendia guiar a administração.

Estas características permitiram que a burocracia federal do período partilhasse, sem grandes dissonâncias, da concepção delineada acima para a legitimação do poder estatal¹⁴⁸. Os egressos do DASP instrumentalizavam a ação estatal centralizadora e intervencionista, pois entendiam ser parte de um novo modelo de administração, imprescindível para fazer frente aos desafios de modernização e desenvolvimentos enfrentados pela nação.

A ordenação legal da administração era concebida sobre esta ótica, bem como a rotina administrativa conduzida pela burocracia, sob o pálio deste ordenamento jurídico, levava a esta leitura acerca da forma de ação do Poder Público. A burocracia, destarte, se fortalecia e passava a se assentar em uma perspectiva em que a administração pública ocupava a posição central, sendo a ordenação jurídica um instrumento voltado à funcionalização de sua ação, e não de sua contenção.

Para além desta homogeneização ideológica, a atuação do DASP também atribuiu à burocracia da administração pública a narrativa da racionalização orçamentária da administração pública. Este órgão passava a centralizar, a partir de uma burocracia especializada, a função de elaborar e consolidar a proposta orçamentária de todos os

¹⁴⁸ A obra de Djacir Menezes, responsável pelos cursos de direito administrativo do DASP, foi importante neste sentido, conforme aponta Fernando Dias Menezes de Almeida. Cf.: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil**. São Paulo, Quartier Latin, 2015, p. 251.

ministérios¹⁴⁹, além, de se incumbir da fiscalização da execução das despesas pela administração federal¹⁵⁰. Estas atividades, agora, já não estariam dispersas dentre as atribuições do Ministério da Fazenda, passando a contar com membros exclusivamente dedicados a esta atividade e diretamente vinculados à autoridade do Presidente.

Sob este prisma, o DASP passa a disputar com o Tribunal de Contas da União a narrativa acerca racionalização administrativa sob o prisma da legalidade orçamentária. Se com o advento da Primeira República, este discurso deixa de integrar a sintaxe do Ministério da Fazenda e é incorporado pelo TCU como a pedra angular de suas finalidades institucionais, a partir de 1937, o movimento é inverso. A centralidade assumida pela administração pública, e seu movimento de racionalização administrativa, fazem com que este discurso retorne ao Poder Executivo, com um sentido e forma de execução diversos, especialmente, através da ação do DASP¹⁵¹.

Na competição pela primazia na racionalização administrativa através da orçamento, o Executivo assume a dianteira em relação ao Tribunal de Contas. É certo que a ação de ambas as instituições sequer era concorrente, posto que suas competências se exerciam em âmbitos e com finalidades distintos. A disputa, contudo, não era de competências, no sentido jurídico-formal, mas sim pelo discurso de legitimação política da função de controle exercida pelos órgãos.

Neste viés, o controle da execução orçamentária desempenhado pelo DASP, instrumentalizado pela burocracia da administração federal, destacou-se em relação ao Tribunal de Contas e por sua burocracia de controle. E isto por uma razão simples: o controle daspiano seguia a cartilha de seu tempo, isto é, era um instrumento de consecução das finalidades vislumbradas pelo Estado.

Sua atuação não tinha o condão de impedir a ação estatal, pelo contrário, era elemento informativo que permitiria o aprimoramento do planejamento orçamentário, com

¹⁴⁹ WARLICH, Beatriz. *A Reforma Administrativa no Brasil: Experiência Anterior, Situação Atual e Perspectivas – Uma Apreciação Geral*. In **Revista de Administração Pública**, vol. 18, nº 1, jan./mar. 1984, Rio de Janeiro, pp. 50 a 51.

¹⁵⁰ COSTA MOURA, Emerson Affonso da. *Burocracia Brasileira, Reforma Administrativa e Estado Novo: o papel do aparato administrativo no governo Vargas*. In **Revista de Estudos Institucionais**, vol. 2, nº 1, 2016, Rio de Janeiro, pp. 388 a 389.

¹⁵¹ FRANÇA, Antonio Marcos Barreto. **Do Controle de Legalidade às Auditorias Operacionais: os tribunais de contas e o controle financeiro da administração pública brasileira**. Dissertação apresentada ao curso de Mestrado Profissional em Gestão e Políticas Públicas da Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – FGV, para a obtenção do título de Mestre. Orientador: Prof. Marco Antonio Carvalho Teixeira, 2012, pp. 44 a 45.

vistas a consecução de seus objetivos. O controle do Tribunal de Contas, porém, rezava em outra cartilha. Ainda que em sua origem, o órgão tenha sido proveniente da burocracia financeira do Executivo, com sua desvinculação junto ao Ministério da Fazenda e gradual alocação funcional junto ao Congresso, a Corte assumiu um desenho institucional voltado não para instrumentalizar a ação administrativa, mas, sim, para paralisá-la em caso de inobservância da legalidade orçamentária.

A burocracia do controle especializara-se, portanto, em uma fiscalização de cunho liberal, em que a desconformidade suscitava a invalidação jurídica do ato gerador da despesa e, portanto, ou a punição do gestor responsável ou a recusa do registro do ato. Esta modalidade de controle não mais encontrava respaldo na ideologia do movimento de 1930. Se posto em perspectiva, o controle de legalidade, nestes termos, era até mesmo avesso à instrumentalização do exercício da autoridade estatal em prol do atendimento das necessidades públicas. Isto porque impunha barreiras a esta consecução e tinha o condão de paralisar a ação administrativa¹⁵².

A burocracia do controle era, assim, legatária de uma concepção de legalidade liberal, em que a racionalização orçamentária estava atrelada à pura observância dos parâmetros objetivamente determinados pela legislação. A burocracia daspiana, ao contrário, vislumbrava no direito um instrumento de funcionalização da intervenção estatal, valorizando a racionalização orçamentária como um instrumento de garantia da ação estatal, nunca de sua paralisia. Deste embate, vence o DASP e o seu legado de centralidade administrativa, conforme assinala Artur Adolfo Cotias e Silva:

*“A Divisão de Orçamento do DASP – Departamento Administrativo do Serviço Público, criado em 1938, foi responsável, durante todo o período em que vigorou o Estado Novo, pela preparação e elaboração do processo orçamentário do país, em cooperação com o Ministério da Fazenda e sob a supervisão direta e exclusiva do presidente da República.”*¹⁵³

¹⁵² SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Competências de Controle dos Tribunais de Contas – Possibilidades e Limites*. in SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Contratações Públicas e seu Controle**. São Paulo, Malheiros, SBDP, 2013, p. 193.

¹⁵³ COTIAS E SILVA, Artur Adolfo. **O Tribunal de Contas da União na História do Brasil: evolução histórica, política e administrativa**. (1890 – 1998). Monografia apresentada para obtenção do Prêmio Serzedelo Corrêa. Brasília, TCU, 1998, p. 75.

Gradualmente, o TCU deixa de ser centro de legitimação da ação orçamentária, para ser visto como fonte de entraves e de ineficiência¹⁵⁴. Themístocles Brandão Cavalcanti, muito embora um defensor das competências do Tribunal, reconhecia, quando Consultor Geral da República (1945), que o Tribunal de Contas enfrentava sérios desafios no desempenho de sua função, asseverando: *“O estudo da competência atual do Tribunal de Contas está a mostrar a necessidade de uma remodelação daquele órgão, cuja eficiência e flexibilidade devem acompanhar a transformação dos nossos métodos administrativos.”*¹⁵⁵ Ao final de seu artigo, arrematava:

“A organização dos aparelhos de controle administrativo e principalmente financeiro não acompanhou o desenvolvimento da administração e dos métodos administrativos.

A administração exige maior flexibilidade e rapidez na execução dos seus encargos, ao mesmo tempo que considera quase sempre desnecessário e, por vezes prejudicial, o controle prévio de seus atos.

Talvez haja certo exagêro nessas tendências, mas a verdade é que também os órgãos de controle não gozam da necessária autonomia nem dispõem de recursos que permitam maior flexibilidade e celeridade no seu mecanismo.

(...)

*Para resolver as dificuldades, somente uma reestruturação do aparelho de controle poderá resolver o problema; remodelando-se os órgãos existentes dentro de nossas necessidades.”*¹⁵⁶

A retomada democrática inaugurada pela Constituição Federal de 1946 conferiu novo fôlego ao Tribunal de Contas. A Carta política que sucedeu o Estado Novo retomaria algumas competências do Tribunal, que haviam sido suprimidas durante o governo de Getúlio Vargas. No entanto, esta retomada já não teve a mesma força de 1934. O prestígio

¹⁵⁴ Não por outro motivo, Fernando Bessa de Almeida assim asseverava: *“No que toca à técnica de controle, admitiu a Constituição de 1946 o sistema de registro prévio e posterior, conforme a lei o estabelecesse. No regime da Constituição de 1934, todavia, apenas estava previsto o sistema de registro prévio da despesa, fato este que proporcionava ao Tribunal de Contas maior soma de poderes, visto como intervinha diretamente na execução orçamentária, examinando, antes de ser a despesa realizada, todas as ordens de pagamento e requisições de adiantamento da maioria quase absoluta dos órgãos que integravam a administração direta centralizada. Tal sistema impedia, evidentemente, que a ação governamental fosse levada a efeito de maneira rápida e, portanto, não poderia perdurar.”* Cf.: *A Fiscalização Financeira e Orçamentária na Constituição de 1967*. in **Revista de Administração Pública**, vol. 1, n.1, Rio de Janeiro, 1967, p. 112.

¹⁵⁴ Art. 71, §1º, da Constituição Federal de 1967.

¹⁵⁵ BRANDÃO CAVALCANTI, Themístocles. *O Tribunal de Contas e sua Competência Constitucional*. In **Revista de Direito Administrativo**, vol. 3, Rio de Janeiro, FGV, 1946, p. 13.

¹⁵⁶ Idem, pp. 20 a 21.

da Corte ante às necessidades da administração e do discurso de instrumentalização do direito em prol do poder – legado do Estado Novo, que transcendeu a sua vigência -, impediu que a burocracia de controle atuasse da mesma forma.

Ainda que tenha articulado uma atuação perante a constituinte de 1946, já não teve assento na comissão que elaboraria o anteprojeto constitucional. As competências da Corte, ainda que com assento constitucional, perdiam objetividade em sua definição. Sua principal atividade até então – o registro prévio – já não necessariamente deveria ser prévio. Seria anterior à execução da despesa ou posterior, conforme viesse a definir a legislação.

O DASP, em contrapartida, a partir da reforma constitucional de 1946¹⁵⁷, perderia espaço no controle orçamentário, concentrando suas atribuições no gerenciamento dos recursos humanos da administração federal. No entanto, a perspectiva de centralidade da administração seguiu impregnada nos quadros funcionais do poder central. O modelo daspiano seguia a diante, disperso na burocracia federal e acompanhado de uma percepção de que o Estado era o caminho para o desenvolvimento nacional.

Não por outro motivo, os Ministros do TCU lançavam defesas do controle externo, rebatendo as críticas quanto a sua atuação e o suposto embaraçamento da ação administrativa. Neste sentido, são exemplificativos os apontamentos do Ministro Joaquim Henrique Coutinho, em 1959, em defesa do registro prévio:

“Prosseguindo em defesa do registro posterior, afirmou-se:

‘Ainda recentemente, o ilustro Ministro Joaquim Henrique Coutinho, do Tribunal de Contas da União, no relatório que apreia as contas do exercício federal ao ano de 1956, defendeu calorosamente a necessidade do controle prévio da execução orçamentária.

Em que pese a alta autoridade de S. Ex.^a com a nossa única credencial de simples estudioso do assunto, devemos aclarar que as razões invocadas não nos convenceram.’

E, ainda, querendo conjugar a era atômica aos preceitos de fiscalização financeira, aduziu-se:

‘À propósito dessa manifestação do Ministro Coutinho, assim escrevemos em outra oportunidade: ‘Temos para nós que os testemunhos invocados,

¹⁵⁷ WARLICH, Beatriz. *A Reforma Administrativa no Brasil: Experiência Anterior, Situação Atual e Perspectivas – Uma Apreciação Geral*. In **Revista de Administração Pública**, vol. 18, nº 1, jan./mar. 1984, Rio de Janeiro, p. 51.

quase todos de cinquenta anos atrás, talvez não seriam ratificados diante da celeridade e do dinamismo dos dias atuais’.

Não me julgarei vencido na defesa do registro prévio, enquanto não me provarem, com dados e argumentos positivos, que o exame a posteriori, resiste à crítica, não só dos órgãos fiscais, como de qualquer estudioso que não se conforme em apenas incumbir-lhes verberar fatos consumados. No momento, até melhor aprimoramento, ele só atende aos interesses dos administradores, com afrouxamento de modo absoluto, da fiscalização que ficaria reduzida a constatar os erros cometidos, sem nada poder fazer para evitar suas repetições.”¹⁵⁸

O tensionamento entre as burocracias, portanto, se agravaria ao longo da segunda metade do século XX¹⁵⁹, culminando com uma reforma no modelo de controle realizada pela ditadura militar, a partir da reforma constitucional de 1967. O golpe militar de 1964, que antecedeu esta mudança constitucional, retomava, em parte, o discurso centralizador que enfeixava o governo de Getúlio Vargas, almejando transformar o Estado centralizador em um impulso para a modernização da sociedade brasileira.

Neste contexto, com nítidas similaridades discursivas com o vivenciado na década de 1930, a burocracia do poder executivo volta a ganhar força em relação à burocracia de controle. Tanto mais pelo fato de a ditadura militar de 1964 ter se utilizado do discurso tecnocrático como um fator de legitimação do movimento de restrição às liberdades públicas. Se o Estado era a força motriz da modernização nacional, a burocracia incumbida de levar a diante este projeto assumia papel político dos mais relevantes, destacando-se em relação às demais¹⁶⁰.

E a perspectiva de atuação desta burocracia era similar à sustentada na década de 1930: o aparato legal e institucional do país deveria instrumentalizar a ação estatal, tendo em

¹⁵⁸ COUTINHO, Joaquim Henrique. *Da Necessidade do Registro Prévio*. in **Revista do Serviço Público**, vol. 85, nº 1, 1959, pp. 77 a 78.

¹⁵⁹ Outros debates acerca do Tribunal de Contas são travados no período. Em 1965, Chagas Mello publicaria artigo defendendo a extinção do Tribunal de Contas e sua substituição por um modelo do auditor geral, adotado nos Estados Unidos. Aliomar Baleeiro sustentara esta mesma tese em 1960 na Assembleia Constituinte do Estado da Guanabara, onde travara ardoroso debate com Themístocles Brandão Cavalcanti. Cf.: MELLO, Chagas. *Da Fiscalização da Execução Orçamentária*. In **Revista do Serviço Público**, vol. 97, nº 2, 1965, pp. 79 a 81; BRANDÃO CAVALCANTI, Themístocles. *O Tribunal de Contas – Órgão Constitucional – Funções Próprias e Funções Delegadas*. In **Revista de Direito Administrativo**, vol. 109, jul./set. 1972, Rio de Janeiro, p. 1.

¹⁶⁰ ABRUCIO, Fernando Luiz; LOUREIRO, Maria Rita. *Burocracia e Ordem Democrática: Desafios Contemporâneos e Experiência Brasileira*. In OLIVEIRA, Vanessa Elias de; LOTTA, Gabriela, PIRES; Roberto (org.). **Burocracia e Políticas Públicas no Brasil: interseções analíticas**. Brasília, IPEA, ENAP, 2018, p. 44.

vistas a sua atuação em prol do interesse nacional. Durante o regime militar, esfera pública e legitimação da autoridade voltavam a se tocar, substituindo-se a narrativa de índole populista de Getúlio Vargas (povo) pelo patriotismo militar de 1964 (nação), instrumentalizado por uma burocracia técnica qualificada, voltada à construção do projeto de modernização do país.

As reformas administrativas conduzidas pelo governo militar buscaram reforçar este modelo de atuação administrativa e fortaleceram ainda mais a burocracia atrelada à administração pública. O Decreto Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, definia uma estrutura administrativa apetrechada para a modernização nacional, erigindo o planejamento, a coordenação, a descentralização e a delegação de competências, junto do controle, pela administração central, como princípios fundamentais da administração¹⁶¹.

O governo militar, deste modo, cindia a administração pública em uma cúpula de planejamento e de coordenação das políticas públicas, e em uma rede de organizações e entidades públicas voltadas à execução descentralizada das diretrizes elaboradas pela cúpula da burocracia federal. Como contraparte a esta execução descentralizada, o Decreto preconizava a estruturação de um sistema de controle interno, que se realizaria em uma perspectiva funcional, pela chefia dos órgãos voltados à execução das políticas, com a finalidade de garantir a aderência da atuação aos planos definidos para o setor¹⁶².

A finalidade deste modelo era permitir a execução das políticas da administração central ficasse menos sujeita às “amarras” aplicáveis à administração direta¹⁶³. O controle desta atuação administrativa não poderia frustrar este objetivo. Por esta razão, o regime militar tratou de estruturar um modelo de controle interno, sujeito à estrutura administrativa do poder central, em detrimento de sua atribuição a um controle externo e desvinculado das pautas do próprio Poder Executivo.

Neste senda, o regime tratou de revisar, também, o modelo de controle externo desempenhado pelo TCU. A narrativa do controle liberal republicano, fundamentado na legalidade orçamentária, com o condão de paralisar a ação administrativa, mais uma vez,

¹⁶¹ Art. 6º, Decreto Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.

¹⁶² Art. 13, Decreto Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.

¹⁶³ ABRUCIO, Fernando Luiz; LOUREIRO, Maria Rita. *Burocracia e Ordem Democrática: Desafios Contemporâneos e Experiência Brasileira*. In OLIVEIRA, Vanessa Elias de; LOTTA, Gabriela, PIRES; Roberto (org.). **Burocracia e Políticas Públicas no Brasil: interseções analíticas**. Brasília, IPEA, ENAP, 2018, p. 44.

contrapunha-se à urgência do centralismo administrativo, que através de sua burocracia, instrumentalizava-se para viabilizar a intervenção estatal.

Desta feita, a burocracia do controle foi sobreposta¹⁶⁴, por completo, pelas aspirações do Executivo e seu quadro funcional. A narrativa do controle orçamentário imediato passava a ser monopolizada pelos sistemas de controle interno, vinculados à própria administração, aos moldes do que fazia o DASP no Estado Novo. Ao controle externo, performado pelo TCU, incumbiria uma outra vertente de controle.

Com as reformas constitucionais levadas adiante a partir de 1967, extinguiu-se o registro prévio de atos criadores de despesa, determinando-se que o TCU deveria controlar a administração pública a partir da apreciação de contas do Presidente da República, do desempenho das funções de auditoria financeira e orçamentária e, por fim, do julgamento das contas dos responsáveis por bens e valores públicos¹⁶⁵. A Corte julgaria, também, a legalidade das pensões, aposentadorias e reformas concedidas pela administração pública.

O caráter do controle externo era, portanto, drasticamente revisto. Afastava-se a Corte da ação administrativa¹⁶⁶, substituindo-a por um sistema de controle interno, sujeito à estrutura da administração central. O desenho institucional do controle externo a partir deste momento formatara-se sob forte influência da burocracia do poder executivo, reduzindo a retomada do formato original do TCU, consagrado na Constituição de 1946.

Disto resta claro que, no movimento de reforma e contrarreformas das competências do TCU, houve uma disputa entre a burocracia do controle e a burocracia do executivo em torno do desenho institucional do controle externo no país. Isto se deve ao fato de que, entre a década de 1930 e o ano de 1988, houve um processo de diferenciação

¹⁶⁴ As reformas promovidas nas competências do TCU pelo regime militar, foram combatidas publicamente pelos ministros da Corte. Conforme nos relata Fernando Bessa de Almeida ao enfatizar o contraponto elaborado pelos Ministros do TCU à fala do Ministro da Justiça e Negócios Interiores, Carlos Medeiros da Silva: “Assim, porém, não entendeu o Tribunal de Contas que fez publicar pela Imprensa um protesto contra a orientação constante do projeto de Constituição encaminhado à consideração do Congresso Nacional e referente ao controle financeiro e orçamentário. Ao mesmo tempo, procurou nas duas Casas do Congresso modificar aquele projeto com a finalidade de não perder algumas atribuições que a maioria dos seus Ministros julgava da maior importância.” Cf.: *A Fiscalização Financeira e Orçamentária na Constituição de 1967*. in **Revista de Administração Pública**, vol. 1, n.1, Rio de Janeiro, 1967, p. 120.

¹⁶⁵ Art. 71, §1º, da Constituição Federal de 1967.

¹⁶⁶ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Competências de Controle dos Tribunais de Contas – Possibilidades e Limites*. in SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Contratações Públicas e seu Controle**. São Paulo, Malheiros, SBDP, 2013, p. 194.

funcional entre a burocracia do controle e o quadro funcional da administração pública, que dissociou as pautas perseguidas por cada uma delas.

Enquanto a burocracia do Tribunal de Contas começa a se consolidar já ao final da Primeira República, aprofundando este processo ao longo do período acima mencionado, mantendo-se fiel a um desenho institucional de controle liberal de legalidade orçamentária, a burocracia do executivo consolida-se a partir do Estado Novo, em uma perspectiva de centralização administrativa, em que a legalidade é entendida não como um meio de contenção, mas sim como um instrumento de viabilização da ação pública.

A partir destas pautas antagônicas, ambas as burocracias disputariam a primazia na delimitação do tipo de controle da administração pública. Durante os dois períodos de centralismo administrativo estudados, prevaleceu o controle da burocracia do poder central. No interstício entre estes períodos, a Corte de Contas retomava as competências que lhe foram originalmente atribuídas.

Com as reformas institucionais decorrentes da Constituição Federal de 1967, o desenho institucional resultante para a Corte restringia seu poder de intervenção sobre as atividades fim da administração. No entanto, nisto não se resumiram as alterações institucionais levadas a cabo durante o período militar. Conforme demonstramos no item a seguir, deste momento em diante houve uma verdadeira reformulação no perfil de controle exercido pelo TCU.

3.2.A CORTE DE CONTAS REFORMADA: O TCU COMO GUARDA DO PLANEJAMENTO ESTATAL

A Constituição Federal de 1967, pela primeira vez, revisava o modelo de controle adotado no país. A formatação definida na Primeira República, até então, persistira como o desenho institucional do Tribunal de Contas. Controlar a administração, portanto, era sinônimo de controle de legalidade orçamentária, instrumentalizado através do registro prévio dos atos geradores de despesa e do julgamento de contas dos responsáveis pela administração de recursos públicos.

A Carta política de 1946 reformada pelos militares rompe com este modelo ao extinguir o sistema de registro prévio, alijando o Tribunal de Contas da rotina cotidiana de execução da função administrativa. Em seu lugar, a Constituição Federal de 1967 introduzia

o controle via auditoria financeira e orçamentária, que passaria a integrar o núcleo funcional da Corte ao lado do julgamento de contas, mantido como uma das competências da Corte. Analisamos nos itens a seguir o perfil institucional da Corte, resultante das reformas do período.

3.2.1. OBJETO DE CONTROLE: ATOS, CONTRATOS E CONTAS A POSTERIORI

Não obstante as inovações introduzidas pelas reformas constitucionais de 1967 para a Corte de Contas, o objeto do controle desempenhado pelo Tribunal permanecia, em muito, aproximado do que fazia o TCU durante a Primeira República. A nova lógica de estruturação do controle, portanto, não o afastava do controle de atos, contratos e do julgamento de contas, que permaneciam sob o espectro de atribuições do Tribunal.

O que de fato se alterava era a forma pela qual a Corte desempenharia este controle. Se até então o instrumento de controle era primordialmente o registro prévio, após a análise da Corte, o controle destes atos se realizaria após a sua execução. É dizer, a administração pública poderia dar seguimento imediato à execução dos atos que pretendia levar a efeito, incumbindo ao Tribunal de Contas controlá-los supervenientemente¹⁶⁷, apreciando-os quanto a sua aderência à legislação orçamentária e financeira.

O instrumento que permitiria este tipo de controle era a auditoria financeira e orçamentária. Esta permitia ao TCU a desempenhar fiscalizações que transcendessem a análise dos documentos que lhe eram remetidos pelas unidades controladas, franqueando aos funcionários da Corte a prerrogativa de realizar inspeções *in loco* junto aos órgãos controlados.

Mais do que isso, a auditoria também se pretendia um instrumento de fiscalização mais arejado do que o registro prévio. Neste, como vimos, a Corte estava comprometida com uma checagem esquematizada do atendimento, pelo ato controlado, dos requisitos delineados pelos regramentos atinentes ao dispêndio público. A checagem era objetiva, quase que mecânica, voltada a aferição da regularidade dos registros contábeis, do somatório aritmético e de sua aderência às rubricas e saldos orçamentários.

¹⁶⁷ ROSILHO, André. **Tribunal de Contas da União: competências, jurisdição e instrumentos de controle**. São Paulo, Quartier Latin, 2019, p. 240.

Na auditoria esta perspectiva é ampliada, atendendo à nova concepção de controle externo introduzida pelo regime militar a partir do Decreto Lei nº 200/1967. Neste, o orçamento público deixara de ser uma peça estritamente financeira, para se tornar um instrumento de planificação das ações estatais como um todo.

O Decreto introduziu o conceito de orçamento programa na administração pública¹⁶⁸, que exigia a consagração de programas plurianuais, formulados pelo órgão de planejamento do governo federal, sob orientação do Presidente da República. Estes programas seriam coordenados em iniciativas gerais, setoriais e regionais, que por seu turno, seriam elaboradas pelos ministros responsáveis por cada setor integrante da estrutura federal de administração¹⁶⁹.

O programa plurianual seria o norte da ação administrativa. A cada ano, a lei orçamentária anual (“orçamento programa”) trataria de detalhar a etapa do programa a ser executada, servindo de roteiro à execução coordenada de seus termos. A execução seria preferencialmente descentralizada, mediante entidades da administração indireta, competindo ao núcleo da administração direta as atividades de coordenação e supervisão da execução dos planos estatais.

Criava-se um sistema de controle interno, vinculado a cada ente administrativo envolvido na execução dos planos¹⁷⁰. A finalidade de sua atuação era a de realizar o acompanhamento, em diversas perspectivas, da execução dos programas governamentais. Sob o prisma funcional, o Decreto Lei nº 200/1967 outorgava aos órgãos de chefia dos entes envolvidos na execução, o dever de verificar a execução dos programas consagrados pelo orçamento para aquele ano¹⁷¹.

A reforma administrativa determinava a obrigatoriedade da instituição de órgãos de contabilidade e auditoria financeira junto aos entes de execução¹⁷², com o intuito de acompanhar a execução orçamentária dos programas estabelecidos para o ano. Para além

¹⁶⁸ De acordo com Fernando Bessa de Almeida, neste o: “(...) *orçamento passou então a ser enfatizada, mais particularmente, a classificação programática da despesa pública, com base em programas e projetos, sem que contudo fossem desprezadas as tradicionais classificações administrativas. Os projetos deveriam ser suficientemente descritos, tanto no que toca à apresentação de seu calendário de investimentos e justificativa econômica, social e política, quanto no que diz respeito aos seus custos físicos e financeiros e à discriminação de seus dispêndios*” Cf.: *A Fiscalização Financeira e Orçamentária na Constituição de 1967*. in **Revista de Administração Pública**, vol. 1, n.1, Rio de Janeiro, 1967, p. 116.

¹⁶⁹ Art. 15 a 18, Decreto Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.

¹⁷⁰ Art. 13, Decreto Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.

¹⁷¹ Art. 13, “a”, Decreto Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.

¹⁷² Art. 22, Decreto Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.

disso, o modelo de controle do regime militar ainda determinava que o sistema de controle interno deveria desempenhar a avaliação da performance destes órgãos, aferindo os resultados obtidos com a execução das políticas¹⁷³.

O controle externo, desempenhado pelo Tribunal de Contas, passaria a se acoplar neste sistema¹⁷⁴. Aliás, a própria Constituição Federal de 1967 assim determinava, ao incumbir ao controle interno a atribuição de criar condições para a eficácia do controle externo (art. 72, inc. I).

No que diz respeito às competências de auditoria orçamentária e financeira da Corte, o Decreto Lei nº 199/1967, que instituía à época, a lei orgânica do TCU, determinava que, para o seu exercício, a Corte deveria tomar em conta: (i) da lei orçamentária anual (o “orçamento programa”); (ii) dos orçamentos plurianuais (programas plurianuais); (iii) e dos créditos orçamentários abertos com o intuito de dar execução aos programas.¹⁷⁵

Partindo destas informações, a Corte passaria à análise de documentos referentes à execução orçamentária (atos de desembolso e os balancetes de receitas e despesas)¹⁷⁶, acompanhados de um relatório a respeito do tema, elaborado pelos órgãos responsáveis pelo controle interno dos órgãos controlados.

A auditoria a ser realizada sobre estes documentos teria a finalidade de verificar, de um lado, a regularidade das receitas e despesas efetuadas, sob o prisma da legalidade orçamentária, mas também, o de verificar a compatibilidade dos cronogramas de execução físico-financeira dos projetos com o planejamento estabelecido pelo orçamento programa e pelos orçamentos plurianuais¹⁷⁷. O instrumento para este tipo de verificação eram as inspeções ordinárias, acima aludidas, conduzidas pelo corpo administrativo de instrução do Tribunal de Contas¹⁷⁸.

¹⁷³ Art. 72, Inc. III, da Constituição Federal de 1967.

¹⁷⁴ JORDÃO, Eduardo. *A Intervenção do TCU sobre Editais de Licitação não Publicados – Controlador ou Administrador?* in **Revista Brasileira de Direito Público**, ano 12, n. 47, out./dez. 2014, Belo Horizonte, p. 217.

¹⁷⁵ Art. 36, Decreto Lei nº 199, de 25 de fevereiro de 1967.

¹⁷⁶ Art. 36, inc. II, Decreto Lei nº 199, de 25 de fevereiro de 1967.

¹⁷⁷ Art. 4º, parágrafo único, da Resolução nº 206, de 27 de novembro de 1980 do TCU.

¹⁷⁸ As inspeções poderiam ser ordinárias, em que o intuito era o de aferir justamente os pontos indicados no parágrafo, instruindo o processo. Seriam realizadas conforme o Plano de Inspeções, proposto pelas diretorias vinculadas à Secretaria Geral do Tribunal de Contas e aprovado pelo Presidente do tribunal. Elas poderiam, ainda, ser inspeções especiais, realizadas a pedido do Plenário da Corte, dos Auditores, Ministros ou Câmaras, para esclarecer fatos ou suprir omissões na instrução dos processos. Poderiam, ainda, ser extraordinárias, para a apuração de fatos urgentes e que sejam determinadas pelo Plenário. A disciplina mais estável destas atividades foi contemplada na Resolução nº 206, de 27 de novembro de 1980 do TCU.

Neste prisma, a auditoria, além de se realizar em momento distinto ao registro prévio, tinha um objeto de fiscalização ligeiramente mais amplo. Ainda, sim, adstrito à ideia de legalidade orçamentária, no entanto, voltado a uma perspectiva mais global da despesa pública, aferindo-se a sua adequação não só aos requisitos de validade especificados pela lei, mas também ao planejamento contemplado nas normas orçamentárias. Estavam abrangidos neste modelo de controle os atos e contratos da administração pública¹⁷⁹.

No que diz respeito ao julgamento de contas, porém, tudo permanecia como antes. A Corte seguia atuando mediante a análise documental, a partir das “contas” que lhe deviam ser remetidos pelos órgãos e entes públicos submetidos a sua jurisdição. As contas seguiam compostas por documentos eminentemente contábeis (relatório anual, balanços e parecer do controle interno¹⁸⁰). A análise buscava assegurar que estas respeitavam a legislação orçamentária e financeira. Eram ainda julgados pela Corte, nesta mesma perspectiva, os atos de concessão aposentadorias, reformas e pensões do pessoal da administração direta¹⁸¹.

Em síntese, o objeto de controle da Corte se alterava em duas perspectivas. A primeira, quanto ao momento de sua realização. Com o abandono do sistema de registro prévio, o controle passou a se desempenhar, prioritariamente, *a posteriori*. A segunda, por outro lado, diz respeito ao escopo deste controle, que para além do controle contábil e orçamentário, passou a contemplar um cotejo com as metas especificadas nas normas orçamentárias plurianuais, estabelecidas pelo Poder Executivo.

3.2.2. PARÂMETROS DE CONTROLE

Dentro deste novo contexto, os parâmetros de controle passavam a ser compreendidos em uma nova perspectiva. É certo que a forma de julgamento da Corte ainda era orientada pela ideia de legalidade orçamentária, porém, em uma acepção distinta. No modelo de controle da Primeira República, esta se associava estritamente a um controle burocrático, em que a despesa era fiscalizada em uma perspectiva estritamente formal.

A partir da instituição da fiscalização via auditorias, este controle ganhou contornos mais amplos, aferindo, sim, os aspectos burocráticos da despesa pública, mas também,

¹⁷⁹ ALMEIDA, Fernando Bessa de. *A Fiscalização Financeira e Orçamentária na Constituição de 1967*. in **Revista de Administração Pública**, vol. 1, n.1, Rio de Janeiro, 1967, p. 113.

¹⁸⁰ Art. 42, Decreto-Lei nº 199, de 25 de fevereiro de 1967.

¹⁸¹ Art. 40, inc. II Decreto-Lei nº 199, de 25 de fevereiro de 1967.

apreciando-a perante os planos e metas consubstanciados nas normas orçamentárias, tanto as plurianuais, quanto as do orçamento programa em vigor para o exercício fiscal. O julgamento de contas se afeiçoava menos a este tipo de controle – permanecendo mais adstrito ao controle formal, até mesmo em função da documentação analisada neste processo apresentar caráter nitidamente contábil, conforme ressaltado.

Não obstante esta alteração no caráter da ideia de legalidade orçamentária, isto não significa que já nas reformas constitucionais de 1967 o parâmetro de controle tenha se alterado. Pelo contrário, o referencial da Corte seguia sendo a legalidade orçamentária¹⁸², mesmo quando esta manejava suas competências de auditoria da administração pública. Isto porque, o planejamento que passava a estar em sua pauta era o contemplado na legislação orçamentária do período, que por uma peculiaridade do regime jurídico introduzido pela ditadura militar, passava a figurar como um instrumento de planificação do desenvolvimento econômico nacional.

Outro fator, porém, até mais relevante que este motiva esta análise. A Constituição Federal de 1967 era clara ao afastar do Tribunal de Contas o controle de desempenho da administração pública. O art. 72 da Carta política era expresso neste sentido, obrigando aos órgãos públicos a constituírem um sistema de controle interno, responsável por: (i) criar condições indispensáveis para eficácia do controle externo e para assegurar regularidade à realização da receita e da despesa; (ii) acompanhar a execução de programas de trabalho e do orçamento e (iii) avaliar os resultados alcançados pelos administradores e verificar a execução dos contratos.

Fernando Bessa de Almeida, em artigo elaborado no calor das reformas institucionais do Tribunal, resumia bem esta distinção entre as atribuições do controle externo e do controle interno:

“Digno de registro, entretanto, se nos afigura o fato de estarem intimamente relacionadas o classificação por órgão controlador e ao mesmo tempo por objeto da ação fiscalizadora. Os contrôles político, legal, contábil e financeiro estão mais particularmente atribuídos ao Congresso Nacional e, como órgão auxiliar, ao Tribunal de Contas, ao passo que o controle programático constitui encargo precípua dos diversos órgãos integrantes da Administração. Ademais, ficou

¹⁸² TÁCITO, Caio. *O Contrôles da Administração e a Nova Constituição do Brasil*. in **Revista de Direito Administrativo**, vol. 90, Rio de Janeiro, 1967, p. 26.

perfeitamente especificado que um dos objetivos do controle interno seria criar condições indispensáveis à eficácia do controle externo.

Esse sentido de coordenação entre o controle interno e o externo parece-nos um dos aspectos bastante positivo das disposições constitucionais vigentes relacionadas com a fiscalização financeira e orçamentária.

Dêste modo, a Constituição de 1967 estabelece duas classificações de controle:

- a classificação pelo órgão encarregado da atividade fiscalizadora (controle externo e interno); e

- a classificação pela natureza e objeto do controle (controle legal, contábil, financeiro e programático).

No que toca ao controle programático deverá ele permitir o acompanhamento da execução de programas de trabalho e do orçamento e possibilitar a avaliação dos resultados alcançados pelos administradores e da boa execução dos contratos.”¹⁸³

Ao controle externo, portanto, ainda não se franqueava o controle operacional ou de eficiência – isto ficava a cargo do controle interno¹⁸⁴. Não por outro motivo, Iberê Gilson, Presidente do Tribunal de Contas da União por ocasião das reformas introduzidas pela Constituição Federal de 1967, insistia em reconhecer na auditoria um instrumento de fiscalização que adotava parâmetros (“infraestrutura”) eminentemente contábil:

“A auditoria é uma técnica, e como tal deve ser exercida. Para tanto há que se exigir dos que forem incumbidos de exercitá-la formação especializada, que lhes proporcione as armas dos conhecimentos imprescindíveis, os quais podem ser diversificados. No caso concreto de nosso Tribunal, não só pelo fato de ser um órgão fiscalizador de contas, mas também pela natureza da documentação que, por expressa disposição de lei, deve ser por ele examinada, a Auditoria se assenta sobre uma infra-estrutura predominantemente contábil”¹⁸⁵

Note-se, portanto, que muito embora as reformas de 1967 atribuíssem ao Tribunal de Contas uma perspectiva mais ampla de controle, esta não se confundia com um controle

¹⁸³ ALMEIDA, Fernando Bessa de. *A Fiscalização Financeira e Orçamentária na Constituição de 1967*. in **Revista de Administração Pública**, vol. 1, n.1, Rio de Janeiro, 1967, pp. 126 a 127.

¹⁸⁴ TÁCITO, Caio. *O Controle da Administração e a Nova Constituição do Brasil*. in **Revista de Direito Administrativo**, vol. 90, Rio de Janeiro, 1967, p. 27.

¹⁸⁵ GILSON, Iberê. *Auditoria: Técnica a Serviço do Controle*. in **Revista do Serviço Público**, vol. 105, nº 1, 1970, p. 27.

operacional da administração¹⁸⁶, em que a Corte deveria apreciar o desempenho da administração em parâmetros de eficiência, eficácia ou qualquer outro. O controle ainda era adstrito à lógica de legalidade orçamentária¹⁸⁷, voltado a apreciar a regularidade jurídico-orçamentária e contábil da ação pública¹⁸⁸.

O teor da revisão da atuação da Corte, portanto, era sutil e não a afastava do controle de legalidade orçamentária. Dentro do movimento constituinte de 1967, esta foi preservada como a principal linguagem do Tribunal de Contas da União¹⁸⁹.

3.2.3. MÉTODO DE JULGAMENTO

Diante da preservação do controle de legalidade orçamentária, o método de julgamento também permaneceu o mesmo. Ainda demandava da Corte um juízo de subsunção, afinal seu parâmetro de controle permanecia a lei orçamentária. Ainda que as disposições desta última passassem a contemplar metas e programas a serem desenvolvidos, o tipo de controle atribuído à Corte não permitia uma alteração no método de julgamento. A esta não competia apreciar a performance da administração pública, mas sim, o enquadramento dos atos nas metas definidas pela legislação orçamentária.

Soma-se a isto, o fato de a Corte permanecer adstrita ao julgamento de contas a partir de uma perspectiva formal, isto é, ainda vinculada à análise contábil e orçamentária da atividade administrativa.

A principal alteração no método de julgamento da Corte reside no fato de que, na conformação delimitada pelas reformas de 1967, passa a existir um significativo decréscimo do caráter esquemático do controle. Se na primeira conformação do Tribunal, o Regimento Interno da Corte estabelecia o que analisar e como decidir, no delineamento resultante da nova Constituição não mais continha este tipo de previsão.

¹⁸⁶ Não obstante, houve quem sustentasse à época a possibilidade deste tipo de controle: JAPPUR, José. *Axiologia do Controle do Tribunal de Contas*. In **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 133, jul./set. 1978, pp. 353 a 365.

¹⁸⁷ SPECK, Bruno Wilhelm. **Inovação e Rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema de político-administrativo do Brasil**. São Paulo, Fundação Konrad Adenauer, 2000, p. 71.

¹⁸⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª edição. São Paulo, Thompson Reuters Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.087.

¹⁸⁹ Não me parece preciso, portanto, que se atribua neste período qualquer espécie de controle de efetividade, eficiência ou legitimidade do gasto público. Para visão distinta da ora sustentada: ROSILHO, André. **Tribunal de Contas da União: competências, jurisdição e instrumentos de controle**. São Paulo, Quartier Latin, 2019, p. 241.

Nesta senda, a subsunção normativa realizada pela Corte se tornava menos objetiva e automatizada, muito embora ainda vinculada a parâmetros normativos concretos, estipulados pela legislação orçamentária.

3.2.4. O PROCESSO

A disciplina processual da Corte também refletia as alterações que o desenho institucional do controle sofria no período. Com a substituição do registro prévio pelas auditorias, a Corte passou a orientar sua atuação a partir de outros parâmetros.

O rito processual das auditorias não era expressamente disciplinado pelo Tribunal de Contas. Não obstante, os elementos esparsos, contemplados nos atos normativos da Corte evidenciam que há uma considerável ampliação da discricionariedade do Tribunal na condução do procedimento¹⁹⁰.

Em linhas gerais, o processo era conduzido mediante impulso oficial, sendo o TCU quem definia, em normativa própria¹⁹¹, os prazos que cada um dos órgãos da administração central deveria remeter à Corte os documentos necessários à realização das auditorias orçamentárias. A instrução dos processos seria coordenada pela Secretaria Geral do Tribunal, a qual estariam vinculadas sete diretorias, divididas entre as competências da Corte¹⁹². Às diretorias responsáveis pelas auditorias, incumbiria proceder às inspeções ordinárias, a seu critério, conforme Plano de Inspeções, proposto pelas diretorias e aprovado pelo Presidente¹⁹³.

As inspeções envolviam a aplicação de questionários aos responsáveis pelos atos fiscalizados, todos eles voltados a aferir a regularidade orçamentária das despesas e sua adesão ao programa consagrado no orçamento. Após esta instrução, o caso seria remetido ao relator competente, para que o órgão competente do Tribunal se manifestasse¹⁹⁴. Não havia

¹⁹⁰ A principal referência normativa considerada foi a Resolução nº 206, de 27 de novembro de 1980, que consolidou as disposições sobre o tema emitidas pelo Tribunal.

¹⁹¹ A Resolução nº 113, de 16 de março de 1972 definia os prazos para a remessa dos documentos necessários às auditorias financeiras e orçamentárias. Posteriormente, estes passaram a ser restabelecidos pelo art. 2º da Resolução nº 206, de 27 de novembro de 1980.

¹⁹² Art. 22, Decreto Lei nº 199, de 25 de fevereiro de 1967.

¹⁹³ Art. 3º, Resolução nº 176, de 22 de junho de 1976 e, anteriormente, previsto no art. 9º da Resolução nº 60, 02 de maio de 1968 e no art. 2º da Resolução nº 48, de 01º de setembro de 1967.

¹⁹⁴ Art. 95, Regimento Interno do Tribunal de Contas da União de 1977.¹⁹⁵ O art. 42, do Decreto Lei nº 199/1967, exigia os seguintes documentos: a) o relatório anual e os balanços da entidade; b) o parecer dos órgãos internos que devam dar seu pronunciamento sobre as contas; c) o certificado de auditoria externa à entidade sobre a exatidão do balanço.

oportunidade de defesa, nem de contradita em relação aos posicionamentos sustentados pelos órgãos técnicos da Corte. O único momento de oitiva dos gestores, ao que indicam os regulamentos procedimentais da Corte, era a fase recursal.

O julgamento de contas sofreria alterações de menor vulto. Os órgãos administrativos deveriam encaminhar suas contas anualmente para o TCU, nas condições e prazos definidos pelo órgão de controle em seus normativos internos. A Corte, agora, passava a ter o prazo máximo de 06 (seis) meses para julgar cada conta que lhe era submetida. O rito era similar ao de auditoria: iniciava-se com o recebimento dos documentos especificados pelo Tribunal¹⁹⁵, incumbindo à Secretaria Geral do TCU conduzir a instrução através da Diretoria competente.

Uma vez encerrada esta instrução, os autos seriam remetidos ao Ministério Público, que acostaria seu parecer, remetendo os autos ao Ministro competente¹⁹⁶. O processo seria relatado pelos auditores e iriam à votação junto aos demais Ministros. Em caso de irregularidade, a Corte poderia constituir o gestor responsável em débito, fixando o valor a ser restituído.

Em casos mais graves, para além da sanção, a Corte poderia notificar o Congresso Nacional¹⁹⁷ acerca das irregularidades ou, para aqueles que procurassem se furtar da jurisdição do Tribunal, decretar a prisão do responsável¹⁹⁸. Não havia previsão expressa para o exercício do direito de defesa, a não ser em sede recursal. Os parâmetros para o julgamento das contas não constavam da lei orgânica da Corte. O Regimento Interno do Tribunal definia que o controle se daria em relação às leis e regulamentos da administração financeira.

Neste sentido, o que se observa é que, muito embora a auditoria alterasse a forma de condução do procedimento de controle, fato é que este ainda permanecia, primariamente vinculado à análise documental, muito embora se passasse a admitir a realização de inspeções sobre os órgãos controlados.

Além disso, o contraditório e a permeabilidade a razões externas continuava restrito, sendo um processo ainda marcadamente conduzido pela burocracia do controle e

¹⁹⁵ O art. 42, do Decreto Lei nº 199/1967, exigia os seguintes documentos: a) o relatório anual e os balanços da entidade; b) o parecer dos órgãos internos que devam dar seu pronunciamento sobre as contas; c) o certificado de auditoria externa à entidade sobre a exatidão do balanço.

¹⁹⁶ Art. 94 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União de 1977.

¹⁹⁷ Art. 42, §2º, Decreto Lei nº 199, de 25 de fevereiro de 1967.

¹⁹⁸ Art. 40, inc. III, Decreto Lei nº 199, de 25 de fevereiro de 1967.

com a finalidade de viabilizar o acesso desta burocracia às informações necessárias para o desempenho de suas funções.

3.2.5. DECISÕES POSSÍVEIS

As decisões permitidas à Corte ainda seguiam o parâmetro binário de validade ou invalidade, no entanto, as reformas no desenho do Tribunal mitigaram seu poder decisório, sobretudo, no que diz respeito ao viés autoritário de sua determinação.

A reação da Corte à invalidade deixou, neste momento, de ensejar de imediato a capacidade de paralisar a ação administrativa. Isto fica evidente nas decisões facultadas ao processo de auditoria. Nestes, em caso de irregularidade, inicialmente, o Tribunal deveria conceder prazo para o seu saneamento pelo órgão administrativo¹⁹⁹. Apenas na hipótese de inércia do órgão e não correção da irregularidade no prazo cedido, a Corte poderia adotar posturas mais incisivas.

Em se tratando de ato administrativo, esta poderia sustar a sua execução, podendo ter sua decisão desconsiderada por decisão do Presidente da República²⁰⁰. Em se tratando de contrato, porém, o Tribunal deveria se limitar a notificar o Congresso Nacional para que este adotasse a medida cabível. É relevante salientar que, caso o parlamento não apreciasse as razões em até trinta dias, os apontamentos da Corte seriam considerados improcedentes²⁰¹.

No julgamento de contas, a lógica permanecia a mesma. A irregularidade nas contas suscitaria a aplicação de penalidade e, quando cabível, da obrigação de reparação ao Erário. A depender da gravidade da medida identificada, a Corte poderia notificar o Congresso Nacional a respeito de seus achados²⁰².

A lógica, portanto, era similar à do modelo de controle da Primeira República. O remédio às irregularidades, ainda eram reações com pretensões autoritárias. Entretanto, a partir da Carta de 1967, esta pretensão foi reduzida em sua eficácia, mitigando-se a capacidade da Corte de intervir diretamente sobre a gestão pública.

¹⁹⁹ Art. 37, “a”, Decreto Lei nº 199, de 25 de fevereiro de 1967.

²⁰⁰ Art. 37, “b” c/c art. 37, §2º, Decreto Lei nº 199, de 25 de fevereiro de 1967.

²⁰¹ Art. 37, “c” c/c art. 37, §1º, Decreto Lei nº 199, de 25 de fevereiro de 1967.

²⁰² Art. 40, Decreto Lei nº 199, de 25 de fevereiro de 1967.

3.3.O PERFIL DO CONTROLE NA ANTESSALA DA CONSTITUINTE DE 1988

De maneira geral, portanto, o Tribunal de Contas transitava de um modelo de controle de legalidade orçamentária, em que seu rito processual, parâmetros de controle e hipóteses de julgamento eram definidos de forma objetiva e esquematizada, para um modelo em que o seu controle passa a lidar com variáveis um pouco mais amplas, relacionadas, na perspectiva da tomada de contas, sim, à legalidade orçamentária, porém, na perspectiva da auditoria financeira, à fiscalização do planejamento estatal acostado no orçamento programa do período.

Os parâmetros de controle tornam-se menos esquemáticos, abrindo-se um espaço, mesmo que ainda vinculado ao orçamento, para considerações mais próximas à ideia de gestão pública, sobretudo na avaliação da aderência das despesas administrativas aos programas plurianuais e ao orçamento programa definidos pela administração central ao período. É certo, contudo, que a transição não era radical. O planejamento orçamentário ainda se encontrava positivado em uma norma, com metas e programas concretos, podendo ser considerado uma variante da ideia de legalidade orçamentária.

A redução do grau de objetividade procedimental e decisória acrescentava maior complexidade aos parâmetros manejados pela Corte, notadamente no que diz respeito às auditorias financeiras. O procedimento aliado ao manejo desta competência, por sua vez, simplificava-se, reduzindo a oportunidade para o contraditório e ampliando o hermetismo decisório do Tribunal. A permeabilidade da Corte a razões externas às apontadas por sua burocracia seguia baixa.

A gramática do julgamento, a despeito disso, ainda seguia em uma perspectiva jurídica, atrelada ao método de subsunção. O planejamento a que se controlava, por mais que se mostrasse mais complexo, ainda se consolidava em uma regra jurídica. O racional subjacente à análise dos resultados da auditoria eram, portanto, permeados pelo método da subsunção, tipicamente jurídico. No caso do julgamento de contas, não há dúvida de que este padrão se mantinha – até de forma mais expressa. Controlavam-se as contas a partir das leis e regulamentos a respeito da administração financeira.

O *outcome* deste processo decisório ainda se mantinha binário. Nas auditorias, porém, o racional de validade/invalidade passava a ser antecedido da concessão de um

período de cura das irregularidades constatadas. Oportuniza-se a possibilidade da correção do que a Corte reputara ilícito. Caso contrário, tinha-se a manifestação coercitiva da Corte: sustava-se o ato ou se solicitava ao Congresso a sustação do contrato. No caso do julgamento de contas, esta oportunidade de cura inexistia. Do juízo binário de validade ou invalidade, resultava ou bem a sanção ou bem a aprovação das contas.

Considerando estas variáveis, com as reformas de 1967, conclui-se que, muito embora os parâmetros decisórios do Tribunal se tornassem mais complexos, sua estrutura processual se simplificava e mantinha-se hermética, voltada a uma argumentação estritamente jurídica e formatada para um método de subsunção.

Este movimento se radicaliza com a Constituição Federal de 1988. A complexidade do controle a ser manejado pela Corte cresce exponencialmente. No item a seguir apresentamos as razões para este fenômeno e analisamos o desenho institucional decorrente do movimento político de abertura democrática do país.

4. O CONTROLE EXTERNO EM UM AMBIENTE JURÍDICO COMPLEXO: O LEGADO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Assembleia Nacional Constituinte de 1988 foi um processo de reforma jurídica sem precedentes em nossa história. Oriunda da ruína do regime militar, que fracassara em promover a modernização nacional e o desenvolvimento econômico a partir de uma administração pública centralizadora, autoritária e regida por uma burocracia de notáveis, a constituinte despontava como a saída política necessária para reinstaurar um regime democrático no país.

A reforma constitucional surgia no período como a fórmula para desentrinchar as instituições e uma forma de organização política autoritária, erigida durante os 24 anos do regime militar, e instituir, de forma estável e duradoura, um arcabouço institucional democrático, comprometido com a garantia das liberdades públicas dos cidadãos.

A constituinte, assim, era a epifania do espírito político que sucedia à queda do regime militar. Após a pantomima democrática dos tempos militares, na constituinte, o país experimentaria, num só trago, doses transbordantes de participação e mobilização social. Vislumbrava-se na formalidade do texto da futura Constituição não só a possibilidade de

ruptura com a ditadura passada, mas a oportunidade de se consagrar um projeto, que orientaria o Estado nacional²⁰³.

Esta também era entendida como um meio de garantir a estabilidade dos interesses e arranjos institucionais que os múltiplos grupos que participaram do processo de elaboração da Carta política²⁰⁴. O ambiente constituinte, assim, foi uma avalanche, em que idealismo e o jogo de corporações se entrelaçavam em um complexo arranjo de comissões parlamentares, voltado à maior abertura possível à recepção de contribuições dos mais diversos grupos sociais do país²⁰⁵.

Deste contexto, exsurgiu um texto constitucional repleto de garantias individuais e às mais diversas corporações. Além disso, o ímpeto programático fez constar na Carta política uma série de políticas públicas²⁰⁶, que norteariam a ação do Estado em prol do ideal projetado pelos constituintes²⁰⁷. De outro bordo, a desconfiança em relação ao Poder Executivo também inspirou os constituintes a ampliar os controles sobre a administração pública²⁰⁸, seja mediante o reforço das instituições dedicadas a esta função, seja mediante a juridificação de parâmetros de gestão, que poderiam ser utilizados para verter a ação administrativa ao “caminho” projetado pela Constituição.

Garantias (individuais e corporativistas), juridificação de políticas públicas e de parâmetros de gestão e controle, são três chaves que podem qualificar, em linhas gerais, a fórmula encetada no texto da Constituição Federal de 1988. Sob o ponto de vista da gestão pública, certamente, a confluência destes fatores levou a uma complexificação do ambiente jurídico em que esta se desenvolve. As decisões administrativas passaram a usufruir de menores doses de discricionariedade, além de passarem a poder ser controladas por múltiplos

²⁰³ ROSILHO, André. *A Constituição de 1988 e suas Políticas em Quatro Atos*. in ROSILHO, André; SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Direito da Regulação e Políticas Públicas**. Malheiros, SBDP, 2014, pp. 18 a 19.

²⁰⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. *Que Constituição?* In **Direito Administrativo para Céticos**. 1ª Edição. Malheiros, SBDP, São Paulo, 2012, p. 56.

²⁰⁵ ROSILHO, André. *A Constituição de 1988 e suas Políticas em Quatro Atos*. in ROSILHO, André; SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Direito da Regulação e Políticas Públicas**. Malheiros, SBDP, 2014, p. 23.

²⁰⁶ ABRUCIO, Fernando Luiz; LOUREIRO, Maria Rita. *Burocracia e Ordem Democrática: Desafios Contemporâneos e Experiência Brasileira*. In OLIVEIRA, Vanessa Elias de; LOTTA, Gabriela, PIRES; Roberto (org.). **Burocracia e Políticas Públicas no Brasil: interseções analíticas**. Brasília, IPEA, ENAP, 2018, p. 45.

²⁰⁷ ROSILHO, André. *A Constituição de 1988 e suas Políticas em Quatro Atos*. in ROSILHO, André; SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Direito da Regulação e Políticas Públicas**. Malheiros, SBDP, 2014, p. 33.

²⁰⁸ FILGUEIRAS, Fernando. *Burocracias do Controle, Controle da Burocracia e Accountability no Brasil*. in OLIVEIRA, Vanessa Elias de; LOTTA, Gabriela, PIRES; Roberto (org.). **Burocracia e Políticas Públicas no Brasil: interseções analíticas**. Brasília, IPEA, ENAP, 2018, p. 365.

órgãos e a partir de parâmetros normativos que, muito embora de conteúdo indefinido, endereçam deveres para o gestor.

O exercício do poder, contudo, se complexificou também por passar a ser dependente da observância de exigências que outrora não gozavam do mesmo destaque. Na nova Constituição, o respeito aos direitos garantidos aos diversos grupos e corporações passa a ser um fator limitante para a ação administrativa, assegurando-se a estes o direito de contestarem as decisões do Poder Público e de serem ouvidos por este durante a execução de suas atividades fim. O poder, portanto, passa a se legitimar de uma maneira distinta do que até então se verificava.

Dentro deste contexto, a burocracia do controle externo soube se fazer presente durante a Assembleia Nacional Constituinte e “surfear” no momento favorável ao controle externo da administração pública²⁰⁹.

4.1.A BUROCRACIA DE CONTAS NA VANGUARDA DO CONTROLE EXTERNO

Durante a Assembleia Nacional Constituinte, como não poderia deixar de ser, o desenho institucional do controle externo foi debatido em suas diversas perspectivas. Talvez não sem a mesma dimensão que os temas de maior apelo social, porém, ainda sim, debatido nas subcomissões temáticas, em especial, na subcomissão de orçamento e de fiscalização financeira.

As discussões abordaram múltiplos temas atinentes ao desenho institucional da Corte e a burocracia envolvida diretamente com os tribunais de contas assumiram papel de destaque nestes debates. A começar pelos próprios ministros do Tribunal de Contas da União, que apresentaram à Assembleia Nacional Constituinte um anteprojeto do que consideravam ser um modelo ideal de controle externo da administração pública²¹⁰. A organização deste conjunto de técnicos do controle não fora ocasional ou fruto da iniciativa pessoal dos Ministros da Corte federal.

A burocracia do controle, historicamente, já se mostrara atenta para os momentos de fratura constitucional, compreendendo-os como um momento de disputa pela formatação

²⁰⁹ ROSILHO, André. **Tribunal de Contas da União: competências, jurisdição e instrumentos de controle**. São Paulo, Quartier Latin, 2019, p. 85.

²¹⁰ Idem, p. 55.

institucional do controle externo. Em 1891, quando a pauta do controle orçamentário ainda se confundia com a burocracia financeira federal, os projetos de criação da Corte partiram de suas mãos.

Em 1934, o Ministro da Corte, Agenor de Roure, era parte da Comissão do Itamaraty, responsável pela elaboração do anteprojeto de constituição²¹¹. Em 1937 e em 1967, períodos autocráticos e de hermetismo na elaboração do projeto constitucional, a Corte não teve maior influência, porém, afrontava as modificações em seu regime por outros meios.

Em 1988 não seria diferente. As cortes de contas de todo o país se articularam para definir a pauta do controle externo a ser levada ao conhecimento da Assembleia Nacional Constituinte. Em 1985, do XIII Encontro dos Tribunais de Contas do Brasil, resultou a constituição de uma comissão para elaborar propostas a serem apresentadas no debate de formulação constitucional²¹².

Em setembro de 1987, o XIV Encontro dos Tribunais de Contas do Brasil, realizado em Porto Alegre, resultou na elaboração de uma carta, em que os integrantes das cortes de contas de todo o país, enunciavam os preceitos acerca do controle externo que gostariam de ver refletidos na Constituição. A Carta viria a ser lida na Subcomissão de Orçamento e Fiscalização Financeira, pelo Deputado Victor Facioni, evidenciando o alcance que a burocracia de controle assumira durante o processo constituinte²¹³.

O controle externo, portanto, organizava-se em dimensão nacional para tomar parte na Assembleia. Não por outro motivo, conforme relata André Rosilho, em interessante trabalho de análise dos anais do processo constituinte, o Ministro do Tribunal de Contas da União, Fernando Gonçalves sustentava que o anteprojeto apresentado à Subcomissão de

²¹¹ FRANÇA, Antonio Marcos Barreto. **Do Controle de Legalidade às Auditorias Operacionais: os tribunais de contas e o controle financeiro da administração pública brasileira**. Dissertação apresentada ao curso de Mestrado Profissional em Gestão e Políticas Públicas da Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – FGV, para a obtenção do título de Mestre. Orientador: Prof. Marco Antonio Carvalho Teixeira, 2012, p. 40.

²¹² MIRANDA, Álvaro Guilherme. **Mudança Institucional do Tribunal de Contas: Os Oito Modelos Debatidos na Constituinte de 1988 para o Sistema de Fiscalização do Brasil**. Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento (PPED), Instituto de Economia, da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Orientador: Charles Pessanha. Co-Orientadora: Maria Antonieta Leopoldi. Rio de Janeiro, 2009, p. 51.

²¹³ Idem, p. 56.

Orçamento e Fiscalização Financeira era fruto de debate com todos os tribunais de contas do Brasil²¹⁴.

A narrativa dos tribunais de contas, em suas contribuições ao Congresso Constituinte, procuraram preservar, de um lado, as características do controle externo já consagradas na Constituição Federal de 1967, isto é, suas atribuições para o julgamento de contas e auditoria financeira da administração pública, porém, acrescentando a este rol de atribuições a competência para realizar auditorias operacionais em relação à administração pública (art. 71, inc. III, do anteprojeto apresentado).

As demandas da Corte atendiam, assim, a um movimento mais amplo, de modernização das práticas de auditoria nas instituições de controle externo da administração pública ao redor de todo o mundo. Ao menos desde a década de 1970, as instituições superiores de fiscalização têm discutido a relevância deste instrumento para o controle da administração pública²¹⁵.

O debate acerca desta modalidade de controle vem a reboque das reformas administrativas, que eram realizadas, em especial, na Europa, ao longo daquele período, como um movimento que pretendia verter a ação pública a um paradigma de administração de resultados²¹⁶. Estas reformas pretendiam reduzir o tamanho do aparato estatal, tornar a ação pública mais eficiente e viabilizar o alcance de metas e resultados de forma mais efetiva.

O controle externo, dentro deste novo paradigma de atuação, adaptou-se. Aferir a adequação da gestão pública já não se limitava a aferir a sua aderência à legalidade, mas também demandava a aferição de sua capacidade em atender as finalidades públicas com eficiência, economicidade e efetividade²¹⁷. É neste contexto que a auditoria operacional se consolida como um instrumento de fiscalização à disposição das instituições superiores de fiscalização.

²¹⁴ ROSILHO, André. **Tribunal de Contas da União: competências, jurisdição e instrumentos de controle**. São Paulo, Quartier Latin, 2019, pp. 56 a 57.

²¹⁵ FRANÇA, Antonio Marcos Barreto. **Do Controle de Legalidade às Auditorias Operacionais: os tribunais de contas e o controle financeiro da administração pública brasileira**. Dissertação apresentada ao curso de Mestrado Profissional em Gestão e Políticas Públicas da Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – FGV, para a obtenção do título de Mestre. Orientador: Prof. Marco Antonio Carvalho Teixeira, 2012, pp. 34 a 36.

²¹⁶ POLLIT, Christopher; GIRRE, Xavier; LONSDALE, Jeremy; MUL, Robert; SUMMA, Hikka; WAERNESS, Marit. **Desempenho ou Legalidade? Auditoria Operacional e de Gestão Pública em Cinco Países**. Tradução: Pedro Buck. Belo Horizonte, Fórum, 2008, p. 26.

²¹⁷ BOVENS, Mark. *Public Accountability*. in FERLIE, Ewan; LYNN JR., Laurance E.; POLLIT, Cristopher (org.). **The Oxford Handbook of Public Management**, Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 188.

Esta modalidade de auditoria não se confunde com a auditoria financeira – até então manejada pelo Tribunal de Contas da União. Nesta, como vimos, ainda prevalecia a lógica de controle orçamentário, com caráter jurídico, voltado a adesão dos livros contábeis e de registro de despesas aos programas consignados no orçamento do ente público. A auditoria operacional possui objeto mais amplo. Declaradamente, tem a finalidade de proceder à análise de programas e políticas governamentais, com a finalidade de analisá-las em uma perspectiva mais ampla, voltada a aferir se estas têm sido executadas de maneira eficiente.

A realização deste tipo de auditoria começa a se disseminar globalmente a partir da década de 1970, sobretudo a partir do compartilhamento, entre as instituições de fiscalização, de experiências em torno da utilização deste instrumento. A *International Organization of Supreme Audit Institutions* - INTOSAI, organização internacional que reúne representantes dos órgãos de controle externo mundo afora, estabeleceu em 1977, em sua Declaração de Lima, uma série de preceitos de consenso que deveriam orientar as atividades das instituições superiores de controle no exercício de auditorias a partir daquele período.

No documento, há expressa referência à adoção de mecanismos de auditoria operacional da administração pública, isto é, voltada à aferição da efetividade das políticas públicas executadas pelo Poder Público. A definição do que seria auditoria, para a instituição, é lapidar neste sentido:

*“O conceito e estabelecimento da auditoria são inerentes à administração financeira pública, já que a gestão de recursos públicos envolve um voto de confiança. A auditoria não é um fim em si, e sim um elemento indispensável de um sistema regulatório cujo objetivo é revelar desvios das normas e violações dos princípios da legalidade, eficiência, efetividade e economicidade na gestão financeira com a tempestividade necessária para que medidas corretivas possam ter tomadas em casos individuais, para fazer com que os responsáveis por esses desvios assumam essa responsabilidade, para obter o devido ressarcimento ou para tomar medidas para prevenir- ou pelo menos dificultar—a ocorrência dessas violações.”*²¹⁸

O Tribunal de Contas da União, assim, inspirava-se em um movimento global, de introdução de mecanismos de auditoria operacional no controle da administração pública, para delimitar a pauta dos debates a serem travados na Assembleia Nacional Constituinte

²¹⁸ INTOSAI. **Declaração de Lima**. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/declaracao-de-lima.htm>, p. 4.

acerca de seu desenho institucional. Note-se que esta pauta já era relevante do ponto de vista interno para o Tribunal. Ao menos desde 1985, a Corte já se organizava para treinar seus recursos humanos na realização deste tipo de fiscalização, conforme notícia Gloria Maria Merola da Costa Bastos:

“Antes mesmo de ter suas competências ampliadas pela Constituição de 1988 que, entre outras iniciativas, prescreveu a realização de auditorias operacionais, o TCU já se preparava para a ambiciosa missão de conferir maior transparência aos atos praticados pelos gestores públicos e de avaliar o resultado produzido por suas ações. Em 1985, promoveu treinamento ministrado por dois renomados especialistas do US General Accounting Office – GAO, entidade de fiscalização superior (EFS) dos Estados Unidos, com reconhecida liderança nessa modalidade de auditoria.

Outra estratégia de capacitação que vem sendo adotada pelo TCU consiste em enviar seus analistas para cursos de treinamento patrocinados por outras EFS. Ainda na década de 80, dois servidores participaram de treinamento em auditoria operacional promovido pela Auditoria Geral do Canadá (...).”²¹⁹

É certo, portanto, que a burocracia do controle assumira papel relevante na Assembleia Nacional Constituinte e levara, ao debate dos congressistas, uma pauta de preservação das competências estabelecidas em 1967, consignada com o intento de modernização das técnicas de auditoria à disposição do Tribunal, mediante a introdução das recentes técnicas de auditoria operacional. Sua burocracia já se preparava para o desempenho deste tipo de atividade e o anteprojeto apresentado, conforme assinala André Rosilho, guardava coerência conceitual com a Declaração de Lima da INTOSAI²²⁰, o que evidencia que a Corte almejava equiparar o passo com o que, internacionalmente, praticava-se em termos de controle da administração pública.

Em contrapartida à pauta modernizadora do Tribunal, a burocracia do executivo teria pouco espaço na Assembleia Nacional Constituinte. A administração pública era percebida com desconfiança no ambiente constituinte, o que certamente enfraqueceu as pautas associadas aos interesses de seus quadros funcionais. Exemplo deste enfraquecimento está no intento do, à época, Consultor Geral da República, Saulo Ramos, em apresentar aos

²¹⁹ BASTOS, Gloria Maria Merola da Costa. *A Experiência do Tribunal de Contas da União em Auditoria Operacional e Avaliação de Programas Governamentais*. In **Revista do Tribunal de Contas da União**, vol. 33, nº 92, abr/jun. 2002, pp. 28 a 29.

²²⁰ ROSILHO, André. **Tribunal de Contas da União: competências, jurisdição e instrumentos de controle**. São Paulo, Quartier Latin, 2019, p. 57.

constituintes um projeto de constituição mais afeito aos interesses do Executivo, versando inclusive sobre as atribuições do Tribunal de Contas. O projeto terminou sendo rechaçado e resultou na publicação de críticas dos constituintes à forma de atuação do Consultor Geral²²¹.

A formatação final das competências da Corte de Contas, neste sentido, seria muito próxima ao do anteprojeto apresentado pelo TCU. Deste panorama, portanto, explicita-se que no processo constituinte do qual resultaria a Constituição Federal de 1988, a primazia na definição do desenho institucional do Tribunal ficou ao lado da burocracia do controle externo, que se organizara para introduzir uma pauta modernizante de suas competências, que agregava a auditoria operacional como um dos instrumentos de fiscalização da administração pública. Aprofundamos nossas considerações acerca deste desenho institucional no item subsequente.

4.2.O DESENHO INSTITUCIONAL DO TCU NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL 1988

O ímpeto modernizador na formatação do Tribunal de Contas resultou em uma reformulação no desenho institucional da Corte e, especialmente, na forma de sua atuação. Se até então o cerne de suas atividades confundia-se com um controle contábil e financeiro, cujo parâmetro de controle era a legalidade orçamentária, com a Constituição de 1988, o objeto de sua atuação é consideravelmente ampliado.

O art. 70 da Carta política sintetiza estas mudanças, de um lado, criando novos parâmetros de controle para o Tribunal de Contas, enquanto de outro, conferindo-lhe instrumentos de fiscalização inéditos. De acordo com o dispositivo constitucional, a administração pública passaria a ser controlada quanto a legalidade, legitimidade e economicidade de sua atuação, em uma perspectiva contábil, financeira, operacional e patrimonial²²².

²²¹ MIRANDA, Álvaro Guilherme. **Mudança Institucional do Tribunal de Contas: Os Oito Modelos Debatidos na Constituinte de 1988 para o Sistema de Fiscalização do Brasil**. Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento (PPED), Instituto de Economia, da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Orientador: Charles Pessanha. Co-Orientadora: Maria Antonieta Leopoldi. Rio de Janeiro, 2009, p. 61.

²²² Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Quando cotejados com o tipo de controle desempenhado pela Corte no regime constitucional posterior às reformas de 1967, a mudança se torna mais evidente. No regime constitucional anterior, a fiscalização da Corte era restrita aos aspectos financeiros e orçamentários, incumbindo à Corte fazê-lo mediante o julgamento de contas e a realização de auditorias financeiras e orçamentárias²²³.

Notável, portanto, a ampliação do espectro do controle exercido pela Corte. A dimensão contábil, financeira e patrimonial, foram mantidas como atribuições do TCU. Entretanto, acrescentou-se o controle operacional e dois novos parâmetros de controle: a aferição da legitimidade e da economicidade²²⁴.

Esta expansão refletia o caráter programático do texto constitucional e dos novos meios de legitimação da autoridade estatal. Conforme destacado acima, a partir da Constituição de 1988, a ação administrativa obrigada a respeitar garantias destinadas aos diversos grupos sociais e, ainda, atender as pautas programáticas prescritas pela Constituição. Diante deste contexto, ganha relevo para o controle a aferição do atendimento satisfatório das metas estabelecidas pela Constituição e isto não só do ponto de vista jurídico, mas também do ponto de vista operacional, isto é, da forma pela qual a gestão pública atende a estas demandas.

Fiscalizar a administração sob o ponto de vista operacional, portanto, significa transcender julgamento de contas ou a análise de aderência dos atos da administração à legislação de finanças públicas. Implica apreciar a administração pública na performance de sua atividade fim, isto é, na execução de seus programas e políticas públicas. E este controle não é adstrito, também, à legalidade orçamentária. O comando constitucional amplia o leque, consignando o controle quanto a legitimidade e quanto à economicidade.

O controle externo, assim, sofreu verdadeira revolução na Constituição Federal de 1988. A partir de então, este passou a cindir-se em um controle de legalidade orçamentária e em um controle operacional de políticas públicas. O Tribunal de Contas passou a abrigar

²²³ Art. 71 - A fiscalização financeira e orçamentária da União será exercida pelo Congresso Nacional através de controle externo, e dos sistemas de controle interno do Poder Executivo, instituídos por lei. § 1º O controle externo do Congresso Nacional será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas e compreenderá a apreciação das contas do Presidente da República, o desempenho das funções de auditoria financeira e orçamentária, e o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos.

²²⁴ PESSANHA, Charles. *Controle Externo: a função esquecida do legislativo no Brasil*. in SCHWARTZMAN, Luísa Farah; SCHWARTZMAN, Isabel Farah; SCHWARTZMAN, Felipe Farah; SCHWARTZMAN, Michel Lent (org.). **O Sociólogo e as Políticas Públicas: Ensaio em Homenagem a Simon Schwartzman**. Rio de Janeiro, FGV, 2009, p.250.

em seu interior dois perfis distintos de controle, que em seu conjunto delimitam o seu perfil institucional contemporâneo.

Aprofundamos cada um deles abaixo.

4.2.1. O CONTROLE DE LEGALIDADE ORÇAMENTÁRIA

A vertente do controle de legalidade orçamentária representa o que historicamente o Tribunal de Contas tem desempenhado como controle externo. Nesta vertente de suas atribuições, estão alocadas as fiscalizações tradicionalmente desempenhadas pela Corte, destinadas a apreciar a ação da administração pública sob a perspectiva da legalidade orçamentária.

Este controle permaneceu alocado ao Tribunal a partir do disposto no *caput* do art. 70 da Constituição de 1988, em que expressamente se atribuiu à Corte a competência para desempenhar a fiscalização financeira, orçamentária, patrimonial e contábil da administração pública. Tais conceitos estão diretamente associados às atividades de controle de legalidade orçamentária desempenhadas pelo TCU, na forma em que estabelecidas pelas constituições que antecederam a nossa atual carta política.

Neste prisma, o modelo de controle consagrado pelas reformas constitucionais de 1967 era expresso ao fazer referência ao controle financeiro e orçamentário, ao lado do julgamento de contas, como uma das modalidades de aferição da regularidade das ações administrativas. Tratava-se, justamente, do controle exercido por meio das auditorias e inspeções orçamentárias e financeiras.

Aliás, a própria Resolução nº 206, de 27 de novembro de 1980, responsável por disciplinar o exercício das auditorias financeiras e orçamentárias pelo Tribunal de Contas evidenciavam este caráter do controle desempenhado pela Corte. O art. 4º da norma, ao disciplinar as inspeções, não deixava dúvida a respeito de sua finalidade, ao elencar os seguintes pontos como o objetivo das inspeções realizadas no âmbito de auditorias financeiras e orçamentárias:

Art. 4º As inspeções ordinárias serão realizadas pelas Inspetorias de Controle Externo, segundo planos aprovados pelo Presidente do Tribunal e com observância das instruções e dos manuais próprios.

Parágrafo único. As inspeções de que trata este artigo abrangerão as atividades do exercício em curso e terão por objetivo verificar:

a) a legalidade dos atos de que resultem receita e quaisquer aplicações de recursos, bem como a fidelidade na guarda de dinheiros, valores e bens públicos;

b) a exatidão dos registros contábeis; e

c) a compatibilidade da execução físico-financeira dos programas de trabalho com os respectivos instrumentos de planejamento.

A se considerar a disposição da norma, logo se vê que o caráter do controle orçamentário e financeiro do Tribunal era até mesmo mais amplo do que delineado pelas reformas constitucionais de 1967. As auditorias envolviam, para além dos aspectos financeiros e orçamentários, também aspectos patrimoniais e contábeis, afinal, nestes procedimentos verificava-se também a fidelidade na guarda de dinheiros, valores e bens públicos, bem como a exatidão dos registros contábeis mantidos pelo órgão administrativo.

A dimensão contábil, financeira, orçamentária e patrimonial também se fazia presentes no controle externo delineado pelas Constituições de 1946, 1937, 1934 e 1891, muito embora em uma estrutura normativa diversa. É que nestas constituições ainda vigorava o regime de registro prévio das despesas, como um dos principais mecanismos de controle desempenhados pela Tribunal, ao lado do julgamento de contas.

Conforme já demonstramos no item anterior, o registro prévio, em seus diversos momentos históricos, tinha a finalidade de apreciar a regularidade das despesas quanto à legislação orçamentária e aferir a adequação do registro contábil destas despesas. O julgamento de contas, por sua vez, para além desta perspectiva, avaliava o manejo dos valores, dinheiros e bens públicos pelo administrador, responsabilizando-o por eventuais equívocos que ensejassem danos para a administração.

Ora, neste prisma, o histórico institucional das competências do Tribunal de Contas da União confere um sentido específico para o controle financeiro, orçamentário, patrimonial e contábil da ação administrativa e para o parâmetro de controle aplicável nestas variáveis. Estas modalidades de fiscalização configuram formas de fiscalização da legalidade orçamentária da ação administrativa, aqui entendida como a aderência da forma de agir da administração com a legislação de finanças públicas, responsável por disciplinar as despesas e receitas da administração.

Do ponto de vista normativo, esta delimitação histórica do conteúdo jurídico das competências da Corte encontra respaldo no art. 71 da Constituição Federal, que ao tratar dos poderes de fiscalização especificamente atrelados à Corte, optou por limitar os juízos revestidos de autoridade à fiscalização orçamentária²²⁵. Esta modalidade de comando é ínsita ao juízo de subsunção normativa, afeito ao controle de legalidade pura e simples, afinal, é o que decorre da inadequação da conduta ao parâmetro normativo consagrado pela Lei. Este tipo de controle assume características próprias, distintas do controle operacional de políticas públicas, conforme demonstraremos mais abaixo.

Destarte, nos parece evidente que o controle de legalidade é a modalidade associada à fiscalização orçamentária, patrimonial, contábil e financeira da administração pública. Estressamos estas características próprias ao controle de legalidade orçamentária, na forma em que delineado pela Constituição de 1988, nos itens abaixo.

4.2.1.1. O OBJETO DE CONTROLE: ATOS, CONTRATOS E CONTAS

A primeira característica do controle de legalidade orçamentária diz respeito ao fato de que este recai sobre dois objetos específicos: os atos e contratos²²⁶ da administração pública. Os conceitos estão aplicados em uma perspectiva ampla, abrangendo uma série de manifestações da administração pública submetidas ao controle da Corte de Contas, que de alguma maneira, podem ser reduzidos a estas duas categorias.

O art. 71 da Constituição Federal nos oferece o rol destas ações administrativas pública que serão supervenientemente submetidas ao controle. A primeira delas são as chamadas contas da administração pública, previstas no inciso I e II do art. 71²²⁷ da Constituição. A expressão designa uma série de atos de aferição de receitas e realização de

²²⁵ É o que se denota do art. 71, inc. II, III, V, VI, e especialmente o inciso VIII, da Constituição Federal de 1988.

