

O ativismo na atuação jurídico-administrativa do Tribunal de Contas da União

Estudo de casos

FRANCISCO SÉRGIO MAIA ALVES

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo explorar a polissemia do termo ativismo e examinar, a partir de um marco teórico definido, a presença ou não do ativismo na atuação do TCU. Dentre os diversos sentidos da expressão, adota-se o conceito de Carlos Alexandre de Azevedo Campos, que define o ativismo como o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e Tribunais em face dos demais atores políticos e judiciais. A partir de estudos de casos, conclui-se que o TCU também expede decisões que podem ser consideradas ativistas. Há traços de ativismo na atuação do Tribunal, que se manifesta mediante: a criação judicial do Direito; o avanço em solucionar casos por meio da fixação de regras e doutrinas amplas que acabam por “decidir” casos futuros; a atuação processual amplificada; e o afastamento por parte do Tribunal de alguns parâmetros de correção para atingir um resultado específico.

Palavras-chave: Tribunal de Contas da União. Ativismo judicial. Criação judicial do Direito. Segurança jurídica.

1. Introdução

O ativismo judicial é fenômeno jurídico bastante explorado pela doutrina nos tempos recentes, principalmente pelos estudiosos do direito constitucional e teoria política. Todavia, por vezes, as discussões ocorrem sem um cuidado maior quanto à definição do termo, que, além de conter múltiplos sentidos, eventualmente carrega a ideologia de quem o emprega.

Recebido em 30/4/15
Aprovado em 20/7/15

Embora não faça parte da estrutura do Poder Judiciário, no exercício do controle externo da Administração Pública, o Tribunal de Contas da União (TCU) também delibera sobre a correção de atos praticados pelas unidades administrativas e agentes que lhe são jurisdicionados, aplicando o direito a fatos concretos. Dessa forma, ele também pode, pelo menos em tese, expedir decisões ativistas.

O presente ensaio tem como objetivos explorar a polissemia do termo “ativismo” e examinar, a partir de um marco teórico definido, a sua presença ou não na atuação jurídico-administrativa do TCU.

Não se busca discutir o mérito das decisões do Tribunal, ou seja, o acerto ou desacerto da interpretação conferida em cada caso concreto. Como dito, o artigo busca investigar a ocorrência do fenômeno na atuação do órgão de contas, não abrangendo a discussão do direito material manuseado nos processos.

O artigo tem ainda como objetivos secundários identificar eventuais excessos procedimentais e sugerir correções de rumo na atuação do TCU como intérprete e formador de jurisprudência na Administração Pública Federal.

Nesse sentido, serão expostas as várias definições de ativismo judicial, segundo doutrina selecionada, e, em seguida, examinadas as diversas competências constitucionais do Tribunal, a fim de averiguar a existência de espaço para a expedição de decisões ativistas. Em seguida, serão apresentados alguns provimentos emanados pelo órgão passíveis de ser considerados ativistas segundo os conceitos aduzidos. Por fim, serão destacadas as especificidades da função exercida pelo TCU e oferecidas sugestões para o aperfeiçoamento de sua atuação.

Para cumprir tais objetivos, será adotado o método dedutivo de abordagem, partindo-se

da análise geral do objeto de estudo – ou seja, da doutrina e da legislação pertinente às atribuições do TCU e à matéria analisada nos julgamentos em confronto com as decisões prolatadas –, até se chegar a conclusões particulares.

Quanto às técnicas de pesquisa, será utilizada a documentação indireta, por intermédio da pesquisa documental e bibliográfica.

Ao final da pesquisa, logrou-se identificar os seguintes traços de ativismo no exercício das competências constitucionais e legais do TCU: criação judicial do Direito; avanço em solucionar casos por meio da fixação de regras amplas que acabam por “decidir” casos futuros; atuação processual amplificada; e afastamento de alguns parâmetros de correção para atingir um resultado específico, por meio do uso de um tipo de pragmatismo fundado em argumentos econômicos não comprovados.

A despeito de tais constatações, pugnou-se pelo reconhecimento da legitimidade da atuação do TCU, como intérprete do direito e integrador de eventuais lacunas no regime jurídico-administrativo, desde que respeitados certos limites procedimentais e aberta permanentemente a via para o aperfeiçoamento da jurisprudência do Tribunal.

2. Significados e dimensões do ativismo judicial

O termo “ativismo judicial” é mais uma daquelas expressões dotadas de múltiplos sentidos no debate jurídico. Segundo Paulo Gustavo Gonet Branco, trata-se de uma expressão de conteúdo débil e forte carga emocional, um conceito fugidio (BRANCO, 2011, p. 387).

Tal situação também é retratada por Marcelo Casseb Continentino, que não consegue divisar um sentido bem delimitado, um parâmetro ou critério que defina satisfatória-

mente a dimensão semântica do conceito (CONTINENTINO, 2012, p. 141).

Ao retratar ambiguidade do termo, Elival da Silva Ramos assinala que ele serve para caracterizar qualquer modalidade de não interpretativismo, mesmo que não destoante dos postulados positivistas (RAMOS, 2010, p. 132).

Além de marcada por uma grande imprecisão, a expressão pode ter uma carga valorativa positiva ou negativa, a depender do enfoque teórico ou da ideologia de quem analisa.

Para aqueles alinhados à ideia de que o Poder Judiciário também tem a função de concretizar direitos fundamentais e os valores constitucionais¹, ou seja, de corrigir as omissões dos Poderes Executivo e Legislativo², o ativismo judicial é algo positivo e desejável.

Para aqueles que entendem que o Poder Judiciário não detém as informações e os melhores instrumentos para concretizar os valores da Constituição, isto é, para resolver determinadas questões que envolvem desacordos morais da sociedade³, o ativismo judicial é algo negativo e que deve ser evitado⁴.

