
El Tribunal de Cuentas de la Unión brasileiro: una institución muy peculiar

The Brazilian Court of Auditors: a one of a kind institution

Eduardo Jordão* and Juliana Palma**

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

Keywords: autonomous constitutional agency, Brazilian Court of Accounts, expansion of powers, institutional self-assertion, path dependence

Creado en 1890, el Tribunal de Contas da União (TCU) se constituye hoy en día como una de las instituciones con mayor relevancia del Estado brasileño. Este artículo tiene por finalidad explicar cómo el TCU se convirtió en esta institución tan particular, desde sus orígenes históricos como un simple tribunal de cuentas, hasta sus propios movimientos para diferenciarse de este modelo y ganar otros (muchos) poderes, reestructurándose. Al final, se presenta una síntesis de los debates actuales sobre el modelo institucional del TCU en Brasil.

Palabras clave: autoafirmación institucional, ente constitucional autónomo, expansión de poderes, rigidez institucional, Tribunal de Cuentas de la Unión de Brasil

* Profesor de la Facultad de Derecho de la Fundación Getulio Vargas en Rio de Janeiro (Brasil). Email: eduardo.jordao@fgv.br

** Profesora de la Facultad de Derecho de la Fundación Getulio Vargas en São Paulo (Brasil). Email: juliana.palma@fgv.br Traducción realizada por Joao Vitor Cardoso y financiada por el Centro de Estudios Públicos (Chile).

1. El Tribunal de Cuentas de la Unión: un tipo muy particular

Las instituciones son únicas. Aunque desarrollen las mismas funciones y dispongan de capacidad técnica, recursos y gestión organizacional similares, una infinidad de otras características las hacen verdaderamente singulares. En esta línea, importantes doctrinas institucionales toman el supuesto de la individualización para aceptar que ellas innoven, copien iniciativas (*blueprint*), tengan culturas marcadamente propias (*going natural*) y sean el producto de su historia (*path dependence*), por ejemplo. Estas teorías no podrían avanzar si se tomara el supuesto contrario, esto es, que las instituciones son iguales.¹

Efectivamente el *Tribunal de Contas da União* (TCU) es un caso único. Dentro del sistema de control externo de la Administración Pública brasileña, el TCU es la institución responsable de fiscalizar las cuentas de órganos y entes públicos federales. Como cualquier otra institución, el TCU tiene una identidad propia. Sin embargo, esta identidad es marcadamente distinta de todas las instituciones de control del Estado brasileño y, hasta donde llega nuestro conocimiento, del mundo. Es en este sentido que tal vez se pueda afirmar que el TCU es un *one of a kind institution* (una institución muy peculiar).

Creado en 1890, el TCU constituye hoy día una de las instituciones con mayor relevancia en el Estado brasileño. Sus números son elocuentes. En 2021, el TCU recaudó 9.130 millones de reales en multas; examinó 123.878 actos de personal y 4.990 procesos de control externo. Sus medidas cautelares tuvieron un impacto económico calculado en 93,311 mil millones de reales y el propio TCU estima que sus acciones de control externo resultaron en un beneficio financiero por valor de 87,092 mil millones de reales. Para el año 2022, el Congreso aprobó un presupuesto de 2,47 mil millones de reales para el TCU, siendo el 77% destinado al gasto de personal que, en 2020, correspondía a 2.687 servidores públicos.² En el cuerpo técnico del TCU no hay nombramientos políticos (*political appointees*). Es en este universo de personal donde se encuentra la prestigiosa carrera de auditores de control externo, con una remuneración inicial por un monto de 25.232,07 reales –más de 20 veces el salario mínimo nacional– que tiene un rol primordial en la actividad de fiscalización y elaboración de informes en base a los cuales los ministros –jefes del TCU– deciden. En total, el pleno del TCU está compuesto por nueve ministros, un tercio de ellos nombrados por el Presidente con el consejo y acuerdo del Congreso, y dos tercios nombrados directamente por el Congreso.

¹ Véase en general Paul J. DiMaggio & Walter W. Powell, *The Iron Cage Revisited: Institutional Isomorphism and Collective Rationality in Organizational Fields*, 48(2) AMERICAN SOCIOLOGICAL REVIEW 147 (1983).

² Todos estos antecedentes pueden ser consultados en TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, RELATÓRIO ANUAL DE ATIVIDADES DO TCU 2021 (2022) 15. Disponible en: https://portal.tcu.gov.br/data/files/37/F5/2E/A1/EC0008102DFE0FF7F18818A8/Relatorio_anual_atividades_TCU_2021.pdf (último acceso: 19 de junio de 2022).

El TCU es un órgano de control externo de la Administración Pública vinculado al Poder Legislativo, en este caso, al Congreso Nacional.³ Aunque el texto de la Constitución Federal vigente indique que el TCU es un “órgano auxiliar” del Legislativo, es incorrecto comprender el Tribunal de Cuentas como una institución de segundo orden dentro al Poder Legislativo o subordinado a éste, en la medida en que la Constitución le ha atribuido competencias propias, como la potestad de aplicar sanciones, incluso contra el propio Congreso.⁴ Por esto, es posible afirmar que el TCU es una institución autónoma, con competencias propias –un ente constitucional autónomo, en el sentido de este dossier–. Sin embargo, sus decisiones pueden ser revisadas por el Poder Judicial, ya que Brasil sigue la unidad de jurisdicción.