²²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26ª edição. São Paulo, Atlas, 2013, p. 814.

²²⁷ *Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento; II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;*

despesas que, em seu conjunto, traduzem a gestão do administrador em termos orçamentários.

Muito embora assim possam ser consideradas, a análise da Corte neste tipo de processo não as aprecia sob o viés gerencial, pelo contrário, os atos são analisados em uma perspectiva estrita, voltada à análise dos atos de despesa e de aferição de receitas com vistas a verificar a sua aderência às normas jurídicas de finanças públicas.

Incluem-se no objeto desta modalidade controle, também, a análise, para fins de registro prévio, dos atos de gestão de recursos humanos da administração pública. Prevista no inciso III do art. 71²²⁸, a norma confere ao TCU a competência para desempenhar o registro dos atos de admissão de pessoal, bem como os de concessão de aposentadorias, reformas e pensões. A análise do ato para fins de registro ancora-se, mais uma vez, na ideia de legalidade²²⁹. O intuito é verificar sua adequação não só às regras de finanças públicas, mas também a todo o arcabouço jurídico aplicável ao tema²³⁰.

Quanto ao controle de atos e contratos, a competência da Corte é disciplinada no art. 71, porém, de forma difusa. O controle de atos é especificamente delineado no inciso VIII, IX e X²³¹ do artigo, nos quais se indica a competência do TCU para responsabilizar os administradores cujas despesas ou contas contenham irregularidades (inc. VIII), reconhecendo-lhe poderes para determinar prazo para a correção das irregularidades constatadas e, ainda, para sustar o ato em caso de permanência da irregularidade, com a respectiva notificação da Câmara dos Deputados. Os contratos, por outro lado, são

²²⁸ Art. 71 (...) III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

²²⁹ O Regimento Interno do Tribunal de Contas da União não deixa dúvidas ao disciplinar os atos sujeitos a registro. Conforme se depreende de seu art. 260, §1º: *Art. 260. Para o exercício da competência atribuída ao Tribunal, nos termos do inciso III do art. 71 da Constituição Federal, a autoridade administrativa responsável por ato de admissão de pessoal ou de concessão de aposentadoria, reforma ou pensão, a que se refere o artigo anterior, submeterá os dados e informações necessários ao respectivo órgão de controle interno, que deverá emitir parecer sobre a legalidade dos referidos atos e torná-los disponíveis à apreciação do Tribunal, na forma estabelecida em ato normativo. § 1º O Tribunal determinará o registro dos atos que considerar legais e recusará o registro dos atos considerados ilegais.*

²³⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª Edição. São Paulo, Malheiros, 2006, p. 368.

²³¹ Art. 71, (...) VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário; IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade; X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

especificamente tratados pelo §1º, do art. 71²³², em que o constituinte restringe a competência da Corte em seu controle, limitando-a à notificação do Congresso Nacional, que deverá decidir pela sustação ou não do contrato.

Por fim, no rol de atribuições listadas pelo art. 71, ainda resta a competência para a fiscalização a aplicação, pelos demais entes federados, dos recursos repassados pela União, previsto em seu inciso VI. Neste caso, a fiscalização procura assegurar a legalidade da aplicação dos recursos pelos entes federados beneficiados com o repasse de recursos federais, buscando aferir se este se dá nas finalidades que justificaram a transferência e nos termos em que exigidos pelo instrumento jurídico que disciplinou a relação entre os entes federados – seja ele um convênio ou qualquer outro.

Em todas estas modalidades de controle, o que se verifica, é a atuação do Tribunal em torno de uma finalidade: a de apreciar atos, contratos e contas, isoladamente considerados, com o objetivo de verificar a sua aderência às disposições do ordenamento jurídico que as disciplinam. Ao fim e ao cabo, o que se pretende com esta modalidade de controle é assegurar a regularidade jurídico-formal da atuação administrativa.

Os crivos para esta análise, conforme aprofundamos mais abaixo, são aqueles delimitados pelo art. 70 e historicamente associados à atividade de controle de legalidade orçamentária da Corte. Isto é, a regularidade jurídico-formal da ação administrativa poderá ser apreciada sob o ponto de vista contábil, orçamentário, financeiro ou patrimonial. Sempre numa perspectiva em que o cerne do controle é o ato ou o contrato em si, num exercício de cotejo entre suas disposições e as definidas na legislação de finanças públicas. Em linhas gerais, nisto consiste o objeto do controle de legalidade orçamentária.

4.2.1.2. PARÂMETRO DE CONTROLE: A LEGALIDADE ORÇAMENTÁRIA

A forma pela qual o art. 70 é redigido pode suscitar algum questionamento quanto aos limites do controle de legalidade orçamentária ora sugerido. Este, como é sabido, determina que a administração pública será controlada a partir da fiscalização “*contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial*”, quanto “*a legalidade, a legitimidade e a economicidade*” de sua atuação. Os parâmetros de controle, portanto, estariam

²³² Art. 71, (...)§ 1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

delimitados na segunda parte da oração, sendo referentes à legalidade, economicidade e legitimidade.

Alguns autores sustentam – de maneira expressa ou como uma premissa implícita²³³ – que o controle do Tribunal de Contas, em sua atual conformação, abrange de forma indistinta o controle de legalidade, legitimidade e economicidade em todas as dimensões de fiscalização atribuídas ao controle externo, isto é, às fiscalizações financeiras, orçamentárias, patrimoniais, contábeis e operacionais. Neste argumento, as competências da Corte seriam fruto de uma análise combinatória entre os dois segmentos do art. 70 da Constituição Federal.

Esta, inclusive, tem sido a posição do Tribunal de Contas da União na disciplina interna de suas competências²³⁴. Isto fica claro, sobretudo, ao se analisar a disciplina acometida no Regimento Interno do Tribunal de Contas da União aos instrumentos de fiscalização da Corte. Neste sentido, o julgamento de contas, ainda que claramente atrelado à fiscalização de legalidade orçamentária, admite a realização de fiscalização operacional pelo Tribunal de Contas²³⁵. A auditoria, neste sentido, é instrumento que poderá ser utilizado para a aferição de legalidade²³⁶, quanto para a aferição de desempenho²³⁷. O mesmo se pode dizer do tratamento conferido ao acompanhamento e²³⁸ também ao levantamento²³⁹, conforme aprofundamentos mais a frente.

Parece-me, contudo, que o histórico institucional da Corte não autoriza esta interpretação. As atividades de fiscalização contábil, patrimonial, orçamentária e financeira do Tribunal dizem respeito ao controle estritamente de legalidade, voltado à aferição da

²³³ Exemplo do primeiro caso pode ser encontrado em: FURTADO, Lucas Rocha. **As Raízes da Corrupção no Brasil: estudo de casos e lições para o futuro**. 1ª edição, 1ª reimpressão. Belo Horizonte, Fórum, 2015, p. 84 e em GUERRA, Evandro Martins. **Os Controles Externo e Interno da Administração Pública**. 2ª Edição. Fórum, Belo Horizonte, 2007, p. 130. Do segundo, em: JORDÃO, Eduardo. *A Intervenção do TCU sobre Editais de Licitação não Publicados – Controlador ou Administrador?* in **Revista Brasileira de Direito Público**, ano 12, n. 47, out./dez. 2014, Belo Horizonte, p. 212.

²³⁴ Note-se, neste sentido, a disciplina do procedimento de Tomada de Contas, claramente vinculado à aferição da regularidade orçamentária das unidades administrativas, mas que a Corte permitiu que, neste processo, se realizasse a análise de violação de normas operacionais da administração pública. O art. 209 do Regimento Interno do Tribunal é exemplificativo deste entendimento: *Art. 209. O Tribunal julgará as contas irregulares quando evidenciada qualquer das seguintes ocorrências I – omissão no dever de prestar contas II – prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo ou antieconômico, ou infração a norma legal o regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial III – dano ao erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico; IV – desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos.*

²³⁵ Art. 209, inc. III, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União.

²³⁶ Art. 239, inc. I, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União.

²³⁷ Art. 239, inc. II, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União.

²³⁸ Art. 241, inc. I e II, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União.

²³⁹ Art. 238, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União.

aderência da ação administrativa aos normativos atinentes às finanças públicas²⁴⁰. Na era do registro prévio, vigente até 1967, este controle era desempenhado prioritariamente através do registro das despesas pelo Tribunal, muito embora também se fizesse presente por ocasião do julgamento das contas dos administradores.

Em ambos os julgamentos, o que se avaliava era a pertinência do ato ou contrato da administração pública às regras que disciplinavam o seu registro contábil, a sua pertinência à legislação orçamentária – tanto no que diz respeito ao saldo das rubricas, quanto no que diz respeito à observância dos procedimentos para a realização do dispêndio ou da arrecadação das receitas. O manejo dos recursos, bens e dinheiros públicos era apreciado por ocasião dos julgamentos de contas dos responsáveis, verificando-se nestes casos a existência de danos ao Erário em razão dos atos de gestão do administrador. Nisto se encerravam as dimensões contábil, financeira, orçamentária e patrimonial do controle externo.

A Constituição Federal de 1967, ao superar o sistema de registro prévio, contudo, não alterou o conteúdo da competência de controle externo do TCU. Este seguiu adstrito naquele momento a um controle de legalidade orçamentária, isto é, destinado a aferir a regularidade jurídico-formal de atos e contratos em relação à legislação de finanças públicas. A única distinção introduzida pela Carta Política do período residia na forma de fazê-lo. Ao invés do controle prévio, via registro, a Corte passaria a desempenhar um controle *a posteriori*, mediante a realização de auditorias e inspeções de natureza financeira e orçamentária, além, é claro, do tradicional julgamento de contas.

Nas auditorias financeiras e orçamentárias, conforme demonstramos acima, o que se avaliava era justamente o ato ou contrato em uma perspectiva contábil, financeira e orçamentária, enquanto no julgamento de contas, o cuidado no manejo do patrimônio público seguiu como a pedra de toque. De todo modo, isto demonstra que a longa trajetória institucional do Tribunal de Contas confere um sentido semântico específico para os vieses patrimonial, contábil, orçamentário e financeiro, de controle.

Este sentido associa-se, diretamente, a um controle de legalidade, voltado à aferição da legalidade dos atos e contratos administrativos em face da normatização das finanças

²⁴⁰ Neste mesmo sentido: SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Competências de Controle dos Tribunais de Contas – Possibilidades e Limites*. in SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Contratações Públicas e seu Controle**. São Paulo, Malheiros, SBDP, 2013, p. 185.

públicas²⁴¹. A Constituição Federal de 1988 não tentou modificar este cenário²⁴². Tal qual tem sido demonstrado na literatura dedicada ao tema, durante a Assembleia Nacional Constituinte, o movimento da burocracia do controle externo foi pela preservação de suas atribuições e ampliação do escopo de sua atuação em um sentido específico: o do controle operacional da administração pública.

Assim, o delineamento institucional consagrado pela Carta política de 1988 não foi concebido em uma iniciativa isolada, fruto única e exclusivamente da criatividade do constituinte do período²⁴³. Pelo contrário, é um processo que se insere em um histórico institucional mais amplo, no qual os controles financeiro, orçamentário, contábil e patrimonial estão atrelados a um controle de legalidade, voltado a aferir exclusivamente a adesão da ação administrativa à legislação que disciplina as finanças públicas.

As novidades introduzidas na Constituição de 1988 não tiveram o condão de alterar este cenário, mas sim o de agregar uma modalidade adicional de controle, voltada à aferição do desempenho da administração pública na execução das políticas e programas governamentais. Esta nova competência, porém, não se deu em contrapartida da extinção das anteriores, que foram preservadas justamente no art. 70 da Constituição, a medida em que este faz referência ao controle contábil, patrimonial, financeiro e orçamentário.

Neste sentido, parece-me claro que este tipo de fiscalização, plasmada no *caput* do art. 70 supracitado, corresponde à cristalização das competências de controle orçamentário, tradicionalmente alocadas à Corte. Exercem-se, portanto, dentro do prisma da legalidade orçamentária, sob o prisma patrimonial, contábil, orçamentário e financeiro, que marcam esta competência no histórico institucional da Corte. Em sendo este o parâmetro de controle, cumpre delinear as características atinentes ao método decisório atrelado a esta forma de fiscalização.

4.2.1.3. MÉTODO DE CONTROLE: AINDA A SUBSUNÇÃO

O controle desempenhado pela Corte, sob o prisma da legalidade orçamentária, ainda é marcado pela adoção da técnica de subsunção normativa. Isto é, os eventos a serem

²⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26ª edição. São Paulo, Atlas, 2013, p. 814.

²⁴² ROSILHO, André. **Tribunal de Contas da União: competências, jurisdição e instrumentos de controle**. São Paulo, Quartier Latin, 2019, p. 289.

²⁴³ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Controle das Contratações Públicas pelos Tribunais de Contas*. In **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 257, maio/ago., 2011, p. 117.

controlados são abordados em uma perspectiva delimitada pelos conceitos definidos na norma jurídica como relevantes para a consideração da regularidade do objeto controlado. É a norma jurídica que determina o que é relevante ou irrelevante naquele caso concreto, incumbindo à autoridade de controle proceder à verificação da existência destes parâmetros no caso concreto.

O método de controle, portanto, parte de premissas já previamente estabelecidas pela norma jurídica. Em tese, esta deve estabelecer o que é necessário para que um ato ou contrato – ou a articulação destes ao longo de um exercício financeiro, compreendendo uma “conta” a ser julgada – devem obedecer para que possam ser consideradas válidas. São estes critérios que orientam o controlador nesta modalidade de fiscalização. A princípio, seu processo de interpretação e delimitação do que sejam estes requisitos de validade é limitado, pois as normas deste tipo tendem a ser mais objetivas, especificando o que deve ser observado²⁴⁴.

Se as premissas são delimitadas pelo ordenamento jurídico, no método de subsunção, a decisão subsequente também se encontra previamente delimitada. A consonância entre os parâmetros previamente delimitados pela norma e os eventos controlados faz com que da fiscalização resulte uma decisão específica do administrador, previamente delimitada pela norma jurídica. O mesmo ocorre na hipótese de se verificar o contrário, isto é, na hipótese de se constatar que os parâmetros estabelecidos pela norma não se fazem presentes no caso concreto.

Tudo isso delimita um modelo decisório esquemático. Em que os parâmetros a serem observados no caso concreto, bem como as consequências decorrentes, são dados ao controlador, a quem incumbe compulsar os fatos atrelados a seu objeto de controle com intuito de verificar a sua aderência às normas prescritas pelo ordenamento jurídico. As decisões decorrentes desta análise dos fatos são de caráter binário. Em caso de aderência entre norma e fatos, o ato deve ser considerado válido. Caso contrário, o controlador deverá reputá-lo inválido.

O método decisório atrelado a esta modalidade de controle tende a restringir o conjunto de razões consideradas pelo órgão controlador como relevante. Via de regra, este

²⁴⁴ Não por outro motivo, durante o séc. XX, era comum na disciplina dos sistemas de registro que as condições para a validade do ato ou contrato fossem discriminadas de forma minuciosa pela legislação. É o que se fez nas reformas de 1896 das competências do Tribunal de Contas e foi mantido no regimento interno do tribunal por um longo período.

tomará como parâmetro para sua decisão tão somente os eventos envolvidos aos atos e contratos considerados necessários para checar a incidência dos parâmetros delimitados pela norma, os demais fatos, mesmo que possam ser até considerados, tendem a não ser tomados como relevantes para a formação do juízo do órgão controlador. Esta análise, assim, tende a recair exclusivamente sobre o ato, o contrato ou a conta em julgamento, desconsiderando-se seu contexto ou seu envolvimento e articulação com outras medidas adotadas pelo governo. As finalidades também não terão peso nesta análise.

O controle de legalidade orçamentária, portanto, adstringe-se a um juízo esquemático, em que as premissas e as consequências do controle são previamente delimitadas em uma regra jurídica, incumbindo ao controlador interpretá-las e aferir a existência, no caso concreto, destas premissas. O juízo decorrente é binário, de invalidez ou validade, conformando-se a partir um universo estreito de razões, tendencialmente descontextualizadas e focadas exclusivamente no ato ou contrato controlados.

O processo, neste tipo de controle, por mais que atenda a um conjunto bastante amplo de objetos de controle, também possui traços característicos, típicos do controle de legalidade. É o que procuro demonstrar no item seguinte.

4.2.1.4. PROCESSO

O processo de controle de legalidade orçamentária abrange o uso de diversos instrumentos de fiscalização, que, por se referirem a competências distintas da Corte, apresentam-se cada qual com suas peculiaridades. Não obstante, é possível vislumbrar nestes procedimentos uma estrutura de funcionamento similar²⁴⁵, muito em função de terem como finalidade primordial viabilizar um controle de legalidade orçamentária. É dessas características que trataremos aqui, fazendo menção aos ritos procedimentais de cada instrumento de fiscalização apenas a título exemplificativo.

A primeira destas características diz respeito ao ângulo de orientação do processo. Este é menos um instrumento de contraditório e mais um mecanismo ritualizado, que procura instrumentalizar a viabilização do acesso à informação pelo Tribunal de Contas da União. Não por outro motivo, nesta modalidade de controle, o processo é iniciado pela remessa ao

²⁴⁵ SPECK, Bruno Wilhelm. **Inovação e Rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema de político-administrativo do Brasil**. São Paulo, Fundação Konrad Adenauer, 2000, p. 85.

TCU dos documentos necessários à fiscalização pelo próprio órgão fiscalizado. O descumprimento desta obrigação sujeita o gestor a gravames, notadamente a aplicação de uma sanção, após o devido processo legal.

O processo, neste sentido, assume uma perspectiva de extração de informações necessárias ao controle. Os órgãos controlados devem remeter as informações exigidas pela Corte em certo prazo, reservando-se o direito de o Tribunal proceder à exigência de novas ou até mesmo de realização de inspeções *in loco* para obter as informações necessárias.

Tome-se, o exemplo do processo de tomada de contas. Disciplinado pelo Regimento Interno do Tribunal de Contas da União e pela Instrução Normativa nº 63/2010, neste processo o TCU estipula data para que os órgãos de controle interno lhe remetam os relatórios de gestão²⁴⁶, com as informações discriminadas pelo art. 12 e seguintes da instrução normativa referenciada. Em caso de ausência de remessa, o responsável responderá em um processo de tomada de contas especial, no qual serão apuradas as razões que levaram a não remessa dos documentos exigidos e que poderá resultar no apenamento do responsável²⁴⁷.

Esta estrutura não se limita ao processo de tomada de contas. O registro de atos de administração de recursos humanos também é permeado por esta lógica. O regimento interno da Corte determina que o órgão responsável pelo manejo dos atos de gestão de seus recursos humanos deverá remeter o ato de admissão ou de concessão de pensão ao órgão de controle interno, que por sua vez o disponibilizará ao TCU para que este avalie a regularidade do ato²⁴⁸.

O controle de contratos, atos específicos e recursos repassados, porém, afastam-se ligeiramente desta lógica. Seu controle é realizado de forma seletiva e contínua²⁴⁹, não abrangendo acompanhamentos anuais, iniciados com a remessa de documentos exigidos pela Corte. Aqui, o TCU adota postura ativa, seleciona os casos que julga relevantes analisar, e procede, mediante a utilização de diversos instrumentos de fiscalização (levantamento, inspeções, auditorias) à fiscalização destes instrumentos.

²⁴⁶ Art. 7º da Lei 8.443, de 16 de julho de 1992.

²⁴⁷ Art. 197, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União. O mesmo se prevê no art. 8º da Lei 8.443, de 16 de julho de 1992

²⁴⁸ Art. 260, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União.

²⁴⁹ Art. 249, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União.

O levantamento²⁵⁰ permite ao TCU aferir informações sobre o funcionamento do órgão a ser fiscalizado. A inspeção²⁵¹ permite o corpo técnico do tribunal proceder à fiscalizações *in loco* com o intuito de suprir lacunas nas informações obtidas pelo TCU. As auditorias²⁵² viabilizam análises mais amplas, voltadas a aferir a legalidade da ação administrativa, podendo a Corte solicitar qualquer informação neste sentido. A Corte segue municiada, portanto, de instrumentos processuais que lhe franquem acesso às informações necessárias ao controle.

O contraditório, nestes processos é admitido em condições adequadas. Aplica-se a regra geral, insculpida no art. 160, §1º do Regimento Interno do TCU: admite-se defesa, no prazo ofertado pela citação, e a apresentação de novos documentos até o encerramento da etapa de instrução dos processos. Este ainda se permite por meio de sustentação oral e mediante a apresentação de recursos. Não obstante, esta girará em torno dos aspectos necessários ao juízo de subsunção, tal como alegamos acima. O debate neste processo estará adstrito à ideia de legalidade e, portanto, aos fatos previamente determinados como requisitos de validade do ato.

No desenho institucional inaugurado a partir da Constituição de 1988 há um incremento considerável no exercício do direito de defesa e do contraditório. No entanto, ainda assim, a Corte segue pautada por uma estrutura processual voltada à instrumentalização da obtenção de informações pela Corte e, ao menos na modalidade de controle ora discutida (legalidade orçamentária), ainda sim com um escopo de discussão bastante limitado, adstrito às razões que delimitam a validade de determinada ação administrativa.

4.2.1.5. DECISÕES POSSÍVEIS

A lógica escoimada na estrutura processual e no método decisório do controle externo também se reflete nas decisões franqueadas ao Tribunal no exercício da fiscalização ora em debate. Mais uma vez, do padrão de decisão quanto a legalidade orçamentária, exsurge um padrão decisório binário, no qual a verificação das condições previstas em lei, no caso concreto, ensejará a validade do ato, contrato ou contas fiscalizados. Caso contrário,

²⁵⁰ Art. 238, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União.

²⁵¹ Art. 240, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União.

²⁵² Art. 239, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União.

a situação levará ao reconhecimento da invalidade deste último. Os poderes da Corte, em face desta conclusão são modulados em seus normativos internos de acordo com os limites acostados pela Constituição Federal.

Assim, no caso do controle de atos e contratos, a validade levará a não exação de determinações pela Corte. No caso de irregularidades contatadas em atos específicos, a Corte deverá conceder prazo para correção, ao fim do qual poderá sustar os efeitos do ato e notificar o Congresso Nacional²⁵³. No caso de contratos, contudo, o poder reconhecido à Corte é outro: esta se limitará a indicar as irregularidades e notificará o Congresso Nacional para que este decida a respeito.²⁵⁴

No caso do julgamento de contas, o binarismo decisório se manifesta na possibilidade de o Tribunal reputar as contas regulares e arquivar o processo, de julgar as contas irregularidades, com ressalvas (quando houver irregularidade que não cause danos ao erário), ou, no outro extremo, reconhecer a sua irregularidade²⁵⁵. Neste último caso, o tribunal fixará o prejuízo suportado pelo Erário e poderá exigir do responsável o pagamento de quantia à administração pública, sem prejuízo de outras penalidades²⁵⁶.

No registro de atos de gerenciamento de recursos humanos as decisões possíveis são ou o registro, em caso de regularidade, ou a recusa do registro, reservando-se o primeiro para os casos em que o ato é regular²⁵⁷ e os últimos para os casos em que se configurar irregularidade de qualquer tipo, não corrigida tempestivamente pelo órgão após a notificação deste último pelo Tribunal de Contas da União.

Por fim, no caso dos convênios, a constatação de irregularidade autoriza o órgão de controle externo a instaurar tomada de contas especial²⁵⁸, isto é, um processo específico destinado a averiguar irregularidade, que se confirmada, suscitará a aplicação de penalidades ao responsável, bem como a obrigação de indenizar.

Todo este sistema de decisões, nos diferentes processos, denotam que o processo no controle de legalidade orçamentária resulta, invariavelmente, em um juízo binário, de

²⁵³ Art. 45 da Lei 8.443, de 16 de julho de 1992 e Art. 71, inc. IX e X da Constituição Federal de 1988.

²⁵⁴ Art. 45, §2º da Lei 8.443, de 16 de julho de 1992 e Art. 71, §1º da Constituição Federal de 1988.

²⁵⁵ Art. 10 da Lei 8.443, de 16 de julho de 1992.

²⁵⁶ Art. 12 da Lei 8.443, de 16 de julho de 1992.

²⁵⁷ Art. 260, §1º do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União. Admite-se o registro com ressalva, desde que a irregularidade não enseje pagamentos irregulares, conforme se depreende do art. 260, §4º deste mesmo Regimento.

²⁵⁸ Art. 195 c/c art. 254, ambos do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União.

validade ou invalidade, em que a incompatibilidade do ato com o parâmetro normativo suscita para a Corte a competência para endereçar uma medida repressiva em relação ao ato, com diferentes níveis de autoridade. Independentemente deste nível, fato é que, nesta perspectiva, o Tribunal de Contas encerra seus mecanismos de fiscalização em um ato repressivo que se pretende revestido de autoridade para equacionar a irregularidade constatada.

Esta é a marca do controle de legalidade orçamentária. Abaixo passamos a verificar as características do controle operacional de políticas públicas, inaugurado pela Constituição Federal de 1988.

4.2.2. CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O controle de políticas públicas insere-se como objeto das atividades do Tribunal de Contas a partir do art. 70 da Constituição Federal, que determina ser de competência da Corte a realização do controle operacional da administração pública. A Corte absorveu este controle através da realização de auditorias operacionais que, conforme o Tribunal define, consistem no “*exame independente e objetivo da economicidade, eficiência, eficácia e efetividade de organizações, programas e atividades governamentais, com a finalidade de promover o aperfeiçoamento da gestão pública*”²⁵⁹.

O art. 71, ao disciplinar as competências específicas do Tribunal, consignou esta modalidade de controle em apartado das demais formas de controle de legalidade, lançando-as lado a lado das auditorias financeiras e orçamentárias, no inciso IV. Ainda que partilhe de algumas premissas de sua congênera financeira, a auditoria operacional assume caráter próprio, muito mais amplo que a fiscalização financeira e orçamentária²⁶⁰.

Nesta modalidade de controle, a ser aprofundada nos itens a seguir, há distinção relevante em relação ao objeto de controle, aos parâmetros de controle, ao método de

²⁵⁹ BRASIL. **Manual de Auditoria Operacional**. Brasília, Tribunal de Contas da União, 2010, p. 11. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/controlo-externo/normas-e-orientacoes/normas-de-fiscalizacao/auditoria-operacional.htm>. Acesso em: 23 de julho de 2019.

²⁶⁰ FRANÇA, Antonio Marcos Barreto. **Do Controle de Legalidade às Auditorias Operacionais: os tribunais de contas e o controle financeiro da administração pública brasileira**. Dissertação apresentada ao curso de Mestrado Profissional em Gestão e Políticas Públicas da Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – FGV, para a obtenção do título de Mestre. Orientador: Prof. Marco Antonio Carvalho Teixeira, 2012, p. 23.

juízo, ao processo e às decisões possíveis, quando cotejados com o controle tradicionalmente exercido pela Corte.

Neste último, como visto, o objeto do controle eram atos e contratos, isto é, manifestações jurídicas da administração pública, individualmente consideradas. O controle que se exercia independia do contexto em que estes eram praticados, resumindo-se à aferição da aderência do ato ou contrato à legislação de regência, fosse ela a de finanças públicas, fosse ela a legislação específica aplicada ao manejo do ato.

O controle operacional, contudo, diverge deste cenário e passa a envolver o controle de políticas, isto é, de todo um conjunto de atos e contratos, articulados entre si em função do atendimento a um objetivo determinado pela administração. A finalidade deste controle, portanto, transcende a observância da aderência à legalidade, apresentando escopo mais amplo, voltado ao controle de desempenho no atendimento aos programas e políticas almejadas pela administração pública²⁶¹.

A análise é menos focalizada no cotejo entre lei e ato, e mais voltada à aferição da relação entre metas, meios e resultados atingidos pelo programa governamental. Certamente, portanto, as políticas públicas, como o novo objeto de controle do Tribunal de Contas, demandam um racional específico, a ser aplicado em seu controle e diferenciado do racional costumeiramente aplicado para o controle de atos e contratos, isoladamente considerados.

Neste novo objeto, o contexto factual e orçamentário, as metas e as condições de execução da política são aspectos que devem integrar o conjunto de elementos a ser considerado na avaliação do desempenho da administração pública. As análises focalizadas, dão lugar aos julgamentos contextuais, incompatíveis com análises estritamente normativas, devendo, obrigatoriamente, levar em consideração as variáveis concretas envolvidas no planejamento e na execução das políticas.

4.2.2.1. OBJETO DE CONTROLE: POLÍTICAS E PROGRAMAS GOVERNAMENTAIS

O controle de políticas públicas recai sobre um objeto absolutamente distinto do paradigma historicamente acometido aos tribunais de contas. Como visto ao longo da

²⁶¹ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Competências de Controle dos Tribunais de Contas – Possibilidades e Limites*. in SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Contratações Públicas e seu Controle**. São Paulo, Malheiros, SBDP, 2013, p. 187.

reconstrução do perfil institucional de nossa Corte de Contas, esta se dedicou, ao menos até a Constituição de 1988²⁶², ao estrito controle de atos e contratos em uma perspectiva de legalidade. Isto é, é da rotina histórica do Tribunal de Contas da União apreciar objetos isoladamente (atos ou contratos) considerados e em uma perspectiva estritamente jurídica, voltada à aferição de sua adesão ou não à legalidade.

O controle de políticas públicas, instrumentalizado no controle operacional, distingue-se em todas as perspectivas deste tipo de controle. A começar pelo primeiro viés apontado acima, as políticas públicas não consignam atos ou contratos isolados. Pelo contrário, configuram um fenômeno interdisciplinar, em que confluem variáveis, econômicas, jurídicas, sociais e técnicas, que delimitam um programa, composto por um conjunto articulado de atos, contratos e normas, cuja execução tem a finalidade de endereçar uma questão pública previamente definida.

A consecução desta finalidade pode ser organizada, no contexto de uma política pública, de diferentes maneiras, podendo contemplar etapas distintas de implementação, com o estabelecimento de metas graduais, a serem atingidas ao longo do tempo, ou, ter um horizonte de aplicação mais curto, executando-se de forma direta, sem qualquer faseamento, esperando-se com isto resultados de curto, médio ou longo prazos.

As variantes organizacionais são diversas e dependem do que se pretende com a política pública. No entanto, este simples traço organizacional de uma política denota uma peculiaridade inarredável em seu controle: o contexto da política importa. Para que estas sejam adequadamente consideradas pelo órgão de controle, é imprescindível que esta seja considerada em seu contexto.

Afora esta primeira peculiaridade, a formulação de políticas públicas ainda contempla uma segunda: as escolhas envolvidas em sua estruturação e execução atendem a pautas interdisciplinares, isto é, envolvem razões de índole jurídica, sim, mas também de índole técnica, social, econômica e política. É imprescindível, portanto, que a Corte se instrumentalize para considerar em seu processo de fiscalização todos estes diferentes matizes, que informam a execução das políticas públicas.

²⁶² Por mais que as reformas constitucionais de 1967 mencionassem a auditoria como instrumento de fiscalização, esta era de natureza financeira e orçamentária, isto é, estritamente vinculada à avaliação de atos e contratos, junto de sua repercussão orçamentária.

Quanto ao segundo viés, é preciso ponderar que no controle operacional, a finalidade de sua realização é a avaliação do desempenho da administração pública na execução de suas políticas públicas. Este é o sentido do movimento de aprimoramento institucional alvitado com as alterações realizadas nas competências do Tribunal de Contas na Constituição de 1988 e, sobretudo, com a introdução da competência de fiscalização operacional da administração.

Até mesmo porque, já na configuração anterior, o controle da ação administrativa sob a perspectiva da legalidade orçamentária estava contemplado nas competências descritas na Carta política de 1967. O movimento político de 1988 consagrou o acréscimo de uma nova modalidade de controle, em voga nos órgãos de auditoria em outros países, e esta consistia no controle do desempenho operacional da administração pública. Não por outro motivo, ao disciplinar²⁶³ o instrumento de fiscalização responsável por esquematizar este controle – a auditoria operacional - a Corte de Contas foi expressa em delimitar seu objeto nos seguintes termos:

*“Auditoria operacional (ANOp) é o exame independente e objetivo da economicidade, eficiência, eficácia e efetividade de organizações, programas e atividades governamentais, com a finalidade de promover o aperfeiçoamento da gestão pública.”*²⁶⁴

O objeto de controle, portanto, altera-se em dois prismas. No primeiro, passa a recair sobre um fenômeno organizado sobre premissas absolutamente distintas do controle de atos e contratos, devendo adaptar-se às características de seu novo tema de controle. No segundo, este passa a se realizar em finalidade distinta, não vinculada ao controle de legalidade, mas estritamente destinado à aferição do desempenho da administração pública na execução de suas políticas.

4.2.2.2. PARÂMETROS DE CONTROLE: EFICÁCIA, EFICIÊNCIA, ECONOMICIDADE E EFETIVIDADE

²⁶³ Tomamos por referência o Manual de Auditoria Operacional aprovado pela Portaria SEGECEX nº 04, de 26 de fevereiro de 2010 e que se encontra em vigor. Não obstante, cumpre destacar que o Tribunal de Contas da União promoveu, durante os meses de junho de 2019 e agosto de 2019 um processo de consulta pública a fim de atualizá-lo.

²⁶⁴ BRASIL. **Manual de Auditoria Operacional**. Brasília, Tribunal de Contas da União, 2010, p. 11. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/controlo-externo/normas-e-orientacoes/normas-de-fiscalizacao/auditoria-operacional.htm>. Acesso em: 23 de julho de 2019.

Considerando o caráter bifronte das competências da Corte, os novos parâmetros de controle introduzidos pelo art. 70 da Constituição Federal, notadamente, a economicidade, passou a ser utilizados pelo TCU para o controle operacional da administração pública. A este princípio constitucional, a Corte fez adicionar outros três, por iniciativa própria através dos normativos internos do Tribunal. Deste modo²⁶⁵, o controle operacional do Tribunal passou a se desempenhar, notadamente, a partir de quatro referenciais: (i) a economicidade, (ii) a eficiência; (iii) a efetividade e, por fim, (iv) a eficácia²⁶⁶.

Estes preceitos diferenciam-se profundamente dos parâmetros de controle que, até então, o Tribunal de Contas da União utilizava para o desempenho de suas atribuições de controle. Historicamente, este controle apresentava um caráter de legalidade orçamentária, assentado em parâmetros objetivos, previamente determinados em lei, o que conferia ao controle exercido pela Corte, um caráter esquemático, objetivo, encerrado num juízo binário de aderência ao comando normativo plasmado na legislação de finanças públicas, abrangendo, aqui, desde a delimitação do procedimento para o desembolso de recursos, até a análise da observância das rubricas e saldos orçamentários.

Este caráter não mais subsiste a partir dos novos parâmetros adotados no controle operacional. Em primeiro lugar, porque todos os novos parâmetros de controle são dependentes da prévia delimitação de premissas que não encontram definição na legislação. Em outras palavras, os novos parâmetros de controle são conceitos relacionais, cuja delimitação semântica é dependente de um conjunto de variáveis prévias, que devem ser delimitadas para servir de parâmetro de referência para a delimitação do conteúdo jurídico destes novos parâmetros de controle.

Tome-se por exemplo o conceito de economicidade fixado pelo Tribunal em seu Manual de Auditoria Operacional. De acordo com este último, a economicidade pode ser

²⁶⁵ GUERRA, Evandro Martins. **Os Controles Externo e Interno da Administração Pública**. 2ª Edição. Fórum, Belo Horizonte, 2007, p. 244.

²⁶⁶ Este movimento foi iniciado já em sua Lei Orgânica, conforme denota o art. 38 da Lei nº 8.443/1992. O movimento certamente foi influenciado pelas práticas de adequação do controle operacional ao que internacionalmente se tem praticado neste ramo de fiscalização, constituindo uma adesão, sobretudo, aos preceitos organizados pela INTOSAI quanto ao tema. A instituição, desde a década de 1970, define como sendo o escopo da auditoria operacional a aferição da eficiência, economicidade e efetividade das políticas públicas. Estes preceitos já constavam do item I da Declaração de Lima, assinada por seus integrantes em 1977.

definida como “a minimização dos custos dos recursos utilizados na consecução de uma atividade, sem comprometimento dos padrões de qualidade (ISSAI 3000/1.5, 2004).”²⁶⁷

Certamente, este não é um conceito objetivo, cuja análise se encerra na simples verificação fática do atendimento de seus preceitos pelo administrador. A economicidade, segundo a Corte, envolve uma análise de custo benefício, em que o manejo dos recursos públicos será cotejado com a qualidade dos serviços disponibilizados, considerando-se econômica a ação administrativa que procura reduzir os custos de prestação de uma dada utilidade sem, contudo, afetar-lhe a qualidade.

Pois bem, o que delimita a qualidade do serviço? Como medir se uma redução de custos afetou a qualidade de um serviço? Ambas as perguntas são variáveis imprescindíveis para que o conceito de economicidade possa ser aplicado como parâmetro de controle.

O mesmo cenário ocorre com a ideia de eficiência, eficácia ou efetividade. Para a Corte, a ideia de eficiência se resume à:

“relação entre os produtos (bens e serviços) gerados por uma atividade e os custos dos insumos empregados para produzi-los, em um determinado período de tempo, mantidos os padrões de qualidade. Essa dimensão refere-se ao esforço do processo de transformação de insumos em produtos. Pode ser examinada sob duas perspectivas: minimização do custo total ou dos meios necessários para obter a mesma quantidade e qualidade de produto; ou otimização da combinação de insumos para maximizar o produto quando o gasto total está previamente fixado.”

268

O conceito é relacional à medida que sua definição só é possível a partir de uma correlação entre custos e prestações entregues. Será eficiente a ação administrativa que entregar mais, com menos dispêndios de recursos, dentro de prazos razoáveis, ou que preservar a qualidade dos serviços, reduzindo os dispêndios em sua prestação, preservando o prazo adequado de sua prestação. Mas, novamente, o que delimita um prazo adequado para determinada prestação? O que é delimita a qualidade do serviço? Como medir os impactos sobre a qualidade deste último?

²⁶⁷ BRASIL. **Manual de Auditoria Operacional**. Brasília, Tribunal de Contas da União, 2010, p. 11. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/controlado-externo/normas-e-orientacoes/normas-de-fiscalizacao/auditoria-operacional.htm>. Acesso em: 23 de julho de 2019.

²⁶⁸ BRASIL. **Manual de Auditoria Operacional**. Brasília, Tribunal de Contas da União, 2010, p. 12. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/controlado-externo/normas-e-orientacoes/normas-de-fiscalizacao/auditoria-operacional.htm>. Acesso em: 23 de julho de 2019.

A eficácia, para a Corte, é a capacidade do órgão administrativo atingir os objetivos e metas por ele fixados dentro de seu planejamento inicial, enquanto a efetividade corresponde à aferição do impacto das ações do órgão sobre a sociedade, cotejando-o com os impactos alvitados originalmente com a política.

Trata-se de conceitos relacionais, porque dependem de informações diretamente decorrentes da ação administrativa, mais especificamente das metas e planejamento originais, como também da utilização de métodos para aferir a efetiva conclusão de uma meta ou, mais complexo ainda, a aferição dos impactos sociais de determinada política. O que definirá estes aspectos?

Há, portanto, uma série de premissas envolvidas na aplicação dos novos parâmetros de controle adotados pela Corte para o controle operacional, cuja definição é passo imprescindível para que a delimitação do conteúdo jurídico destes parâmetros seja possível. Sem a prévia delimitação destes, sequer é possível se ter convicção acerca do que significa, do ponto de vista normativo, que determinada política pública foi econômica, eficaz, eficiente ou efetiva.

A alteração de perfil dos parâmetros de controle, contudo, não se encerra nisto. A complexidade transcende a delimitação do conteúdo jurídico dos parâmetros de controle e abrange também a sua aplicação em um juízo normativo de controle. Isto é, o perfil principiológico dos parâmetros de controle operacional introduzem uma nova lógica de análise da atividade da administração pública.

Se dentro de uma perspectiva binária, tradicionalmente adotada pela Corte, a inadequação de um ato à legislação suscita a sua desconstituição, a suspensão de sua execução ou a sanção do gestor, no caso de uma análise de avaliação de desempenho, a inadequação da performance na execução de uma política não é corretamente endereçada a partir destas alternativas. Os achados nesta modalidade de controle podem identificar razões pelas quais a performance da administração não seja a ideal ou, ainda, apontar melhorias que podem ser adotadas pelo Poder Público, para aprimorar a gestão pública. Estes apontamentos, contudo, não necessariamente desvelam alguma ilegalidade ou ato passível de sanção.

A lógica subjacente a esta modalidade de fiscalização, portanto, não é binária ou limitada por um juízo absoluto de cumprimento ou descumprimento dos parâmetros de

controle. Por serem conceitos abstratos, relacionais e vinculados à medição qualitativa da ação pública, estes admitem distintos graus de cumprimento pela administração, sem que estes distintos graus de performance se confundam com algum tipo de irregularidade capaz de paralisar a política ou de determinar a aplicação de penalidades ao gestor.

Não por outro motivo, o próprio Manual de Auditoria Operacional do Tribunal de Contas da União prescreve que, ao final do uso deste instrumento de fiscalização, serão emitidas decisões voltadas a recomendar e determinar melhorias a serem implementadas pela administração pública, com vistas a aprimorar sua performance²⁶⁹.

Diante de todo este cenário, portanto, resta claro que os parâmetros de controle introduzidos pela Constituição Federal de 1988 e internalizados pelo Tribunal de Contas da União a partir dos mecanismos de auditoria operacional, alteram a dinâmica de controle atrelada à Corte.

4.2.2.3. MÉTODO DE JULGAMENTO: DA SUBSUNÇÃO NORMATIVA À AVALIAÇÃO DE POLÍTICAS

O controle externo de políticas públicas também segue outros parâmetros em sua realização, incompatíveis com a lógica da subsunção. Ainda que seu ponto de partida também possa ser considerado normativo²⁷⁰, as características dos parâmetros de controle envolvidos em seu manejo alteram o método de julgamento por parte do Tribunal²⁷¹. Como visto acima, na vertente de avaliação de políticas públicas, o Tribunal se utiliza de conceitos relacionais como parâmetros de controle, aferindo o desempenho da administração pública a partir das noções de efetividade, eficácia, economicidade e eficiência.

Estes conceitos, conforme salientamos acima, para serem aplicados, dependem de uma definição prévia de uma série de premissas, que servirão de referencial para a aplicação destes princípios como parâmetros de controle. Por serem relacionais, a aplicação das ideias de eficiência, eficácia, economicidade e efetividade dependem da delimitação precisa dos

²⁶⁹ BRASIL. **Manual de Auditoria Operacional**. Brasília, Tribunal de Contas da União, 2010, p. 51. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/control-externo/normas-e-orientacoes/normas-de-fiscalizacao/auditoria-operacional.htm>. Acesso em: 23 de julho de 2019.

²⁷⁰ Afinal, economicidade e eficiência, por exemplo, são preceitos incorporados pela Constituição como normas jurídicas exigíveis perante o Poder Público.

²⁷¹ SPECK, Bruno Wilhelm. **Inovação e Rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema de político-administrativo do Brasil**. São Paulo, Fundação Konrad Adenauer, 2000, p. 78.

padrões de qualidade esperados de uma política, de seu planejamento, dos prazos para a consecução das metas pretendidas e, por óbvio, a definição das metas a serem abordadas.

A atividade de análise de políticas públicas, portanto, é condicionada, neste primeiro aspecto, a um momento de delimitação destas premissas. Em parte, tais premissas podem ser obtidas junto aos órgãos fiscalizados, em especial, no que diz respeito às metas pretendidas e os prazos para a sua execução. De todo modo, existem aspectos a serem delimitados, tais como a aferição da qualidade dos serviços, e a avaliação dos impactos sociais das políticas adotadas em que a utilização de dados do órgão fiscalizado ou podem distorcer os achados da auditoria, incumbindo ao próprio TCU desenvolver métricas para a aferição destes aspectos.

Neste sentido, a abordagem do controle operacional certamente não se resume a uma análise factual estritamente voltada à aferição de sua adesão ao disposto nos parâmetros normativos de controle definidos pela legislação. Em certa medida, o método decisório adotado pela Corte no controle operacional envolve a criação de uma metodologia em que se permita ao Tribunal delimitar, no caso concreto, o conteúdo jurídico dos parâmetros de eficiência, eficácia, efetividade e economicidade, para, então, proceder à análise das políticas.

Esta análise, por sua vez, não se limita a um juízo de subsunção, em que o parâmetro de adequação da ação administrativa é definido a partir de condições previamente estipuladas em uma norma jurídica. Estes são referenciais que instruirão a avaliação, no entanto, a análise dos eventos que permearam a ação administrativa não é realizada com o objetivo de verificar a sua aderência a um comando normativo. Pelo contrário, o intuito da análise é o de mensurar o desempenho da administração dentro dos quatro parâmetros acima enunciados e identificar as causas do desempenho verificado.

Neste sentido, o controle operacional não se confunde com um controle esquemático, em que o órgão compulsa os fatos relacionados a determinada política com o intuito de verificar a existência dos elementos suficientes para a incidência de uma determinada categoria jurídica, que por sua vez o levará a adotar uma decisão ou outra. O esquematismo e os juízos normativos binários não têm lugar nesta modalidade de controle, afinal, a análise da política busca oferecer a mensuração do desempenho, o que vincula o órgão de controle aos fatos e à função de ofertar uma métrica a partir das premissas previamente delimitadas para o controle a ser realizado.

Não há um compromisso com a subsunção destes fatos a uma categoria jurídica prévia, da qual resultará um comando da Corte. O compromisso da avaliação de políticas públicas é o de metrificar o desempenho da administração²⁷². É a partir desta métrica que os provimentos do Tribunal de Contas serão erigidos: podendo ser recomendações ou determinações voltadas a aprimorar a gestão pública.

Assim, a lógica da subsunção, pautada pela utilização de parâmetros de controle previamente estabelecidos em uma norma jurídica, que matizaram a análise dos fatos envolvidos na ação administrativa e levarão, num método decisório esquemático, a categorização da ação pública em um juízo binário de legalidade ou ilegalidade, é substituída pela avaliação, um método decisório em que a Corte parte de uma metodologia de sua autoria, que conferirá sentido jurídico concreto para os parâmetros de controle relacionais que orientam sua atuação e definirá a forma de abordagem dos eventos envolvidos na execução da política, com o intuito de desenvolver uma métrica para a aferição do desempenho da administração pública.

Não há binarismo nesta análise, afinal, o parâmetro de controle não lidera, necessariamente a um conceito de ilegalidade ou de legalidade, mas tão somente desvela uma análise da execução da política. O comando possível, neste processo, não é esquemático, ou seja, não há provimento jurisdicional automaticamente designado a partir de um determinado arranjo identificado. O que se tem é que este comando será dependente do que se verificar de fato na avaliação da política e do que se mostre pertinente para o aprimoramento da gestão desta última. O método decisório no controle de políticas públicas, portanto, também se distancia do que a Corte de Contas, historicamente, praticava como controle externo.

²⁷² SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Competências de Controle dos Tribunais de Contas – Possibilidades e Limites*. in SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Contratações Públicas e seu Controle**. São Paulo, Malheiros, SBDP, 2013, p. 188.

4.2.2.4. PROCESSO: O CICLO DE AUDITORIA OPERACIONAL

O processo de auditoria é disciplinado no Manual de Auditoria Operacional da Corte de Contas, que estabelece a estrutura geral a ser observada pelo Tribunal no desempenho deste tipo de fiscalização. Primeiro aspecto que merece destaque neste procedimento diz respeito ao fato de que este não se inicia com a remessa de documentos pelo órgão auditado, dentro de prazos e condições especificadas pela Corte.

Diferentemente do que historicamente faz a Corte, a auditoria operacional não se aplica a todo e qualquer órgão. Destina-se à avaliação de políticas específicas, selecionadas pela Corte de acordo com o seu planejamento estratégico para o período. Neste sentido, o controle operacional abrange políticas específicas, não se disseminando como uma prática obrigatória para toda e qualquer política conduzida pela administração pública. A iniciativa para a sua realização está com o Tribunal de Contas.

E isto em duas perspectivas. A primeira é referente à seleção das políticas a serem auditadas. A Corte tem a prerrogativa de determinar sua pauta de auditorias²⁷³, fazendo-o com base no planejamento estratégico aprovado trienalmente pelo Tribunal, onde se indicam as diretrizes de sua atuação. A seleção, contudo, ainda observa os critérios delimitados pelo Manual de Auditoria do Tribunal, a saber: (i) agregação de valor; (ii) materialidade; (iii) relevância e (iv) vulnerabilidade.

De acordo com os padrões internos da Corte, a agregação de valor condiz com os temas em que a atuação da Corte pode gerar algum tipo de ganho para a gestão pública, notadamente, situações em que existam poucas informações sobre a política, ou ainda situações em que conjuntamente tenham se tornado urgentes ou de relevância extrema²⁷⁴. A materialidade, por sua vez, corresponde a situações em que os valores econômicos

²⁷³ SPECK, Bruno Wilhelm. *Auditing Institutions*. In POWER, Timothy; TAYLOR, Matthew (ed). **Corruption and Democracy in Brazil**. University of Notre Dame Press, 2011, p. 137.

²⁷⁴ O Manual de Auditoria Operacional do TCU exemplifica este critério com as seguintes situações: a) discussão sobre nova política pública ou mudança significativa na implementação de programa ou organização de ente governamental; b) surgimento de novas ou urgentes atividades ou mudanças de condição; c) escassez de auditorias anteriores ou trabalhos de outros órgãos de pesquisa ou de controle sobre o objeto de auditoria; d) pouco conhecimento sobre a relação causa e efeito entre a ação de governo e a solução de problemas. Cf. BRASIL. **Manual de Auditoria Operacional**. Brasília, Tribunal de Contas da União, 2010, p. 16. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/control-externo/normas-e-orientacoes/normas-de-fiscalizacao/auditoria-operacional.htm>. Acesso em: 23 de julho de 2019.

envolvidos na política são consideráveis. O racional é o de que quanto maior o valor, maiores serão os benefícios decorrentes do aprimoramento daquela política²⁷⁵.

A Corte considera relevantes aquelas políticas que assim são consideradas pela sociedade e que estejam em posição privilegiada no debate público²⁷⁶. Por outro lado, políticas vulneráveis são aquelas que, por suas características, podem estar associadas à ocorrência de “eventos adversos”. Muito embora não defina o que sejam estes eventos, a Corte parece sugerir que estes sejam eventos de desvios em relação à legalidade, afinal, ao exemplificar o que seriam situações deste tipo, o Manual de Auditoria Operacional menciona os seguintes eventos:

“Estruturas gerenciais complexas que envolvem diferentes organizações governamentais, de uma mesma esfera ou de esferas de governo diferentes, e organizações não-governamentais.

Falta de informações confiáveis ou atualizadas sobre o desempenho do objeto de auditoria, como alcance de metas, custos dos produtos, público atendido.

Problemas de estrutura, de planejamento, de controle.

Falta de clareza sobre objetivos, metas, responsabilidades, processos de tomada de decisão.

Problemas operacionais com sistemas informatizados.”²⁷⁷

Selecionadas as políticas a serem auditadas, o primeiro ato no procedimento de auditoria, é a realização de um levantamento²⁷⁸. Este é um instrumento processual utilizado

²⁷⁵ BRASIL. **Manual de Auditoria Operacional**. Brasília, Tribunal de Contas da União, 2010, p. 16. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/controle-externo/normas-e-orientacoes/normas-de-fiscalizacao/auditoria-operacional.htm>. Acesso em: 23 de julho de 2019.

²⁷⁶ Mais uma vez, a Corte exemplifica com os seguintes casos: a) opinião de parlamentares, de técnicos das casas legislativas ou de institutos de pesquisa, de figuras proeminentes de diversos setores da sociedade; b) declarações de prioridades nos planos e orçamentos públicos como o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias, a mensagem do Executivo que encaminha o orçamento ao Legislativo, os planos setoriais, a manifestação pública de priorização pelo governo; c) relatos reiterados de desperdícios, erros, desobediência a procedimentos; d) presença na mídia. Cf. BRASIL. **Manual de Auditoria Operacional**. Brasília, Tribunal de Contas da União, 2010, p. 16. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/controle-externo/normas-e-orientacoes/normas-de-fiscalizacao/auditoria-operacional.htm>. Acesso em: 23 de julho de 2019.

²⁷⁷ BRASIL. **Manual de Auditoria Operacional**. Brasília, Tribunal de Contas da União, 2010, p. 17. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/controle-externo/normas-e-orientacoes/normas-de-fiscalizacao/auditoria-operacional.htm>. Acesso em: 23 de julho de 2019.

²⁷⁸ Art. 238, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União. O levantamento pode ser realizado como atividade auxiliar da delimitação das auditorias a serem realizadas ou como parte da auditoria. No primeiro caso, a Corte o designa por levantamento de escopo amplo, sendo este destinado ao levantamento informações e identificação de tendências da administração pública, com o intuito de indicar os temas mais relevantes para a pauta da Corte. Quando realizado no curso do processo de auditoria, o levantamento é designado como de escopo restrito, e serve para verificar a viabilidade técnica de se realizar uma auditoria. Cf.: BRASIL. **Manual**

pela Corte para se inteirar acerca do funcionamento de determinado órgão administrativo e da política pública a ser auditada, com o intuito de se verificar a viabilidade técnica da realização de uma auditoria operacional.

Nele, o funcionamento do órgão e da política são estudados com o intuito de verificar os aspectos que deverão ser avaliados para aferir o desempenho da administração pública em sua execução. Neste sentido, a Corte identifica os indicadores de desempenho já existentes, a disponibilidade de dados e a sua confiabilidade, as eventuais avaliações já exercidas anteriormente e as limitações à atividade de auditoria – tudo isso, com o intuito de se verificar a conveniência e a oportunidade de se utilizar o mecanismo de auditoria operacional para fiscalizar aquele órgão ou política. A este respeito, a Corte é clara e exige, para além da viabilidade técnica, que se trate de temas de repercussão:

“A conclusão do estudo de viabilidade deve ser manifestação valorativa, substantiva e convincente sobre a conveniência e a oportunidade de se realizar a fiscalização, abrangendo razões que recomendam a seleção do objeto de auditoria, o potencial do tema para chamar a atenção da mídia, da sociedade civil organizada e do Legislativo, e gerar resultados que agreguem valor.”²⁷⁹

Definida a política, compreendido os seus mecanismos de funcionamento e das informações existentes a seu respeito, o próximo passo durante a auditoria operacional é o planejamento da auditoria. Esta etapa envolve um longo rito procedimental, conduzido internamente pela Corte de Contas, em que esta procura, a partir das informações levantadas, delimitar o escopo da auditoria a ser realizada, definir os critérios de auditoria a serem aplicados e definir a metodologia de fiscalização a ser aplicada, sendo tudo isso consolidado em uma matriz de planejamento e, por fim, em um plano de auditoria²⁸⁰.

Neste momento, é postura recomendada pelo Manual de Auditoria Operacional do TCU, que a equipe do controle externo interaja diretamente com o órgão auditado, apresentando-se ao gestor e a sua equipe, e se valha deste contato para construir uma relação de cooperação. Ademais, é neste planejamento que a Corte deverá construir seus parâmetros de avaliação, delimitando, o que configurará a eficiência, a eficácia, a efetividade e a

de Auditoria Operacional. Brasília, Tribunal de Contas da União, 2010, pp. 18 a 19. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/controle-externo/normas-e-orientacoes/normas-de-fiscalizacao/auditoria-operacional.htm>. Acesso em: 23 de julho de 2019.

²⁷⁹ BRASIL. **Manual de Auditoria Operacional.** Brasília, Tribunal de Contas da União, 2010, p. 19. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/controle-externo/normas-e-orientacoes/normas-de-fiscalizacao/auditoria-operacional.htm>. Acesso em: 23 de julho de 2019.

²⁸⁰ Idem, p. 21.

economicidade na auditoria a ser realizada. Por fim, definem-se neste momento as técnicas de coleta de dados a serem aplicadas pelo Tribunal.

Encerrada a etapa de planejamento, os técnicos do Tribunal passam à execução da auditoria, avaliando a política a partir dos critérios, instrumentos e objetivos delimitados na fase de planejamento. São considerados achados de auditoria, as constatações que demonstrem existir discrepância entre a situação identificada e os critérios fixados pelo próprio Tribunal de Contas.

Ao identificar estas situações, a Corte deve não só indicá-las, mas também identificar as causas para o desempenho abaixo do esperado, as condições em que esta se dá e os efeitos deste desempenho aquém do esperado. As causas e os efeitos irão determinar as medidas corretivas a serem recomendadas ou determinadas pelo TCU. Todas estas informações serão sintetizadas em um Relatório, que conterá os achados e as recomendações da Corte acerca de determinada política.

O gestor responsável pela política auditada terá a oportunidade de estabelecer um contraditório em relação às análises realizadas pela Corte, antes da publicação do Relatório. Uma vez acostadas as suas razões, a unidade técnica do Tribunal de Contas poderá revisitar o relatório ou, em considerando impertinentes as razões apresentadas pelo gestor, refutá-las em capítulo específico do documento. Ao fim deste processo, incumbe aos órgãos técnicos remeter o Relatório ao Plenário do Tribunal de Contas, para que este emita o acórdão a seu respeito, que consignará as recomendações e determinações definitivas da Corte acerca da política auditada.

O ciclo de auditoria, porém, não se encerra com esta deliberação. Após a exaustão das recomendações e determinações, a Corte dará início à etapa de Monitoramento, em que verificará se o órgão administrativo tem dado cumprimento à decisão que lhe foi direcionada pelo TCU. Nesta etapa, o gestor é obrigado a apresentar um Plano de Ação²⁸¹, que será acompanhado pelo Tribunal. O relatório de monitoramento será encaminhado para a

²⁸¹ Na definição da Corte: “O plano de ação é um documento apresentado pelo gestor ao TCU que formaliza as ações que serão tomadas para atender as deliberações propostas no sentido de corrigir os problemas identificados durante a auditoria. Envolve, basicamente, um cronograma em que são definidos responsáveis, atividades e prazos para a implementação das deliberações. Esse instrumento norteia o processo de monitoramento e tende a aumentar a sua efetividade.” Cf.: BRASIL. **Manual de Auditoria Operacional**. Brasília, Tribunal de Contas da União, 2010, p. 53. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/controle-externo/normas-e-orientacoes/normas-de-fiscalizacao/auditoria-operacional.htm>. Acesso em: 23 de julho de 2019.

deliberação do Plenário do Tribunal, informando se as recomendações e determinações foram, estão sendo ou se não estão sendo implementados pelos responsáveis.

Em suma, este é ciclo processual do controle externo operacional admitido ao Tribunal de Contas, a partir da Constituição Federal de 1988. Abaixo, especificamos a extensão jurídica de sua competência para exarar determinações e recomendações ao Poder Público.

4.2.2.5. DECISÕES POSSÍVEIS

A peculiaridade desta nova forma de controle também recai sobre o tipo de ato decisório que o Tribunal de Contas poderá exarar ao final do processo. Conforme adiantado acima, a auditoria sobre políticas públicas tem a finalidade de metrificar o desempenho da administração pública na execução de políticas públicas, a partir de parâmetros de eficiência, economicidade, efetividade e eficácia – tudo isso, para que a Corte possa emitir contribuições para o aprimoramento da gestão destas políticas.

Esta atividade implica um método decisório próprio, afinal, tal como destacado acima, não possui a finalidade de enquadrar a conduta do gestor dentro de conceitos jurídicos previamente definidos, mas sim o de aferir seu desempenho na execução de programas governamentais. Esta avaliação, por certo, não implica a imputação de ilegalidades ou violações jurídicas ao administrador público, implica, contudo, a constatação de pontos em que o desempenho da gestão seja insatisfatório e procura identificar as causas deste mau desempenho.

Naturalmente, o resultado da auditoria operacional também será particularmente distinto das demais modalidades de controle desempenhada pelo TCU. Nesta última, a Corte se limitará a emitir determinações ou recomendações direcionadas ao administrador, para que este aprimore sua gestão²⁸².

Esta é a finalidade declarada do controle operacional desempenhado pela Corte, conforme se depreende da Portaria SEGECEX nº 04, de 26 de fevereiro de 2010, que aprova o Manual de Auditoria Operacional aplicado pela Corte nesta modalidade de fiscalização.

²⁸² ROSILHO, André. **Tribunal de Contas da União: competências, jurisdição e instrumentos de controle**. São Paulo, Quartier Latin, 2019, p. 316.

Todo o processo de fiscalização é arquitetado para que, ao seu fim, subsistam aportes do Tribunal ao aprimoramento da gestão pública.

A emissão de determinações ou recomendações foi disciplinada pela Resolução nº 265, de 09 de dezembro de 2014, do TCU. Nesta, as determinações no âmbito da fiscalização operacional, são reservadas às situações em que se constate a violação a ato normativo, à lei ou, ainda, à jurisprudência do Tribunal de Contas da União, permitindo-se à Corte a expedição de ordem à unidade jurisdicionada para que esta apresente um Plano de Ação, apresentando as medidas a serem adotadas para a correção das irregularidades constatadas.

As recomendações, contudo, destinam-se às situações em que ocorra a constatação de um achado que não implique irregularidade ou ilegalidade, mas tão somente ato ensejador de ineficiência, antieconomicidade, ineficácia ou inefetividade do programa governamental executado. Em suma, nesta vertente estão consolidados os apontamentos da Corte que procuram, tão simplesmente aprimorar a gestão pública. Sua implementação, a princípio, não é obrigatória à administração, afinal, não há normativo, seja constitucional, legal ou infralegal, que assim disponha²⁸³.

Não obstante, a Lei Orgânica do TCU consagra previsão que permite à Corte a exarar punições aos gestores de que descumpram suas decisões. A expressão é utilizada em sentido amplo, o que pode suscitar a interpretação de que a não observância das recomendações da Corte poderão ensejar a punição dos gestores, revestindo o controle de um caráter de autoridade que lhe é absolutamente incompatível.

Importante apontar neste sentido, que muito embora a Corte tenha internalizado o controle de políticas públicas a partir de estruturas processuais próprias, especialmente desenhadas para este tipo de controle, no processo de interpretação e internalização deste desenho institucional, fez inserir nas estruturas dedicadas a este tipo de fiscalização, alguns elementos que lhe são estanhos, a exemplo do que apontamos acima, para o controle de legalidade.

Neste sentido, pode-se apontar primordialmente a introdução de aspectos de controle de legalidade no controle operacional. As auditorias deste último tipo podem contemplar determinações, a princípio, vinculantes em caso de constatação de ilegalidades,

²⁸³ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Competências de Controle dos Tribunais de Contas – Possibilidades e Limites*. in SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Contratações Públicas e seu Controle**. São Paulo, Malheiros, SBDP, 2013, p. 188.

conforme disciplinado pela Resolução nº 265/2014²⁸⁴. Ao mesmo passo, pode-se mencionar o disposto no art. 58 de sua lei orgânica, em que a não observância de suas decisões – em sentido amplo - geram punições para o gestor. O controle operacional, assim, incorpora em sua estrutura, doses de controle de legalidade, que permitem certa distorção em sua execução, com reflexos importantes sobre o controle de políticas públicas, conforme enfatizamos mais abaixo.

De todo modo, para o que interessa neste momento, cumpre anotar que este modelo de controle desvela um novo perfil institucional – que encerra algumas contradições - para o controle externo desempenhado pelo Tribunal de Contas da União. Apresentamos no item abaixo, as conclusões que podemos extrair do histórico institucional do Tribunal de Contas da União vis-à-vis ao perfil de controle desempenhado pela administração pública após a Constituição Federal de 1988.

4.3. CONCLUSÕES PARCIAIS

O desenho institucional do Tribunal de Contas da União, assim, sofreu importante alteração a partir da Constituição Federal de 1988. Suas competências de controle sofreram um incremento, transitando de um paradigma estritamente voltado à avaliação da legalidade orçamentária de atos e contratos da administração pública, para dar início a um período em que o controle operacional de políticas públicas passou a estar inserido em sua pauta.

O caráter institucional do controle externo, portanto, passou a ser bifronte, congregando em seu interior duas modalidades de controle com características absolutamente distintas. Na primeira frente, o controle de legalidade orçamentária, tradicionalmente afeito à atuação da Corte, congregando um processo voltado a assegurar o acesso do TCU às informações necessárias ao controle, que se exerce a partir de parâmetros previamente delimitados pela ordenação jurídica e possibilita a Corte a exarar comandos binários de validade ou invalidade, reservando a esta última o manejo de atos revestidos de (alguma) autoridade com o intuito de restituir a normalidade jurídica à ação administrativa.

Na segunda frente, o controle operacional de políticas públicas. Neste, a finalidade do controle é a de medir o desempenho da administração na execução de políticas públicas, a partir de parâmetros que, muito embora estejam consagrados na Constituição e nos

²⁸⁴ DECOMAIN, Pedro Roberto. **Tribunais de Contas no Brasil**. São Paulo, Dialética, 2006, p. 112.

normativos internos da própria Corte, apresentam-se como conceitos relacionais²⁸⁵, isto é, cuja delimitação depende da prévia delimitação de premissas concretas para que o cotejo entre seus termos e a realidade atrelada à execução das políticas se torne possível. O processo que instrumentaliza este controle é marcado por uma série de etapas, que antecedem a realização da fiscalização operacional.

Estas etapas procuram detalhar a forma de abordagem da Corte e, especialmente, permitir que o Tribunal estabeleça, no caso concreto, a forma pela qual irá aferir o desempenho da administração na execução da política ou programa governamental controlado. A esta se sucede a etapa de efetiva execução da auditoria e a fixação do desempenho da administração em sua execução. Por ter esta finalidade, o escopo de suas decisões segue outra linha: em caso de irregularidades, a Corte poderá emitir determinações, que deverão ser endereçadas pelo órgão administrativo através de um Plano de Ação. Caso contrário, na hipótese de verificar aspectos que podem aprimorar a gestão, poderá o Tribunal recomendar a adoção destas medidas.

Neste desenho institucional, o processo em ambas as vertentes oportuniza a manifestação dos gestores. Não obstante, no primeiro modelo de controle, por este privilegiar o controle de legalidade, o debate assume contornos bastante adstritos a este aspecto. Enquanto no segundo perfil, a interação entre a Corte e órgão auditado se dá na etapa de planejamento, em que a Corte se aproxima do órgão com o intuito de levantar informações acerca da forma pela qual a política funciona, e após a elaboração do relatório de auditoria, em que o órgão auditado é convocado a apresentar suas considerações ante os achados do órgão de controle.

Não obstante a distinção entre as modalidades de controle, que nos parece evidente, sobretudo, quando cotejada no histórico institucional da Corte, o Tribunal disciplinou

²⁸⁵ Chamamos de relacionais conceitos que não possuem conteúdo semântico em si mesmos. Tratam-se de conceitos que para serem compreendidos necessitam ser “enxertados” por informações contextuais concretas extraídas dos fenômenos que se pretende avaliar em uma situação específica. Sob o ponto de vista jurídico, o processo de apreensão da realidade demanda a prévia delimitação do significado de um parâmetro normativo, que será utilizado para avaliar juridicidade de determinado fato. Quando os conceitos relacionais se tornam parâmetros normativos, a delimitação de seu conteúdo não é possível de ser realizada em abstrato; pelo contrário, depende da avaliação das condições concretas para que, então, se torne possível definir seu conteúdo. Tome-se o exemplo do conceito de eficiência. Definir se determinada conduta é ou não eficiente não é exercício abstrato. Para que juízo deste tipo possa ser realizado é preciso que as condições concretas envolvidas na execução deste ato sejam consideradas, avaliando as condições concretas que permearam a decisão, os objetivos alvitrados e as alternativas possíveis. Sem considerar estes fatores, é impossível formar um juízo acerca da eficiência ou não de determinada ação. Trata-se de um conceito relacional pois a sua compreensão somente é possível a partir da consideração da relação de diversas premissas envolvidas na ação concretamente analisada.

internamente estas modalidades de forma a mesclar o seu manejo pelo TCU. Neste sentido, instrumentos tradicionalmente afeitos à lógica do controle de legalidade orçamentária, passam a poder contemplar também instrumentos de fiscalização operacional de políticas públicas, conduzindo-a dentro de sua lógica de julgamento.

Esta mescla, e os desafios consignados em cada uma das estruturas processuais em si, está na raiz dos constantes questionamentos pelos quais o controle do TCU tem passado nos últimos tempos. Em função da mistura de duas lógicas de controle distintas dentro de procedimentos com estruturas diversas e originalmente desenhados para atender a finalidades igualmente distintas, o manejo das competências de controle pela Corte tem levado a sua atuação a enfrentar dilemas institucionais no controle da gestão pública. Dedicamo-nos a apresentar estes aspectos em maior detalhe no item a seguir.

5. O TCU E A GESTÃO PÚBLICA: O DILEMA INSTITUCIONAL DO CONTROLE EXTERNO

Os impasses entre os órgãos e entidades da administração pública e a atuação do Tribunal de Contas da União têm sido crescentes nos últimos anos. As tensões se espalham pelas mais diversas áreas de atuação estatal, abrangendo desde funções administrativas como as de regulação²⁸⁶, passando pela modelagem e elaboração de projetos de infraestrutura²⁸⁷ e atingindo até a gestão e a inovação em políticas públicas²⁸⁸. Nestas relações, a causa recorrentemente apontada para o aumento da tensão entre estes atores é a tomada, pelo TCU, do espaço reservado à gestão pública.

A Corte de Contas, neste sentido, estaria exercendo suas atividades de modo a invadir as competências dos entes administrativos para delimitar a maneira pela qual o suas funções e políticas devem ser exercidas. O controle externo instauraria, assim, um regime de “cogestão” entre o Tribunal e o Poder Executivo, em que as políticas e funções deste último somente poderiam ser conduzidas conforme o crivo do TCU. O arranjo institucional

²⁸⁶ PEREIRA, René. TCU Toma Lugar das Agências Reguladoras. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 25 de abril de 2016. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,tcu-toma-lugar-das-agencias-reguladoras,10000027856>. Acesso em 29 de julho de 2019.

²⁸⁷ Governo Aceita Mais Mudanças e TCU Marca Votação para Nova Concessão de Rodovias. 01 de maio de 2019. *Agência Infra*, São Paulo, 01 de maio de 2019. Disponível em: <http://www.agenciainfra.com/blog/governo-aceita-mais-mudancas-e-tcu-marca-votacao-para-nova-concessao-de-rodovias/>. Acesso em 29 de julho de 2019.

²⁸⁸ A Cultura do Medo. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 07 de abril de 2019. Disponível em: <https://opiniao.estadao.com.br/noticias/notas-e-informacoes,a-cultura-do-medo,70002782184>. Acesso em 29 de julho de 2019.

consagrado pela Constituição de 1988, neste sentido, tornara a função administrativa um consectário do controle.

A literatura jurídica tem ofertado explicações para este fenômeno e sugerido soluções para o seu equacionamento. André Rosilho, em interessante trabalho recente, sugere que este movimento estaria diretamente relacionado com a atuação de representantes do Tribunal de Contas junto à Assembleia Nacional Constituinte e durante o processo de tramitação legislativa da lei orgânica da Corte, em que os membros da Corte foram capazes de introduzir uma agenda própria nas regras que estruturam o TCU²⁸⁹. Afora isto, a Corte ainda teria adotado uma postura expansiva em seus regramentos internos, sobretudo no que toca à prática de atos de comando, o que levaria a uma constante e indevida projeção do controle externo sobre a função administrativa²⁹⁰.

A solução estaria numa interpretação menos voluntarista das competências da Corte e mais atenta ao que prescrevem os incisos do art. 71 da Constituição Federal. Conforme anotam Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara, muito embora a Carta política de 1988 tenha sido generosa quanto aos meios de controle, esta foi bastante restritiva quanto a capacidade de intervenção da Corte (prática de atos de comando)²⁹¹. Os atos de comando estariam adstritos aos temas de ordem orçamentária e financeira²⁹², enquanto as demais competências de controle da Corte estaria adstrita a uma competência estritamente sugestiva²⁹³.

O diagnóstico nos parece absolutamente preciso, assim como a solução endereçada para o tema delinea uma concepção acerca das competências da Corte mais fiel ao processo histórico de modificação de seu perfil institucional. A reconstrução realizada ao longo da primeira parte desta dissertação desvela que a atuação do TCU nos processos de reconfiguração de suas competências capturada por André Rosilho durante a Assembleia Nacional Constituinte de 1988, não foi um fenômeno isolado, pelo contrário, foi a tônica ao

²⁸⁹ ROSILHO, André. **Tribunal de Contas da União: competências, jurisdição e instrumentos de controle**. São Paulo, Quartier Latin, 2019, p. 354.

²⁹⁰ Idem, p. 368.

²⁹¹ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Competências de Controle dos Tribunais de Contas – Possibilidades e Limites*. in SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Contratações Públicas e seu Controle**. São Paulo, Malheiros, SBDP, 2013, p. 182.

²⁹² Idem, p. 189.

²⁹³ Ibidem, p. 188.

longo dos constantes processos de reformas e contrarreformas que delimitaram os sucessivos desenhos institucionais da Corte.

Mais do que isso, quando considerados em perspectiva, estes sucessivos desenhos institucionais conferem um sentido jurídico específico à atual conformação de competências da Corte que, apesar disso, foi incorporada de maneira distinta pelos normativos internos do Tribunal, tal como já apontara André Rosilho e anotamos no item 4.3.1.2. acima. Não obstante, a análise dos sucessivos desenhos institucionais da Corte denota algo além da ampliação do escopo da prática de atos de comando pelo TCU. A análise dos perfis institucionais resultantes dos processos de remodelagem da Corte, evidenciam que esta internalização das atribuições da Corte confunde, de forma estrutural, o controle operacional com o controle de legalidade orçamentária.

O resultado é a criação de uma espécie de “controle total” pelo TCU. Todas as atividades da administração são controláveis pela Corte em qualquer das perspectivas indicadas pelo art. 70 da Constituição Federal (contábil, orçamentária, financeira, patrimonial e operacional) em qualquer dos parâmetros estabelecidos pelo mesmo artigo (legalidade, economicidade, legitimidade) e pelos outros mais designados pela Corte em seus normativos internos (eficiência, eficácia e efetividade).

É como se não houvesse um rigor ou um perfil institucional associado à remodelagem da Corte na Constituição de 1988, e as disposições ali contempladas servissem apenas à designação de prerrogativas ao Tribunal de Contas da União, para que este as manejasse como melhor entendesse. A premissa não nos parece correta, pois desconsidera a sucessão de modelos delineada pela história do TCU e presume um processo de conformação institucional que não é condizente com a forma pela qual as instituições de fato modificam suas competências.

Conforme destacamos na metodologia deste trabalho, as instituições costumam alterar seu desenho a partir de movimentos intimamente relacionadas com o contexto em que estas se inserem. Ou bem estas alterações provêm de estímulos externos à instituição, que ocasionam uma drástica alteração em seu contexto de atuação, ou bem estas são provenientes de movimentos internos da própria instituição, que disputam com outros agentes diretamente envolvidos na atuação da Corte a primazia do conteúdo jurídico de suas atribuições.

No caso do Tribunal de Contas, ao longo de sua história, seu desenho institucional foi modulado a partir dos embates entre a “burocracia do controle” e a “burocracia do Poder Executivo”, dois agentes que se intercalaram na primazia acerca da delimitação das regras que definiriam o escopo de atuação do TCU. Em sua origem, em um momento de indiferenciação entre ambos os corpos burocráticos, a delimitação do desenho da Corte ficou por conta da burocracia de finanças formada durante o Império, dentro de uma concepção legalista e forjada pela experiência do Tribunal do Tesouro.

Os demais corpos burocráticos eram incipientes para fazer frente às pretensões dos financistas acerca da necessidade de garantia da eficácia da legislação orçamentária, o que conferia aos opositores da medida um pequeno poder de veto em relação ao modelo de Corte de Contas projetado. Além disso, por ter sido centralizado por uma burocracia específica, forjada no controle desempenhado pelo Tribunal do Tesouro, não houve espaço para um amplo debate acerca do modelo a ser adotado. Este seguiu as diretrizes que conformavam o horizonte de compreensão desta burocracia, isto é, as diretrizes de controle ensaiadas no Tribunal do Tesouro.

As reformas, frise-se, ainda foram conduzidas em um ambiente pouco permeável ao debate e ao acesso de outros grupos. Conforme visto, o movimento de criação do TCU se inicia no período do governo provisório, em que inexistia a figura do parlamento, e em que seus primeiros desenhos foram definidos mediante decreto da lavra de Ruy Barbosa.

Este cenário criou um contexto que, na matriz proposta por Kathleen Thelen e James Mahoney abordada no item 2.1 desta dissertação, é propícia a reformas institucionais do tipo “*displacement*”²⁹⁴, isto é, de suplantação de um modelo de competências por outro. A baixa permeabilidade ao debate no contexto de criação do TCU permitiu que a burocracia de finanças assumisse a dianteira deste processo quase que com exclusividade, concentrando em suas mãos o poder de veto²⁹⁵ sobre as alternativas de desenho institucional discutidas à época.

Não por outra razão, o Tribunal do Tesouro é extinto, dando lugar ao Tribunal de Contas da União.

²⁹⁴ THELEN, Kathleen; MAHONEY, James. *A Theory of Gradual Institutional Change*. THELEN, Kathleen; MAHONEY, James. **Explaining Institutional Change: ambiguity, agency and power**. Cambridge University Press, New York, 2010, p. 15.

²⁹⁵ Idem, p. 19.

Ao longo do séc. XX, há um processo de diferenciação entre os corpos burocráticos, sobretudo, a partir da estruturação de uma burocracia moderna no Poder Executivo a partir do Estado Novo. Burocracia esta que, aliada com o centralismo administrativo inaugurado com o golpe de 1930, passa a disputar com a burocracia do controle a hegemonia na delimitação do desenho da Corte. Nos períodos de maior autoritarismo e centralidade do Poder Executivo, a burocracia de contas perdeu espaço, conferindo a primazia do corpo de funcionários vinculados à Presidência da República, que passam a antagonizar em relação ao controle externo praticado pelo TCU.

O ato final desta primeira disputa é interpretado em 1967, em uma reforma constitucional conduzida pelo Poder Executivo, já durante o regime militar de 1964. A burocracia do controle, muito embora tivesse recuperado seu espaço com a Constituição de 1946, chegava ao páreo enfraquecida. O aumento das atribuições e dos mecanismos de intervenção estatal sobre a ordem econômica tornavam o controle via registro prévio um tanto irracional, auxiliando na conflagração de um movimento de reforma das competências da Corte.