¹ Segundo Edilson Pereira Nobre Júnior (2011), a legitimidade do ativismo judicial se projeta sobre valores, ou seja, sobre paradigmas substanciais que são consagrados como pilas do ordenamento. Nesse contexto, o ativismo judicial deveria centrar sua atenção na concretização dos direitos fundamentais clássicos e da democracia pluralista.

² Nesse sentido, Tiago Neiva Santos (2007, p. 282) defende o ativismo judicial como resposta às disfunções nos poderes criativos do Estado. Luís Roberto Barroso (2011, p. 233) associa o ativismo a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais.

³ Sobre a ideia de desacordo moral, ver Waldron (2006).

⁴ Em interessante obra sobre o tema, Jorge Octávio Lavocat Galvão (2014, p. 5-6) defende uma postura mais contida do Poder Judiciário na solução de questões que envolvem elevada carga valorativa e uma grande imprecisão quanto aos parâmetros de sentido envolvidos. Para o autor, uma teoria constitucional contemporânea precisa encarar o fato de que, mesmo acreditando na existência de direitos e da justiça, as pessoas discordam apaixonadamente sobre o seu significado e suas implicações nas situações concretas. Tomando emprestadas as ideias de Jeremy Waldron, defende que o mecanismo por excelência

O debate envolve ainda considerações sobre a aceitação ou não do uso de princípios jurídicos na adjudicação judicial⁵, além da possível infringência do ativismo judicial sobre a segurança jurídica, a democracia e a separação dos poderes, valores normalmente enfatizados por aqueles que propugnam uma maior contenção judicial.

Por outro lado, Paulo Gustavo Gonet Branco (2011) ressalta o desdém que parte da doutrina americana tem sobre o conceito, que o considera como “pouco mais do que uma maneira abreviada de, com forte carga retórica, o interlocutor se referir a decisões com as quais discorda”⁶. Como a ideia de ativismo judicial está associada, na maioria das vezes, à extrapolação dos limites do Poder Judiciário na interpretação do Direito, essa crítica tem sua razão de ser, pois, ao final, a discussão sobre se uma decisão é ou não ativista resume-se, por vezes, a uma divergência sobre a correta interpretação da norma.

A despeito da já falada polissemia do termo, alguns autores não se furtaram de conceituá-lo. Para Elival da Silva Ramos, ativismo judicial é o exercício da função jurisdicional para

pelo qual a sociedade define o seu agir coletivo é o processo político democrático, estando as instituições públicas funcionando de maneira adequada.

⁵ O ativismo judicial aproxima-se da ideia de neoconstitucionalismo, que, em síntese de Daniel Sarmento, envolve os seguintes fenômenos: (a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; (c) constitucionalização do direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o direito e a moral, com a penetração cada vez maior da filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário (SARMENTO, 2011, p. 73-74.).

⁶ O trecho é de Kermit Roosevelt III, segundo compêndio de Craig Green (BRANCO, 2011, p. 392).

além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos) (RAMOS, 2010, p. 129).

Sob essa ótica, trata-se de um conceito com nítido traço negativo, que sugere uma atuação irregular do Poder Judiciário, em detrimento dos Poderes Executivo e Legislativo.

Inocência Mártires Coelho busca diferenciar ativismo judicial, que, segundo os autores por ele pesquisados, significaria uma espécie de “mau comportamento” ou de “má consciência” do Judiciário acerca dos limites normativos substanciais de seu papel no sistema de separação de poderes do Estado Constitucional de Direito, da criação judicial do Direito (COELHO, 2011, p. 481-482).

Diversamente, a criação judicial do Direito seria o exercício regular do poder-dever, que incumbe aos juízes, de transformar o direito legislado em direito interpretado aplicado, caminhando do geral e abstrato da lei ao singular e concreto da prestação jurisdicional, a fim de realizar a justiça em sentido material (COELHO, 2011, p. 482).

Na ausência de critérios seguros para se encontrar o sentido literal da norma, ou seja, o limite do texto a ser interpretado, é difícil afirmar se uma decisão foi ativista ou promoveu, de forma legítima, a criação judicial do Direito. Como já se afirmou, a discussão pode-se reduzir, no final, à correta interpretação do texto e dos métodos hermenêuticos adequados para o exercício dessa atividade.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos conceitua o ativismo judicial como o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos pelos juízes e Tribunais em face dos demais atores políticos e judiciais (CAMPOS, 2011, p. 551).

A partir desse elemento central do conceito – o comportamento expansivo do Poder Judiciário em face dos demais atores políticos –, o autor aponta a existência de múltiplos critérios de identificação do ativismo judicial. Segundo pesquisa baseada no trabalho dos autores norte-americanos Bradley Canon, William Marshal, Ernest Young e Keenan Kmiec, Carlos Alexandre de Azevedo Campos aponta os seguintes indicadores de ativismo judicial: ausência de deferência judicial às decisões prévias tomadas pelos demais poderes políticos, desrespeito aos precedentes, criação judicial do Direito⁷ e dirigismo em matéria de políticas públicas (CAMPOS, 2011, p. 554).

Além dessas dimensões, o autor ressalta o ativismo jurisdicional de William Marshal, que corresponde à significativa expansão pelo Judiciário de seu campo de jurisdição⁸, o ativismo maximalista de Ernest Young, que corresponde à situação em que um Tribunal se expande em decidir uma controvérsia que não está a rigor perante ele⁹; o ativismo de Keenan Kmiec, em que o juiz se afasta de alguns parâmetros de correção para atingir um resultado específico; e o ativismo partidário de Marshal e Young, em que o julgador decide segundo o seu alinhamento político-partidário (CAMPOS, 2011, p. 555-556).

⁷ Aqui, o autor diferencia-se de Inocência Mártires Coelho, ao tomar a criação judicial do Direito como uma das dimensões do ativismo judicial.

⁸ O autor cita como exemplo a amplitude dos casos de legitimação processual, da utilidade do *habeas corpus*, da utilidade de remédios alternativos contra o Governo, entre outros, todos extraídos da realidade norte-americana (CAMPOS, 2011, p. 555). No Brasil, o ativismo processual manifesta-se na atuação do juiz, não mais pautada na ideia de inércia, mas sim na busca da igualdade substancial das partes. A ideia de ativismo processual também pode ser encontrada em Guedes, (2013, p. 45-79).