Solo este año (2022), el TCU determinó la suspensión del secreto sobre las existencias y productos caducados del Ministerio de Salud; aprobó la subasta de uno de los mayores aeropuertos de Brasil (Congonhas); abrió una investigación sobre las cuentas del exfiscal jefe de la Operación *Lava Jato*; ordenó a la institución responsable por la seguridad social en Brasil (*Instituto Nacional de Previdência Social* o INSS) realizar exámenes médicos vía telemedicina; abrió una investigación sobre la contratación de artistas por parte de Municipios para presentaciones en festivales que ellos organizan; solicitó a la agencia reguladora de los servicios de energía en Brasil (*Agência Nacional de Energia Elétrica* o ANEEL) que explique su decisión de permitir la sustitución de un insumo por una empresa determinada, lo que la beneficiaría por evadir el incumplimiento contractual y su correspondiente multa; determinó la paralización de obras de pavimentación debido a una decisión pública de carácter político y a deficiencias en el proceso de licitación; determinó un nuevo criterio metodológico para la composición de la tarifa de Eletrobrás para viabilizar su privatización, la cual aprobó; auditó urnas electrónicas para las elecciones de octubre en Brasil; estableció un nuevo sistema para la determinación de las cuentas que serán auditadas; determinó la suspensión de la transferencia de recursos públicos para la compra de kits de robótica; y comenzó a investigar irregularidades en la transferencia de recursos del Ministerio de Educación a los Municipios ante la injerencia indebida de agentes privados en la liberación de

³ En el sistema de control externo brasileño, también existen tribunales de cuentas en todos los Estados y algunos Municipios también tienen por tradición sus propios tribunales de cuentas. El TCU se sitúa en el ámbito federal, realizando la fiscalización contable, financiera y presupuestaria de la Unión Federal o de las entidades locales que reciban fondos públicos federales.

⁴ De entre las importantes competencias que la Constitución brasileña le asigna al TCU, cabe destacar: (i) juzgar las cuentas de los administradores y demás responsables de los dineros, bienes y valores públicos de la Administración Pública, así como las cuentas de quienes causen pérdidas, malversaciones o cualquier otra irregularidad que resulte en perjuicio del erario público (art. 71, inc. II); (ii) realizar inspecciones o auditorías de carácter contable, financiero, presupuestario, operativo y patrimonial en las unidades administrativas de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial (art. 71, inc. IV); (iii) supervisar la ejecución de los fondos transferidos por la Unión al Estado, al Distrito Federal o a los municipios a través de convenios, acuerdos u otros instrumentos análogos (art. 71, inc. VI); (iii) aplicar las sanciones previstas por la ley a quienes resulten responsables, en caso de gastos ilegales o cuentas irregulares (art. 71, inc. VIII); y (iv) suspender la ejecución del acto impugnado, en caso de incumplimientos (art. 71, inc. X). En común, todas las competencias descritas expresan facultades conferidas directamente por la Constitución al TCU, las cuales pueden ser ejercidas con independencia de cualquier otra institución del Estado y en particular del Poder Legislativo, al que está vinculado.

recursos públicos en el área de educación. Como puede verse, el TCU actúa en temas centrales de la democracia brasileña y, no pocas veces, siguiendo una agenda política o mediática.

Este artículo tiene por finalidad explicar cómo el TCU se convirtió en esta institución tan particular, desde sus orígenes históricos como un simple tribunal de cuentas (segunda parte), hasta sus propios movimientos para diferenciarse de este modelo y ganar otros (muchos) poderes, remodelándose (tercera parte). Al final, se presenta una síntesis de los debates actuales sobre el modelo institucional del TCU en Brasil.

2. El primerísimo capítulo del Tribunal de Cuentas de la Unión: ¿los orígenes de un *path dependence*?

Poco después de la proclamación de la República en 1889, Rui Barbosa, una de las personalidades jurídicas de mayor proyección en el panorama político-cultural brasileño, fue elevado al cargo de Ministro de Hacienda por el Gobierno Provisional. Allí asumió el compromiso con la protección del presupuesto público. En sus palabras, “[c]orresponde a la República mostrar, incluso en esta materia, su fuerza regeneradora, haciendo observarse escrupulosamente, en el régimen constitucional en que vamos a entrar, el presupuesto federal”.⁵

La creación del TCU es, sobre todo, uno de los frentes del proyecto republicano en Brasil. Su correspondiente modelo institucional fue objeto de estudio detallado y de una cuidadosa elección. Comparando el modelo francés (de control *ex-post*) y el modelo italiano (de verificación preventiva), Rui Barbosa entendió que el modelo francés era menos eficiente que el italiano, pues mientras el primer control podría ser omisivo, tardío o impotente, éste último vendría con una “mano dura” necesaria para corregir el rumbo del sistema presupuestario público brasileño hasta el punto de que ningún gasto podría ser realizado por el poder público sin el consentimiento previo del TCU.

El modelo italiano podría plantear las dudas y debates jurídicos que en dicho país se suscitaron, en particular la invasión del control en las competencias administrativas generales.⁶ Ante esta dificultad, Rui Barbosa se mostró partidario de la armonía institucional entre el órgano de control y la Administración Pública controlada, reconociendo una especie de reserva de administración para las actividades públicas que no impliquen gasto ni ingreso público. Así, el modelo italiano no fue adoptado en su totalidad. Solamente las decisiones administrativas que tuviesen alguna relación con el presupuesto público estarían sujetas al control del TCU.

El TCU fue creado por el Decreto n.º 966-A, de 1890, por el Gobierno Provisional exactamente en los términos propuestos por Rui Barbosa.⁷ El TCU podría controlar

⁵ Véase la exposición de motivos de Rui Barbosa para la dictación del Decreto n.º 966-A/1890, de fecha 7 de noviembre de 1890, que crea el Tribunal de Cuentas de la Unión. Documento disponible en: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/1113/1171> (último acceso: 19 de junio de 2022).