Este foi vencedor nas reformas constituições realizadas em 1967. A baixa discricionariedade na interpretação do modelo de fiscalização da Corte, ensejada pelo assento constitucional da do registro prévio, associada à baixa capacidade de intervenção da burocracia do controle no processo de revisão constitucional, novamente forcejou um movimento de reforma do tipo “*displacement*”²⁹⁶ da competência do Tribunal. As regras quanto ao registro prévio foram extintas, criando-se a fiscalização via auditoria financeira e orçamentária.

Isto, porém, não encerrou a disputa. O mais recente episódio deste embate foi a Assembleia Nacional Constituinte de 1988, em que pela primeira vez, os polos da relação entre ambos os atores se inverteram. Desta feita, quem saiu enfraquecido da ditadura militar foi a burocracia do Executivo, que passara a ser vista com desconfiança, favorecendo a organização da burocracia de controle para retomar a primazia na delimitação de suas próprias atribuições.

²⁹⁶ THELEN, Kathleen; MAHONEY, James. *A Theory of Gradual Institutional Change*. THELEN, Kathleen; MAHONEY, James. **Explaining Institutional Change: ambiguity, agency and power**. Cambridge University Press, New York, 2010, p. 15.

A consolidação das práticas de auditoria financeira na Corte, o movimento de privilégio a este tipo de fiscalização e o seu direcionamento para a fiscalização operacional, conferia pouco espaço para o retorno da ideia de registro prévio, o que somado a maior organização desta burocracia durante a Constituinte – o que lhe conferia maior poder de veto²⁹⁷ -, criou uma ambiente propício a uma revisão das competências da Corte através do “*layering*”, isto é, do acréscimo de novas competências em sua forma de atuação, sem a extinção das anteriores.

Não por outro motivo, o controle de legalidade orçamentária foi preservado, passando a ser acompanhado do controle operacional a partir dos parâmetros de economicidade, legitimidade e, posteriormente, de eficácia, efetividade e eficiência. Não obstante, do ponto de vista interno, após a constituinte, este acréscimo de competências foi interpretado como uma fusão de atribuições, criando um sistema híbrido de “controle de legalidade operacional” como *modus operandi* do Tribunal de Contas.

Sob o ponto de vista institucional, este processo de internalização desvela que após o desenho consagrado pela Constituição, estas atribuições foram oficialmente internalizadas através do Regimento Interno da Corte e de sua Lei Orgânica, a partir de um processo de “*conversion*”, isto é, um processo de modificação da interpretação acometida às normas que conformam a estrutura de competências do Tribunal, sem que exista um processo de conflito direto com as disposições instauradas pela Carta política de 1988. A falta de objetividade na delimitação das competências da Corte no texto constitucional de 1988²⁹⁸ e o fortalecimento da burocracia dos órgãos de controle após a nova Carta Política foram variáveis fundamentais para viabilizar este processo²⁹⁹.

Neste processo, o caráter bifronte do controle, delineado pela Constituição, foi reduzido a um só controle, híbrido, em que controle operacional e de legalidade são manejados pela Corte como uma faceta única de suas competências. Os instrumentos de

²⁹⁷ THELEN, Kathleen; MAHONEY, James. *A Theory of Gradual Institutional Change*. THELEN, Kathleen; MAHONEY, James. **Explaining Institutional Change: ambiguity, agency and power**. Cambridge University Press, New York, 2010, p. 19.

²⁹⁸ ROSILHO, André. **Tribunal de Contas da União: competências, jurisdição e instrumentos de controle**. São Paulo, Quartier Latin, 2019, p. 328.

²⁹⁹ THELEN, Kathleen; MAHONEY, James. *A Theory of Gradual Institutional Change*. THELEN, Kathleen; MAHONEY, James. **Explaining Institutional Change: ambiguity, agency and power**. Cambridge University Press, New York, 2010, p. 15.

fiscalização operacional comportam decisões ínsitas ao controle de legalidade, enquanto este último também comporta análises típicas do primeiro.

A primazia neste processo também pertenceu à burocracia do controle. O trabalho de André Rosilho, conforme asseveramos acima, nos destaca este aspecto, desvelando a coordenação e a atuação da Corte no processo legislativo de aprovação da Lei Federal nº 8.443/1992³⁰⁰. A lei não apenas sucede a ditadura militar – período em que o Executivo e sua burocracia perderam protagonismo no processo político -, mas tem sua tramitação acelerada durante momento em que eclodiam diversos escândalos de corrupção envolvendo membros do Poder Executivo, durante a gestão de Fernando Collor³⁰¹.

O resultado deste contexto foi o protagonismo do legislativo e, sobretudo, da burocracia do Tribunal de Contas da União durante este processo. Conforme aponta o trabalho de André Rosilho, foi a própria Corte de Contas quem elaborou a primeira versão do Projeto de Lei que, posteriormente, viria a se tornar a lei orgânica do Tribunal.

A Lei 8.443/1992, portanto, é um produto da interpretação do TCU acerca do desenho institucional que lhe foi outorgado pela Constituição Federal de 1988. Seu Regimento Interno, elaborado e aprovado pela própria Corte, também é produto do mesmo tipo. Ambos, porém, desvelam uma interpretação que distorce o desenho institucional da Constituição, à medida que o tema é tratado como um bloco indiferenciado de competências a serem exercidas pela Corte, ao ponto de instrumentos de fiscalização típicos de um, serem incorporados por outro modelo de controle.

A mudança é conduzida a partir da interpretação do desenho institucional consagrado na Constituição Federal de 1988. O contexto de elaboração destes documentos é marcado, em especial, por uma pequena capacidade de veto às leituras da Corte acerca de suas competências – notadamente, evidenciadas no protagonismo da Corte durante o processo legislativo de elaboração de sua própria lei orgânica -, ao mesmo passo, que por um certo grau de incerteza atrelado à articulação entre os art. 70 e 71 da Constituição Federal, que delimitam o desenho das competências da Corte.

A se tomar a matriz exposta na metodologia deste trabalho, o cenário é favorável a um processo de “*conversion*”, isto é, de modificação do desenho institucional a partir do

³⁰⁰ ROSILHO, André. **Tribunal de Contas da União: competências, jurisdição e instrumentos de controle**. São Paulo, Quartier Latin, 2019, pp. 94 a 95.

³⁰¹ Idem, p. 93.

estabelecimento de interpretações acerca do conteúdo jurídico das normas que delimitam a competência da instituição.

Este processo engendra como resultado não só a expansão indevida da competência da Corte para intervir com atos de comando em áreas da administração pública, mas promove o entrelaçamento do perfil institucional destes controles, misturando métodos de julgamento, premissas processuais e decisões possíveis pensados para o controle de legalidade no controle operacional da administração pública. Este modelo híbrido tem estimulado à Corte a tornar-se cada vez mais interventiva, ao mesmo passo que mitiga a qualidade destas intervenções sobre a gestão pública, ampliando as tensões entre os representantes políticos e o órgão de controle.

A confusão das lógicas associadas a cada uma das modalidades de controle encerradas no TCU está na raiz dos dilemas contemporâneos enfrentados pelo Tribunal em face da fiscalização da gestão pública. Isto porque ela engendra um tipo de controle que padece de algumas disfuncionalidades, que incrementam as intervenções do Tribunal sobre o cerne da gestão, mitigando o espaço originalmente reservado ao administrador. Apontamos as patologias nos itens abaixo.

5.1.AS DISFUNCIONALIDADES NO HIBRIDISMO DAS COMPETÊNCIAS DE CONTROLE DO TCU

A confusão entre ambos os paradigmas de controle consagrados na estrutura institucional do Tribunal de Contas é ocasionada pela forma de internalização destas competências pela Corte³⁰². O Tribunal, ao disciplinar a maneira pela qual o controle operacional e o controle de legalidade seriam exercidos, disciplinou-os como se ambos integrassem a mesma faceta de atribuições da Corte; como se as disposições do art. 70 lhe atribuíssem um bloco monolítico de competências que poderiam ser exercidas de forma indistinta pelo Tribunal de Contas da União.

Neste sentido, a disciplina específica de seus instrumentos de fiscalização tratou de delimitá-los com características híbridas, isto é, que permitem ao Tribunal manejá-los tanto para um controle de legalidade estrita quanto para um controle operacional da administração

³⁰² Bruno Speck aponta esta confusão até mesmo como algo inerente à estrutura judicialiforme do tribunal, conforme se vê em seu: SPECK, Bruno Wilhelm. **Inovação e Rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema de político-administrativo do Brasil**. São Paulo, Fundação Konrad Adenauer, 2000, p. 92.

pública. A lógica é a do “controle total”, em que cada instrumento de fiscalização permite ao Tribunal acessar todo e qualquer aspecto da ação administrativa, abrangendo desde aspectos atinentes a sua legalidade orçamentária a aspectos pertinentes às escolhas de gestão adotadas pelo administrador público.

Tome-se, por exemplo, a disciplina do processo de tomada de contas. Este, que pode ser considerado o exemplo tradicional do controle de legalidade, pode resultar na reprovação de contas do gestor em hipóteses específicas, delimitadas pelo art. 209 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União. No dispositivo, são elencadas como razões para esta reprovação não só a identificação de violações contábeis ou à legalidade, mas também a constatação de atos de gestão antieconômicos, ilegítimos ou infrações a normas operacionais da administração pública³⁰³.

Isto se constata também na disciplina das auditorias. Estas foram concebidas tanto para a aferição de conformidade da atuação administrativa, quanto instrumentos para a fiscalização operacional da administração, conforme se vê:

Art. 239. Auditoria é o instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para:

I – examinar a legalidade e a legitimidade dos atos de gestão dos responsáveis sujeitos a sua jurisdição, quanto ao aspecto contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial;

II – avaliar o desempenho dos órgãos e entidades jurisdicionados, assim como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais, quanto aos aspectos de economicidade, eficiência e eficácia dos atos praticados;

Os acompanhamentos também seguem nesta lógica. Estes são instrumentos de fiscalização destinados a inspecionar por período previamente estabelecido a regularidade de determinada atuação administrativa. Na disciplina que lhe foi conferida pelo Regimento Interno da Corte de Contas, este pode ser utilizado tanto para aferir a regularidade contábil e orçamentária dos atos da administração, quanto para verificar o desempenho operacional da administração pública. Vale transcrever o conteúdo do art. 241, que disciplina o instrumento:

³⁰³ Art. 209. O Tribunal julgará as contas irregulares quando evidenciada qualquer das seguintes ocorrências: I – omissão no dever de prestar contas; II – prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo ou antieconômico, ou infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial;

Art. 241. Acompanhamento é o instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para:

I – examinar, ao longo de um período predeterminado, a legalidade e a legitimidade dos atos de gestão dos responsáveis sujeitos a sua jurisdição, quanto ao aspecto contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial; e

II – avaliar, ao longo de um período predeterminado, o desempenho dos órgãos e entidades jurisdicionadas, assim como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais, quanto aos aspectos de economicidade, eficiência e eficácia dos atos praticados.

Até mesmo o levantamento carrega consigo traços ambivalentes. Instrumento especialmente destinado para a produção de informações que virão a instruir outros processos de fiscalização, este pode servir tanto para o levantamento de informações pertinentes a aspectos contábeis e orçamentários da administração pública, a aspectos operacionais, acerca da execução de políticas públicas³⁰⁴.

Os exemplos acima, extraídos dentre os principais instrumentos de fiscalização adotadas pela Corte, são evidências da maneira pela qual as competências delimitadas pela Constituição Federal de 1988 foram absorvidas pelo TCU. A ideia de controle total, a partir de um bloco monolítico de atribuições se faz presente mediante a consagração de um regime híbrido para os instrumentos de fiscalização utilizados pelo Tribunal. A partir desta forma de regulamentação, estes instrumentos passam a poder ser utilizados tanto para o controle de legalidade quanto para o controle operacional.

E mais grave ainda: à exceção das auditorias, que contam com procedimentos de fiscalização específicos para o controle operacional e para o controle de legalidade³⁰⁵, todos os demais instrumentos não suscitam modificações em seus procedimentos de utilização que os adapte às peculiaridades de cada modalidade de controle. A absorção dos elementos de controle operacional por mecanismos de controle de legalidade, portanto, franqueia à Corte de Contas um controle operacional dentro das características processuais ínsitas ao controle

³⁰⁴ Art. 238. Levantamento é o instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para: I – conhecer a organização e o funcionamento dos órgãos e entidades da administração direta, indireta e fundacional dos Poderes da União, incluindo fundos e demais instituições que lhe sejam jurisdicionadas, assim como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais no que se refere aos aspectos contábeis, financeiros, orçamentários, operacionais e patrimoniais;

³⁰⁵ Interessante apontar, contudo, que mesmo nos manuais que delimitam as práticas a serem adotadas pelo TCU na realização das auditorias de conformidade, está presente a ambivalência de seu modelo institucional.

de legalidade – tanto nos procedimentos e sucessão de atos, quanto no tipo de comandos que poderão ser exarados.

O nó institucional resultante da mistura das atribuições de controle do TCU em seu regimento interno aniquila as distinções entre ambas as modalidades de controle e reduz os parâmetros de controle operacional – conceitos notadamente relacionais – a parâmetros normativos objetivos, permitindo que a Corte os tome por normas jurídicas cujo descumprimento autoriza a emissão de comandos binários, de validade ou invalidade, permitindo a ampliação dos temas em que se permite a intervenção da Corte de Contas, revestida de autoridade.

Mas não é apenas no Regimento Interno e em relação aos instrumentos de controle de legalidade que este fenômeno se observa. A Lei Federal nº 8.443, de 16 de julho de 1992, também instituiu previsões que promovem o entrelaçamento entre ambas as vertentes do exercício destas atribuições. Notadamente, fê-lo ao disciplinar as decisões possíveis à Corte, introduzindo uma possibilidade de aplicação de penalidade que confere um reforço autoritário ao controle operacional, agregando-lhe uma dimensão que destoa de toda a lógica atrelada a esta modalidade de fiscalização.

Isto se nota especificamente no art. 58 da lei, que regulamenta a aplicação de multas pela Corte de Contas. Esta espécie de comando autoritário da Corte destina-se a aqueles que venham a ser considerados responsáveis em julgamentos – em sentido amplo – conduzidos pelo Tribunal, abrangendo tanto suas competências para controle de legalidade quanto para o controle operacional.

A previsão que evidencia a “contaminação” do controle operacional pela lógica de legalidade reside no inciso IV do art. 58, em que se autoriza ao TCU a aplicação de multas àqueles que não cumprirem, no prazo designado pela Corte, o conteúdo de decisões prolatadas pelo Tribunal. A previsão é genérica, e quando cotejada com os procedimentos fixados pela Corte para suas auditorias operacionais, denota a possibilidade de utilização deste expediente para, de forma indireta e distorcida, revestir de caráter vinculante tanto as determinações quanto as recomendações exaradas em decisões do Tribunal em sede de controle operacional³⁰⁶.

³⁰⁶ As auditorias se tornam, assim, um mecanismo amplo de fiscalização, que permite a Corte a acessar e analisar a ação pública sob qualquer prisma, seja o operacional, seja o de legalidade. O Acórdão nº 1.398/2014 do TCU é um exemplo disso, em que a auditoria destinada a fiscalizar a gestão das políticas de financiamento

Vale lembrar que, no contexto das auditorias operacionais, as recomendações e determinações contemplam a necessidade de apresentação, pelo gestor, de um plano de ações para endereçar os apontamentos realizados pelo tribunal. A divergência do gestor em relação aos apontamentos do Tribunal, dentro do cenário acima, torna-se inviável, afinal, a discordância e consequente não implementação até mesmo das recomendações pode expô-lo a punições. A visão da Corte, portanto, se impõe pela força das sanções atreladas a seu aparato decisório.

Controle operacional e de legalidade, portanto, misturam-se dentro da estrutura definida pelo regimento interno e pela lei orgânica do Tribunal. Adotando os elementos destacados nesta dissertação para a delimitação do perfil institucional do TCU, é como se os normativos da Corte mesclassem os objetos e os parâmetros das duas modalidades de controle que, conceitualmente, atendem a finalidades completamente distintas.

No primeiro viés, isto é, a absorção de elementos do controle operacional pelo controle de legalidade, a Corte constitui um paradigma de controle híbrido, porém, disfuncional, em que se abre à Corte a possibilidade de fiscalizar a execução de políticas públicas pela administração a partir de parâmetros de controle, estruturas processuais, métodos decisórios e provimentos, inadequados para o que a Constituição Federal de 1988 delimitou para este tipo de controle.

No segundo viés, a absorção de elementos de controle de legalidade pelo controle operacional, traduz-se em um hibridismo indevido nas decisões possíveis a esta última modalidade de controle, distorcendo-a, reforçando a tendência de um controle operacional revestido de autoridade – o que, mais uma vez se distancia do desenho institucional consagrado pela Constituição de 1988 para o controle externo.

É o que demonstramos nos itens abaixo.

do BNDES foi considerada como uma auditoria de “conformidade”, contendo avaliações tanto sobre a legalidade quanto sobre o desempenho do banco. O descumprimento do BNDES de item do acórdão da Corte de Contas foi apontado pelo TCU como causa suficiente para a imputação de multa prevista no art. 58, inc. VI, da Lei nº 8.443/1992. Cf.: STF: MS nº 33.340, Min. Rel. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 26/05/2015, fl. 2.

5.1.1. A GRAMÁTICA DA LEGALIDADE NO CONTROLE OPERACIONAL

A primeira das distorções institucionais ensejado pelo hibridismo instituído pelo Tribunal de Contas a partir de seu regimento interno e por sua lei orgânica, é a introdução de uma linguagem e, por consequência, de uma forma de compreensão de seu objeto de controle, a partir de uma ótica ínsita ao controle de legalidade, para o controle operacional.

Ao se tornar possível julgar contas irregulares ou punir gestores por atos ilegítimos ou antieconômicos ou por serem contrários a regras operacionais, ou permitir que auditorias apreciem legitimidade de atos quanto destinadas ao controle de legalidade orçamentária e, ainda, quando se admitem acompanhamentos para avaliar legalidade e mensurar desempenho, há uma composição de parâmetros de controle de natureza diversa, em estruturas processuais que nem sempre observarão uma estrutura adequada para a sua correta aplicação.

Especificamente no que concerne à aplicação dos parâmetros de controle, ao se admitir que se considere uma conta irregular ou se determine a punição do gestor por violação a parâmetros relacionais, como a ideia de economicidade ou de legitimidade, bem como em razão da violação de parâmetros operacionais, a Corte nega-lhes o caráter relacional, e as transforma em normas jurídicas estritas, como se estas contemplassem comandos normativos objetivos e previamente delimitados, que se não atendidos, devem ensejar a penalização do gestor.

Nesta desenho, parâmetros relacionais são traduzidos processualmente em uma gramática de legalidade estrita, em que seus comandos não são apreendidos como critérios de julgamento de conteúdo indeterminado, cuja definição é dependente da delimitação de premissas prévias, definidas contextualmente, que servirão de referencial para o julgamento de economicidade ou legitimidade. Pelo contrário, tais valores passam a ser delimitados como portadores de um comando jurídico específico, que passa a ser delimitado unilateralmente pela Corte, para o julgamento da existência de alguma irregularidade na ação administrativa, da qual possa resultar a aplicação de penalidades.

Elidir o caráter relacional destes parâmetros é tornar sua aplicação disfuncional. Estes são parâmetros cujo valor jurídico é altamente dependente do contexto de execução do ato, que servem mais para a avaliação de desempenho que propriamente para a estipulação

de um conteúdo jurídico específico, cujo descumprimento suscita a imediata repressão através da aplicação de uma penalidade.

Um ato não viola a economicidade, ele pode ser antieconômico ou econômico, mas para que tal assertiva seja construída é preciso que, no caso concreto, se delimitem as premissas que definirão o que pode assim ser considerado diante das condições enfrentadas pelo gestor. Ainda que a Corte considere este contexto, o fará de maneira unilateral, definindo por conta própria o parâmetro que delimitará o juízo relacional quanto a economicidade ou legitimidade de determinado ato, sem considerar, contudo, as condições enfrentadas pelo gestor.

Esta ação unilateral e reducionista quanto aos parâmetros de controle mais afeitos ao processo de controle operacional, para julgar a legalidade de ações administrativas tende a ensejar distorções nas intervenções do Tribunal. Isto porque permite a Corte a acessar aspectos operacionais da ação pública e julgá-los irregulares, sem, contudo, abrir espaço para a conformação destes valores dentro das situações efetivamente enfrentadas pelo gestor.

E isto não se deve apenas à redução do parâmetro de controle à gramática da legalidade, mas também, ao fato de o controle deste tipo não apresentar uma estrutura processual afeita à lógica dos parâmetros de controle relacionais, mais afeitos à lógica do controle operacional, conforme demonstramos abaixo.

5.1.2. A APLICAÇÃO DE PARÂMETROS DE DESEMPENHO SEM A ESTRUTURA PROCESSUAL ADEQUADA

Esta ação unilateral e reducionista quanto aos parâmetros de controle mais afeitos ao processo de controle operacional, para julgar a legalidade de ações administrativas tende a ensejar distorções nas intervenções do Tribunal. Isto porque permite a Corte a acessar aspectos operacionais da ação pública e julgá-los irregulares, sem, contudo, abrir espaço para a conformação destes valores dentro das situações efetivamente enfrentadas pelo gestor.

E isto não se deve apenas à redução do parâmetro de controle à gramática da legalidade, mas também, ao fato de o controle deste tipo não apresentar uma estrutura processual afeita à lógica dos parâmetros de controle relacionais, mais afeitos à lógica do controle operacional.

Do que expusemos no item 4 desta dissertação, logo se vê que o controle de legalidade apresenta uma estrutura processual menos dialógica em relação ao gestor público. Este opera, sobretudo, mediante a remessa documental ao Tribunal de Contas, que apreciará estes documentos para aferir a sua adequação aos comandos normativos determinados nas normas orçamentárias, contábeis, orçamentárias, financeiras e patrimoniais, que regem a ação administrativa.

Diferentemente do ciclo de auditoria operacional, na estrutura processual do controle de legalidade não há um espaço para a interação do órgão de controle com os responsáveis pela ação administrativa em julgamento. Como realçado no parágrafo anterior, este controle é documental, franqueando-se a interação com o gestor por ocasião da apresentação de sua defesa ou recurso. Nesta, contudo, não há discussão relevante quanto ao que conforma o conteúdo jurídico do parâmetro de controle adotado pela Corte.

Na auditoria operacional, cumpre ressaltar que parte relevante do processo é atinente ao planejamento da auditoria, em que os comandos normativos relacionais são definidos a partir de uma metodologia que envolve o constante diálogo e relacionamento com os responsáveis pela execução da política.

A ausência desta etapa para a conformação do conteúdo jurídico dos parâmetros de controle voltados à aferição operacional da ação administrativa em processos de controle de legalidade, faz com que neste modelo híbrido de controle, seja a Corte o agente responsável por definir unilateralmente o conteúdo destes parâmetros. Invariavelmente isto leva a duas patologias: (i) a Corte passa a introduzir seus próprios parâmetros e, por consequência, a sua própria agenda nas políticas públicas da administração, a partir do controle; e (ii) a Corte pode formular critérios que não são aderentes à realidade enfrentada pelo gestor público.

Não é muito rememorar que, mesmo se valendo de parâmetros mais afeitos ao controle operacional, no hibridismo consagrado pelo regimento interno da Corte, os processos de controle de legalidade podem resultar em comandos autoritários emitidos pelo Tribunal, notadamente a aplicação de sanções ao gestor que não atender aos parâmetros de controle da própria Corte. Assim, há uma modulação da ação administrativa às pautas do TCU quanto a economicidade e legitimidade operacional das políticas públicas governamentais.

5.1.3. A SUBSUNÇÃO NORMATIVA COM CRITÉRIOS DE AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO

O método decisório, neste modelo híbrido, também pode resultar em disfuncionalidades. Ao admitir a coexistência dos dois modelos de controle dentro de processos atinentes à lógica do controle de legalidade, a instituição de controle também introduz uma perspectiva reduzida para a apreciação operacional da administração.

Isto é, em função deste hibridismo, tornam-se possíveis na Corte julgamentos que envolvam aspectos operacionais da atuação pública a partir da lógica de processos adstritos a um método decisório estreito, afeito ao cotejo de hipóteses normativas especificamente delineadas em um comando normativo com documentos entregues à Corte, para que então, deste comparativo, possa surgir a expedição de um comando binário, de validade ou invalidade, sendo que deste último caso, poderá resultar um comando repressivo, revestido de autoridade, exarado pela Corte.

O movimento de controle operacional instituído pela Constituição, nesta perspectiva, é desviado e reduzido a um controle de legalidade operacional, pouco permeável às razões contextuais enfrentadas pelo gestor na condução de seus programas governamentais. Este juízo passa a ser conformado dentro de uma ótica documental e estritamente normativa, voltada a aferição da existência ou não de eventos aderentes ao comando normativo em análise. Neste caso, aliás, por serem parâmetros normativos etéreos e relacionais, terão sido definidos em seu conteúdo jurídico pelo próprio Tribunal.

O controle operacional, nestas modalidades híbridas, distancia-se, portanto, da ideia de avaliação, e passa a ser parte do jogo de julgamento e sanção afeito a suas competências de controle de legalidade.

5.1.4. O CONTROLE AUTORITÁRIO DO DESEMPENHO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Por fim, nas hipóteses de controle híbrido, o controle operacional passa a estar adstrito a atos de comando do Tribunal, se não diretamente, de maneira indireta. Isto porque, no controle de legalidade, que avalie aspectos operacionais, o Tribunal poderá exarar penalidades ao gestor que vier a praticar atos, que em seu juízo, se mostrem, por exemplo, antieconômicos. Ainda que o resultado do processo não seja um posicionamento direto

quanto a política, o comando revestido de autoridade ao gestor, pedagogicamente direciona as políticas subseqüentes a não adotarem este caminho.

Esta possibilidade cria uma variante do controle operacional em completo desacordo com o sentido jurídico estabelecido pela Constituição Federal. Trata-se de uma modalidade de controle operacional a partir de atos de comando, que, em razão da autoridade envolvida em seu manejo, amplia o potencial interventivo da Corte sobre os programas governamentais.

Vale anotar que, aqui, o hibridismo vale tanto para os processos de controle de legalidade que admitem a avaliação de aspectos operacionais, quanto para os processos em que se realize um controle operacional a partir de parâmetros que possam suscitar a aplicação de penalidades ao gestor³⁰⁷. Em ambos os casos, o controle operacional, destinado a assumir caráter recomendativo e voltado ao aprimoramento da gestão pública se torna um controle autoritário, voltado à “desconfirmação” dos desvios da administração à concepção da Corte acerca do que seja um desempenho operacional adequado.

Conforme reiteramos acima, não entendemos este entendimento constitucional. No entanto, este se afigura nos regramentos internos da Corte e pode suscitar o tipo de atuação ora cogitado. De toda forma, esta é mais uma evidência de uma incorporação disfuncional pelo Tribunal de Contas do desenho institucional que lhe foi consagrado pela Constituição Federal de 1988. Nesta, para além do disposto acima, a Corte termina por consagrar a possibilidade de um controle operacional indireto ou até mesmo direto, do qual resulte a exação de comandos revestidos de autoridade.

Nestes casos, a intervenção do tribunal rivaliza com a gestão, introduzindo na execução de programas e políticas públicas uma pauta que, por vezes, provém de forma unilateral e autoritária do Tribunal de Contas da União, a partir de parâmetros que, por vezes, possuem o potencial de distorcer o sentido dos programas governamentais executados e, ao invés de viabilizar a consecução da missão constitucional do Tribunal de Contas, o levam a ser um fator de desestabilização da gestão pública.

³⁰⁷ Referimo-nos, aqui, notadamente à possibilidade de se considerar as recomendações da Corte em sede de auditoria operacional como passíveis de ensejarem a aplicação de penalidades ao gestor em caso de não cumprimento, por força do disposto no art. 58, inc. IV e VII, da Lei nº 8.443/1992.

5.2. CONCLUSÕES: A CAPTURA DO CONTROLE OPERACIONAL PELA ESTRUTURA JUDICIALIFORME DO CONTROLE DE LEGALIDADE

Ante todo o exposto, parece-nos claro que o controle externo não judicial exercido pelo TCU possui um arranjo institucional específico delineado na Constituição Federal de 1988, cujo sentido normativo deflui de suas sucessivas alterações institucionais. Neste, de um lado, colocam-se suas atribuições de controle de legalidade orçamentária, em que, a partir de parâmetros normativos de regularidade contábil, patrimonial, orçamentária e financeira, a Corte desempenha um controle judicialiforme, em que afere, na documentação que lhe é remetida, a regularidade ou irregularidade, podendo, neste último caso, exarar comandos sancionatórios, corretivos e vinculantes, voltados a superar situações de ilegalidade constatadas.

De outro bordo, há o controle operacional, a principal inovação introduzida pela própria burocracia do controle ao longo da Assembleia Nacional Constituinte. Neste, a fiscalização é voltada para a aferição do desempenho da administração pública na execução de seus programas e políticas públicas, tomando por referência valores etéreos, relacionais, voltados mesmo à metrificação deste desempenho. Para construí-los, há uma estrutura processual que procura aproximar a Corte do gestor, para que esta possa definir seu conteúdo da forma mais realista possível. O intuito, aqui, é o de identificar achados que possam ser recomendados ao gestor, como formas de aprimorar suas atividades.

Não obstante o desenho institucional consagrado em nossa Carta política, a internalização deste modelo pela Corte caminhou em sentido diverso, fundindo, em um só perfil de controle ambas as vertentes de controle, instituindo uma espécie de “controle total”. Neste, toda e qualquer atividade da administração é controlável a partir de qualquer perspectiva, seja ela operacional, contábil, orçamentária, financeira ou patrimonial, afinal, no prisma adotado pela Corte, as competências e parâmetros delineados no art. 70 da Constituição em seu favor, constituem um bloco monolítico de atribuições, que poderão ser manejados ao critério da Corte.

Esta forma de internalização dos modelos institucionais de controle instaurados pela Constituição, cria uma espécie híbrida de controle, em que se admitem avaliações de aspectos operacionais em modalidades de controle de legalidade e instrumentos decisórios de controle de legalidade no bojo de auditorias operacionais, levando a um exercício errático

de atribuições pela Corte e, mais grave ainda, a uma modalidade de “controle legalidade operacional”, em que o desempenho não é avaliado, é julgado na lógica do controle de legalidade, numa perspectiva judicialiforme, em que resulta uma decisão revestida de autoridade direcionados à forma pela qual o gestor atua.

Este perfil errático e autoritário (no sentido de revestido de autoridade) de controle, suscita uma Corte de Contas que interage, com cada vez mais frequência, com o cerne da gestão pública, aumentando a voltagem política de sua atuação e os conflitos com os administradores públicos. Isto, a nosso ver, está na gênese dos dilemas contemporâneos enfrentados pelo Tribunal de Contas da União. E também constitui o pano de fundo pela qual as relações de controle entre TCU e BNDES se desenvolveram ao longo da vigência da Constituição Federal de 1988.

À análise desta relação nos dedicamos nas páginas seguintes.

PARTE 2
A INTERAÇÃO

1. O CONTROLE EM MOVIMENTO: A RELAÇÃO ENTRE BNDES E TCU

A fiscalização pelo Tribunal de Contas da União das políticas do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES é um temas em voga na pauta do controle externo. Não pelo tema ser novidadeiro na rotina de controle desempenhada pelo Tribunal, mas por esta relação ter se intensificado ao longo dos últimos anos, sobretudo, em função do surgimento de denúncias de corrupção envolvendo as linhas de atuação do banco estatal.

Mais do que se intensificar, conforme demonstramos abaixo, esta relação tem alterado o perfil de controle do TCU em relação ao BNDES. A Corte de Contas tem assumido um protagonismo cada vez maior na delimitação das políticas de fomento conduzidas pelo Banco a partir dos processos de controle.

Um breve passar de olhos pelo noticiário nos oferece a dimensão desta relação. O Tribunal de Contas tem sido parte ativa na revisão de políticas operacionais do BNDES³⁰⁸, além de, em 2019, o Banco ter tentado nomear auditores do Tribunal como diretores do BNDES³⁰⁹.

O que está por trás deste controle interventivo? O que permite o seu desenvolvimento? O que permitiu a assunção deste papel pela Corte e o que decorreu deste tipo de controle? Responder a estas questões é o que pretendemos nesta segunda parte da dissertação.

³⁰⁸ A Corte teve voz ativa na reformulação das políticas do BNDES acerca de transparência de dados, conforme noticiado pela Folha de São Paulo: PAMPLONA, Nicola. BNDES amplia Portal da Transparência para Escapar de Críticas sobre ‘caixa-preta’. **Folha de São Paulo**, Rio de Janeiro, 21 de agosto de 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/08/bndes-amplia-portal-de-transparencia-para-escapar-de-criticas-sobre-caixa-preta.shtml>. Acesso em 05 de agosto de 2019. O mesmo se verificou nas novas diretrizes aprovadas pelo Banco para sua política de exportações: CARRANÇA, Thais. TCU e BNDES Discutem Financiamento à Exportação. **Valor Econômico**, Rio de Janeiro, 16 de agosto de 2018. Disponível em: <https://www.valor.com.br/brasil/5739559/bndes-e-tcu-discutem-financiamento-exportacao>. Acesso em 02 de agosto de 2019.

³⁰⁹ JORDÃO, Eduardo. A Expansão do TCU para Dentro de Entidades Controladas. **Jota**, São Paulo, 17 de julho de 2019. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/a-expansao-do-tcu-para-dentro-de-entidades-controladas-17072019. Acesso em 02 de agosto de 2019. A Corte de Contas, contudo, não viu com bons olhos o movimento e intenta barrar as nomeações: WIZIACK, Júlio. Ministros do TCU avaliam barrar permanência de auditores na diretoria do BNDES. **Folha de São Paulo**, 17 de julho de 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/07/ministros-do-tcu-avaliam-barrar-permanencia-de-audidores-na-diretoria-do-bndes.shtml>. Acesso em: 05 de agosto de 2019.

Um profundo olhar sobre a jurisprudência da Corte de Contas a respeito do BNDES nos indica que a ambivalência institucional das competências do TCU é um tema central para compreender este movimento do órgão de controle. Mas não é a única variável envolvida. Argumentamos nas páginas a seguir que as ambivalências institucionais são potencializadas pela fragilidade das compreensões sobre o regime jurídico aplicável ao BNDES e ao comportamento dúctil do TCU, que tende a ser mais interventivo em instituições com problemas de reputação institucional.

Para tanto, iniciamos com um panorama do histórico jurisprudencial da Corte de Contas no controle do BNDES. Nesta descrição, reparto-o em dois momentos: no primeiro, constata-se uma postura comedida no controle do BNDES; no segundo, a Corte revisita esta postura e se entende legitimada a controlar as operações do banco a partir de uma lógica de autoridade, típica do que designamos na primeira parte desta dissertação de controle de legalidade orçamentária.

Esta alternância nos perfis de controle se nota especialmente no controle de duas políticas: a Política de Desenvolvimento Produtivo e o Financiamento a Exportação de Serviços de Engenharia – ambas envolvidas nas denúncias de práticas ilícitas no BNDES. Após apresentar evidências desta alteração de postura, analisamos o perfil decisório e processual da Corte, para ao final, apresentar os elementos que tem permitido este tipo de comportamento pelo Tribunal de Contas da União.

É o que passamos a fazer.

2. O PRIMEIRO MOMENTO DO CONTROLE EXTERNO DO BNDES (1992 A 2013)

O período que se estende entre 1992 e 2013, denota que as relações de controle entre o BNDES e o TCU sempre foram intensas após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Nos vinte e um anos abrangidos, foram identificados 120 (cento e vinte) julgados do Tribunal de Contas que diziam respeito às atividades fim desempenhadas pelo banco. Este volume de julgados, em grande medida, é composto pelos grandes programas federais do período, cuja gestão foi atribuída ao BNDES.

Neste sentido, do extenso rol de casos apreciados pela Corte de Contas, cerca de 65%³¹⁰ destes eram atrelados ou aos processos de desestatização conduzidos pela União durante o fim da década de 1990 e início dos anos 2000 ou aos processos de controle das atividades do banco no financiamento e apoio às obras de infraestrutura voltadas à realização da Copa do Mundo de 2014. No interregno entre estes eventos, houve um controle residual, que abrangeu um leque mais amplo e disperso de políticas do banco.

Nestes casos, não houve um controle contínuo e estruturado pelo TCU. Foram fiscalizações ocasionais, oriundas ou de solicitações de unidades técnicas do próprio Tribunal³¹¹ ou de agentes externos³¹² ao TCU, que solicitam à Corte fiscalizações específicas. Este modo de fiscalização representou cerca de 23%³¹³ de nosso universo de julgados. Estes movimentos, via de regra, são alimentados por notícias de jornal, que motivam tais agentes a requisitar que o Tribunal de Contas se dedique a avaliar a licitude de determinada operação conduzida pelo BNDES.

É o que se verificou, por exemplo, em representações formuladas pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas. A repercussão midiática de operações de financiamento com recursos do Fundo da Marinha Mercante³¹⁴ e referentes à operação de associação entre

³¹⁰ O valor é proveniente dos casos referentes a processos de Desestatização, ao Programa de Estímulo à Privatização Estadual e Financiamento a Empresas Privatizadas, assim como no controle do BNDES no ProCopa Arenas e dos benefícios fiscais associados ao RECOA, Projetos Estruturados de Transporte Urbano (Copa do Mundo). Utilizando-se o filtro da coluna “Objeto” do Apêndice desta dissertação, se chegará ao número de 79 julgados envolvendo entres ambos os programas aludidos acima, considerando o filtro correspondente ao período de 1992 a 2013.

³¹¹ O MP/TCU e as unidades técnicas podem representar ao plenário do Tribunal de Contas em casos de constatação de irregularidades.

³¹² Inserem-se, aqui, presidentes de comissões das casas legislativas, presidentes das casas legislativas (Solicitações do Congresso Nacional), parlamentares (Representações) e até mesmo pessoas físicas ou jurídicas, que protocolam denúncias junto à Corte de forma anônima.

³¹³ Correspondem aos casos processados como representações, denúncias ou solicitações do congresso nacional por agentes externos ou por agentes internos que se basearam em notícias ou por agentes externos que foram processados por instrumentos distintos dos três inicialmente indicados. Este dado pode ser encontrado a partir do cruzamento do filtro “Instrumento Processual” do Apêndice a esta dissertação, com a seleção de todos os casos correspondentes aos instrumentos aludidos, considerando, e, em segundo lugar, com o filtro “Instrumento Processual”, selecionando todos os instrumentos que não sejam denúncias, representações ou solicitações do congresso nacional, e analisando o filtro “Origem”, que indicará quem iniciou o processo, selecionado as fontes externas e as internas que tenham se baseado em notícias (indicado no filtro “Origem”, quando não há indicação, a origem são os processos da própria Corte). Por fim, em ambos os casos, deve se utilizar o filtro correspondente ao período de 1992 a 2013 e a exclusão dos projetos indicados como relacionados aos grandes programas federais do período e o Acórdão nº 71/2008, cuja origem não é conhecida. Aplicados estes filtros, chega-se ao número de 28 acórdãos.

³¹⁴ Esta solicitação resultou nos Acórdãos nº 715/2010 e 276/2012 – ambos do plenário.

TAM e VARIG e alguns bancos credores destas empresas (incluindo o Banco do Brasil), foram objeto de solicitações de fiscalização específica³¹⁵.

O padrão se mantém no caso de solicitações de fiscalização por agentes externos ao Tribunal. Este expediente foi utilizado, notadamente, por integrantes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal que não figuram dentre os legitimados constitucionais a requisitar fiscalizações junto ao Tribunal. Esta prerrogativa, conforme se extrai do art. 71, inc. IV da Constituição Federal, pertence à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal, representados por seu Presidente, ou às comissões temáticas (ou técnicas) e de inquérito constituídas nas casas legislativas.

Deputados e Senadores, individualmente considerados, portanto, não reúnem, a princípio, legitimidade para pleitear, via solicitação direta e vinculante, fiscalizações da Corte. O Tribunal de Contas, contudo, conferiu legitimidade a estes agentes por ato normativo interno. A Resolução nº 191/2006, autorizava, à época, que deputados e senadores protocolassem representações junto à Corte, noticiando eventos que denotem irregularidades³¹⁶.

É o que se verifica, por exemplo, nas requisições do, à época, Deputado Federal Rodrigo Maia quanto a fiscalização do financiamento, pelo BNDES, das operações de aquisição do controle acionário da Brasil Telecom, pela Oi/Telemar – que se noticiava ter sido realizado mediante práticas ilícitas³¹⁷.

O protagonismo, porém, não era exclusivo de iniciativas individuais. Parlamentares que ocupavam posições oficialmente reconhecidas como legitimadas a solicitar diligências ao TCU, também atuavam neste sentido. É o que se nota nas solicitações da Comissão de Fiscalização e de Controle do Senado Federal, acatando requisição do à época Senador Jorge Bornhausen, para determinar ao Tribunal a fiscalização da renegociação de dívidas do grupo AES Corporation com o BNDES, amplamente repercutidas nos jornais do período³¹⁸.

³¹⁵ A solicitação resultou no Acórdão nº 964/2005, da primeira Câmara do Tribunal de Contas da União.

³¹⁶ É o que se depreende do art. 132, inc. III, da Resolução nº 191, de 21 de junho de 2006 do Tribunal de Contas da União. A resolução, atualmente, foi revogada pela Resolução nº 259/2014, que deixou de especificar esta legitimidade.

³¹⁷ A solicitação foi atendida pela Corte e resultou nos Acórdãos nº 1569/2008 (Plenário) e no Acórdão nº 2.865/2008 (Plenário).

³¹⁸ SANTOS, Chico. BNDES perdoa US\$ 193,7 mi em juros da dívida da AES. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 30 de dezembro de 2003. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi3012200303.htm>. A solicitação foi atendida pela Corte e resultou no Acórdão nº 1.560/2004 (Plenário).

Quanto a este último grupo, também foi possível notar uma atuação temática junto ao TCU. Em diversas ocasiões, foram solicitadas fiscalizações sobre as operações do BNDES que apresentassem interfaces com comissões parlamentares específicas. Por intermédio de seu presidente, por exemplo, a Comissão da Amazônia, Integração Nacional e de Desenvolvimento Regional solicitou ao Tribunal que realizasse fiscalizações quanto a concessão de crédito rural a empreendimentos situados na Amazônia – em um questionamento a esta política federal³¹⁹. Isto se constatou também quanto a atuação da Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural que solicitava fiscalizações quanto ao programa nacional de crédito fundiário, que contava com atuação do BNDES³²⁰.

Noutra vertente de solicitações protagonizadas pelo legitimados, nota-se também o recurso à Corte para apoiar o Congresso Nacional no exercício de suas funções de fiscalização de operações de crédito firmadas pela União, por intermédio do BNDES, com órgãos multilaterais ou de países estrangeiros³²¹ para a captação de recursos.

Afora estes movimentos ocasionais, ensejados por notícias, atuações temáticas ou funcionais diretamente atreladas a agentes capacitados a pleitear fiscalizações junto ao Tribunal de Contas da União, é possível identificar um controle residual.

Este é composto pelos casos restantes no período (11%)³²² e são referentes aos julgados iniciados pelo próprio Tribunal de Contas em atividades mais atreladas ao cotidiano das fiscalizações, isto é, sem que este seja motivado pela necessidade de se acompanhar programas federais. Encontram-se nestes julgados processos de julgamento de contas, representações das unidades técnicas ou dos Ministros com base em irregularidades identificadas nos processos sob sua responsabilidade e processos originados a partir dos programas anuais fiscalização estabelecida pelo TCU.

Exemplo do primeiro caso foi a fiscalização da linha de crédito “PROEMPREGO II”, utilizada pelo BNDES para financiar obras no setor de construção civil. Uma das obras contempladas foi a do trecho oeste do Rodoanel Metropolitano do Estado de São Paulo, empreendimento que por sua vez era fiscalizado pelo TCU por envolver a aplicação de

³¹⁹ Esta solicitação resultou nos Acórdãos nº 266/2010 e 1.108/2010.

³²⁰ A solicitação resultou no Acórdão nº 942/2007.

³²¹ Isto se nota, por exemplo, nos Acórdãos nº 2.312/2010, nº 2.944/2010 e 1.679/2011.

³²² O número corresponde aos casos restantes, após a aplicação de todos os demais filtros narrados até aqui, correspondendo a 13 Acórdãos.

recursos do orçamento da União. Por ter identificado possível operação irregular³²³ realizada pelo BNDES nesta obra, a unidade técnica solicitou a realização de auditoria sobre a atuação do banco junto à obra³²⁴.

Estes casos, contudo, não compõe a maioria dos casos. A iniciativa da Corte para fiscalizar o BNDES, na maior parte das vezes, era oriunda de seu planejamento prévio, em que as atividades do BNDES eram incluídas em um dos planos anuais de fiscalização do TCU. Neste sentido, o Tribunal dava início a processos de controle sobre o BNDES por determinadas operações deste último estarem inseridas no FISCOBRAS ou no Plano anual de Auditorias da Corte de Contas.

O FISCOBRAS é um planejamento anual, que envolve o Congresso Nacional, e direciona as atenções da Corte para a fiscalização de obras específicas, consideradas relevantes durante o exercício financeiro. Sua realização é uma decorrência de exigência contemplada, ao menos desde 1997, na Lei de Diretrizes Orçamentárias. Esta determina que o TCU informe à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização, as obras realizadas com recursos da União com indícios de irregularidades graves.

Para cumprir com esta determinação, o Tribunal se organiza para acompanhar as obras realizadas com recursos federais, através do FISCOBRAS. O plano de 2007 determinou que a Corte fiscalizasse o financiamento da construção de embarcações e assim procedeu o Tribunal³²⁵, avaliando a atuação do BNDES no financiamento destas últimas a partir dos recursos do Fundo da Marinha Mercante.

Já as auditorias realizadas pela Corte, por sua vez, decorriam da inclusão das atividades do BNDES no Plano de Auditorias do TCU. Elaborado pelas unidades técnicas da Corte, e aprovado pelo Plenário, o Plano de Auditorias identifica as áreas que, por serem consideradas relevantes pelo TCU, serão objeto de auditorias ao longo do ano subsequente. O BNDES figurou neste plano por diversas ocasiões, valendo mencionar a fiscalização

³²³ De acordo com o que se depreende do Acórdão nº 964/2005, o BNDES teria adquirido, com recursos da linha de crédito PROEMPREGO II, os recebíveis do DER/SP relativos ao valor da outorga devido pelas concessionárias de rodovias do Estado de São Paulo. A operação seria uma forma de viabilizar o repasse de R\$ 180 milhões, oriundos do orçamento federal, para que o Estado pudesse adimplir as obras a serem realizadas pelas concessionárias, tendo em vistas que o Município de São Paulo não aportou os recursos que havia se comprometido. Ao fim e ao cabo do processo, a operação foi considerada regular.

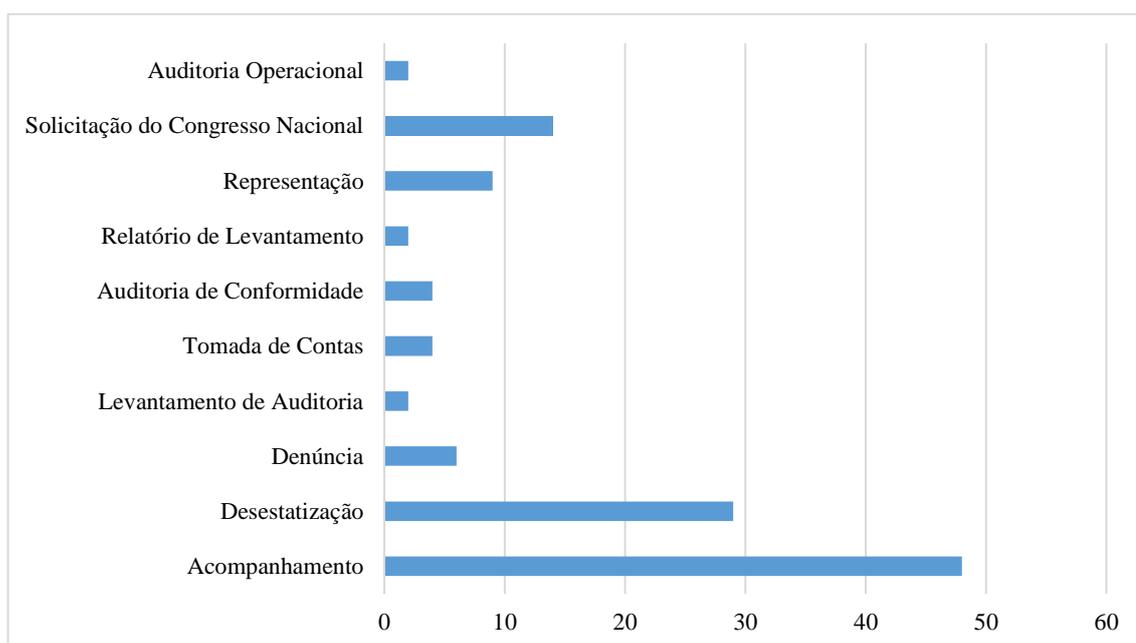
³²⁴ TCU: Acórdão nº 964/2005, Plenário, Ministro Relator Augusto Sherman Cavalcanti, fl. 2 do relatório.

³²⁵ Ao fim e ao cabo deste processo, a Corte de Contas produziu o Acórdão nº 1.821/2007 (Plenário).

realizada para aplicar – de forma experimental - a metodologia desenvolvida pela Corte de Contas junto à instituição superior de fiscalização do Canadá.³²⁶

O universo de julgados integrantes deste primeiro período, portanto, denota que o controle desempenhado pelo TCU, imediatamente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, era bastante comedido. Muito embora em constante interação com o banco de fomento, o Tribunal de Contas não era protagonista no controle do BNDES. Era a pauta do banco de fomento que se impunha ao controle da Corte, seja pelo fato de a legislação que instituíra os programas federais com a participação do Banco assim determinar, seja pelo fato de os programas conduzidos pelo BNDES serem de alta relevância pública e despertarem, de ofício ou mediante a provocação de agentes externos, o controle pelo Tribunal de Contas da União.

O perfil quantitativo dos processos da Corte, entre 1992 e 2013, em certa medida, é um reflexo deste cenário, conforme nos demonstra o gráfico abaixo.



Os dois instrumentos processuais mais utilizados pela Corte (acompanhamentos e desestatizações) correspondem aos instrumentos de fiscalização aplicados para o controle das duas grandes pautas do BNDES, no período estudado. Isto é, correspondem aos processos de desestatização conduzidos ao longo da década de 1990 e aos processos de controle dos financiamentos de obras para a Copa do Mundo de 2014. No primeiro caso, a

³²⁶O relatório de Auditoria Operacional foi aprovado pelo Acórdão nº 1143/2001 (Plenário).

atuação da Corte é uma decorrência direta do disposto na Lei Federal nº 8.031/1990, posteriormente revogada pela Lei Federal nº 9.491/1997. No segundo, a relevância dos esforços federais para viabilizar o megaevento, trouxe o BNDES para a pauta do TCU.

A influência da repercussão pública das operações envolvendo o BNDES também era fator que trazia os temas conduzidos pelo Banco para a mesa do TCU. Não por outro motivo o terceiro e o quarto instrumento de fiscalização mais utilizado nesta relação de controle eram as solicitações do congresso nacional e as representações. Dois instrumentos que movimentam a estrutura de fiscalização da Corte por solicitação de agentes externos ao Tribunal de Contas da União – que nos casos analisados, eram motivados, sobretudo, pela repercussão midiática dos assuntos conduzidos pelo BNDES.

Apenas de forma residual a Corte atuava com uma agenda própria perante o BNDES – notadamente nas auditorias operacionais e em processos de julgamento de contas. Deste modo, durante o período estudado, TCU e BNDES mantinham uma relação próxima, porém, superficial. Não havia organicidade no controle realizado, salvo nas grandes políticas conduzidas pelo BNDES no período.

Na maior parte dos casos, o que se nota era o controle pontual, motivado por eventos de repercussão pública acerca da atuação do BNDES. Não havia uma agenda institucional de controle do BNDES, mas sim, um controle das ações do BNDES a medida em que estas ganhavam conhecimento público.

O perfil qualitativo deste controle seria fortemente marcado por esta postura do TCU e pelas características das políticas controladas. Conforme demonstramos nas páginas a seguir, o Tribunal realizava um controle predominantemente formal, voltado à aferição da conformidade da atuação do banco a seus normativos internos.

2.1.A DEFERÊNCIA E FORMALISMO NO CONTROLE DO BNDES: O PERFIL DE INTERVENÇÃO DO TCU ENTRE 1992 E 2013

2.1.1. PERFIL DO CONTROLE E A PREDOMINÂNCIA DO CONTROLE DE LEGALIDADE

Sob o ponto de vista qualitativo, o Tribunal de Contas da União pouco se dedicou à análise operacional das atividades do BNDES. O enfoque dos processos conduzidos pela Corte era a conformidade das ações do banco de fomento aos normativos internos e externos

que regiam as atividades da instituição. O perfil quantitativo delineado acima já dava mostras disto, afinal, dos cento e vinte casos analisados, apenas dois eram referentes a auditorias operacionais. Todo o restante se destinava a avaliações de conformidade das atividades do BNDES.

O perfil das políticas que ocuparam a pauta do TCU no período, bem como as vias processuais utilizadas para desencadear o controle sobre o banco também justificam a predominância do controle de legalidade em relação ao BNDES. Conforme destacado acima, cerca de 65% dos processos de controle iniciados pelo TCU eram destinados ao controle do programa de desestatização do governo federal e à fiscalização dos financiamentos para a construção de arenas esportivas para a Copa do Mundo de 2014.

Em ambos os casos, a atuação da Corte era voltada para uma espécie de controle de conformidade. No caso das desestatizações, assim era por força de previsão normativa. A Lei Federal nº 9.491/1997, que definiu contornos finais ao Programa Nacional de Desestatização, estabeleceu ser obrigatória a submissão dos estudos e documentos integrantes dos processos de privatização ao controle do Tribunal de Contas.

À época, a Corte disciplinou a maneira pela qual controlaria estes estudos e documentos por intermédio da Instrução Normativa nº 27, de 07 de dezembro de 1998³²⁷, que estabeleceu um controle dividido por estágios, cada qual voltado à análise específica de uma parte do processo de desestatização. Os processos de privatização eram, assim, controlados, em cinco estágios³²⁸ distintos, que abrangiam desde a fundamentação legal da privatização, até o preço final de venda da empresa estatal envolvida no processo de desestatização.

Em qualquer das etapas, o que se discutia era a conformidade dos documentos integrantes do processo de desestatização, seja do ponto de vista legal (controle da justificativa, dos editais e contratos), seja do ponto de vista técnico (controle dos preços praticados, da higidez dos estudos econômicos etc.).

A mesma lógica se verificou no controle dos financiamentos destinados à construção das arenas esportivas. A atuação do TCU, neste caso, derivou de iniciativa

³²⁷ Atualmente, estes processos são controlados de acordo com o disposto na Instrução Normativa nº 81/2018, que observa um rito bastante similar ao disposto na normativa mencionada.

³²⁸ Art. 2º, da Instrução Normativa nº 27, de 07 de dezembro de 1998.

própria³²⁹, conforme se constata do Acórdão nº 678/2010, julgado pelo Plenário do Tribunal de Contas da União em 04 de maio daquele ano. Neste, a Corte se dedicava a analisar as medidas adotadas pela administração federal para realizar os investimentos necessários para sediar a Copa de 2014 e, sobretudo, deliberava acerca da maneira pela qual o TCU deveria se organizar para fiscalizar a atuação federal neste sentido.

O ponto de partida para tanto era a Matriz de Responsabilidades, assinada entre o governo federal e a FIFA. Neste, o TCU notara que a atuação federal seria limitada, afinal, boa parte das obras seriam realizadas a nível estadual e municipal. A principal linha de atuação da administração federal estaria no apoio financeiro, mediante a disponibilização de linhas de financiamento específicas para a realização das obras. Assim se delimitou o enfoque da Corte sobre a atuação do BNDES no financiamento da construção ou reforma das arenas esportivas utilizadas no evento³³⁰.

O controle, contudo, era destinado à verificação da conformidade dos desembolsos desempenhados pelo banco a seus normativos internos, notadamente à Resolução nº 1.888/2010 do banco, que criou a linha de crédito “ProCopa Arenas”, destinada ao financiamento destas obras e à legislação tributária que admitiu a concessão de benefícios fiscais para a construção dos estádios por meio do RECOPA.

³²⁹ O Tribunal anotava tal preocupação desde 2009, quando por deliberação do Plenário fez inserir a fiscalização da “Aplicação de Recursos Federais nos Preparativos para a Copa do Mundo 2014” em seu Plano de Fiscalizações anual. À época, as fiscalizações se iniciaram com a realização de um levantamento de informações, do que se notou que as medidas da União ainda eram embrionárias, estando pendente, inclusive, a delimitação das matrizes de responsabilidades entre o governo federal e a FIFA. Naquele momento, a fiscalização, portanto, cuidou de exigir celeridade na celebração deste documento. Após a sua conclusão, a Corte delimitou a forma como atuaria, tomando a Matriz de Responsabilidades como parâmetro, a partir do Acórdão nº 678/2010.

³³⁰ Nas palavras do Ministro Relator Valmir Campelo: “*Quanto ao mérito, penso que a Copa do Mundo de futebol, evento esportivo no qual a nação brasileira efetivamente se une, seja a **grande oportunidade** para o país dar um salto de modernização, apresentando capacidade de organização e força econômica capazes de captar investimentos e atrativos que transformem o Brasil em um dos mais importantes destinos turísticos do mundo a partir de futuro próximo, consolidando-o não só como polo turístico, mas também de eventos internacionais. Para que o saldo do evento seja positivo, os estados e as cidades que irão sediar a Copa de 2014 precisam começar a **se preparar imediatamente**. Problemas de transportes, saneamento, educação, saúde e segurança, entre outros, podem ser abordados de **forma nova**, com o entusiasmo e a capacidade de mobilização que somente a Copa pode trazer à Meca do futebol. O Tribunal de Contas da União, no cumprimento de sua missão de “assegurar a efetiva e regular gestão dos recursos públicos em benefício da sociedade”, deve, a meu ver, **atuar de forma inovadora em conjunto com os outros participantes da Rede de Controle, em especial com os tribunais de contas dos estados e municípios**, mediante auditorias conjuntas e adoção de ações coordenadas, tempestivas, preventivas e proativas que **evitem a ocorrência de irregularidades e garantam a grande festa de 2014**, a realização da Copa do Mundo de futebol no Brasil, atuação que vai ao encontro das diretrizes delineadas em conjunto com a Segecex, e que estão transcritas no relatório que antecede este meu voto.” Cf.: TCU: Acórdão nº 678/2010, Plenário, Min. Rel. Valmir Campelo, julgado em 07 de abril de 2010, fl. 3 a 4.*

Os demais processos de controle, por outro lado, por serem derivados, em sua maioria, por notícias de ampla repercussão, via de regra, levavam ao conhecimento do Tribunal supostas práticas ilícitas do BNDES. Em função desta ser a via de acesso às competências de fiscalização do TCU, o controle exercido pela Corte era destinado a verificar a conformidade da atuação do banco nos casos que lhe eram noticiados. Foi o que se verificou nas Solicitações do Congresso Nacional analisadas pela Corte, bem como nas Representações e Denúncias.

Mesmo naquilo que lhe era de iniciativa própria, a Corte de Contas adotou por regra o controle de legalidade. As auditorias conduzidas, em sua maioria, foram auditorias de conformidade. O segundo tipo de controle mais manejado, por iniciativa própria, foi o julgamento de contas, denunciando mais uma vez a prevalência do enfoque de legalidade. Nem mesmo as auditorias operacionais realizadas pela Corte escapavam a este viés.

Muito embora perpassassem por avaliações acerca das operações do BNDES, o resultado destas eram exclusivamente recomendatórios e adstritos a sugestões que observassem os temas de competência do banco, notadamente em sua lei de criação. Eventuais considerações sobre as políticas operacionais do BNDES costumavam ser rejeitadas pelo Plenário da Corte. Expressivo³³¹ neste sentido é o voto do Ministro Relator Walton Alencar³³², que assim se posicionou no Acórdão nº 352/1999:

“Quanto à proposta de encaminhamento sugerida, entendo que assiste razão ao sr. Secretário da 8ª Secex quando exclui das medidas alvitadas pela equipe de auditoria aquela sugerida na alínea "b". Com efeito, por disposição constitucional, as empresas, quando privatizadas, saem da jurisdição deste Tribunal, que, na área de sua competência, tem adotado as providências pertinentes quanto à fiscalização do PND.

Por outro lado, entretanto, considero impertinentes as determinações e comunicações sugeridas, respectivamente, nas alíneas "a" e "c" da proposta. Não cabe a este Tribunal interferir nas normas institucionais e nas políticas operacionais do Sistema BNDES.

(...)

Portanto, a meu ver, não é competência desta Corte de Contas formular propostas quanto a políticas de concessão de crédito e a formas de investimentos e

³³¹ Este posicionamento também pode ser encontrado em: TCU: Acórdão nº 1.781/2007, Plenário, Ministro Relator Augusto Sherman Cavalcanti, j. 29 de agosto de 2007, fl. 19.

³³² No julgado, o corpo de auditores do Tribunal entendeu pertinente sugerir que se determinasse ao Banco a adoção de critérios de análise de requerimentos de crédito que desestimulassem a sua solicitação por empresas capazes de captar recursos por outras vias em mercado. Cf.: TCU. Acórdão nº 352/1999. Plenário. Min. Rel. Walton Alencar, j. 16/06/1996, fls. 4.

financiamentos a serem adotadas, por intermédio do Sistema BNDES, com relação às empresas privatizadas no âmbito do PND.³³³

Pois bem, o conjunto de processos conduzidos pelo Tribunal durante o período demarcado evidencia que, inicialmente, as relações entre TCU e BNDES eram centradas quase que exclusivamente em um controle formal, voltado a verificação da aderência da atuação da Corte aos normativos que regem a sua atividade.

Considerando os tipos de controle delineados na primeira parte desta dissertação, podemos concluir que neste primeiro período, as relações entre TCU e BNDES eram marcadas por um controle de legalidade, fundado exclusivamente no cotejo de sua atuação às hipóteses normativas consagradas em seus regramentos internos ou na legislação de regência, sem que houvesse espaço para considerações acerca do desempenho operacional do banco ou sobre a revisão das decisões que este adotava.

Sob o ponto de vista qualitativo, as decisões da Corte eram marcadas pelo baixo teor de intervenção sobre o banco de fomento, que raramente via suas decisões inquinadas pelo TCU. Detalhamos estas informações no item abaixo.

2.1.2. A BAIXA INTERVENÇÃO SOBRE AS ATIVIDADES DO BNDES E A DEFERÊNCIA NO CONTROLE

No período estudado as relações de controle entre BNDES e TCU desvelam um padrão, a princípio, inverso ao que contemporaneamente se tem atribuído à Corte de Contas. O TCU tem se colocado em evidência em função de uma postura considerada interventiva; que restringe o espaço discricionário do administrador público e arroga para si a pauta da gestão de políticas públicas.

Conforme salientado no item anterior, neste primeiro período nota-se certo distanciamento da Corte em relação à gestão das políticas de fomento realizadas pelo BNDES. Majoritariamente, os processos de controle se destinavam à análise da legalidade dos instrumentos manejados pelo BNDES, sem que esta envolvesse considerações mais amplas sobre as atividades da instituição financeira.

³³³ TCU. Acórdão nº 352/1999. Plenário. Min. Rel. Walton Alencar, j. 16/06/1996, fls. 6 a 7.

O TCU demonstrou, até mesmo, ser avesso a controles que desbordassem da aferição de legalidade, sustentando não caber ao Tribunal intervir sobre as políticas operacionais do banco de desenvolvimento, conforme se nota no seguinte excerto:

“Vê-se, sobretudo, que a questão suscita ampla margem de controvérsia, pois se desloca do plano estritamente legal e regulamentar, para situar-se no campo da avaliação da forma mais vantajosa de realizar a operação, à vista da dinâmica do mercado. **Assim, considerando não ter sido indicada qualquer norma legal ou regulamentar que disponha a respeito, não encontro fundamento inquestionável, com vênias à Unidade Técnica, para que o Tribunal determine ou mesmo recomende ao CND a revisão dos termos de pagamento das ações a serem leiloadas.**

Ante todo o exposto, acolho como satisfatórias as justificativas apresentadas pelo BNDES em resposta às diligências efetuadas, e VOTO por que o Tribunal adote a DECISÃO que ora submeto à apreciação deste Plenário.”³³⁴

Para além desta distinção entre intervenções operacionais e de legalidade, a análise dos dispositivos dos Acórdãos envolvendo o BNDES evidenciam que as intervenções sobre o Banco eram ínfimas em sua integralidade. Dos 120 (cento e vinte) julgados analisados, em cerca de 60%³³⁵ não houve qualquer determinação ou recomendação endereçada ao BNDES.

Analisando as decisões em que se emitiu algum tipo de comando ao BNDES, nota-se que em 85%³³⁶ dos casos, o comando exarado era de cunho formal, isto é, tinha a finalidade de recomendar ou determinar ao BNDES que este observasse uma obrigação normativa já em vigor, seja em seus normativos internos, seja na legislação, seja nas instruções normativas emitidas pelo TCU para fiscalizar as operações conduzidas pelo Banco. Em apenas aproximadamente 15%³³⁷ destes casos, houve algum tipo de comando que envolvia a gestão das políticas de fomento.

Sob o ponto de vista qualitativo, a análise das decisões evidencia até mesmo certa deferência do Tribunal de Contas em relação ao BNDES. O termo, neste trabalho, foi utilizado para designar situações em que a Corte de Contas adotou uma perspectiva de

³³⁴ TCU: Acórdão nº 889/1998, Plenário, Ministro Relator Carlos Álvares Átila da Silva, j. 10/12/1998, fl. 15.

³³⁵ Percentual correspondente aos Acórdãos identificados ao se selecionar a expressão “não” no filtro “Recomendação/Determinação ao BNDES”, correspondendo a 71 Acórdãos.

³³⁶ Este percentual corresponde aos casos indicados em azul no filtro “Decisão” do Apêndice desta dissertação, correspondendo a 42 Acórdãos, dentro do universo de acórdãos em que houve algum comando, isto é, dos acórdãos resultantes quando se aplica o termo “sim” no filtro “Recomendação/Determinação ao BNDES” (49 acórdãos).

³³⁷ Corresponde aos julgados indicados em qualquer outra cor que não o azul no filtro Decisão do apêndice desta dissertação (7 acórdãos).

autocontenção no manejo de seus poderes decisórios, restringindo suas decisões em favor da preservação do espaço decisório dos gestores do BNDES.

De forma concreta, foram considerados deferentes os julgados em que, a despeito de irregularidades apontadas pelas unidades técnicas, a Corte optou (i) por levar em consideração o contexto enfrentado pelo gestor e flexibilizar certas exigências normativas, preservando a decisão adotada, (ii) ou por deixar a critério do banco a forma pela qual endereçar a solução para a questão³³⁸.

A partir destes dois critérios, foi possível identificar posturas deferentes do Tribunal de Contas da União em 25% dos casos analisados.

No primeiro caso, podemos mencionar exemplificativamente, os julgados do BNDES ProCopa Arenas, em que a Corte exigia para a regularidade da liberação dos recursos equivalentes a 20% do financiamento, que o financiado apresentasse as obras no entorno das arenas, a contratação de empresa para a elaboração dos projetos básicos e executivos. Em diversas ocasiões, porém, diante de dificuldades para cumprir com estes requisitos, o BNDES requereu a postergação da apresentação destes documentos. A Corte admitiu esta postergação, tornando os eventos como exigências para o desembolso dos valores equivalentes a 65% do financiamento³³⁹.

Outro exemplo neste sentido, ocorreu no julgamento das operações de mercado de capitais realizadas junto ao Grupo Chapecó – onde a Corte identificou o caráter antieconômico e de risco das operações, com inclusive violação a normativos internos do BNDES, mas que considerou a atuação necessária em função do objetivo de preservação do valor dos investimentos realizados no Grupo, bem como a finalidade de preservação de emprego subjacentes às operações realizadas³⁴⁰.

Excepcionalmente, entendeu-se que as operações realizadas pelo Banco, ainda que ensejassem irregularidades, atendiam melhor ao interesse público. Entendimento similar foi sustentado pela Corte de Contas ao apreciar o edital de desestatização da Telebrás. Ao se deparar com irregularidades que poderiam suscitar a nulidade dos instrumentos contratuais

³³⁸ Note-se que, por este critério, tanto decisões em algum tipo de comando foi determinado ao BNDES quanto nas decisões em que não foi exarado qualquer comando, podem ser consideradas deferentes ao Banco.

³³⁹ Conferir: TCU: Acórdão nº 399/2013, Plenário, Min. Rel. Valmir Campelo, j. 06 de março de 2013, fls. 20 a 21, Acórdão nº 3.270/2011, Plenário, Min. Rel. Valmir Campelo, j. 07 de dezembro de 2011, fls. 16 a 17 e Acórdão nº 2.779/2011, Plenário, Min. Rel. Valmir Campelo, j. 19 de outubro de 2011, fl. 17 a 18.

³⁴⁰ TCU: Acórdão nº 1.808/2010, Plenário, Min. Rel. Augusto Nardes, j. 28 de julho de 2010, fl. 23.

decorrentes, a Corte entendeu que atendia melhor ao interesse público a manutenção do instrumento celebrado³⁴¹.

Situação do segundo tipo, por outro lado, pode ser encontrada também no BNDES ProCopas, em que se constatou que em boa parte dos orçamentos dos empreendimentos financiados, não se considerou o benefício fiscal do RECOPA, o que poderia ensejar um incremento artificial dos preços do financiamento. A Corte deixou a critério da diretoria do BNDES a análise e o endereçamento da questão³⁴².

Pois bem, os casos acima, por óbvio, não esgotam todos os casos em que foram constatadas posturas deferenciais. Não obstante, são exemplificativos de um comportamento que, apesar de não ser majoritário, pôde ser constatado em parte considerável das interações entre TCU e BNDES. Postura esta que, no período subsequente, reduziu-se drasticamente. Abordamos, antes de adentrar neste período mais recente, a forma pela qual a concepção de fomento do TCU também jogou um papel relevante na demarcação do perfil de controle da Corte entre 1992 e 2013.

2.2.O FOMENTO COMO ATIVIDADE DISCRICIONÁRIA, DE RISCO E AFEITA À UMA POLÍTICA PÚBLICA: LIMITES AO CONTROLE DO TCU

A concepção jurídica do Tribunal de Contas da União acerca do fomento também era um fator determinante para a delimitação do perfil de sua atuação perante o BNDES. Marcadamente deferente, pouco interventivo e focado em questões de legalidade, o controle não avançava sobre questões mais amplas acerca da atividade do banco de fomento também por se entender que o fomento era uma atividade discricionária da administração pública, que envolvia a assunção de riscos pela administração e que apresentaria interfaces com programas de políticas públicas, motivo pelo qual não seria possibilitado à Corte de Contas divergir e controlar o BNDES no que dissesse respeito ao mérito de suas decisões.

Esta visão foi sustentada em diversos processos da Corte, tanto pelas unidades técnicas do Tribunal, quanto pelos Ministros. A primeira manifestação deste tipo foi verificada em uma Denúncia, repassada ao TCU de que teriam ocorrido irregularidades nas

³⁴¹ TCU: Decisão nº 897/1998, Plenário, Min. Rel. José Antônio Barreto Macedo, j. 15 de dezembro de 1998, fl. 26.

³⁴² TCU: Acórdão nº 935/2013, Plenário, Min. Rel. Valmir Campelo, j. 07 de agosto de 2012, fl. 20, e Acórdão nº 664/2013, Plenário, Min. Rel. Valmir Campelo, j. 27 de março de 2013, fls. 28 a 29.

operações de financiamento ao descruzamento acionário da CSN e da Companhia Vale do Rio Doce³⁴³. No caso, esta operação levantou indícios de vinculação relevante do patrimônio do Sistema BNDES em uma só empresa, além do elevado risco da operação, o que foi suscitado pela área técnica como algo possível de ser compreendido como uma irregularidade. Não obstante, esta mesmo entendeu que:

112. A operação apresentada, apesar de inédita, ante a sua magnitude, **encontra-se no âmbito do poder discricionário do BNDES**. A escolha desses empreendimentos que deseja apoiar, apesar de manter o banco com a característica de concentrador de recursos e favorecimento principalmente de grandes empresas em detrimento das médias e pequenas, **só poderá ser questionado no âmbito das políticas públicas** ou nas falhas de análise do projeto apoiado e nas projeções realizadas.³⁴⁴ (grifos nossos)

As características aparentemente irregulares da operação financiada eram desconsideradas pela Corte por se entender, em primeiro lugar, ser o fomento praticado pelo BNDES uma atividade discricionária. Os efeitos de concentração de recursos em um só setor ou empresa, por outro lado, suscitava um questionamento de mérito da política pública subjacente ao financiamento concedido com o BNDES, o que não era possível de ser questionado pelo TCU. Por estes fatos, não havia irregularidades a apontar.

Racional similar foi sustentado no Acórdão nº 1.664/2004, analisado pelo Plenário do Tribunal de Contas em sede de pedido de reexame. No caso, analisava-se a operação de financiamento à capitalização da NET Serviços de Telecomunicações S/A, por meio do BNDESPar. A empresa enfrentava dificuldades para reestruturar suas dívidas, o que levou o TCU a determinar a imediata adoção, pelo BNDES, na qualidade de acionista minoritário, medidas para readequar os débitos da empresa e de converter débitos em dólar em reais, sem, contudo, verter novos recursos na empresa.

O BNDES não concordou com as determinações, alegando que a realização das medidas sustentadas pela Corte ensejaria prejuízos contábeis e financeiros para o braço de participações do banco. O Ministro Relator Marcos Bemquerer Costa, assim se posicionou sobre o tema:

³⁴³ Descruzamento acionário foi expressão utilizada pela Corte para se referir a operações de alienação e compra de ações realizadas com vistas ao atendimento ao art. 244 da Lei Federal nº 6.404/1976. O dispositivo proíbe expressamente que empresas controladoras e controladas, ou coligadas, mantenham participações acionárias recíprocas. Nestes casos, as ações recíprocas deverão ser alienadas em até um ano. No caso específico, a CSN detinha participação na Vale e ambas foram arrematadas pelo mesmo grupo econômico, de modo que o controlador da Vale era também o controlador da CSN.

³⁴⁴ TCU. Acórdão nº 029/2003. Plenário. Min. Rel. Lincoln Magalhães da Rocha, j. 22/01/2003, fl. 13.

“5. Com efeito, é necessário considerar-se que a atuação do Banco, de fomento e de incentivo às atividades empresariais, dá-se em condições de mercado e é pautada por situações extremamente complexas, que envolvem riscos e discricionariedades característicos do dinamismo que envolve este segmento, conforme bem evidenciou a análise empreendida no âmbito da Serur. Desse modo, a determinação do Tribunal, da forma como redigida, dificulta que o BNDES, no caso em concreto, exerça as suas atividades em sua plenitude, avaliando os riscos mercadológicos e mensurando o possível retorno de suas operações, vez que tal mister foi assumido pelo próprio Tribunal, de forma estanque, ao impedir peremptoriamente o novo aporte de recursos na empresa Net, sem se levar em consideração as transformações por que passa o setor econômico a que está submetido o referido empreendimento.

(...)

7. Em acréscimo, vejo que restou demonstrado que o eventual não-exercício do direito de preferência pelo BNDESPAR na subscrição de novas ações da Net poderá acarretar diluição não-desejada na sua participação acionária e conseqüente diminuição de alguns direitos previstos na Lei n. 6.404/1976 (com alterações da Lei n. 10.303/2001), caso a subscrição seja a medida tecnicamente recomendada pelos setores competentes do BNDES.

(...)

9. Ademais, **tendo em vista as características técnicas e de discricionariedade que envolvem a atuação do BNDES** nas operações de apoio a empreendimentos que contribuam para o desenvolvimento do país, consoante já explicitado acima, **tenho por suficiente determinar àquela entidade que, tão logo concluída a operação de subscrição de ações da Net, e caso seja exercido esse direito, encaminhe a este Tribunal relatório detalhado sobre os motivos determinantes da decisão adotada**, o montante da operação, o novo quadro mercadológico que dela se espera e as ações do Banco para cumprimento das determinações desta Corte.”³⁴⁵ (grifos nossos)

A determinação da Corte foi reinterpretada como uma ingerência sobre as atividades do BNDES, que seriam técnicas e discricionárias, inerentemente sujeitas a risco e, portanto, deveriam permanecer sob a égide do próprio banco, sendo descabido que o Tribunal determinasse a forma pela qual o banco deveria conduzir seus negócios. Isto foi suficiente para rever as determinações do TCU, limitando-se a exigir a apresentação das decisões adotadas pelo BNDES e de suas respectivas justificativas.

O risco ínsito à função de fomento apareceu mais uma vez no Acórdão nº 276/2012, em que o TCU fiscalizava suposto superfaturamento e favorecimento de empresas em empréstimos envolvendo recursos do Fundo da Marinha Mercante. Os contratos foram avaliados e constatou-se prejuízos ao BNDES em decorrência de inadimplementos dos contratos de financiamento. A unidade técnica da Corte, mesmo assim, ponderou que:

³⁴⁵ TCU. Acórdão nº 1.664/2004, Plenário, Ministro Relator Marcos Bemquerer Costa, j. 27/10/2004, fl. 6.

Assim, a equipe da 5ª Secex concluiu que o inadimplemento da maioria dos financiamentos **poderia ser atribuído ao risco ínsito à atividade de fomento, não se constituindo em fundamento para a imputação de débito**, à exceção do contrato firmado com a empresa Araguaiana.³⁴⁶ (g.n)

A aderência das operações de financiamento a políticas públicas federais também voltaria a aparecer, desta vez, no controle das Políticas de Desenvolvimento Produtivo, que legitimava o BNDES a adquirir participações societárias e a financiar a expansão internacional de empresas de determinados setores produtivos nacionais, que apresentassem vantagens competitivas no cenário internacional. A política – que viria a ocupar papel central nas investigações criminais envolvendo o Banco -, deixou de ser inquinada pela Corte por esta entender que:

“A acentuada alocação de recursos do BNDES, na modalidade de financiamentos e de participações societárias, a um pequeno número de grandes empresas, assinalada pela equipe de auditoria, é **consonante com o plano federal de sustentabilidade do crescimento econômico estabelecido na Política de Desenvolvimento Produtivo – PDP e com a própria natureza do BNDES, que é um banco de desenvolvimento criado para financiar grandes projetos e que atua no atacado**, não dispendo de uma estrutura organizacional que lhe permita atuar no varejo. Nesse sentido, as operações menores são contratadas com instituições financeiras agentes, que assumem o risco de crédito, inclusive aquelas realizadas com o cartão BNDES, que atendem às necessidades de crédito de pequenas e médias empresas.” (g.n)³⁴⁷

Dos precedentes analisados, portanto, nota-se que as características do fomento eram consideradas pela Corte de Contas nas fiscalizações realizadas sobre o BNDES. Seu efeito, contudo, era o de restringir a extensão do controle realizado pelo TCU. Em linhas gerais, o Tribunal considerava que o fomento era uma atividade inerentemente afeita ao risco, vinculada a políticas públicas e discricionária, características estas que afastavam a competência da Corte, sob pena de se caracterizarem ingerências indevidas sobre o mérito da gestão administrativa.