⁹ Segundo o autor, tal forma de ativismo ocorre quando o julgador anuncia um princípio mais amplo do que o caso concreto requer ou tenta resolver definitivamente um assunto controvertido antes que a sociedade esteja pronta para a resolução (CAMPOS, 2011, p. 555).

Embasado em tais pressupostos, Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2011) analisa a atuação do Supremo Tribunal Federal e conclui pela existência das seguintes manifestações de ativismo na Corte máxima do País: (i) uso de métodos interpretativos que conduzem à construção progressiva de normas que acabam se distanciando do sentido literal comum do dispositivo normativo interpretado; (ii) atuação processual amplificada; (iii) interferência incisiva no comportamento dos demais poderes; inclusive em questões de políticas públicas e sociais; (iv) ausência de deferência às decisões político-normativas dos demais poderes mesmo nas hipóteses em que não se mostra clara a violação do Texto constitucional; (v) redução dos espaços de atuação da Jurisdição ordinária com a conseqüente concentração do poder em seu favor; (vi) avanço em solucionar casos por meio da fixação de regras e doutrinas tão amplas que, além de o caso julgado prescindir das mesmas, acabam por “decidir” casos futuros também; e (vii) afirmação de sua posição não apenas como último intérprete da Constituição, mas como o único (CAMPOS, 2011, p. 558).

Passemos, pois, à atuação do TCU, o que se dará segundo as dimensões catalogadas por Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2011).

3. Atribuições do Tribunal de Contas da União

Entre as competências deferidas ao Tribunal de Contas da União, é possível identificar quatro tipos de atribuições legais e constitucionais em que se torna possível a prática de ativismo jurídico administrativo:

- em decisões lavradas em resposta às consultas;
- no exercício do poder regulamentar;
- no julgamento de casos concretos submetidos à sua apreciação (auditorias, representações, denúncias, tomadas de contas, entre outros);
- em processos administrativos de uniformização de entendimentos.

Segundo o art. 1º, inciso XVII, da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, que dispõe sobre a lei orgânica do TCU, compete ao Tribunal decidir sobre consulta que lhe seja formulada por autoridade competente, a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes a matéria de sua competência, na forma estabelecida no Regimento Interno (BRASIL, 1992).

Conforme o § 2º do dispositivo mencionado, a resposta à consulta tem caráter normativo e constitui prejudgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto (BRASIL, 1992).

Embora essa atribuição não esteja expressamente prevista nos diversos incisos do art. 71 da Constituição Federal, a função orientativa-consultiva também faz parte do conjunto de atribuições reservadas às instituições de fiscalização superiores¹⁰, que, além de promover o controle da Administração Pública, tem a missão de orientar as entidades e os agentes públicas a fim de evitar o cometimento de erros¹¹.

Dessa forma, a resposta a consultas insere-se na função do TCU de auxiliar a boa administração dos recursos públicos, o que se mostra desejável sob o ponto de vista jurídico e econômico, uma vez que em tese evita a ocorrência de prejuízos ao erário e, por consequência, a abertura de processos de natureza corretiva e sancionadora.

Nesse cenário, como o TCU promove a interpretação em tese de leis e regulamentos relativos à matéria de sua competência, é possível que ele, assim como o Poder Judiciário, eventualmente expeça entendimentos em resposta a consulta, os quais não estejam contidos na expressão literal da norma – ou, de outra forma, baseados em princípios jurídicos de larga amplitude semântica. Cuida-se, portanto, de um dos espaços de atuação do Tribunal em que é possível a prática de ativismo¹².

O segundo tipo de atuação passível de ensejar deliberações ativistas pelo TCU corresponde ao exercício do poder regulamentar. Segundo o art. 3º da Lei Orgânica, o Tribunal pode, no âmbito de sua competência e jurisdição, expedir atos e instruções normativas sobre matéria de suas atribuições e sobre a organização dos processos que lhe devam ser submetidos, obrigando ao seu cumprimento, sob pena de responsabilidade (BRASIL, 1992).

Com relação ao assunto, é preciso deixar claro que o TCU não tem a função de regulamentar lei para a sua fiel execução, dado que isso é competência privativa do Presidente da República, nos termos do art. 84, inciso IV, da Constituição Federal.

¹⁰ Lucas Rocha Furtado divide as funções do TCU em: opinativa ou consultiva, fiscalizadora, de julgamento de contas, de registro, sancionadora e corretiva (FURTADO, 2013, p. 1.101-1.104).

¹¹ Bruno Wilhelm Speck, ao analisar os diversos modelos de instituições superiores de controle financeiro, ressaltou que tais entidades, historicamente, foram criadas com duas preocupações diferentes: administrar bem os recursos públicos e limitar o Poder Executivo. Por meio da primeira delas, busca-se aumentar a eficiência da Administração, ao passo que, por intermédio da segunda, o propósito é responsabilizar os agentes administrativos quanto à regularidade e legalidade da gestão financeira (SPECK, 2000, p. 31, 32, 36). A busca da melhoria na eficiência da Administração dá-se, em regra, pela realização de auditorias de programas e de resultados, que, ao final, tem como objetivo emanar orientações e recomendações ao órgão fiscalizado. No Brasil, a função orientativa ocorre também mediante a resposta formal a consultas.

¹² Benjamin Zymler visualiza outro risco sistêmico à atividade consultiva do Tribunal. Para ele, o Tribunal deve evitar que as respostas às consultas possam ser usadas como passaporte para validar atos concretos de gestão, o que equivaleria à assunção transversa, pelo TCU, de competência própria do administrador, que teria a garantia de aprovação de suas contas (ZYMLER, 2013, p. 254).