⁶ *Id.*

⁷ El texto original del Decreto está disponible en: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-966-a-7-novembro-1890-553450-publicacaooriginal-71409-pe.html> (último acceso: 19 de junio de 2022).

a la Administración Pública, pero sólo respecto de las “operaciones concernientes a ingresos y expensas de la República” (art. 1°). Todos los decretos, órdenes o avisos que generaran gastos o afectaran al erario público deberían ser preventivamente presentados al TCU (art. 2°). El “visado” preventivo del TCU garantizaría la publicidad y la ejecución de los actos administrativos de carácter presupuestario (art. 2°). No obstante, el ministro podría otorgar publicidad y ejecutar el acto que no hubiese recibido el visado si lo considerara imprescindible, bajo su responsabilidad (art. 3°). El control estaría restringido a las infracciones a disposiciones legales y en los casos de incumplimiento de los límites de crédito definidos por el poder legislativo (art. 2°).

El año siguiente fue promulgada la Constitución republicana de Brasil (1891) bajo fuerte influencia de Rui Barbosa, pasando el TCU a tener rango constitucional. Esta tradición se mantendría en todas las Constituciones brasileñas, incluida la vigente. El TCU entró en funcionamiento solamente en 1893, con los esfuerzos del entonces Ministro de Hacienda Serzedello Corrêa para superar la resistencia del entonces Presidente, Floriano Peixoto, que temía que se redujera su poder.⁸

El TCU es una auténtica institución de la República. La preocupación por su protagonismo ha estado presente desde sus orígenes. La historia de su creación demuestra que el debate sobre su modelo institucional siempre ha impregnado la vida del TCU. Sin embargo, el modelo institucional del TCU ya no se define en los textos normativos, sino que se va remodelando día a día, a partir de sus reglamentos e iniciativas de acción.

3. El Tribunal de Cuentas de la Unión de hoy: el distanciamiento del modelo original y la autoafirmación institucional

No cabe duda de que el TCU tiene un importante rol institucional en el control de la Administración Pública. A pesar de ello, es posible notar durante todo el período de vigencia de la actual Constitución y, muy especialmente en los últimos años, un esfuerzo de este Tribunal por ampliar sus atribuciones, en un movimiento de autoexpansión de sus competencias. Este movimiento ha causado controversia: sus defensores afirman que es una forma de combatir abusos y corrupción.⁹ Por otro lado, en el debate público y en la literatura jurídica brasileña, sus críticos señalan que esa autoexpansión es indebida, no sólo porque está fuera del marco normativo y de poderes del Tribunal, sino también por la amenaza de crear una especie de revisor general de la

⁸ Véase Escuela de Ciencias Sociales de la Fundación Getulio Vargas, *Tribunal de Contas da União*, disponible en: <http://www.fgv.br/cpd/doc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/tribunal-de-contas-da-uniao-tcu> (último acceso: 19 de junio de 2022).

⁹ En esta controversia sobre la legitimidad de la expansión de competencias del TCU, muchas de las ideas que buscan legitimar tal práctica nacen del mismo TCU y son reproducidas en sus documentos oficiales. Según el TCU, por ejemplo, “la principal misión del TCU es mejorar la gestión pública. Una de las formas de lograr este objetivo es a través de la lucha contra el fraude y la corrupción”. Véase <https://portal.tcu.gov.br/combate-a-corrupcao/> (último acceso: 19 de junio de 2022).

Administración Pública, inhibiendo la actuación de los servidores públicos, además de promover la ineficiencia administrativa y la parálisis en la toma de decisiones.¹⁰

Esta sección presenta un breve panorama de esa autoexpansión de los poderes del TCU.

3.1. Formas para la expansión de atribuciones: poder regulatorio y construcciones jurisprudenciales

El TCU ha utilizado varios medios para aumentar sus competencias. El primer de ellos corresponde a la utilización de su poder regulador para ampliar el ámbito de su control. La ley que rige el TCU (*Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União* o LOTCU) le confiere la competencia para “elaborar y modificar su Reglamento Interno”.¹¹ En este Reglamento son enumerados poderes no previstos en la Constitución ni en la ley. Este fenómeno se repite en su actividad de *rulemaking*, habiendo el TCU emitido un total de 3.443 regulaciones internas.¹² Muchas de esas normas terminan por tener efectos externos más allá del ámbito puramente interno del TCU, incidiendo también sobre la Administración Pública y los particulares que se relacionen con ésta.

En la práctica, el ejercicio de ese poder reglamentario acaba siendo una fórmula utilizada por el Tribunal para expandir sus competencias, creando nuevos deberes para la Administración Pública. Ejemplos notorios son las diversas instrucciones normativas que reglamentan las “etapas de seguimiento” (*estágios de acompanhamento*) por el TCU de los procesos de privatización y concesión de servicios públicos, así como las normas para la supervisión de los *acordos de leniência anticorrupção* (*plea bargaining agreements*), posibilitando en la práctica su control previo y concomitante.