O fomento, em suma, seria uma atividade controlável exclusivamente por intermédio da legalidade dos instrumentos utilizados pelo banco, sendo as características desta atividade um inibidor de controles mais amplos. Este entendimento, contudo, foi superado pela Corte de Contas no ciclo subsequente de fiscalizações sobre o BNDES.

³⁴⁶ TCU. Acórdão nº 276/2012. Plenário. Min. Rel. Augusto Sherman Cavalcanti, j. 08/02/2012, fl.9.

³⁴⁷ TCU. Acórdão nº 3.142/2010. Plenário. Min. Rel. Raimundo Carreiro, j. 24/11/2010, fl. 78.

3. O SEGUNDO MOMENTO DO CONTROLE EXTERNO DO BNDES: O FOMENTO NA PAUTA DO TCU (2014 A 2018³⁴⁸)

De 2014 em diante, as relações entre BNDES e TCU mudam de perfil. Ainda que sob o ponto de vista quantitativo, a alteração não tenha sido drástica, fato é que sob o ponto de vista qualitativo o controle sofre importante alteração. Neste segundo período, já não há uma política conduzida pelo BNDES que induza o TCU a instituir um amplo programa de controle para acompanhá-la, tal como fez em relação às desestatizações e a Copa do Mundo.

Do que emergiu de novo na pauta do controle, o destaque ficou para uma agenda de investigação de irregularidades na aplicação dos recursos do Banco. Impulsionada por colaborações de investigados em operações do Ministério Público e da Polícia Federal, e pela ampla repercussão pública das denúncias realizadas, gradualmente o TCU foi instado a fiscalizar as políticas de financiamento do BNDES.

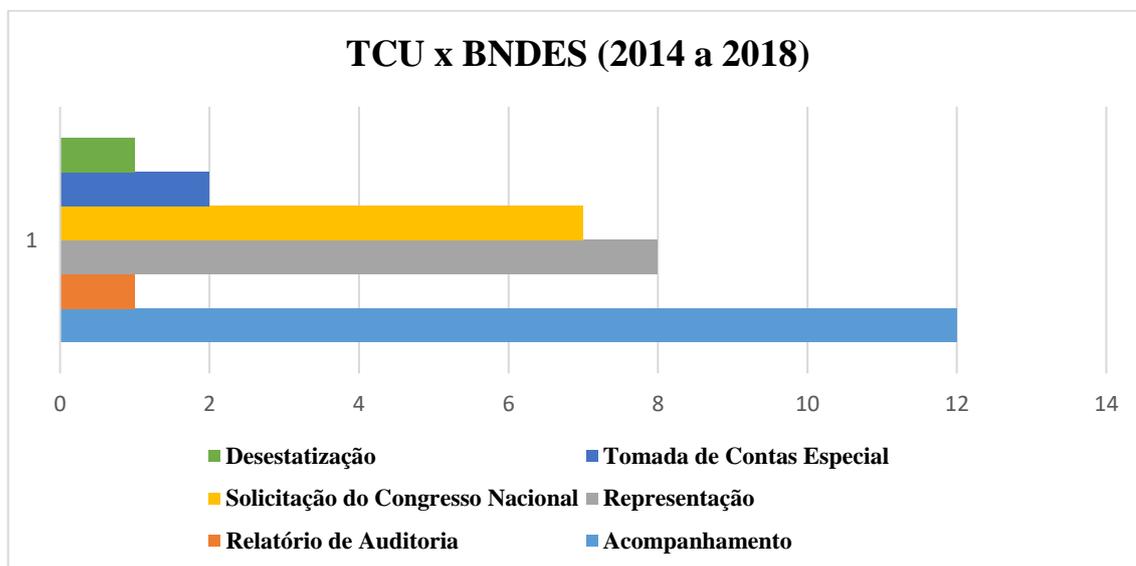
A perspectiva deste controle, porém, era absolutamente distinta do até então realizado. Se até o ano de 2014 a premissa era a de que o TCU se organizava para fiscalizar programas de financiamento legítimos, a premissa, agora, era a de que as atividades do Banco eram espúrias e, portanto, deveriam ser passadas a limpo – sobretudo, naquelas linhas de financiamento que atendiam a empresas envolvidas em escândalos de corrupção.

O perfil processual da Corte acompanha esta guinda na perspectiva do controle do BNDES. Os acompanhamentos ainda persistem como o instrumento mais utilizado, correspondendo a 38% dos casos. Porém, como destacado acima, todos estes casos foram destinados a encerrar o ciclo de fiscalizações do ProCopa Arenas e ao projeto de construção de projetos de transporte urbano relacionados à Copa do Mundo.

Quando considerado apenas o que há de efetivamente novo na agenda de controle, o que se nota é o predomínio de representações, solicitações do congresso nacional, que se convertiam em tomadas de contas especiais ou em auditorias de conformidade específicas. Isto é, o perfil processual continua sendo a fiscalização de legalidade, não obstante, desta feita, voltado ao escrutínio das operações e responsabilização dos envolvidos em eventuais irregularidades.

³⁴⁸ Até 30 de setembro de 2018.

O gráfico abaixo evidencia esta evolução processual a partir dos instrumentos fiscalização utilizados pela Corte:



Considerando-se a participação proporcional ao universo de acórdãos analisados, as representações saltam de 7,5% dos julgados no período entre 1992 a 2014, para se tornarem cerca de 25% dos julgados analisados no período subsequente³⁴⁹.

Não obstante isso, a alteração não foi estritamente quantitativa. Conforme adiantado acima, o perfil decisório também se altera. Em apenas um caso foi possível se identificar uma postura de deferência à gestão do BNDES³⁵⁰, em todos os demais não houve postura deferencial por parte do Tribunal de Contas. A análise dos dispositivos demonstra que em apenas 29%³⁵¹ dos casos estudados no período, o TCU deixou de exarar algum comando para o BNDES ou para sua burocracia, denotando uma nítida inversão de postura em relação ao período anterior.

Estes elementos nos permitem asseverar que o *modus operandi* do controle do BNDES transitou de um paradigma de deferência e de pouca interferência, a um paradigma

³⁴⁹ Eram 9 representações em um universo de 120 acórdãos. Passaram a ser 8 representações em um universo de 31 acórdãos. Os números podem ser obtidos a partir do filtro “Instrumento Processual”, conciliado com o recorte de datas de cada período.

³⁵⁰ Trata-se do Acórdão nº 2.804/2016, em que a Corte, ao apreciar financiamento concedido Klabin S.A recomendou ao BNDES Corte que avaliasse a pertinência de fazer inserir em seus normativos internos a obrigatoriedade de se fazer constar cláusulas expressas exigindo contrapartidas sociais, diante de previsão genérica contemplada no regulamento de operações do BNDES.

³⁵¹ Utilizando o filtro “Determinação/Recomendação ao BNDES” do Apêndice desta dissertação, com o filtro referente à “data de julgamento”, restringindo os casos ao período ora analisado, e desconsiderando os acórdãos indicados em verde no filtro “Decisão (em razão de terem sido exarados comandos à burocracia do banco sobre decisões administrativas na gestão de políticas, mas não diretamente ao BNDES), temos o universo contido neste percentual, que corresponde a 9 acórdãos;

de ampliação da utilização de instrumentos coercitivos no controle do banco e de expedição de determinações de revisão dos modos de operação da instituição financeira.

Em duas políticas do BNDES, este movimento foi mais destacado: (i) no controle da Política de Desenvolvimento Produtivo, em especial, em sua atuação no setor frigorífico; e (ii) no controle do programa de Apoio à Exportação de Serviços Nacionais de Engenharia. Em seu conjunto, ambas correspondem a 40% dos processos de fiscalização instaurados no período e são, talvez, os dois exemplos mais representativos desta alteração na postura de controle do TCU.

Analisamos qualitativamente ambos estes casos nos itens a seguir, para ao final, apresentarmos uma leitura crítica sobre a forma pela qual esta mudança ocorreu, as razões institucionais que lhe são subjacentes e as repercussões desta nova postura sobre a função administrativa desempenhada pelo Banco.

3.1.A POLÍTICA DE DESENVOLVIMENTO PRODUTIVO E SEU CONTROLE

A política de desenvolvimento produtivo (PDP) foi anunciada em 12 de maio de 2008 como um programa de sustentação do crescimento econômico do país e de ampliação da competitividade das empresas nacionais. Seu objetivo principal era o de incentivar a realização de investimentos produtivos em diversos setores e sustentar as taxas de crescimento do país.

Era uma política mais ampla que sua antecessora, a Política Industrial, Tecnológica e de Comércio Exterior (PITCE). Se esta última concentrava seus esforços em quatro setores, abrangendo a produção de softwares, bens de capital, fármacos e componentes eletrônicos, a PDP se estruturava em cinco metas, que envolviam aportes de recursos públicos, em variadas formas, em cerca de 31 setores da economia nacional.

As metas orientavam a seleção dos setores e delimitavam a forma pela qual estes seriam incentivados. De forma resumida, os objetivos almejados pela PDP eram: (i) a ampliação das exportações; (ii) o fortalecimento das micro e pequenas empresas; (iii) regionalização da economia; (iv) integração produtiva entre África e América Latina e, por fim, o incentivo à (v) produção sustentável.

Para atingir estas metas, os setores eram repartidos em três programas, que procuravam concentrar a promoção das metas enunciadas pela política. O primeiro deles era o Programa para Fortalecer a Competitividade, o segundo era o Programa Mobilizadores em Áreas Estratégicas e, por fim, o último era o Programa para Consolidar e Expandir Lideranças.

Ao BNDES, incumbiu primordialmente a execução do programa de consolidação e expansão da liderança de empresas nacionais no mercado internacional. A princípio, esta estratégia serviria tanto à expansão de empresas nacionais como lideranças globais quanto à ampliação da exportação de produtos nacionais mediante a expansão do acesso destas empresas a mercados estrangeiros.

O setor de produção de proteína animal foi o que mais despertou a atenção do público. Destinatário de cerca de 65% dos recursos aportados pelo BNDES na execução das PDPs, as empresas do setor adotaram uma estratégia de expansão agressiva mediante a aquisição de empresas nacionais e internacionais com o apoio do BNDES.

A escolha política consubstanciada nas PDPs levou a determinados agentes a provocarem o Tribunal de Contas da União a fiscalizar as atividades do BNDES neste setor. No primeiro destes movimentos, a atuação do BNDES no setor foi controlada por Solicitação do Congresso Nacional, mais especificamente da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados.

O pleito solicitava a fiscalização das operações do BNDES diante de realização da Operação Santa Tereza pela Polícia Federal, que investigava a existência de um sistema de cobrança de propina para a celebração de financiamentos com o Banco. O Tribunal de Contas da União, no julgamento da Solicitação, entendeu pertinente conhecê-la e determinar a realização de auditoria de conformidade sobre as operações do BNDES no setor frigorífico entre 2004 e 2009³⁵².

A unidade técnica do Tribunal procedeu com a auditoria com o objetivo de sanar duas questões específicas: (i) *existiram evidências de que os contratos celebrados entre o BNDES e as empresas frigoríficas não obedeceram às condições existentes nos normativos*

³⁵² TCU: Acórdão nº 1.623/2009, Plenário, Min. Rel. Raimundo Carreiro, j. 22 de julho de 2009, fl. 3.

*internos do BNDES?; e (ii) existiram evidências de causas subjetivas de possíveis favorecimento nas operações de financiamento do BNDES para empresas frigoríficas?*³⁵³

A postura da Corte na votação do relatório de auditoria resultante assemelhou-se ao perfil de controle do período existente entre 1992 e 2014. Isto é, o que se viu foi uma Corte deferente às funções administrativas do BNDES. Nesta senda, não obstante a verificação de indícios de concentração de aportes em um pequeno grupo de empresas do setor e a consequente concentração mercadológica neste segmento, a Corte concluiu que:

“A acentuada alocação de recursos do BNDES, na modalidade de financiamentos e de participações societários, a um pequeno número de grandes empresas, assinalada pela equipe de auditoria é consonante com o plano federal de sustentabilidade do crescimento econômico estabelecido na Política de Desenvolvimento Produtivo – PDP e com a natureza do BNDES, que é um banco de desenvolvimento criado para financiar grandes projetos e que atua no atacado, não dispondo de uma estrutura organizacional que lhe permita atuar no varejo.”³⁵⁴

As PDPs no setor frigorífico, porém, retornariam à pauta do Tribunal de Contas da União em 2014. Novamente por solicitação da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados, desta feita motivada pelo conjunto de denúncias publicadas na mídia acerca das operações envolvendo o BNDES e a JBS. Na solicitação encaminhada, a Comissão requisitava:

“a realização de fiscalização ‘nas operações de crédito do Banco de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES em relação às empresas do Grupo JBS/Friboi, propiciando o esclarecimento sobre os aspectos financeiros da operação, critérios utilizados na escolha das empresas do setor e vantagens sociais dessa.”³⁵⁵

De forma mais específica, os parlamentares requisitavam a avaliação da legalidade de operações realizadas a partir de agosto de 2009, quando o BNDES teria dispensado o pagamento de multa contratual, adquirido debêntures da JBS e sofrido supostas perdas em operação de troca de debêntures por ações da JBS. A Corte de Contas acatou a solicitação e determinou, por intermédio do Acórdão nº 1.398/2014³⁵⁶, a realização de nova auditoria de conformidade sobre as atividades do BNDES no setor frigorífico.

³⁵³ TCU: Acórdão nº 3.142/2010, Plenário, Min. Rel. Raimundo Carreiro, j. 24 de novembro de 2010, fl. 3 do Relatório.

³⁵⁴ TCU: Acórdão nº 3.142/2010, Plenário, Min. Rel. Raimundo Carreiro, j. 24 de novembro de 2010, fl. 1 do Voto do Ministro Relator.

³⁵⁵ TCU: Acórdão nº 1.398/2014, Plenário, Min. Rel. Augusto Sherman Cavalcanti, j. 28 de maio de 2014, fl. 1.

³⁵⁶ Item 9.2.1 do Acórdão nº 1.398/2014.

A auditoria de conformidade foi apreciada pelo Plenário do TCU em 25 de novembro de 2015, ocasião em que se prolatou o Acórdão nº 3.011/2015. Neste, o perfil do controle desempenhado pelo Tribunal de Contas da União se alterou por completo. O caráter comedido e refratário a intervenções que transcendessem a esfera da legalidade foi substituído por um controle sem muitas peias, destinado ao amplo escrutínio das escolhas realizadas pelo BNDES na condução das PDPs no setor frigorífico e de revisá-las com base exclusiva no juízo técnico da Corte de Contas.

No Acórdão em tela, a Corte de Contas repassou as decisões, os instrumentos jurídicos e as análises que motivavam as decisões do BNDES em três operações distintas.³⁵⁷. A primeira destas operações foi a subscrição de valores mobiliários emitidos pela empresa frigorífica em oferta privada de ações para o BNDESPar, com o objetivo de capitalizar a empresa para a aquisição da Swift Foods Inc. A operação transcorreu sem intercorrências, concluindo-se em 2007.

A segunda operação seguiu a mesma lógica de sua antecessora. Desta feita, a oferta privada de ações teria o objetivo de capitalizar a JBS para a aquisição de duas companhias norte-americanas: a National Beef Packing Co. e a Smithfield Beef Group, junto de sua subsidiária, a Five Rivers Ranch Cattle Feeding LLC. A operação, porém, envolveu estrutura mais complexa.

Parcela da subscrição das ações a serem emitidas pela JBS seriam adquiridas diretamente pelo BNDESPar, enquanto a parte restante seria subscrita por um fundo de investimentos – o Fundo PROT, constituído pelo BNDEPar e por dois fundos de pensão, o Fundo Petros e o FUNCEF. A operação ainda seria finalizada com uma parcela de recursos privados, captados junto a investidores e aos minoritários da JBS.

Em razão da complexidade da operação e do risco de concentração de mercado atrelado a sua realização, as partes celebraram, conjuntamente à operação, um contrato de

³⁵⁷ Esta análise específica de cada operação foi determinada pelo item 9.2 do Acórdão nº 3.011/2015. Em função desta determinação, o Tribunal de Contas instaurou novos processos, dos quais resultaram os seguintes acórdãos (até o momento): Acórdão nº 800/2017 e Acórdão nº 1.411/2017 (ambos relacionados às operações envolvendo a Swift Foods), o Acórdão 2.342/2017 (envolvendo o apoio para a aquisição da National Beef Packing Co. e da Smithfield Food Inc.) e, por fim, o Acórdão nº 2.206/2018 (envolvendo a aquisição da Pilgrim's Pride e da Bertin S.A). Importante salientar, que como decorrência destes processos, o TCU instaurou ainda outro, para investigar as participações do BNDES na Bertin S.A, em operações separadas de seu apoio à JBS. Este caso foi consubstanciado no Acórdão nº 2.154/2018. No entanto, por apresentar questões idênticas às avaliadas e por esta operação ter sido contemplada no Acórdão nº 2.206/2018, deixamos de analisar estas operações em específico, para evitar tornar a exposição mais extensa e repetitiva.

opção de venda, em que o BNDESPar e o Fundo PROT poderiam alienar a totalidade das ações adquiridas aos acionistas originais da JBS, em caso as duas aquisições ou mesmo uma delas fosse vetadas pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos³⁵⁸. Caso a rejeição fosse apenas parcial, a venda ainda poderia ser realizada, porém, de forma proporcional à parcela da operação aprovada pelo Departamento.

Com efeito, este risco veio a se concretizar e o Departamento de Justiça dos Estados Unidos não aprovou a aquisição da National Beef Packing Co., por entender que ocorreria excessiva concentração de mercado, instaurando um processo para anular a operação. Em face disso, BNDESPar e JBS negociaram um termo aditivo em seu contrato de opção de compra e venda, postergando o momento da decisão pelo exercício da opção de venda pelo banco de desenvolvimento.

A empresa brasileira, um ano mais tarde, desistiu oficialmente da aquisição da empresa norte-americana e assinou outros dois termos aditivos com o BNDES, o primeiro estendendo ainda mais o prazo para o exercício da operação da venda das ações, enquanto o outro serviu para permitir a destinação dos recursos aportados para a aquisição da National Beef Packing Co. em outra operação de aquisição de empresas no mesmo setor, dentro do projeto de consolidação e expansão de lideranças das PDPs³⁵⁹.

Estes recursos foram aproveitados em uma terceira operação apoiada pelo BNDES. Desta feita, o banco de fomento aportou recursos na JBS para a aquisição da Pilgrim's Pride Co., nos Estados Unidos, da Tasman Group, na Austrália e na aquisição da Bertin S.A, no Brasil. Parte dos recursos envolvidos nesta operação seria proveniente do saldo restante da operação de aquisição da National BeefPacking Co., enquanto outra parcela seria proveniente de nova subscrição de valores mobiliários a ser realizada pelo BNDES.

A operação também assumiu maior complexidade do que a primeira. Para viabilizá-la, a JBS alegou que captaria recursos no mercado de capitais norte-americano, mediante a abertura do capital da JBS USA, empresa constituída a partir da aquisição da Swift. Para viabilizar o aporte neste contexto, o BNDESPar adquiriu debêntures permutáveis em ações, que permitiam ao banco, em caso de sucesso da abertura de capital da JBS USA, obter

³⁵⁸ TCU: Acórdão nº 2.342/2017, Plenário, Min. Rel. Augusto Sherman Cavalcanti, j. 18 de outubro de 2017, fl. 123.

³⁵⁹ Idem, fl. 127.

participação acionária nesta companhia, ou, em caso de seu fracasso, obter participação acionária no braço nacional da companhia.

O registro das debêntures definia um prazo para a consecução da abertura de capital, cujo descumprimento permitiria ao BNDES converter as debêntures em ações e obrigar a JBS a recomprá-las em valor a ser calculado conforme metodologia disciplinada pela debênture, somado a um prêmio de 10% do valor da operação.

A abertura de capital da JBS, porém, fracassou. Diante de recomendações de consultores financeiros para a não realização da operação, a empresa propôs ao BNDES a antecipação da conversão das debêntures em ações, a um preço que envolveria um ágio, naquele momento, de 19%.

A intenção alegada era excluir o BNDES da qualidade de debenturista e, assim, reduzir o grau de endividamento do grupo econômico, abrindo espaço para que a companhia fosse capaz de contratar novas dívidas nos Estados Unidos, para financiar a operação de aquisição da Pilgrim's Pride e da Bertin S.A, no Brasil. O Banco aceitou a proposta e converteu suas debêntures antes do atingimento do prazo para a realização da abertura de capital da JBS USA, e a companhia brasileira adquiriu suas concorrentes.

Em todos estes casos, a mudança na postura do Tribunal de Contas da União foi percebida, não obstante o perfil dos instrumentos de fiscalização adotado não se distanciasse dos instrumentos de controle de legalidade, predominantes no primeiro período das relações entre TCU e BNDES. Isto é, muito embora os instrumentos de fiscalização ainda fossem predominantemente instrumentos de avaliação de legalidade, o objeto das deliberações do TCU deixou de se limitar ao estudo da aderência das decisões do BNDES a seus normativos internos. Neste novo período, a arquitetura das decisões do BNDES passou a ser o objeto principal de controle pelo TCU.

Para evidenciar esta alteração no perfil do controle da Corte em relação ao banco de fomento, destacamos no subitem abaixo o fluxo e os processos de gestão subjacentes às decisões de investimento do BNDES na subscrição de valores mobiliários, modalidade de atuação utilizada pelo Banco para apoiar as empresas do setor frigorífico. Com esta exposição, pretendemos expor, de forma conceitual, a arquitetura decisória do BNDES na gestão destas participações acionárias.

3.2.A ARQUITETURA DECISÓRIA DO BNDES EM XEQUE: O TCU AVANÇA SOBRE A GESTÃO DAS PDPS

A atuação do BNDES no setor frigorífico se deu prioritariamente mediante a aquisição de participações societárias em empresas deste segmento econômico. Algumas considerações sobre a atuação do Banco no mercado de capitais são necessárias para se compreender como o BNDES promove a gestão de seus investimentos neste segmento.

A utilização do mercado de capitais para fins de fomento é admitida ao BNDES pelo art. 10, inc. VII de seu estatuto social. O banco desenvolveu sua atuação neste segmento por intermédio de uma subsidiária integral, o BNDES Participações S/A (“BNDESPar”)³⁶⁰, que tem por objeto social realizar operações em mercado de capitais alinhadas às políticas de fomento do banco. Foi por intermédio desta companhia que o BNDES atuou junto às empresas do setor frigorífico e foi controlado pelo TCU.

O apoio a empresas privadas por intermédio de participação acionária, muito embora apresente características e lógicas próprias, conforme abordaremos mais a frente, desenvolve-se, do ponto de vista formal, de forma similar aos fluxos e processos decisórios aplicáveis às modalidades de financiamento do banco. O BNDES, portanto, apesar de atuar como um banco de investimentos no mercado de capitais, não o faz de forma ostensiva; sua ação é dependente do recebimento de solicitações de apoio por empresas interessadas em contar com o aporte de recursos do BNDES.

O Regulamento Geral de Operações do Banco (“RGO”)³⁶¹ e suas Políticas Operacionais³⁶² delimitam este método de atuação para o Banco de fomento. De acordo com o RGO, as operações do BNDES serão iniciadas mediante a apresentação, por empresas interessadas, de solicitações de apoio. Estas sempre estarão condicionadas a uma etapa de estudos do projeto, em que será analisada a viabilidade do apoio a ser concedido³⁶³. Os critérios e as etapas de aprovação desta solicitação variam de acordo com o tipo de apoio solicitado.

³⁶⁰ Por serem integrantes, de forma ampla, do Sistema BNDES, optamos por deixar em evidência apenas a expressão “BNDES”, querendo designar, no caso das PDPs, as decisões adotadas no âmbito do BNDESPar.

³⁶¹ Resolução nº 1.467/2007 do BNDES.

³⁶² Anexo da Resolução nº 1.467/2007 do BNDES.

³⁶³ Art. 13, Resolução nº 1.467/2007 do BNDES.

No caso da subscrição de valores mobiliários em ofertas privadas³⁶⁴, este fluxo é, atualmente, disciplinado pela Resolução de Diretoria nº 3.287/2018. A solicitação de apoio nesta modalidade pode se iniciar de duas maneiras distintas. No caso de apoios a operações já estruturadas pelo postulante, o particular poderá encaminhar uma Consulta Pública ao Departamento de Prioridades e Enquadramento da Área de Fomento e Originação de Negócios, solicitando o apoio do BNDES para a operação apresentada.

Caso a operação ainda não apresente este grau de maturação, o particular poderá solicitar um “Contato Prévio”³⁶⁵ a ser realizado pelo representante do postulante diretamente com a Área de Mercado de Capitais³⁶⁶ do BNDES, expondo em linhas gerais a operação que se pretende estruturar. A partir deste momento, inicia-se a etapa de Estudo Prévio, em que a Área de Mercado irá iniciar a análise de viabilidade da operação, auxiliando o particular a estruturá-la.

Caso entenda que a operação é viável e que potencialmente poderá ser enquadrada pelo Banco como elegível para o apoio, a Área de Mercado de Capitais poderá propor ao postulante que submeta Consulta Prévia ao Departamento de Prioridades e Enquadramento da Área de Fomento e Originação de Negócios do BNDES. Caso contrário, poderá propor o cancelamento do Contato Prévio.

A emissão da Consulta Pública encerra a etapa de Estudo Preliminar e dá início a etapa de Avaliação Preliminar de Elegibilidade. Nesta, serão conduzidas duas fases de análise, ambas realizadas autonomamente. Na primeira, realiza-se a habilitação do postulante, avaliando-se: (i) o seu risco de crédito, (ii) a sua margem para operar recursos e (iii) o risco de exposição do Sistema BNDES a postulante ou a seu grupo econômico (se houver), (iv) o destaque de eventuais postos de atenção de integridade, a classificação socioambiental da empresa e, por fim, (v) a adequação da operação às orientações básicas e políticas do BNDES.³⁶⁷

A segunda fase é a de Instrução Preliminar de Elegibilidade. Nesta, a Área de Mercado de Capitais deverá iniciar o exame preliminar da Consulta apresentada, a partir dos

³⁶⁴ Esta foi a modalidade utilizada pelo BNDESPar nos investimentos realizados nas empresas do setor frigorífico.

³⁶⁵ Art. 9º, Resolução de Diretoria nº 3.287/2018. De acordo com o dispositivo, o contato deverá ser formalizado de acordo com o seguinte rito: (i) registro do documento encaminhado pelo postulante e (ii) adoção das providências necessárias para assegurar o sigilo da operação.

³⁶⁶ Área de Investimento em Mercado de Capitais.

³⁶⁷ Art. 20, Resolução de Diretoria nº 3.287/2018.

seguintes pontos: (i) identificação do postulante e seu respectivo grupo econômico; (ii) identificação da data do contato inicial com o Postulante; (iii) resumo preliminar da operação; (iv) resumo da finalidade da operação; (v) adequação da operação ao produto Subscrição de Valores Mobiliários; (vi) dados econômico-financeiros do postulante; (vii) versão preliminar da tese de investimento da operação.³⁶⁸

A aprovação desta etapa de análise ficará a cargo do Comitê Deliberativo de Mercado de Capitais³⁶⁹. Uma vez superada esta aprovação, terá início a etapa de Análise da operação, em que serão apresentadas as condições do BNDES para participar da operação, conforme as delimitações especificadas em suas Políticas Operacionais. Além disso, neste momento deverá ser apresentada a modelagem financeira da operação e a precificação pretendida pela postulante, que deverão ser apreciadas pela Área de Mercado de Capitais³⁷⁰.

A análise se encerrará com um estudo integral das condições da operação a ser realizada, a ser submetido à manifestação do Comitê Consultivo de Mercado de Capitais³⁷¹. Após o parecer deste último, análise pelo Diretor e pelo Superintendente da Área de Mercado de Capitais, a operação será decidida pela Diretoria ou por esta e pelo Conselho de Administração, a depender da alçada conferida pelo Conselho à Diretoria. Com a aprovação da estruturação da aprovação e dos posicionamentos das unidades técnicas, a operação poderá ser contratada.

As participações acionárias do BNDESPar, obrigatoriamente, são minoritárias e com caráter transitório³⁷². Neste sentido, após a contratação da operação será iniciada a etapa

³⁶⁸ Art. 21, Resolução de Diretoria nº 3.287/2018.

³⁶⁹ Art. 4º, Resolução de Diretoria nº 3.288/2018.

³⁷⁰ Art. 30, Resolução de Diretoria nº 3.287/2018. Cumpre ponderar que em caso de operações com valor superior a R\$ 50 milhões, avaliações relacionadas à potencial redução ao valor recuperável de ativos (*impairment*) que envolva uma variação contábil superior a R\$ 50 milhões (cinquenta milhões de reais) em participações acionárias diretas em companhias da Carteira de Mercado de Capitais e Avaliações relacionadas à proposição de investimentos diretos em ações ou em títulos ou valores mobiliários que possam resultar em participações acionárias em companhias das quais o Sistema BNDES não seja acionista, a Área de Mercado de Capitais deverá submeter seus estudos ao Comitê de Avaliação, conforme determinado na Resolução de Diretoria nº 3.261/2018.

³⁷¹ Art. 5º, Resolução de Diretoria nº 3.288/2018.

³⁷² Item 1, Capítulo 12, Caderno de Produtos, do Anexo de Políticas Operacionais da Resolução nº 1.467/2007 do BNDES.

de acompanhamento³⁷³ do investimento realizado até que, oportunamente, se realize o desinvestimento³⁷⁴.

Todo este fluxo processual do BNDES para definir suas participações societárias evidencia uma arquitetura decisória específica. Em linhas gerais, podemos sintetizá-la em três momentos centrais. O primeiro deles é o contato inicial entre o postulante e o Banco, em que a instituição de fomento irá realizar a avaliação da operação que lhe é proposta e buscará aferir a sua aderência às políticas de fomento conduzidas pelo BNDES.

O segundo, diz respeito à gestão do investimento a ser realizado. Nesta etapa decisória, de modo geral, entendo existir duas etapas. A primeira diz respeito a delimitação do investimento em si, com a negociação e aprovação da modelagem econômico-financeira da operação e do valor da subscrição a ser realizada, e a segunda, que envolve a gestão do investimento ao longo do tempo, isto é, ao acompanhamento do investimento realizado, a participação em assembleias de acionistas, análise de informações fiscais, avaliação do comportamento do ativo e a projeção de sua rentabilidade para o Sistema BNDES.

A terceira etapa da arquitetura decisória do banco envolve a decisão quanto ao desinvestimento. Trata-se do momento de saída do BNDES do quadro acionário da empresa apoiada por entender ter atendido a finalidade do investimento e a sua rentabilidade. Esta decisão é adotada pela Diretoria do Banco ou por seu Conselho de Administração e deve ser motivada, com amparo nos regulamentos internos da instituição de fomento.

Nos casos fiscalizados pelo Tribunal de Contas da União envolvendo a gestão das PDPs todas estas esferas decisórias foram revisadas pelo órgão de controle, que passou a elaborar suas próprias análises técnicas acerca das decisões adotadas pelo BNDES. Através deste método a Corte nos oferece um exemplo central da forma pela qual a modificação de sua postura de controle em relação ao BNDES a levou a transitar de uma postura de órgão de controle formal, para uma postura de revisor do mérito técnico das decisões adotadas pelos gestores do banco de fomento.

³⁷³ Elaborada pela Área de Acompanhamento do Mercado de Capitais, conforme às Normas Aplicáveis ao Acompanhamento da Carteira de Mercado de Capitais.

³⁷⁴ As atribuições para decidir sobre investimentos e desinvestimentos são disciplinadas pela Resolução nº 118/2018 do BNDESPar.

Voltamos nossas considerações para este ponto nos subitens abaixo, tomando por referência o controle de cada aspecto da arquitetura decisória do BNDES no setor de valores mobiliários.

3.2.1. DECISÕES DE ENQUADRAMENTO

O primeiro aspecto controlado pelo TCU, nas três operações de apoio, foi o procedimento de recebimento, análise e aprovação das solicitações de apoio da JBS junto ao banco de fomento. Em todos os três casos, a corte de contas identificou irregularidades na forma pela qual o banco conduziu a análise dos pleitos, bem como na decisão do banco em apoiar a empresa frigorífica.

Três foram os aspectos de análise revisado pelo órgão de controle. O primeiro, foram os prazos de estudo e aprovação das Cartas Consulta, responsáveis por iniciar o período de Consulta Pública, que formaliza a solicitação de apoio financeiro ao BNDES. No entender do Tribunal, o banco de fomento teria dedicado prazo incompatível com a complexidade da operação para aprová-la³⁷⁵, além de ter realizado análises superficiais a respeito de cada uma delas:

“Não obstante, e quanto a isso, os aspectos relacionados ao porte, ao valor e à complexidade da operação já foram bem destacados na descrição transcrita para o item 6 deste voto. Complementando, passo a destacar as constatações, registradas nos autos, que corroboram os indícios de que as análises sobre a operação foram realizadas de forma sumária, superficial, pouco detalhada, tecnicamente falha e, por todos os indícios, apressada.”³⁷⁶

O segundo aspecto controlado quanto ao enquadramento da operação foi a forma de avaliação da operação proposta. No entender do órgão de controle, o banco de fomento não teria adotado a devida cautela na operação, sobretudo, ao deixar de realizar auditorias

³⁷⁵ TCU: Acórdão nº 2.206/2018, Plenário, Min. Rel. Augusto Sherman Cavalcanti, j. 19 de setembro de 2018, fl. 43, caso em que se julgava a aquisição da Pilgrim's Pride e da Bertin S.A. Entendimento similar é encontrado no TCU: Acórdão nº 800/2017, Plenário, Ministro Relator Augusto Sherman Cavalcanti, j. 26 de abril de 2017, fl. 44, em que se analisava as operações de apoio à aquisição da Swift. O mesmo entendimento foi sustentado no TCU: Acórdão nº 2.342/2017, Plenário, Min. Rel. Augusto Sherman Cavalcanti, j. 18 de outubro de 2017, fls. 129 a 130.

³⁷⁶ TCU: Acórdão nº 2.342/2017, Plenário, Min. Rel. Augusto Sherman Cavalcanti, j. 18 de outubro de 2017, fl. 131. Entendimento similar pode ser encontrado em: TCU: Acórdão nº 800/2017, Plenário, Min. Rel. Augusto Sherman Cavalcanti, j. 26 de abril de 2017, fl.43, bem como em TCU: Acórdão nº 2.206/2018, Plenário, Min. Rel. Augusto Sherman Cavalcanti, j. 19 de setembro de 2018, fl. 239.

sobre as empresas a serem adquiridas pela JBS³⁷⁷. A contratação destes serviços seria necessária, ainda que os normativos internos do Banco não a exigissem, afinal “(...) *quem vai investir US\$ 750 milhões na aquisição de uma empresa por outra, especialmente em se tratando de um banco público, deveria ter adotado cautelas especiais*”³⁷⁸.

O terceiro aspecto apontado nos três casos diz respeito às informações consideradas pelo BNDES para aprovar a operação. De acordo com o entendimento do Tribunal de Contas, não havia a devida correlação entre as fontes de recursos e a destinação específica a ser dada pela JBS nas operações de aquisição de seus concorrentes nacionais e internacionais³⁷⁹.

Ainda que nas operações em mercado de capitais, o BNDES indicasse privilegiar menos a adstrição dos recursos a finalidades específicas, e mais a execução das operações apoiadas e a obtenção de resultados a partir delas, para a Corte de Contas seria necessária a discriminação exata das despesas a serem realizadas com os recursos do banco de fomento, sendo insuficiente a indicação de que parcela dos recursos seriam utilizadas para “consolidação da estrutura de capital”³⁸⁰ ou “investimento em capital de giro”³⁸¹. Nas palavras do Ministro Relator Augusto Sherman Cavalcanti:

*“113. (...) o comportamento usualmente esperado, legítimo, impessoal e eficiente, seria que o banco, ao se deparar com pleito dessa natureza, queira saber em minúcias como o dinheiro aportado seria empregado, com chances de retorno mais seguras à instituição financeira para novos investimentos nas diversas áreas que “patrocina”. Também de forma a aferir como seria aplicado em sintonia com os interesses do Sistema BNDES e interesses públicos subjacentes, porém não menores, ao país e aos brasileiros.”*³⁸²

³⁷⁷ TCU: Acórdão nº 800/2017, Plenário, Min. Rel. Augusto Sherman Cavalcanti, j. 26 de abril de 2017, fl. 52. O mesmo entendimento foi sustentado em: TCU: Acórdão nº 2.342/2017, Plenário, Min. Rel. Augusto Sherman Cavalcanti, j. 18 de outubro de 2017, fl. 137, assim como: TCU: Acórdão nº 2.206/2018, Plenário, Min. Rel. Augusto Sherman Cavalcanti, j. 19 de setembro de 2018, fl. 208.

³⁷⁸ TCU: Acórdão nº 800/2017, Plenário, Min. Rel. Augusto Sherman Cavalcanti, j. 26 de abril de 2017, fl. 52. A área técnica da Corte sustentou entendimento similar no TCU: Acórdão nº 2.342/2017, Plenário, Min. Rel. Augusto Sherman Cavalcanti, j. 18 de outubro de 2017, fl. 19.

³⁷⁹ TCU: Acórdão nº 2.154/2018, Plenário, Min. Rel. Augusto Sherman Cavalcanti, j. 12 de setembro de 2018, fl. 131.

³⁸⁰ TCU: Acórdão nº 2.206/2018, Plenário, Min. Rel. Augusto Sherman Cavalcanti, j. 19 de setembro de 2018, fl. 194.

³⁸¹ TCU: Acórdão nº 800/2017, Plenário, Min. Rel. Augusto Sherman Cavalcanti, j. 26 de abril de 2017, fl. 46.

³⁸² TCU: Acórdão nº 2.206/2018, Plenário, Min. Rel. Augusto Sherman Cavalcanti, j. 19 de setembro de 2018, fl. 197.

Por estas razões, em todos os três casos, as decisões de enquadramento do BNDES foram consideradas indiciárias de práticas ilegais na aprovação das operações de apoio à empresa do setor frigorífico. As razões e justificativas dos gestores do Banco foram rejeitadas pelos Ministros do Tribunal³⁸³, que lastreados em posicionamentos de suas unidades técnicas ou a despeito destas últimas, entenderam ter ocorrido impropriedades técnicas na condução do enquadramento das operações.

As conclusões foram construídas a partir da revisão integral dos documentos integrantes dos processos de aprovação das operações. A Corte de Contas repassou cada etapa decisória, analisando não só as deliberações adotadas, mas também a instrução técnica em cada uma das operações.

Ao apreciar estas justificativas, discordou das escolhas do tribunal e refutou suas justificativas. Deste juízo revisório, produziu-se o entendimento de que as análises eram equivocadas do ponto de vista técnico³⁸⁴. A discussão prévia das operações não era mecanismo legítimo para a sua análise, os julgamentos feitos pelos técnicos do Banco eram falhos, insuficientes e apressados. A realização de processos de auditoria, ainda que não obrigatórias, deveria ter sido realizada em razão do porte das operações e a discriminação detalhada no quadro de usos e fontes, muito embora não configurasse o escopo principal das operações, era algo esperável em razão da natureza do apoio a ser concedido à empresa frigorífica.

Independentemente do mérito das ponderações realizadas, a postura de controle certamente difere do até então constatando. Não houve deferência ao BNDES, pelo

³⁸³ Para fins de registro, cumpre assinalar que: no que diz respeito aos prazos de análise das operações, o BNDES informou que a tramitação formal entre o registro do protocolo da Consulta Pública e a aprovação da operação não designa o efetivo prazo de estudo da operação. Apresentando apresentações institucionais realizadas pela JBS em datas anteriores, os gestores alegaram que em operações envolvendo o mercado de capitais, existiria com frequência uma etapa de encontros prévios, em que a operação era discutida e estudada por ambas as partes, antes da formalização da Consulta Pública (fls. 4 e ss., Acórdão nº 2.342/2017). A se considerar estas discussões, os técnicos do BNDES alegam ter se dedicado de dois a cinco meses no estudo de cada operação. Quanto a *due diligence*, estes alegam que esta não era obrigatória, pelos normativos internos do Banco, além de não ser necessária em razão das empresas apoiadas serem listadas em bolsas de valores, que exigem elevado grau de transparência em relação a seus débitos (fl. 18, Acórdão nº 2.342/2017). Por fim, quanto às informações dispendidas nos quadros de usos e fontes das operações, o BNDES sustenta ser comum neste tipo de operação, a utilização de recursos para a estabilização da estrutura de capital da empresa (fl. 10 e ss., Acórdão nº 2.206/2018), bem como para disponibilização de capital de giro da empresa apoiada. Para além disso, especificou que nas operações de mercado de capitais, o foco principal não é o controle minucioso do uso dos recursos, mas sim a concretização das operações apoiadas e a entrega de resultados a partir da operação (fl. 10 e ss., Acórdão nº 2.206/2018).

³⁸⁴ TCU: Acórdão nº 2.154/2018, Plenário, Min. Rel. Augusto Sherman Cavalcanti, j. 12 de setembro de 2018, fl. 131.

contrário, a postura do Tribunal denota justamente o que temos apontado como uma revisão das decisões administrativas adotadas pelo BNDES. Os fundamentos das decisões adotadas foram passados a limpo pelo TCU, que passou a acostar os seus próprios entendimentos ao lado dos fundamentos técnicos sustentados pela burocracia especializado do BNDES, disputando com o Banco a primazia pela forma de gestão de suas decisões de enquadramento.

Esta postura não encontra precedente nos processos de controle até então realizados pelo TCU sobre o BNDES. E no caso do controle das operações realizadas no âmbito das PDPs, sua adoção pelo órgão de controle não se restringiu às decisões de enquadramento.

3.2.2. DECISÕES DE GESTÃO DO INVESTIMENTO

As decisões referentes à gestão dos aportes realizados na JBS para a aquisição de suas concorrentes nacionais e internacionais, também foram fiscalizadas e questionadas pelo TCU. Isto se notou, de forma mais intensa, nos dois projetos que envolveram estruturas mais complexas e tiveram de se ajustar a intercorrências que o acometeram ao longo do tempo. Os questionamentos abrangeram as duas etapas de gestão dos investimentos do BNDES – isto é, tanto a etapa de finalização da modelagem financeira da operação, quanto a etapa de acompanhamento do ativo e a realização de escolhas buscando preservar seu valor.

No primeiro caso, os questionamentos residiram na forma de precificação das ações adquiridas pelo BNDESPar, notadamente em função do método aplicado para se chegar ao preço das ações e em função do pagamento de ágio por estes ativos. No segundo, os questionamentos foram direcionados a decisões que buscaram readequar as operações às intercorrências constatadas após a execução dos investimentos, em especial o embargo à aquisição da National Beef e a frustração da abertura de capital da JBS nos Estados Unidos.

Apresentamos esta relação de controle a partir das operações de fomento realizadas, iniciando com a operação de aporte de recursos na empresa frigorífica para a aquisição da National Beef Packing Co. e da Smithfield Beef Group. Em sequência, analisamos as especificidades envolvidas no controle do apoio à aquisição da Pilgrim's Pride e da Bertin S.A – com breves apontamentos sobre o caso da Swift Foods, que envolveu discussão similar sobre o tema do ágio.

3.2.2.1. AQUISIÇÃO DA NATIONAL BEEF PACKING CO.

Conforme destacado acima, a aquisição da National Beef Packing Co. foi questionada pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos. Em razão deste embargo à operação, o BNDESPar e a empresa apoiada passaram a ter uma decisão a tomar: executar a opção de venda das ações detidas pelo banco público ou verter os recursos já aprovados em outra operação, dentro das finalidades da Política de Desenvolvimento Produtivo.

A escolha foi pela segunda alternativa. A justificativa para tanto teria sido a crise econômica iniciada no ano de 2008. No entender do BNDESPar, a realização da opção de venda naquele momento poderia afetar a percepção de risco em relação à JBS e depreciar o valor de suas ações. Isto geraria impactos negativos sobre as demais participações do Banco sobre as ações da empresa e tornava, naquele momento, recomendável o redirecionamento dos recursos à aquisição de outras empresas do mesmo segmento econômico³⁸⁵. Além disso, os recursos em caixa ampliariam a liquidez da empresa em um momento de crise, valorizando as participações do Banco na empresa.

A opção foi analisada pelo BNDESPar e a justificativa técnica desta operação foi consolidada em pareceres internos do Banco³⁸⁶, aos quais o TCU teve acesso. Com fundamento nos aditivos celebrados, a JBS realizou a aquisição da Tasman Group, empresa de carnes australiana e, posteriormente, verteu estes recursos na aquisição da Pilgrim's Pride e da Bertin S.A.

Mais uma vez, no entendimento da Corte, a opção não foi acertada. Em primeiro lugar, porque a operação ensejava desvio de finalidade na utilização dos recursos aplicados pelo BNDESPar na empresa frigorífica.³⁸⁷ No entender do Tribunal:

“A desistência do negócio deveria ter implicado no acionamento da cláusula específica que previa a restituição dos recursos por meio da recompra das ações, afinal, o aporte de capital tinha sido analisado e

³⁸⁵ TCU: Acórdão nº 2.342/2017, Plenário, Min. Rel. Augusto Sherman Cavalcanti, j. 18 de outubro de 2017, fl. 127.

³⁸⁶ IP AMC-DEPAC 033/2009 e IP AMC-DEPAC 060/2009.

³⁸⁷ TCU: Acórdão nº 2.342/2017, Plenário, Min. Rel. Augusto Sherman Cavalcanti, j. 18 de outubro de 2017, fl. 144.

aprovado em razão dessa finalidade específica: a aquisição da National Beef.”³⁸⁸

Os argumentos conjunturais apresentados pelo BNDESPar não foram suficientes para demover o entendimento da Corte. O voto do Ministro Relator desconsiderou o impacto da eventual operação de venda sobre as demais participações do próprio Banco, restringindo-se a argumentar que

“a alegação do BNDES no sentido de que a recompra das ações produziria indesejáveis “problemas de liquidez da JBS” não fazem sentido, primeiro simplesmente em razão de os recursos não terem sido aportados para manter a liquidez da empresa, segundo porque os próprios aditivos apenas aumentaram o prazo para que os recursos fossem gastos na compra de outras empresas, o que, quando realizado, viria a produzir os indesejáveis problemas de liquidez.”³⁸⁹

Por esta razão, a opção adotada pelo BNDESPar foi considerada irregular pelo Tribunal, que manteve o entendimento de que esta foi praticada com desvio de finalidade³⁹⁰. Esta, contudo, não foi a única decisão controlada na operação. O método de precificação das ações adquiridas pelo BNDESPar também foi revisitado pelo Tribunal de Contas da União.

A negociação com a empresa a ser apoiada resultou em um pagamento, por ação, do valor de R\$ 7,07. Em suas justificativas, o BNDESPar alegou que este valor seria decorrente da utilização da média ponderada da cotação das ações da JBS em bolsa nos últimos 120 pregões como referência e a pertinência deste valor em comparação com a perspectiva de valorização das ações da empresa no longo prazo³⁹¹.

O TCU discordou desta forma de avaliação. Em primeiro lugar, porque o BNDES não apresentava precedentes em que o prazo para a média ponderada do valor das ações fosse de 120 pregões. Em segundo lugar, porque entendia haver erro no cálculo da projeção

³⁸⁸ TCU: Acórdão nº 2.342/2017, Plenário, Min. Rel. Augusto Sherman Cavalcanti, j. 18 de outubro de 2017, fl. 143.

³⁸⁹ Idem.

³⁹⁰ Ibidem, fl. 144.

³⁹¹ A análise do BNDESPar apontava para uma valorização de 34,2%, o que levaria as ações ao preço de R\$ 9,49. O Ministro Sherman Cavalcanti entendeu existir erro nesta projeção. Em seus cálculos, a valorização, de fato, existiria, mas seria de apenas 0,6% por ação, cf.: fl. 153, do Acórdão nº 2.342/2017.

de valorização futura da empresa³⁹² e, por fim, por entender que o método de avaliação do preço das ações também era inadequado. Nas palavras do Ministro Relator:

*“Sobre o método utilizado pelo BNDES para calcular o valor justo das ações da JBS após a aquisição da Smithfield e da National, qual seja, o fluxo de caixa descontado, pode-se dizer que, apesar de ser um método bastante utilizado, é apenas um método entre outros também passíveis de utilização alternativa e, especialmente, concomitante. Com relação a sua utilização, existem várias ressalvas a serem observadas, como, por exemplo, a dificuldade de estimação da taxa de desconto pelo modelo WACC, sua contraindicação na avaliação de empresas com passivo operacional muito expressivo, e, especialmente, o fato de os resultados apresentados por esse método apresentarem grande amplitude de variação a depender de pequenas alterações nas premissas adotadas.”*³⁹³

Por todas estas razões, o Ministro entendeu que a operação ensejou dano ao BNDESPar. O braço de participações do banco de fomento teria adquirido ações com preços superiores ao efetivamente devidos.

A Corte de Contas segue com suas considerações sobre a operação sustentando, também, ter identificado falhas no acompanhamento do uso dos recursos aplicados na companhia do setor de carnes. De acordo com os apontamentos da unidade técnica do Tribunal, não foram identificados documentos ou relatórios de acompanhamento do dispêndio dos recursos aportados na empresa nas finalidades aprovadas, o que levou o Ministro Relator a concluir pela inexistência do acompanhamento destes aportes³⁹⁴.

Por fim, alega que o BNDESPar se desviaria de suas finalidades institucionais ao não sopesar nas análises de gestão de seus investimentos os possíveis impactos sociais e econômicos das operações realizadas no mercado de capitais. No entender do Ministro Relator, o Banco teria se limitado a considerar aspectos econômico-financeiros para a tomada de suas decisões.³⁹⁵

³⁹² TCU: Acórdão nº 2.342/2017, Plenário, Min. Rel. Augusto Sherman Cavalcanti, j. 18 de outubro de 2017, fl. 153.

³⁹³ Idem, fl. 155.

³⁹⁴ Ibidem, fl. 147.

³⁹⁵ TCU: Acórdão nº 2.342/2017, Plenário, Min. Rel. Augusto Sherman Cavalcanti, j. 18 de outubro de 2017, fl. 149.

O TCU, neste sentido, deu sequência a sua postura de revisão das decisões adotadas pelo BNDES. Desta feita, repassou os processos decisórios do Banco pertinentes à gestão do investimento. Foram revistos, neste sentido, tanto os métodos de precificação das ações a serem adquiridas, até mesmo o acompanhamento dos ativos adquiridos e as decisões adotadas após a formalização do aporte de recursos.

A lógica, novamente, não foi a da deferência, mas sim a de revisão. Os raciais técnicos que motivaram as decisões do BNDES na operação controlada foram desafiados pelo entendimento técnico do próprio TCU e, em caso de divergência entre os posicionamentos, a Corte de Contas fez prevalecer o seu entendimento. Análises similares foram realizadas na fiscalização das operações de aquisição da Bertin S.A e da Pilgrim's Pride. É o que passamos a demonstrar.

3.2.2.2. AQUISIÇÃO DA *PILGRIM'S PRIDE* E DA BERTIN S.A

Conforme destacado acima, esta operação também sofreu com intercorrências ao longo de sua execução. Os aportes realizados sob a forma de debêntures conversíveis em ações também conferiam ao BNDESPar a opção de conversão e venda destas últimas aos acionistas da empresa frigorífica, com preço mínimo previamente estabelecido, que se somaria ao pagamento de um prêmio ao Banco.

A condição para se utilizar esta opção era o vencimento do prazo acordado entre as partes para que a JBS concluísse sua abertura de capital nos Estados Unidos. Como é sabido, esta operação não foi realizada - os consultores financeiros da operação entenderam que o momento econômico não era recomendável para o lançamento de títulos mobiliários no mercado de capitais.³⁹⁶

Esta negativa motivou uma alteração na estratégia de captação de recursos para a aquisição das empresas acima mencionadas. Ao invés de se complementar os recursos aportados pelo BNDESPar mediante a abertura de capital, a JBS passaria a fazê-lo mediante a contratação de financiamentos em solo americano. Para tanto, porém, seria necessário

³⁹⁶ TCU: Acórdão nº 2.206/2018, Plenário, Min. Rel. Augusto Sherman Cavalcanti, j. 19 de setembro de 2018, fl. 48.

reduzir o endividamento total do grupo econômico, com o intuito de facilitar a contratação de novas dívidas em condições atrativas.³⁹⁷

Neste cenário, as debêntures do BNDESPar configuravam dívida futura da empresa e dificultavam a contratação de financiamentos pela JBS. É neste contexto que a companhia frigorífica propôs a antecipação da conversão das debêntures detidas pelo BNDESPar, outorgando à empresa estatal ações correspondentes ao valor da dívida originalmente especificada nas debêntures.

Novamente, o BNDESPar tinha uma decisão a tomar: aceitar a proposta que lhe era apresentada ou, diante da notícia de que a abertura de capital não seria realizada, aguardar o vencimento do prazo estipulado em contrato e exercer a opção de venda, no valor estabelecido, e arrecadar o prêmio acordado com a JBS.

O cerne da questão residia em se antecipar ao futuro comportamento do mercado. A antecipação da conversão das debêntures, em preço negociado junto a JBS, seria vantajosa caso, no futuro, na data de vencimento da opção de venda do BNDESPar, o preço das ações convertidas fosse superior ao preço negociado com a JBS no momento da antecipação da conversão. Neste cenário, o volume de ações adquirido no momento da conversão antecipada seria superior ao que seria adquirido na data de vencimento da opção de compra³⁹⁸.

O Banco realizou esta avaliação³⁹⁹ e entendeu, naquele instante, que existiam indícios de que a conversão das debêntures, no preço acordado com a JBS, seria mais vantajosa do que a conversão a ser realizada no momento do vencimento de sua opção de venda. As análises foram apoiadas na projeção do valor futuro das ações mediante a metodologia do fluxo de caixa descontado e assentada em uma análise fundamentalista das alternativas à mesa do BNDES, isto é, a partir de uma análise em que são levados em conta a perspectiva de valorização futura deste investimento.

Com suporte nestes arrazoados, o BNDESPar optou por antecipar a conversão de debêntures, a preço fixo, negociado com a JBS. O valor fora cotejado com as precificações realizadas por treze instituições financeiras, dentre as quais nove apontaram avaliações de

³⁹⁷ TCU: Acórdão nº 2.206/2018, Plenário, Min. Rel. Augusto Sherman Cavalcanti, j. 19 de setembro de 2018, fls. 42 a 43.

³⁹⁸ Idem, fls. 48 a 49.

³⁹⁹ Informação Padronizada AMC/Depac1 39/11 e Nota AMC-Depar 46/2015.

preço maiores do que o valor acordado pelo BNDES com a JBS⁴⁰⁰. Apesar disso, o Tribunal de Contas não concordou com a decisão. Em primeiro lugar, porque a metodologia de avaliação do valor das ações não seria adequada⁴⁰¹. Para a unidade técnica do Tribunal, em arrazoado incorporado ao Voto do Ministro Relator⁴⁰²:

“ (...)a definição de preço-alvo para determinada ação baseia-se na análise fundamentalista para precificação de ações. Objetiva-se, com esse tipo de análise, adiantar-se ao mercado. A hipótese básica dessa análise é que o mercado de capitais é eficiente a longo prazo, podendo ocorrer ineficiências na valorização no curto prazo, que seriam corrigidas ao longo do tempo (Pinheiro, J.L., Mercado de Capitais - Fundamentos e Técnicas, 7ª edição, p. 468, Editora Atlas, 2014). Ou seja, decisões adotadas com base nesse tipo de análise têm mais chance de se mostrarem acertadas quando focadas no longo prazo. Nessa linha de raciocínio, o analista financeiro André Rocha defende que a visão de curto prazo empobrece esse tipo de análise (<http://www.valor.com.br/valor-investe/o-estrategista/2755158/ainda-polemica-sobre-o-preco-alvo>).

Todavia a base para a decisão tomada foi a expectativa do preço para a ação da JBS oito meses à frente, já que a data de conversão prevista era 31/1/2012. Ou seja, seria necessário realizar uma previsão de curto prazo sobre a evolução do preço das ações da JBS. Sendo assim, a adoção dessa decisão, com base em preços-alvo da ação, metodologia de previsão voltada para o longo prazo, mostra-se inadequada.”⁴⁰³

A partir desta discordância, a área técnica sustentou que *“a tomada de decisão baseada no preço futuro das ações (preço-alvo) estimado por meio de análise fundamentalista, a qual se baseia nos resultados futuros da empresa estimados mediante a metodologia de fluxo de caixa descontado, mostrava-se inadequada”⁴⁰⁴.*

O preço acordado para o pagamento das ações também foi objeto de discordância do Tribunal. Desta feita não só na operação de aquisição da Pilgrim's Pride, mas também na aquisição da Swift Foods. De acordo com o TCU, o BNDESPar não só teria apurado o valor

⁴⁰⁰ TCU: Acórdão nº 2.206/2018, Plenário, Min. Rel. Augusto Sherman Cavalcanti, j. 19 de setembro de 2018, fl. 46.

⁴⁰¹ Idem, fl. 222.

⁴⁰² Idem.

⁴⁰³ Ibidem, fl. 44.

⁴⁰⁴ TCU: Acórdão nº 2.206/2018, Plenário, Min. Rel. Augusto Sherman Cavalcanti, j. 19 de setembro de 2018, fl. 222.

das ações com metodologia inadequada, como também teria efetuado o pagamento com ágio – algo que seria equivocado em função da natureza da operação.

No entender da Corte de Contas, por se tratar de operação de apoio financeiro mediante subscrição de valores mobiliários, em que a JBS seria a beneficiária dos recursos aportados, não caberia ao BNDESPar pagar qualquer ágio pelas ações da companhia. Nos dizeres do Ministro Relator Augusto Sherman Cavalcanti:

*E, conforme apontei no voto condutor do Acórdão 3011/2015-Plenário, “62. Os maiores ágios costumam ser pagos sobre aquisições de controle acionário de uma empresa, em especial aquisições hostis, nas quais o adquirente precisa ‘convencer’ o proprietário a vender suas ações. Aquisições de meras participações acionárias não costumam envolver ágios (...)”.*⁴⁰⁵

Para o Ministro, a aquisição das ações pelo BNDESPar não poderia envolver ágio por se tratar de operação de apoio, em que não há necessidade de convencimento dos acionistas que estão alienando as ações. O posicionamento foi sustentado em maiores detalhes pelo Ministro em seu voto sobre a operação de apoio à aquisição da Swift Foods. Naquela oportunidade, o Ministro assim argumentou:

Por último, permito-me reproduzir trecho do pronunciamento do diretor que elucida a questão, demonstrando que era o BNDESPar quem tinha a prevalência na negociação das condições da transação (peça 88):

“Na situação em tela, era a JBS que necessitava, com premência, para não perder a oportunidade de compra da Swift, de parceiro financeiro com condição de aportar elevado volume de recursos e que aceitasse assumir relevante risco, realizando participação acionária na empresa no lugar de financiamento, tendo em vista o significativo grau de endividamento da companhia de carnes.

Sendo assim, dado o flagrante interesse da própria JBS de realizar a transação, o BNDESPar não detinha qualquer ônus de convencer a frigorífica a vender suas ações. Portanto, não necessitava, em momento algum, incrementar com ágio o valor das ações a serem adquiridas, pois

⁴⁰⁵ TCU: Acórdão nº 2.206/2018, Plenário, Min. Rel. Augusto Sherman Cavalcanti, j. 19 de setembro de 2018, fl. 220.

não precisava persuadir a JBS a realizar o negócio, o qual era essencial para a expansão comercial da empresa de carnes. (...).”⁴⁰⁶

A Corte ainda apontou um terceiro problema na operação de aquisição da Pilgrim's Pride. Após a antecipação da conversão das debêntures, o TCU alegou que, muito embora tenha ocorrido a valorização do investimento realizado, no longo prazo houve uma redução na cotação do valor destas ações em bolsa. Considerando este efeito, a Corte de Contas cotejou o preço efetivamente atingido por estes ativos na data original de vencimento das debêntures e constatou que, naquela data, o valor das ações estava abaixo do preço mínimo estabelecido no registro original da debênture⁴⁰⁷.

Ou seja, as projeções realizadas pelo BNDESPar não se concretizaram. O Tribunal de Contas considerou este aspecto como um dano ao patrimônio do banco de fomento, afinal, caso este simplesmente aguardasse a data de vencimento de sua opção de venda e a exercesse, o volume de ações adquiridas pelo Banco seria maior do que este acabou recebendo por ocasião da antecipação da conversão de debêntures⁴⁰⁸.

Todos estes fatores foram considerados pelo TCU para a sua decisão de considerar irregular a escolha de antecipar a conversão de debêntures em ações da JBS na operação de apoio à aquisição da Pilgrim's Pride e da Bertin S.A. A estas razões ainda foram adicionados argumentos de que nesta operação o BNDESPar também teria deixado de realizar o acompanhamento do uso dos recursos aportados na empresa frigorífica⁴⁰⁹, bem como deixado de avaliar, em seus processos de tomada de decisão, os impactos que o aporte destes recursos teria sobre o desenvolvimento econômico e social do país⁴¹⁰.

A prevalência, portanto, novamente foi pela revisão das decisões de gestão dos investimentos adotadas pelo BNDESPar. E conforme demonstraremos no subitem abaixo,

⁴⁰⁶ TCU: Acórdão nº 800/2017, Plenário, Min. Rel. Augusto Sherman Cavalcanti, j. 26 de abril de 2017, fl. 56 a 57.

⁴⁰⁷ Raciocínio similar pode ser encontrado no processo de controle das participações do BNDES na Bertin S.A., contemplado no Acórdão nº 2.154/2018, em que se entendeu que, muito embora, a partir da metodologia do BNDES se constate a preservação do valor contábil do investimento feito, a partir do critério que o Ministro Relator considera pertinente, houve prejuízo. Cf.: TCU: Acórdão nº 2.154/2018, Plenário, Min. Rel. Augusto Sherman Cavalcanti, j. 12 de setembro de 2018, fl. 142.

⁴⁰⁸ TCU: Acórdão nº 800/2017, Plenário, Min. Rel. Augusto Sherman Cavalcanti, j. 26 de abril de 2017, fl. 224.

⁴⁰⁹ Idem, fl. 214.

⁴¹⁰ TCU: Acórdão nº 2.206/2018, Plenário, Min. Rel. Augusto Sherman Cavalcanti, j. 19 de setembro de 2018, fl. 207.

isto se manteve, também, na análise dos desinvestimentos realizados pela instituição de fomento.

3.2.3. DECISÕES DE DESINVESTIMENTO

A gestão das participações acionárias do BNDESPar na JBS foi conduzida pelo Banco de acordo com as diretrizes contempladas na Resolução nº 2.272/2012, à época em vigor⁴¹¹. Conforme informado pelo Banco ao Tribunal de Contas, as participações acionárias detidas pela instituição não eram geridas de forma individualizada; o BNDESPar as gerenciava junto de uma série de outros ativos da empresa, conformando uma carteira de ações diversificada.

A estratégia, corriqueira no segmento de participações no mercado de capitais, procura, a partir da diversificação dos valores mobiliários gerenciados, mitigar a exposição da instituição ao risco, assim como ampliar a rentabilidade de seus ativos. Dentro desta lógica, a política de desinvestimentos do Banco, à época, afixava algumas diretrizes para o desinvestimento. A primeira delas seria o acompanhamento da estratégia de negócios da empresa investida e da execução de seu respectivo plano de negócios. A segunda seria a análise da maturidade dos investimentos e as alternativas disponíveis para a busca de liquidez da carteira. Além disso:

“(…) no tocante às diretrizes de desinvestimento, foi estabelecido que a alienação de ativos detidos pela BNDESPar deverá ser pautada nos seguintes objetivos:

a) equilíbrio de relação risco/retorno da carteira de valores mobiliários do Sistema BNDES;

b) reciclagem da carteira de valores mobiliários do Sistema BNDES; e

c) desenvolvimento do mercado de capitais brasileiro, por meio: (i) da estruturação de novos produtos; (ii) do aumento da liquidez dos ativos; e (iii) da ampliação e diversificação da base de investidores.”⁴¹²

⁴¹¹ A norma estabelecia a política de investimentos do BNDESPar. Atualmente, foi substituída pela Resolução de Diretoria nº 3.254/2017.

⁴¹² TCU: Acórdão nº 3.011/2015, Plenário, Min. Rel. Augusto Sherman Cavalcanti, j. 25 de novembro de 2015, fl. 40.

Com este racional, o BNDESPar informou ter realizado três operações de desinvestimentos com as carteiras que envolviam as ações da JBS. A primeira foi a alienação da Carteira BPAR a um fundo de investimentos, com um lucro líquido de R\$ 254,1 milhões⁴¹³. A segunda, foi uma permuta com a empresa S/A Fábrica de Produtos Alimentícios Vigor, em que as ações da JBS foram permutadas por ações da Vigor. A operação, porém, foi desfeita dois anos mais tarde, com o pagamento, pela Vigor, da diferença entre os dividendos distribuídos pela JBS e pela empresa de laticínios⁴¹⁴.

Muito embora a unidade técnica do TCU aponte a existência de prejuízo contábil em função da divergência entre o preço das ações da JBS no momento da compra e no momento de realização da permuta, em razão do desfazimento da operação, esta concluiu que “*em termos práticos, pode-se afirmar que o presente desinvestimento jamais teria ocorrido e, por conseguinte, o prejuízo contábil inicialmente apurado nunca se concretizou*”⁴¹⁵.

A última operação envolveu, novamente, a cessão de carteira gerida pelo BNDESPar, abrangendo os ativos da JBS. Desta feita, a carteira foi utilizada como forma de pagamento em operação de cessão onerosa de direitos de crédito do grupo Eletrobrás, que passará a ter de pagar ao BNDES cerca de 36 parcelas de US\$ 107 milhões, entre 2020 e 2023. O Banco aponta que esta operação ensejará ganhos de R\$ 21,3 milhões para o Banco, além de ter transitado de uma carteira de investimentos altamente volátil, para uma carteira de crédito líquido e certo. A unidade técnica do TCU concordou em apontar que a operação não ofertou prejuízo ao BNDES⁴¹⁶.

Não obstante, foram realizados apontamentos sobre a forma de gestão da decisão de desinvestimento. Em primeiro lugar, ainda que o BNDESPar realize o gerenciamento de seus ativos a partir de uma lógica de portfólio – em que a rentabilidade da carteira é mais relevante que a dos ativos isoladamente considerados –, o TCU insistiu em apontar pelo prejuízo contábil das participações acionárias na JBS. As flutuações no preço das ações entre a realização do investimento e a realização do desinvestimento foram considerada prejuízo ao patrimônio do Banco, mesmo que a carteira tenha sido rentável.

⁴¹³ TCU: Acórdão nº 3.011/2015, Plenário, Min. Rel. Augusto Sherman Cavalcanti, j. 25 de novembro de 2015, fl. 41.

⁴¹⁴ Idem, fl. 42.

⁴¹⁵ Ibidem, fl. 42.

⁴¹⁶ Idem, fl. 43.

Em segundo lugar, o TCU apontou que as análises do Banco eram estritamente econômicas e não levavam em consideração o interesse público a ser atingido com a atuação do Banco. O Ministro Relator, neste ponto, realiza uma análise acerca das normas operacionais do BNDESPar e sustenta que pretende ressaltar “(...) *uma deficiência nas diretrizes (critérios e limites) para a participação do BNDES em empresas privadas e a necessária relação dessa participação com o interesse público.*”⁴¹⁷ Seguindo em sua argumentação, o Ministro sugere seus pontos centrais:

*“A questão que coloco tem três aspectos. Primeiro, relacionado ao objetivo a ser alcançado com tal participação. Segundo, relacionado ao percentual de participação do banco estatal no capital de uma empresa privada como forma de atingir esse objetivo. Terceiro, relacionado ao valor absoluto de tal participação. Entendo que esses aspectos devem se relacionar com a existência de interesse público na empresa e no objetivo da operação. Entendo também que as atuais diretrizes, e os estatutos sociais e regulamentos do BNDES não espelham a necessidade dessa correlação.”*⁴¹⁸

Na sequência, parece sugerir um exercício de autocontenção. Ao invés de dar sequência ao ímpeto da unidade técnica, que recomendara determinar ao BNDES que no alterasse suas normas operacionais, em até 180 dias, para incluir diretrizes de desinvestimentos que levassem em conta aspectos relacionados ao alcance de finalidades do projeto apoiado⁴¹⁹, o Ministro entendeu que “*tal aspecto extrapola o âmbito decisório do próprio BNDES, inserindo-se em âmbito mais amplo, do estabelecimento de políticas públicas*”⁴²⁰.

A ressalva, porém, não serviu à contenção das competências do Tribunal. Serviu apenas para redirecionar o comando: ao invés do BNDES – responsável pela gestão das políticas de fomento financeiro -, o comando deveria ser exarado para o responsável pela elaboração das políticas, isto é, ao à época Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior - MDIC. Nas palavras do Ministro Augusto Sherman Cavalcanti:

⁴¹⁷ TCU: Acórdão nº 3.011/2015, Plenário, Min. Rel. Augusto Sherman Cavalcanti, j. 25 de novembro de 2015, fl. 101.

⁴¹⁸ Idem, fl. 102.

⁴¹⁹ Ibidem, fl. 48.

⁴²⁰ TCU: Acórdão nº 3.011/2015, Plenário, Min. Rel. Augusto Sherman Cavalcanti, j. 25 de novembro de 2015, fl. 101.

“197. Concordo com a unidade técnica que seria recomendável analisar quais seriam esses critérios e se efetivamente deveriam ser acrescidos aos procedimentos do BNDES. Entretanto, entendo que tal aspecto extrapola o âmbito decisório do próprio BNDES, inserindo-se em âmbito mais amplo, do estabelecimento de políticas públicas. Com efeito, parece-me que tal decisão encontra-se no nível daquele que determina ao BNDES sua missão, sua razão de existência. Vez que na estrutura do Governo tal função é exercida pelo Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior - MDIC, proporei que a questão seja analisada em seu âmbito em prazo a ser determinado.”⁴²¹

Pois bem, com fundamento neste arrazoado, o Ministro entendeu haver irregularidade também nas decisões de desinvestimento do BNDES, afinal, suas diretrizes de análise, acompanhamento e desinvestimentos no mercado de capitais seriam insuficientes para assegurar o cumprimento do interesse público subjacente às operações desempenhadas pelo banco neste setor.

O padrão decisório, portanto, manteve-se no controle das decisões de desinvestimento adotadas pelo BNDES. O TCU atuou como revisor das decisões técnicas adotadas pelo BNDES e até mesmo se propôs a uma revisão das diretrizes observadas pelo Banco em sua atuação no mercado de capitais. Esta maneira de atuação do Tribunal apenas reforça a inflexão no perfil da relação entre o BNDES e o TCU, demonstrando que a revisão técnica das decisões do banco deixou de ser um limite para o tribunal.

Os julgados, porém, não evidenciam apenas uma alteração qualitativa no perfil deste controle. A análise das informações processuais e dos comandos exarados pelo Tribunal de Contas diz muito acerca dos instrumentos manejados pela Corte para arrogar-se desta posição de “revisor geral” das decisões do BNDES. Dedicamos alguma atenção a estes aspectos no subitem abaixo.

3.2.4. PERFIL PROCESSUAL E DECISÓRIO DO TRIBUNAL DE CONTAS NO CONTROLE DAS PDPS

Em linhas gerais, apontamos ainda na introdução deste item que, apesar de ser possível constatar uma alteração no perfil decisório do Tribunal, pouco se alterava no perfil

⁴²¹ TCU: Acórdão nº 3.011/2015, Plenário, Min. Rel. Augusto Sherman Cavalcanti, j. 25 de novembro de 2015, fl. 101.

quantitativos dos instrumentos processuais manejados pela Corte. A predominância seguiu sendo a de um controle que se valia de instrumentos de fiscalização de legalidade.

Especificamente no caso do controle das PDPs, este apontamento se faz presente ao se constatar que todos os processos de fiscalização conduzidos sobre esta política foram iniciados a partir de uma auditoria de conformidade, determinada pelo Acórdão nº 1.398/2014⁴²² e se desenvolveram como representações, todas elas destinadas a verificar a existência de “*indícios de dano e demais irregularidades relacionadas*”⁴²³ às operações.

Os instrumentos de fiscalização utilizados, portanto, eram destinados à aferição de regularidade das operações – o que suscita, a princípio uma competência para o controle formal de aderência das operações aos normativos internos do BNDES ou à legislação de regência e que suscita a aplicação de poderes de mando do Tribunal, relacionados a sua capacidade de reconhecer a validade ou a invalidade da operação.

O que se viu, contudo, foi um controle distinto. Ainda que instrumentalizada para a aferição da regularidade das operações, o controle efetuado caminhou para a revisão das decisões de gestão da política e, em especial, da motivação técnica subjacente às escolhas realizadas pelos técnicos do Sistema BNDES.

Neste processo de supervisão das decisões administrativas, a burocracia do TCU discutiu e revisou os pareceres internos do BNDES, as motivações adotadas, os quadros de usos e fontes de cada operação, os normativos internos responsáveis por disciplinar a atuação do Banco, bem como a metodologia de precificação das operações e da decisão quanto ao desinvestimento. A Corte, nestes temas, avaliou a regularidade das operações mais em função de seus juízos técnicos, do que propriamente em relação às regras de regência das atividades do BNDES.

Aliás, foi possível identificar situações que foram apontadas como indícios de irregularidade, a despeito das regras do Banco. Isto se constatou, por exemplo, quanto a

⁴²²Na redação do item 9.2.1. do Acórdão: “9.2.1. realize e conclua, no prazo de noventa dias, auditoria de conformidade, nos termos do art. 38, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 239, inciso I, do Regimento Interno do TCU, junto ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) e BNDES Participações S.A. (BNDESPar), com o objetivo de examinar as operações de crédito e transações financeiras efetivadas com o grupo JBS/Friboi, os critérios utilizados para a escolha da empresa beneficiada, as vantagens sociais advindas dessas operações, o cumprimento das cláusulas contratuais firmadas entre as partes, em especial dos termos referentes a aplicação de multas, a aquisição de debêntures e eventual prejuízo sofrido pelo banco com a troca desses debêntures por posição acionária da empresa frigorífica.”

⁴²³ Item 9.2, do Acórdão nº 3.011/2015.

exigência de auditorias sobre as empresas a serem adquiridas pela JBS. Muito embora as normas do BNDES não exigissem tal documento, o TCU entendeu ser este imprescindível.

O mesmo se constatou quanto a necessidade de consideração dos impactos indiretos sobre o desenvolvimento econômico e social do país. As normas envolvendo o mercado de capitais não postulavam este tipo de análise. Não obstante, o Tribunal analisou os normativos e os considerou insuficientes e, por este motivo, as decisões adotadas pelo BNDES neste contexto também padeciam do mesmo vício.

Não por outro motivo, em que pese o extenso rol de irregularidades apontadas pelo Tribunal de Contas, os fundamentos normativos para reputar irregulares as decisões do BNDES não foram objeto de ampla discussão. Na maioria dos casos, os parâmetros normativos de controle foram apresentados de forma breve ao longo dos votos do Ministro Relator Augusto Sherman Cavalcanti, que entendia que as condutas contrariavam os princípios constitucionais da impessoalidade, da moralidade e da eficiência⁴²⁴ – sem maiores considerações sobre o conteúdo jurídico que se atribuía a estes conceitos indeterminados.

O perfil decisório da Corte, portanto, apresenta características híbridas entre os dois perfis de controle atrelados à atuação do Tribunal de Contas da União: o operacional e o de legalidade. Os instrumentos de fiscalização eram destinados à aferição de legalidade das operações, o objeto de controle, contudo, desbordou deste modelo de controle, passando a abranger a motivação técnica das decisões de gestão do BNDES, a partir dos posicionamentos técnicos de sua própria burocracia e de princípios, via de regra, mais afeitos ao controle operacional.

As decisões exaradas, por outro lado, permaneceram mais afeitas ao controle de legalidade. A partir das irregularidades constatadas, houve a delimitação da responsabilidade dos gestores e a imputação de penalidades. Ao mesmo tempo, o Tribunal também entendeu pertinente:

Determinar ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior - MDIC que analise, no prazo de seis meses, a necessidade e oportunidade de redefinir diretrizes (critérios e limites), fundamentados no objetivo do investimento, no interesse público e na missão do BNDES, em especial a de fomentar com suas ações o desenvolvimento econômico

⁴²⁴ Isto se nota nos itens 9.3 do Acórdão nº 800/2017, nos itens 9.4.1, 9.4.2, 9.4.3 e 9.4.4 do Acórdão nº 2.342/2017, nos itens 9.4.1, 9.4.2, 9.6.1.4, 9.8.1.3, 9.9.1.5 e 9.12 do Acórdão nº 2.206/2018.

*e social do Brasil, que orientem tanto as operações de aquisições de ações de empresas quanto as subseqüentes operações de venda dessas participações acionárias, e comunique sua avaliação a esta Corte;*⁴²⁵

As decisões, portanto, desvelaram o manejo de autoridade pelo Tribunal. A um lado, houve o início de processos sancionatórios aos gestores, de outro, uma determinação exarada ao órgão público responsável pela supervisão ministerial do BNDES para que as políticas de atuação do banco no mercado de capitais fossem revistas, dentro de prazo determinado pela Corte de Contas.

O Tribunal, neste sentido, não só se portou como um revisor técnico do BNDES, mas também determinou a punição dos gestores que adotaram condutas com entendimento diverso do sustentado por sua burocracia, bem como a revisão de políticas que julgava inadequada. Ao fim e ao cabo, o processo de controle, a despeito de ser manejado como uma fiscalização de conformidade, terminou por ser um processo de revisão da arquitetura decisória do BNDES na gestão de políticas de fomento em mercado de capitais. É mais uma evidência do que se tem apontado como um “sequestro” da pauta da gestão de políticas públicas pelos órgãos de controle.