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso assinala que o exercício do poder regulamentar pelo TCU deve ser interpretado conforme a Constituição. Segundo o Ministro do Supremo Tribunal Federal, o órgão de contas desfruta de competências normativas inferiores, e não do poder de editar regras gerais e abstratas. Para ele, o Tribunal não tem competência para editar regulamentos de execução, regulamentos autônomos, muito menos para invadir a esfera de reserva legal, com o fim de impor obrigações, estabelecer requisitos ou ditar vedações que não tenham apoio na lei (BARROSO, 2001, p. 239).

Desse modo, o poder regulamentar do Tribunal restringe-se ao detalhamento do exercício de suas competências, como julgar contas, aplicar sanções, fiscalizar atos e contratos, dentre outras, e, por outro lado, à organização de seus processos, ou seja, ao estabelecimento de suas normas procedimentais.

Ademais, o ativismo do TCU pode manifestar-se no julgamento de casos concretos submetidos a sua apreciação. Como se sabe, o Tribunal realiza a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, em auxílio ao Congresso Nacional. Para tanto, segundo o art. 71 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), entre as quais sobressaem a de julgar as contas dos administradores e daqueles que derem causa a prejuízo ao erário público (inciso I); a de apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal e de concessão de aposentadorias, reformas e pensões (inciso II); a de aplicar aos responsáveis as sanções previstas em lei (inciso VIII); a de assinar prazo para que a entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade (inciso IX); e a de sustar atos e con-

tratos na forma do inciso X e § 2º do referido artigo, dentre outras.

Nesse cenário, como analisa atos e fatos segundo o parâmetro jurídico vigente – ou seja, a Constituição, a lei e os demais regulamentos aplicáveis à matéria –, o TCU necessariamente promove a atividade interpretativa, a fim de expedir os provimentos de sua competência.

Dessa forma, em tese também é possível que o Tribunal, assim como os órgãos do Poder Judiciário, eventualmente expeça entendimento, na apreciação de casos concretos, que não esteja contido na expressão literal da norma. Tal situação pode ocorrer mediante o uso de princípios jurídicos de larga amplitude semântica não integrados por regras jurídicas, de argumentos extrajurídicos, de razões de ordem prática e de juízos de conveniência e oportunidade, que não necessariamente podem ser depreendidos da norma interpretada.

Por fim, o ativismo pode manifestar-se em processos administrativos voltados à uniformização de entendimentos. No caso, a própria existência de processos com essa finalidade já constitui, em si, manifestação de ativismo, uma vez que, a despeito da utilidade prática de se estabelecer orientação geral ao corpo de auditores do TCU sobre o que seria o “melhor entendimento da norma”, as decisões emanadas não podem ter caráter vinculante, precipuamente para as unidades jurisdicionadas do Tribunal.

Como visto, o poder normativo do TCU resume-se às respostas às consultas, ao passo que o poder regulamentar somente se destina à expedição de atos e instruções normativas sobre matéria de suas atribuições e sobre a organização dos processos. Por essa razão, o Tribunal somente pode disciplinar aspectos procedimentais relativos ao exercício de sua competência, não a interpretação, o juízo de mérito a ser aplicado a cada caso submetido à apreciação.

Cabe ressaltar que os auditores da Secretaria do Tribunal, na função de controle externo, têm independência técnica e podem emitir livremente suas opiniões durante a etapa de instrução processual. Com muito mais razão, o Ministério Público junto ao TCU e os Ministros, na condição de presidentes do processo, não podem estar sujeitos a tais entendimentos, expedidos de forma genérica em processos abstratos, uma vez que atuam segundo os princípios do livre convencimento e da persuasão racional.

É claro que o dever de seguir os precedentes é norma implícita decorrente do princípio da isonomia¹³. Porém, tal obrigação deve ser vista com reserva: primeiro, pela ausência de previsão regimental e legal de processos administrativos que apreciam matéria jurídica em tese no TCU; e, segundo, porque os Ministros do TCU sempre têm margem de liberdade para verificar se há ou não identidade entre o caso em exame e o precedente.

Ademais, para a interpretação de um texto normativo é recomendável confrontar a disposição geral com cada situação concreta submetida à apreciação. Afinal, os textos não saem prontos das mãos do legislador; antes contêm apenas critérios gerais de justiça, a serem particularizados e complementados pelos seus intérpretes-aplicadores, à luz do caso concreto (GARCIA, 1998, p. 22).

Nesse mesmo sentido, o Ministro Benjamin Zymler assinalou, no voto condutor do Acórdão nº 1314/2013-TCU-Plenário, que a fixação de entendimento jurídico pelo TCU no âmbito de uma análise abstrata do ordenamento jurídico deve ser realizada com cautela. Para ele, não cabe ao Tribunal, em linha de princípio, dispor sobre matéria jurídica em tese, a menos que se trate de apreciação de consulta e de aprovação de atos normativos de competência do TCU (BRASIL, 2013c).

Dito isso, passa-se ao estudo de situações concretas em que é possível identificar a prática de ativismo em deliberações lavradas pelo TCU, segundo as dimensões e considerações doutrinárias trazidas no item 2.

4. Estudo de casos

Dado o universo de assuntos sujeitos à deliberação do TCU no exercício do controle externo da Administração Pública, buscou-se reduzir o escopo da pesquisa às decisões lavradas no controle de atos e contra-

¹³ O Regimento Interno do TCU prevê o incidente de uniformização de jurisprudência (art. 91); porém, ele não atribui efeito vinculante ao julgamento do incidente, nem às súmulas eventualmente editadas a respeito de matéria pacificada pelo Tribunal (BRASIL, 2015a).

tos. Ou seja, buscou-se verificar a interpretação do Tribunal em matéria de licitações e contratos.

Nesse contexto, pesquisaram-se os processos que tenham tratado de temas afetos à celebração de aditivos contratuais, matéria que envolve enorme litigiosidade no Tribunal.