Otra forma de expansión de sus competencias es la emisión de órdenes directas a los órganos y agentes públicos en sus decisiones. De acuerdo con la Constitución Federal, el TCU puede asignar plazo para la adopción de las providencias necesarias para el adecuado cumplimiento de la ley, reservando al gestor público, por lo tanto, la elección del modo más adecuado de hacerlo. Esta competencia solo puede ser ejercida en caso de ilegalidad en materia financiera, presupuestaria, contable o patrimonial—el campo de actuación específica del TCU—. ¹³

Las órdenes se formalizan en las providencias como “determinaciones”, que deben ser cumplidas bajo pena de responsabilidad del agente público, ya que el Reglamento

¹⁰ Véase Fernando Vernalha Guimarães, *O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle*, DEREITO DO ESTADO, 31 de Enero de 2016, disponible en <http://www.direitodoestado.com.br/colonistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-cri-se-da-ineficiencia-pelo-controle> (último acceso: 28 de junio de 2022); Conrado Tristão, *TCU: órgão de controle externo ou revisor geral da administração?*, JOTA, 14 de septiembre de 2019, disponible en: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/control-publico/tcu-orgao-de-control-externo-ou-revisor-geral-da-administracao-14092019> (último acceso 28 de junio de 2022); y PEDRO DUTRA & THIAGO REIS, *O SOBERANO DA REGULAÇÃO: O TCU E A INFRAESTRUTURA* (2020).

¹¹ Ley No. 8.443 de 163 de 16 de Julio de 1992, Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas de la Unión, art. 1 secc. X, Diario Oficial de la Unión [DOU], 17 de julio de 1992 (Bras.).

¹² Búsqueda realizada en el campo *Pesquisa Integrada do TCU* (<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/>) (último acceso: 28 de junio de 2022).

¹³ ANDRÉ ROSILHO, TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, *COMPETÊNCIAS, JURISDIÇÃO E INSTRUMENTO DE CONTROLE* 231 (2019).

Interno del TCU prevé la aplicación de multa en caso de incumplimiento de su decisión o de diligencia sin causa justificada. Esta capacidad punitiva ha reforzado la adopción de las órdenes del TCU, incluso cuando no son de su competencia, como ocurre tratándose de criterios para definir políticas públicas, elementos de las bases de licitación o la modelación de los contratos de concesión.¹⁴

De esta manera, el TCU establece parámetros que deben ser seguidos por la Administración Pública. Esto ocurre por medio de la interpretación particular que hace el Tribunal de conceptos jurídicos indeterminados—por ejemplo, al considerar que la adopción de un criterio inadecuado para incluir una adenda a los contratos administrativos sería ilegal o ineficiente—.¹⁵ Y esto no se limita a las decisiones administrativas relativas al presupuesto público: en opinión del TCU, éste está autorizado a aplicar sanciones después del juicio de cuentas o de las auditorías.¹⁶

Contra esta expansión de competencias, está solamente la alerta de la academia,¹⁷ además de un tímido intento de judicialización de algunas cuestiones.¹⁸ En la medida

¹⁴ Eduardo Jordão, *A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados—controlador ou administrador?*, 47 REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO 209 (2014); Floriano de Azevedo Marques Neto & Juliana Bonacorsi de Palma, *Diálogos fora de Esquadro: o controle das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União*, 120 REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS POLÍTICOS 203 (2020); Carlos Ari Sundfeld et. al., *O valor das decisões do Tribunal de Contas da União sobre irregularidades em contratos*, 13(3) REVISTA DIRETO GV 866 (2017).

¹⁵ Véase v.gr. Acórdão 1536/2016 del Tribunal de Cuentas de la Unión de fecha 15 de junio de 2016, en el que el TCU respondió a una consulta de la Administración Pública para reafirmar su posición de que el cálculo de los límites de las modificaciones contractuales debe hacerse de forma aislada, sobre el valor original del contrato y sin compensación entre adiciones o supresiones.

¹⁶ En una decisión reciente, el Supremo Tribunal Federal reafirmó la competencia del TCU para decretar la indisponibilidad de bienes y el desconocimiento de la personalidad jurídica de una empresa. En el caso específico, la empresa interpuso un mandato judicial contra la decisión del TCU que desconoció la personalidad jurídica y decretó la indisponibilidad de R\$ 653 millones de sus bienes y haberes. Para el TCU, hubo indicios de irregularidad en el contrato firmado para la construcción del Complejo Petroquímico de Río de Janeiro. Véase decisión del Supremo Tribunal Federal [STF], 13 de octubre de 2022, “PPI - Projeto de Plantas Industriais Ltda c. Tribunal de Contas da União”, MS 35.506/DF.

¹⁷ La iniciativa académica *Observatorio del TCU*, coordinada por el Profesor André Rosilho en el Grupo Público de la Facultad de Derecho de la Fundación Getúlio Vargas de São Paulo, se ha destacado por acompañar la actividad de toma de decisiones del TCU y analizarla críticamente, en una perspectiva académica e imparcial. Además de investigaciones empíricas, el Observatorio publica, junto a *Jota*, semanalmente columnas con estos análisis críticos en <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/controle-publico> (Último acceso: 19 de junio de 2022). Las publicaciones del Observatorio del TCU pueden ser encontradas en el sitio web del Grupo Público y de la Sociedad Brasileira de Derecho Público (SBDP): <https://sbdp.org.br/category/artigos-e-balanços-criticos/> (último acceso: 19 de junio de 2022).