Comportamento similar foi identificado no controle da política de financiamento à exportação de serviços executada pelo BNDES. Dedicamo-nos a apresentar este processo de controle nos itens abaixo.

3.3.O CONTROLE DA POLÍTICA DE FINANCIAMENTO À EXPORTAÇÃO DE SERVIÇOS

O financiamento à exportação é uma das principais linhas de crédito do BNDES. A atuação do Banco neste segmento o torna a principal fonte de recursos para companhias nacionais interessadas em ofertar seus produtos e serviços em outros países, sobretudo, pelo fato de seus financiamentos assumirem características que não são correntemente praticadas pelas instituições financeiras privadas.

Atuando de forma complementar e subsidiária ao crédito privado, o BNDES tem intensificado o montante de recursos destinados para esta modalidade de financiamento

⁴²⁵ Item 9.5 do Acórdão nº 3.011/2015.

desde a década de 1990⁴²⁶. O fomento às exportações de bens e serviços é, assim, uma política consolidada do Banco, sendo desempenhada através da linha “BNDES Exim”, cuja finalidade é a de incentivar a competitividade dos produtos brasileiros em mercados estrangeiros, mediante a mitigação da diferença entre os custos financeiros suportados pelos exportadores nacionais e o custo de seus competidores internacionais.

As regras e diretrizes desta política, atualmente, são definidas pela Circular AEX nº 005/2018⁴²⁷, em que são disciplinadas as características operacionais dos financiamentos a serem concedidos – tais como as taxas de juros a serem praticadas, o prazo dos financiamentos, as carências aplicáveis e as modalidades de apoio disponíveis. Em linhas gerais, o apoio do BNDES se dá a partir de duas modalidades de apoio: (*i*) o *supplier’s credit* e (*ii*) o *buyer’s credit*.⁴²⁸

Na primeira vertente, o apoio financeiro é concedido ao próprio exportador. Neste caso, o Banco antecipa ao exportador o valor a ser recebido pela venda de seus produtos ou serviços ao importador. Em contrapartida, o exportador outorga ao BNDES o direito de crédito em face do importador, de modo que os pagamentos pelo importador pelos produtos ou serviços adquiridos serão realizados diretamente ao Banco de fomento⁴²⁹. Na segunda vertente, o BNDES financia o importador. O preço acordado entre este e o exportador nacional será suportado mediante recursos repassados pelo Banco ao importador.

Esta linha de crédito, a partir de 2013⁴³⁰, foi intensamente utilizada pelo BNDES para financiar a exportação de serviços de engenharia nacionais para outros países, isto é, para o financiamento de obras executadas no exterior por empresas brasileiras. Não obstante, em meio às investigações da operação Lava Jato, um dos representantes de empresa apoiada pelo Banco para a execução destas obras alegou, em 2016, ter repassado valores ilícitos para a obtenção deste crédito.

⁴²⁶ De acordo com informações disponibilizadas pelo Banco, desde 1995, o BNDES desembolsa, no mínimo R\$ 135 milhões nesta linha de financiamento, sendo que no ano de 2018, foram aportados R\$ 1,958 bi, evidenciando o crescimento exponencial desta linha de crédito desde a sua criação.

⁴²⁷ A norma revisou os parâmetros operacionais anteriormente estabelecidos pela Circular AEX nº 008/2015.

⁴²⁸ Item 2, Circular AEX nº 005/2018.

⁴²⁹ Operacionalmente, o BNDES define esta modalidade de crédito como um refinanciamento. Isto porque o exportador, na verdade, emite um título de crédito em face do importador e o aliena ao BNDES, que, em contrapartida, antecipa o valor do crédito do título recebido, remunerando-se pelos pagamentos do importador.

⁴³⁰ De acordo com o histórico de desembolsos disponibilizado pelo BNDES, em 2013 os recursos aportados nesta linha de crédito sofreram um aumento de 132,4%. Informações disponíveis em: <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/transparencia/estatisticas-desempenho>. Acesso em 05 de outubro de 2019.

À semelhança do que ocorreu com a Política de Desenvolvimento Produtivo, após a divulgação do suposto evento criminoso, iniciou-se um intenso fluxo de investigações sobre a atuação do BNDES nesta linha de crédito. É neste contexto que o Tribunal de Contas da União entra em cena. Mais uma vez provocado por Solicitação do Congresso Nacional⁴³¹, o TCU deu início a uma série de investigações⁴³² sobre a atuação do Banco no financiamento à exportação de serviços de engenharia.

Este controle apresentou características muito similares ao desempenhado sobre as Políticas de Desenvolvimento Produtivo. Iniciado a partir de provocação do legislativo, a fiscalização se desenvolveu a partir de instrumentos de fiscalização de conformidade⁴³³, com o objetivo de aferir irregularidades e prejuízo eventualmente decorrentes da política, bem como aferir os efeitos decorrentes desta última.

Não obstante isso, os temas controlados envolveram a adoção de uma postura de revisão dos fluxos e processos decisórios adotados no BNDES para a gestão da política. Ainda que nos acórdãos ora considerados, até o presente momento, ainda não houve o mesmo grau de revisão visto no controle das PDPs – com a revisão de operações específicas⁴³⁴ -, o Tribunal de Contas não se limitou a aferir a aderência das decisões do Banco perante a legislação de regência.

Os processos de controle partiram de uma profunda análise do sistema de financiamento à exportação de bens e serviços, com considerações, inclusive, acerca da atuação de outros órgãos da administração federal⁴³⁵, além da avaliação dos processos

⁴³¹ TCU: Acórdão nº 375/2016, Plenário, Min. Rel. Weder de Oliveira, j. 24 de fevereiro de 2016.

⁴³² Deste movimento, no período de análise da jurisprudência do TCU limitado nesta pesquisa, foram exarados os seguintes Acórdãos: Acórdão nº 2.068/2016, Plenário, Min. Rel. Weder de Oliveira, j. 10 de agosto de 2016, Acórdão nº 2.218/2016, Plenário, Min. Rel. Weder de Oliveira, j. 24 de agosto de 2016, e, por fim, o Acórdão nº 1.413/2016, Plenário, Min. Rel. Augusto Sherman Cavalcanti, j. 01 de junho de 2016.

⁴³³ O Acórdão nº 375/2016 desenvolveu-se como uma Solicitação do Congresso Nacional, em que foram apreciadas questões relacionadas à conformidade da atuação do BNDES na condução da política. O mesmo se aplica ao Acórdão nº 2.068/2016. O Acórdão nº 2.218/2016 foi originado em uma representação do Ministério Público vinculado ao Tribunal de Contas da União, em que este apontava ilegalidades no uso de recursos públicos no BNDES Exim. Por fim, o Acórdão nº 1.413/2016 desenvolveu-se como uma auditoria de conformidade.

⁴³⁴ Isto não significa, porém, que isto não será realizado. As investigações continuam em andamento e o item 9.5.1, do Acórdão nº 1.413/2016, indica que isto será realizado: “9.5. determinar ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES que: 9.5.1. encaminhe a esta Corte, em mídia digital, cópias dos documentos descritos nos itens 9.5.1.1 a 9.5.1.8, abaixo, relativamente a cada uma das 140 operações analisadas nestes autos, agrupadas de acordo com os apartados referidos no item 9.2, retro, e conforme item XII do voto que fundamenta este acórdão, no prazo de 30 dias para aquelas constantes do Apartado 1 - Rodovias, e no prazo de 60 dias para os demais;”.

⁴³⁵ Foram considerados neste dissertação apenas os acórdãos que tiveram por objeto as funções desempenhadas pelo BNDES. Os acórdãos destinados a avaliar a atuação de outros órgãos nesta política foram descartados. A título de exemplo, pode se mencionar que, no período abrangido por esta política, a Corte de Contas exarou o

decisórios exclusivamente aplicáveis ao BNDES. Desta análise resultaram considerações que tinham a finalidade de indicar revisões normativas sobre a forma pela qual o Banco conduz as políticas de financiamento a exportações.

Em linhas gerais, os processos avaliaram questões como a composição das taxas de juros praticadas pelo BNDES, a fonte dos recursos aplicados nesta linha de financiamento e a legalidade de sua aplicação pelo Banco, assim como os processos de aprovação e acompanhamento das operações e os mecanismos de aferição dos resultados sociais e benefícios ao desenvolvimento nacional ensejados pela política.

A se considerar os temas até o momento fiscalizados pelo TCU, nota-se que a arquitetura decisória do BNDES também foi objeto de revisão – ainda que momentaneamente mais genérica do que a verificada nas PDPs. Isto porque, as três etapas fundamentais da concessão destes financiamentos foram controladas: o *funding* e a remuneração do Banco, a aprovação das operações, o acompanhamento e avaliação de resultados associados às operações financiadas.

De todos estes temas, chamam a atenção o controle dos processos de definição da remuneração do Banco, a aprovação da operação, seu acompanhamento e, também, a avaliação de resultados. Em todos estes temas, o TCU revisou a forma de atuação do BNDES e pretendeu exarar comandos vinculados ao Banco para que este revisasse suas normas e procedimentos operacionais.

Demonstramos isto e maior detalhe nos subitens abaixo.

3.3.1. DETERMINAÇÕES SOBRE A TAXA DE JUROS PRATICADA PELO BNDES

O Tribunal de Contas da União debruçou-se sobre a taxa de juros praticada pelo BNDES no financiamento às exportações de serviços com a finalidade de compreender o risco de crédito envolvido no manejo desta linha, sobretudo, em função da aplicação de recursos da União.

Acórdão nº 1.031/2018, avaliando a atuação dos demais órgãos envolvidos na definição da política de crédito para exportações da administração federal.

Desta análise, a unidade técnica da Corte entendeu que a política de *spread* do BNDES mereceria ser revista, de modo a reduzir o risco sobre o capital da União aplicado nesta linha de financiamento. Nas palavras dos auditores:

*“ (...)propõe-se determinação ao BNDES para que, nas operações em que ocorra a incidência do PROEX Equalização, fixe o seu respectivo spread no montante mínimo definido em seus normativos, em obediência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade dispostos no art. 2º, caput, da Lei 9.784/1999.”*⁴³⁶

O Ministro Relator concordou com o apontamento da unidade técnica, muito embora, alterou o encaminhamento a ser dado à questão. Em seu entender, ainda que as afirmações fossem pertinentes, seria necessário aprofundar o tema. Assim, ordenou o estudo do assunto em auditoria futura⁴³⁷.

Ainda que não revele uma intervenção concluída sobre o tema, nota-se que a unidade técnica da Corte, com o apoio do Ministro Relator, entende deter legitimidade para uma revisão da política de exposição ao risco dos recursos captados pelo BNDES e aplicados na linha de financiamento à exportação.

3.3.2. DETERMINAÇÕES SOBRE A ANÁLISE DOS DOCUMENTOS APRESENTADOS PARA A APROVAÇÃO E ACOMPANHAMENTO DAS OPERAÇÕES

Outro aspecto pontuado pela Corte de Contas é pertinente à aprovação das operações e, também, sobre o seu acompanhamento. O TCU entendeu que a análise realizada pelo Banco sobre os documentos que lhe eram apresentados pelas empresas que solicitam o seu apoio seria falha.

O Tribunal entendeu que o BNDES deveria realizar uma revisão exaustiva dos custos informados nas planilhas orçamentárias das obras a serem executadas pela empresa financiada. De acordo com o entendimento da Corte, o BNDES somente poderia financiar as parcelas dos custos destas obras realizadas no Brasil envolvendo mão de obra nacional e equipamentos nacionais. Isto tornaria imprescindível, de um lado, a avaliação dos itens

⁴³⁶ TCU: Acórdão nº 1.413/2016, Plenário, Min. Rel. Augusto Sherman Cavalcanti, j. 01 de junho de 2016, fl. 17.

⁴³⁷ Idem, fl. 68.

apresentados para financiamento e a verificação da adequação do preço orçado ao que se pratica no Brasil.

A referência para esta segunda avaliação poderia ser extraída da jurisprudência do próprio Tribunal, afinal, os serviços apoiáveis por esta linha de financiamento do BNDES seriam corriqueiramente analisadas pelo TCU. Assim, o Ministro entendeu pertinente que fosse:

“ (...) determinado ao BNDES que apresente a este Tribunal, em prazo a ser determinado, plano de trabalho para elaboração de metodologia, e subsequente normatização, para avaliação prévia à celebração do contrato de financiamento dos custos dos itens a serem financiados a título de exportação de serviços de engenharia, o qual deverá ser concluído em no máximo 180 dias após apresentação do plano de trabalho.”⁴³⁸

O tema retorna à pauta da fiscalização por ocasião da revisão dos procedimentos adotados pelo BNDES para acompanhar o cumprimento das finalidades do financiamento concedido, isto é, para fiscalizar a efetiva exportação dos serviços de engenharia financiados. O BNDES informou que se utiliza de duas fontes de informação para este acompanhamento: (*i*) os relatórios de avanço físico-financeiro das obras, periodicamente entregues pelas empresas financiadas⁴³⁹; e (*ii*) os relatórios de auditoria independente contratada pela empresa financiada para aferir o andamento das obras⁴⁴⁰. Ademais, antes de cada desembolso, seriam exigidos documentos que comprovassem a efetiva exportação do serviço financiado⁴⁴¹.

Para o Tribunal de Contas, seria necessário que o próprio Banco passasse a ser o contratante desta auditoria. Para além disso, o TCU entendeu ser pertinente que o BNDES reformulasse suas normas operacionais para garantir que o Banco passasse a fiscalizar de forma efetiva a comprovação da produção do serviço em território nacional e a sua respectiva exportação. É o que se depreende do item 9.6.2 do Acórdão nº 1.413/2016:

⁴³⁸ TCU: Acórdão nº 1.413/2016, Plenário, Min. Rel. Augusto Sherman Cavalcanti, j. 01 de junho de 2016, fl. 70.

⁴³⁹ Idem, fl. 75.

⁴⁴⁰ Ibidem, fl. 75.

⁴⁴¹ Idem, fl. 41.

9.6. determinar ao BNDES que, no prazo de até 90 dias a contar da notificação desta deliberação, apresente a este Tribunal planos de trabalho para elaboração de metodologias e subsequente normatização, das necessidades abaixo descritas:

(...)

9.6.2. efetiva comprovação da produção, no país ou por brasileiros, e da subsequente exportação dos serviços financiados, item a item;⁴⁴²

Pois bem, conforme se depreende dos excertos acima, o Tribunal revisou a arquitetura decisória envolvendo tanto a aprovação das operações de financiamento, quanto o acompanhamento destas últimas pelo BNDES, determinando, isto é, mediante um comando revestido de autoridade, que o Banco passasse a adotar novos critérios normativos, alinhados aos pontos críticos apontados no Acórdão, para a análise, aprovação e acompanhamento dos serviços a serem financiados.

3.3.3. DETERMINAÇÕES SOBRE A AVALIAÇÃO DE IMPACTOS DA POLÍTICA

A avaliação dos impactos da política também foi objeto de determinação da Corte de Contas. No entendimento do Tribunal de Contas, o BNDES não apresentaria indicadores suficientes para aferir os impactos dos financiamentos concedidos. O acompanhamento destes resultados seria realizado por intermédio de um Relatório de Efetividade, em que se apresenta a relação entre os financiamentos concedidos e o volume de empregos gerados.

Não obstante, esta metodologia não seria específica para a exportação de serviços de engenharia. Deste modo, a unidade técnica da Corte assim argumentava:

“288. As principais externalidades indicadas pelo BNDES constam, atualmente, de seu Relatório de Efetividade (peça 11) e podem ser verificadas, também, no Relatório de Gestão do FAT, bem como em diversos estudos indicados pelo banco de fomento, de forma agregada, com outras linhas de financiamento (peça 79, p. 5).

(...)

⁴⁴² TCU: Acórdão nº 1.413/2016, Plenário, Min. Rel. Augusto Sherman Cavalcanti, j. 01 de junho de 2016, fl. 92.

290. *Destaca-se que o acompanhamento feito, atualmente, pela área de Comércio Exterior do BNDES possibilita que esses indicadores sejam desenvolvidos especificamente para o segmento de exportação de serviços, razão pela qual será proposta determinação no sentido de que a área de Comércio Exterior desenvolva indicadores de geração/manutenção de empregos, associando-os aos custos do financiamento, de modo a compará-los com os custos de geração/manutenção de empregos informados no Cadastro Geral de Empregados e Desempregados - CAGED.*⁴⁴³

O entendimento resultou na determinação de que o BNDES teria de apresentar ao TCU, em prazo determinado, a metodologia para a aferição destes dados e o procedimento para torná-la pública.⁴⁴⁴

3.3.4. PERFIL PROCESSUAL E DECISÓRIO DO TCU NO CONTROLE DO FINANCIAMENTO ÀS EXPORTAÇÕES

Consoante os trechos acima indicam, o perfil processual e decisório no controle da linha de financiamento às exportações, manteve-se fiel ao padrão inaugurado com o controle das PDPs: instrumentos de fiscalização de conformidade, tem sido manejados pelo Tribunal de Contas da União de modo a lhe permitir uma revisão da arquitetura operacional e decisória do BNDES na gestão de suas políticas de fomento.

No controle do financiamento à exportações de serviços de engenharia, as revisões foram operadas mediante determinações expressas e endereçadas ao BNDES, que passou a ter de conduzir as reformas operacionais exigidas a partir do crivo do Tribunal de Contas da União. Afinal, as reformas deveriam ser consubstanciadas em um plano de trabalho, a ser analisado e aprovado pelo Tribunal. É possível se dizer que, a partir deste mecanismo, decisório, ocorre a ocupação da gestão do BNDES pelo TCU. É o Tribunal que aponta irregularidades e é o TCU quem coordena o processo de reforma institucional.

O que permite este comportamento da Corte de Contas? Conforme adiantado acima, entendemos que isto está diretamente relacionado ao dilema institucional enfrentado pelo

⁴⁴³ TCU: Acórdão nº 1.413/2016, Plenário, Min. Rel. Augusto Sherman Cavalcanti, j. 01 de junho de 2016, fl. 38 e 39.

⁴⁴⁴ Item 9.6.5, do Acórdão nº 1.413/2016.

Tribunal de Contas da União e a uma concepção frágil sobre o estatuto jurídico do fomento praticado pelo BNDES. É o que passamos a demonstrar.

4. CONCLUSÕES PARCIAIS: AS CAUSAS SUBJACENTES À REVISÃO DAS POLÍTICAS DO BNDES

O panorama jurisprudencial analisado nos itens anteriores nos revela uma Corte de Contas que alterna entre dois polos de controle. No primeiro deles, nota-se um nítido exercício de autocontenção do TCU, através do manejo de instrumentos de controle de conformidade para a fiscalização do BNDES em uma perspectiva de legalidade estrita, isto é, em que o objeto principal da fiscalização é a aferição da adesão das condutas do Banco a seus normativos internos e à legislação de regência.

Neste primeiro tipo de fiscalização, há uma nítida separação entre os aspectos do fomento exercido pelo BNDES que estão sujeitos à alçada de fiscalização do TCU. Calcado em uma concepção do fomento que o concebe como uma atividade discricionária, posto que originada no bojo das políticas públicas de fomento da administração federal, a Corte traça um limite claro para suas funções: incumbe ao Tribunal fiscalizar descumprimentos normativos eventualmente cometidos pelo Banco.

A discordância quanto as escolhas realizadas pelo BNDES, adentraria em um âmbito de discussão de políticas públicas, ao qual o TCU não estaria legitimado a tomar assento por meio de decisões revestidas de autoridade.

No segundo polo, porém, esta distinção é diluída. A Corte de Contas passa a se entender legitimada para controlar não só a legalidade dos atos do BNDES, como também as decisões de gestão adotadas pelo Banco no decorrer da execução de seus programas de fomento. E este controle, ainda que passe a abranger aspectos relacionados ao mérito da gestão realizada pelo BNDES, desenvolve-se a partir de uma estrutura decisória e processual ínsita aos processos de fiscalização de legalidade.

A consequência é que o Tribunal de Contas passa a controlar o mérito da gestão, conduzida pelo BNDES, a partir de comandos revestidos de autoridade, formulados dentro de uma estrutura processual pouco permeável ao contexto em que as decisões foram tomadas – não porque os gestores não são ouvidos, mas porque o método decisório (a subsunção) não

o considera como um aspecto relevante -, e no qual o juízo da Corte de Contas é binário: ou o ato é válido ou será inválido.

Nesta estrutura decisória, já não há limites tão claros entre o mérito e a conformidade dos atos de execução manejados em favor da política. O Tribunal controla ambos os aspectos, passando a revisar as decisões adotadas pelo BNDES no contexto de cada política de fomento e, a partir desta revisão, passa a determinar as novas orientações a serem seguidas pelo Banco em políticas semelhantes.

A cooptação da gestão do fomento pelo Tribunal de Contas certamente está diretamente relacionado à ambivalência institucional apresentada na primeira parte desta dissertação e que reveste o uso de suas competências. É importante ponderar, porém, que esta forma de atuação não é a regra para o TCU. Conforme o panorama jurisprudencial realizado nesta segunda parte denota, apenas em casos mais recentes de controle, iniciados em um contexto de crise reputacional do BNDES, é que apresentaram esta característica.

Neste sentido, a cooptação da gestão pelo TCU é um sintoma dos dilemas contemporâneos do Controle, cuja causa está associada à ambivalência institucional das competências da Corte. Este sintoma, porém, parece se manifestar de forma acentuada em situações de controle em que o órgão controlado goza, momentânea ou continuamente, de uma baixa reputação institucional. O contexto em que o controle se desenvolve, portanto, é uma variável fundamental na constatação deste tipo de avanço do TCU sobre a pauta de determinadas políticas públicas.

Se o hibridismo das competências do TCU e o contexto de baixa reputação institucional contribuíram para a verificação deste controle revisional das políticas de fomento do BNDES, uma terceira variável desempenha papel central: a concepção da Corte sobre o estatuto jurídico do fomento. Quais são suas características dogmáticas? Qual o consenso acerca dos limites jurídicos de sua atuação?

Como visto, no primeiro momento das relações entre TCU e BNDES, a concepção sobre o fomento demonstrava um entendimento de que, em alguma medida, as decisões adotadas pelo Banco seriam incontroláveis. No segundo momento, a Corte revisou este posicionamento, acrescentando uma sutil variante: ainda que o fomento seja discricionário, há um racional técnico subjacente a estas decisões e este racional pode ser controlado pelo TCU.

A concepção da Corte sobre o fomento, portanto, também acompanhou a alternância bipolar dos perfis de controle do BNDES. À primeira vista, o fomento é incontrolável. Numa segunda leitura, o fomento e as decisões de gestão adotadas pelo Banco são integralmente revisáveis a partir de uma perspectiva técnica. Ambas as concepções são insuficientes para assegurar o bom controle do fomento.

Todos estes fatores em conjunto justificam o comportamento da Corte de Contas em relação ao BNDES. Apresentamos em maiores detalhes como estes interferiram nesta dinâmica nos subitens a seguir.

4.1.A AMBIVALÊNCIA INSTITUCIONAL DO TCU E SUA MANIFESTAÇÃO NO CONTROLE DAS POLÍTICAS DO BNDES

A ambivalência institucional do Tribunal de Contas, conforme argumentamos na primeira parte desta dissertação, é um fenômeno associado a conformação de suas competências após a Constituição Federal de 1988. Como demonstrado na reconstrução histórica realizada anteriormente, a atual Carta Política, em razão de seu processo de construção, agregou a fiscalização operacional da administração, ao lado do tradicional controle de legalidade exercido pela Corte sobre o Poder Público.

Não obstante as diferenças existentes entre ambas as modalidades de controle, fato é que o Tribunal de Contas, seja mediante a atuação junto ao Congresso Nacional durante a tramitação de sua Lei Orgânica, ou mediante a elaboração do Regimento Interno, disciplinou estas modalidades de fiscalização de forma ambivalente, isto é, de modo que os instrumentos de controle de legalidade e os de controle operacional incorporassem elementos pertinentes às lógicas de sua contraparte.

Assim, os instrumentos de fiscalização de legalidade passam a poder ser manejados para o controle de conformidade da ação administrativa e também à aferição de parâmetros mais afeitos à avaliação da gestão de políticas públicas. Isto é, tais mecanismos de fiscalização passam a contemplar tanto o objeto de controles tradicionais, voltados à aferição da legalidade estrita das ações administrativas, como também objetos de controle mais afeitos à fiscalização operacional.

De outro bordo, os próprios mecanismos de fiscalização operacional também incorporam elementos característicos do controle de legalidade. Ainda que possua um regramento próprio e um trâmite processual especificamente regulamentado, suas decisões, por força da capacidade da Corte em aplicar penalidades sobre gestores que descumpram suas decisões, o controle operacional ocasionalmente também poderá conviver com comandos de autoridade sobre a ação administrativa.

O histórico jurisprudencial do TCU a respeito do BNDES, em especial no controle da PDP e da política de apoio à exportação de serviços de engenharia, demonstra-nos que a ambivalência institucional do Tribunal de Contas se manifestou, sobretudo, na primeira vertente acima apontada. Isto é, os mecanismos de fiscalização de conformidade foram utilizados pela Corte para revisar a arquitetura decisória e o arcabouço operacional utilizado pelo BNDES para gerir ambas as políticas.

No caso das PDPs – cuja fiscalização já se encontra em estágio mais avançado – o que se observou foi o uso da auditoria de conformidade e das representações como a via de revisão das decisões administrativas adotadas pelo BNDES, através de seu braço de participações, na gestão de sua atuação junto às empresas do setor frigorífico. Por intermédio destes instrumentos revisou todas as decisões do banco na gestão desta política, não tomando por referência apenas os normativos internos do Banco, mas também o seu próprio entendimento técnico em torno do que seria adequado se realizar em face das alternativas disponíveis aos gestores.

Em razão desta perspectiva, a Corte entendeu pertinente julgar irregular decisões que considerou tecnicamente equivocadas, mesmo quando inexistia contrariedade à qualquer norma do BNDES ou da legislação de regência. O parâmetro era o convencimento da unidade técnica e do Ministro Relator acerca do que seria coreto em cada ocasião, a partir da ótica de um Banco de desenvolvimento que aporta recursos no mercado de capitais. A discordância técnica era suficiente para que a decisão adotada pelo BNDES e por seus gestores fosse considerada irregular pela Corte.

O verniz lançado sobre este tipo de controle era o recurso a princípios. As decisões das quais o TCU discordava do ponto de vista técnico mereceriam ser consideradas irregulares por contrariem os princípios da moralidade, eficiência e economicidade. Em uma nova evidência dos efeitos da ambivalência institucional do TCU, o controle de

conformidade foi desempenhado a partir de parâmetros normativos pouco afeitos à ideia de subsunção e mais afeitos à avaliação de desempenho.

Não obstante, estes foram tomados como se regras objetivas fossem. A Corte simplesmente enunciou que as condutas do Banco atentavam contra estes preceitos, como se estes possuíssem valor em si mesmos – aos moldes de uma regra objetiva. Não houve a exposição do conteúdo normativo destes princípios e tampouco é claro o entendimento da Corte a seu respeito. Sua aplicação, dentro do hibridismo institucional da Corte, é reduzida a uma operação mecânica de subsunção do fato a norma.

O recurso aos princípios parece-nos retórico. Não há esforço argumentativo da Corte para evidenciar a violação constatada – reforçando a ideia de que a alegação busca apenas conferir um verniz de controle de conformidade a um controle que, propriamente, é de avaliação da aderência das decisões do BNDES aos próprios parâmetros técnicos a Corte. Deste modo o TCU coopta a gestão pública, substituindo a discricionariedade técnica do gestor do Banco por sua própria discricionariedade.

Sob o pálio do controle da motivação técnica das decisões, a Corte disputa o mérito técnico das escolhas realizadas pelo Banco, valendo-se de seu instrumental decisório para obter a primazia em relação ao BNDES. No caso específico do controle das PDPs, esta primazia foi obtida pela aplicação de sanções aos gestores envolvidos nas decisões de enquadramento, gestão dos investimentos e de desinvestimentos dos aportes realizados em empresa do setor frigorífico.

O Banco, assim, é instado a adotar linhas de atuação aderentes aos posicionamentos técnicos do TCU sob a pena de seus gestores serem pessoalmente responsabilizados. A Corte de Contas retira o espaço decisório do Banco e impõe seus parâmetros aos gestores da área de mercado de capitais do BNDES.

No controle das políticas de apoio às exportações de serviços de engenharia, os caminhos percorridos foram idênticos. A diferença resultou no modo de cooptação. Até o presente momento, na fiscalização desta linha de financiamento não envolveu a responsabilização pessoal dos gestores, porém, a Corte de Contas tem exarado determinações que têm por objeto a obrigação de realização de alterações normativas na regulação operacional do financiamento às exportações.

Mais uma vez a autoridade é o mecanismo, porém, agora endereçada à instituição e não a seus gestores individualmente considerados. O TCU tem determinado que o BNDES apresente planos de ação, em prazos previamente determinados, para aprimorar as regras operacionais desta linha para adequá-la aos achados da Corte em seu controle e, assim, assume papel na delimitação da forma pela qual o BNDES irá desempenhar suas atribuições.

Considerando o exposto, parece-nos certo que a ambivalência institucional do TCU oferece o arcabouço necessário a viabilizar a cooptação pela Corte da pauta das políticas de financiamento do BNDES. Os caminhos ofertados por este desenho institucional dúbio do TCU, porém, passam a ser percorridos no controle do BNDES também em razão da inconsistência das concepções sustentadas em torno do regime jurídico do fomento. Abordamos o tema no item abaixo.

4.2.A FRAGILIDADE DO ESTATUTO JURÍDICO DO FOMENTO NO TCU

A inflexão no controle da Corte de Contas sobre as atividades do BNDES passa por uma revisão de sua compreensão do regime jurídico do fomento. Como visto, no momento inicial de controle, a Corte reputava o fomento como uma função de incentivo estatal, marcadamente discricionária, compatível com a assunção de riscos e vinculadas à execução de uma política pública. Estas características eram suscitadas para limitar o tipo de controle permitido ao TCU.

No controle das PDPs esta concepção foi revista, abrindo caminho para a sua aplicação no financiamento das exportações. Em linhas gerais, o argumento é o de que, ainda que vinculado a uma política pública, as decisões adotadas pelo BNDES no contexto de suas políticas devem ser tecnicamente justificáveis. O TCU, assim, poderia controlar o racional técnico subjacente a estas políticas. Este posicionamento foi sustentado no Acórdão nº 800/2017:

“Inicialmente, rebate-se a tese de que o apoio à internacionalização de uma empresa, por si só, seria suficiente para demonstrar a aderência à política pública que visava ao aumento da produtividade e da competitividade da indústria brasileira, com consequentes benefícios econômico-sociais como geração de empregos e de renda. É necessário que o executor da política, no caso, a BNDESPar, antes de aportar seus

recursos, evidencie, mediante análises e estudos, que o projeto atende a tal política. Caso contrário, usa-se a política pública como mero pretexto.”⁴⁴⁵

O fomento, portanto, transitou de uma atividade incontrolável para uma atividade integralmente adstrita ao crivo técnico do TCU. Nenhuma das concepções, porém, designa uma apreensão adequada das características do fomento praticado pelo BNDES e das alternativas para o seu controle. Este, por certo, não é uma atividade administrativa imune ao controle, assim como também não é uma atividade estritamente sujeita a revisão técnica do Tribunal.

Este uso do estatuto jurídico do fomento parece evidenciar que a concepção da Corte acerca das atividades do BNDES não envolve uma convicção firme a respeito dos contornos do regime jurídico do Banco. As alternâncias jurisprudenciais da Corte parecem ser maleáveis, adequando-se ao que, momentaneamente o Tribunal pretende controlar. Além de não contribuir para a consolidação deste regime, este tipo de controle, variável ao sabor das circunstâncias, enseja problemas deliberativos para a Corte.

Por não se ter uma concepção clara sobre o regime aplicável ao fomento, as deliberações da Corte deixam de levar em consideração as características ínsitas a esta atividade e passa a produzir decisões não aderentes à realidade operacional da instituição. A se considerar o acima exposto, temos como produto final um controle interventivo, que coopta a gestão do BNDES, mas que, por outro lado, acaba por exarar determinações que ou bem não se adequam à realidade do Banco e terão por efeito o abandono de determinada linha de atuação, ou bem não endereçam de forma pertinente os problemas identificados na atuação do BNDES.

É preciso qualificar as interações entre o TCU e o BNDES. E em parte, este desafio preconiza a construção de um referencial adequado do regime jurídico atrelado às atividades do Banco. Ganha o controle, por se tornar mais fácil identificar aspectos que merecem aprimoramento e endereçá-los, ganha o BNDES, que passaria a ter maior segurança jurídica em suas atividades, sem o risco de responsabilização de seus gestores. Esta, porém, não é a realidade constatada na jurisprudência do TCU sobre o tema.

⁴⁴⁵ TCU: Acórdão nº 800/2017, Plenário, Min. Rel. Augusto Sherman Cavalcanti, j. 26 de abril de 2017, fl. 24.

4.3.O PAPEL DO CONTEXTO REPUTACIONAL DAS POLÍTICAS NA ALTERNÂNCIA DO PERFIL DO CONTROLE

Ambos os comportamentos acima indicados, porém, alimentam-se de um comportamento dúctil do Tribunal de Contas, alimentado pela alternância da reputação institucional associada ao BNDES. Conforme salientado anteriormente, nem sempre as distorções apontadas nos dois itens acima fizeram parte das relações de controle mantidas entre o TCU e o Banco. No primeiro período, o controle não avançava sobre as pautas das políticas institucionais do BNDES e pareceria reiterar um posicionamento específico a respeito do fomento.

Não obstante, com o surgimento de denúncias de corrupção envolvendo o BNDES, em especial, nos apoios concedidos a partir das PDPs e do financiamento à exportação, iniciou-se a referida inflexão no perfil do controle do banco estatal. O controle passou a revisar as decisões do Banco e a assumir o protagonismo na delimitação da forma pela qual o fomento deveria se desenvolver.

Ainda que seja natural que, ante as denúncias, as relações de controle se intensificassem, isto não justifica a realização de um controle intrusivo e de cooptação da agenda das políticas públicas conduzidas pelo BNDES. Eventuais práticas ilícitas não serão superadas a partir da restrição dos espaços de gestão outorgados ao Banco. Postura deste tipo, aliás, tende a produzir por resultado tão somente o incremento das dificuldades do órgão controlado para atingir suas atividades fim.

Esta, porém, parece ter sido a opção do TCU. Ante o descrédito que acometeu o BNDES a partir das denúncias de supostas práticas ilícitas e a conseqüente mitigação de sua reputação institucional, a Corte não só intensificou o controle, como também alterou seu perfil, passando a se entender legítima para revisar a gestão do Banco nas políticas denunciadas.

A literatura tem apontado este comportamento do Tribunal⁴⁴⁶ em outros setores, como por exemplo, no controle das agências reguladoras⁴⁴⁷. No controle do BNDES, este

⁴⁴⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Os Sete Impasses do Controle da Administração Pública no Brasil*. in PEREZ, Marcos Augusto; PAGANI DE SOUZA, Rodrigo (coord.). **Controle da Administração Pública**. Belo Horizonte, Fórum, 2017, p. 24.

⁴⁴⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de; GABRIEL, Yasser; REHEM, Danilo; MERLOTTO, Nara. *Reputação Institucional e o Controle das Agências Reguladoras pelo TCU*. In **Revista de Direito Administrativo**, v. 278, n.2, maio./ago. 2019.

movimento também se mostra presente, de modo a ser possível traçar uma relação inversamente proporcional entre a reputação institucional do banco e o grau de intervenção sobre sua gestão praticada pelo TCU.

Se a ambivalência institucional da Corte ofertou o caminho para este avanço sobre as pautas do fomento e a fragilidade dos contornos jurídicos em torno da atuação do BNDES, os fundamentos, o decréscimo experimentado pelo BNDES em sua reputação institucional impulsionou a Corte a perseguir este caminho e a incrementar o grau de sua intervenção sobre a gestão do Banco de fomento.

PARTE 3

O CONTROLE DO FOMENTO

1. INTRODUÇÃO: REPENSANDO O CONTROLE DO FOMENTO FINANCEIRO

O fomento financeiro praticado pelo BNDES tem se desenvolvido em um ambiente consideravelmente complexo nos últimos anos. Esta função administrativa, conforme demonstramos nas duas partes antecedentes deste trabalho, passou a figurar no cerne de um dos maiores dilemas do controle externo não judicial.

A intensificação das relações de fiscalização estabelecidas entre o TCU e o Banco foi construída no decorrer de uma das maiores crises institucionais enfrentadas pelo BNDES. As investigações envolvendo supostas práticas ilícitas no manejo das atividades do Banco exauriram sua capacidade para ditar os rumos das políticas de fomento sob sua gestão e mergulharam a instituição em uma espiral da qual esta ainda procura sair.

Nos últimos cinco anos, cinco presidentes passaram pelo Banco – sendo que nenhum deles permaneceu por muito mais do que 12 (doze) meses à frente da instituição. De 2013 até o ano de 2019, o BNDES enfrentou três Comissões Parlamentares de Inquérito destinadas a investigar as suspeitas de ilicitudes em suas operações, além de estar envolvido em um processo penal e ter sido mencionado em diversas colaborações celebradas com o Ministério Público Federal e com a Polícia Federal.

Os processos iniciados pelo Tribunal de Contas da União, apreciados na segunda parte desta dissertação, somam-se a este contexto. O controle do TCU, aliás, é o que mais se aproximou da gestão do BNDES. Se os demais órgãos de controle concentravam a sua atuação na imputação de responsabilidades individuais por práticas ilícitas envolvendo as linhas de atuação do Banco, o Tribunal de Contas aliou esta vertente de fiscalização à revisão dos métodos de gestão do BNDES, fazendo-se presente tanto na responsabilização individual de agentes, quanto na emissão de comandos para a revisão dos processos gerenciais da instituição de fomento.

Impulsionada pelo decréscimo reputacional do BNDES e por uma estrutura institucional ambivalente, a Corte de Contas flexibilizou suas próprias concepções acerca do estatuto jurídico do fomento financeiro e avançou em um processo de revisão dos processos decisórios do Banco, cooptando a pauta do BNDES e impondo a sua própria visão acerca das atividades da instituição financeira.

Se neste período, o BNDES e sua burocracia haviam perdido a capacidade institucional de definir o sentido da gestão das políticas de fomento do Banco, este espaço passou a ser ocupado pelo órgão de controle.

Conforme demonstrado acima, o TCU valeu-se de seu poder sancionatório a partir de discordâncias de decisões técnicas do BNDES no mercado de capitais – ofertando um estímulo para a não adoção dos métodos e decisões questionados pelo Banco. Na fomento às exportações, o aparato decisório do TCU foi utilizado de forma direta: ao fim de seus processos, determinou-se a revisão das regras operacionais desta linha de financiamento, para adequá-la aos apontamentos da Corte.

Os efeitos deste controle, em um balanço geral, não foram positivos⁴⁴⁸. De imediato, o que se constatou foi uma paralisia decisória do BNDES. Oficialmente, em 2017, o BNDES deixou de aprovar novas solicitações de apoio por meio da linha de financiamento às exportações de serviços de engenharia⁴⁴⁹. Quanto ao apoio de empresas via mercado de capitais, o BNDES reduziu em 93,6%⁴⁵⁰ os seus desembolsos neste segmento.

No longo prazo, por outro lado, o que se tem é o estabelecimento de precedentes que podem corroborar iniciativas similares de avanço sobre a gestão de outras instituições⁴⁵¹, amplificando eventuais tensões entre o TCU e a gestão pública. A se manterem os padrões constatados no controle do BNDES, o prognóstico é o de transformação do TCU em um “revisor geral da administração pública”⁴⁵².

A solução para este cenário, porém, não passa pelo afastamento do controle do TCU em relação ao BNDES. Pelo contrário, a fiscalização do Banco, e de qualquer outra instituição pública, é premissa fundamental em qualquer democracia. O que se faz necessário

⁴⁴⁸ É preciso reconhecer, contudo, algumas externalidades positivas. A primeira delas foi o esforço em aprimorar a divulgação de informações no Banco. Ainda que não se possa dizer que o BNDES era uma caixa-preta, os esforços adicionais aprimoraram a comunicação da instituição com o público. A segunda, foi que as pressões sobre o Banco desencadearam um processo de densificação normativa, o que pode tornar a atuação do BNDES mais institucionalizada.

⁴⁴⁹ Conferir, a respeito, Nota do BNDES sobre a linha: <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/imprensa/noticias/conteudo/nota-sobre-financiamento-a-exportacao-de-servicos>. Acesso em 09 de outubro de 2019.

⁴⁵⁰ As informações são obtidas no site do BNDES: <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/transparencia/estatisticas-desempenho>. Acesso em 09 de outubro de 2019.

⁴⁵¹ Especificamente no caso das instituições financeiras, o TCU indica que avançará em maiores fiscalizações sobre estas, em especial, com a criação da Secretaria de Controle Externo do Sistema Financeiro Nacional e dos Fundos de Pensão, pela Portaria SEGECEX nº 16, de 10 de julho de 2019.

⁴⁵² SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *O Tribunal de Contas e a Regulação*. In **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 14, n. 159, p. 32-37, mar. 2015, p. 32.

é a adequação dos termos em que este controle é realizado, de modo a permitir que este conviva de forma sinérgica com a gestão pública e funcione como um garantidor da boa governança e não como uma sepultura de políticas públicas.

Entendemos que o caminho para tanto, no controle do fomento financeiro, passa por dois pontos. O primeiro, é o de aprimorar a compreensão desta função administrativa, sobretudo, de seu regime jurídico. O fomento financeiro envolve o manejo de atividades com características operacionais peculiares e as regras afeitas ao seu manejo são forjadas neste contexto. Controlar o fomento financeiro, portanto, tem como premissa fundamental, a capacidade de a Corte de Contas ser permeável a estas características, sob pena de se passar a controlá-lo a partir de parâmetros normativos inadequados.

O segundo é diretamente relacionado com o manejo das competências de controle do TCU. O fomento é uma função administrativa com um caráter dúplice bastante acentuado. Muito embora envolva a utilização de instrumentos jurídicos tradicionais (atos, contratos etc.), estes apresentam intensa correlação com políticas públicas delimitadas pela administração central e geridas pelo BNDES. É preciso ter claro qual é este tipo de interação e o tipo de controle que pode ser manejado em face de cada uma das faces do fomento.

Em suma, para aprimorar o controle do fomento financeiro, é preciso se levar mais a sério as características jurídicas associadas tanto ao fomento, quanto ao controle e fugir dos extremos que, até o momento, o Tribunal de Contas da União tem alternado na fiscalização do BNDES: ou bem não se controla esta atividade por esta ser afeita a uma política pública, ou bem se revisa integralmente as decisões administrativas adotadas pela instituição, a fim de adequá-las aos entendimentos técnicos da Corte.

É entre estes dois extremos que entendemos estar a solução: um controle capaz de superar as ambiguidades de sua estrutura institucional e mais atento às características do fomento financeiro, entrega a fórmula necessária para que o TCU se torne um agente de aprimoramento da gestão desta função administrativa pelo BNDES. Dedicamos as páginas seguintes à construção destes dois caminhos.

2. ELEMENTOS GERAIS DO FOMENTO

A busca por um estatuto jurídico adequado para o fomento praticado pelo BNDES tem por premissa a delimitação de um elemento anterior. Discorrer acerca das

especificidades envolvidas no manejo desta função administrativa pelo Banco, antes de qualquer consideração particularizada sobre as suas atividades, predica a definição das peculiaridades mais amplas desta função administrativa. Em última análise, falar do fomento financeiro nos impinge a falar, antes, sobre o que caracteriza o fomento em si.

O fomento é uma função administrativa, que se diferencia das demais atribuições do Poder Público em razão de sua peculiar estrutura de operação. Assim como toda e qualquer função pública, o fomento é adstrito, em seu manejo, à consecução de finalidades de interesse social. Não obstante, em seu caso particular, o atendimento a estas finalidades não ocorre mediante o engajamento imediato da administração pública nos atos materiais necessários à sua consecução.

O manejo do fomento engendra engajamento administrativo de caráter mediato, isto é, que procura viabilizar o atendimento aos fins de interesse social mediante a outorga de incentivos, positivos ou negativos⁴⁵³, à iniciativa privada, para que esta execute atividades que, em si, produzam os efeitos de interesse social alvitados ou que, indiretamente, produzam externalidades consideradas de interesse social.

No fomento, portanto, a administração pública não atua diretamente na prestação de serviços ou disponibilização de bens que produzirão os efeitos de interesse público desejados. Conforme aponta Floriano de Azevedo Marques Neto, no fomento, a administração procura, por instrumentos diversos, influenciar a tomada de decisão de agentes privados⁴⁵⁴, com o intuito de atraí-los para a consecução de atividades que produzam externalidades de interesse social, mediante a oferta de vantagens específicas para aqueles que aderirem a sua proposta.

Este certamente é o caráter distintivo do fomento: a consecução de finalidades de interesse social de forma mediata, por intermédio da oferta de incentivos à iniciativa privada para o engajamento em atividades que produzam tais finalidades de forma direta ou como uma externalidade associada ao objeto de sua atuação.

⁴⁵³ BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função – Novos Estudos de Teoria do Direito**. Tradução de Deniela Beccaria Versiani. Barueri, São Paulo, 2007, pp. 32 a 33.

⁴⁵⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Noções Gerais sobre o Fomento Estatal*. in DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Tratado de Direito Administrativo**. 2ª Edição. São Paulo, Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2019, p. 416.

Este caráter do fomento, porém, não encerra a caracterização desta função administrativa. A definição dos lindes do fomento demanda uma caracterização mais específica, quanto a diversos aspectos relacionados a sua utilização.

Em primeiro lugar, definimos a sua natureza jurídica enquanto um instrumento à disposição da administração pública (item 2.1). Em seguida, tratamos brevemente de seu âmbito de incidência, isto é, dos ambientes em que esta função administrativa efetivamente se manifesta (item 2.2) e os limites atrelados a sua utilização (item 2.3). Após a caracterização de seu *locus*, passamos a abordar o principal instrumento que permite a operacionalização do fomento (item 2.4) e, além disso, as relações jurídicas decorrentes da implementação de políticas deste gênero (item 2.5).

Por fim, passamos a analisar as regras atreladas as decisões adotadas nas políticas de fomento (item 2.6) e por fim, o regime jurídico da outorga de condições distintivas a agentes da iniciativa privada, que é inerente ao próprio fomento e que, aqui, chamamos por seletividade. (item 2.7).

Abordamos cada uma destas clivagens nos subitens abaixo.

2.1.O FOMENTO COMO INTERVENÇÃO SOBRE A ORDEM ECONÔMICA

O fomento é uma modalidade de intervenção sobre a ordem econômica⁴⁵⁵. Por meio desta função administrativa, o Estado intenta orientar a organização privada das atividades econômicas em determinado sentido, mais especificamente, no sentido da consecução de objetivos de interesse geral que, por alguma razão, não têm sido produzidos como externalidades decorrentes da organização do mercado⁴⁵⁶.

Por operar de forma mediata, o fomento é frequentemente considerado pela literatura jurídica como uma modalidade indireta de intervenção sobre a ordem

⁴⁵⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª edição. São Paulo, Thompson Reuters Revista dos Tribunais, 2016, p. 545.

⁴⁵⁶ O entendimento é pacífico na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme se extrai da ADI nº 1.923/DF, Plenário, Min. Rel. Ayres Britto, j. 16 de abril de 2015.

econômica⁴⁵⁷⁻⁴⁵⁸. A classificação procura endereçar o fomento como uma atividade contraposta à intervenção direta na economia⁴⁵⁹, em que o Estado assume a posição de provedor de serviços ou bens diretamente aos usuários finais, em atividades que não possam ser considerados de titularidade estatal.

A classificação, em regra, extrai seu fundamento do art. 174 da Constituição Federal⁴⁶⁰, que estabelece as diretrizes para a atuação indireta do Estado sobre o domínio econômico. O dispositivo constitucional dispõe que a administração, na qualidade de agente normativo e regulador das atividades privadas, poderá desempenhar as funções de incentivo, fiscalização e planejamento da ordem econômica.

O fomento, assim, seria admitido em nossa ordem constitucional como um mecanismo de intervenção oposto à intervenção direta e, por consequência, incompatível com os instrumentos prestacionais do Estado. A se tomar a sério o critério, o lastro constitucional da matéria admitiria somente a intervenção normativa como o mecanismo de fomento – afinal, o art. 174 vincularia a função de incentivo exclusivamente à ação normativa do Estado⁴⁶¹.

A classificação, ainda que útil para enfatizar o caráter mediato desta função administrativa, atribui ao fomento um âmbito de atuação mais estreito do que este efetivamente ocupa. Mais do que isso, reduz a função administrativa de fomento a apenas uma de suas manifestações, tomando a parte pelo todo e avançando para a criação de um estatuto jurídico do fomento que toma por fundamento tão somente o art. 174 de nossa Carta Política, isto é, apenas as manifestações do fomento originadas a partir do poder de intervenção indireta sobre a ordem econômica.

O fato de o fomento apresentar uma estrutura de operação mediata, isto é, em que os fins de interesse público alvitados não são perseguidos mediante a adoção dos atos

⁴⁵⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª edição. São Paulo, Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2016, p. 547.

⁴⁵⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Noções Gerais sobre o Fomento Estatal*. in DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella (coord.). **Tratado de Direito Administrativo**. 2ª Edição. São Paulo, Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2019, p. 411.

⁴⁵⁹ MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Uma Teoria do Fomento Público: critérios em prol de um fomento público democrático, eficiente e não-paternalista*. In **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, nº 65, 2010, p. 128.

⁴⁶⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Noções Gerais sobre o Fomento Estatal*. in DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella (coord.). **Tratado de Direito Administrativo**. 2ª Edição. São Paulo, Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2019, p. 415.

⁴⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. *A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços*. In **Revista de Direito Administrativo**, FGV, Rio de Janeiro, vol. 226, out./dez. 2001, p. 203.

materiais diretamente necessários à sua consecução, não significa que esta função administrativa não possa se manifestar por intermédio de mecanismos de intervenção direta sobre a ordem econômica. Pelo contrário, sua estrutura é absolutamente compatível com estes mecanismos.

Em primeiro lugar, porque não há restrição constitucional a esta utilização dos meios de intervenção direta sobre a ordem econômica. O art. 174, ainda que possa ser reconhecido como o dispositivo constitucional que mais claramente prevê a função de intervenção sobre a ordem econômica mediante incentivos, não proscree a sua utilização mediante outras modalidades de intervenção estatal direta em mercado. O dispositivo constitucional tão somente admite que, no manejo da função normativa e reguladora, o Estado utilize mecanismos de incentivo.

Autorizações para o manejo de mecanismos de fomento, contudo, podem ser encontrados de forma difusa em múltiplos pontos da Constituição, que admitem o manejo da função de fomento em diversas áreas e por mecanismos distintos, inclusive mediante a exploração de atividade econômica pelo Estado.

A concessão de incentivos regionais mediante financiamentos a juros favorecidos para áreas consideradas estratégicas, contemplada no art. 43, §2º, inc. II da Constituição, é um exemplo deste último caso.

O ordenamento jurídico, nesta previsão constitucional, admite ao Estado adentrar em atividade ínsita à iniciativa privada com a finalidade de verter recursos em favor de atividades econômicas consideradas estratégicas. Basta considerar que a atividade bancária – que envolve o empréstimo de recursos remunerados mediante taxa de juros – é facultada à livre iniciativa e não constitui um serviço público.

A atuação estatal neste segmento, assim, consiste em verdadeira forma de intervenção direta no domínio econômico, em que a administração pública toma para si o desenvolvimento de atividade econômica privada, exercendo com seus próprios meios atividade que, a princípio, é outorgada à livre iniciativa. No corrente exemplo, porém, esta finalidade está adstrita a uma finalidade pública: o incentivo a empreendimentos em áreas consideradas estratégicas pela administração.

Um segundo exemplo neste mesmo sentido seria a utilização de instrumentos creditícios como consectários de políticas agrícolas, prescrita pelo art. 187, inc. I, da

Constituição. Mais uma vez, a exploração econômica de relações creditícias é vertida a uma finalidade de interesse público, com o intuito de incentivar um setor. Mais uma vez, um instrumento típico de mercado é facultado à administração pública pela Constituição como um vetor para a instrumentalização de políticas de fomento.

Em outros excertos constitucionais, é possível se verificar a autorização para a utilização do fomento, sem, contudo, vinculá-lo necessariamente a instrumentos de intervenção direta ou indireta sobre a ordem econômica, legando ao administrador certa discricionariedade para delimitar as formas pelas quais promoverá as atividades a serem incentivadas. É o caso do incentivo ao desporto e à cultura, previstos no texto constitucional como deveres do Estado.

Estaria a administração adstrita ao manejo de instrumentos normativos para fomentar estes setores? Pretender que assim seja parece um intento de apor peias ao texto constitucional, em situações que este assim não fez. O silêncio constitucional, neste caso, parece-nos mais afeito à constituição de uma margem discricionária para que o legislador e o administrador público possam colmatar as melhores formas de incentivar estes setores – seja mediante instrumentos de intervenção direta, indireta ou qualquer outro juridicamente admitido.

O art. 174 da Constituição, portanto, além de não restringir o fomento a instrumentos normativos e de regulação, convive com uma série de outras disposições constitucionais que indicam ser admitido o uso deste instrumento mediante mecanismos de intervenção direta sobre a ordem econômica.

Uma segunda razão evidencia a pertinência de não se limitar o fomento aos instrumentos de intervenção indireta sobre a ordem privada: esta função administrativa é compatível com as hipóteses em que se admite a intervenção direta do Estado sobre a ordem econômica. Como é cediço, a intervenção direta sobre a ordem econômica é admitida de forma excepcional ao Estado, admitindo-se somente nas hipóteses descritas no *caput* do art. 173 da Constituição, quais sejam, a promoção de relevante interesse coletivo ou a garantia da segurança nacional.

A ação estatal neste ambiente, distancia-se da ação administrativa no desempenho de funções públicas propriamente ditas. Conforme determina o próprio §1º, inc. II, do dispositivo constitucional, a ação estatal sobre a ordem econômica será regida pelo direito

privado. Neste segmento de atividades, o *códex* administrativo não é o principal vetor de disciplina da ação estatal. Na exploração de atividades econômicas o Estado não disporá, ao menos em tese, de prerrogativas exorbitantes e não poderá se valer de meios coativos sobre a sociedade civil para atender às finalidades que persegue.

O fomento assume características similares. Esta função administrativa opera sobre a ordem econômica mediante incentivos, que procuram influenciar a arquitetura decisória da iniciativa privada, com o intuito de estimular a sua atuação em prol de finalidades públicas. Os instrumentos manejados para a sua consecução são diversos, porém, sempre incompatíveis com a aplicação de poderes exorbitantes da administração pública.

Fomento e intervenção direta sobre a ordem econômica, portanto, até mesmo partilham determinadas características operacionais. Ambos recaem sobre a ordem econômica e procuram atender a seus fins mediante instrumentos não coercitivos. A única distinção entre ambas as funções é que, tradicionalmente, a intervenção direta sobre a ordem econômica pressupõe o engajamento estatal em atividades prestacionais, algo que não ocorre no fomento. Não obstante, a distinção não significa que a exploração direta de atividades econômicas não possa ser vertida a fins de fomento e, por consequência, passar a ser manejada como um instrumento desta função administrativa.

É certo que isto não ocorrerá mediante a simples exploração direta da atividade que se pretende incentivar. Nestes casos, teremos pura e simplesmente a exploração direta de atividade econômica pela administração.

Fomento e intervenção direta sobre a ordem econômica mesclam-se quando esta última se reveste de um caráter mediato, isto é, quando a atividade econômica diretamente explorada o é somente com a finalidade de incentivar a consecução de outras atividades privadas, que produzam externalidades de interesse social. Este incentivo pode ser de diversos matizes, porém, necessariamente devem traduzir alguma espécie de oferta de vantagem à iniciativa privada, com o intuito de influir sobre suas decisões no sentido de estimular a produção das externalidades almejadas⁴⁶².

⁴⁶² Esta mescla de funções administrativas tem sido reconhecida, inclusive, no uso de instrumentos coercitivos do Estado, como por exemplo, a servidão administrativa. Neste sentido, cf.: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A servidão administrativa como mecanismo de fomento de empreendimentos de interesse público*, in **Revista de Direito Administrativo**, vol. 254, Rio de Janeiro, 2010.

Isto pode ocorrer mediante a prestação de serviços em condições beneficiadas junto a agentes econômicos que atuem em setor econômico considerado de interesse social pela administração pública ou mediante a oferta de produtos que mitiguem condições de funcionamento imperfeito do mercado e que estimulem a atuação privada em atividades que, em condições normais, restariam inibidas.

O exemplo mais simples de observar a utilização de instrumentos de intervenção direta sobre a ordem econômica como meios de fomento, são as instituições financeiras oficiais. Especificamente vertidas a oferta de crédito em mercado para segmentos econômicos considerados estratégicos e explorados de forma insuficiente pela iniciativa privada, estas instituições procuram, mediante a exploração estatal da atividade bancária, ofertar financiamentos em condições vantajosas para empreendimentos que concretizem objetivos de interesse social.

A exploração desta atividade assume evidente caráter mediato. O que se pretende com a atuação estatal neste segmento não é incentivar as operações bancárias no país, mas, sim, utilizar-se destas últimas com o intuito de disponibilizar recursos em condições beneficiadas para atividades estratégicas, em setores que os bancos privados não ofertem crédito de maneira adequada.

Outro exemplo que pode ser mencionada é a oferta de seguros para operações de exportação de bens e serviços nacionais. Muito embora a exploração deste mercado não configure propriamente um serviço público, fato é que diante da escassez de seguros ofertados para este tipo de atividade, e a relevância da exportação de serviços e bens para a economia nacional, o Estado brasileiro constituiu a Agência Brasileira Gestora de Fundos e Garantias S.A.⁴⁶³, que atua neste segmento.

Mais uma vez, o objeto social da empresa versa sobre uma atividade cuja exploração, pelo Estado, tem a finalidade de incentivar outras atividades da iniciativa privada. A finalidade da exploração deste segmento econômico não é aprimorar o mercado de seguros, mas, sim, incentivar as exportações nacionais.

Em ambos os casos, há a oferta de um prêmio àqueles que se engajarem em atividades consideradas de interesse social, qual seja, a obtenção de condições vantajosas de contratação. A oferta, em si, não é vinculante para os particulares, que poderão aderir ou não

⁴⁶³ Criada pela Lei Federal nº 12.712/2012.

ao programa estatal, porém, somente farão jus à obtenção dos recursos nestas condições, caso executem empreendimentos de interesse social.

Diante do exposto, parece-nos imprecisa a delimitação do fomento como uma atividade de intervenção indireta sobre a ordem econômica. O manejo desta função administrativa, certamente, é uma modalidade de intervenção sobre a ordem econômica, porém, este não se vincula a nenhuma categoria de intervenção direta ou indireta.

O fomento poderá transitar entre inúmeros instrumentos de intervenção⁴⁶⁴, desde que, em sua utilização, estejam presentes as características operacionais desta função administrativa, quais sejam: (i) o caráter mediato da intervenção; (ii) a persecução de fins de interesse social; (iii) mediante a oferta de incentivos à iniciativa privada, para que esta se engaje em sua consecução. Entendemos, por estes motivos, ser mais adequado definir a natureza do fomento de forma mais ampla: este é uma forma de intervenção sobre a ordem econômica – sem maiores adjetivações.

Como tal, o fomento necessariamente recai sobre a iniciativa privada e estará adstrito aos limites jurídicos incidentes sobre esta modalidade de atuação estatal sobre a ordem econômica. É o que passamos a abordar nos itens abaixo.

2.2.O ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DO FOMENTO

Uma segunda questão relevante para a delimitação do estatuto jurídico do fomento diz respeito a seu objeto. Conforme salientado *en passant* no item anterior, o fomento recai sobre a iniciativa privada. O recorte apresentado se justifica em razão, mais uma vez, dos aspectos estruturais desta função administrativa.

Se no item anterior procuramos demonstrar que estes aspectos eram compatíveis tanto com o uso de instrumentos de intervenção direta quanto com o uso de instrumentos de intervenção indireta sobre a ordem econômica, no presente item, o que se observa é que a estrutura do fomento não se adequa às relações de incentivos mantidas entre a administração central e os entes da administração indireta ou entre entes federados. Isto por uma razão

⁴⁶⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Fungibilidade da Atuação Direta do Estado na Economia com a Regulação e o Fomento*. in **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, ano 14, n. 56, out./dez.2016, p. 10.

simples: as relações entre os integrantes do setor público não envolvem uma ação volitiva – tal como ocorre na livre iniciativa.

O poder público, em qualquer de suas esferas, atua em cumprimento aos deveres que lhe são outorgados pelo ordenamento jurídico, dentro de suas respectivas esferas de competência. Atuam, portanto, sempre em cumprimento direto de seus deveres e competências legais.

A ideia de fomento entre entes públicos é sustentada por Garrido Falla⁴⁶⁵, na Espanha, e, nacionalmente, por Célia Cunha Mello⁴⁶⁶. Para estes autores, seria factível que a administração outorgasse incentivos para a administração indireta atender a certas metas. Neste quadrante, parece-nos, que não se está a manejar uma vertente do fomento em razão do fato de que a consecução destas metas não é uma alternativa dentre várias possíveis ao ente administrativo. Trata-se de obrigação cujo cumprimento é absolutamente obrigatório ao ente.

Em outras palavras, inexistente uma arquitetura decisória apta a ser influenciada mediante a oferta de incentivos. O que se tem é tão somente uma arquitetura decisória vinculada, em que a consecução das finalidades da ação administrativa é obrigatória aos órgãos e entes públicos⁴⁶⁷. Eventuais incentivos concedidos neste contexto servem apenas para incentivar o atendimento a uma norma que já se mostra vinculante. Quando muito, poderá ser considerado um aporte de meios que buscam auxiliar o ente incentivado a dar eficácia a uma norma jurídica, cujo cumprimento é obrigatório.

A situação não é distinta em situações envolvendo o apoio entre entes federados para o desempenho de determinados serviços. Nestes casos, o que se tem é que cada ente político está desempenhando a sua parcela de competência em relação ao serviço público ou administrativo que se pretende incentivar.

A oferta de apoio por um ente federado ao outro somente terá sentido na hipótese de não ser este próprio ente competente para desempenhar diretamente a atividade. E neste caso, o apoio somente é concedido porque este é admitido pelo ordenamento jurídico como uma competência do ente apoiador em relação ao serviço em questão. Enquanto o ente que

⁴⁶⁵ FALLA, Fernando Garrido. **Tratado de Derecho Administrativo**. Vol. II. 10ª edição. Madrid, Tecnos, 1992, p. 301.

⁴⁶⁶ MELLO, Célia Cunha. **O Fomento da Administração Pública**. Belo Horizonte, Del Rey, 2003, p. 32.

⁴⁶⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo – parte introdutória, parte geral e parte especial**. 15ª edição. Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 585.

aceita o apoio, este também segue no exercício de um dever legal que lhe foi atribuído: o de viabilizar a prestação do serviço em questão.

Pois bem, em um caso ou no outro, não há livre escolha ao administrador. Não há uma arquitetura decisória a se influenciar, mas, sim, a articulação entre entes federados para darem cumprimento aos seus respectivos deveres legais em relação a determinada atividade. Por este motivo, sustentamos que o fomento não guarda adequação em relação aos incentivos e apoios recíprocos concedidos entre entes estatais.

O âmbito de incidência do fomento, em virtude desta característica estrutural, são as atividades econômicas em sentido estrito, em que o Estado procura se valer dos particulares para promover fins considerados de interesse social, através da oferta de vantagens para aqueles que se engajarem nas atividades incentivadas.

2.3.O FOMENTO COMO FUNÇÃO SUBSIDIÁRIA E PROPORCIONAL

O manejo do fomento sobre a ordem econômica, porém, não é facultado de forma ampla e irrestrita ao Estado. Como modalidade de intervenção sobre o domínio privado, o fomento deve observar os limites e as hipóteses em que a atuação estatal é admitida neste campo. Estes limites são postos pela própria Constituição Federal.

No campo constitucional, o que se observa é a delimitação expressa dos campos em que a ação estatal será admitida sobre o domínio econômico, estabelecendo-se como regra que, no domínio das atividades econômicas em sentido estrito, a prevalência é a de atuação da livre iniciativa⁴⁶⁸. A regra é consagrada como premissa de organização de nosso sistema econômico pelo art. 170 da Constituição, que erige a livre iniciativa como um fundamento de toda a ordem econômica nacional. A redação do artigo assim dispõe:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

⁴⁶⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *O Fomento como Instrumento Estatal de Intervenção sobre a Ordem Econômica*, in **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, ano 8, n. 32, Belo Horizonte, out./dez. 2010, p. 3. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70679>>. Acesso em: 5 fev. 2018.

O excerto não deixa dúvidas de que a ordem econômica tem por fundamento primordial a livre iniciativa. Isto não significa, porém, que a exploração e organização dos mercados privados seja de todo incompatível com a presença do Estado.

A se considerar os incisos do art. 170, nota-se que o constituinte reservou as atividades econômicas em sentido estrito ao domínio da livre iniciativa, porém, ao mesmo passo instituiu uma série de valores que devem estar atrelados à organização e exploração dos mercados. Estes são balizas que devem ser observadas, seja como externalidades positivas esperadas da exploração organizada de atividades econômicas, seja como regras gerais que definem a maneira pela qual esta exploração poderá se desenvolver.

Neste sentido, a livre iniciativa é a premissa modeladora de nossa ordem econômica. Esta, porém, não poderá se desenvolver de maneira a alijar a promoção do pleno emprego (art. 170, inc. VIII) ou a mitigação das desigualdades regionais (art. 170, inc. VII) e a função social da propriedade (art. 170, inc. III). Seu desenvolvimento, de outro turno, deverá atentar para as regras de defesa do consumidor (art. 170, inc. V) e de garantia da livre concorrência (art. 170, inc. IV) e do meio ambiente (art. 170, inc. VI).

A regra matriz da ordem econômica constitucional, portanto, predica, como bem aponta Floriano de Azevedo Marques Neto, um equilíbrio entre a livre iniciativa – o substrato sobre o qual se edifica a ordem econômica – e os valores que esta deve promover e observar⁴⁶⁹. O atendimento a estes vetores previstos pelo texto constitucional, em regra, é realizado pela própria livre iniciativa, mediante a organização racional das relações econômicas⁴⁷⁰. Na hipótese, porém, em que se constatar que a livre organização dos mercados não tem sido suficiente para atender a estes princípios regentes da ordem econômica, a intervenção estatal poderá se fazer presente.

Sem elidir por completo a livre iniciativa – afinal, esta é a premissa maior definida pelo constituinte para organizar nossa ordem econômica⁴⁷¹ -, o Estado poderá intervir para fazer cumprir as regras tendentes a assegurar os limites e externalidades associadas pelo art. 170 ao exercício das atividades econômicas.

⁴⁶⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Limites à Abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal*, in **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, vol. 1. Belo Horizonte: Fórum, jan./mar. 2003, p. 72.

⁴⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. *A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços*. In **Revista de Direito Administrativo**, FGV, Rio de Janeiro, vol. 226, out./dez. 2001, p. 201.

⁴⁷¹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Congelamento de Preços – tabelamentos oficiais (parecer)*, in **Revista de Direito Público**, nº 91, 1989, p. 77.

A ação estatal, contudo, será residual. Não será a regra e não poderá substituir a livre organização dos mercados na exploração e provimento de atividades econômicas⁴⁷². Deverá se dar, exatamente, a partir dos instrumentos admitidos pela Constituição Federal para tanto e dentro das hipóteses em que a sua utilização é admitida.

A regulação, prevista no art. 174 da Constituição Federal, é um nítido exemplo de instrumento de intervenção que poderá ser manejado pelo Estado para orientar a organização dos mercados em favor dos valores regentes da ordem econômica. O seu manejo, contudo, somente será admitido dentro de um contexto de subsidiariedade à atividade econômica privada.

Isto é, somente será admitido em situações em que a organização privada dos mercados for incapaz de atender às finalidades de interesse social que a própria Constituição fez acoplar à disciplina do funcionamento da ordem econômica⁴⁷³.

Este mesmo caráter subsidiário é legado pela Constituição às demais hipóteses de atuação estatal direta sobre o domínio econômico. A exploração de atividades empresariais pelo Estado não é proscrita em nosso ordenamento constitucional, no entanto, conforme salientado acima, esta somente poderá ocorrer em situações excepcionais, disciplinadas no *caput* do art. 173 da Constituição. A redação do dispositivo constitucional prenota que a intervenção sobre o domínio econômico é excepcional, conforme se vê:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Somente nas hipóteses de garantia da segurança nacional ou consecução de relevante interesse coletivo, a intervenção estatal direta é admitida. A indicação constitucional destas duas hipóteses excepcionais evidencia, novamente, o caráter residual da ação administrativa sobre o domínio econômico⁴⁷⁴.

⁴⁷² MOCCIA, Maria Hermínia Pacheco e Silva. **Parâmetros para a Utilização do Fomento Econômico – empréstimos pelo BNDES em condições favoráveis**. Lumen juris, 2015, p. 183.

⁴⁷³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Limites à Abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal*, in **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, vol. 1. Belo Horizonte: Fórum, jan./mar. 2003, p. 77.

⁴⁷⁴ O manejo das prerrogativas legislativas do Estado para excluir determinadas atividades do domínio privado também é uma manifestação deste poder de intervenção sobre o domínio econômico. A Constituição o fez em diversas ocasiões ao reconhecer o caráter de serviço público a determinadas atividades de interesse social em relação às quais a livre iniciativa é ineficiente para ensejar as externalidades sociais relevantes. Ou, ao instituir monopólios sobre setores alegadamente estratégicos. Ambas as formas de intervenção não são livres de limites.

É a este caráter residual da intervenção estatal sobre a ordem econômica que a literatura jurídica tem designado por princípio da subsidiariedade. O fomento, como função administrativa que opera sobre a ordem econômica, não escapa a este limite⁴⁷⁵. O seu manejo pela administração pública, além de observar as características estruturais desta função, também deverá observar os limites impostos pela ordem constitucional⁴⁷⁶ – ou pelo princípio da subsidiariedade - à atuação estatal sobre a economia⁴⁷⁷.

Isto significa que o fomento não poderá se sobrepor a toda e qualquer atividade econômica. Seu manejo pela administração pública pressupõe a identificação de atividades privadas que sejam aptas a produzir externalidades positivas de interesse público que, por alguma razão, não têm se produzido a partir da livre organização daquele mercado. Neste caso, a intervenção estatal sob a forma de fomento será legítima, desde que vinculada à promoção destas externalidades em favor da sociedade.

Note-se que estes limites em nada se relacionam com o grau de maturidade de um determinado setor econômico ou com o volume de agentes privados dedicados a sua exploração. Tanto setores já consolidados, quanto setores ainda incipientes podem ser alvo de políticas de fomento. Os limites que se extraem da Constituição aplicam-se a ambos os tipos de mercado e se relacionam com um mesmo aspecto: a existência de fins de interesse público que não têm sido adequadamente atendidos pela organização privada dos mercados.

Com a finalidade de suprir o atendimento deficitário destes fins, a função de fomento poderá conceder incentivos – os mais variados – para reconectar a exploração de determinada atividade econômica aos fins públicos que a ordem constitucional atribui ao domínio privado.

A restrição, contudo, não se observa apenas em relação ao âmbito das atividades econômicas passíveis de serem objeto de ações de fomento. Conforme pondera Floriano de

Somente podem recair sobre atividades que, efetivamente, a organização privada se mostre insuficiente para viabilizar a atividade dentro dos lindes estabelecidos pelo art. 170 da Constituição para a ordem econômica.

⁴⁷⁵ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *O fomento como instrumento de intervenção estatal na ordem econômica*. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, out./dez. 2010, Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=70679>>. Acesso em: 14 out. 2019, pp. 3 e 4.

⁴⁷⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Elementos do Fomento*. in DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Tratado de Direito Administrativo**. 2ª Edição. São Paulo, Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2014, p. 441.

⁴⁷⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo – parte introdutória, parte geral e parte especial**. 15ª edição. Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 591.

Azevedo Marques Neto, a intensidade desta intervenção também se mostra um limitante para o manejo do fomento e de qualquer outra forma de intervenção sobre a ordem econômica.

A esta modulação de intensidade da intervenção estatal, a literatura jurídica tem designado por princípio da proporcionalidade. O avanço estatal sobre a esfera privada, neste sentido, além de subsidiário, deve ser proporcional.

A premissa subjacente a construção deste limite é similar a atrelada à ideia de subsidiariedade. Nossa Constituição, ao erigir a livre iniciativa como fundamento da ordem econômica privada, confere um caráter excepcional para a derrogação, ainda que parcial, da liberdade econômica nesta seara. Esta somente será legítima quando aferroada a determinadas finalidades de interesse geral, que por alguma razão, não sejam adequadamente atendidas pela livre organização do mercado.

Se por um lado a persecução destes fins é o móvel legitimador da intervenção estatal, por outro, este também será o limite juridicamente admitido a esta intervenção. Isto é, a intervenção estatal, naquilo que se refere a sua intensidade, somente será legítima enquanto se limitar aos meios estritamente necessários para a consecução dos fins públicos que, em última análise, autorizam a intervenção estatal⁴⁷⁸.

Esta adstrição aos fins que permitem a atuação estatal desvelam um limite de duplo teor. De um lado, a medida de intervenção não poderá desviar-se deste fim, sob pena de perder o substrato jurídico que lhe confere legitimidade. De outro, por ser a persecução deste fim a medida da legitimidade da intervenção, o Estado não poderá se permitir apor maiores restrições a este direito do que o necessário para a consecução da finalidade de interesse geral almejada⁴⁷⁹.

Em outras palavras, a regra da proporcionalidade vincula a atuação estatal sobre a ordem econômica a um dever de equilíbrio entre a persecução do fim que legitima a intervenção estatal e a sua consecução com a menor derrogação possível da livre iniciativa – entendida aqui como o móvel prevalente no domínio econômico. Desta regra resulta um

⁴⁷⁸ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *O fomento como instrumento de intervenção estatal na ordem econômica*. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, out./dez. 2010, Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70679>>. Acesso em: 14 out. 2019, p. 3.

⁴⁷⁹ JUSTEN FILHO, Marçal; JORDÃO, Eduardo Ferreira. *A contratação administrativa destinada ao fomento de atividades privadas de interesse coletivo*. in **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, jul./set. 2011, p. 64.

dever de adequação entre meios utilizados e fins almejados, com a máxima preservação do livre funcionamento e organização dos mercados.

A proporcionalidade é, neste sentido, um reforço da noção de subsidiariedade. Ao se demandar este equilíbrio entre meios e fins da ação estatal fomentadora, o que se exige, ao fim e ao cabo, é a máxima preservação da premissa estruturante de nossa ordem econômica, isto é, da liberdade de iniciativa em um ambiente revestido pelos valores da livre concorrência, da tutela do consumidor, bem como de todos os demais preceitos listados nos incisos do art. 170 de nossa Constituição.

A intervenção sobre este sistema é excepcional, condicionada à restauração de valores de interesse social sobre a ordem econômica e deverá, por dever, preservar ao máximo o funcionamento privado da exploração das atividades econômicas.

Em função destes quadrantes constitucionais, a que o fomento se sujeita, não só serão vedadas intervenções de incentivo estatal sobre mercados organizados e que produzam externalidades sociais de forma eficiente e adequada, como também será vedada a realização desta intervenção mediante mecanismos que promovam estas externalidades através de gravames excessivos sobre a livre iniciativa.

Neste contexto, parece-nos vedado que o Estado procure viabilizar incentivar a redução das desigualdades regionais através de um determinado mercado, mediante a cessão de recursos a um único agente econômico localizado na região em desenvolvimento, em detrimento de todos os demais, extinguindo qualquer possibilidade de livre competição entre as empresas do setor. A cessão de recursos a título de fomento, buscando reduzir as desigualdades regionais através da construção de um monopolista em uma região subdesenvolvida, certamente, não é um instrumento de fomento proporcional.

Variantes menos extremas também podem suscitar o juízo de proporcionalidade. Em um exemplo genérico, a adoção de mecanismos de fomento, cuja vantagem possa ser concedida após procedimento de seleção dos possíveis beneficiados, em que se oportunize aos agentes deste segmento, competir pelo benefício estatal observa melhor à proporcionalidade – por viabilizar um mínimo de competição – do que a seleção de parceiros privados exclusivamente atrelados a suas características subjetivas e independente de competição.

Ambos são métodos de fomento que, a depender do contexto, poderão ser considerados legítimos⁴⁸⁰. Não obstante, em sendo possível a adoção de ambos, a seleção do primeiro certamente prestigiará a proporcionalidade, enquanto o segundo não⁴⁸¹.

O fomento neste diapasão – assim como as demais modalidades de intervenção sobre a ordem econômica – sujeita-se a duplo limite, ambos decorrentes de nossa Constituição. De um lado, não poderá se sobrepor a livre iniciativa. Seu manejo é adstrito ao princípio da subsidiariedade e, portanto, só poderá ser manejado sobre mercados em que livre iniciativa atenda de forma insuficiente a valores de interesse social atrelados pela Constituição à exploração de atividades econômicas.

De outro, não poderá se valer de meios que imponham constringências exorbitantes à atividade privada, sendo vinculante a adoção dos meios que instituem medidas proporcionais sobre o mercado. Isto é, somente serão medidas de fomento legítimas aquelas que sejam capazes de incentivar as externalidades pretendidas, ensejando a menor restrição possível à livre organização dos mercados.

A função de incentivos, portanto, ao se configurar como uma atividade de intervenção sobre a ordem econômica, passa a ter de se adequar aos limites impostos pela Constituição à atuação estatal sobre este domínio. Podemos, neste prisma, incrementar nossa caracterização do fomento até aqui constituída.

Este, além de modalidade de intervenção sobre ordem econômica privada, é modalidade de ação estatal subsidiária, destinada a segmentos econômicos que, por alguma razão, atendam de forma insuficiente aos objetivos de interesse geral associados à ordem econômica, manifestando-se, necessariamente, por intermédio de instrumentos que incentivem a consecução destes fins de forma proporcional, isto é, de maneira a assegurar a sua consecução, com o mínimo de derrogação sobre as liberdades econômicas dos demais agentes de mercado.