O objetivo não foi trazer um apanhado completo de decisões ativas do TCU, em certo período de tempo, nem analisar o acerto ou desacerto da interpretação. Como já ressaltado, o escopo foi apresentar algumas deliberações passíveis de ser enquadradas como exemplos de ativismo conforme os critérios estabelecidos no capítulo dois.

4.1. Decisão nº 215/1999–TCU-Plenário. Resposta à Consulta. Critérios para aceitação de alteração de contrato administrativo em valor excedente ao limite estabelecido na Lei nº 8.666/1993

O processo em que a deliberação foi lavrada tinha por objeto responder à consulta formulada por Ministro de Estado acerca de alteração de contrato administrativo, que excedia, em valor, os limites legais preestabelecidos.

A matéria é tratada no art. 65, § 1º, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que assim dispõe:

Art. 65. [...] § 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos (BRASIL, 1993, grifo nosso).

Como se vê, a disposição legal estabelece um teto para a alteração de contratos administrativos, o que se justifica em razão dos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e da isonomia, que têm como objetivo evitar que o objeto efetivamente executado no contrato seja significativamente distinto do submetido à licitação.

No caso, a Lei nº 8.666/1993 não estabelece qualquer exceção ao critério estabelecido no art. 65, § 1º. Pela literalidade da norma, caso sejam necessárias alterações que extrapolem o limite legal, deve a Administração executar o contrato somente até o aludido parâmetro e promover nova licitação a fim de contratar a parcela contratual remanescente.

Tal regra impõe dificuldades práticas à Administração Pública, pois, além de acarretar novos custos em face do novo procedimento licitatório, o objeto contratado nem sempre é facilmente divisível sob o ponto de vista técnico. Isso ocorre em determinados tipos de obras públicas,

cujos serviços são interligados e interdependentes, de forma que não se mostra adequado que estejam sujeitos a responsabilidades técnicas distintas.

Por meio da Decisão nº 215/1999-TCU-Plenário, o TCU decidiu que

nas hipóteses de alterações contratuais consensuais, qualitativas e excepcionalíssimas de contratos de obras e serviços, é facultado à Administração ultrapassar os limites aludidos no item anterior, observados os *princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade*, além dos direitos patrimoniais do contratante privado, desde que satisfeitos cumulativamente os seguintes pressupostos [listou] (BRASIL, 1999b, grifo nosso).

Pelo conteúdo da parte dispositiva transcrita, constata-se que o Tribunal, fazendo uso de princípios jurídicos como os da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, com conteúdos evidentemente vagos, acabou por editar normas que se distanciaram do sentido literal comum do dispositivo interpretado, uma vez que criou exceções ao limite do art. 65, § 1º não previstos pelo legislador ordinário.

Não se discute o mérito das valorações efetuadas pelo Tribunal no exame da matéria, que, além de buscar preservar os princípios reitores da regra interpretada, manifestou preocupação sobre a eficiência e a economicidade do sistema de contratações públicas.

Porém, parece claro que a Decisão nº 215/1999-TCU-Plenário inovou com relação à norma jurídica interpretada, razão pela qual se conclui que a deliberação é exemplo de criação judicial do direito, no sentido trazido por Bradley Canon, William Marshal, Ernest Young e Keenan Kmiec, conforme o trabalho de Carlos Alexandre de Azevedo Campos (CAMPOS, 2011).

A decisão assemelha-se à manifestação de ativismo catalogada no item (i) da análise efetuada pelo autor acerca da atuação do Supremo Tribunal Federal – uso de métodos interpretativos que conduzem à construção progressiva de normas que acabam distanciando-se do sentido literal comum do dispositivo normativo interpretado.

4.2. Acórdão nº 225/2015-TCU-Plenário. Administrativo. Aprovação da Instrução Normativa-TCU 74/2015

O processo cuidava de projeto de instrução normativa destinada a disciplinar a fiscalização do Tribunal de Contas da União sobre a organização do processo de celebração de acordo de leniência pela Administração Pública federal.

Tais acordos foram instituídos pela Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 (Lei Anticorrupção), que previu a possibilidade de as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos lesivos colaborarem efetivamente para as investigações e o processo administrativo instaurado pelo órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, em troca da isenção ou atenuação das sanções preconizadas na referida norma e na Lei nº 8.666/1993 (BRASIL, 2013d)¹⁴.

Conforme o art. 16, § 10º, da lei, a Controladoria-Geral da União (CGU) é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira (BRASIL, 2013d).

Por meio dessa deliberação, o Tribunal aprovou a Instrução Normativa-TCU 74/2015, que, entre outras providências, estabeleceu a obrigatoriedade de a CGU enviar ao Tribunal os documentos e informações relativas a acordos de leniência para sua análise e apreciação (BRASIL, 2015b).

Ademais, a norma legal previu, em seu art. 3º, que a apreciação das etapas que compõem a celebração de acordos de leniência seria condição necessária para a eficácia dos atos subsequentes (BRASIL, 2015b).

Dessa forma, percebe-se que o TCU criou requisito para a eficácia de acordos de leniência que não previsto na lei. Dito de outra forma, a norma impôs a participação obrigatória do Tribunal, na edição de ato jurídico, cuja competência a lei atribuiu à CGU, no âmbito da Administração Pública federal.

Compulsando os *consideranda* da instrução normativa, verifica-se que o Tribunal interpretou a Lei nº 12.846/2013 segundo as disposições constitucionais que regem o controle externo da Administração Pública, especificamente o art. 71, inciso II, que reservou ao TCU a competência de julgar as contas dos administradores e daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público (BRASIL, 1988).

A despeito do caráter assistemático da lei, que, além da possibilidade de celebração de acordo de leniência, atribuiu funções de julgamento e imputação de sanções por infrações administrativas às autoridades máximas dos diversos Poderes, sem considerar a atividade de controle

¹⁴Segundo o art. 16, § 2º, da Lei nº 12.846/2013, a celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável. Da mesma forma, o art. 17 da norma prevê que a Administração Pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88 (BRASIL, 2013d).

externo, não parece claro que a norma extrapolou a divisão de competências estabelecida na Constituição.