¹⁸ Como ejemplos de decisiones del STF acerca de las competencias del TCU pueden mencionarse: Supremo Tribunal Federal [STF], 19 de noviembre de 2003, “Nascimento Curi Advogados Associados c. Tribunal de Contas da União”, MS 24.510; Supremo Tribunal Federal [STF], 11 de febrero de 2011, “Fundação Universidade de Brasília c. Tribunal de Contas da União”, MS 26.094/DF; Supremo Tribunal Federal [STF], 24 de septiembre de 2009, “Companhia das Docas do Estado da Bahia c. Tribunal de Contas da União”, MS 26.547-MC/DF; Supremo Tribunal Federal [STF], 13 de octubre de 2022, “PPI - Projeto de Plantas Industriais Ltda c. Tribunal de Contas da União”, MS 35.506/DF; Supremo Tribunal Federal [STF], 03 de agosto de 2015, “Dicaciel Telemed com Equip, Informática e Serviços Ltda - EPP c. Presidente do Tribunal de Contas da União” MS 30.788/MG; Supremo Tribunal Federal [STF], 22 de octubre de 2020, “Petroleo Brasileiro S.A c. Tribunal de Contas da União”, MS 25.888 MC; Supremo Tribunal Federal [STF], 05 de marzo de 2021, “Sindicato Nacional dos Analistas-Tributarios da Receita Federal do Brasil c. Presidente do Tribunal de Contas da União”, MS 35.410 MC/DF.

en que este movimiento no sea frenado judicialmente, la estrategia del TCU de anclarse en la fiscalización de las operaciones administrativas para expandir sus competencias sobre el mérito de las decisiones administrativas ha resultado exitosa.

3.2. Principales ejemplos de autoexpansión de las competencias del Tribunal de Cuentas de la Unión

En síntesis, por medio de los mecanismos anteriormente descritos—poder reglamentario y órdenes directas al gestor público—el TCU ha efectuado a lo largo del tiempo movimientos específicos para expandir sus atribuciones en diversos frentes. A continuación, son enumeradas algunas formas a través de las cuales el Tribunal termina por exceder al marco normativo originalmente previsto.

a) Ampliación del poder de cautela que le confiere la Constitución¹⁹

La Constitución prevé un procedimiento escalonado para que el TCU pueda suspender actos administrativos: primero, en caso de ilegalidad, la fijación de un plazo para el cumplimiento de la ley; luego, en caso de incumplimiento del plazo, tiene la competencia de suspender el acto impugnado, debiendo comunicar esta decisión a la Cámara de Diputados. Sin embargo, en la práctica, se observa que el TCU ha adoptado medidas cautelares para suspender actos administrativos sin fijar previamente un plazo, basándose directamente en su Reglamento Interno. Como resultado, el procedimiento escalonado establecido constitucionalmente acaba siendo ignorado por el Tribunal, al ser verificada la suspensión de actos administrativos incluso a través de la decisión unipersonal (monocrática) del Ministro Relator.

En el caso de contratos administrativos, el poder cautelar previsto en la Constitución es aún más restrictivo:²⁰ más allá de la posibilidad de asignar plazo para cumplimiento de la ley en caso de ilegalidad, explicada anteriormente, se establece que, en caso no ser atendida la solicitud dentro de plazo, la Constitución prevee que la competencia para suspender el contrato deberá ser adoptada por el Congreso Nacional, sin espacio para la adopción directa de medidas cautelares por el TCU. Pero el TCU ha emitido medidas cautelares sobre contratos administrativos y ha determinado su nulidad, incluso sin asignar previamente plazo para su corrección.²¹

En un juicio de *Mandado de Segurança* (*writ of mandamus* o amparo constitucional de derechos) contra una decisión cautelar del TCU que suspendió una licitación, el Superior Tribunal Federal (STF) reconoció que el TCU tendría un poder general

¹⁹ Carlos Ari Sundfeld & Jacintho Arruda Câmara, *Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites*, en CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E SEU CONTROLE 204 (Carlos Ari Sundfeld ed., 2013); Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *O papel dos Tribunais de Contas no Controle de Contratos Administrativos*, 82 INTERESSE PÚBLICO 3 (2013).

²⁰ Luis Roberto Barroso, *Tribunais de Contas: algumas incompetências*, 203 REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO 131 (1996); Carlos Ari Sundfeld & Jacintho Arruda Câmara, *Controle das contratações públicas pelos Tribunais de Contas*, 257 REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO 111, 119 (2011).

²¹ Véase por ejemplo los 2.105/2008 (Plenario) y 2.343/2009 (Plenario), en que se resolvieron la anulación de contratos administrativos con el DNIT (órgano federal por la manutención de carreteras) y con el Ministerio de los Transportes, por supuestos vicios en los procedimientos licitatorios.

de cautela que le permitiría la suspensión de actos, con base en la aplicación de la llamada teoría de los poderes implícitos.²² Como resultado, el TCU comenzó a utilizar esta sentencia del STF para defender la posibilidad de suspender no solo actos, sino también contratos públicos considerados como irregulares.

Esta cuestión de las órdenes cautelares está actualmente en revisión en el STF,²³ posiblemente debido a los efectos de las órdenes cautelares en casos concretos y a la maduración de los debates sobre esta materia, considerando los argumentos contrarios al reconocimiento del poder general de cautela del TCU fundados en el texto de la Constitución. Incluso, el Ministro Relator votó en el sentido de limitar el poder de cautela del TCU para impedir el bloqueo de bienes de particulares contratantes con la Administración Pública de forma cautelar.²⁴

b) Control de llamados a licitaciones todavía no publicados²⁵

No existe disposición alguna que permita al TCU controlar los pliegos o bases de licitación con anterioridad a su publicación. Brasil adopta desde 1967 el modelo de control posterior por el TCU. Sin embargo, esta intervención sobre llamados no publicados viene ocurriendo de forma bastante amplia, principalmente en el caso de las licitaciones relacionadas con la privatización de empresas estatales o para la concesión y delegación de servicios públicos (concesiones comunes y acuerdos público-privados). En esta línea, el Tribunal emite informes previos a la publicación de la convocatoria pública de licitación e, incluso, emite determinaciones y recomendaciones para que la Administración Pública efectúe las alteraciones que el TCU entiende pertinentes. Dicha atribución ha sido minuciosamente regulada por instrucciones normativas del propio TCU.²⁶

En la práctica, ésta es una de las principales formas a través de las cuales el TCU se inmiscuye en las más relevantes decisiones administrativas. El ejercicio de dicha competencia, al ejercerse sobre los principales proyectos de infraestructura y privatización del país—por ejemplo, de las concesiones viales, de puertos, de aeropuertos, ferrovías y tercerización del control de empresas extremadamente relevantes, como Eletrobrás—acaba entregando al TCU poder para influir directamente sobre la agenda del gobierno.