⁴⁸⁰ Imagine-se o incentivo a empresas de determinado segmento a partir do aporte de recursos, mediante uma parceria estratégica com uma empresa estatal, na forma do art. 28, §3º, inc. II, da Lei Federal nº 13.303/2016, na qualidade de acionista minoritário, em uma empresa com estrutura avançada de pesquisa, que a distinga em relação a seus concorrentes, com o intuito de incentivar, mediante este aporte de recursos, a produção de tecnologias em setor ainda não desbravado pelas empresas do setor privado, em virtude dos custos excessivos de pesquisa e desenvolvimento envolvidos. Em razão das características subjetivas do parceiro serem essenciais para o negócio, seria possível não realizar procedimento de seleção.

⁴⁸¹ É interessante notar que o manejo do fomento demanda maior refinamento. Em um contexto de procura pela proporcionalidade, ganham relevo nesta função administrativa a adoção de instrumentos de avaliação do impacto da ação estatal fomentadora sobre os mercados em que se pretende intervir.

2.4.O FOMENTO COMO UM DIREITO PREMIAL

A intervenção sobre a ordem econômica mediante o fomento, além das características acima apontadas, é marcada também por sua técnica de aplicação. Conforme salientamos brevemente no item 2 acima, o fomento procura incentivar a consecução de finalidades de interesse social mediante a oferta de incentivos⁴⁸² à iniciativa privada, para os agentes de mercado atinjam estas finalidades de forma direta ou mediante a produção de externalidades positivas.

A estrutura operacional do fomento, portanto, tem na oferta de um prêmio⁴⁸³ o seu mecanismo central de intervenção sobre a ordem econômica⁴⁸⁴. Esta última será retirada da normalidade de seu funcionamento em razão do incentivo ofertado, que terá o condão de influenciar a tomada de decisão pelos agentes de mercado, procurando incentivá-los a se engajar na persecução das finalidades públicas fomentadas.

Esta característica do fomento evidencia que o seu manejo prescinde da autoridade para se efetivar. A ação via incentivos administrativos não se opera mediante poderes extroversos. É a força do benefício ofertado, em face das condições de mercado enfrentadas pelo agente privado, que terá o condão de incentivar as condutas e as externalidades desejadas.

É este caráter que diferencia, fundamentalmente, fomento e regulação. Ambos são mecanismos que procuram direcionar, de forma mediata, o comportamento de agentes privados em direção de finalidades de interesse social acometidas sobre a ordem econômica. A distinção é que na regulação este objetivo é perseguido mediante o manejo de autoridade. A norma editada e os poderes de fiscalização exercidos pelo Estado em ambientes regulados carregam consigo o signo da autoridade. No fomento, este signo é ausente. Trata-se de um intento de influenciar o comportamento dos agentes privados mediante a oferta de um prêmio.

⁴⁸² PARADA, Ramón. **Derecho Administrativo – parte general**. 6ª edición. Madrid, Marcial Pons, 1994, p. 412.

⁴⁸³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª edição. São Paulo, Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2016, p. 546.

⁴⁸⁴ MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Uma Teoria do Fomento Público: critérios em prol de um fomento público democrático, eficiente e não-paternalista*. In **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, nº 65, 2010, pp. 119 a 121.

O prêmio poderá assumir distintas conformações. Admite-se desde o uso de mecanismos mais interventivos – tais como a transferência de recursos aos executores de determinadas atividades – a mecanismos menos interventivos, como por exemplo, a disponibilidade de espaços e bens públicos para que interessados possam se reunir para desenvolver o planejamento de suas atividades empresariais⁴⁸⁵.

Relevante, porém, não perder de vista que tais incentivos consistem na linha de frente da intervenção estatal sobre a ordem econômica, através do fomento. São estes incentivos suficientes para distorcer a organização de mercados e, por vezes, desequilibrar a livre concorrência em favor de um ou outro agente. Mais do que relevante, neste sentido, destacar a incidência dos limites da subsidiariedade e da proporcionalidade sobre os prêmios a serem ofertados pela administração pública no manejo do fomento.

Mais do que isso, é relevante ressaltar a imprescindibilidade da aplicação, pela administração, de mecanismos de planejamento e avaliação de impacto dos instrumentos de fomento manejados para a consecução de finalidades públicas. O prêmio, como o principal vetor do fomento, deve, também, ser objeto central do planejamento da ação incentivadora, envolvendo não só a seleção dos setores a serem incentivados, mas, em especial, os impactos pretendidos e os riscos associados com a oferta destes benefícios.

Os instrumentos de análise impacto – apesar de prioritariamente pensados para as atividades de regulação da administração pública, devem ser amplamente utilizados neste ramo, sob pena de se fazer letra morta dos limites constitucionais a esta modalidade de intervenção sobre a ordem econômica.

A despeito destas ponderações, insta salientar, por fim, que os prêmios ofertados não necessariamente devem ser incentivos positivos – aqui entendidos como a oferta direta de uma vantagem para quem vier a dar seguimento a uma atividade de interesse geral. O fomento, enquanto função administrativa, comporta tanto incentivos deste primeiro tipo, quanto incentivos de caráter negativo, em que sejam constituídos ônus que procurem desestimular a adoção de determinada conduta, induzindo, a contrário senso, o comportamento desejado.

⁴⁸⁵ A disponibilização de espaços de *coworking* público, com a oferta de infraestrutura física e digital para o trabalho é realizada pelo Governo do Estado de São Paulo por intermédio do ACESSA SP. O programa seleciona 80 interessados em ocupar estes espaços por até 10 meses, exigindo em contrapartida, a oferta de cursos, treinamentos e palestras gratuitos para interessados nos temas desenvolvidos pelos beneficiados. Mais informações disponíveis em: <http://www.acesasp.sp.gov.br/acesacampus/>. Acesso em 14 de outubro de 2019.

Dissentimos, neste sentido, da parcela doutrinária que entende serem os incentivos negativos incompatíveis com o fomento. Para estes, o fomento negativo envolveria o manejo de autoridade e, portanto, estaria mais afeito à regulação que ao próprio fomento.

O racional parece enxergar na proibição, necessariamente um ato de autoridade. A constituição de ônus que desestimulem certa conduta, em detrimento da ação que se pretende incentivar, porém, não necessariamente se efetiva mediante atos de autoridade. Incentivos, tais como a instituição de propaganda de desincentivo em produtos considerados nocivos, procuram orientar a decisão de consumo em sentido oposto ao da aquisição destes produtos, sem, contudo, proibir sua comercialização.

O estabelecimento de prazos distintos para a análise de determinadas requisições administrativas – maiores para as ações que se quer desincentivar, e maiores para as que se deseja incentivar – é outro exemplo de incentivo negativo que prescinde do manejo da autoridade proibitiva do Estado.

A lista poderia seguir adiante, no entanto, o intuito não é o de esgotar os instrumentos de incentivos negativos compatíveis com a lógica do fomento. O que se deve estabelecer é que os incentivos negativos serão compatíveis com o fomento sempre que não envolverem a imposição de restrições que aniquilem a possibilidade de decisão do particular em um determinado contexto.

Em havendo decisões diversas possíveis ao particular, a aposição de incentivos negativos terá o condão de ser considerado um instrumento de fomento, desde que voltado a incentivar uma determinada conduta, dentre várias possíveis. Isto posto, restam expostas as características principais do prêmio atrelado à estrutura do fomento. Passamos a avaliar sua relação com a consensualidade no item abaixo.

2.5.FOMENTO, CONSENSUALIDADE E RELAÇÃO JURÍDICA

Uma das características decorrentes da ausência de autoridade no estímulo ofertado através do fomento é a inviabilidade de se obrigar o particular a aderir ou não ao comportamento desejado. Por intermédio do fomento, a administração pública intenta influenciar a ação privada – o que pressupõe a existência de certa autonomia decisória para o privado. Em última análise, a decisão a ser tomada pertence a este último, que poderá

avaliar os incentivos ofertados e optar por não se engajar nas atividades exigidas pela administração pública.

Em razão deste viés, o fomento apresenta-se como uma atividade consensual. Depende, primordialmente, do consenso entre o agente privado e o Estado em torno das atividades a serem desenvolvidas, dos riscos a serem assumidos de parte a parte e, por fim, da suficiência dos benefícios ofertados para compensar o engajamento em uma atividade que – conforme destacamos acima – por algum motivo não tem produzido as externalidades desejadas em um contexto de livre mercado.

O fomento, portanto, para constituir-se em uma relação jurídica predica pelo consenso⁴⁸⁶. Este acordo de vontades, porém, não pode ser tomado como um sinônimo de inexistência de aspectos cogentes nesta função administrativa. Longe disso, uma vez firmado o consenso acerca da adesão do particular ao fomento, institui-se entre administração e particular uma relação jurídica de parte a parte, com a constituição de obrigações exigíveis entre si, sendo possível, inclusive, que as partes exijam o cumprimento destas obrigações de forma cogente, com o auxílio do Poder Judiciário⁴⁸⁷.

Este posicionamento, é certo, não é unânime na literatura jurídica. Há quem defenda que, no fomento, não há constituição de uma relação jurídica propriamente dita, pois, em razão da finalidade da função ser a promoção de interesses gerais, não seria possível identificar o beneficiário do fomento e, portanto, não seria possível delimitar a existência de uma pretensão resistida em torno da não realização das atividades fomentadas, em relação a qual o particular se comprometeu a executar⁴⁸⁸.

O entendimento não nos parece pertinente. Ainda que a promoção de finalidades de interesse geral seja um conceito difuso, fato é que uma relação jurídica de fomento se constitui em torno de dois aspectos. O primeiro é a adesão voluntária do particular a um

⁴⁸⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo – parte introdutória, parte geral e parte especial**. 15ª edição. Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 584.

⁴⁸⁷ Nisto reside, a nosso entender, a principal distinção entre o fomento e o *nudge*. Este último corresponde a uma categoria de incentivo desenvolvida em países anglo-saxões, em que o Estado procura incentivar boas práticas mediante incentivo, não vinculantes, aos particulares e agentes econômicos. Estes incentivos, porém, não constituem qualquer relação jurídica entre Estado e particular, tampouco envolvem a outorga de um plexo específico de direitos e prerrogativas aos beneficiados. O Estado pura e simplesmente oferece uma alternativa de decisão, com o intuito de “cutucar” o particular a aderir a um comportamento, por alguma razão, considerado relevante pela administração pública.

⁴⁸⁸ MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Uma Teoria do Fomento Público: critérios em prol de um fomento público democrático, eficiente e não-paternalista*. In **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, nº 65, 2010, p. 141 a 142.

programa de condutas que, diretamente ou mediante a produção de externalidades positivas, promoverão fins de interesse social alvitados pelo Estado.

Tão logo adira a este programa, o particular fará jus ao recebimento do benefício ofertado, não obstante, em contrapartida, deverá executar as condutas estabelecidas pelo programa de fomento. Há um nítido liame jurídico entre a outorga do benefício e o engajamento do privado na execução das atividades aptas a viabilizar o atendimento dos fins públicos pretendidos com o fomento⁴⁸⁹.

Note-se, contudo, que, de fato, não há, a princípio, um liame que outorga o particular o dever de atender os resultados imaginados pelo Poder Público. Até mesmo porque, por vezes, o fomento sequer exige do particular a apresentação destes resultados – o que se busca são as externalidades que se imagina que sua atividade poderá produzir. Há, porém, um dever de se engajar nas medidas que seriam aptas a produzir os efeitos desejados. Nada impede, contudo, que no acordo entre particular e administração, o fomento seja concedido mediante o compromisso de obtenção de resultados.

Neste sentido, o consenso entre as partes origina uma relação jurídica de fomento, que estabelece, de forma genérica, ao particular o dever de se engajar nas atividades aptas a produzir os efeitos sociais pretendidos, enquanto, ao mesmo tempo, esta relação lhe outorga o direito ao recebimento do benefício ofertado pela administração⁴⁹⁰. Privado e ente público emparceiram-se, neste sentido, em um empreendimento mediante a constituição de obrigações recíprocas.

O engajamento do Poder Público neste tipo de atividade, porém, deve atentar a um planejamento prévio, em que este estime, de forma técnica, os resultados esperados com a sua ação de fomento, valendo-se de seus poderes de fiscalização para acompanhar a execução da relação jurídica de fomento pelo particular. Este planejamento, é certo, envolve mais do que a simples avaliação técnica de resultados esperados. A isto, nos dedicamos no item subsequente.

⁴⁸⁹ Não por outro motivo, determinados autores falam em um contratos de fomento. Cf.: JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª edição. São Paulo, Thompson Reuters Revista dos Tribunais, 2016, p. 315 e 316.

⁴⁹⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo – parte introdutória, parte geral e parte especial**. 15ª edição. Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 584.

2.6.O FOMENTO, POLÍTICAS PÚBLICAS E AS FRANJAS DE DISCRICIONARIEDADE E VINCULAÇÃO

O fomento, enquanto função administrativa, demanda que a administração pública realize diversas escolhas. Para manejá-lo, em linhas gerais, é preciso definir o universo de possíveis beneficiários, definir os instrumentos de fomento aplicáveis, as finalidades de interesse público que se pretende atingir, a eventual aposição de prazos e metas para os incentivos concedidos, bem como outras definições que envolvam a estruturação da ação de fomento.

A literatura jurídica tem dedicado considerável esforço para definir se estas decisões assumem natureza vinculada ou discricionária⁴⁹¹. A discussão contrapõe de um lado, aqueles que entendem ser o fomento uma atividade obrigatoriamente adstrita a parâmetros normativos prévios⁴⁹² ou a um planejamento⁴⁹³ antecedente, a outros que entendem haver margem decisória para o administrador⁴⁹⁴ e ainda, a uma terceira corrente, que entende ser improdutivo definir, de forma absoluta, o fomento como uma função discricionária ou vinculada, diante da multiplicidade de instrumentos de fomento à disposição da administração, preferindo uma definição conforme a modalidade de fomento manejada⁴⁹⁵.

O debate nos parece centrado na avaliação da decisão de concessão do fomento ao particular – mais especificamente, concentrado no ato final desta função administrativa, consistente na decisão de, dentro de um programa já estruturado, decidir conceder ou não os incentivos. Ao concentrar o debate nestes termos, porém, formulam-se concepções acerca desta função administrativa que a concebem de forma segmentada, penando suas questões sem contextualizá-las junto à etapa de formulação da estrutura da política de fomento realizada.

⁴⁹¹ MOCCIA, Maria Hermínia Pacheco e Silva. **Parâmetros para a Utilização do Fomento Econômico – empréstimos pelo BNDES em condições favoráveis**. Lumen juris, 2015, pp. 91 a 101.

⁴⁹² ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de Derecho Público Económico: modelo de Estado, gestión pública, regulacion económica**. Granada, Comares, 2004, p. 350.

⁴⁹³ VILELA SOUTO, Marcos Juruena. **Aspectos Jurídicos do Planejamento Econômico**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1977, p. 54.

⁴⁹⁴ MACHMAR, Willian García. *La Subvencion administrativa: concepto y regimen jurídico*. in **Revista de Derecho-Escuela Postrado**, Santiago, nº 2, dez. 2012, p. 83.

⁴⁹⁵ PARADA, Ramón. **Derecho Administrativo II: regime jurídico de la actividad administrativa**. Madrid: Open Ediciones Universitarias, 2013, pp. 316 a 317.

Ainda que o planejamento e estruturação destas políticas apareça como um elemento relevante para o fomento, este aspecto é apropriado nas discussões sobre vinculação e discricionariedade apenas para se reconhecer à decisão de outorga do benefício uma maior ou menor margem de escolha. O enfoque é contraproducente, à medida que focaliza de forma excessiva no ato final de concessão do incentivo e se torna míope ao contexto em que a função de fomento se insere. Debater se o fomento é discricionário ou vinculante, nesta perspectiva, não é o que faremos aqui.

O fomento, a nosso ver, não se resume ao ato de concessão do incentivo. Pelo contrário, esta função, em razão de suas características estruturais envolve, em sua própria definição, uma íntima correlação com o planejamento e estruturação prévia dos incentivos a serem concedidos. As características de vinculação e discricionariedade atreladas a esta função administrativa, portanto, serão discutidas neste contexto mais amplo.

Neste sentido, partimos justamente da estruturação destes incentivos, que congrega características específicas e que diferenciam esta função administrativa da simples outorga de privilégios a particulares.

Por definição, o fomento uma função administrativa que procura incentivar agentes privados a proverem serviços que produzam, diretamente ou como externalidades, valores de interesse social. É justamente este fim de interesse público que diferencia o fomento e o define como uma função pública.

Não obstante, é preciso ponderar que a simples enunciação genérica e abstrata de finalidades de interesse social não são suficientes para lastrear o uso do fomento. Esta função administrativa, conforme salientado acima, é forma de intervenção sobre a ordem econômica, adstrita a diversos limites quanto a sua utilização e exclusivamente legitimada em razão de sua aderência a fins de interesse público.

É preciso, portanto, mais do que a simples enunciação de uma finalidade genérica de interesse social para se manejar de forma legítima a função administrativa de fomento. É preciso que, para observar os limites da subsidiariedade e a da proporcionalidade, se tenha claro quais interesses sociais se deseja estimular e, em sequência, identificar quais mercados estão operando de forma inadequada no que diz respeito ao seu atendimento.

Mais do que isso, é necessário se avaliar quais são as medidas possíveis para incentivar os valores desejados e quais dentre estes são os que melhor atendem ao fim

pretendido, com a menor intervenção possível sobre a ordem econômica. O estabelecimento de métricas para apreciar se as medidas de fomento a serem adotadas é eficaz também é imprescindível, sob pena de se admitir a intervenção sobre a ordem econômica sem os devidos parâmetros para a avaliação da pertinência de sua realização ou, ainda, sobre a pertinência de sua continuidade.

A definição de metas de interesse público, a organização e avaliação dos meios para a consecução e o acompanhamento destas metas, além de ser uma decorrência direta da natureza de intervenção sobre a ordem econômica do fomento, também evidencia que este, como função administrativa, somente se executa dentro de uma lógica de política pública⁴⁹⁶. Sem estes elementos, o fomento se torna em um simples ato de concessão de benefícios, desprovido uma finalidade pública efetivamente estruturada.

Por este motivo, entendemos que o fomento não se maneja fora dos quadrantes de uma política pública. Para que seu manejo seja legítimo é preciso que seus fundamentos estejam postos de forma clara e objetiva (fins públicos), bem como os seus instrumentos tenham sido analisados e estruturados da forma menos interventiva possível sobre a ordem econômica e os setores ou agentes a serem beneficiados pela política⁴⁹⁷ e os métodos de avaliação de seus resultados sejam previamente definidos.

Desconsiderar estes detalhamentos em uma política de fomento, é descurar dos limites constitucionalmente postos à intervenção sobre o domínio privado, em especial, por ensejar um tipo atuação que desconsidera o caráter subsidiário desta atuação, parecendo presumir ser possível avançar sobre o domínio econômico sem qualquer tipo de consideração que não a pura e simples enunciação de um valor geral, de interesse público.

Intervir no domínio econômico pressupõe mais do que isso – é preciso ter claro as variáveis envolvidas nesta intervenção, notadamente, para que se possa explicitar a possibilidade de se utilizar do fomento ou não, mediante a avaliação de sua adoção em face dos limites constitucionais à intervenção sobre a ordem econômica. Isto pressupõe a organização do fomento em uma lógica de programa governamental, cuja estruturação é realizada mediante a definição de objetivos e metas, bem como pelo mapeamento dos

⁴⁹⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Elementos do Fomento*. in DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Tratado de Direito Administrativo**. 2ª Edição. São Paulo, Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2014, p. 438.

⁴⁹⁷ Idem, p. 439.

instrumentos fomento disponíveis e quais seus impactos sobre o mercado, bem como a forma de acompanhamento da consecução destes objetivos.

Neste sentido, qualquer manifestação do fomento deve ser legatária de um programa deste tipo e seus instrumentos, que conferem eficácia à política, serão igualmente manejados em nome das premissas estabelecidas pela administração na política pública que a antecede.

O fomento, assim, se subdivide em dois momentos. No primeiro, antecedente, reside o planejamento e a estruturação da ação de fomento almejada. Nesta etapa devem ser consideradas as alternativas possíveis para incentivar a finalidade pública que autoriza a intervenção do fomento, bem como identificar de forma clara e objetiva qual esta é e quais as métricas para aferir seu cumprimento.

A definição do âmbito de incidência desta política também deverá ser justificadamente realizada neste momento, assim como a análise dos impactos de cada uma das alternativas cogitadas, selecionando-se aquela que menor prejuízo trouxer sobre a organização privada do mercado fomentado.

O segundo momento é relacionado à efetivação da política e ao manejo dos instrumentos de fomento perante os beneficiados delimitados por ocasião da estruturação da política pública. Nesta etapa, a administração pública deve observar os parâmetros delimitados na fase de planejamento da intervenção e acompanhar, a partir das métricas estabelecidas anteriormente, a execução das finalidades de interesse social esperadas com a política de fomento.

Aprimoramentos podem ser concebidos ao longo da execução da política de fomento – sendo natural que assim seja feito – de modo que a etapa de execução da política retroalimenta o planejamento do fomento, em um ciclo de constante aperfeiçoamento da intervenção estatal até que as metas alvitadas originalmente sejam, ao fim, atendidas.

Trazendo o debate acerca da vinculação e discricionariedade para as escolhas a serem realizadas neste contexto, é possível se falar que o fomento se caracteriza como uma atividade “discricionariamente vinculada”. Para além do jogo de palavras, o que se deseja enfatizar é que, nesta função administrativa, em razão de sua estrutura complexa, a administração pública enfrentará etapas de discricionariedade e outras de vinculação.

No que diz respeito à formulação da política pública estruturante do fomento, há, de um lado, ampla margem de discricionariedade para a seleção das áreas econômicas a serem fomentadas, os objetivos públicos a serem perseguidos e os instrumentos a serem adotados. De outro, porém, há vinculação da administração pública na utilização dos procedimentos de planejamento e estruturação de uma política pública – tais como a avaliação de impacto, riscos, a definição dos fins públicos e prazos de forma objetiva.

O mesmo se verifica nos atos decisórios de implementação do fomento. Se por um lado há vinculação à observância das delimitações realizadas pela própria administração pública na política de fomento, há discricionariedade para a análise dos resultados obtidos e proposição de aprimoramentos na política formulada.

O fomento, portanto, convive com franjas de discricionariedade e vinculação. Deste debate, porém, o que de fato assume relevo é a necessidade de se considerar o campo decisório do gestor público a partir das características estruturais do fomento. A partir desta perspectiva, é possível se firmar que sua discricionariedade estará associada à identificação e estruturação da política pública de fomento, enquanto a sua vinculação, se dará no que diz respeito a observância dos métodos e procedimentos necessários à estruturação e aplicação desta política.

2.7.O FOMENTO COMO ATIVIDADE SELETIVA

Um último aspecto atrelado à estrutura geral do fomento diz respeito a sua seletividade. Esta característica, apontada já no seminal artigo de Luiz Jordana de Pozas⁴⁹⁸, designa um traço inerente a esta função administrativa. Fomentar, em alguma medida, significa selecionar agentes privados - distinguindo-os em relação a seus pares – para lhes outorgar benefícios jurídicos, para que possam se engajar ou continuar a desenvolver atividades econômicas de interesse social.⁴⁹⁹

A distinção é traço inerente ao fomento justamente em razão de seu caráter subsidiário. O manejo desta função não procura abranger a integralidade das atividades econômicas. Pelo contrário, conforme salientamos acima, na qualidade de intervenção sobre

⁴⁹⁸ DE POZAS, Luiz Jordana. *Ensayo de una Teoría Del Fomento en el Derecho Administrativo*. **Revista de Estudios Políticos**, nº 48, 1949, pp. 50 a 51

⁴⁹⁹ GARCIA-MORATO, Lúcia López de Castro. *El Fomento*. in ORTIZ, Gaspar Ariño (org.). **Principios de Derecho Público Económico**. Granada, 1999, p. 295.

a ordem econômica, esta se destina apenas aquelas atividades de interesse social que, por alguma razão, não estejam produzindo as externalidades públicas almeçadas.

Para proceder nestes termos, naturalmente, a administração pública precisa selecionar tanto os segmentos econômicos que se mostrem de interesse social, quanto os agentes que, neste segmento, sejam capazes de produzir as externalidades almeçadas⁵⁰⁰. Estas clivagens, inerentes a qualquer política de fomento, devem ser delimitadas pela administração pública em um contexto mais amplo, mais especificamente, no contexto da política pública formulada para legitimar o fomento concedido.

É esta correlação entre a outorga do benefício e a consecução de uma política pública pelos particulares beneficiados que legitima o caráter seletivo do fomento. Este sinalagma – fundante da própria relação jurídica de fomento – o diferencia da mera outorga de privilégios e lhe reconhece um caráter juridicamente legítimo. Seleciona-se o particular, outorgando-lhe um regime jurídico especial justamente porque este também se diferencia de seus pares ao ingressar na exploração de atividades econômicas de interesse social, que em condições de livre organização do mercado, não têm sido produzidas.

O fomento, neste prisma, certamente é seletivo. Porém, conforme acentua José Vicente Santos de Mendonça, a seletividade do fomento não se confunde com diferenciações injustificadamente anti-isonômicas⁵⁰¹. A seletividade nesta função administrativa é decorrente de seu próprio caráter subsidiário, que demanda, para o seu manejo, que a administração identifique previamente os segmentos de mercado a serem fomentados, bem como o grupo de agentes econômicos apto a atender aos fins de interesse público a serem fomentados.

A definição destas premissas, de forma geral, é realizada no âmbito das políticas públicas que legitimam a ação fomentadora da administração. É a partir destas balizas que o órgão gestor do fomento deverá formular os critérios de diferenciação e os benefícios jurídicos a serem outorgados ao particular que vier a se engajar nestas atividades e a produzir as externalidades desejadas.

⁵⁰⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *O Fomento como Instrumento Estatal de Intervenção sobre a Ordem Econômica*, in **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, ano 8, n. 32, Belo Horizonte, out./dez. 2010, pp. 7 e 8. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70679>>. Acesso em: 5 fev. 2018.

⁵⁰¹ MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Uma Teoria do Fomento Público: critérios em prol de um fomento público democrático, eficiente e não-paternalista*. In **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, nº 65, 2010, p. 135.

Dentro destes quadrantes, o fomento não guarda nada que possa ferir a isonomia, afinal, simplesmente oferta regimes privilegiados para aqueles que se engajam em atividades distintas das normalmente realizadas por seus pares. A isonomia se resguarda por se conferir tratamentos distintos a aqueles que exercem suas atividades de forma igualmente distinta.

A seletividade no fomento, portanto, encerra-se na outorga de um tratamento jurídico beneficiado a um agente privado ou a um grupo de agentes privados, com fundamento em critérios formulados a partir de uma política pública de fomento, que indique serem estes os agentes aptos a promoverem determinados interesses públicos a partir do desenvolvimento de suas atividades econômicas.

Trata-se, portanto, de característica estrutural do funcionamento da própria função administrativa, que em hipótese alguma poderá resultar do manejo de decisões administrativas sem o devido respaldo em critérios objetivos e alinhados com as finalidades de uma política pública.

2.8.UM CONCEITO GERAL DE FOMENTO

A partir do exposto nas linhas anteriores, podemos definir o fomento como uma função administrativa subsidiária estruturada e executada sob a lógica de uma política pública, que tem por finalidade incentivar a consecução de fins de interesse público mediante a oferta de incentivos, positivos ou negativos, e observado o limite da proporcionalidade, aos agentes privados integrantes do domínio econômico, para que estes desenvolvam atividades que, de forma direta ou mediante externalidades positivas, atendam aos fins de interesse público delimitados pela administração.

Estabelecido o conceito, cumpre, agora, compreender como o BNDES pode ser caracterizado como uma instituição que maneja a função administrativa de fomento. É o que passamos a fazer.

3. A ATIVIDADE BANCÁRIA VERTIDA AO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL: O ESTATUTO DO FOMENTO FINANCEIRO EXERCIDO PELO BNDES

O Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social é, talvez, uma das mais antigas instituições dedicadas ao fomento no Brasil. Constituído pela Lei Federal nº

1.628/1952, sob a forma de uma autarquia federal, o Banco já carrega consigo a missão de desempenhar “*operações financeiras que se referirem ao reaparelhamento e ao fomento da economia nacional*” e limitava a sua possibilidade de atuação sobre o setor financeiro para a realização de operações bancárias com objetivos de fomento estabelecidas na legislação do período⁵⁰².

Convertido em uma empresa pública pela Lei Federal nº 5.662, de 21 de junho de 1971, a instituição financeira não alterou seu objeto de atuação. O art. 5º da nova lei autorizava ao BNDES a desempenhar todo o tipo de operação bancária, desde que vertidas à promoção do desenvolvimento nacional nos setores previamente designados pela administração central, em seu orçamento.

O Banco, assim, instrumentaliza políticas de fomento econômico mediante a exploração de uma atividade econômica específica – a bancária – com a finalidade de incentivar o desenvolvimento econômico e social do país. Por esta via, o BNDES é autorizado a se utilizar de leque bastante amplo de instrumentos.

Nos termos do art. 17 da Lei Federal nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, são consideradas operações bancárias quaisquer atividades de coleta, intermediação e aplicação de recursos próprios ou de terceiros, bem como a custódia de recursos de terceiros. O BNDES, como instituição financeira, poderá atuar em qualquer destes ramos.

Para além da vertente mais tradicional das operações bancárias, portanto, o Banco pode atuar também na realização de investimentos de recursos captados junto a terceiros, seja no mercado de capitais, seja em outros ativos disponíveis em mercado. A intermediação de operações e a custódia de recursos também são operações facultadas à instituição – muito embora não sejam utilizadas pelo Banco.

Este autorizativo mais amplo encontra respaldo específico no art. 10 do Estatuto Social do BNDES. Ali, estão dispostas as atividades admitidas ao Banco na persecução de seu objeto social, perpassando desde operações de financiamento a setores específicos – tais

⁵⁰² O art. 10, inc. II, da Lei Federal nº 1.628/1952, mencionava especificamente a Lei Federal nº 1.474/1951 e a Lei Federal nº 1.518/1951, que estabeleciam, respectivamente, um aumento tributário em que o incremento da alíquota deveria ser destinada para a constituição de um fundo e a autorização para a aplicação dos recursos deste fundo para o reaparelhamento de portos, sistemas de transportes, aumento da capacidade de armazenamento, frigoríficos e matadouros, elevação do potencial de energia elétrica e desenvolvimento de indústrias e agricultura – designado por Plano de Desenvolvimento Econômico. O intermediário entre este fundo e as políticas de fomento seria o BNDES. O Banco se tornara responsável por executar a política de fomento do governo federal.

como a exportação de serviços e bens, a aquisição de ativos no exterior e a realização de investimentos de empresas nacionais em países estrangeiros -, a autorizações genéricas para o desempenho de quaisquer operações no mercado financeiro e no mercado de capitais que se mostrem afeitas a seu objeto social.

Para atender a este amplo leque de instrumentos financeiros, a administração central constituiu subsidiárias vinculadas ao BNDES, cada qual especializada no desempenho de operações bancárias específicas. Neste sentido, juntam-se ao BNDES no exercício de suas funções de incentivo o BNDES Participações S.A – BNDESPar⁵⁰³ e a Agência Especial de Financiamento Industrial – FINAME⁵⁰⁴, conformando, junto do BNDES PLC⁵⁰⁵, o que se costuma designar por Sistema BNDES.

As duas primeiras subsidiárias são entidades empresariais especializadas, no primeiro caso, na realização de investimentos em mercado de capitais, enquanto no segundo, no financiamento à aquisição de máquinas e equipamentos no exterior e à produção destes mesmos ativos em território nacional. O restante das atividades franqueadas ao Banco de desenvolvimento, por outro lado, é assumido diretamente pelo BNDES. A partir deste arranjo institucional, o Sistema BNDES constitui a principal ferramenta de fomento ao desenvolvimento econômico nacional.

No entanto, como a exploração de atividades bancárias pode ser considerada, propriamente, um instrumento de fomento?

As atividades bancárias podem ser definidas como a exploração econômica da oferta de liquidez monetária a terceiros⁵⁰⁶. Isto é, a principal atividade econômica das instituições bancárias é a disponibilização imediata de recursos para aqueles que, por qualquer razão, necessitam de recursos, seja por não dispor desta quantia naquele momento, seja por não ser economicamente atrativo recorrer a e naquele instante.

Os bancos, neste contexto, suprem a demanda imediata por moeda, mediante a oferta destes recursos aos interessados, exigindo, em contrapartida, a devolução destes

⁵⁰³ O BNDESPar foi criado em 1982, a partir da fusão de três subsidiárias anteriores do BNDES que desempenhavam suas atribuições no mercado de capitais desde 1974.

⁵⁰⁴ A FINAME foi constituída em 1966, pelo Decreto Federal nº 59.170.

⁵⁰⁵ Trata-se de uma subsidiária do BNDES em Londres, destinada a apoiar a internacionalização de empresas nacionais, financiar a exportação de serviços e a captar recursos no mercado internacional.

⁵⁰⁶ STEIN, Jeremy; KASHYAP, Anil; RAGHURAM, Rajan. *Banks as Liquidity Providers: An Explanation for the Coexistence of Lending and Deposit-Taking*, in **The Journal of Finance**, vol. LVII, nº 1, feb. 2002, p. 38.

valores em parcelas previamente acordadas, acrescidas de uma taxa de juros. Esta última é a responsável por remunerar os custos suportados pelo banco para viabilizar o financiamento concedido ao interessado, sendo composta, *grosso modo*, pelo custo de captação daqueles recursos e uma taxa de inadimplência, que se somam aos custos administrativos do banco e à taxa de remuneração da instituição..

Exploram, ainda, sob o ponto de vista econômico, os recursos sob sua custódia mediante a sua aplicação em empreendimentos privados ou para capitalizar agentes de mercado voltados a investir em empreendimentos privados, buscando, com isso, auferir retornos econômicos para os detentores dos recursos sob sua custódia.

Neste caso, a demanda atendida não é propriamente por recursos imediatos, mas, sim, a demanda daqueles que possuem reservas de recursos, que não pretendem verter em qualquer operação econômica, mas que não desejam vê-lo perder valor ante a inflação. As instituições financeiras, neste sentido, se oferecem para captar estes recursos e aplicá-los em investimentos na procura de retornos econômicos para os titulares destes recursos, cobrando, em função deste serviço, taxas de administração dos investimentos.

O BNDES, como banco de fomento, desenvolve todas estas atividades. Não obstante, no manejo destas atividades, verte as suas características em favor da consecução de uma finalidade de interesse social.

O questionamento, porém, ainda persiste. Quais as razões que permitem a categorização das atividades bancárias exploradas pelo BNDES como fomento?

Em primeiro lugar, a caracterização das atividades do BNDES como uma vertente da função administrativa de fomento decorre do fato de se estar diante de uma evidente intervenção sobre o domínio econômico, manejada com o intuito de direcionar o comportamento de agentes de mercado a um fim de interesse social mediante a oferta de incentivos.

Intervenção no domínio econômico, pois por intermédio do BNDES, a administração pública se engaja na exploração de atividade econômica tipicamente privada, qual seja, a atividade bancária. Esta intervenção, contudo, não se dá pura e simplesmente em razão do interesse estatal neste segmento econômico, mas, sim, pela percepção de que sua exploração permite ao Estado incentivar diretamente o desenvolvimento de atividades econômicas de interesse social.

As atividades bancárias, assim, são exploradas pelo BNDES em um caráter nitidamente mediato. Estas não apresentam um caráter estratégico para a segurança nacional, mas, se manejadas no contexto de uma política de fomento, podem atender relevantes interesses sociais mediante o apoio a atividades privadas revestidas de interesse público.

O viés de atuação do Banco também se aproxima da lógica da função administrativa de fomento à medida em que observa o caráter subsidiário desta modalidade de intervenção sobre a ordem econômica. Isto se verifica, de forma clara, em dois momentos.

No primeiro, esta subsidiariedade se verifica perante o próprio setor bancário. O BNDES não se posiciona na disputa por mercados ocupados por instituições financeiras privadas de forma eficiente. Pelo contrário, o escopo de atuação das operações bancárias do BNDES abrange setores em que se nota algum tipo de falha de mercado, isto é, em que as atividades econômicas, por algum motivo, não são capazes de produzir externalidades sociais desejadas. É a este tipo de empreendimento que as atividades bancárias do BNDES são direcionadas.

O âmbito de atuação do Banco, assim, é subsidiário à organização privada da oferta de serviços bancários. A subsidiariedade de sua atuação, porém, não se encerra no setor bancário. Abrange também a seleção dos mercados em que o BNDES irá ofertar seus serviços.

O Banco, neste sentido, não atua em todo e qualquer segmento econômico. Direciona suas atividades para aqueles setores em que, para além de não serem adequadamente explorados pelo sistema financeiro nacional, também não o são pela organização privada de seu próprio mercado.

O BNDES procura, assim, de forma duplamente subsidiária, incentivar estes setores mediante a oferta de serviços bancários aos que se engajarem em sua exploração econômica. Neste vetor, também resta evidenciado um terceiro elemento do caráter de fomento das atividades do Banco: o estímulo aos setores alvo de suas políticas não decorre de mecanismos coercitivos, mas, sim, do intento de influenciar as decisões dos setor privado mediante a oferta de prêmios.

É evidente que estes prêmios são forjados no contexto das atividades bancárias manejadas por esta instituição financeira. Consistem, via de regra, na oferta destes serviços em condições beneficiadas – algo que, diante das distintas atividades envolvidas nos serviços

bancários, pode assumir diversos significados. É igualmente evidente que, no contexto do BNDES, a oferta destes prêmios também é condicionada pelas políticas públicas a que o Banco está adstrito a perseguir.

Avaliamos abaixo a estrutura de fomento contemplada em cada uma das vertentes de atuação do BNDES, a saber, (i) o financiamento em condições beneficiadas; (ii) a realização de investimentos no mercado de capitais; (iii) o auxílio à constituição de garantias e, por fim, (iv) o repasse de recursos não reembolsáveis.

3.1.A ESTRUTURA DE FOMENTO DOS FINANCIAMENTOS EM CONDIÇÕES BENEFICIADAS

O primeiro e mais tradicional instrumento de fomento utilizado pelo BNDES é o financiamento em condições beneficiadas. Neste caso, o Banco de fomento se posiciona com o intuito de atender a demanda primordial por serviços bancários: a oferta de liquidez a agentes econômicos interessados em fazer uso destes recursos. Esta oferta, porém, não segue uma lógica estritamente equiparável à das instituições financeiras privadas.

A alocação de suas ofertas de crédito é orientada para setores cuja exploração de atividade econômica possa produzir externalidades sociais relevantes e aderentes às políticas públicas a que o BNDES está adstrito a executar. A decisão quanto a criação de suas linhas de crédito, portanto, observa outros fatores para além do potencial retorno econômico de sua oferta. Observa mais especificamente, a aderência de sua constituição à promoção de atividades de interesse público.

Nisto consiste o primeiro viés de fomento da atividade bancária exercida pelo BNDES. Esta procura incentivar o engajamento de agentes privados em empreendimentos em setores econômicos aptos a produzirem externalidades sociais através da oferta de linhas de financiamento a setores de interesse público não abrangidos por linhas de crédito das instituições financeiras privadas⁵⁰⁷. Por meio desta atividade, o Banco procura influenciar na decisão dos agentes econômicos, procurando induzi-los a se engajar ou a permanecer na execução destas atividades.

⁵⁰⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Elementos do Fomento*. in DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Tratado de Direito Administrativo**. 2ª Edição. São Paulo, Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2014, p. 447.

O segundo viés reside nas condições em que estes recursos são ofertados. Como se não bastasse a oferta subsidiária de crédito a setores não irrigados de forma adequada pelas instituições financeiras privadas, o BNDES o faz mediante a oferta de um “prêmio” aos que se engajarem na execução destas atividades⁵⁰⁸. Este prêmio consiste na oferta de condições beneficiadas de juros e prazos de pagamento. Respectivamente, os juros são menores e os prazos de pagamento mais alongados do que os ofertados pelas instituições financeiras neste tipo de atividade⁵⁰⁹.

Aqui, as decisões dos agentes econômicos fomentados, portanto, são influenciadas pela redução do custo de capital daqueles que tensionarem se engajar ou se manter na exploração das atividades de interesse social. Ao reduzir este custo de obtenção de recursos a patamares menores do que o usualmente praticado pelo mercado, o BNDES incentiva investidores a se engajarem em segmentos aptos a produzirem externalidades sociais positivas.

É relevante destacar que as condições beneficiadas ofertadas não estão diretamente associadas a um eventual prejuízo operacional nas linhas de crédito do BNDES ou a sua maior eficiência. A capacidade da instituição financeira em praticar condições de financiamento mais favoráveis está diretamente relacionada à composição de seus custos de captação de recursos⁵¹⁰.

Historicamente, principal fonte de captação de recursos do BNDES é o Fundo de Amparo ao Trabalhador⁵¹¹, cujos recursos são provenientes da arrecadação do PIS e da PASEP. A Constituição Federal, em seu art. 239, §1º, determina que 40% dos recursos arrecadados por intermédio destes tributos deverão ser destinados a investimentos no desenvolvimento econômico e social através do BNDES.

⁵⁰⁸ MOCCIA, Maria Hermínia Pacheco e Silva. **Parâmetros para a Utilização do Fomento Econômico – empréstimos pelo BNDES em condições favoráveis**. Lumen juris, 2015, p. 140.

⁵⁰⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Elementos do Fomento*. in DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Tratado de Direito Administrativo**. 2ª Edição. São Paulo, Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2014, p. 447

⁵¹⁰ LAZZARINI, Sergio; MUSACHIO, Aldo; BANDEIRA DE MELLO, Rodrigo; MARCON, Rosilene. *What do Development Banks do? Evidence from Brazil, 2002 -2009*. Working paper, ago./2011, disponível em: <https://www.hbs.edu/faculty/Publication%20Files/12-047.pdf>. Acesso em 30 de novembro de 2019, p. 26.

⁵¹¹ Importante salientar que, mesmo sendo a fonte que historicamente prevaleceu na oferta de recursos ao BNDES, o FAT foi superado, entre 2015 e 2018, como a principal fonte de recursos do Banco. Neste período, empréstimos do Tesouro Nacional assumiram este papel. Atualmente, o FAT retornou a ser fonte primordial de recursos do Banco.

O Banco recebe estes recursos do FAT, a título de empréstimos e é obrigado a retornar ao Fundo tão somente os juros, sem estar obrigado à devolução do principal⁵¹². Os juros pagos são os estabelecidos pela TJLP⁵¹³, para as operações realizadas até 31 de dezembro de 2017 e, deste período em diante, pela TLP⁵¹⁴. Em razão deste método de captação, o BNDES é capaz introduzir custos menores de captação em suas taxas de juros, mantendo-as em condições beneficiadas.

Os juros cobrados, porém, são suficientes para remunerar os custos administrativos, um prêmio pelo risco assumido, assim como para remunerar os custos de captação do Banco e uma taxa de lucro em seu favor. O fomento praticado pelo BNDES, assim, alia a sustentabilidade de suas linhas de crédito à oferta de condições incentivadas, para que os particulares se sintam estimulados a se engajar ou a manter a exploração de atividades econômicas de interesse social.

Dentro desta estrutura econômica, o Banco alinha uma nítida estrutura de política de fomento a suas atividades de financiamento. De um lado, reserva a um segmento de mercado notadamente subsidiário à atuação da iniciativa privada, privilegiando o aporte de recursos a atividades econômicas que, por alguma falha de mercado, não têm induzido externalidades de interesse social.

De outro, procura induzir a adesão de agentes econômicos na exploração de atividades capazes de produzir as externalidades almejadas mediante a oferta de um prêmio: isto é, taxas de juros e prazos de pagamento beneficiados.

O engajamento do particular nestas atividades de interesse social, não é, em um primeiro momento, obrigatório. A escolha por se engajar em um dado mercado que produza externalidades estimuladas pelo Banco é livre aos agentes de mercado. Porém, tão logo estes adiram ao mercado e passe a receber os recursos do BNDES, institui-se uma relação jurídica

⁵¹² Por este motivo, ainda que do ponto de vista do BNDES, haja sustentabilidade econômica em suas operações, é correto se afirmar que a União, por intermédio do FAT, subsidia os aportes de recursos realizados pelo Banco, constituindo uma espécie de despesa em favor da administração. É um gasto indireto. Cf.: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Elementos do Fomento*. in DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Tratado de Direito Administrativo**. 2ª Edição. São Paulo, Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2014, p. 448.

⁵¹³ Taxa de Juros de Longo Prazo, instituída pela Medida Provisória nº 684/1994, e é calculada a partir da meta de inflação calculada *pro rata* para os doze meses seguintes ao primeiro mês de vigência da taxa, inclusive, baseada nas metas anuais fixadas pelo Conselho Monetário Nacional e de um prêmio de risco. Atualmente, assume o valor de 5,95% a.a.

⁵¹⁴ Taxa de Longo Prazo, instituída pela Lei Federal nº 13.483/2017, cujo cálculo se dá a partir de parâmetros objetivos, estabelecidos na fórmula descrita pela Resolução BACEN nº 4.600/2017.

entre ambas as partes, consubstanciada, neste caso, em um contrato específico, que cria obrigações jurídicas exigíveis de parte a parte.

Neste cenário, é imprescindível que o particular verta esforços para se engajar nas atividades fomentadas, sendo este engajamento um pressuposto jurídico para a continuidade da relação de financiamento.

O delineamento das linhas de financiamento do BNDES, por fim, também é consectário de determinada política econômica, especificamente delineada pela administração central e cuja execução tenha sido outorgada ao Banco. A delimitação dos setores abrangidos, perfil dos agentes econômicos a serem beneficiados e as condições econômicas da linha, necessariamente, são objeto de deliberação prévia do Banco, que consolida estas escolhas em seu caderno de Políticas Operacionais. Em cada operação aprovada, todas estas condições devem ser obrigatoriamente verificadas pelo BNDES para a outorga do financiamento.

Todos estes elementos, vinculados à atuação do Banco na oferta de financiamentos em condições beneficiadas reforçam a estrutura de fomento atrelada a esta linha de atuação. Esta se caracteriza como um instrumento de intervenção sobre a ordem econômica, marcado, duplamente, pela subsidiariedade, pelo intento de estímulo a atividades de interesse social via oferta de vantagens, a partir de instrumentos consensuais e que dão origem a uma relação jurídica entre administração e particular.

Para além de todas estas características, a seletividade também se faz presente no manejo desta linha de atuação. A oferta de recursos – assim como todo e qualquer Banco – é confrontada pela perspectiva de escassez, que torna imprescindível a escolha dos agentes e setores a serem beneficiados⁵¹⁵. Como o BNDES realiza esta escolha?

3.1.1. A SELETIVIDADE, ISONOMIA E AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO FOMENTO CREDITÍCIO

O BNDES deverá selecionar os destinatários de suas políticas de fomento, porém, isto não significa que deterá liberdade irrestrita nesta seleção. Dentro da estrutura de uma política de fomento, o Banco exerce a sua seletividade a partir de alguns recortes, todos eles

⁵¹⁵ Isto não só pela evidente limitação do volume de recursos disponibilizados ao BNDES para desempenhar suas operações financeiras, mas também pelos limites impostos pelas regras prudenciais aplicáveis às instituições financeiras.

construídos pela instituição a partir das diretrizes estabelecidas pelas política públicas a que deve executar e pelas próprias premissas de uma política de fomento.

O primeiro destes recortes, diz respeito ao método de atuação do Banco. Esta estrutura a sua oferta de crédito da forma menos interventiva possível, tal como os limites à intervenção sobre a ordem econômica predicam. O BNDES, neste sentido, não procura ostensivamente as empresas integrantes dos setores que pretende fomentar. Pelo contrário, aloca a sua oferta de crédito ao lado das demais ofertas em mercado, como um agente de mercado comum.

Isto é, sua atuação de mercado se dá exclusivamente mediante a disponibilização de suas linhas de crédito, alvitando realizar seus objetivos de política pública mediante a atração dos interessados através das condições beneficiadas que oferta⁵¹⁶.

A seletividade da ação do BNDES, portanto, não se confunde com uma intervenção ostensiva, que procura delimitar agentes específicos como beneficiários das condições de crédito do Banco. Trata-se da oferta, em mercado, de forma complementar à ação das instituições financeiras privadas, oportunizada a todos os agentes de um determinado ramo fomentado.

Isto não significa, porém, que a instituição financeira não faça escolhas a quem ofertar estes recursos. As divisas do Banco, conforme destacados acima, são disponibilizadas para setores ou agentes econômicos específicos, que desempenhem atividades de interesse social e que tenham sido previamente delimitados como de interesse da administração pública.

⁵¹⁶ Interessante observar que sua atuação, neste prisma, atende a dois limites relevantes para a função, enquanto instrumento de intervenção sobre a ordem econômica. Em primeiro lugar, atende à subsidiariedade, afinal, permite a prevalência da livre organização dos mercados fomentados. A adesão ao fomento permanece como uma decisão aos agentes de mercado, que podem optar por consultar a possibilidade de obter o crédito, ou buscar outras fontes de financiamento. Ao mesmo tempo, observa a subsidiariedade entre as próprias instituições financeiras, afinal, a ação do BNDES procura se posiciona como uma oferta de crédito comum, ao lado das linhas de crédito das demais instituições. É certo, porém, que em virtude de sua adstrição a políticas públicas, seu posicionamento de mercado o leva a atuar em áreas em que as instituições privadas não têm atuado de forma adequada – o que reforça ainda mais o caráter subsidiário de sua atuação. Em segundo lugar, este método de oferta de crédito observa a isonomia. Isto porque ao simplesmente disponibilizar em mercado a sua oferta de crédito beneficiado, e não realizar intervenções diretamente sobre as empresas do setor fomentado, o Banco oportuniza igualmente a todos os agentes do segmento a chance de pleitear recursos para desenvolver as atividades envolvidas na linha de crédito.

Sob esta perspectiva, a seletividade na concessão de financiamentos em condições beneficiadas se qualifica, também, pela predefinição de critérios específicos para a liberação dos recursos de suas linhas de crédito aos agentes interessados.

A definição destes critérios compete ao BNDES, em observância às diretrizes estabelecidas por cada política pública criada pela administração central. Fiando-se nas diretrizes fornecidas pela administração pública direta, o Banco formula diferentes linhas de crédito, definindo recortes quanto ao perfil dos agentes econômicos a serem apoiados⁵¹⁷ (“beneficiários”), os tipos de atividades que poderão ser financiadas pelo Banco (“itens financiáveis”), bem como os limites de cada financiamento e as garantias exigidas em cada uma destas linhas.

Os crivos delimitados pelo Banco são instrumentos de consecução da política pública federal e devem ser lastreados em posicionamentos técnicos da burocracia do BNDES, em que sejam avaliados os diferentes critérios disponíveis, os impactos de cada um deles sobre os segmentos fomentados e para o atendimento das metas da política pública em execução. Estes critérios são fixados normativamente pelo BNDES, em seu caderno de produtos, anexo à Resolução nº 1.467/2007.

Os interessados em obter acesso às linhas de crédito do Banco devem requisitar este apoio, mediante o encaminhamento de uma Carta Consulta. Os gestores do BNDES deverão apreciar a consulta dentro das regras estabelecidas em seu regulamento operacional, vinculando-se a conceder os recursos em caso de o particular atender integralmente as condições estabelecidas pela política.

Aquele que obtiver o financiamento, terá acesso a uma condição de financiamento privilegiada e que o distinguirá dos demais agentes de mercado. Porém, esta diferenciação não se dá sem critério ou em desfavor da isonomia. O Banco seleciona os particulares a partir de uma postura passiva, em que os interessados consultam o banco acerca da possibilidade de obtenção de crédito. Estes serão aprovados conforme critérios construídos a partir das diretrizes das políticas públicas que o BNDES terá de executar em cada segmento econômico.

Nestes termos, a seletividade do fomento via instrumentos de crédito não se confunde com a outorga despropositada de privilégios. Trata-se de seleção legítima,

⁵¹⁷ Além do porte destes agentes, o BNDES também estabelece um recorte quanto ao perfil de risco de crédito destes últimos. O Banco desenvolveu uma metodologia interna para tal avaliação, que procura refletir o disposto na Resolução nº 2.682/1999, do Conselho Monetário Nacional.

estruturada de forma a garantir a observância dos limites à intervenção a ordem econômica, bem como às próprias exigências de isonomia no tratamento aos agentes de mercado. No item subsequente, verificamos como isto se dá no mercado de capitais.

3.2.A ESTRUTURA DE FOMENTO NA ATUAÇÃO EM MERCADO DE CAPITAIS

Nas operações realizadas em mercado de capitais, o incentivo ofertado pelo BNDES é distinto e escapa ligeiramente à lógica dos bancos privados. Por não dispor de depósitos direto de correntistas, o BNDES não oferta um serviço de aumento do valor dos recursos de seus depositários.

O serviço ofertado, na verdade, é estruturado em favor da consecução de uma política de investimentos, voltada a apoiar empresas que desenvolvam atividades de interesse social alinhadas às políticas do Banco e a incentivar a própria utilização do mercado de capitais como um instrumento de capitalização das empresas nacionais⁵¹⁸.

Nesta perspectiva, o benefício ofertado pelo Banco não está associado, diretamente, à prática de condições beneficiadas de remuneração do capital investido – tal como ocorre em suas linhas financiamento. Em sua atuação de fomento no mercado de capitais, o prêmio ofertado é a disponibilização de recursos neste segmento para empresas que, em condições normais de mercado, não seriam objeto de decisões de investimento de investidores institucionais - não ao menos em condições sustentáveis para a consecução das atividades pretendidas pela empresa.

O BNDES, assim, não age como um investidor institucional tradicional, diferenciando-se destes últimos ao menos em duas perspectivas. Em primeiro lugar, a orientação de suas políticas de investimento observa parâmetros que vão além da busca de rentabilidade. O Banco de fomento está vinculado a buscar, além da rentabilidade, operações de investimentos que estejam alinhadas às finalidades públicas a serem buscadas pelo BNDES.

Em razão desta procura pela aderência dos investimentos realizados a estes objetivos de interesse social, o Banco adota parâmetros de avaliação em sua decisão de

⁵¹⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Elementos do Fomento*. in DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Tratado de Direito Administrativo**. 2ª Edição. São Paulo, Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2014, p. 456.

investimento que não observam exclusivamente o juízo binário entre rentabilidade esperada e proteção ao capital investido. Ao lado destes critérios, o BNDES avalia a pertinência dos investimentos às políticas públicas que deve executar, o eventual incentivo à diversificação e o incentivo à cultura de capital do risco no país⁵¹⁹.

Por acrescentar estes aspectos valorativos em sua decisão de investimentos, o BNDES pode, por vezes, ingressar em operações com avaliações de risco e perspectiva de retorno que, em condições de mercado, não seriam consideradas atrativas. Isto não significa, porém, que o BNDES tenha um apreço particular pela assunção de investimentos inviáveis ou com exposições de risco excessiva.

Esta diretriz operacional do BNDES, ao mesmo passo que o autoriza a ingressar em operações de investimento amparada em parâmetros distintos da mera racionalidade econômica, demanda que ao fazê-lo o Banco instrumentalize suas operações de modo a resguardar a sustentabilidade econômica do Sistema BNDES.

Para assegurar a concomitância deste perfil de atuação com o resguardo adequado da instituição, o BNDES possui uma área exclusivamente dedicada à gestão de riscos de mercado e que se orienta através de uma Política Corporativa de Gestão de Riscos de Mercado⁵²⁰. Nesta, são dispostos os processos a serem adotados pela instituição financeira para a avaliação de sua exposição das variações de mercado em cada investimento, além, de se definir um limite a esta exposição e os mecanismos de gestão e mitigação de riscos em caso de extrapolação destes limites.

Importante ponderar que esta gestão dos investimentos a serem realizados em mercado de capitais e, até mesmo, dos investimentos já realizados, observa uma lógica particular. O Banco procura gerenciá-los não de forma individualizada, mas, sim, em carteiras de investimento. As avaliações e as decisões adotadas em torno de cada investimento, portanto, procura cotejar a sua rentabilidade e a consecução dos fins públicos atrelados a sua realização em um contexto mais amplo, composto pelo conjunto de investimentos integrantes da carteira.

⁵¹⁹ Este viés em suas decisões de investimento é incorporado pelo BNDES em sua Política de Atuação em Mercado de Capitais, atualmente aprovada pela Resolução nº 3.254/2017.

⁵²⁰ Um descritivo de como esta funciona pode ser encontrado no Relatório de Gestão de Riscos, trimestralmente publicado pelo BNDES. Estão são disponibilizados no sítio eletrônico do Banco, na área de relacionamento com investidores.

A atuação do Banco no mercado de capitais, portanto, apesar de orientar-se por outros parâmetros que não a simples lógica de risco/retorno, não é sinônimo de uma atuação afeita a assunção de riscos exorbitantes⁵²¹. O desenvolvimento do fomento no mercado de capitais preconiza a estruturação de formas de avaliação de risco que procurem estabelecer níveis seguros de operação para o BNDES em face de operações de investimento não ortodoxas. É nestes termos que as clivagens de interesse social são absorvidas pelo Banco para desenvolver o fomento no mercado de capitais.

Uma segunda clivagem ainda desponta nesta modalidade de fomento do Banco. Além de esta se desenvolver mediante uma estrutura de decisão de investimentos distinta, a modelagem das operações de investimento também observa uma lógica própria. As condições de remuneração do investimento, o preço a ser pago para realizá-lo e as eventuais devoluções dos recursos aportados, serão negociadas pelo BNDES tendo em vista as operações que procura incentivar.

Mais uma vez, cumpre ressaltar que isto não significa que o Banco poderá praticar condições distintas das praticadas pelas demais instituições de investimento em mercado. Os métodos de precificação, os instrumentos jurídicos aplicados e as condicionantes endereçadas em cada operação, obrigatoriamente, deverão observar as disposições da Lei Federal nº 6.404/1976, da Lei Federal nº 6.835/1976 e da regulação do Banco Central e da Comissão de Valores Mobiliários.

O que se destaca como clivagem da atuação do Banco é que a utilização destes instrumentos legais será permeada não só pelo interesse em obter segurança jurídica e garantia quanto aos retornos alvitados, mas também, a viabilização dos empreendimentos que se pretende fomentar.

Ao fim e ao cabo, a estrutura premial da atuação do BNDES no mercado de capitais está centrada em dois prismas. De um lado, na oferta de recursos, via este modo de capitalização, em setores econômicos e empreendimentos que, usualmente, não o receberiam em condições normais de mercado. De outro, a modelagem desta operação com um viés adicional, que procura conciliar a obtenção de retornos econômicos com o apoio à viabilização do empreendimento fomentado.

⁵²¹ MAZZUCATO, Mariana. **O Estado Empreendedor: desmascarando o mito do setor público vs. Setor privado**. 1ª edição. Tradução: Elvira Serapicos. São Paulo, Portfolio-Penguin, 2014, p. 80.

Neste prisma, a atuação do BNDES no mercado de capitais também se reveste de uma estrutura atinente à função administrativa de fomento. Para além do estímulo a determinados setores mediante a oferta de prêmios, o banco privilegia a atuação em mercados que não têm produzido as externalidades sociais desejadas. Prima, assim, pela subsidiariedade de sua atuação.

A discricionariedade do BNDES também é limitada, sob este prisma, pela necessidade de se observar uma série de normas e diretrizes operacionais que vinculam o Banco a avaliações de pertinência do investimento a sua linha de atuação, bem como a sua adesão aos parâmetros de risco e exposição admitidos pelo BNDES. É o que demonstramos em maior detalhe no item abaixo, em que tratamos da estrutura das escolhas dos beneficiados a ser realizada pelo Banco.

3.2.1. A SELETIVIDADE NO MERCADO DE CAPITAIS

A seleção dos particulares que poderão obter estes recursos junto ao Banco, observa, em linhas gerais, os mesmos parâmetros descritos para as operações de financiamento em condições beneficiadas. A atuação do BNDES, novamente, é marcada pela ausência de uma postura ostensiva em mercado e pela simples disponibilização de linhas de investimento, conformadas de acordo com as políticas públicas definidas pela administração central e com seus normativos internos que delimitam sua estratégia de atuação no mercado de capitais.

A delimitação dos crivos do uso deste instrumento de fomento é realizada pelo próprio BNDES, que com base nas diretrizes de política econômica delineadas pela administração direta, constrói critérios que buscam definir os limites de participação do Banco em cada perfil de empresa, a metodologia para a aferição do valor econômico dos investimentos a serem realizados, os procedimentos de cautela e as obrigações e direitos que o Banco, obrigatoriamente terá de ressaltar mediante acordo de acionistas.

As operações envolvendo títulos mobiliários que o BNDES poderá desenvolver também são pré-definidas, assim como também o são os limites atrelados a cada uma delas. A decisão de investimento e os setores a serem beneficiados também são delimitados em sua Política de Atuação em Mercado de Capitais.

Os particulares interessados poderão submeter uma consulta ao Banco quanto a possibilidade de receber apoio da instituição via operações de mercado de capitais. As avaliações serão realizadas dentro dos normativos internos acima apontados e por intermédio de procedimentos previamente estabelecidos pelo Banco.

Ao BNDES se admite a atuação tanto na discussão prévia de empreendimentos com investidores (etapa anterior à consulta), quanto a atuação estritamente formal, em que este analisa o plano de negócios ofertado e se avalia, dentro das políticas conduzidas pela instituição, a pertinência do apoio solicitado aos fins promovidos pela instituição. Encerrada esta etapa, o Banco deve dar início à modelagem econômico-financeira do empreendimento, a partir dos critérios e métodos igualmente em seu caderno de Produtos. O acompanhamento da operação e o desinvestimento será realizado conforme as diretrizes estabelecidas em sua Política de Atuação em Mercado de Capitais.

A seleção de particulares neste área de atuação tampouco se dá sem critério. O BNDES, no exercício de suas atribuições de gestor das políticas públicas de fomento econômico do governo federal, institui diversos crivos para a sua própria atuação nestes setores, criando, em certos casos, decisões vinculadas, enquanto em outros, decisões discricionárias, a serem formuladas dentro de certas balizas genéricas.

De toda forma, em qualquer caso, os particulares beneficiados pelos aportes do Banco se inserem em uma relação jurídica procedimentalizada e permeada por diversos critérios que legitimam a seleção de sua proposta como adequada para a obtenção de apoio do Banco de fomento.

3.3.A ESTRUTURA DE FOMENTO NO APORTE DE GARANTIAS EM FAVOR DE AGENTES PRIVADOS

Uma terceira linha de atuação do BNDES⁵²² é a complementação de recursos para que particulares possam constituir garantias em operações de crédito com o próprio Banco ou com outras instituições financeiras⁵²³. Novamente, aqui, o BNDES direciona o seu

⁵²² Esta linha de atuação é instrumentalizada pelo BNDES através do Fundo Garantidor para Investimentos e pode ser acessada pela linha BNDES FGI. Os regulamentos deste programa podem ser encontrados em: <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/financiamento/bndes-fgi/normativos-circulares-bndes-fgi>. Acesso em 17 de outubro de 2019.

⁵²³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Elementos do Fomento*. in DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Tratado de Direito Administrativo**. 2ª Edição. São Paulo, Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2014, p.450.

fomento à oferta de recursos imediatos para agentes econômicos que pretendem utilizá-los em alguma atividade econômica - à exemplo do que ocorre em suas linhas de financiamento tradicionais.

No entanto, a forma pela qual o Banco atende a esta demanda é distinta. Ao invés de prover os recursos necessários, o BNDES atua na mitigação de óbices que dificultam o acesso ao crédito por determinados empreendedores. Mais especificamente, neste segmento de sua atuação, o Banco procura facilitar o acesso ao crédito mediante o aporte de recursos para complementar as garantias ofertadas pelo particular para contratar operações de financiamento.

Novamente, porém, estes recursos não poderão ser vertidos a qualquer setor econômico ou a qualquer perfil de empreendedor. O BNDES focaliza sua ação sobre agentes econômicos que enfrentam maiores dificuldades em ofertar garantias em operações de crédito e que, por este motivo, ou contratam financiamentos em condições menos atrativas ou simplesmente deixam de contratá-las.

Subsidiariedade, oferta premial e direcionamento da iniciativa privada a objetivos de interesse social, portanto, também se fazem presente nesta vertente de atuação do BNDES. A escolha dos particulares a serem beneficiados, conforme demonstramos abaixo, tampouco escapa ao que expusemos para as duas linhas de atuação acima.

3.3.1. A SELETIVIDADE NA OUTORGA DE GARANTIA

Os parâmetros para a seleção dos que poderão ser beneficiados também são definidos normativamente pelo Banco. O BNDES delimita nos regramentos operacionais atrelados a esta modalidade de fomento, os agentes que poderão ser beneficiados por esta prática, assim como, as instituições financeiras privadas que poderão ofertar este produto como um complemento a suas respectivas operações de financiamento, de modo a facilitar o acesso de interessados à contratação destes serviços.

Neste caso, a concessão de garantia é vinculada a uma única política de fomento: a de incentivo ao crédito ao micro e pequeno empreendedor. O BNDES insere nessa categoria não só as empresas que atendem aos critérios da Lei Complementar nº 123/2006, mas também os caminhoneiros autônomos na compra de equipamentos inerentes a sua função e

os empresários individuais, por entender que estes agentes também enfrentam restrições no acesso ao crédito.

Além do crivo prévio quanto aos possíveis beneficiários, o BNDES também delimita os tipos de operações financeiras que poderão ser incentivadas pelo Banco. Atualmente, esta lista é definida pela Circular AST nº 01/2019 do BNDES, tanto para os financiamentos do próprio Banco que se utilizem deste mecanismo da facilitação de acesso ao crédito, quanto para os financiamentos de outras instituições.

A solicitação de apoio se dá mediante os mesmos métodos acima indicados. Os interessados devem consultar o BNDES a respeito da possibilidade de recebimento do apoio. A avaliação se dará nos termos dos normativos internos do Banco e, em caso de conformidade, estes agentes poderão ser beneficiados pela complementação de garantias ofertadas pela instituição.

3.4.OPERAÇÕES COM RECURSOS NÃO REEMBOLSÁVEIS

Por fim, o BNDES ainda desempenha o fomento mediante instrumentos financeiros não reembolsáveis. Nesta modalidade de atuação, o Banco concentra suas políticas de fomento ao desenvolvimento social do país, atuando não propriamente mediante instrumentos bancários, mas mediante a gestão de recursos públicos vinculados ao incentivo de atividades culturais⁵²⁴, sociais⁵²⁵, pesquisas e inovação⁵²⁶ e meio ambiente⁵²⁷.

⁵²⁴ O BNDES apoia produções culturais com recursos não reembolsáveis mediante diversos instrumentos. O BNDES ProCult, por exemplo, apoia o desenvolvimento de séries para TV e filmes de longa metragem e demais projetos de produções audiovisuais com finalidades específicas, aprovados pela ANCINE e de acordo com a Lei do Audiovisual (Lei nº 8.685, de 20.07.1993). O BNDES ainda atua no apoio a projetos de preservação ao Patrimônio Cultural Brasileiro, nas categorias Patrimônio Material, Patrimônio Imaterial, Acervos Memoriais e Instituição Cultural, que sejam de uso público e de propriedade de pessoa jurídica de direito público ou privado sem fins lucrativos, através do BNDES Fundo Cultural, e, ainda, no apoio à produção cinematográfica, através da Seleção Pública a Projetos Cinematográficos.

⁵²⁵ O BNDES apoia atividades de finalidade social por intermédio do BNDES Fundo Social. Este fundo, composto por parte dos lucros anuais do Banco, destina-se a apoiar iniciativas nas áreas de serviços urbanos, saúde, educação, desportos, justiça, meio ambiente e outras vinculadas ao desenvolvimento regional e social, com foco na inclusão social. O programa abrange tanto órgãos públicos quanto entidades privadas, com ou sem caráter empresarial. Os recursos são repassados por entidades sem fins lucrativos, que gerenciam estes recursos e são selecionadas mediante chamamentos públicos do BNDES.

⁵²⁶ O BNDES FUNTEC apoia financeiramente projetos de P&D nos Institutos de Tecnologia em parceria com empresas, a fim de levar o conhecimento da academia ao mercado, estimulando o desenvolvimento tecnológico e a inovação de interesse estratégico para o País. Anualmente, o Banco define a pauta considerada estratégia para seus apoios e seleciona projetos, mediante editais, para serem apoiados.

⁵²⁷ O BNDES é responsável pela gestão do Fundo da Amazônia, que capta doações de empresas e órgãos governamentais internacionais para o financiamento não reembolsável de em ações de prevenção, monitoramento e combate ao desmatamento, e de promoção da conservação e do uso sustentável da Amazônia

O BNDES, neste caso, atua incentivando estas atividades mediante o repasse de recursos para interessados em desenvolver empreendimentos nos setores enunciados acima. Os repasses não são reembolsáveis, isto é, dispensam a devolução dos valores recebidos, desde que o particular beneficiado dê cumprimento às obrigações previamente acordadas. Nesta modalidade de fomento, portanto, o Banco se distancia de seu objeto primordial, isto é, do desenvolvimento de atividades bancárias.

Isto não significa, porém, que o BNDES se afaste do fomento neste caso. O Banco continua desempenhando uma modalidade de intervenção sobre a ordem econômica, com caráter mediato e que procura incentivar a adoção de atividades privadas de interesse social mediante a oferta de vantagens. A disponibilidade de recursos não reembolsáveis, neste caso, é o prêmio ofertado e que procura incentivar a adesão às atividades fomentadas pelo Banco. Estes incentivos, por outro lado, seguem sendo disponibilizados a agentes integrantes da ordem econômica – entendida aqui, de forma ampla (abrangendo tanto organizações empresariais ou não).

As atividades incentivadas são definidas pelo BNDES a depender da modalidade de fomento adotada. Em algumas delas, o Banco define anualmente os temas a serem incentivados⁵²⁸ neste segmento de suas operações, em outras, em razão da fonte de recursos utilizadas pelo BNDES, há uma vinculação temática⁵²⁹.

Em todos os casos, porém, é preciso ponderar que o BNDES adota uma postura ostensiva perante os agentes de mercado⁵³⁰ e isto interfere diretamente na forma pela qual promove a seleção dos particulares aptos a serem beneficiados com estes recursos.

3.4.1. A SELETIVIDADE NOS RECURSOS NÃO REEMBOLSÁVEIS

Diferentemente de suas atuações nas atividades bancárias, no manejo de recursos não reembolsáveis, o BNDES assume papel ativo. Por assumir o compromisso de promover pautas específicas, o Banco atua de forma ostensiva na busca por agentes capacitados a

Legal. Também apoia o desenvolvimento de sistemas de monitoramento e controle do desmatamento no restante do Brasil e em outros países tropicais.

⁵²⁸ É o caso, por exemplo, dos recursos não reembolsáveis repassados pelo meio do BNDES FUNTEC.

⁵²⁹ É o caso do aporte dos recursos do Fundo da Amazônia.

⁵³⁰ A única exceção é o apoio via BNDES Fundo Cultural, em que são os interessados que elaboram requisições de apoio.

desenvolver atividades nestas pautas. Isto não significa, porém, que o BNDES descure de seus deveres de impessoalidade.

Neste caso, o Banco adota método de atuação distinto. A seleção dos particulares aptos a receberem estes recursos passa a ser realizada mediante a publicação de editais de chamamentos públicos. Nestes, o Banco convida os interessados a concorrerem pela oferta de recursos não reembolsáveis para o desenvolvimento das atividades definidas pelo BNDES como de interesse social.

Nos editais, o Banco define as atividades a serem desenvolvidas, bem como os critérios de qualificação dos interessados que serão considerados aptos a desenvolver estas atividades. A seletividade, aqui, portanto, continua a se desenvolver de maneira objetiva, calcada em critérios prévios e alinhados às políticas públicas a serem conduzidas pelo BNDES.

4. CONCLUSÕES PARCIAIS: O FOMENTO POSSUI UM ESTATUTO PRÓPRIO

O BNDES, assim, por intermédio dos instrumentos acima descritos, verte a exploração de atividades bancárias em favor do desenvolvimento econômico e social. Exerce suas atribuições dentro, justamente, dos quadrantes estruturais descritos no item anterior, como marcas distintivas da função administrativa de fomento.

Intervém sobre as atividades bancárias, manipulando a oferta de crédito e de recursos para investimentos, orientando-a para setores e agentes econômicos que, via de regra, não são abrangidos de forma adequada pelas linhas de crédito disponibilizadas pelas instituições financeiras privadas, promovendo, através desta atuação, empreendimentos que produzem externalidades positivas para o desenvolvimento econômico e social do país.

No manejo destas atribuições, porém, o BNDES desenvolve um estatuto jurídico próprio para as suas atividades. Este é composto tanto pelos elementos estruturais e limites jurídicos atrelados, de maneira geral, à função administrativa de fomento, quanto pelas características associadas aos instrumentos de fomento especificamente manejados pelo Banco para atender a seus fins institucionais.

A primeira vertente deste estatuto jurídico é a de que o fomento manejado pelo BNDES extrai sua legitimidade diretamente da vinculação de sua atuação à persecução de

políticas públicas econômicas de incentivo ao desenvolvimento econômico e social. É o interesse social envolvido neste tipo de política que permite, em primeiro lugar, a constituição do BNDES para a exploração de atividade econômica privada, e, em segundo lugar, a esta instituição se utilizar da exploração desta atividade econômica como um instrumento de fomento.

A relação entre BNDES e políticas públicas, portanto, é de legitimação. O primeiro somente verte, de forma legítima, os seus instrumentos de fomento enquanto amparado por uma política pública. Ao Banco competirá se valer dos instrumentos de fomento a sua disposição para viabilizar a consecução dos objetivos delimitados pelo programa de política pública.

Neste contexto, poderá desenvolver os critérios específicos de distinção entre os diversos agentes de mercado e aqueles que poderão ser beneficiados para atender as finalidades plasmadas na política pública que pretende executar. Os benefícios a serem ofertados também ficam a cargo do BNDES, que poderá verter seus diferentes instrumentos de fomento com a finalidade a atender ao programa federal de fomento.

De todo modo, na realização destas atividades, incumbe ao BNDES observar os limites constitucionais impostos a sua atividade. De um lado, será imprescindível observar a subsidiariedade, preceito que impõe limites à derrogação da livre iniciativa em razão das intervenções do Estado sobre a ordem econômica.

A regra, aqui, é a de que o BNDES não poderá ofertar incentivos para atividades econômicas que, sob o pálio da livre organização do mercado, já produzam as externalidades sociais impingidas pelo art. 170 da Constituição Federal sobre a ordem econômica. O BNDES deve adotar uma atuação subsidiária a estas atividades. Isto é, centrar seus esforços em setores onde tais valores não sejam adequadamente providos pela organização dos mercados.

De outro bordo, o Banco também deve observar a proporcionalidade. Ao delimitar os instrumentos de fomento e os benefícios a serem utilizados, o Banco deve buscar se valer de mecanismos de intervenção que promovam aos valores sociais almejados, com a menor intervenção sobre a livre organização dos mercados – sob pena de se inverter a ordem de precedência estabelecida pela Constituição para a ordem econômica. A regra, neste âmbito é a livre atuação empresarial, e não a ação mediante instrumentos estatais de fomento.

Observados estes parâmetros, o Banco formula suas linhas de atuação, definindo os beneficiários, os mecanismos de incentivo, os setores em que atuará, o perfil de risco de crédito e de investimento que tolerará, os critérios de remuneração de seus aportes de recursos e os prazos para o seu recebimento. Em suma, para conferir concretude às políticas públicas que orientam sua atuação, o BNDES goza de certa discricionariedade e poderá exercê-la para conformar as suas linhas de atuação no mercado de crédito, no mercado de capitais, na complementação de garantias e em operações envolvendo recursos não reembolsáveis.

A delimitação destas linhas de atuação, ainda que discricionárias, deve observar critérios técnicos, em que o Banco procure justificar as clivagens adotadas em cada linha de atuação perante aos objetivos de política pública que pretende atender, além, é claro, de pensa-las sob o prisma dos limites constitucionais à intervenção sobre a ordem econômica. Nestes quadrantes, as distintas nuances envolvidas nas atividades bancárias podem ser vertidas em favor do fomento a setores econômicos, dentro das características que o BNDES lhes conferir.

A partir desta relação com as políticas públicas, o Banco, portanto, formula as regras aplicáveis a cada uma de suas modalidades de fomento. Em que pese a discricionariedade para concebê-las a partir das diretrizes de políticas públicas recebidas, tão logo estas sejam estruturadas, o BNDES passa a se vincular a suas próprias escolhas. Isto significa que, em suas decisões de concessão de incentivos a determinados agentes privados, deverá se balizar pelos normativos internos criados para a sua operação em geral e para a operação específica das diferentes modalidades de fomento⁵³¹.

Em conjunto com a adstrição do Banco aos parâmetros de intervenção sobre a ordem econômica e as diretrizes de política pública recebidas da administração central, estes normativos compõe o contexto jurídico de atuação do BNDES. Isto é, compõe um estatuto jurídico próprio à atividade do Banco e que sempre deverá ser tomado em conta, seja para a sua própria tomada de decisão, seja pelo controle destas decisões.

⁵³¹ Isto poderá significar vinculação integral, como por exemplo, no que se refere às hipóteses admitidas para a outorga de financiamentos. Por outro, poderá significar a realização de atos de gestão, a partir de diretrizes genéricas, com certa margem discricionária para o Banco, como por exemplo, ocorre no acompanhamento da carteira de mercado de capitais da instituição e as decisões de desinvestimento.

5. O CONTROLE DO FOMENTO FINANCEIRO: PARA ALÉM DO DILEMA INSTITUCIONAL DO TRIBUNAL DE CONTAS

O regime jurídico atrelado à atuação do BNDES desvela o caráter complexo que reveste a atuação do Banco. Este desenvolve suas atividades entre dois mundos distintos. De um lado, é prestador de serviços bancários, desenvolvendo atividades de investimento, opera linhas de crédito e concede garantias. De outro, é responsável pela implantação de políticas públicas de investimento do governo federal.

É entre estes dois universos que o BNDES estabelece suas atividades de gestão. Gerir, neste contexto, assume um sentido amplo, envolvendo desde atividades normativas, em que o Banco delimita as regras aplicáveis a cada linha de operação, até atividades de avaliação e decisão na aplicação de suas linhas de crédito e de investimento. Suas atividades ainda envolvem decisões de gestão dos investimentos realizados, abrangendo o seu acompanhamento e encerramento em face do atendimento das finalidades públicas que justificaram a outorga inicial dos recursos.