Caso a CGU celebrasse acordo de leniência sem a participação do TCU, ainda assim ela estaria obrigada, por força do art. 74, § 2º, da Constituição, a noticiar as irregularidades que tivesse conhecimento ao Tribunal, que poderia de forma independente aplicar as sanções e imputar os débitos, no exercício de suas competências estabelecidas na Constituição e em sua lei orgânica. O mesmo se aplica aos julgamentos das autoridades sobre os ilícitos administrativos de que trata a lei.

Com isso, entende-se que a Instrução Normativa-TCU 74/2015 também é exemplo de criação judicial do direito, no sentido trazido por Bradley Canon, William Marshal, Ernest Young e Keenan Kmiec, conforme o trabalho de Carlos Alexandre de Azevedo Campos (CAMPOS, 2011).

No caso, a norma fez uso de métodos interpretativos que conduziram à interpretação que se distanciou do sentido literal comum do dispositivo regulamentado, assemelhando-se, portanto, à forma de ativismo catalogada no item (i) da análise de Carlos Alexandre de Azevedo Campos sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal.

Ademais, entende-se que o Tribunal, ao editar instrução normativa que estabeleceu condições de eficácia a atos de competência de outros órgãos, não se limitou a disciplinar matéria de suas atribuições e sobre a organização dos processos que lhe devam ser submetidos, agindo, portanto, além do poder regulamentar que lhe foi conferido no art. 3º da Lei Orgânica.

Com isso, entende-se que a norma é exemplo de ativismo jurisdicional de William Marshal (CAMPOS, 2011), pois houve significativa expansão pelo TCU de seu campo de jurisdição. Trata-se, portanto, de exemplo de atuação processual amplificada, assemelhando-se à forma de ativismo catalogada no item (ii) da análise de Carlos Alexandre de Azevedo Campos sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal.

4.3. Acórdão nº 749/2010-TCU-Plenário. Monitoramento em Representação. Parâmetros para observância dos limites de alterações contratuais previstos no art. 65 da Lei nº 8.666/1993

O processo em que a deliberação foi lavrada tinha por objeto o monitoramento de determinações lavradas pelo TCU em processo de representação interposta por licitante em razão de possíveis irregularidades em concorrência pública realizada pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dnit).

Por meio da referida decisão, o TCU resolveu determinar ao Dnit que¹⁵:

9.2. [...] em futuras contratações, para efeito de observância dos limites de alterações contratuais previstos no art. 65 da Lei nº 8.666/1993, *passa a considerar as reduções ou supressões de quantitativos de forma isolada, ou seja, o conjunto de reduções e o conjunto de acréscimos devem ser sempre calculados sobre o valor original do contrato, aplicando-se a cada um desses conjuntos, individualmente e sem nenhum tipo de compensação entre eles*, os limites de alteração estabelecidos no dispositivo legal (BRASIL, 2010, grifo nosso).

Como se vê, a matéria contida na parte dispositiva do acórdão conferiu nova interpretação ao art. 65, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, que, conforme exposto anteriormente, trata do limite máximo para alterações contratuais¹⁶.

Segue um exemplo prático a fim de explicar a diferença entre a disposição legal e a interpretação do Tribunal. Suponhamos um contrato de valor global de 100 unidades monetárias. Pela literalidade do art. 65, § 1º, da Lei

¹⁵ Posteriormente, o Tribunal modificou a redação do dispositivo citado, apenas para estabelecer o marco temporal a partir do qual o novo entendimento seria aplicável. Com isso, nos termos do Acórdão 2.819/2011-TCU-Plenário, o subitem 9.2 passou a contar com a seguinte redação: “9.2. determinar ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes que, nas futuras contratações celebradas a partir da data de publicação deste Acórdão no Diário Oficial da União, passe a considerar, para efeito de observância dos limites de alterações contratuais previstos no art. 65 da Lei nº 8.666/1993, as reduções ou supressões de quantitativos de forma isolada, ou seja, o conjunto de reduções e o conjunto de acréscimos devem ser sempre calculados sobre o valor original do contrato, aplicando-se a cada um desses conjuntos, individualmente e sem nenhum tipo de compensação entre eles, os limites de alteração estabelecidos no dispositivo legal; [...]” (BRASIL, 2011).

¹⁶ § 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

nº 8.666/1993, o valor global contrato poderia ser alterado para até 75 unidades monetárias, no limite inferior, ou para até 125 unidades monetárias, no patamar superior. Tal situação seria válida, independentemente dos acréscimos e supressões ocorridas. O que importa, segundo o sentido literal da norma, é estar o valor global final do contrato situado no limite entre 75 e 125 unidades monetárias.

Com o entendimento do Acórdão 749/2010-TCU-Plenário, a quantidade acrescida e a quantidade suprimida, isoladamente, passaram a ser relevantes para se verificar a legalidade ou não do aditivo. Por exemplo, se a Administração reduzir o valor do contrato em 25 unidades monetárias e, em seguida, crescer 30 unidades monetárias, passando o valor global do contrato para 105 unidades monetárias, ainda assim o aditivo terá sido ilegal, pois o acréscimo, isoladamente, ultrapassou o limite de 25% [acréscimo (30) ÷ valor original do contrato (100) = 30%]. Dito de outra forma, o aditivo é irregular, mesmo que, no cômputo final, o valor global do contrato tenha aumentado apenas 5 unidades monetárias (de 105 para 100).

Diante da singeleza da norma interpretada, que estabeleceu um critério matemático simples para o cálculo do limite de alteração contratual, não é difícil constatar que o entendimento do Tribunal extrapolou o sentido literal do texto.

A menos que se lance mão de princípios jurídicos de conteúdo extremamente vagos, como o da vinculação do instrumento convocatório e da isonomia, corolários do princípio da identidade ente o objeto contratado e o da licitação, não há outra justificativa para o entendimento proferido pelo Acórdão 749/2010-TCU-Plenário, que, por sinal, foi precedido de parca fundamentação sobre a parte dispositiva em análise.