²² Supremo Tribunal Federal [STF], 19 de noviembre de 2003, “Nascimento Curi Advogados Associados c. Tribunal de Contas da União”, MS 24.510-7. El voto de mayoría, que defiende la existencia de un “poder general de cautela” del TCU, ha sido también adoptado por el Supremo Tribunal Federal en otras decisiones, como en el Supremo Tribunal Federal [STF], 24 de septiembre de 2009, “Companhia das Docas do Estado da Bahia c. Tribunal de Contas da União”, MS 26.547-MC/DF y en el Supremo Tribunal Federal [STF], 14 de agosto de 2015, “Jose Sergio Gabrielli de Azevedo e outro(a/s) c. Tribunal de Contas da União”, MS 33.092/DE.

²³ Supremo Tribunal Federal [STF], 13 de octubre de 2022, “PPI - Projeto de Plantas Industriais Ltda c. Tribunal de Contas da União”, MS 35.506/DF STF.

²⁴ Supremo Tribunal Federal [STF], 8 de febrero de 2018, “PPI - Projeto de Plantas Industriais Ltda c. Tribunal de Contas da União”, Medida Cautelar en el MS 35.506/DF.

²⁵ Eduardo Jordão, A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – controlador ou administrador? 47 Revista Brasileira de Direito Público 209 (2014).

²⁶ Más recientemente y después de mucho tiempo de ejercicio sin previsión legal, esta práctica paso a ser expresadamente regulada por la Ley No. 13.448, de 5 de Junio de 2017, Ley de Prórroga y Nueva Licitación de Contratos de Asociación. Diario Oficial de la Unión [DOU], 6 de junio de 2017 (Bras.) Esta ley es de dudosa constitucionalidad.

c) *Ampliación del concepto de legalidad para la expansión de poderes sancionadores*²⁷

La Constitución y la LOTCU prevén que podrá sancionarse a los responsables en el caso de “ilegalidad de gastos” o “irregularidad de cuenta”. Es decir, en teoría, solo la comisión de actos ilícitos—con violaciones a la legislación—o cuentas irregulares (reprobadas) suscitarían la aplicación de sanciones (multa, inhabilitación para el ejercicio de cargo en comisión o función de confianza o declaración de inidoneidad por hasta cinco años en caso de fraude en licitaciones).

Las sanciones son aplicadas directamente a la persona responsable de las cuentas, aunque las infracciones resulten del ejercicio de una función. Durante años, los gestores públicos han expresado su recelo de tomar decisiones por temor a ser sancionados por el simple hecho de que el TCU entienda que la decisión adoptada viola algún principio o regla jurídica. En Brasil, el fenómeno es llamado *apagão das canetas* (literalmente, “apagón de los bolígrafos”) y es sindicado como una realidad por los gestores públicos y por una importante corriente académica, pero es rechazado por el TCU.²⁸ En 2018 la legislación brasileña comenzó a prever la responsabilización personal del gestor público solo en casos de dolo o error grave a fin de proporcionar mayor seguridad jurídica en la toma de decisiones. Así, el gestor público ya no puede ser sancionado por el TCU en caso de que haya incurrido en un error honesto o propio de la acción humana en el ejercicio de sus atribuciones. Pero aun a pesar de esto, el TCU descartó la aplicación de la *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro* (LINDB, una ley de base con aplicación general en todo el ordenamiento jurídico brasileño) en los casos de indemnización y ha indicado el mismo cuál es la interpretación de ‘error grave’.²⁹

²⁷ OBSERVATÓRIO DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA USP, FACULDADE DE DIREITO. RELATÓRIO DE PESQUISA BIANUAL – O CONTROLE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO 10 (2019); GUSTAVO LEONARDO MAIA PEREIRA, O TCU E O CONTROLE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS DE INFRAESTRUTURA: CONTROLADOR OU ADMINISTRADOR? 160-165 (Tesis de maestría, Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas 2019). Disponible en: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/27366/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20Gustavo%20Maia%20-%20Vers%C3%A3o%20Biblioteca.pdf> (último acceso: 19 de junio de 2022).

²⁸ En el análisis del caso relevante sobre la regularidad en la compra de la refinería de Pasadena por parte de Petrobras, uno de los elementos centrales de la Operación *Lava-Jato*, el TCU reconoció el argumento del apagón de los bolígrafos, pero lo rechazó en lo específico. En sus propias palabras, “el alegato que sustenta el argumento D6 pasa por la discusión actual sobre lo que convencionalmente se denomina *pen blackout*, que sería la mencionada inacción de los directivos por temor a la rendición de cuentas por parte de los órganos de control. La Corte no es ajena a esta discusión, como nunca lo ha sido, pero es necesario que sea consciente de que este argumento no puede sustraer el control, especialmente sobre actos realizados al margen de la ley, o sin observar los deberes de diligencia”. Véase TCU 025.551/2014-0, acta de la sesión 12/2021.