O fomento conduzido pelo BNDES, portanto, encerra um nítido caráter bifronte. De um lado, no manejo de suas funções, o Banco atua como um gestor da implementação de políticas públicas e do desenvolvimento destas últimas mediante o uso de atividades bancárias. De outro, o Banco se restringe a aplicar estes instrumentos *vis-à-vis* os seus regramentos internos. A depender do chapéu que utiliza, a forma de exercício de suas atividades se altera.

O controle externo das atividades do BNDES não escapa a esta complexidade. Ao fiscalizar as decisões adotadas pelo Banco, o TCU tem se deparado tanto com posicionamentos assentadas em diretrizes mais amplas, decorrentes de políticas públicas especificadas pela administração central, quanto com posicionamentos assentados em seus normativos internos. Esta ambivalência, encerrada na forma de atuação do BNDES, tem sido fiscalizada pelo TCU em meio aos dilemas institucionais envolvidos no manejo de suas competências.

Isto significa que a Corte de Contas tem controlado as decisões do BNDES a partir de um instrumental de fiscalização dúbio, que o permite mesclar arranjos processuais e escopos decisórios afeitos a duas lógicas distintas de controle: o de legalidade e o

operacional. Ambas lhe são autorizadas pelo texto constitucional, porém, instrumentalizam dois modos de controle bastante distintos.

Conforme pudemos salientar anteriormente, no controle de legalidade, trata-se de um controle formal, adstrito à verificação da adesão das ações do agente controlado a parâmetros normativos fechados. No controle operacional, trata-se de um controle de desempenho, voltado a aferir se os atos de gestão do agente controlado adequam-se a parâmetros de performance abertos, estabelecidos pela constituição sob a forma de princípios.

Os resultados atrelados a cada um destes métodos de controle são distintos. No controle de legalidade, por este possuir como escopo principal a fiscalização da aderência ao direito, o tribunal exerce a prerrogativa de determinar o direito e aferir se o comportamento é aderente a este ou não. E nisto consiste sua atividade de julgamento: a produção de um juízo binário de validade ou invalidade, que admite, nos limites da Constituição, a emissão de ordens que se pretendem revestidas de autoridade.

No controle operacional, por outro lado, a lógica é distinta. A finalidade deste tipo de fiscalização é a de aferir o desempenho da administração pública a partir de parâmetros normativos abertos, de índole principiológica, tais como eficiência, economicidade, efetividade e legitimidade.

O cerne deste controle não é a análise de aderência normativa das condutas (muito embora, este também se realize), mas, sim, a avaliação da capacidade e organização do ente administrativo em atender seus programas e metas. O juízo, nesta modalidade de controle, é composto a partir de uma avaliação ampla de desempenho e o intuito é o de identificar eventuais inconsistências e apontar aprimoramentos possíveis à administração pública.

As distinções entre os escopos destes métodos de controle têm reflexos sobre a estrutura processual e de análise das ações administrativas. Não obstante, o que se nota nas relações mantidas entre BNDES e TCU, é que a Corte de Contas tem se apropriado de forma inadequada de suas competências.

Historicamente, interpretou esta distinção pesando a tinta para o controle de legalidade. Em suas relações com o Banco, privilegiou a fiscalização formal, centrada na verificação da adesão de suas decisões a seus normativos internos. O controle operacional

não era admitido à Corte por se entender que o fomento era um consectário de políticas públicas, sobre as quais a fiscalização não poderia interferir.

Mais recentemente, porém, revisitou esta posição e passou a entender ser possível controlar as decisões do BNDES em sua perspectiva operacional. Não obstante, fê-lo sem observar as distinções entre ambas as lógicas processuais. Fiscalizou decisões de caráter operacional do BNDES, sob a perspectiva formal do controle de legalidade, exarando determinações aos gestores do Banco ou, valendo-se de sua discordância quanto ao mérito técnico adotado por estes, para aplicar sanções, desestimulando a adoção de atos gerenciais similares.

Nenhuma das posturas adotadas resultou em um controle que efetivamente contribuiu para ao aprimoramento das atividades de gestão do BNDES. No primeiro caso, o controle simplesmente constituiu uma espécie de imunidade ao BNDES. No segundo, terminou por cooptar as decisões de gestão do Banco, levando-o a uma situação de paralisia decisória. Tampouco nos parece que as posturas adotadas revelam uma compreensão pertinente do arranjo de competências do Tribunal de Contas.

Este não predica pela ausência de controle das atividades de gestão do Banco e não se confunde com um autorizativo para que a Corte proceda à revisão integral das decisões adotadas pelo BNDES. A chave para um controle adequado reside na superação dos dilemas institucionais plasmados em sua estrutura de competências. É preciso interpretá-las a partir de seu contexto institucional e reconhecer que estas encerram duas lógicas distintas de fiscalização. É a que nos dedicamos nas páginas a seguir.

5.1. A DISSOCIAÇÃO DE DOIS MÉTODOS DE CONTROLE A PARTIR DA EVOLUÇÃO INSTITUCIONAL DA CORTE DE CONTAS

O controle operacional foi introduzido como uma das novidades da Constituição Federal de 1988 sobre as competências de fiscalização do TCU. Sua introdução representou um intento de modernização da atuação do Tribunal, historicamente afeito ao controle formal e orçamentário da ação administrativa. Em contraposição a este tipo de controle, a introdução do controle operacional no texto da Constituição tinha o intuito de permitir que a Corte

passasse a avaliar, também, o desempenho da administração na gestão de suas políticas públicas⁵³².

A mudança vinha na esteira de reformas realizadas à época em instituições superiores de controle em diversos países⁵³³. O movimento procurava estabelecer um controle de resultados sobre a ação administrativa, em detrimento de um controle formal. A importação deste processo de reforma assumia um compromisso relevante: o bom controle da administração já não poderia se restringir a simples exigência da observância de formas jurídicas. Era preciso, também, que esta ação administrativa atendesse a certos resultados, dentro de parâmetros de performance adequados⁵³⁴.

Este novo modelo de controle, porém, demanda certa reflexão acerca da forma de sua implementação. Ao atribuir a órgãos externos a função de fiscalizar a performance da administração na gestão de políticas, este modelo de fiscalização empurra a arquitetura decisória do gestor para o cerne da relação de controle. Os processos definidos pelo órgão público são adequados para atender as finalidades almejadas? As análises e motivações apresentadas são adequadas? As decisões adotadas são pertinentes?

Todos estes temas passam a estar na mesa do órgão de controle e inauguram um debate relevante sobre os limites da fiscalização dos tribunais de contas. A premissa destas discussões é uma só: ainda que o órgão de controle esteja legitimado a controlar a gestão, esta não é uma prerrogativa que lhe é outorgada. Dentro do arranjo de atribuições do Estado, a gestão remanesce como uma atividade afeita à administração pública.

O controle operacional, nesta perspectiva, predica por um equilíbrio entre a gestão e controle⁵³⁵. O controle, em suas atribuições, não pode deixar de reconhecer o espaço decisório do gestor – afinal, este é que reúne uma burocracia especializada na avaliação e

⁵³² PESSANHA, Charles. *Controle Externo: a função esquecida do legislativo no Brasil*. in SCHWARTZMAN, Luísa Farah; SCHWARTZMAN, Isabel Farah; SCHWARTZMAN, Felipe Farah; SCHWARTZMAN, Michel Lent (org.). **O Sociólogo e as Políticas Públicas: Ensaio em Homenagem a Simon Schwartzman**. Rio de Janeiro, FGV, 2009, p. 247.

⁵³³ FRANÇA, Antonio Marcos Barreto. **Do Controle de Legalidade às Auditorias Operacionais: os tribunais de contas e o controle financeiro da administração pública brasileira**. Dissertação apresentada ao curso de Mestrado Profissional em Gestão e Políticas Públicas da Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – FGV, para a obtenção do título de Mestre. Orientador: Prof. Marco Antonio Carvalho Teixeira, 2012, pp. 35 a 36.

⁵³⁴ GUERRA, Sérgio. *O Controle da Administração Pública na Constituição de 1988*. In **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, FGV, abr./jun., 1992, p. 68.

⁵³⁵ ABRUCIO, Fernando Luiz; OLIVIERI, Cecília; LOUREIRO, Maria Rita; TEIXEIRA, Marco Antonio Carvalho. *Control and Public Management Performance in Brazil: Challenges for Coordination*. **International Business Research**. Canadian Center of Science and Education. Toronto, vol. 8, n. 8, 2015, p. 182.

execução de políticas e, em última análise, é quem é o órgão juridicamente competente para implementar este tipo de decisão⁵³⁶. O papel do órgão de fiscalização externa é o de analisar a gestão e apontar possíveis inconsistências neste processo de gestão, sem, contudo, pretender substituir-se ao gestor.

A chave do equilíbrio no manejo destas novas competências está em uma das características intrínsecas ao controle operacional: a ausência de sua utilização mediante instrumentos coercitivos (ou revestidos de autoridade). A fiscalização deste tipo abre espaço a uma modalidade de controle distinta, que procura atingir suas finalidades a partir de uma perspectiva dialógica. Conforme enfatizamos acima, o controle operacional pressupõe abertura da instituição de fiscalização às razões do gestor, tanto para a formatação de parâmetros de controle adequados, quanto para a aplicação de suas decisões.

O diálogo na formatação dos parâmetros de controle é necessário em razão destes assumirem um caráter contextual, isto é, o seu significado pode assumir sentidos distintos a depender das condições concretas enfrentadas pelo gestor. Aquilo que é aderente a um parâmetro de economicidade, em certo contexto, certamente poderá não o ser em contexto diverso. É preciso, portanto, estar aberto às condições enfrentadas pelo gestor na execução de suas políticas.

Mais do que isso, o diálogo também é relevante para a implementação das decisões adotadas pela Corte de Contas no controle operacional⁵³⁷. Esta certamente avaliará os métodos de tomada de decisão e as decisões em si, podendo apontar aspectos a serem aprimorados para a obtenção dos resultados almejados por uma política pública. Não obstante, o TCU não detém competência para impor seus entendimentos ao gestor da política pública. Seus achados são informações analíticas relevantes, mas não podem ser considerados vinculantes⁵³⁸.

Caso contrário, há a inversão da premissa apontada acima: a gestão deixa de pertencer aos órgãos da administração pública e passa a ser dos órgãos de controle. Neste

⁵³⁶ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Controle das Contratações Públicas pelos Tribunais de Contas*. In **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 257, maio/ago., 2011, pp. 117 a 118.

⁵³⁷ ABRUCIO, Fernando Luiz. OLIVIERI, Cecília; TEIXEIRA, Marco Antônio Carvalho; LOUREIRO, Maria Rita. *Organizational Learnings of Controllers and Controlled Agencies: Innovations and Challenges in promoting Accountability in the Recent Brazilian Democracy*. In **American Journal of Industrial and Business Management**, 2013, 3, pp. 47 a 50.

⁵³⁸ ROSILHO, André. **Tribunal de Contas da União: competências, jurisdição e instrumentos de controle**. São Paulo, Quartier Latin, 2019, p. 330.

sentido, os apontamentos operacionais realizados pelo Tribunal de Contas são achados que devem instruir o processo decisório do gestor quanto a estruturação de suas decisões. Não obstante, este detém espaço decisório para divergir, para formular planos de implementação divergentes das soluções aventadas pela Corte e apresentar suas razões, em um diálogo franco e técnico com os Tribunais de Contas.

Dentro destas premissas, o controle operacional convive com a gestão e passa a ser um instrumento primordial de aprimoramento da gestão pública. Este, a princípio, era o movimento de modernização do controle em que o Tribunal de Contas da União se espelhou para atuar junto à Assembleia Nacional Constituinte e pleitear a introdução desta nova competência em seu arranjo atribuições constitucionais.

Seu exercício se daria de forma paralela ao manejo das competências de fiscalização de legalidade. Estas, conforme ressaltado anteriormente, permaneciam intocadas pelo Constituinte, de modo que ao Tribunal ainda competiria prosseguir no desempenho de suas funções de fiscalização da regularidade jurídica de atos de despesa e das contas dos administradores.

Nesta vertente de fiscalização, por sua vez, o tribunal permaneceria a se portar como uma corte judicialiforme, apta a manejar jurisdição, e determinar a regularidade ou irregularidade de determinados atos. Por deter a prerrogativa de avaliar o direito no caso concreto, o TCU poderia, dentro dos limites das competências do art. 71, exarar comandos revestidos de caráter vinculante, posto que sua decisão buscaria reforçar a eficácia dos comandos normativos eventualmente descumpridos pela gestão pública.

Em certa medida, o Tribunal até deu seguimento a distinção entre ambas as lógicas de controle, reconhecendo a fiscalização operacional como um mecanismo de controle autônomo e detentor de uma lógica particular. Instituiu, neste sentido, um procedimento específico para a auditoria operacional, que observa métodos de fiscalização e ritos processuais específicos – a que chamamos de ciclo de auditoria operacional neste trabalho.

Não obstante, a Corte não reservou a fiscalização operacional apenas a este instrumento. Na disciplina geral de suas atribuições de controle, contempladas, em especial, sobre seu regimento interno, o Tribunal admitiu que seus instrumentos de fiscalização de legalidade fossem utilizados para analisar aspectos relacionados à eficiência, economicidade e legitimidade dos atos de gestão.

Esta é a mescla que origina o que temos denominado de dilema institucional do TCU. Esta mistura tem permitido – conforme demonstra a análise da jurisprudência recente do TCU sobre o BNDES – que a Corte passe a fiscalizar e a revisar as decisões adotadas pela administração pública sob uma lógica absolutamente divergente daquela estabelecida para o controle operacional.

A partir desta mistura do objeto do controle operacional com estruturas processuais de controle formal, o TCU tem se valido, em determinadas ocasiões, de um controle revestido de autoridade para impor a sua compreensão sobre a gestão pública aos órgãos que controla – seja mediante a aplicação de sanções, seja mediante a emissão de determinações.

A Corte, assim, distorce a novidade introduzida pelo texto constitucional a suas competências e se distancia de um modelo que procura conciliar, em um só tribunal, o controle de legalidade e o controle operacional. Ao instalar este *modus operandi*, a Corte absorve a fiscalização de resultados na lógica do controle de legalidade e se transforma em uma espécie de revisor geral da administração, ao invés de um órgão de aprimoramento desta última.

O modelo de controle via informações e o estabelecimento de uma relação dialógica cede espaço, em determinadas ocasiões, ao controle impositivo da gestão. É preciso superar este dilema institucional e ir além do controle de autoridade. Primeiro, porque este tem produzidos resultados negativos. Segundo, porque este modelo atenta contra a delimitação constitucional de suas competências, sobretudo, quando apreciadas em face da história institucional do Tribunal.

5.2. RAZÕES NORMATIVAS PARA A DISSOCIAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS MODELOS DE CONTROLE

O artigo 70 da Constituição Federal estabelece os tipos de fiscalização e os parâmetros de controle admitidos ao controle externo. Do que se depreende da redação do dispositivo constitucional, o controle externo deverá desempenhar a fiscalização “*contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta*”, mediante a aplicação dos seguintes parâmetros normativos: “*legalidade, legitimidade, economicidade*”.

O artigo, conforme se vê, é responsável por delimitar os diferentes tipos de controle que o controle externo, instrumentalizado pelo TCU, poderá desenvolver perante a administração pública. Neste sentido, a redação do dispositivo outorga à Corte de Contas a competência analisar os aspectos contábeis, financeiros, orçamentários, patrimoniais e operacionais de qualquer ação administrativa, a partir de três parâmetros normativos: a legalidade, a legitimidade e a economicidade.

Questão fundamental para compreender os limites das competências da Corte é definir se qualquer dos tipos de fiscalização listados no início do art. 70 pode ser manejado pelo TCU em conjunto de qualquer parâmetro normativo estabelecido por sua parte final. Em outras palavras, é preciso compreender se, normativamente, as competências delimitadas pelo dispositivo formam um bloco de atribuições que se correlacionam mutuamente e podem ser utilizadas sem qualquer distinção, ou se estes tipos de fiscalização são conceitualmente autônomos, cada qual com suas características próprias e lógicas próprias de aplicação.

A premissa adotada pelo Tribunal de Contas na disciplina interna de suas competências, parece ter sido a primeira⁵³⁹. A Corte interpretou o art. 70 como um bloco monolítico e indistinto de competências do controle externo, entendendo incumbir ao TCU desempenhá-las em qualquer de seus processos. Isto justificaria o compartilhamento de características entre os diferentes instrumentos de fiscalização da Corte em seu regimento interno.

A premissa, porém, parece-nos irrefletida. Toma o texto constitucional fora de seu contexto e silencia acerca de diferenças ontológicas entre os tipos de fiscalização elencados pelo art. 70.

Começando por este primeiro aspecto, a fiscalização operacional nos parece distinta⁵⁴⁰ dos demais tipos de controle elencados pelo constituinte⁵⁴¹. Em primeiro lugar, porque não é referente a nenhum campo normativo específico. Ao se mencionar um controle financeiro e orçamentário, é sabido que se está fazendo referência a campos normativos

⁵³⁹ ROSILHO, André. **Tribunal de Contas da União: competências, jurisdição e instrumentos de controle**. São Paulo, Quartier Latin, 2019, pp. 368 a 369.

⁵⁴⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16ª edição. Rio de Janeiro, Forense, 2014, p. 624.

⁵⁴¹ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Controle das Contratações Públicas pelos Tribunais de Contas*. In **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 257, maio/ago., 2011, pp. 117

bastante específicos, relativos ao controle por intermédio da legislação orçamentária⁵⁴² e de finanças públicas⁵⁴³. No caso do controle contábil⁵⁴⁴ e patrimonial⁵⁴⁵, o entendimento é similar – ambos fazem referência a atividades de fiscalização que tomam por referência um universo normativo previamente definido.

Nestes casos, a fiscalização procura avaliar os atos da administração pública em face das regras estabelecidas por cada um destes campos normativos, a fim de verificar a sua aderência às prescrições legais. O seu manejo, portanto, parece-nos mais afeito a um controle mediante parâmetros de legalidade, nos termos do art. 70 da Constituição.

O controle operacional não segue esta lógica. Fiscalizar a administração, do ponto de vista operacional, não remete a um conjunto normativo pré-determinado. Este tipo de controle procura aferir o desempenho da administração na operação de suas atividades cotidianas, isto é, na execução de políticas públicas. Quando muito, é possível se vincular à análise de desempenho da gestão pública a parâmetros genéricos, que veiculam um valor a ser perseguido na gestão pública.

Isto se deve ao fato de o controle operacional ser referente a um controle mais amplo, voltado à análise de desempenho e não a uma análise de conformidade. O enfoque primordial deste controle é uma avaliação geral, em que se compare o planejamento, e a forma de sua realização, com os meios empregados para a consecução dos objetivos estabelecidos e os resultados efetivamente auferidos⁵⁴⁶.

Este controle, portanto, parece-nos mais afeito aos parâmetros de legitimidade e economicidade, que preconizam, menos um conjunto de regras específicos, e mais uma métrica de desempenho, cuja avaliação deverá se dar no contexto de execução enfrentado pelo gestor para executar as políticas públicas sob sua competência.

A fiscalização operacional, portanto, desenvolve-se dentro de parâmetros absolutamente distintos da fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial da administração pública. Reputá-los como competências idênticas e, portanto, manejáveis

⁵⁴² Composta pela Constituição e pela legislação orçamentária, que envolve: a Lei Orçamentária Anual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias, o Plano Plurianual, a Lei de Responsabilidade Fiscal.

⁵⁴³ Composta notadamente pela Lei Federal nº 4.320/1964.

⁵⁴⁴ A Lei Federal nº 4.320/1964, além de disciplinar os orçamentos, estabelece regras de contabilidade pública.

⁵⁴⁵ O regime de tutela ao patrimônio público é difuso, porém, ainda assim integrado por um plexo de normas jurídicas delimitadas. Estas passam desde mecanismos de vedação a danos econômicos ao patrimônio público, a mecanismos de responsabilização em decorrência da constatação deste último.

⁵⁴⁶ NETTO, Jair Lins. *Tribunal de Contas: sempre combatido, nunca conhecido*. In **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 200, abr./jun., 1995, p. 79.

dentro de qualquer dos parâmetros elencados pelo art. 70 nos parece desconsiderar as premissas envolvidas em cada uma das modalidades de fiscalização.

Mais do que isso, parece-nos um intento de interpretação que presume que as competências do art. 70 foram concebidas a partir do éter. Isto é, sustentar ser possível extrair do dispositivo constitucional, um bloco indistinto de competências de controle, demanda que o intérprete ignore o processo de evolução institucional do Tribunal de Contas⁵⁴⁷. Somente assim, seria possível equiparar um bloco de competências afeito à ideia de controle de legalidade orçamentária a outro afeito à ideia de fiscalização operacional.

Isto porque esta equiparação desconsidera que, durante o processo de reformulação constitucional das atribuições do TCU, os debates procuravam acrescentar um novo método de fiscalização, ao lado das tradicionais competências de controle de legalidade orçamentária desempenhadas pela Corte. Note-se que a intenção era de acréscimo de um novo atributo, mas não de fusão deste com as competências anteriores da Corte de Contas.

Diante deste quadro, parece-nos haver elementos suficientes para se entender que, no art. 70 da Constituição Federal, estão consagrados dois métodos distintos de fiscalização. De um lado, um controle de legalidade, composto pela fiscalização patrimonial, orçamentária, financeira e contábil da administração pública. Nesta modalidade de controle, a Corte de Contas está autorizada a aferir a aderência de atos da administração perante os regramentos instituídos para o Poder Público em cada um destes campos. O parâmetro de controle é pura e simplesmente a legalidade⁵⁴⁸.

De outro turno, há o controle operacional. Este se destina a avaliar o desempenho da administração na gestão de políticas públicas. Neste tipo de controle, o que se avalia são os processos decisórios, o planejamento, a execução das políticas e os resultados obtidos, tudo isso, com o intuito de identificar pontos de aprimoramento a serem implementados pelo Poder Público.

Os parâmetros de controle, aqui, são valorativos, assumindo um conteúdo variável dentro do contexto enfrentado pelo gestor em cada política pública, e exemplificados, no art. 70, pelos parâmetros de legitimidade e economicidade.

⁵⁴⁷ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Controle das Contratações Públicas pelos Tribunais de Contas*. In **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 257, maio/ago., 2011, p. 118

⁵⁴⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16ª edição. Rio de Janeiro, Forense, 2014, p. 626.

Por partirem de premissas distintas, ambas as modalidades de controle se estruturam de forma distinta. Abordamos de forma mais detalhada as diferenças processuais entre cada modalidade nos itens 4.2.1.4 e 4.2.2.4 da Parte 1 desta dissertação. Retomando-as brevemente, no controle de legalidade, o que se observa é um processo de controle formal, voltado para a análise dos documentos que informam o ato controlado e o seu cotejo com os comandos normativos. As razões discutidas são prioritariamente afeitas à hermenêutica jurídica, havendo pouca abertura a razões contextuais.

No controle operacional, a estrutura é distinta. Por partir de parâmetros normativos abertos e de caráter relacional – isto é, que encerram um julgamento acerca de um determinado conjunto de fatos a partir do contexto em que estes se desenvolveram – este se desenvolve a partir de um processo menos hermético.

Em sua estruturação, há uma etapa prévia de planejamento da fiscalização, em que controlador e controlado trocam informações acerca da política pública controlada, dos parâmetros de avaliação de resultados e das condições de execução desta última. Somente a partir deste cenário é que a Corte definirá o conteúdo jurídico dos preceitos de legitimidade, economicidade e outros considerados pelo TCU para avaliar o desempenho dos órgãos da administração.

O resultado de ambos os processos de controle também é diverso. No caso dos processos de controle de legalidade, a Constituição reconheceu ao Tribunal, competência para exarar comandos revestidos de autoridade. Este poder, porém, não é ilimitado. Pelo contrário, somente poderá ser manejado nos estritos limites do art. 71 da Constituição.

Neste verifica-se que o TCU poderá exarar comandos de autoridade em caso de ilegalidade ou contas julgadas irregulares – hipótese em que poderá sancionar os responsáveis com a penalidade de multa (art. 71, inc. VIII), determinar prazo para que a lei passe a ser cumprida (art. 71, inc. IX) ou sustar o ato irregular – diretamente caso se trate de ato administrativo (art. 71, inc. X), ou mediante decisão do Congresso Nacional, em caso de contrato (art. 71, §1º).

O resultado das fiscalizações de auditoria operacional tampouco foge aos limites do art. 71. Em nenhum dos incisos do artigo, porém, vislumbra-se o reconhecimento da possibilidade de se adotar comandos revestidos de autoridade em caso de inadequação operacional constatada pelo TCU. Isto significa que a Corte não detém poderes para

determinar alterações nos métodos de gestão adotados pelos entes administrativos e tampouco para revisar as decisões adotadas, buscando substituir de forma coercitiva as razões do gestor pelo seu próprio entendimento técnico. Ao interagir com a gestão, o TCU somente poderá destacar eventuais inconsistências e recomendar aprimoramentos⁵⁴⁹.

Esta distinção se aplica mesmo nas hipóteses em que, em razão do dilema institucional do TCU, este fiscalize aspectos operacionais mediante instrumentos de fiscalização de legalidade. Neste caso, tão somente afrontas diretas por atos do administrador em contrariedade à legislação de regência – aqui em sentido estrito⁵⁵⁰. Inadequações operacionais, decisões que mereceriam melhor motivação ou outros aspectos relacionados à gestão, somente poderão ser objeto de indicação e recomendações de aprimoramento. E a razão para tanto é simples: a Constituição não outorga maiores poderes para o TCU nesta seara⁵⁵¹.

Diante de todo o exposto, parece-nos evidente que a Constituição segmenta duas lógicas de controle: a de legalidade e a operacional. Cada qual assume suas características próprias, tanto a nível processual, quanto a nível decisório.

De forma simples, podemos sintetizar estas diferenças da seguinte maneira: no controle de legalidade, a afronta à legislação de regência permitirá a exação de atos revestidos de autoridade, nos termos do art. 71 da Constituição Federal. Naquilo que se refere à gestão de políticas públicas, o papel da Corte é reduzido à produção de informações e recomendação de aprimoramentos.

As conclusões acima, porém, deixam uma pergunta em aberto nesta dissertação: Como estas duas vertentes de atuação do TCU se manifestam perante o BNDES?

⁵⁴⁹ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda; MONTEIRO, Vera; ROSILHO, André. *O Valor das Decisões do Tribunal de Contas da União sobre Irregularidades em Contratos*. In **Revista Direito GV**, v. 13, n. 3, set./dez., 2017, pp. 871 a 872.

⁵⁵⁰ Princípios não seriam regras jurídicas? Com efeito, é relevante destacar o ponto – até mesmo porque o Tribunal de Contas, conforme visto na Parte 2 desta Dissertação, tem se utilizado do argumento a violações a princípios para desencadear comandos ínsitos ao controle de legalidade sobre atos de gestão. O mecanismo decisório não nos parece legítimo. Isto porque, ainda que se possa considerar princípios como regras jurídicas, estes assumem aplicação distinta. Não se aplicam como regras objetivas, mas se aplicam mediante o sopesamento, conforme pudemos destacar na Parte 1 desta Dissertação, que no controle operacional, transmuda-se em uma avaliação de políticas públicas. Como visto, deste tipo de juízo, não podem resultar comandos revestidos de autoridade simplesmente pelo fato de o art. 71 assim não permitir.

⁵⁵¹ ROSILHO, André. **Tribunal de Contas da União: competências, jurisdição e instrumentos de controle**. São Paulo, Quartier Latin, 2019, p. 289.

5.2.1. O CONTROLE DO BNDES COMO GESTOR DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Cotejando o exposto no item acima, com as características de fomento das atividades do BNDES, é possível se reconhecer que o Banco deverá ser controlado em suas atividades de gestão de políticas públicas. Não obstante, este controle não poderá ser revestido de caráter autoritário, devendo observar os parâmetros definidos acima para o controle operacional.

Na estrutura do fomento praticado pelo BNDES, este atua como gestor de políticas públicas em duas situações primordiais. A primeira delas diz respeito à elaboração de suas linhas de atuação, com fundamento nas políticas públicas que deve executar. No manejo destas atividades, o Banco delimitará em seus normativos internos o objeto de determinada linha, os beneficiários, os critérios para a concessão do apoio, acompanhamento e encerramento deste último.

Trata-se de ato de gestão de uma política pública, pois o Banco deverá avaliar, dentre as inúmeras alternativas ofertadas por seus instrumentos de atuação, quais serão aquelas que melhor atendem aos objetivos alvitrados pela administração central. Nesta atividade, toda a especialização do BNDES é vertida para a estruturação de determinada linha de atuação, envolvendo a realização de escolhas em prol da consecução de um fim de política pública.

A segunda ocasião em que o BNDES assume este papel é na gestão do acompanhamento de suas linhas de atuação. Neste caso, o Banco avalia as operações em que se engajou e procura verificar se os fins públicos que legitimam aquela operação têm se concretizado, para, a partir disso, decidir acerca da continuidade da operação ou acerca da necessidade de aprimoramentos em sua execução.

A primeira vertente é mais afeita aos atos de gestão realizados no acompanhamento de mercados de capitais. Nestas, sobretudo nas participações acionárias, não há prazo pré-determinado para se encerrar o apoio do BNDES. Impende ao Banco avaliar a maturação do investimento realizado e verificar o atendimento das finalidades inicialmente almejadas e decidir acerca da pertinência de se dar início aos procedimentos de desinvestimento ou não.

Nos demais casos de atuação do BNDES – financiamento, concessão de garantias e repasses de recursos não reembolsáveis – isto não se verifica em razão do fim da política

pública em execução se perpetrar mediante a consecução dos empreendimentos financiados ou garantidos.

De toda forma, na segunda vertente do acompanhamento – análise e eventual aprimoramento das políticas – o BNDES se comporta como gestor de uma política pública em todas as suas frentes de atuação. Isto porque, mais uma vez, empreende a avaliação de seus métodos de atuação, cotejando-o com os resultados obtidos e valendo-se destas análises para decidir acerca dos direcionamentos a serem dados a suas políticas.

As decisões adotadas no manejo destas atribuições, é certo, devem observar a certos parâmetros e obrigatoriamente devem ser amparados em motivações técnicas. Consoante destacamos acima, o fomento praticado pelo BNDES é consectário de uma série de análises quanto à observância dos limites de intervenção sobre a ordem econômica e estas devem instruir a motivação de suas decisões, ao lado das análises acerca da aderência das linhas de atuação às políticas públicas executadas pelo Banco.

Na adoção destas decisões de gestão, e na elaboração de suas exposições técnicas, o BNDES pode ser controlado pelo TCU. Conforme destacado acima, a Corte de Contas poderá fiscalizar as decisões adotadas pelo Banco enquanto gestor de políticas públicas, repassando, inclusive, as motivações técnicas subjacentes às decisões adotadas pela instituição financeira.

Não obstante, este controle deverá observar os limites do controle operacional da administração pública – tanto no que diz respeito aos ritos processuais, quanto no que diz respeito aos parâmetros normativos aplicáveis e às decisões a serem exaradas pela Corte. Processualmente, esta deverá observar o que chamamos no item de ciclo de auditoria operacional, instaurando um controle dialógico em relação ao administrador público.

No que diz respeito aos parâmetros de controle, este deverá avaliar a gestão administrativa a partir de princípios relacionais, definidos pela Constituição, para a avaliação operacional da atuação administrativa. Assim, deverá avaliar a legitimidade das decisões adotadas – o que implica a avaliação dos limites de intervenção à ordem econômica e a sua aderência à política pública - e, igualmente, deverá apreciar a economicidade (custo benefício), a eficiência (atendimento dos objetivos, em face dos recursos empregados) e a eficácia (atendimento das metas) destas últimas.

Porém, o *outcome* destas decisões não poderá desbordar dos limites consagrados pela Constituição ao controle operacional. Isto é, a Corte de Contas não poderá exarar comandos vinculantes ao BNDES. Quando muito, poderá analisar as decisões do ponto de vista técnico e exarar recomendações de aprimoramento.

Nem mesmo a instituição destas últimas pelo Banco será obrigatória. Este poderá estabelecer um processo dialógico com o órgão de controle e apresentar razões pelas quais entenda não serem pertinentes as recomendações do TCU, cabendo ao órgão e ao Tribunal adentrarem em um consenso técnico acerca dos aprimoramentos pertinentes e possíveis⁵⁵².

Este diálogo poderá ocorrer pelas vias processuais de questionamento das decisões do Tribunal – notadamente, via pedido de reexame. Não obstante, poderá ocorrer, também, durante o ciclo de acompanhamento atrelado às auditorias de caráter operacional, em que Tribunal e gestor poderão debater um plano de ação para endereçar as inconsistências apontadas pelo Tribunal de Contas.

Não há, neste caso, recusa ao cumprimento de decisão da Corte de Contas, nos termos do art. 58, §1º, da Lei Federal nº 8.443/1992, afinal, não se tem neste caso sequer decisão a ser descumprida. Não se admite neste tipo de fiscalização a emissão de qualquer comando vinculante para a administração, em razão da falta de lastro constitucional para decisões deste tipo. Assim, não há qualquer sentido em se cogitar a aplicação de multa por recusa de cumprimento de decisão. Até mesmo porque, para além da razão acima apontada, a discordância no presente caso é motivada, não se confundindo com a recusa imotivada prevista no dispositivo legal.

A possibilidade de diálogo institucional entre controlador e controlado, tendo em vistas as recomendações de aprimoramento da gestão exaradas pelo TCU, é premissa do controle operacional da administração pública e fundamental para a consecução das competências da Corte de Contas nesta seara.

Diante destes aspectos, parece-nos claro que a atuação do BNDES na qualidade de gestor de políticas públicas de fomento não inabilita o controle pelo TCU. Pelo contrário, a Constituição, ao reconhecer a possibilidade do controle operacional, admite que o Tribunal se debruce sobre as decisões adotadas pelo Banco.

⁵⁵² ROSILHO, André. **Tribunal de Contas da União: competências, jurisdição e instrumentos de controle**. São Paulo, Quartier Latin, 2019, p. 332.

Não obstante, este controle está adstrito às premissas estabelecidas para o controle operacional, em especial, no que toca ao tipo de decisão a ser exarada: em nenhuma hipótese esta assumirá caráter vinculante ou poderá se substituir, pela força, às decisões adotadas na instituição. Nestes quadrantes, o TCU atua como um agente de aprimoração da gestão pública do fomento, contribuindo, de forma dialógica, para a melhoria das práticas adotadas junto ao BNDES.

5.2.2. O CONTROLE DO BNDES NO MANEJO DOS INSTRUMENTOS DE FOMENTO

A fiscalização, por outro lado, da atuação do BNDES no manejo de seus instrumentos de fomento assume caráter distinto. Refere-se, aqui, especificamente aos atos decisórios manejados pelo Banco em relação aos pleitos de apoio realizados por agentes privados, em face de linhas de atuação já divulgadas pela instituição financeira.

Neste caso, o BNDES atua pura e simplesmente em função de seus normativos internos, formulados e aprovados de acordo com as decisões adotadas em sua posição de gestor de políticas públicas. Ainda que a formulação destas políticas compita ao próprio Banco, uma vez definidos os parâmetros normativos aplicáveis, o BNDES está vinculado a seu cumprimento.

A fiscalização da Corte de Contas sobre estas funções não engendra qualquer juízo de avaliação operacional, mas tão simplesmente de verificação da aderência da decisão do Banco aos normativos de regência da linha de atuação adotada. A fiscalização, portanto, assume um caráter de avaliação de conformidade, voltada à verificação da adstrição da decisão adotada às hipóteses normativas consagradas para discipliná-la.

Relevante destacar que esta avaliação não se limita a análise de adstrição da solicitação de apoio aos procedimentos e características da linha de apoio requisitada, mas também, à regulação prudencial do BNDES, que estabelece limites de exposição ao risco e a um mesmo agente econômico.

O controle destas decisões, por envolver o cotejo da ação aos normativos internos, está sujeita ao processo e aos resultados da fiscalização de legalidade. Isto é, procedimentalmente, o Banco enfrentará um processo formal, centrado na análise documental e normativa, em que este não terá parte na formulação dos parâmetros

normativos pelos quais será julgado. O posicionamento do TCU será proveniente da subsunção dos eventos constatados, às normas aplicáveis.

O resultado deste julgamento poderá envolver comandos revestidos de autoridade, nos limites do art. 71 da Constituição, notadamente: (i) a aplicação de multa aos responsáveis, (ii) a emissão de determinação para que o BNDES corrija as ilegalidades ou (iii) a determinação para a sustação do ato – diretamente determinada pela corte em caso de ato unilateral, ou pelo Congresso Nacional, em caso de contrato.

6. CONCLUSÕES PARCIAIS: O TCU ENTRE *DR. JEKYLL* E *MR. HYDE*.

Diante de todo o exposto, entendemos ter demonstrado que o controle pode ser um dos relevantes mecanismo de aprimoramento da gestão pública do fomento praticado pelo BNDES. A chave para tanto reside em uma interpretação de suas competências que procure superar o dilema institucional consagrado em seu Regimento Interno, reinterpretando suas atribuições de forma mais aderente ao programa constitucional para o controle externo.

Em especial, entendemos ser imprescindível avançar em uma diferenciação entre os diferentes tipos de fiscalização contemplados no *caput* do art. 70 da Constituição. Este não consagra um bloco monolítico de atribuições de fiscalização, que podem ser exercidas de forma indistinta. Esta interpretação não é condizente nem mesmo com as diferentes tipologias ali consagradas – que apresentam evidentes distinções estruturais entre si -, mas também, não é coerente com o próprio desenvolvimento institucional do TCU.

Este predica pela aposição de um novo método de controle- o operacional -, distinto e autônomo em relação a suas tradicionais funções de controle de legalidade. Ambos não compõem, em seu conjunto, uma miscelânea de instrumentos de fiscalização. Pelo contrário, consagram instrumentos distintos, com particularidades em seus ritos processuais e decisões possíveis.

O controle operacional é voltado para a avaliação das decisões de gestão de políticas públicas, em um processo dialógico e a partir de parâmetros relacionais, que estabelecem valores a serem perseguidos pela administração, mas não encerram um conjunto de regras formais e objetivas. No desempenho desta função de controle, o TCU procura

inconsistências e pontos de aprimoramento na gestão dos órgãos administrativos e poderá informá-los a este respeito, mediante a recomendação de melhorias (não vinculantes).

Nunca, porém, deterá legitimidade para, no manejo deste tipo de controle, exarar determinações ou fazer substituir a acepção do órgão administrativo acerca de determina política, pela sua própria. E isto, por um simples motivo: o art. 71 da Constituição Federal não lhe outorgou este poder.

A prerrogativa de exarar comandos de autoridade foi reservada pelo dispositivo constitucional para os casos em que a Corte de Contas verifique a ocorrência de ilegalidades. Nesta vertente de controle – a de legalidade – o enfoque da fiscalização é distinto. Menos afeita ao controle de gestão, e mais afeita ao controle de atos, neste caso, o que se procura verificar é a adstrição destes atos aos normativos de regência. Em caso de irregularidade, facultam-se determinações, responsabilizações e, em casos extremados, a sustação dos atos irregulares – conforme admitido pelo art. 71 da Constituição Federal.

Respeitando-se a distinção entre ambas as lógicas de controle, é possível à Corte de Contas atuar como um importante agente de correção e aprimoramento da gestão pública, sem retirar dos administradores a competência para decidir a forma de conduzir suas políticas públicas. Atua, nesta perspectiva, como *Dr. Jekyll*, o médico da novela de Robert Stevenson – mesmo diante da preservação de seus dilemas institucionais.

A confusão na delimitação de suas competências, consagrada pela mistura, em seu regimento interno, de elementos de controle operacional em instrumentos de fiscalização de controle de legalidade, seria superada pela adstrição temática entre o assunto controlado e os comandos passíveis de serem exarados. Assim, ainda que se controlem aspectos gerenciais, mediante instrumentos de fiscalização de legalidade, o comando possível, quanto a este primeiro aspecto, será estritamente recomendatório.

Não obstante, esta não tem sido a prática identificada na jurisprudência do TCU – ao menos nos casos de fiscalização do BNDES. O dilema institucional consagrado em suas competências tem servido para que a Corte possa manejar o controle de aspectos da gestão pública, dentro da lógica processual e decisória de processos de controle de legalidade. O expediente dá azo a um controle errático, em que, ocasionalmente, o Tribunal de Contas da União se vale de comandos de autoridade para determinar ao Banco a forma pela qual este deve gerenciar suas políticas.

A Corte de Contas mostra, nestes casos, a sua faceta de *Mr. Hyde*. Ao invés de contribuir para o aprimoramento da gestão, arroga para si a prerrogativa de delimitar unilateralmente o que deve ser a gestão do fomento, mediante a sanção dos responsáveis pelas decisões de gestão das quais discorda e exação de ordens para alteração de normativos e políticas internas do Banco.

A insistência em aprofundar a miscelânea dos instrumentos de fiscalização da Corte, contemplada em seu regimento interno, não é uma escolha juridicamente admissível ao TCU. As distorções ali consagradas e o dilema resultante destas últimas não podem fazer frente ao modelo de controle externo plasmado pela Constituição. Persistir neste controle ambivalente, é insistir em um modelo que apenas afasta o controle da racionalidade na fiscalização da administração pública e que passa a exercer um papel de desincentivo à gestão, ao invés de contribuir para o seu aprimoramento.

Já é hora de o TCU repensar suas atribuições e orientá-las um modelo de controle mais afeito à sua história institucional e, acima de tudo, ao projeto constitucional plasmado na Constituição Federal de 1988.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente dissertação teve por objetivo analisar as relações de controle mantidas entre TCU e BNDES desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, com o intuito de verificar como os dilemas atuais experimentados pela gestão pública perante o controle externo, tem se manifestado entre ambas as instituições.

Ao fim e ao cabo, a presente investigação pretendia identificar, em primeiro lugar, o que permitia o Tribunal de Contas avançar sobre o mérito da gestão de políticas públicas no Brasil e como este tem realizado esta atuação. Em segundo lugar, o intuito era o de verificar se este diagnóstico quanto ao controle externo se fazia presente em um caso concreto, mais especificamente, na jurisprudência do Tribunal de Contas da União na fiscalização do BNDES. Por fim, partindo dos achados fornecidos pelas duas primeiras partes desta pesquisa, elaborar uma análise acerca do fomento do BNDES e apresentar certas diretrizes para aprimorar o controle da atuação do Banco.

A premissa de que este trabalho partiu é que, diante do aumento dos casos de fiscalização sobre o BNDES e dos noticiados embates entre o Banco e o TCU, envolvendo a paralisia decisória do Banco, o abandono de linhas de atuação e participação de técnicos da Corte de Contas em sua reformulação, existiam indícios suficientes de que o Tribunal avançara sobre a gestão de políticas do BNDES. Daí começamos o trabalho com a pergunta: o que permite esta atuação do TCU?

Para respondê-la procuramos repassar o processo de formação institucional do Tribunal de Contas da União e de seus métodos de atuação, com o intuito de buscar compreender os impactos que as alterações contempladas na Constituição de 1988 engendraram sobre a forma de controle exercida pela Corte. A hipótese que se procurava testar era a de que as inovações do controle introduzidas pela nova Carta Política teriam introduzido métodos de controle absolutamente distintos do que, historicamente, o TCU praticou, porém, estas novidades teriam sido absorvidas pelo Tribunal dentro da linguagem de suas modalidades tradicionais de controle.

Desta análise, o que se constatou é que, de fato, a Constituição Federal de 1988 inovou no sistema de controle ao criar, em seu art. 70, a fiscalização operacional, ao lado da fiscalização de legalidade. A hipótese se confirmou, também, quanto à forma de incorporação deste novo instrumento. Conforme demonstrado, apesar de parcialmente se

observar a autonomia da lógica deste método de fiscalização, este foi absorvido de forma ambivalente pelo Regimento Interno da Corte de Contas.

Neste, os membros do Tribunal parecem ter interpretado o art. 70 da Constituição como um bloco monolítico de atribuições de controle, que autorizaria a Corte a manejar qualquer dos instrumentos de fiscalização – o de legalidade e o operacional – dentro de qualquer parâmetro de controle. Fê-lo ao introduzir, na disciplina dos instrumentos de fiscalização de legalidade, elementos que o permitiriam avançar sobre a fiscalização da gestão pública.

Este nó institucional nas competências da Corte passou a viabilizar que o Tribunal de Contas da União fiscalizasse o mérito de atos de gestão em políticas públicas mediante atos de autoridade – notadamente, a aplicação de sanções e a exação de determinações de correção de irregularidades apontadas pela Corte. Na absorção do controle operacional pela lógica do controle de legalidade, a discordância dos parâmetros técnicos adotados pelo gestor para decidir, era suficiente para que o ato de gestão fosse reputado irregular e, portanto, para dar azo à exação de atos de autoridade.

Na análise da jurisprudência do TCU perante o BNDES, percebeu-se que, de fato, houve a intromissão do Tribunal na revisão de atos de gestão do Banco. E o mecanismo para tal foi justamente o hibridismo atrelado a suas competências de fiscalização – isto é, esta se deu mediante o uso de instrumentos de fiscalização de legalidade, que incorporavam a revisão de decisões de gestão como objeto de controle e que, em face da discordância do TCU acerca das decisões adotadas, manejou-se ou bem os poderes sancionatórios da Corte, ou bem determinações para a realização de alterações normativas nas políticas operacionais do Banco.

Não obstante esta constatação, observou-se que este comportamento do TCU não foi constante. Aliás, pelo contrário, este se mostrou uma inflexão recente do TCU no controle do Banco de fomento – o que nos demonstra que o nó institucional apontado na primeira parte deste trabalho não é uma constante no comportamento do órgão de controle – ao menos no que diz respeito ao BNDES.

Diante deste achado, uma questão adicional se colocou: o que está por trás desta inflexão na postura de controle do Tribunal? Dois fatores despontam nesta explicação. O primeiro é o fator reputacional. A inflexão da Corte de Contas se dá justamente em um

momento em que o BNDES passa a enfrentar uma série de acusações públicas de práticas irregulares e de concessão de benefícios indevidos a empresas apoiadas. Diante do decréscimo de credibilidade do Banco, a Corte se sentiu impelida a revisar integralmente as decisões adotadas por esta última.

O segundo fator foi uma certa compreensão superficial do TCU acerca do estatuto jurídico do fomento. Este foi concebido, em um primeiro momento, como uma função administrativa afeita a políticas públicas e, como tal, o controle das decisões de gestão adotadas não competiam ao TCU. Esta concepção, a partir da inflexão constatada na jurisprudência da Corte, foi facilmente descartada, dando lugar ao entendimento de que as decisões de fomento deveriam possuir lastro técnico e esta motivação poderia ser controlada pelo TCU.

A alternância das posturas de controle do Tribunal não contribuiu para o aprimoramento da gestão do fomento pelo BNDES. Pelo contrário, percebeu-se que a paralisia decisória outrora noticiada, estava centrada – senão exclusivamente, mas primordialmente – pela adoção de uma postura interventiva do TCU sobre o BNDES.

Pois bem, em face deste cenário, restava responder a uma última pergunta: considerando os dilemas institucionais do TCU e a má aceção da Corte acerca do fomento, seria possível conciliar fomento e controle?

O entendimento é positivo e, confessa-se, não poderia ser outro. Na qualidade de função administrativa, o fomento invariavelmente estará adstrito ao controle. E é positivo que assim seja. O que era necessário, portanto, era apontar caminhos para que o controle possa ser vertido em um mecanismo de aprimoramento da gestão pública e não de sua paralisia.

Na solução que endereçamos na Parte 3 desta dissertação, dois pontos se mostraram fundamentais.

O primeiro, foi o aprimoramento da forma pela qual o fomento é concebido no Tribunal de Contas. Conforme demonstramos, este usufrui de um estatuto jurídico próprio, conformado por seu regime enquanto instrumento de intervenção sobre a ordem econômica, e pelo regime específico, constituído pelo próprio Banco, na delimitação da maneira pela qual este desempenhará as políticas públicas de fomento que lhe são acometidas. Procuramos demonstrar que, dentro deste estatuto jurídico próprio, o BNDES ora assume a posição de

gestor de uma política pública, ora assume a posição de simples aplicador dos instrumentos jurídicos do fomento.

O tipo de decisão administrativa adotada pelo Banco ao utilizar cada um destes chapéus é distinta e cabe ao Tribunal de Contas, ao controlá-lo, distinguir a qual BNDES este está controlando. Isto porque, identificar o viés de atuação do Banco possui impacto direto em relação ao tipo de competência que o TCU poderá manejar.

O segundo aspecto a ser alterado para aprimorar esta relação de controle, está relacionado com a superação dos dilemas institucionais da Corte de Contas. Ainda que este esteja plasmado nos normativos internos do TCU, existem razões constitucionais suficientes para desconsiderá-lo. Basta analisar o art. 70 da Constituição Federal, sem que este seja reputado – injustificadamente – como um bloco único de competências

Os tipos de fiscalização ali consagrados são estruturalmente diversos entre si, sendo possível extrair desta distinção estrutural, duas modalidades absolutamente distintas de controle: o controle de legalidade integrado pela fiscalização contábil, orçamentária, financeira e patrimonial; e o controle operacional, instrumentalizado mediante a fiscalização de legitimidade e economicidade, além de outros princípios constitucionais relacionados ao desempenho na gestão de políticas públicas.

Somam-se a esta distinção, o próprio histórico de evolução institucional do TCU. O controle operacional foi introduzido como um instrumento de fiscalização autônomo, que se somaria ao controle de legalidade orçamentária tradicionalmente desempenhado pelo Tribunal. Esta autonomia predicava, não uma fusão de seus termos com o controle de legalidade, mas, sim, um tratamento autônomo e apartado.

Estas distinções desvelam que o projeto constitucional para o controle externo predicava pela instauração de dois modelos de controle: o de fiscalização de legalidade e o controle operacional. Outra evidencia disto é a diferença de tratamento ofertada às decisões possíveis em cada tipo de controle. Enquanto à fiscalização de legalidade, o art. 71 da Constituição é expreso em admitir a possibilidade de exação de comandos revestidos de autoridade, em nenhum inciso, esta prerrogativa foi reconhecida para a fiscalização operacional.

A distinção entre estes modelos não é só ontológica, mas também constitucional. Trata-se de modelos de controle distintos, com finalidades distintas, ritos próprios e perfis

decisórios diametralmente opostos. Superar a operação de mesclá-los em atos normativos internos, é fundamental para transformar as relações de controle do TCU junto ao BNDES em um mecanismo de aprimoramento institucional.

Em suma, aos diagnósticos subjacentes aos pontos negativos levantados no controle do fomento, a resposta é uma hermenêutica constitucional das competências da Corte de Contas atenta a seu histórico institucional e as distinções estruturais entre os instrumentos de fiscalização consagrados para o TCU, que permita a Corte modular seus mecanismos de controle às diferentes facetas do BNDES – ora como gestor de políticas, ora como aplicador de instrumentos de fomento.

Dentro destes quadrantes, entendemos ser possível superar os dilemas contemporâneos estabelecidos entre a gestão pública e o controle, em especial, naquilo que diz respeito às relações entre BNDES e TCU.

BIBLIOGRAFIA

ABRUCIO, Fernando Luiz; OLIVIERI, Cecília; LOUREIRO, Maria Rita; TEIXEIRA, Marco Antonio Carvalho. *Control and Public Management Performance in Brazil: Challenges for Coordination*. In **International Business Research**. Canadian Center of Science and Education. Vol.8, n. 8, 2015.

ABRUCIO, Fernando Luiz; LOUREIRO, Maria Rita. *Burocracia e Ordem Democrática: Desafios Contemporâneos e Experiência Brasileira*. In OLIVEIRA, Vanessa Elias de; LOTTA, Gabriela, PIRES; Roberto (org.). **Burocracia e Políticas Públicas no Brasil: interseções analíticas**. Brasília, IPEA, ENAP, 2018.

ABRUCIO, Fernando Luiz. OLIVIERI, Cecília; TEIXEIRA, Marco Antônio Carvalho; LOUREIRO, Maria Rita. *Organizational Learnings of Controllers and Controlled Agencies: Innovations and Challenges in promoting Accountability in the Recent Brazilian Democracy*. In **American Journal of Industrial and Business Management**, 2013.

ADORNO, Sérgio. **Os Aprendizes do Poder: o bacharelismo liberal na política brasileira**. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1988.

ALMEIDA, Fernando Bessa de. *A Fiscalização Financeira e Orçamentária na Constituição de 1967*. in **Revista de Administração Pública**, vol. 1, n.1, Rio de Janeiro, 1967.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil**. São Paulo, Quartier Latin, 2015.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Fungibilidade da Atuação Direta do Estado na Economia com a Regulação e o Fomento*. In **Revista de Direito Público da Economia –RDPE**, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 9-21, out./dez. 2016.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª edição. Rio de Janeiro, Forense, 2013.

BALEIRO, Aliomar. *O Tribunal de Contas e o Controle da Execução Orçamentária*. in **Revista de Direito Administrativo**, vol. 31, Rio de Janeiro, 1953.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª Edição. São Paulo, Malheiros, 2015.

BARBOSA, Ruy. **O Ano Político de 1887**. Rio de Janeiro, Typographia da Gazeta de Notícias, 1888.

BARBOSA, Ruy. **Relatório do Ministro da Fazenda Ruy Barbosa**. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1891.

BARBOSA, Ruy. *Organização das Finanças Republicanas*. in BRASIL. **Obras Completas de Rui Barbosa**. Vol. XVII, Tomo I. Rio de Janeiro, Ministério da Educação e Saúde, 1946.

BARCELOS, Fábio. **A Secretaria de Estado dos Negócios da Fazenda e o Tesouro Nacional**. Rio de Janeiro, Arquivo Nacional, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços*. In **Revista de Direito Administrativo**, FGV, Rio de Janeiro, vol. 226, out./dez. 2001.

BASTOS, Glória Maria Merola da Costa. *A Experiência do Tribunal de Contas da União em Auditoria Operacional e Avaliação de Programas Governamentais*. In **Revista do Tribunal de Contas da União**, vol. 33, nº 92, abr/jun. 2002.

BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função – Novos Estudos de Teoria do Direito**. Tradução de Deniela Beccaria Versiani. Barueri, São Paulo, 2007.

BOVENS, Mark. *Public Accountability*. in FERLIE, Ewan; LYNN JR., Laurance E.; POLLIT, Christopher (org.). **The Oxford Handbook of Public Management**, Oxford: Oxford University Press, 2004.

BRANDÃO CAVALCANTI, Themístocles. *O Tribunal de Contas e sua Competência Constitucional*. In **Revista de Direito Administrativo**, vol. 3, Rio de Janeiro, FGV, 1946.

BRANDÃO CAVALCANTI, Themístocles. *O Tribunal de Contas – Órgão Constitucional – Funções Próprias e Funções Delegadas*. In **Revista de Direito Administrativo**, vol. 109, jul./set. 1972.

CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico**. Brasília, Senado Federal, 2001.

CARREIRA, Liberato de Castro. **História Financeira e Orçamentária do Império do Brasil Desde a sua Fundação – precedida de alguns apontamentos acerca da sua independência**. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1889.

CARVALHO, José Murilo de. **A Formação das Almas: o imaginário da república no Brasil**. São Paulo, Companhia das Letras, 1990.

CARVALHO, José Murilo de. **A Construção da Ordem: a elite política imperial. Teatro das Sombras: a política imperial**. 4ª edição. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Controle da Administração Pública e Responsabilidade do Estado*. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.) **Tratado de Direito Administrativo**. Vol. 7. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014.

CAVALCANTE, Pedro; CARVALHO, Paulo. *Profissionalização da Burocracia Federal Brasileira (1995 – 2014): avanços e dilemas*. In **Revista de Administração Pública**, n. 51, nº 1, jan.fev. 2017, Rio de Janeiro, FGV-EBAPE.

COSTA MOURA, Emerson Affonso da. *Burocracia Brasileira, Reforma Administrativa e Estado Novo: o papel do aparato administrativo no governo Vargas*. In **Revista de Estudos Institucionais**, vol. 2, nº 1, Rio de Janeiro, 2016.

COTIAS E SILVA, Artur Adolfo. **O Tribunal de Contas da União na História do Brasil: evolução histórica, política e administrativa**. (1890 – 1998). Monografia apresentada para obtenção do Prêmio Serzedelo Corrêa. Brasília, TCU, 1998.

COUTINHO, Joaquim Henrique. *Da Necessidade do Registro Prévio*. in **Revista do Serviço Público**, vol. 85, nº 1, 1959.

CRUZ, Alcides. **Noções de Direito Administrativo Brasileiro: exposição sumária e abreviada.** Porto Alegre, Germano Gundlach & Comp., 1910.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Sociedade, Estado e direito: caminhada brasileira rumo ao século XXI.* In MOTA, Carlos Guilherme (org.). **Viagem Incompleta. A Experiência Brasileira (1500 – 2000): a grande transação.** 2ª edição. São Paulo, Senac São Paulo, 2000.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Tribunais de Contas no Brasil.** São Paulo, Dialética, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 28ª Edição. São Paulo, Atlas, 2015.

FALLA, Fernando Garrido. **Tratado de Derecho Administrativo.** Vol. II. 10ª edição. Madrid, Tecnos, 1992,

FARIA, José Eduardo; MENGE, Cláudia de Lima. *A Função Social da Dogmática e a Crise do Ensino e da Cultura Jurídica Brasileira.* In FARIA, José Eduardo. **Sociologia Jurídica: crise do direito e práxis política.** Rio de Janeiro, Forense, 1984.

FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro.** 4ª edição. São Paulo, Globo, 2008.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Controle das Licitações pelo Tribunal de Contas.* In **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 239, jan./mar. 2005.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Os Limites do Poder Fiscalizador do Tribunal de Contas do Estado.* In **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 36, n. 142, abr./jun. 1999.

FERRAZ, Sérgio. *O Controle da Administração Pública na Constituição de 1988.* In **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, nº 188, abr./jun. 1992, pp. 64 a 73.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Congelamento de Preços – tabelamentos oficiais (parecer),* in **Revista de Direito Público**, nº 91, 1989.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo.** 8ª Edição. São Paulo, Malheiros, 2006.

FILGUEIRAS, Fernando. *Burocracias do Controle, Controle da Burocracia e Accountability no Brasil.* in OLIVEIRA, Vanessa Elias de; LOTTA, Gabriela, PIRES; Roberto (org.). **Burocracia e Políticas Públicas no Brasil: interseções analíticas.** Brasília, IPEA, ENAP, 2018.

FRANÇA, Antônio Marcos Barreto. **Do Controle de Legalidade às Auditorias Operacionais: Os Tribunais de Contas e o Controle Financeiro da Administração Pública Brasileira.** Dissertação apresentada ao curso de Mestrado Profissional em Gestão e Políticas Públicas da Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – FGV. Orientador. Prof. Dr. Marco Antonio Carvalho Teixeira.

FURTADO, Lucas Rocha. **As Raízes da Corrupção no Brasil: estudo de casos e lições para o futuro.** 1ª edição, 1ª reimpressão. Belo Horizonte, Fórum, 2015.

- GARCIA-MORATO, Lúcia López de Castro. *El Fomento*. in ORTIZ, Gaspar Ariño (org.). **Principios de Derecho Público Económico**. Granada, 1999.
- GILSON, Iberê. *Auditoria: Técnica a Serviço do Contrôlo*. in **Revista do Serviço Público**, vol. 105, nº 1, 1970.
- GOUVÊA, Gilda Figueiredo Portugal. **Burocracia e Elites Burocráticas no Brasil**. São Paulo, Paulicéia, 1994.
- GUERRA, Evandro Martins. **Os Controles Externos e Interno da Administração Pública**. 2ª Edição. Belo Horizonte, Fórum, 2007.
- HALL, Peter Andrew. *Historical Institutionalism in Rationalist and Sociological Perspective*. THELEN, Kathleen; MAHONEY, James. **Explaining Institutional Change: ambiguity, agency and power**. Cambridge University Press, New York, 2010.
- HAURIUO, Maurice. *La Théorie de L'Institution et de la Fondation*. **Aux Sources du Droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté**. Librairie Bloud & Gay, Paris, 1933.
- JAPPUR, José. *Jurisdição do Tribunal de Contas*. **Revista de Direito Administrativo**, v. 129, Rio de Janeiro, 1977.
- JAPPUR, José. *Axiologia do Controle do Tribunal de Contas*. In **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 133, jul./set. 1978.
- JORDÃO, Eduardo. *A Intervenção do TCU sobre Editais de Licitação não Publicados – Controlador ou Administrador?* in **Revista Brasileira de Direito Público**, ano 12, n. 47, out./dez. Belo Horizonte, 2014.
- JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Controle Judicial de Uma Administração Pública Complexa: A experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo, 2016, Malheiros e SBDP.
- JUSTEN FILHO, Marçal; JORDÃO, Eduardo Ferreira. *A Contratação Administrativa Destinada ao Fomento de Atividades Privadas de Interesse Coletivo*. In **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**. Belo Horizonte, Fórum, nº 34, jul./set. 2011.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª edição. São Paulo, Revista dos Tribunais Thomson Reuters, 2016.
- LAZZARINI, Sergio G.; MUSACCHIO, Aldo; BANDEIRA DE MELLO, Rodrigo; MARCON, Rosilene. **What do Development Banks do? Evidences from Brazil, 2002 – 2009**. Harvard Business School. Working Paper 12-047, 2011.
- LEAL, Vítor Nunes. O Valor das Decisões do Tribunal de Contas. In **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 12, p. 418-431, abr. 1948.
- LIRA, José Pereira. *O Tribunal de Contas e o Ministério Republicano de Serzedelo Correia*. **Revista do Serviço Público**, vol. 85, n. 2, nov./dez., 1959.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História: lições introdutórias**. 3ª edição. São Paulo, Atlas, 2011.

LOUREIRO, Maria Rita; TEIXEIRA, Marco Antônio Carvalho; MORAES, Tiago Cacique. *Democratização e Reforma do Estado: o Desenvolvimento Institucional dos Tribunais de Contas no Brasil Recente*. **Revista de Administração Pública**. FGV EBAPE, Rio de Janeiro, 43(4), jul. ago. 2009.

MACHMAR, Willian García. *La Subvencion administrativa: concepto y regimen jurídico*. in **Revista de Derecho-Escuela Postrado**, Santiago, nº 2, dez. 2012.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A Servidão Administrativa como Mecanismo de Fomento de Empreendimentos De Interesse Público*. In **Revista de Direito Administrativo**. Belo Horizonte, n. 254, maio/ago. 2010.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Elementos do Fomento*. in DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Tratado de Direito Administrativo**. 2ª Edição. São Paulo, Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *O Fomento como instrumento de Intervenção na Ordem Econômica*. In **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte, nº 32, out./dez; 2010.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Os grandes desafios do controle da Administração Pública*. in **Nova Organização Administrativa Brasileira**, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Fomento*. In: Maria Sylvia Zanella Di Pietro (coordenação), **Tratado de direito administrativo**, vol. 4. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Noções Gerais sobre o Fomento Estatal*. in DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Tratado de Direito Administrativo**. 2ª Edição. São Paulo, Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2019.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi. *Os Sete Impasses do Controle da Administração Pública*. In PEREZ, Marcos Augusto e PAGANI, Rodrigo de Souza. **Controle da Administração Pública**. 1ª edição. Belo Horizonte, Fórum, 2017.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Limites à Abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal*, in **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, vol. 1. Belo Horizonte: Fórum, jan./mar. 2003.

MASHAW, Jerry Louis. *Accountability and Institutional Design: Some Thoughts on the Grammar of Governance*. In DOWDLE, Michael W. (org.). **Public Accountability: Designs, Dilemmas and Experiences**. Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

MASHAW, Jerry Louis; HARFST, David L. *From Command Control to Collaboration and Deference: The Transformation of Auto Safety Regulation*. In **Yale Journal on Regulation**, vol. 34, 2017.

MAZZUCATO, Mariana. **O Estado Empreendedor: desmascarando o mito do setor público vs. Setor privado**. 1ª edição. Tradução: Elvira Serapicos. São Paulo: Porfolio-Penguin, 2014.

- MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**, 18ª Ed., São Paulo: Editora RT, 2014.
- MELLO, Célia Cunha. **O Fomento da Administração Pública**. Belo Horizonte, Del Rey, 2003.
- MELLO, Chagas. *Da Fiscalização da Execução Orçamentária*. In **Revista do Serviço Público**, vol. 97, nº 2, 1965.
- MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Uma teoria do fomento público: critérios em prol de um fomento público democrático, eficiente e não-paternalista*. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, v. 65, 2010.
- MIRANDA, Álvaro Guilherme. **Mudança Institucional do Tribunal de Contas: Os Oito Modelos Debatidos na Constituinte de 1988 para o Sistema de Fiscalização do Brasil**. Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento (PPED), Instituto de Economia, da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Orientador: Charles Pessanha. Co-Orientadora: Maria Antonieta Leopoldi. Rio de Janeiro, 2009.
- MOCCIA, Maria Hermínia Pacheco e Silva. **Parâmetros para a Utilização do Fomento Econômico: empréstimos pelo BNDES em condições favoráveis**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16ª edição. Rio de Janeiro, Forense, 2014.
- MOTA, Carlos Guilherme; LOPEZ, Adriana. **História do Brasil: uma interpretação**. 5ª edição. São Paulo, Editora 34, 2016.
- NETTO, Jair Lins. *Tribunal de Contas: Sempre Combatido, Nunca Conhecido*. In **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, nº 200, abr./jun. 1995, pp. 71 – 84.
- ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de Derecho Público Económico**. Granada, Comares, 1999, "Lección Décima - El Fomento". pp. 287/316.
- PAIVA, Carlos Henrique Assunção. *A Burocracia no Brasil: as bases da administração pública nacional em perspectiva histórica (1920-1945)*. In **História**, vol. 28, n. 2, UNESP, São Paulo.
- PARADA, Ramón. **Derecho Administrativo I**, Parte General. Madri, 2010.
- PEREZ, Marcos Augusto e PAGANI, Rodrigo de Souza. **Controle da Administração Pública**. 1ª edição. Belo Horizonte, Fórum, 2017.
- PIERSON, Paul. *Increasing Returns, Path Dependence and The Study of Politics*. **The American Political Science Review**. Vol. 94, nº 2, jun.2000.
- PESSANHA, Charles. *Controle Externo: a função esquecida do legislativo no Brasil*. in SCHWARTZMAN, Luísa Farah; SCHWARTZMAN, Isabel Farah; SCHWARTZMAN, Felipe Farah; SCHWARTZMAN, Michel Lent (org.). **O Sociólogo e as Políticas Públicas: Ensaio em Homenagem a Simon Schwartzman**. Rio de Janeiro, FGV, 2009.

PINHEIRO, Armando Castelar. *Bancos Públicos no Brasil: para onde ir?*. In PINHEIRO, Armando Castelar e OLIVEIRA FILHO, Luiz Chrysostomo de. (org.). **Mercado de Capitais e Bancos Públicos: análises e experiências comparadas**. Rio de Janeiro: Contracapa livraria, 2007.

POZAS, Luis Jordana de. *Ensaio de una Teoria del Fomento en el Derecho Administrativo*. In **Revista de Estudios Políticos**, nº 48. 1949.

POLLIT, Cristopher; GIRRE, Xavier; LONSDALE, Jeremy; MUL, Robert; SUMMA, Hilikka; WAERNESS, Marit. **Desempenho ou Legalidade? Auditoria Operacional e de Gestão Pública em cinco Países**. Tradução: Pedro Buck. Belo Horizonte, Fórum, 2008.

RESENDE, Augusto César Leite de; Gabardo, Emerson. *A atividade administrativa de fomento na gestão integrada de resíduos sólidos em perspectiva com o desenvolvimento sustentável*. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, jul./set. 2013.

ROSAS, Roberto. *Controle da Administração Indireta*. **Revista de Informação Legislativa**. vol. 15, nº 57, Brasília, jan./mar. 1978.

ROSILHO, André. **Tribunal de Contas da União: competências, jurisdição e instrumentos de controle**. São Paulo, Quartier Latin, 2019.

ROSILHO, André. *A Constituição de 1988 e suas Políticas em Quatro Atos*. in ROSILHO, André; SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Direito da Regulação e Políticas Públicas**. Malheiros, SBDP, 2014.

SCHAPIRO, Mário Gomes. **Novos Parâmetros para Intervenção do Estado na Economia**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHAPIRO, Mário Gomes. *Legalidade ou Discricionariedade na governança de bancos públicos: uma análise aplicada ao caso BNDES*. In **Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro, 51(1), jan. fev. 2017.

SCHAPIRO, Mário Gomes. *Repensando a Relação entre Estado, Direito e Desenvolvimento: os limites do paradigma rule of law e a relevância das alternativas institucionais*. In **Revista Direito GV**. São Paulo, 11, ano 6, jan./jun. 2010.

SCHWARTZMAN, Simon (org.). **Estado Novo, um Auto-retrato (arquivo Gustavo Capanema)**. Brasília, Editora Universidade de Brasília, CPDOC/FGV, 1983.

SERZEDELLO CORRÊA, Innocencio. **Relatório Apresentado ao Vice-presidente da República dos Estados Unidos do Brasil pelo Ministro de Estado dos Negócios da Fazenda Innocencio Serzedelo Corrêa no ano de 1893**. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1893.

SKIDMORE, Thomas Elliot. **Brasil: De Getúlio a Castello Branco (1930 – 1964)**. Tradução: Ismênia Tunes Dantas. 7ª edição. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1982.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Aspectos Jurídicos do Planejamento Econômico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

STEIN, Jeremy; KASHYAP, Anil; RAGHURAM, Rajan. *Banks as Liquidity Providers: An Explanation for the Coexistence of Lending and Deposit-Taking*, in **The Journal of Finance**, vol. LVII, nº 1, feb. 2002.

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

SPECK, Bruno Wilhelm. *Auditing Institutions*. In POWER, Timothy; TAYLOR, Matthew (ed). **Corruption and Democracy in Brazil**. University of Notre Dame Press, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari (org.), **Contratações Públicas e seu Controle**, São Paulo, Malheiros Editores, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari e CÂMARA, Jacintho Arruda, *Controle das Contratações Públicas pelos Tribunais de Contas*, in **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Editora FGV Direito Rio, Volume nº 257, maio/agosto, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari, CÂMARA, Jacintho Arruda. *O Tribunal de Contas da União e a Regulação*. in FIGUEIREDO, Marcelo. (Org.). **Novos Rumos para o Direito Público reflexões em homenagem à Professora Lúcia Valle Figueiredo**, 1ªed. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2012, pp. 59-68.

SUNDFELD, Carlos Ari, **Direito Administrativo para Céticos**, São Paulo, Malheiros Editores, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari e CÂMARA, Jacintho Arruda, MONTEIRO, Vera, ROSILHO, André. *O Valor das Decisões do Tribunal de Contas da União sobre Irregularidade de Contratos*. In **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 13, n. 3, set.-dez. 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Que Constituição?* In **Direito Administrativo para Céticos**. 1ª Edição. Malheiros, SBDP, São Paulo, 2012.

TÁCITO, Caio. *O Contrôlo da Administração e a Nova Constituição do Brasil*. in **Revista de Direito Administrativo**, vol. 90, Rio de Janeiro, 1967.

TEIXEIRA, Marco Antônio Carvalho. *Tribunal de Contas da União: Trajetória Institucional e Desafios Contemporâneos*. **Estado, Instituições e Democracia: república**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, Brasília, 2010.

THELEN, Kathleen; MAHONEY, James. *A Theory of Gradual Institutional Change*. THELEN, Kathleen; MAHONEY, James. **Explaining Institutional Change: ambiguity, agency and power**. Cambridge University Press, New York, 2010.

THELEN, Kathleen. *The Explanatory Power of Historical Institutionalism*. In MAYNTZ, Renate (org.). **Akteure – Mechanismen – Modelle: Zur Theoriefähigkeit makro-sozialer Analysen**. Frankfurt, Max-Planck-Instituts für Gesellschaftsforschung. Köln, 2002.

URICOECHEA, Fernando. **O Minotauro Imperial: a burocratização do estado patrimonial brasileiro no século XIX**. Rio de Janeiro, DIFEL, 1978.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. **Das Arcadas ao Bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil**. São Paulo, Perspectiva, 2011.

VIANNA, Oliveira. **O Ocaso do Império**. 3ª edição. Rio de Janeiro, ABL, 2006.

VIVEIROS DE CASTRO, Augusto Olympio. **Tratado de Sciencia da Administração e Direito Administrativo**. 3ª edição. Rio de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos, 1914.

WARLICH, Beatriz. *A Reforma Administrativa no Brasil: Experiência Anterior, Situação Atual e Perspectivas – Uma Apreciação Geral*. In **Revista de Administração Pública**, vol. 18, nº 1, jan./mar., Rio de Janeiro, 1984.

WEBER, Max. **O que é a Burocracia**. Brasília, CFA, 1991.

ZYMLER, Benjamin. **Direito Administrativo e controle**. 3ª. ed. Belo Horizonte, Fórum, 2012.

APÊNDICE

Acórdão	Instrumento Processual	Julgamento	Objeto	Origem	Decisão	Determinação/Recomendação ao BNDES	Deferente	Motivo
AC 2154/2018 (Plenário)	Representação	12/09/2018	PDPs	Solicitação do Congresso Nacional	Considerou diversas decisões do BNDES irregulares e ordenou a citação dos responsáveis	Não	Não	O Tribunal procedeu à ampla análise e revisão das decisões administrativas do BNDES na gestão desta política, reputando-as ilegais ainda que com base exclusivamente em suas próprias conclusões técnicas.
AC 2206/2018 (Plenário)	Representação	19/09/2018	PDPs	Solicitação do Congresso Nacional	Considerou diversas decisões do BNDES irregulares e ordenou abertura de TCE	Não	Não	O Tribunal procedeu à ampla análise e revisão das decisões administrativas do BNDES na gestão desta política, reputando-as ilegais ainda que com base exclusivamente em suas próprias conclusões técnicas e determinando a responsabilização dos técnicos do Banco.

AC 628/2018 (Plenário)	Solicitação do Congresso Nacional	21/03/2018	BNDES FINEM	Comissão de Assuntos Econômicos do SF	Reconheceu a existência de impedimento legal para a concessão de empréstimos à Concessionária do Metrô de SP (Move São Paulo S.A)	Não	Não	O TCU produziu um relatório em que analisava os normativos aplicáveis (eis 5.662, de 21/6/1971, 13.303, de 30/6/2016, e 4.595, de 31/12/1964, Resoluções BNDES DIR 3115/2017, 2690/2014, 2833/2015, 2934/2015, Resolução 2844/2001 do Conselho Monetário Nacional e circular 3648/2013 do Banco Central do Brasil) ao financiamento concedido pelo BNDES e verificava a existência de ilegalidade na recusa em conceder o financiamento a concessionária de serviços metroviários do Estado de São Paulo
------------------------------	---	------------	----------------	--	---	-----	-----	---

AC 2342/2017 (Plenário)	Representação	18/10/2017	PDPs	TCU	A representação foi conhecida e convertida em TCE, para a avaliação das irregularidades cometidas na concessão de financiamentos à JBS.	Não	Não	O Tribunal procedeu à ampla análise e revisão das decisões administrativas do BNDES na gestão desta política, reputando-as ilegais ainda que com base exclusivamente em suas próprias conclusões técnicas e determinando a responsabilização dos técnicos do Banco.
AC 1412/2017 (Plenário)	Representação	05/07/2017	PDPs	TCU	A representação foi conhecida e convertida em TCE, para a avaliação das irregularidades cometidas na concessão de financiamentos à JBS.	Não	Não	O Tribunal procedeu à ampla análise e revisão das decisões administrativas do BNDES na gestão desta política, reputando-as ilegais ainda que com base exclusivamente em suas próprias conclusões técnicas e determinando a responsabilização dos técnicos do Banco.

AC 1411/2017 (Plenário)	Tomada de Contas Especial	05/07/2017	PDPs	TCU	A TCE foi conhecida e deu-se início ao processo de responsabilização de gestores e empresários	Não	Não	O Tribunal procedeu à ampla análise e revisão das decisões administrativas do BNDES na gestão desta política, reputando-as ilegais ainda que com base exclusivamente em suas próprias conclusões técnicas e determinando a responsabilização dos técnicos do Banco.
AC 800/2017 (Plenário)	Representação	26/04/2017	PDPs	TCU	Representação convertida em TCE, com a determinação de apresentação de justificativas pelos gestores responsáveis pela operação da política	Não	Não	O Tribunal procedeu à ampla análise e revisão das decisões administrativas do BNDES na gestão desta política, reputando-as ilegais ainda que com base exclusivamente em suas próprias conclusões técnicas e determinando a responsabilização dos técnicos do Banco.

AC 2804/2016 (Plenário)	Representação	01/11/2016	BNDES FINEM	TCU	Suposto descumprimento da regra de investimentos sociais para a liberação de parcela de financiamento. Contrato não continha tal vinculação. Processo foi arquivado. TCU, porém, entendeu por bem recomendar que BNDES estudasse a pertinência de tornar esta cláusula uma condição obrigatória para financiamentos de grande vulto.	Sim	Sim	O TCU reconheceu a margem decisória do Banco e lhe requisitou que analisasse a pertinência de se tornar obrigatória a avaliação de critérios sociais nos financiamentos concedidos e comunicasse suas conclusões ao Tribunal em 120 dias.
-------------------------------	---------------	------------	----------------	-----	--	-----	-----	---

AC 2218/2016 (Plenário)	Representação	24/08/2016	BNDES Exim	TCU	Houve questionamento da política, sobretudo dos critérios adotados para a seleção dos parceiros, para o enquadramento nas linhas de financiamento. TCU não acatou as razões do MP/TCU e informou que conduzia investigação sobre estas políticas em outro processo.	Sim	Não	O Tribunal procedeu à ampla análise e revisão das decisões administrativas do BNDES na gestão desta política, reputando-as ilegais ainda que com base exclusivamente em suas próprias conclusões técnicas e determinando a responsabilização dos técnicos do Banco ou a revisão das normas operacionais do BNDES Exim.
AC 2068/2016 (Plenário)	Solicitação do Congresso Nacional	10/08/2016	BNDES Exim	Senado Federal	O TCU não identificou traços anti-econômicos, de excessivo risco ou na existência de desvantagens sociais na linha de crédito controlada	Sim	Não	O Tribunal procedeu à ampla análise e revisão das decisões administrativas do BNDES na gestão desta política, reputando-as ilegais ainda que com base exclusivamente em suas próprias conclusões técnicas e determinando a responsabilização dos técnicos do Banco ou a revisão das normas

								operacionais do BNDES Exim.
AC 1346/2016 (Plenário)	Solicitação do Congresso Nacional	25/05/2016	Termo Aditivo Financiamento Usina de Belo Monte	Solicitação do Congresso Nacional	Não houve constatação de irregularidade no termo aditivo celebrado e tampouco impactos sobre a fiscalização contratual.	Não	Não	O Tribunal procedeu à verificação das informações contempladas na solicitação encaminhada e não identificou irregularidades.