Com isso, entende-se que o Acórdão 749/2010-TCU- Plenário também constitui exemplo de criação judicial do direito, no sentido trazido por Bradley Canon, William Marshal, Ernest Young e Keenan Kmiec, conforme o trabalho de Carlos Alexandre de Azevedo Campos (CAMPOS, 2011). Ou seja, a deliberação, lavrada na análise de determinada situação concreta, também fez uso de métodos interpretativos que conduziram à interpretação que se distanciou do sentido literal comum do dispositivo regulamentado, assemelhando-se, portanto, à forma de ativismo catalogada no item (i) da análise de Carlos Alexandre de Azevedo Campos sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal.

4.4. Acórdão 1.755/2004-TCU-Plenário. Auditoria. Necessidade de manutenção do desconto ofertado pela contratada por ocasião da licitação, no caso de celebração de aditivos, a fim de atender o princípio do equilíbrio econômico financeiro

O processo cuidava de auditoria na obra de construção do Aeroporto Regional Sul de Santa Catarina, localizado em Jaguaruna/SC.

Por meio da aludida deliberação, foram apreciados embargos de declaração interpostos pela empresa contratada contra o Acórdão 388/2004-Plenário, que havia determinado a repactuação do contrato e o desconto do sobrepreço apurado nas próximas faturas.

A despeito da limitação da matéria a ser discutida em embargos de declaração – que, a exemplo da espécie recursal de idêntica denominação no Código de Processo de Civil, somente pode tratar de omissão, obscuridade e contradição da decisão recorrida –, o TCU rediscutiu a metodologia de cálculo e o critério para a apuração de prejuízo ao erário em decorrência de modificações contratuais decorrentes da celebração de aditivos.

Nesse cenário, deu provimento aos embargos de declaração, para, conferindo-lhe efeitos infringentes, dar a seguinte redação ao subitem 9.4.1 do Acórdão 388/2004-TCU-Plenário (transcrita no essencial):

9.4.1 promova as ações necessárias à instauração de procedimento administrativo tendente à reavaliação do Contrato [...], utilizando como referência preços de mercado, franqueada ampla defesa à empresa [...], de forma a ser plenamente justificado o indício de desequilíbrio econômico-financeiro da avença, em desfavor do erário, consistente *na redução de 28,98% para 16,28% do desconto original ofertado pela contratada sobre o valor global orçado pela Administração para a nova configuração da proposta, determinada pelos termos aditivos [...]* (BRASIL, 2004, grifo nosso).

Na oportunidade, o TCU conferiu nova interpretação ao princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, ao estabelecer a

obrigação do contratado de manter o desconto inicial de sua proposta de preços, após as modificações contratuais ocorridas por ocasião da celebração de aditivos.

Dessa forma, a redução do desconto original passou a ser considerada causa jurídica para a repactuação do contrato, ou seja, para a diminuição do preço contratado obtido após os aditivos, de modo a expurgar o prejuízo aos cofres públicos decorrente da modificação, em desfavor do erário, do equilíbrio econômico-financeiro inicial.

O princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro está previsto no art. 37, inciso XXI, da Constituição, que estabeleceu a obrigatoriedade “de serem mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei” (BRASIL, 1988). O princípio foi disciplinado nos arts. 58, § 2º e 65, § 6º, da Lei nº 8.666/1993:

Art. 58. (...) § 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, *as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.*

Art. 65. (...) § 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração *deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial* (BRASIL, 1993, grifo nosso).

O Ministro Relator teceu considerações, em seu voto, sobre o que seria o método mais adequado para “enfrentar o problema das alterações contratuais tendentes a suprimir a vantagem econômica inicialmente obtida pela Administração, subvertendo o propósito que norteia as licitações públicas.” (BRASIL, 2004a):

A solução jurídica para corrigir as distorções causadas pelo “jogo de planilha” deriva diretamente do texto constitucional, que preconiza, no art. 37, inciso XXI, que devem ser mantidas as condições efetivas da proposta contratada mediante licitação pública. A determinação constitucional *visa, antes de tudo, prevenir o enriquecimento ilícito, seja por parte da Administração, seja por parte da empresa contratada, assegurando o equilíbrio econômico-financeiro durante toda a vigência da avença.*

Assim, ocorrendo qualquer modificação que provoque o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, deve ser promovida a repactuação, de forma que se restabeleçam as condições originais, não se admitindo o injusto proveito unilateral de um dos contratantes, em detrimento do outro.

Nesse sentido, *entendo que o original equilíbrio econômico-financeiro de um contrato pode ser extraído da diferença percentual observada entre o valor global da proposta e o constante do orçamento-base do órgão licitante.* Isso não oblitera a necessidade de prévia verificação da compatibilidade entre o preço orçado pela Administração e o preço de mercado (BRASIL, 2004a, grifo nosso).

Como se vê, o Tribunal, na deliberação em análise, explicitou o conteúdo vago do princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro criando uma regra jurídica que impõe ao contratado o dever de manter o desconto ofertado por ocasião da licitação, por ocasião da celebração de aditivos contratuais.

Além de não ser deduzido diretamente dos dispositivos usados para a sua fundamentação, a nova exegese discrepa do entendimento doutrinário acerca do princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. Segundo Hely Lopes Meirelles, a equação econômico-financeira é relação estabelecida inicialmente pelas partes entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração do objeto do ajuste (MEIRELLES, 1991, p. 193)¹⁷.

Nesse sentido, considerando que a modificação do preço global decorre de alterações de quantitativos de serviços existentes no contrato ou acréscimos de serviços novos, a exigência para que seja mantido o mesmo desconto ofertado na licitação para a execução de um objeto com características distintas do objeto licitado pode, em verdade, fazer com que o contratado receba uma remuneração aquém dos encargos que incorrerá para fazer a obra, que não é mesma que foi licitada.