²⁹ OBSERVATÓRIO DO TCU, APLICAÇÃO DOS NOVOS DISPOSITIVOS DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO (LINDB) PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO 11 y ss. (2021). Disponible en: https://direitosp.fgv.br/sites/default/files/arquivos/relatorio-de-pesquisa_observatorio-do-tcu_aplicacao-dos-novos-dispositivos-da-lindb-pelo-tcu.pdf (último acceso: 26 de junio de 2022). La LINDB es sumamente importante para el derecho público brasileño ya que sirve como una ley general del ordenamiento jurídico brasileño y contiene reglas de interpretación aplicables a la totalidad de éste. De ahí que en 2018 se modificó y se insertaron 10 artículos aplicables a situaciones regidas por el derecho público, con la finalidad de aumentar la seguridad jurídica en los casos descritos. Sin embargo, el TCU y otros entes de control se opusieron a esta modificación bajo el argumento de que debilitaría su labor fiscalizadora. Solo a modo de ejemplo, el nuevo artículo 28 dice que el funcionario público sólo puede ser responsable si actuó con intención o incurrió en error grave.

Además, los conceptos de legalidad e irregularidad en la práctica han sido ampliados para abarcar conceptos jurídicos indeterminados de baja densidad normativa, como economicidad, legitimidad o eficiencia. Gracias a ello, el Tribunal entiende que estaría facultado para aplicar sanciones no sólo en los casos de violación de la ley y de las normas contables, sino también en los casos en que las alternativas y procedimientos adoptados por los gestores públicos y responsables no se adecuan a la interpretación que el TCU hace de estos conceptos. Así, es ampliado el poder para la aplicación de sanciones, tales como multas y la determinación de reparación de perjuicios al erario público, nuevamente al margen del texto normativo.

d) Ejercicio de jurisdicción directamente sobre particulares contratados por la Administración, inclusive respecto de la determinación del resarcimiento al erario público³⁰

El TCU controla solo a entidades que integran la Administración Pública o quienes, siendo particulares, ejerzan una función pública recibiendo fondos públicos. Esta es la disposición constitucional.³¹ No existe previsión alguna que autorice al TCU a juzgar las cuentas de particulares controlados por la Administración Pública, ni para condenarlos al resarcimiento del erario público. Sin embargo, en los últimos años el TCU ha cambiado su postura tradicional y ha pasado a entender que puede actuar sobre contratistas privados, juzgando sus cuentas e, inclusive, imputándoles débitos para el resarcimiento del erario público, aun en ausencia de coparticipación del agente u órgano público en el daño.³² Se advierte así que el TCU vino a otorgarse por medio de su jurisprudencia una atribución sin disposición legal habilitante, que incluso ya había sido rechazada cuando fue elaborada su ley orgánica.³³

e) Asunción de funciones típicas de agencias reguladoras independientes, con evaluación de la discrecionalidad regulatoria (actividades-fin)³⁴

Aunque por su propia naturaleza y concepción las Agencias Reguladoras estén dotadas de autonomía e independencia para tomar las decisiones relativas a su ámbito de

³⁰ Carlos Ari Sundfeld & Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara, *Limites da Jurisdição dos tribunais de contas sobre particulares*, 33(2) JUSTIÇA DO DIREITO 198 (2019); ANDRÉ ROSILHO, TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – COMPETÊNCIAS, JURISDIÇÃO E INSTRUMENTOS DE CONTROLE 164-165 (2019).

³¹ Véase *supra* nota 9.

³² Esta posición fue adoptada a partir de los años 2010, por ejemplo, en el Tribunal de Cuentas de la Unión de Brasil [TCU], 28 de marzo de 2012, Fallo 730/2012 y Tribunal de Cuentas de la Unión de Brasil [TCU], 17 de abril de 2013, Fallo 946/2013, y pasó a tornarse dominante a partir del Tribunal de Cuentas de la Unión de Brasil [TCU], 20 de febrero de 2019, Fallo 321/2019.

³³ En ese sentido, véase *v.gr.* ROSILHO *supra* nota 30, pp. 97-98.

³⁴ En este sentido son las conclusiones de cuatro tesis de maestrías acerca del control del TCU sobre agencias reguladoras, originadas en cuatro programas de post-grado distintos. Véase ANDERSON MÁRCIO OLIVEIRA, *INTERVENÇÃO REGULATÓRIA DO TCU: UMA AVALIAÇÃO EMPÍRICA NOS PROCESSOS DE CONCESSÃO DA ANTT, ANTAQ E ANAC* (Tesis de maestría, Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017), disponible en: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/19724>; NARA CAROLINA MERLOTO, *A ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO SOBRE AS AGÊNCIAS REGULADORAS: ENTRE A INDEPENDÊNCIA E O CONTROLE* (Tesis de maestría Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2018), disponible en: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-25092020-144220/pt-br.php> (último acceso: 19 de julio 2022);

actuación por ejemplo, sobre cuál es la mejor forma de gestionar la infraestructura vial nacional objeto de concesiones, en el caso de la ANTT (*Agência Nacional de Transportes Terrestres*)— se advierte una fuerte intervención del TCU en lo tocante a dicho ámbito de actividades. De este modo, a menudo el TCU realiza su propio análisis en cuestiones de mérito regulatorio y termina imponiendo la adopción de sus conclusiones a las agencias, comportándose como un auténtico regulador, capaz no solo de orientar cómo las agencias reguladoras deben ejercer su misión y atribuciones institucionales, sino también de exigir su adhesión a las interpretaciones del TCU.