AC 375/2016 (Plenário)	Solicitação do Congresso Nacional	24/02/2016	BNDES Exim	Senado Federal	Acatou a solicitação e determinou novas inspeções sobre o BNDES	Sim	Não	O Tribunal procedeu à ampla análise e revisão das decisões administrativas do BNDES na gestão desta política, reputando-as ilegais ainda que com base exclusivamente em suas próprias conclusões técnicas e determinando a responsabilização dos técnicos do Banco ou a revisão das normas operacionais do BNDES Exim.
AC 1453/2015 (Plenário)	Representação	10/06/2015	Fundo Marinha Mercante	TCU	MP/TCU solicitava investigação em contrato de financiamento da Sete Brasil. O contrato mencionado não existia, portanto, o processo foi arquivado.	Não	Não	O Tribunal procedeu à verificação das informações contempladas na solicitação encaminhada e constatou inexistir o contrato noticiado pelo MP/TCU.
AC 3471/2014 (Plenário)	Desestatização	03/12/2014	Desestatização IRB Brasil Resseguros S.A	TCU	Ausência de óbices para o prosseguimento do processo de privatização	Não	Não	O Tribunal analisou as informações relacionados ao processo de desestatização conforme o estabelecido pela IN nº 27/1998.
AC 3089/2014 (Plenário)	Solicitação do Congresso Nacional	12/11/2014	PDPs	TCU	BNDES tentou resistir ao controle alegando sigilo fiscal. TCU não aceitou e determinou a remessa de documentos.	Sim	Não	O Tribunal desafiou a resistência do BNDES à remessa de documentos - diferentemente do que costumava fazer.

AC 2462/2014 (Plenário)	Solicitação do Congresso Nacional	17/09/2014	PDPs	TCU	BNDES tentou resistir ao controle alegando sigilo fiscal. TCU não aceitou e determinou a remessa de documentos.	Sim	Não	O Tribunal desafiou a resistência do BNDES à remessa de documentos - deferente do que costumava fazer.
AC 1398/2014 (Plenário)	Solicitação do Congresso Nacional	28/05/2014	PDPs	CFFC	Solicitação de investigação das PDPs. Foi acatada pelo TCU	Não	Não	TCU determinou a realização de auditoria de conformidade sobre todas as operações realizadas com a JBS no período de 2009 a 2014.
AC 1204/2014 (Plenário)	Acompanhamento	14/05/2014	BNDES ProCopa Arenas	TCU	Determinou-se a continuidade do acompanhamento das operações de financiamento	Não	Não	O Tribunal avaliou a operação nos termos do Acórdão nº 2.298/2010, aferindo o atendimento das condições estabelecidas na Res. Nº 1.888/2010 do BNDES e emitiu comando de cunho processual: a continuidade do processo de fiscalização.

AC 1050/2014 (Plenário)	Tomada de Contas Especial	23/04/2014	Fundo Marinha Mercante	TCU	Fiscalizou-se contratos de financiamento para a construção de embarcações em que teriam ocorrido inadimplementos pelas empresas apoiadas e contratações com risco excessivo. O BNDES informou que não havia risco excessivo diante das garantias contratadas, que cobriam integralmente o valor das operações. Ademais, aos casos de inadimplemento, o banco já teria providenciado ações judiciais para acionar as garantias. Acatou-se as explicações do BNDES. Determinou-se ao BNDES que informasse ao TCU o resultado das ações judiciais de execução das garantias.	Sim	Não	O TCU considerou as características da operação informadas pelo BNDES e as garantias apontadas e as entendeu suficientes.
AC 703/2014 (Plenário)	Acompanhamento	26/03/2014	BNDES ProCopa Arenas	TCU	Foram apresentadas determinações processuais (Continuidade de acompanhamento, envio de relatórios, etc.)	Sim	Não	TCU se restringiu ao acompanhamento formal do cumprimento das condições estabelecidas nos normativos do Banco para a o programa ProCopa Arenas (Res. 1888/2010) e

								a determinar a continuidade do processo.
AC 619/2014 (Plenário)	Acompanhamento	19/03/2014	BNDES ProCopa Arenas	TCU	Faltava um relatório de desempenho. Determinou-se a sua realização	Sim	Não	TCU se restringiu ao acompanhamento formal do cumprimento das condições estabelecidas nos normativos do Banco para a o programa ProCopa Arenas (Res. nº 1.888/2010) e a exigir a remessa de documento referente às obras, cuja análise pelo BNDES era necessária para a liberação do saldo do financiamento à concessionária.
AC 530/2014 (Plenário)	Acompanhamento	12/03/2014	BNDES ProCopa Arenas	TCU	Sem irregularidades	Não	Não	TCU se restringiu ao acompanhamento formal do cumprimento das condições estabelecidas nos normativos do Banco para a o programa ProCopa Arenas (Res. 1888/2010).
AC 529/2014 (Plenário)	Acompanhamento	12/03/2014	BNDES ProCopa Arenas	TCU	Constatou-se a ausência de Relatório de Acompanhamento Final das obras da Arena Mineirão. Determinou-se o encaminhamento deste documento	Sim	Não	TCU se restringiu ao acompanhamento formal do cumprimento das condições estabelecidas nos normativos do Banco para a o programa ProCopa Arenas (Res. 1888/2010).

AC 528/2014 (Plenário)	Acompanhamento	12/03/2014	BNDES ProCopa Arenas	TCU	Determinou-se a verificação do uso das últimas liberações financeiras da construtora e a remessa desse relatório para o TCU	Sim	Não	TCU se restringiu ao acompanhamento formal do cumprimento das condições estabelecidas nos normativos do Banco para a o programa ProCopa Arenas (Res. 1888/2010).
AC 431/2014 (Plenário)	Acompanhamento	26/02/2014	Projetos Estruturados de Transporte Urbano (Copa do Mundo)	TCU	Determinou-se que o BNDES justificasse a não correção do valor do financiamento, após a efetiva contratação pelo Município (a participação do Banco foi reduzida a 80% do valor da obras).	Sim	Não	TCU identificou erro no valor informado quanto a participação do Banco no financiamento das obras e determinou o encaminhamento de esclarecimentos a este respeito.
AC 430/2014 (Plenário)	Acompanhamento	26/02/2014	BNDES ProCopa Arenas	TCU	Perda do Objeto. TCU pretendia investigar sobrepreço em razão da não redução dos valores contratuais em face dos benefícios fiscais obtidos pela companhia no RECOPA. Constatou-se que houve termo aditivo reduzindo proporcionalmente o valor das obras.	Não	Não	TCU se restringiu ao acompanhamento formal do cumprimento das condições estabelecidas nos normativos do Banco para a o programa ProCopa Arenas (Res. 1888/2010) e diante da constatação de perda do objeto determinou a continuidade do processo para as demais etapas de fiscalização do financiamento.

AC 253/2014 (Plenário)	Acompanhamento	12/02/2014	BNDES ProCopa Arenas	TCU	Sem irregularidades	Não	Não	TCU se restringiu ao acompanhamento formal do cumprimento das condições estabelecidas nos normativos do Banco para a o programa ProCopa Arenas (Res. 1888/2010) e a determinar a continuidade do processo.
AC 189/2014 (Plenário)	Acompanhamento	05/02/2014	BNDES ProCopa Arenas	TCU	Determinou-se o envio de documentação entregue de forma intempestiva pelo BNDES dentro dos prazos determinados.	Sim	Não	TCU se restringiu ao acompanhamento formal do cumprimento das condições estabelecidas nos normativos do Banco para a o programa ProCopa Arenas (Res. 1888/2010) e diante da constatação do encaminhamento intempestivo de documentos, a Corte determinou que o Banco passasse a respeitar os prazos e a encaminhar a documentação de forma adequada. A continuidade do processo também foi determinada.

AC 188/2014 (Plenário)	Acompanhamento	05/02/2014	BNDES ProCopa Arenas	TCU	Diante dos atrasos e notícias de possível não entrega das obras, determinou-se ao BNDES remeter ao TCU o novo quadro de usos e fontes para custeio dos investimentos previstos na revisão do orçamento atualizado da obra para construção da Arena da Baixada, de modo a permitir a respectiva análise no acompanhamento a ser realizado por este Tribunal em 2014, como também aferir-lhe a exequibilidade;	Sim	Não	TCU se restringiu ao acompanhamento formal do cumprimento das condições estabelecidas nos normativos do Banco para o programa ProCopa Arenas (Res. 1888/2010) e diante da constatação do risco de não conclusão do Estádio, o Tribunal determinou a avaliação do estado da obra e avaliação das consequências da não entrega do estádio para o contrato de financiamento, tendo em vista ser esta uma das condições da concessão dos recursos conforme a Resolução do programa.
AC 2630/2013 (Plenário)	Acompanhamento	25/09/2013	BNDES ProCopa Arenas	TCU	Dispensou a apresentação do projeto executivo (por ser operação privada) e determinou que a SECEX emitisse parecer definitivo sobre a regularidade da estrutura do financiamento e das garantias.	Não	Não	TCU se restringiu ao acompanhamento formal do cumprimento das condições estabelecidas nos normativos do Banco para o programa ProCopa Arenas (Res. 1888/2010) e diante da constatação de que a obra seria executada mediante contrato de EPC entre partes privadas, determinou a continuidade do processo apenas quanto a avaliação da higidez das

								garantias e da estrutura do financiamento projetada.
AC 2292/2013 (Plenário)	Representação	28/08/2013	Renúncias de Receitas (RECOPA)	TCU	Notificar o BNDES para que nos casos em que os benefícios do recopa não tenham sido computados no orçamento do empréstimos, sejam firmados aditivos reduzindo o valor dos empréstimos	Não	Sim	O TCU apenas informou o BNDES da regra contemplada no §2º, do art. 6º do Decreto nº 7.319/2010, para que este avaliasse a necessidade de se alterar os valores contratuais do financiamento concedido. Ainda que ancorado em uma previsão legal, a Corte de Contas não substituiu o juízo a ser realizado pelo próprio Banco, reconhecendo seu espaço decisório.

AC 1980/2013 (Plenário)	Acompanhamento	31/07/2013	BNDES ProCopa Arenas	TCU	Avaliação de regularidade de termo aditivo celebrado para alterar os projetos executivos. TCU reconheceu não ser atribuição do BNDES realizar a revisão destes aditivos, mas sim do TCE/RJ.	Não	Não	TCU acompanhou a execução deste contrato para avaliar possíveis impactos sobre o financiamento. Diante da ausência de relação dos atos informados com as atribuições do BNDES, determinou notificação do TCE/RJ para que realizasse a avaliação dos termos aditivos e, em caso de irregularidade, notificasse o BNDES para suspender os repasses.
AC 576/2013 (Plenário)	Acompanhamento	20/03/2013	BNDES ProCopa Arenas	TCU	Avaliaram-se as alterações normativas realizadas na ProCopa Arenas, dispensando a contratação de Certificadora Ambiental como condição para a liberação de 20% dos Recursos e o atraso no recebimento de relatórios acerca das obras a serem encaminhados pelos poderes públicos do Município de Salvador e do Governo do Estado da Bahia	Sim	Não	TCU se restringiu ao acompanhamento formal do cumprimento das condições estabelecidas nos normativos do Banco para o programa ProCopa Arenas (Res. 1888/2010) e no contrato de financiamento, recomendando que não se realizassem alterações nas normas deste programa que afetassem o caráter de sustentabilidade ambiental dos empreendimentos e que se cumprisse disposições contratuais quanto a exigência de relatórios de acompanhamento

								periódico dos temas referentes às obras.
--	--	--	--	--	--	--	--	---

AC 575/2013 (Plenário)	Acompanhamento	20/03/2013	Projetos Estruturados de Transporte Urbano (Copa do Mundo)	TCU	Houve acórdão anterior que determinou a não realização de repasses enquanto não se realizasse a regularização ambiental e de estudo sobre os custos unitários. Em estudo contratado pelo BNDES constatou-se descontos em relação ao SINAPI. TCU considerou suficiente as medidas adotadas. Não obstante, determinou-se ao BNDES que se abstenha de liberar recursos caso não atualizado o Portal de Acompanhamento de Gastos para a Copa do Mundo pelo Município.	Sim	Não	TCU apenas verificou as medidas adotadas pelo Banco ante deliberação anterior. Tendo em vista o atendimento ao comando, encerrou o processo.
AC 574/2013 (Plenário)	Acompanhamento	20/03/2013	BNDES ProCopa Arenas	TCU	Apontamentos realizados em acórdão anterior foram cumpridos e não houve apontamento de novas irregularidades. Continuidade do processo foi determinada.	Não	Não	TCU se restringiu ao acompanhamento formal do cumprimento das condições estabelecidas nos normativos do Banco para a o programa ProCopa Arenas (Res. 1888/2010) e no contrato de financiamento

AC 190/2014 (Plenário)	Acompanhamento	05/02/2014	BNDES ProCopa Arenas	TCU	Ausência do Relatório de Desempenho Final. Determinou-se o encaminhamento deste documento	Sim	Não	TCU se restringiu ao acompanhamento formal do cumprimento das condições estabelecidas nos normativos do Banco para a o programa ProCopa Arenas (Res. 1888/2010) e no contrato de financiamento
AC 2442/2013 (Plenário)	Acompanhamento	11/09/2013	BNDES ProCopa Arenas	TCU	Sem irregularidades	Não	Não	TCU se restringiu ao acompanhamento formal do cumprimento das condições estabelecidas nos normativos do Banco para a o programa ProCopa Arenas (Res. 1888/2010) e no contrato de financiamento
AC 1982/2013 (Plenário)	Acompanhamento	31/07/2013	BNDES ProCopa Arenas	TCU	Sem irregularidades	Não	não	TCU se restringiu ao acompanhamento formal do cumprimento das condições estabelecidas nos normativos do Banco para a o programa ProCopa Arenas (Res. 1888/2010) e no contrato de financiamento

AC 1815/2013 (Plenário)	Acompanhamento	17/07/2013	BNDES ProCopa Arenas	TCU	Sem irregularidades. Vale destacar, porém, que o TCU informou que a empresa já estava habilitada para o RECOPA, deixando ao BNDES a verificação da necessidade de termo aditivo.	Não	Sim	TCU se restringiu ao acompanhamento formal do cumprimento das condições estabelecidas nos normativos do Banco para a o programa ProCopa Arenas (Res. 1888/2010) e no contrato de financiamento. No entanto, no que diz respeito ao RECOPA, informou que a empresa já estava habilitada para o que o BNDES verificasse a pertinência de revisão dos valores financiados.
AC 937/2013 (Plenário)	Acompanhamento	17/04/2013	BNDES ProCopa Arenas	TCU	Sem irregularidades	Não	Não	TCU se restringiu ao acompanhamento formal do cumprimento das condições estabelecidas nos normativos do Banco para a o programa ProCopa Arenas (Res. 1888/2010) e no contrato de financiamento
AC 936/2013 (Plenário)	Acompanhamento	17/04/2013	BNDES ProCopa Arenas	TCU	Sem irregularidades	Não	não	TCU se restringiu ao acompanhamento formal do cumprimento das condições estabelecidas nos normativos do Banco para a o programa ProCopa Arenas (Res. 1888/2010) e no contrato de financiamento

AC 935/2013 (Plenário)	Acompanhamento	17/04/2013	BNDES ProCopa Arenas	TCU	Diante da possibilidade de superfaturamento por utilização de isenções do RECOPA que não foram contabilizados no orçamento. Incumbiu ao BNDES avaliar a necessidade de ajustes no contrato.	Sim	Sim	O Tribunal de Contas observou o espaço discricionário do BNDES, indicando para o Banco a irregularidade constatada e admitindo que este, em sua esfera decisória, analisasse a pertinência de alteração dos contratos de financiamento em face da possível não contabilização dos benefícios fiscais do RECOPA.
AC 664/2013 (Plenário)	Acompanhamento	27/03/2013	BNDES ProCopa Arenas	TCU	Determinou-se que o BNDES cumprisse com as exigências para liberação de 65% do financiamento à Arena da Baixada (envio do Projeto Executivo ao TCE/PR); e sugeriu que o BNDES avaliasse a pertinência de se alterar o contrato em face dos benefícios fiscais do RECOPA	Sim	Sim	O Tribunal de Contas observou o espaço discricionário do BNDES, indicando para o Banco a irregularidade constatada e admitindo que este, em sua esfera decisória, analisasse a pertinência de alteração dos contratos de financiamento em face da possível não contabilização dos benefícios fiscais do RECOPA.

AC 663/2013 (Plenário)	Acompanhamento	27/03/2013	BNDES ProCopa Arenas	TCU	Sem irregularidades	Não	não	TCU se restringiu ao acompanhamento formal do cumprimento das condições estabelecidas nos normativos do Banco para a o programa ProCopa Arenas (Res. 1888/2010) e no contrato de financiamento
AC 399/2013 (Plenário)	Acompanhamento	06/03/2013	BNDES ProCopa Arenas	TCU	Houve atraso nas obras do entorno da Arena, que eram condição para o desembolso das parcelas do financiamento acima de 20%. BNDES procedeu a alterações e alegou não haver prejuízos, recomendando que esta condição fosse exigida posteriormente, para o repasse de valores acima dos 65% do financiamento. O TCU aceitou a argumentação e considerou regular a alteração promovida pelo BNDES.	Não	Sim	O Tribunal de Contas observou o espaço decisório do BNDES, verificando a pertinência das razões contextuais apresentadas pelo Banco para justificar a dispensa da apresentação dos projetos básicos das obras de intervenção no entorno da Arena para a liberação dos recursos do financiamento superiores a 20% do valor total financiado.

AC 3249/2012 (Plenário)	Relatório de Levantamento	28/11/2012	Renúncias de Receitas (RECOPA)	TCU	Sem irregularidades, porém, determinou-se ao Ministério dos Esportes que incluísse as renúncias de receita na matriz de responsabilidades da União para a Copa do Mundo	Não	Não	TCU analisou de forma geral os impactos do RECOPA sobre os contratos de financiamento, em atenção ao Decreto nº 7.319/2010, que determinava o aditamento destes últimos.
AC 3067/2012 (Plenário)	Acompanhamento	14/11/2012	BNDES ProCopa Arenas	TCU	Informações não repassadas ao Portal Copa Transparente. Informou-se aos envolvidos que a não disposição das informações neste portal era condição suspensiva dos repasses dos financiamentos (IN 67/2010).	Não	Não	TCU se restringiu ao acompanhamento formal do cumprimento das condições estabelecidas nos normativos do Banco para a o programa ProCopa Arenas (Res. 1888/2010), no contrato de financiamento e na legislação de regência.
AC 2140/2012 (Plenário)	Acompanhamento	15/08/2012	BNDES ProCopa Arenas	TCU	Exigências de Acórdão anterior foram atendidas. Informou-se que os próximos repasses deveriam ser condicionados à recomposição do contrato de financiamento, tendo em vista o recebimento de benefícios do RECOPA pela construtora..	Não	Não	TCU se restringiu ao acompanhamento formal do cumprimento das condições estabelecidas nos normativos do Banco para a o programa ProCopa Arenas (Res. 1888/2010), no contrato de financiamento e na legislação de regência.

AC 893/2012 (Plenário)	Acompanhamento	18/04/2012	BNDES ProCopa Arenas	TCU	TCU detectou sobrepreço e determinou a suspensão dos repasses até a sua elisão.	Sim	Não	TCU utilizou suas prerrogativas cautelares para a tutela do patrimônio público para suspender qualquer repasse a obra em que se constatava sobrepreço, conforme admitido pelo ProCopa Arenas (Resolução BNDES nº 1.888/2010)
AC 276/2012 (Plenário)	Representação	08/02/2012 (Plenário)	Fundo Marinha Mercante	MP/TCU (Notícia de Jornal)	Detecção de adoção de premissas desarrazoadas e assunção de risco de inadimplemento excessivo. Determinação direta para a responsabilização dos funcionários do BNDES - sem recomendações para a instituição. Outras irregularidades foram desconsideradas pois os normativos internos foram cumpridos.	Não	Não	TCU fiscalizou as operações exclusivamente com fundamento nos normativos internos do BNDES.
AC 251/2012 (Plenário)	Acompanhamento	08/02/2012	BNDES ProCopa Arenas	TCU	Sem irregularidades	Não	Não	TCU se restringiu ao acompanhamento formal do cumprimento das condições estabelecidas nos normativos do Banco para o programa ProCopa Arenas (Res. 1888/2010), no contrato de

								financiamento e na legislação de regência.
AC 3270/2011 (Plenário)	Acompanhamento	07/12/2011	BNDES ProCopa Arenas	TCU	Houve flexibilização o critério de desembolso. Exigia-se a apresentação dos projetos básicos das obras de entorno - algo que se mostrava inadequado ante as características do contrato de PPP. Foi admitido desde que chancelada pela diretoria do BNDES que estes documentos fossem dispensados para a liberação de recursos. Determinou-se a extensão desta flexibilização aos demais contratos de financiamento de arenas se estruturassem como PPPs.	Sim	Sim	O Tribunal de Contas observou o espaço decisório do BNDES, verificando a pertinência das razões contextuais apresentadas pelo Banco para flexibilizar a apresentação dos projetos básicos das obras de intervenção no entorno da Arena para a liberação dos recursos do financiamento superiores a 20% do valor total financiado.

AC 3269/2011 (Plenário)	Acompanhamento	07/12/2011	BNDES ProCopa Arenas	TCU	Determinações de Acórdão anterior foram atendidas, porém informou-se que caso a contratada fosse abrangida pelo RECOPA, o Decreto nº 7.319/2010, determinaria a recomposição contratual e que a disposição das informações no Portal Copa Transparente era uma condição suspensiva do financiamento (IN nº 67/2010).	Não	Não	TCU se restringiu ao acompanhamento formal do cumprimento das condições estabelecidas nos normativos do Banco para a o programa ProCopa Arenas (Res. 1888/2010), no contrato de financiamento e na legislação de regência.
AC 2779/2011 (Plenário)	Acompanhamento	19/10/2011	BNDES ProCopa Arenas	TCU	Houve flexibilização o critério de desembolso, dispensando-se a contratação de empresa independente para elaborar os projetos básicos e executivos. O BNDES solicitou que a apresentação destes fosse uma condição para a liberação de 65% dos recursos, e não de 20%, tendo em vista se tratar de contrato de PPP.	Sim	Sim	O Tribunal de Contas observou o espaço decisório do BNDES, verificando a pertinência das razões contextuais apresentadas pelo Banco para flexibilizar a apresentação dos projetos básicos das obras de intervenção no entorno da Arena para a liberação dos recursos do financiamento superiores a 20% do valor total financiado.

AC 2438/2011 (Plenário)	Solicitação do Congresso Nacional	14/09/2011	Fomento ao Micro e Pequeno Empreendedor	Congresso Nacional (Operação de Crédito Externo)	Houve análise de operação de crédito externo firmada entre BNDES e BID, em relação a qual não se constatou irregularidade, porém determinou-se o acompanhamento do andamento da operação	Não	Não	O TCU se limitou a avaliar a contratação com o BID sob a ótica da legalidade formal da operação, verificando se os dispositivos pertinentes foram observados.
AC 2333/2011 (Plenário)	Acompanhamento	31/08/2011	BNDES ProCopa Arenas	TCU	Determinações de Acórdão anterior foram atendidas, porém informou-se que caso a contratada fosse abrangida pelo RECOPIA, o Decreto nº 7.319/2010, determinaria a recomposição contratual e que a disposição das informações no Portal Copa Transparente era uma condição suspensiva do financiamento (IN nº 67/2010).	Não	Não	TCU se restringiu ao acompanhamento formal do cumprimento das condições estabelecidas nos normativos do Banco para o programa ProCopa Arenas (Res. 1888/2010), no contrato de financiamento e na legislação de regência.
AC 2243/2011 (Plenário)	Acompanhamento	24/08/2011	BNDES ProCopa Arenas	TCU	Sem irregularidades	Não	Não	TCU se restringiu ao acompanhamento formal do cumprimento das condições estabelecidas nos normativos do Banco para o programa ProCopa Arenas (Res. 1888/2010), no contrato de

								financiamento e na legislação de regência.
AC 2085/2011 (Plenário)	Acompanhamento	10/08/2011	Projetos Estruturados de Transporte Urbano (Copa do Mundo)	TCU	Em razão da ausência de aprovação dos licenciamentos ambientais relativos às obras, determinou-se que o BNDES suspendesse os repasses do financiamento do BNDES e que este encaminhasse ao TCU os relatórios periódicos de acompanhamento do progresso físico-financeiro do projeto	Sim	Não	TCU observou os regramentos aplicáveis ao financiamento e, ao constatar descumprimento (falta de licenciamento ambiental) determinou a suspensão dos repasses.
AC 1999/2011 (Plenário)	Acompanhamento	03/08/2011	BNDES ProCopa Arenas	TCU	TCU determinou que o BNDES deveria remeter ao tribunal o contrato que viesse a ser assinado para o financiamento das obras com a concessionária para a análise de sua aderência às regras do ProCopa Arenas.	Sim	Não	TCU se restringiu ao acompanhamento formal do cumprimento das condições estabelecidas nos normativos do Banco para o programa ProCopa Arenas (Res. 1888/2010), no contrato de financiamento e na legislação de regência.

AC 1794/2011 (Plenário)	Acompanhamento	06/07/2011	BNDES ProCopa Arenas	TCU	Houve uma série de irregularidades apontadas pelo MP/BA na modelagem, alocação de riscos, método de pagamentos da contraprestação pública e outros. A Corte de Contas adotou postura de auto contenção e asseverou ter competência para avaliar tão somente o contrato de financiamento. Neste aspecto, a Corte considerou que o BNDES atuou de forma diligente.	Não	Não	O TCU avaliou a operação dentro de suas competências para fiscalizar atuação do BNDES nas obras da Copa do Mundo, apreciando os aspectos que foram reconhecidos como de sua competência pelo Acórdão nº 678/2010.
AC 1679/2011 (plenário)	Solicitação do Congresso Nacional	22/06/2011	Política de Desenvolvimento da Gestão Ambiental Sustentável	Solicitação do Congresso Nacional (Operação Financeira da União)	Avaliou-se a aplicação de recursos decorrentes de operação de crédito externo entre BNDES e BIDE não se verificou irregularidades;	Não	Não	O TCU se limitou a avaliar a aderência dos dispêndios realizados às finalidades especificadas na operação de crédito e externo e a economicidade da contratação.

AC 1517/2011 (Plenário)	Acompanhamento	08/06/2011	BNDES ProCopa Arenas	TCU	BNDES deixou de encaminhar a documentação referente à aprovação dos projetos das obras da arena, deixando que o Governo do Estado o fizesse. O TCU respondeu que cabe ao banco analisar estes documentos e estes devem ser encaminhados à Corte pela instituição financeira, com suas análises internas.	Não	Não	TCU se restringiu ao acompanhamento formal do cumprimento das condições estabelecidas nos normativos do Banco para o programa ProCopa Arenas (Res. 1888/2010), no contrato de financiamento e na legislação de regência e diante da insuficiência dos documentos encaminhados, informou ao banco a necessidade de complementações.
-------------------------------	----------------	------------	----------------------------	-----	--	-----	-----	--

AC 1074/2011 (Plenário)	Prestação de Contas	27/04/2011	Contratações para Viabilizar a Capilarização do FINAME	TCU (processo de julgamento de contas anuais)	O MP/TCU pretendia responsabilizar gestores que autorizaram a cessão da carteira ao HSBC, alegando a ausência de licitação e omissão por parte dos agentes. O Plenário indeferiu o recurso alegando (i) o BNDES implementou ações efetivas para estruturar a operação; (ii) a ausência de licitação foi considerada regular em outros processos similares; (iii) não houve omissão por parte dos gestores.	Não	Sim	O Tribunal, mesmo diante de relatos que poderiam ser considerados contrários à legislação, entendeu pertinente encerrar a questão por vislumbrar saneamento da irregularidade diante da ausência de regulamentação deste tipo de operação diante da estruturação posterior do Banco para conduzir operações do tipo, além de ser inviável individualizar as condutas a serem imputadas e pelo fato de, do ponto de vista processual, as contas já terem sido aprovadas em processo anterior.
-------------------------------	------------------------	------------	---	--	--	-----	-----	--

AC 845/2011 (Plenário)	Acompanhamento	06/04/2011	BNDES ProCopa Arenas	TCU	<p>Determinou-se ao BNDES que: (i) abstinhasse de liberar recursos em projetos com irregularidades apontadas pelos órgãos de controle; (ii) passasse a adotar as mesmas salvaguardas em outros projetos; (iii) passasse a encaminhar ao TCU as planilhas de quantitativos aprovadas; (iv) passasse a encaminhar ao TCU os relatórios trimestrais de acompanhamento da execução dos projetos que devem ser encaminhados à CGU; (v) promovesse a realização de reuniões bimestrais em que apresente ao Tribunal a situação físico-financeira de cada um desses projetos</p>	Sim	Não	<p>TCU se restringiu ao acompanhamento formal do cumprimento das condições estabelecidas nos normativos do Banco para o programa ProCopa Arenas (Res. 1888/2010), no contrato de financiamento e na legislação de regência e diante da inadequação de certos procedimentos, determinou ao banco a necessidade de correções em suas condutas.</p>
------------------------------	----------------	------------	----------------------------	-----	---	-----	-----	--

AC 354/2011 (Plenário)	Prestação de Contas	16/02/2011	Contratações para Viabilizar a Capilarização do FINAME	TCU	O MP/TCU pretendia responsabilizar gestores que autorizaram a cessão da carteira ao HSBC, alegando a ausência de licitação e omissão por parte dos agentes. O Plenário indeferiu o recurso alegando (i) o BNDES implementou ações efetivas para estruturar a operação; (ii) a ausência de licitação foi considerada regular em outros processos similares; (iii) não houve omissão por parte dos gestores.	Não	Sim	O Tribunal, mesmo diante de relatos que poderiam ser considerados contrários à legislação, entendeu pertinente encerrar a questão por vislumbrar saneamento da irregularidade diante da ausência de regulamentação deste tipo de operação diante da estruturação posterior do Banco para conduzir operações do tipo, além de ser inviável individualizar as condutas a serem imputadas e pelo fato de, do ponto de vista processual, as contas já terem sido aprovadas em processo anterior.
------------------------------	------------------------	------------	---	-----	--	-----	-----	--

AC 289/2011 (plenário)	Solicitação do Congresso Nacional	09/02/2011	Operações BNDESPar com a LLX (Eike Batista)	Solicitação do Congresso Nacional (Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da CD)	<p>CFFC pretendia que a Corte analisasse supostos atos antieconômicos praticados pelo BNDESPar em seus investimentos na LLX. TCU informou que já havia investigação em andamento e que a CD seria notificada por ocasião de seu julgamento de mérito.</p>	Não	Não	Decisão de cunho estritamente processual
AC 267/2011 (Plenário)	Acompanhamento	09/02/2011	BNDES ProCopa Arenas	TCU	<p>Houve identificação de pendências nos projetos e graves irregularidades na licitação da concessão, ao que o TCU determinou ao BNDES que informasse ao Tribunal quais eram as providências adotadas para sanear as pendências apontadas.</p>	Sim	Não	Diante das irregularidades noticiadas e constatadas, o TCU atribuiu ao BNDES um papel de intermediação entre o governo do Estado - responsável pela concessão - e o TCU, exigindo do banco informações sobre as medidas que estavam sendo negociadas com o Estado para superar as irregularidades constatadas.

AC 3142/2010 (Plenário)	Solicitação do Congresso Nacional	24/11/2010	PDPs	Solicitação do Congresso Nacional (Deputado)	Análise de suposto favorecimento. A operação foi considerada de acordo com as características da operação de fomento. No entanto, a Corte recomendou que o BNDES estabelecesse atributos que justificassem a seleção de seus parceiros	Sim	Sim	Muito embora a Corte tenha identificado indícios de concentração de mercado, optou por respeitar as escolhas realizadas no objeto da política pública controlada, e não as apontou como uma irregularidade, apenas indicou, de forma recomendatória, que o BNDES aprimorasse seus critérios de seleção.
AC 2944/2010 (Plenário)	Solicitação do Congresso Nacional	03/11/2010	Política de Desenvolvimento da Gestão Ambiental Sustentável	Solicitação do Congresso Nacional (Operação Financeira da União)	Avaliou-se a operação de crédito externo e esta foi considerada regular. Determinou-se o acompanhamento da destinação dos recursos provenientes da operação	Não	Não	O TCU se limitou a avaliar a contratação com o BIRD sob a ótica da legalidade formal da operação, verificando se os dispositivos pertinentes foram observados.

AC 2671/2010 (Plenário)	Solicitação do Congresso Nacional	06/10/2010	Crédito Rural (Amazônia)	Solicitação do Congresso Nacional (Comissão da Amazônia, Integração Nacional e de Desenvolvime nto Regional)	Não foram identificadas irregularidades, mas foram apontadas incoerências nas políticas de financiamento do governo federal, pois fomentavam atividades de desmate ao mesmo passo que procuravam incentivar a preservação ambiental. Foram exaradas recomendações para que o Banco da Amazônia avaliasse a pertinência de se estabelecer providências a respeito das contradições apontadas.	Não	Não	O BNDES não foi objeto de recomendações, muito embora a Corte tenha ponderado existir uma incongruência entre as PDPs e Plano de Ação Para a Prevenção e o Controle do Desmatamento na Amazônia Legal (PPCDAm).
AC 2312/2010 (Plenário)	Solicitação do Congresso Nacional	08/09/2010	Garantia em Operação de Crédito Externo	Solicitação do Congresso Nacional (Operação Financeira da União)	Foi analisada a operação de crédito externo, a qual se verificou ainda não ter sido celebrada. Determinou-se, contudo, o acompanhamento futuro da operação de celebração deste contrato	Sim	Não	O TCU , ainda que a operação ainda não tenha sido celebrada, entendeu pertinente, por força de recomendação do Plenário do Senado Federal, determinar seu acompanhamento, determinando ao BNDES que remetesse ao Tribunal cópias do contrato celebrado.

AC 1808/2010 (Plenário)	Prestação de Contas	28/07/2010	Análise de Decisão quanto a Reestruturação de Dívida com a FINAME	TCU	Houve identificação de irregularidades pelo Mp/TCU, que foram afastadas pelo Plenário por: (i) os esforços do BNDES tiveram o objetivo de recuperar o Grupo Chapecó, visando a preservação de empregos; (ii) inexigibilidade de conduta diversa (agiram dentro do justo possível); (iii) não há como se considerar irregular algo apenas por seu resultado; (iv) o descumprimento de normas pontuais não macula a regularidade das contas.	Não	Sim	O Tribunal acatou as justificativas do BNDES, considerando regular as contas do BNDES, ainda que realizada em afronta a determinados normativos do Banco, dado que a operação inquinada foi realizada com o intuito de preservar empregos e em favor do interesse público.
AC 1108/2010 (Plenário)	Solicitação do Congresso Nacional	19/05/2010	Crédito Rural (Amazônia)	Solicitação do Congresso Nacional (Comissão da Amazônia, Integração Nacional e de Desenvolvimento Regional)	Prorrogação de prazo das investigações foi aprovada pelo Plenário	Não	não	Decisão de cunho estritamente processual

AC 715/2010 (Plenário)	Representação	07/04/2010	Fundo Marinha Mercante	MP/TCU (Notícia de Jornal)	BNDES se recusou a encaminhar documentos sob alegação de sigilo bancário. TCU determinou a apresentação dos documentos.	Não	Não	TCU reiterou seu posicionamento, exigindo a remessa de documentos sob pena de penalização.
AC 689/2010 (Plenário)	Prestação de Contas	07/04/2010	Análise de Decisão quanto a Reestruturação de Dívida com a FINAME	MP/TCU	Houve o reconhecimento do descumprimento de normativos do banco, porém, mesmo assim, o BNDES considerou legítimo a operação junto ao Grupo Chapecó, acatando o posicionamento do banco de que: (i) era a única alternativa para salvar a empresa; (iii) foi lastreada em interesse público. Determinou-se, contudo, que quando realizar operações que envolvam a flexibilização dos normativos internos da instituição, diante de situações excepcionais, exponha as razões e as justificativas de forma clara e completa, de modo a possibilitar o	Sim	Sim	O Tribunal acatou as justificativas do BNDES, considerando regular as contas do BNDES, ainda que realizada em afronta a determinados normativos do Banco, dado que a operação inquinada foi realizada com o intuito de preservar empregos e em favor do interesse público.

					efetivo controle de suas decisões pelo TCU			
AC 266/2010 (Plenário)	Solicitação do Congresso Nacional	24/02/2010	Crédito Rural (Amazônia)	Solicitação do Congresso Nacional (Comissão da Amazônia, Integração Nacional e de Desenvolvimento Regional)	Foi aceita a solicitação e determinada a realização de acompanhamento	Não	Não	Decisão de cunho estritamente processual
AC 1623/2009 (Plenário)	Solicitação do Congresso Nacional	22/07/2009	PDPs	Solicitação do Congresso Nacional (CFFC)	Por existirem processos similares, determinou-se o apensamento da solicitação ao processo já existente	Não	Não	Decisão de cunho estritamente processual

AC 1202/2009 (Plenário)	Solicitação do Congresso Nacional	03/06/2009	Contratações para Viabilizar a Capilarização do FINAME	Solicitação do Congresso Nacional (Pres. Do Senado)	Determinou a realização de auditoria de conformidade original dos processos de cessão de crédito ao HSBC.	Não	Não	Diante de indícios de práticas irregulares na aquisição da carteira de créditos pelo HSBC, o TCU determinou a realização de auditoria de conformidade.
AC 2865/2008 (Plenário)	Representação	03/12/2008	Participação Concessionária Telecom	Representação (Deputado)	Rejeita as irregularidades apontadas pela representação. Determinou-se que o resultado da operação fosse acrescido nas contas do ano seguinte.	Sim	Não	O TCU analisou a operação estritamente quanto a sua aderência aos marcos regulatórios do setor de telecomunicações. Limitou-se a exigir que o resultado da operação apoiada fosse incluído na tomada de contas do ano seguinte,
AC 1617/2008 (Plenário)	Acompanhamento	13/08/2008	Programa de Apoio à Capitalização das Distribuidoras de Energia Elétrica	TCU (Ministro Sherman Cavalcanti - alto risco das operações)	Aquisição de debêntures de concessionária financiada em más condições financeiras. Outro grupo empresarial adquiriu a concessionária e as debêntures foram convertidas em ações. TCU considerou que esta conversão mitigou o risco da operação e o equiparou às operações correntes do BNDES. Arquivado por falta de irregularidade	Não	Sim	O TCU deixou de apreciar detalhes da operação, ainda que tenha ocorrido apontamento quanto ao alto risco das operações em função do elevado endividamento das empresas do setor elétrico, tendo em vista que a operação fiscalizada se assemelhava a outras conduzidas pelo Banco (aporte em mercado de capitais). O Tribunal deixou de ponderar o aspecto relacionado ao endividamento da empresa.

AC 1362/2008 (Plenário)	Acompanhamento	16/07/2008	Financiamento subsidiado para aquisição de empresa	TCU (Acompanhamento iniciado por Denúncia)	Houve a identificação de riscos de pagamento que, no entanto, foram descartados diante da valorização das ações do grupo e dos investimentos feitos pelo BNDES.	Não	Sim	O TCU analisou a operação com o objetivo de verificar a possibilidade de dano ao Erário decorrente da operação de descruzamento acionária de empresas do setor mineral. A valorização acionária foi considerada indício suficiente para afastar qualquer indício.
AC 71/2008 (Plenário)	Relatório de Auditoria Operacional	30/01/2008	BNDES Exim	Não identificado (processo sigiloso na origem)	Identificou-se o descumprimento de normativos internos, afinal, não se identificava nas Decisões de diretoria informações imprescindíveis para a identificação dos funcionários presentes na deliberação. O Banco argumentou que se utilizava das atas das reuniões para tanto. O Plenário reviu, em sede recursal, o mandamento original e acatou as razões do BNDES.	Não	Sim	As normas internas do Banco exigiam que os diretores assinassem as decisões adotadas. O Plenário entendeu ser suficiente a apresentação da ata com a relação de diretores presentes, muito embora este não fosse o comando das regras do BNDES.

AC 1821/2007 (Plenário)	Relatório de Levantamento	05/09/2007	Fundo Marinha Mercante	TCU (Fiscobras 2007)	Sem irregularidades	Não	Não	O TCU apenas avaliou as dotações orçamentárias e o contrato da construção de navios para a Petrobras.
-------------------------------	------------------------------	------------	------------------------------	----------------------------	---------------------	-----	-----	---

AC 1781/2007 (Plenário)	Denúncia	29/08/2007	BNDES Automático	Autor não identificado	Irregularidades: a) desvio de finalidade dos recursos oriundos de financiamento concedido por instituição financeira oficial, configurando crime contra o sistema financeiro nacional, tipificado no art. 20 da Lei 7.492/86; e b) possível participação de servidores do BNDES na suposta fraude. Muito embora a documentação do banco não fosse conclusiva, o Plenário considerou que: (i) por não haver prejuízo; (ii) pela adoção de providências tão logo conhecidas as irregularidades; (iii) que os valores emprestados foram devidamente pagos, não haverá motivação para a sanção dos agentes. Recomendou-se ao BNDES aprimorar seus processos internos de avaliação de operações indiretas	Sim	Sim	As irregularidades graves constatadas não foram objeto, nem mesmo, de aprofundamento na fiscalização. Os Ministros entenderam ser suficiente a constatação de que não teria ocorrido danos e que o BNDES teria adotado providências tão logo constatado as irregularidades.
-------------------------------	----------	------------	---------------------	---------------------------	--	-----	-----	---

AC 942/2007 (Plenário)	Levantamento de Auditoria	23/05/2007	Programa Nacional de Crédito Fundário	Requisição da Comissão de Agricultura, Pecuária, Abasteciment o e Desenvolvime nto Rural	Determinou a realização de auditoria operacional	Não	Não	Decisão de cunho estritamente processual
AC 693/2007 (Plenário)	Desestatização	25/04/2007	Desestatizaç ão (TAV) ⁵⁵³	TCU	Houve determinações quanto a modificações no Edital e no Contrato - todas elas endereçadas à VALEC e não ao BNDES	Não	Não	O Edital e Contrato foram apreciados exclusivamente com fundamento nas regras da IN 27/98.

⁵⁵³ O projeto de concessão do TAV não se estruturou como uma desestatização, mas sim como concessão. Não obstante, pelo fato de à época, a fiscalização de projetos de outorga de serviços públicos serem disciplinados na IN 27/98 - a mesma que a das desestatizações - o processo tramitou sob esta rubrica. Esta foi mantida para evitar a distorção dos dados.

AC 2319/2006 (plenário)	Denúncia	06/12/2006	BNDES Automático	MP/TCU	Houve constatação das seguintes irregularidades na operação: (i) concessão de financiamento com recursos públicos para empresa de parlamentar; (ii) não exigência de garantia real em operação utilizando recursos do Fundo de Garantia de Promoção da Competitividade, cujos normativos assim exigiam. Justificativas do BNDES foram integralmente acatadas. Determinações de multa contempladas no AC 601/2003 foram revistas. As determinações ao BNDES, não.	Não	Sim	O Tribunal relativizou a responsabilidade de técnicos do BNDES por terem conduzido operação de financiamento a empresa em que parlamentar constava como acionista e sem a exigência das garantias adequadas. A Corte entendeu se tratar de caso excepcional, que admitia a contratação deste financiamento com garantias distintas das especificadas pelas normas operacionais do BNDES (Circular FINAME nº 165/1999). Foram mantidas as determinações ao BNDES, porém.
-------------------------------	----------	------------	---------------------	--------	--	-----	-----	---

AC 1413/2016 (Plenário)	Relatório de Auditoria	01/06/2016	BNDES Exim	Solicitação do Congresso Nacional	Determinou-se a instauração de novas investigações sobre operações específicas do BNDES nesta linha de crédito e foram emitidas determinações para alterações operacionais no BNDES.	Sim	Não	O Tribunal procedeu à ampla análise e revisão das decisões administrativas do BNDES na gestão desta política, reputando-as ilegais ainda que com base exclusivamente em suas próprias conclusões técnicas e determinando a responsabilização dos técnicos do Banco ou a revisão das normas operacionais do BNDES Exim.
AC 2128/2006 (Plenário)	Relatório de Auditoria	14/11/2006	Fundo Marinha Mercante	Solicitação da Comissão de Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados	Houve identificação de descumprimentos de normativos do banco, mas que foram desconsiderados em função da ausência de prejuízos ou má fé dos responsáveis. Determinou-se ao BNDES observasse as formalidades necessárias nas contratações.	Sim	Sim	A despeito da identificação das irregularidades e exaço das determinações, o TCU entendeu pertinente não convocar os responsáveis nem proceder à responsabilização, tendo em vista que não teriam sido demonstrada má fé ou prejuízo.

AC 1658/2006 (Plenário)	Desestatização	13/09/2006	Desestatização (DATAME C)	TCU	Identificou-se o descumprimento de regras legais pelo edital. A Corte de Contas decidiu por instaurar TCE contra técnicos da CEF. Não houve decisão envolvendo o BNDES	Não	Não	O Edital e Contrato foram apreciados exclusivamente com fundamento nas regras da IN 27/98.
AC 1367/2006 (Plenário)	Desestatização	09/08/2006	Desestatização* (Alienação de Ações Preferenciais Petrobras)	TCU	Houve encaminhamento tardio da documentação referente aos processos de alienação de ações da petrobras e contratação de auditores sem licitação. Os responsáveis foram punidos em primeiro julgamento. Não obstante, houve revisão desta determinação e anulação das sanções determinadas no AC 581/2003.	Não	Sim	Apesar da expressa contrariedade das condutas adotadas em face da IN nº 27/1998 (que exigia a remessa dos documentos ao TCU) e do art. 22 do Decreto nº 2.594/98 (que exigia contratação prévia de auditores), o Plenário, entendendo não haver má fé e admitindo o desconhecimento do gestor de que a norma era aplicável para a operação, as sanções foram revistas.

AC 2102/2005 (Plenário)	Acompanhamento	30/11/2005	Programa de Estímulo à Privatização Estadual	TCU (notícias de jornal)	<p>Houve irregularidades que não poderiam levar à sanção dos responsáveis por já terem sido aprovadas pelo Tribunal. Foram convertidas em recomendação e as justificativas apresentadas foram catadas. Não obstante, o BNDES foi objeto de determinações referentes à necessidade de aferição do fluxo de caixa das empresas antes de se conceder financiamentos, e também para que o Banco incluía, sempre que recomendável e possível, os controladores das empresas tomadoras ou garantidoras do crédito como intervenientes no contrato de financiamento; empre que recomendável, faça constar cláusula contratual que obrigue as controladoras da empresa tomadora de crédito a aportar recursos financeiros, se necessários ao adimplemento das obrigações junto ao Banco; faça constar dos contratos a exigência de suplementação de garantias durante a execução contratual nas situações em que o valor</p>	Sim	Não	<p>O TCU foi pouco deferente nesta decisão. Apesar de ter isentado os funcionários do Banco, acabou por ser objeto de recomendações que, de um lado, exigiam a observância dos normativos internos do Banco, enquanto de outro, eram recomendações técnicas, oriundas de entendimentos do TCU</p>
-------------------------------	----------------	------------	--	--------------------------	--	-----	-----	---

					das garantias ofertadas se situe abaixo do patamar mínimo de 130% em relação ao valor devido, conforme prevê o art. 20, § 1º, da Res. BNDES nº 862/96, c/c art. 27 da Res. BNDES nº 665/87;. informe, nas próximas prestações de contas anuais, até liquidação final, a situação das operações relacionadas aos financiamentos concedidos.			
--	--	--	--	--	--	--	--	--

AC 1828/2005 (Plenário)	Denúncia	09/11/2005	Financiamento	Denúncia	Denúncia informava suposto financiamento com empresa em vias de falência. Constatou-se que não havia operação com a referida empresa. Processo foi arquivado	Não	Não	TCU procedeu à avaliação de eventos que lhe foram denunciados, no entanto, diante da ausência de materialidade dos eventos narrados, o processo foi arquivado.
AC 1718/2005 (Plenário)	Levantamento de Auditoria	26/10/2005	Metodologia de Concessão de Benefícios Financeiros e Creditícios	TCU	Sem irregularidades	Não	Não	Houve levantamento de informações sobre o sistema de concessão de benefícios fiscais, abrangendo os recursos direcionados ao BNDES. Não houve diligências sobre o BNDES.
AC 997/2005 (Plenário)	Solicitação do Congresso Nacional	20/07/2005	Financiamento das Concessões detidas pelo grupo AES	CFFC	Simples constatação de que já existem diversos processos sobre o tema e de que a CD seria notificada ao final destes processos	Não	Não	Decisão de cunho estritamente processual
AC 964/2005 (Plenário)	Relatório de Auditoria	13/07/2005	PROEMPREGO II	Equipe de Auditoria	Constatação de que a operação estava regular, a exceção da avaliação de questão ambiental - que foi relevada	Sim	Não	A ausência de análise de sustentabilidade ambiental foi superada após se constatar que o empreendimento já detinha licenças ambientais em vigor.

AC 964/2005(1ª câmara)	Representação	17/05/2005	financiamento Fusão Empresas Aéreas	MP/TCU (notícias de jornal)	Não houve constatação de irregularidades, posto que a operação denunciada não se realizou. Mesmo assim, determinou-se ao BNDES que remetesse ao TCU qualquer decisão futuramente adotada em caso de análise de operação similar à denunciada.	Sim	Não	O Tribunal apenas averiguou eventos narrados na representação e diante da constatação de inexistência da operação, determinou a remessa de informações em caso de realização da operação.
AC 504/2005 (Plenário)	Desestatização	04/05/2005	Desestatização* (Ações Petrobras)	TCU	O Ministro relator reviu seu posicionamento quanto a aplicação de penalidade, indicando que seu acórdão havia sido contraditório em relação à fundamentação adotada	Não	Não	Decisão de cunho estritamente processual

AC 221/2005 (Plenário)	Acompanhamento	09/03/2005	Programa de Estímulo à Privatização Estadual	TCU	Foram encontradas irregularidades, em relação aos quais se demandou manifestação do MP/TCU. Recomendou-se, porém, que o BNDES promova estudos no sentido de reavaliar as suas políticas operacionais na modalidade <i>non recourse finance</i> a fim de agregar mais segurança aos capitais do banco	Sim	Sim	Respeitou-se a esfera decisória do banco. Ainda que a área técnica discordasse das políticas operacionais do BNDES, o TCU se limitou a recomendar (de forma não vinculante) que o Banco estudasse alternativas de aprimoramento.
AC 1936/2004 (Plenário)	Acompanhamento	01/12/2004	BNDES Automático	TCU	Informou-se a existência de processo deste tipo em andamento. Determinou-se ao Banco que acompanhasse a ação judicial sobre o tema.	Sim	Não	Houve determinação formal, atinente ao acompanhamento da tramitação de ação judicial

AC 1664/2004 (Plenário)	Acompanhamento	27/10/2004	BNDSPar (Telecomunicações)	TCU	TCU identificou que as dívidas da NET não estavam sendo reduzidas em virtude de óbices operacionais na forma de apuração e pagamento destas últimas. TCU determinou que BNDES endereçasse uma solução.	Sim	Sim	O TCU identificou irregularidades, porém, observou o espaço decisório do Banco ao determinar que este diligenciasse junto aos demais acionistas da NET e formulasse uma solução para as irregularidades apontadas.
AC 1560/2004 (Plenário)	Representação	06/10/2004	Programa de Estímulo à Privatização Estadual	Senador (Notícias de Jornal)	Não houve irregularidades na operação, porém, determinou-se que o BNDES adotasse medidas para corrigir inconsistências apontadas em consultoria por ele contratada	Sim	Sim	O TCU revisou os estudos subjacentes à operação e referendou-os, concordando quanto a lucratividade e legalidade da operação, em uma postura de utilização das informações do Banco para formar seu juízo. Ademais, limitou-se a exarar determinação formal.

AC 1139/2004 (Plenário)	Representação	11/08/2004	Operação de Sub-rogação em Dívidas da União (Sem enquadramento operacional específico)	TCU (unidade técnica)	Determinou-se que nas operações de captação de recursos externos, o BNDES faça constar das cláusulas contratuais a taxa bruta negociada, consignando, se for o caso, as alíquotas de imposto de renda devidas e o responsável tributário;	Sim	Não	O TCU revisou a atuação do BNDES conforme as normas de regência de sua atuação (Lei do PND, pareceres da STN e autorizações do Banco Central).
AC 1047/2004 (Plenário)	Desestatização	28/07/2004	Desestatização Vale do Rio Doce	TCU	Houve atraso e imprecisão na remessa da documentação. Determinou-se ao BNDES que, nos processos de desestatização em geral, ao remeter a documentação exigida pela IN TCU nº 27/1998, atente para a clareza e a suficiência das informações enviadas, de modo a possibilitar que o TCU aprecie adequadamente os referidos processos;	Sim	Não	Decisão que exige tão somente a remessa tempestiva da documentação.
AC 663/2004 (Plenário)	Denúncia	26/05/2004	BNDES Financiador Processos de Privatização	Denúncia	Sem irregularidades	Não	Não	Constatação de que a operação referente ao BNDES não ocorreu.

AC 656/2004 (Plenário)	Desestatização	26/05/2004	Desestatização (Serviços Navegação da Bacia do Prata S.A)	TCU	o processo de desestatização restou sobrestado por pendência judicial que impediu a conclusão da privatização	Não	Não	O Tribunal apreciou a operação nos termos da Decisão Plenária de 28/05/1991 (Ata n. 22, Anexo XIII), em virtude de os procedimentos pertinentes terem se dado anteriormente à vigência da Instrução Normativa/TCU n. 07/1994, e da IN nº 27/98.
------------------------------	----------------	------------	---	-----	---	-----	-----	---

AC 183/2004 (Plenário)	Acompanhamento	03/03/2004	BNDESPar (Telecomunicações)	TCU	Irregularidades constatadas e apontamentos realizados para o BNDES. Determinou-se ao BNDES que: atue proativa e tempestivamente junto à Companhia e demais acionistas com vistas a encontrar uma imediata e adequada solução para superar eventuais obstáculos que estejam impedindo o reequacionamento das dívidas da Companhia e a substituição das operações em dólar norte-americanos por reais; na ocasião das próximas contas da BNDESPAR, informe a este Tribunal as dívidas da Net Serviços de Comunicações S/A negociadas e a negociar, nome dos credores, moedas envolvidas, prazos renegociados, taxas de juros, garantias oferecidas, montantes efetivamente pagos/amortizados, inclusive a situação	Sim	Não	O TCU revisou as decisões do banco na operação e por considerá-las irregulares e contrárias a seus normativos internos, exarou determinações quanto a correção das irregularidades constatadas.
------------------------------	----------------	------------	--------------------------------	-----	--	-----	-----	---

					atual de cada operação, tendo como termo inicial os saldos observados em 01/07/2002; este outras informações julgadas relevantes sobre os negócios da Companhia, inclusive se o Sistema BNDES prestou algum tipo de apoio financeiro ou renegociação com a NET e/ou com suas controladoras ou controladas e coligadas depois da operação de capitalização objeto da Decisão Dir. nº 067/2002-BNDESPAR, de 29.07.2002, discriminando-as, se for o caso, acompanhadas das respectivas decisões e instruções padronizadas;			
--	--	--	--	--	---	--	--	--

AC 1143/2003 (Plenário)	Relatório de Auditoria	13/08/2003	Análise de Riscos no BNDES	Equipe de Auditoria	A auditoria foi exploratória e delimitou áreas de interesse para a realização de novas auditorias, com recomendações operacionais para o BNDES.	Sim	Sim	A auditoria realizada teve por objetivo testar a metodologia de auditoria estudada pelos auditores do TCU junto a instituição superior de controle do Canadá. Ao fim e ao cabo, foram apresentadas recomendações ao BNDES para as áreas em que teriam sido constatadas ineficiências, reservando-se o espaço decisório do banco.
AC 830/2003 (Plenário)	Solicitação do Congresso Nacional	09/07/2003	FINAME e Financiamentos Agropecuária	CFFC	Informou-se a existência de processo deste tipo em andamento	Não	Não	Decisão de cunho estritamente processual

AC 610/2003 (Plenário)	Denúncia	28/05/2003	BNDES Automático	MP/TCU	<p>Houve constatação das seguintes irregularidades na operação: (i) concessão de financiamento com recursos públicos para empresa de parlamentar; (ii) não exigência de garantia real em operação utilizando recursos do Fundo de Garantia de Promoção da Competitividade, cujos normativos assim exigiam. Em face destes achados determinou-se a responsabilização dos funcionários do BNDES e determinou-se que Banco que: (i) exija garantias adequadas; (ii) observe as restrições quanto a operações com parlamentares; (iii) observe a legislação de regência e (iv) apure as divergências de valores nos relatórios de aplicação do crédito concedido.</p>	Sim	Não	<p>O TCU determinou apenas que o BNDES observasse as disposições normativas aplicáveis (Circular/Finame nº 165/1999), responsabilizando os funcionários que deixaram de fazê-lo.</p>
------------------------------	----------	------------	---------------------	--------	---	-----	-----	--

AC 581/2003 (Plenário)	Desestatização	28/05/2003	Desestatização* (Ações Petrobras)	TCU	Constatou-se irregularidade na contratação de auditores para determinar o preço das ações da Petrobras (foi contratado a posteriori e sem licitação) e houve atraso na remessa de documentos necessários para o controle externo da operação. Os responsáveis foram penalizados	Não	Não	O TCU adotou como referência dois comandos normativos específicos. Para a contratação do auditor, mencionou-se o art. 22, do Decreto nº 2.594/98 . Para o prazo de remessa dos documentos a IN nº 27/1998.
AC 296/2003 (Plenário)	Desestatização	02/04/2003	Desestatização (DATAMEC)	TCU	Determinou-se ao BNDES que instaure procedimento sancionatório contra o consultores que apoiaram o processo de desestatização diante do descumprimento do contrato	Sim	Sim	A decisão original entendia que diante das irregularidades constatadas, o TCU poderia proceder à sanção do consórcio. No presente processo, a decisão foi reformada para se determinar que o BNDES conduzisse esse processo e realizasse a sua apuração.

AC 224/2003 (Plenário)	Acompanhamento	19/03/2003	Desestatização (venda de ações remanescentes)	TCU	Sem irregularidades, porém determinou-se que nos futuros projetos não se realizasse contratações de serviços de coordenação de venda de ações remanescentes de processos de privatização, observe as disposições da Lei 8.666/93, abstendo-se de efetuar essas contratações por meio de inexigibilidade de licitação uma vez que, nesses casos, não está caracterizada a inviabilidade de competição;	Sim	Não	O TCU analisou a contratação dos consultores sob a ótica da legislação da lei de licitações.
AC 29/2003 (Plenário)	Denúncia	22/01/2003	Financiamento a Empresas Privatizadas	Denúncia	As irregularidades foram consideradas improcedentes, mas mesmo assim foram realizadas determinações para que o BNDES mantivesse a Corte informada sobre a operação de descruzamento acionário.	Sim	Sim	O Tribunal deixou de considerar irregular a operação por entender que esta trazia benefícios para a economia nacional, endossando os objetivos da política de fomento controlada, sem maiores considerações críticas.

Decisão 1325/2002 (Plenário)	Acompanhamento	09/10/2002	BNDESPar (Telecomunicações)	TCU (notícias)	Sem irregularidades	Não	Não	Houve notícia que a operação controlada já estava em andamento, de modo que se tornou despicienda a determinação de medidas cautelares.
AC 225/2002 (Plenário)	Desestatização	26/06/2002	Desestatização (Malha Paulista da RFFSA)	TCU	Houve atraso na remessa da documentação, que foi considerado não imputável ao responsável (reviu-se posição anterior com base em declaração superveniente da empresa estatal de que não teria ocorrido atraso)	Não	Sim	Ante documentação inconclusiva, o Ministro fiou-se em declaração de empresa estatal de que não houve atraso na remessa da documentação, adotando interpretação mais branda, em favor do gestor.

Decisão 20/2002 (Plenário)	Solicitação do Congresso Nacional	30/01/2002	Programa de Apoio à Reestruturação e Ajuste Fiscal dos Estados,	CFFC	Não foram identificadas irregularidades, mas determinou-se uma correção formal. Exigiu-se que nas próximas prestações de Contas do BNDES incluísse as atividades desenvolvidas no acompanhamento e monitoramento de suas operações, indicando relatórios gerenciais, pareceres, notas técnicas ou análises efetuadas com base nos acompanhamentos realizados pelo DEACO - Departamento de Acompanhamento e por suas Áreas Operacionais	Sim	Não	O Tribunal desempenhou um controle de conformidade e demandou o envio de documentos adicionais, referente à instrução das decisões analisadas pelo Tribunal.
Decisão 854/2001 (Plenário)	Acompanhamento	17/10/2001	Desestatização Rede Federal de Armazéns Gerais Ferroviários	TCU	Houve constatação de falhas nos estudos de empresa consultora, ao que se determinou ao BNDES avaliar a necessidade de aplicação de sanções sobre a empresa e que este passasse a avaliar as premissas adotadas por seus consultores.	Sim	Não	O TCU revisou os estudos técnicos em atenção a seu papel na análise dos estudos subjacentes aos processos de desestatização, nos termos da IN 007/1994.

Decisão 550/2001 (Plenário)	Desestatização	15/08/2001	Desestatização (DATAMEC)	TCU	Determinou-se que faça constar da documentação a ser encaminhada a este Tribunal, relativamente aos próximos processos de desestatização, as propostas técnicas acompanhadas de seus anexos, apresentadas pelos vencedores dos certames licitatórios para os serviços 'A' e 'B', conforme exigência contida no inciso IV do artigo 38 da Lei nº 8.666/93	Sim	Não	Em sede recursal, o tribunal entendeu pertinente revisar a decisão em primeiro julgamento e exigir o envio de documento exigido pelo Lei Federal nº 8.666/1993 para a instrução dos processos licitatórios.
AC 460/2001 (Plenário)	Acompanhamento	18/07/2001	Desestatização (SALGEM A Industrias Químicas S.A, Companhia Química do Recôncavo Baiano e Cia. Petroquímica Camaçari	TCU	Sem irregularidades	Não	Não	O Tribunal apreciou a operação nos termos da Decisão Plenária de 28/05/1991 (Ata n. 22, Anexo XIII), em virtude de os procedimentos pertinentes terem se dado anteriormente à vigência da Instrução Normativa/TCU n. 07/1994, e da IN nº 27/98.

Decisão 459/2001 (Plenário)	Desestatização	18/07/2001	Desestatização (Alienação de Imobiliário da União)	TCU	Revisou-se exigência quanto a prova de publicação do edital em jornal de grande circulação	Não	Não	Houve exigência formal de prova de apresentação do edital em jornal de grande circulação, para dar cumprimento à Lei Federal nº 8.666/1993. Não obstante, diante da prova de que o requisito não era pertinente no caso concreto, houve revisão da decisão.
Decisão 412/2001 (Plenário)	Relatório de Auditoria Operacional	04/07/2001	Avaliação Operacional das Políticas e Prioridades do Banco	Plano de Auditoria (por solicitação do CN)	Foram apontados pontos de melhoria no exercício da atividade do BNDES	Sim	Sim	O TCU repassou os processos decisórios e operacionais do Banco e o recomendou alterar algumas regras e critérios operacionais, reconhecendo o espaço decisório do BNDES quanto a sua implementação ou não.
Decisão 193/2001 (Plenário)	Acompanhamento	11/04/2001	Desestatização (Venda de Navios da União)	TCU	Processo foi arquivado pelo fato de as embarcações em análise terem sido retiradas do PND	Não	Não	O TCU apenas constatou que a retirada dos projetos do PND exauria o objeto de um processo voltado a apreciar as etapas de eventual desestatização.

Decisão 180/2001 (Plenário)	Acompanhamento	04/04/2001	Desestatização (ALCLOR Química de Alagoas e Cia. Alagoas Industrial).	TCU	Sem irregularidades	Não	Não	O Tribunal apreciou a operação nos termos da Decisão Plenária de 28/05/1991 (Ata n. 22, Anexo XIII), em virtude de os procedimentos pertinentes terem se dado anteriormente à vigência da Instrução Normativa/TCU n. 07/1994, e da IN nº 27/98.
Decisão 112/2001 (Plenário)	Desestatização	14/03/2001	Desestatização (GERASUL)	TCU	Sem irregularidades	Não	Não	O Tribunal analisou as informações relacionados ao processo de desestatização conforme o estabelecido pela IN nº 27/1998.
Decisão 972/2000 (Plenário)	Desestatização	22/11/2000	Desestatização (GERASUL)	TCU	Corte exigiu que o edital de alienação de ações fosse enviado com antecedência de 30 dias. BNDES alegou que o prazo é incompatível com práticas de mercado. Corte rejeitou razões do banco.	Não	Não	O Tribunal analisou as informações relacionados ao processo de desestatização conforme o estabelecido pela IN nº 27/1998.
Decisão 620/2000 (Plenário)	Desestatização	09/08/2000	Desestatização (CEPISA)	TCU	Sem irregularidades	Não	Não	O Tribunal analisou as informações relacionados ao processo de desestatização conforme o estabelecido pela IN nº 27/1998.

Decisão 619/2000 (Plenário)	Acompanhamento	09/08/2000	Desestatização (ENASA)	TCU	Sem irregularidades	Não	Não	O Tribunal apreciou a operação nos termos da Decisão Plenária de 28/05/1991 (Ata n. 22, Anexo XIII), em virtude de os procedimentos pertinentes terem se dado anteriormente à vigência da Instrução Normativa/TCU n. 07/1994, e da IN nº 27/98.
Decisão 593/2000 (Plenário)	Desestatização	02/08/2000	Desestatização* (alienação de ações remanescentes da Petrobras)	TCU	Não houve irregularidades, mas determinou-se ao BNDES que enviasse os seguintes documentos, após o leilão: a) ato de fixação do preço de venda no âmbito da oferta global, devidamente justificado; b) relatório final de venda (preço, número de compradores e outras informações consideradas relevantes); c) demonstrativos com as despesas incorridas ao longo do processo de venda	Sim	Não	O Tribunal analisou as informações relacionados ao processo de desestatização conforme o estabelecido pela IN nº 27/1998.

Decisão 559/2000 (Plenário)	Desestatização	19/07/2000	Desestatização (IRB)	TCU	Houve identificação de inconsistências nos estudos dos consultores que subsidiaram a fixação dos preços de desestatizações com a respectiva emissão de recomendações ao Conselho Nacional de Desestatizações para o novo cálculo. Determinou-se ao BNDES que se manifestasse a respeito dos novos cálculos em 60 dias, a contar de sua apresentação.	Sim	Não	O TCU revisou os estudos técnicos em atenção a seu papel na análise dos estudos subjacentes aos processos de desestatização, nos termos da IN 007/1994.
Decisão 396/2000 (Plenário)	Desestatização	17/05/2000	Desestatização (IRB)	TCU	Houve identificação de inconsistências nos estudos dos consultores que subsidiaram a fixação dos preços de desestatizações com a respectiva emissão de recomendações ao Conselho Nacional de Desestatizações para o novo cálculo	Não	Não	O TCU revisou os estudos técnicos em atenção a seu papel na análise dos estudos subjacentes aos processos de desestatização, nos termos da IN 007/1994.

<p>Decisão 76/2000 (Plenário)</p>	<p>Desestatização</p>	<p>16/02/2000</p>	<p>Desestatização (Alienação de Imobiliário da União)</p>	<p>TCU</p>	<p>Não foram detectadas irregularidades, porém, determinou-se que o BNDES observasse os prazos para a remessa de documentos e encaminhasse: cópia da publicação do aviso contendo o resumo do edital em jornal diário de grande circulação no estado e no município e critérios objetivos para a pontuação dos elementos relativos à experiência das licitantes segundo os critérios de similaridade, compatibilidade e aplicabilidade aos serviços solicitados; e fizesse constar das atas de julgamento das propostas técnicas as justificativas para as diferenças de pontuação entre as licitantes, no que diz respeito à metodologia e organização dos trabalhos.</p>	<p>Sim</p>	<p>Não</p>	<p>O Tribunal analisou as informações relacionados ao processo de desestatização conforme o estabelecido pela IN nº 27/1998.</p>
-----------------------------------	-----------------------	-------------------	---	------------	--	------------	------------	--

Decisão 765/1999 (Plenário)	Representação	27/10/1999	Desestatização (Telebrás)	TCU	Houve denuncia de suposta negociação prévia, intercedência em favor de grupo empresarial e outras. Alegações da defesa foram integralmente acatadas	Não	Não	Constatou-se que inexistiam provas de tratativa anterior entre as partes envolvidas na operação.
Decisão 701/1999 (Plenário)	Desestatização	06/10/1999	Desestatização (IRB)	TCU	Houve identificação de inconsistências nos estudos dos consultores que subsidiaram a fixação dos preços de desestatizações com a respectiva emissão de determinação ao BNDES para que reelaborasse esses estudos e os remetesse ao TCU.	Sim	Não	O TCU revisou os estudos técnicos em atenção a seu papel na análise dos estudos subjacentes aos processos de desestatização, nos termos da IN 007/1994.
Decisão 649/1999 (Plenário)	Desestatização	22/09//1999	Desestatização (Manaus Energia e Boa Vista Energia)	TCU	Sem irregularidades	Não	Não	O Tribunal analisou as informações relacionados ao processo de desestatização conforme o estabelecido pela IN nº 007/1994.

Decisão 601/1999 (Plenário)	Desestatização	01/09/1999	Desestatização (IRB)	TCU	Sem irregularidades	Não	Não	O Tribunal analisou as informações relacionados ao processo de desestatização conforme o estabelecido pela IN nº 007/1994.
Decisão 515/1999 (Plenário)	Acompanhamento	11/08/1999	Desestatização (USIMINA S e USIMEC)	TCU	Sem irregularidades, porém determinou-se que nos futuros projetos não se realizasse contratações de serviços de coordenação de venda de ações remanescentes de processos de privatização, observe as disposições da Lei 8.666/93, abstendo-se de efetuar essas contratações por meio de inexigibilidade de licitação, uma vez que, nesses casos, não está caracterizada a inviabilidade de competição;	Sim	Não	O Tribunal apreciou a operação nos termos da Decisão Plenária de 28/05/1991 (Ata n. 22, Anexo XIII), em virtude de os procedimentos pertinentes terem se dado anteriormente à vigência da Instrução Normativa/TCU n. 07/1994, e da IN nº 27/98 e da lei federal 8666/1993.

Decisão 396/1999 (Plenário)	Acompanhamento	30/06/1999	Desestatização (Petroquisa)	TCU	Sem irregularidades	Não	Não	O Tribunal apreciou a operação nos termos da Decisão Plenária de 28/05/1991 (Ata n. 22, Anexo XIII), em virtude de os procedimentos pertinentes terem se dado anteriormente à vigência da Instrução Normativa/TCU n. 07/1994, e da IN nº 27/98.
-----------------------------	----------------	------------	-----------------------------	-----	---------------------	-----	-----	---

Decisão 359/1999 (Plenário)	Desestatização	16/06/1999	Desestatização (DATAMEC)	TCU	Determinou-se ao BNDES que incluía em futuros editais de alienação de ações informações mais detalhadas a respeito dos estudos de avaliação econômico-financeira e dos critérios de fixação do valor de alienação, aplique as penalidades cabíveis previstas na Cláusula Décima Quarta do Contrato PND/CN-04/98-A (fls. 308/309, vol. 2) e na Cláusula Décima Quinta do Contrato PND/CN-04/98-B (fl. 274, vol. 2) às respectivas entidades consorciadas em função de descumprimento contratual; efetue rigoroso acompanhamento da execução dos contratos dos consultores, notadamente no que concerne à correção dos cálculos inclusos nas planilhas eletrônicas e à compatibilidade entre a metodologia prevista na proposta técnica	Sim	Não	O Tribunal analisou as informações relacionadas ao processo de desestatização conforme o estabelecido pela IN nº 007/1994. A revisão da decisão se deu apenas quanto a aplicação da penalidade (determinou-se, ao invés disso, que o BNDES instaurasse os processos)
-----------------------------	----------------	------------	--------------------------	-----	---	-----	-----	--

					apresentada na licitação e a efetivamente empregada pelas empresas consultoras			
--	--	--	--	--	--	--	--	--

Decisão 352/1999 (Plenário)	Relatório de Auditoria	16/06/1999	Financiamento a Empresas Privatizadas	Plano de Auditoria	Sem irregularidades	Não	Sim	A Corte exerceu uma severa autocontenção ao entender que não deve interferir na atuação do BNDES e muito menos formular propostas quanto a suas políticas de financiamento e concessão de crédito.
Decisão 309/1999 (Plenário)	Acompanhamento	02/06/1999	Desestatização (Petroquisa e EDN)	TCU	Sem irregularidades	Não	Não	O Tribunal apreciou a operação nos termos da Decisão Plenária de 28/05/1991 (Ata n. 22, Anexo XIII), em virtude de os procedimentos pertinentes terem se dado anteriormente à vigência da Instrução Normativa/TCU n. 07/1994, e da IN nº 27/98.
Decisão 279/1999 (Plenário)	Desestatização	26/05/1999	Desestatização (DATAMEC)	TCU	Houve inexatidão no acórdão. TCU determinou correção.	Não	Não	Decisão de cunho estritamente processual
Decisão 224/1999 (Plenário)	Acompanhamento	12/05/1999	Desestatização (Petroquisa)	TCU	Sem irregularidades	Não	Não	O Tribunal apreciou a operação nos termos da Decisão Plenária de 28/05/1991 (Ata n. 22, Anexo XIII), em virtude de os procedimentos pertinentes terem se dado anteriormente à vigência da Instrução

								Normativa/TCU n. 07/1994, e da IN nº 27/98.
Decisão 195/1999 (Plenário)	Desestatização	10/05/1999	Desestatização (DATAMEC)	TCU	Determinou-se ao BNDES que: encaminhe as cópias das propostas técnicas apresentadas pelos licitantes vencedores do certame licitatório; aça constar, nos próximos processos de desestatização, da documentação encaminhada a este Tribunal, as propostas técnicas apresentadas por todos os participantes; aça constar da documentação do processo licitatório a aprovação, por parte do órgão jurídico da empresa, do edital e das minutas de contrato,	Sim	Não	O Tribunal analisou as informações relacionados ao processo de desestatização conforme o estabelecido pela IN nº 007/1994.

Decisão 174/1999 (Plenário)	Acompanhamento	28/04/1999	Desestatização (Rede Federal de Armazéns Gerais Ferroviários S/A)	TCU	A ausência de avaliação de eventual passivo trabalhista associado a empresa estatal foi considerada uma irregularidade. Determinou-se a análise da questão, a adoção de medidas para o seu endereçamento no projeto (se constatado o passivo) e a posterior remessa dos estudos ao TCU.	Sim	Não	O TCU revisou os estudos técnicos em atenção a seu papel na análise dos estudos subjacentes aos processos de desestatização, nos termos da IN 007/1994.
Decisão 897/1998 (Plenário)	Representação	15/12/1998	Desestatização (Telebrás)	TCU	Irregularidades capazes de ensejar nulidade foram detectadas, porém entendeu-se que fazê-lo seria contrário ao interesse público. A Corte se limitou a exarar observações para que futuros editais observassem os parâmetros legais.	Sim	Sim	A Corte de Contas deixou de anular o edital ante as irregularidades identificadas, por entender que isto violaria o interesse público.

Decisão 889/1998 (Plenário)	Desestatização	10/12/1998	Desestatização (GERASUL)	TCU	Houve uma série de irregularidades apontadas pela unidade técnica quanto a forma de estruturação da operação. Plenário opinou por postura menos interventiva por ocorrer desbordes em relação à legalidade.	Não	Sim	A Corte deixou de apreciar a regularidade da decisão técnica adotada por entender que esta transcendia a legalidade e não poderia ser apreciada, nestes termos, pelo TCU.
Decisão 734/1998 (Plenário)	Desestatização	21/10/1998	Desestatização (Malha Paulista da RFFSA)	TCU	Houve identificação de irregularidade (inclusão de ponte após o edital, sem alteração do preço final e violação à legislação de licitações), que foram objeto de determinações do TCU no sentido de corrigi-las.	Sim	Não	O Tribunal apenas ordenou que o BNDES desse cumprimento às IN nº 10/95 e encaminhasse as informações exigidas pela norma, assim como as exigidas pela Lei Federal nº 9.491/1997, bem como introduzisse informações exigidas pela Lei Federal 8987/1995 e pela Lei Federal nº 9.648/1998.

Decisão 676/1998 (Plenário)	Desestatização	30/09/1998	Desestatização (venda de remanescentes e de empresa privatizada)	TCU	Determinou-se ao BNDES que: (i) encaminhasse cópias do Edital e do Contrato da venda de ações remanescentes; (ii) abstenha-se de realizar a venda até deliberação futura do TCU; (iii) nos futuros editais encaminhe a este Tribunal, com antecedência mínima de trinta dias da data fixada para a realização do leilão, cópia do respectivo edital de venda acompanhado do relatório detalhado,	Sim	Não	Realizou-se controle de conformidade, determinando que o BNDES observe decisão anterior da Corte de Contas, adotando medidas cautelares (não realização da venda) com o intuito de preservar o valor daquela decisão.
Decisão 621/1998 (plenário)	Desestatização	16/09/1998	Desestatização (Malha Nordeste)	TCU	Irregularidades formais (descumprimento dos prazos para envio de documentos ao tribunal). Determinou-se que o BNDES deveria observar os prazos da IN 07/94.	Sim	Não	Decisão apenas exige o cumprimento dos prazos da IN 07/94 para a remessa da documentação.

Decisão 601/1998 (Plenário)	Desestatização	09/09/1998	Desestatização (GERASUL)	TCU	Edital não contemplava informações sobre os estudos. TCU determinou que nos editais futuros isto passasse a constar dos instrumentos convocatórios.	Sim	Não	Realizou-se controle de conformidade, determinando que o BNDES observe comando normativo específico (alínea f do art. 11 da Lei nº 9.491/97).
Legenda:						Total:	151	
Determinações Exaradas Diretamente ao BNDES, com caráter Operacional	Determinações sobre Escolhas Operacionais Exaradas diretamente à Burocracia do BNDES, com Caráter Sancionatório							
Recomendações Exaradas Diretamente ao BNDES, com caráter Operacional	Decisões que não contemplam comandos diretos ao BNDES.							