***f) Intentos de ejercer un control de constitucionalidad incidental y vinculante sobre toda la Administración Pública federal*³⁵**

El TCU viene buscando ejercer el control de constitucionalidad incidental, imponiendo a la Administración Pública su propia interpretación sobre la constitucionalidad de normas legales, por ejemplo, dejando de aplicarlas y buscando determinar que aquellos sujetos a su jurisdicción también lo hagan. Esta cuestión incluso fue objeto de una reciente sentencia del STF en el año 2021, que limitó las competencias del TCU al entender que éste no puede declarar la inconstitucionalidad de una ley con efectos vinculantes para toda Administración Pública. En este relevante caso, el STF se mostró contrario a la interpretación expansiva de los poderes del TCU.³⁶

4. Escenario actual: consolidación de la actuación expansionista del Tribunal de Cuentas de la Unión por medio de su reconocimiento en la práctica por la Administración Pública

Por un lado, no es de extrañar que un órgano público de control busque interpretaciones expansivas que maximicen su poder, ya que tiene todos los incentivos para hacerlo.

GUSTAVO LEONARDO MAIA PEREIRA, O TCU E O CONTROLE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS DE INFRAESTRUTURA: CONTROLADOR OU ADMINISTRADOR? (Tesis de maestría, Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2019) disponible en: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/27366> (último acceso: 19 de julio 2022); GUILHERME AFONSO DOURADO, O CONTROLE DA FUNÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS PELO TCU (Tesis de maestría, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2020), disponible en: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-13072022-091157/pt-br.php> (último acceso: 19 de julio 2022). Véase también Floriano de Azevedo Marques Neto *et al.*, *Reputação Institucional e o Controle das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União*, 278(2) REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO 37 (2019); PEDRO DUTRA & THIAGO REIS, O SOBERANO DA REGULAÇÃO: O TCU E A INFRAESTRUTURA (2020).

³⁵ El TCU adoptó este entendimiento, por ejemplo, en el Tribunal de Cuentas de la Unión de Brasil [TCU], 13 de septiembre de 2017, Fallo 2000/2017, en que declaró inconstitucional la concesión de bono de eficiencia y productividad para los servidores públicos inactivos y pensionistas en la actividad tributaria regulado por la Ley No. 13.448, de 5 de junio de 2017, Ley de Prórroga y Nueva Licitación de Contratos de Asociación. Diário Oficial da União [DOU], 6 de junio de 2017 (Bras.).

³⁶ Supremo Tribunal Federal [STF], 05 de marzo de 2021, “Sindicato Nacional dos Analistas-Tributarios da Receita Federal do Brasil c. Presidente do Tribunal de Contas da União”, MS 35.410 MC/DF, en conjunto con los MS 35490, 35494, 35498, 35500, 35836, 35812 y 35824.

Al fin y al cabo, más poder conlleva mayor prestigio y recursos.³⁷ Por otro lado, no deja de llamar atención la significativa expansión de competencias del TCU, que hasta el momento no ha sido desafiada de forma decisiva por los demás actores políticos y jurídicos del ordenamiento jurídico brasileño. Aunque es posible identificar algunas reacciones como la reciente reforma de la LINDB, con varios artículos que pretenden proporcionar mayor seguridad a los gestores públicos, el hecho es que tal movimiento expansivo aún no ha sido claramente rechazado por el Poder Judicial a través del STF y los demás tribunales, ni por el Congreso Nacional.

Como consecuencia, el TCU se consolida como un actor esencial no solo en el control, sino también en el día a día de la Administración Pública Federal, no dejando a los gestores públicos más alternativa que adecuarse al rol asumido por el Tribunal. Un ejemplo de esta conformación es la inclusión, en el *pipeline* de proyectos de privatización y concesión de infraestructura federal regido por el Programa de Acuerdos para Inversiones, de una fase que supone la aprobación de cada una de ellas por el TCU—fase denominada *Acórdão TCU* (Fallo TCU)—, que debe ser cumplida antes de la publicación de la convocatoria o bases de licitación.

De ese modo y a pesar de las advertencias de la doctrina, el TCU se ha consolidado con atribuciones cada vez más amplias, excediendo el espacio previsto para su actuación en la Constitución y en su ley orgánica, debiendo entonces los gestores públicos y operadores del derecho entender y navegar en este escenario jurídico actual.

¿Está siendo el TCU fiel al modelo institucional definido por el ordenamiento jurídico? Esta es una cuestión alrededor de la cual existe una verdadera disputa de narrativas. El propio TCU y una corriente en favor de la expansión del control van a extraer de los conceptos indeterminados de la Constitución los estándares o directrices para nuevos modelos de acción controladora. Por otro lado, la corriente más favorable a la seguridad jurídica desafía ese orden de pensamiento, con una extensa presentación de sus consecuencias, como el *apagão das canetas*, el desplazamiento de la decisión de la esfera administrativa hacia la esfera controladora y los criterios decisorios cada vez más guiados por el controlador en detrimento de las necesidades propias de la gestión pública. ¿Cuál es el mejor modelo institucional para el TCU? Esta cuestión acompaña el TCU desde su creación en el siglo XIX y jamás ha sido tan actual.

³⁷ José Vicente Santos de Mendonça, *A propósito do controle feito pelos Tribunais de Contas sobre as agências reguladoras—Em busca de alguns standards possíveis*, 38 REVISTA DE DIREITO PÚBLICO DA ECONOMIA 147 (2012).