Sem entrar no mérito da deliberação, até porque a regra jurídica foi posteriormente positivada¹⁸, entende-se que o Acórdão n. 1.755/2004-TCU-Plenário também constitui exemplo de criação judicial do direito, no sentido trazido por Bradley Canon, William Marshall, Ernest Young e Keenan Kmiec, conforme o trabalho de Carlos Alexandre de Azevedo Campos (CAMPOS, 2011). Ou seja, a deliberação, lavrada na análise de determinada situação concreta, fez uso de métodos interpretativos que proporcionaram a integração do conteúdo de um princípio jurídico, assemelhando-se, portanto, à forma de ativismo catalogada no item (i) da análise de Carlos Alexandre de Azevedo Campos sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal (CAMPOS, 2011).

¹⁷ No mesmo sentido, ver MELLO (1999, p. 418).

¹⁸ A regra foi introduzida pela Lei nº 11.768, de 14 de agosto de 2008, que dispunha sobre as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2009 e dava outras providências, cujo art. 109, § 6º, previa: “a diferença percentual entre o valor global do contrato e o obtido a partir dos custos unitários do SINAPI não poderá ser reduzida, em favor do contratado, em decorrência de aditamentos que modifiquem a planilha orçamentária.” (BRASIL, 2008). Considerando o caráter temporal das leis de diretrizes orçamentárias e sem discutir a juridicidade da inclusão da regra em leis dessa natureza, o dispositivo foi repetido seguidamente, com pequenas alterações de redação, nas leis de diretrizes orçamentárias de 2009 até 2013. A partir de 2014, as leis de diretrizes orçamentárias deixaram de incluir tal regra, possivelmente, em razão da edição do Decreto nº 7.983, de 8 de abril de 2013, cujo art. 14 instituiu regra similar (BRASIL, 2013b). A inclusão de tal regra por meio de decreto não parece apropriada, uma vez que a matéria inova em relação aos dispositivos legais que buscou regulamentar.

4.5. Acórdão 1.977/2013-TCU-Plenário. Administrativo. Estudos sobre procedimentos para aplicação do regime de empreitada por preço global em obras públicas

O processo tratava de estudo elaborado por unidade técnica do TCU com vistas a uniformizar procedimentos sobre a utilização do regime de empreitada por preço global para a contratação de obras públicas, bem como apresentar diretrizes e orientar os auditores do Tribunal em relação ao tema. Por meio dessa deliberação, o Tribunal resolveu expedir algumas orientações às suas unidades técnicas, entre as quais se destacam as seguintes:

9.1.7. quando constatados, após a assinatura do contrato, erros ou omissões no orçamento *relativos a pequenas variações quantitativas nos serviços contratados, em regra, pelo fato de o objeto ter sido contratado por “preço certo e total”*, não se mostra adequada a prolação de termo aditivo, nos termos do ideal estabelecido no art. 6º, inciso VIII, alínea “a”, da Lei 8.666/93, como ainda na cláusula de expressa concordância do contratado com o projeto básico, prevista no art. 13, inciso II, do Decreto 7.983/2013;

9.1.8. excepcionalmente, de maneira a evitar o enriquecimento sem causa de qualquer das partes, como também para garantia do valor fundamental da melhor proposta e da isonomia, caso, por erro ou omissão no orçamento, *se encontrarem subestimativas ou superestimativas relevantes nos quantitativos da planilha orçamentária*, poderão ser ajustados termos aditivos para restabelecer a equação econômico-financeira da avença, situação em que se tomarão os seguintes cuidados:

9.1.8.4. *verificar, nas superestimativas relevantes, a redundarem no eventual pagamento do objeto acima do preço de mercado e, consequentemente, em um superfaturamento, se houve a retificação do acordo mediante termo aditivo*, em prol do princípio guardado nos arts. 3º, caput c/c art. 6º, inciso IX, alínea “f”; art. 15, § 6º; e art. 43, inciso IV, todos da Lei 8.666/93; (BRASIL, 2013f, grifo nosso).

Entre os vários pontos abordados no Acórdão 1.977/2013-TCU-Plenário, selecionou-se, para fins de análise, a questão relativa às variações de quantitativos em contratos decorrentes de licitações sob o regime de empreitada por preço global, o que impacta no cabimento ou não da celebração de termo aditivo.

Quanto ao assunto, a Lei de Licitações não traz uma disciplina específica para modificações de instrumentos do tipo. Independentemente do regime de execução, a alteração de contratos está sujeita ao art. 65 da Lei nº 8.666/1993, que, como visto, estabelece limites e as condições para a celebração de aditivos contratuais (BRASIL, 1993).

Conforme o art. 6º, inciso VIII, alínea “a”, da Lei nº 8.666/1993, pelo regime de empreitada por preço global, a execução da obra ou do serviço é contratada por preço certo e total (BRASIL, 1993).

Diferentemente da empreitada por preço unitário, que é contratada por preço certo de unidades determinadas, as medições e os pagamentos não ocorrem por quantitativos de serviços executados, mas por etapas das obras, até chegar ao preço global definido, com a conclusão do objeto. Dito de outra forma, embora também haja orçamento detalhado, em que se estabelecem quantitativos e preços unitários de serviços, a quantidade efetivamente executada de cada serviço não interessa para fins de liquidação e pagamento, que, como dito, ocorre por etapa até chegar ao valor final acertado.

Diante disso, surge a questão de como corrigir eventuais incorreções e omissões no projeto da obra ou serviço, ou seja, em que situação seria cabível a realização de aditivo para comportar erros de projeto.

O objetivo da deliberação foi, portanto, sanar a omissão legislativa quanto a esse ponto, de forma a orientar o corpo de auditores do TCU, no exercício de suas atividades. Todavia, considerando que o TCU, por meio do item 9.3, decidiu enviar cópia do acórdão, acompanhado do relatório e do voto que o fundamentaram ao Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão e ao Conselho Nacional de Justiça, para que informasse aos demais órgãos e entidades da Administração Pública Federal e do Poder Judiciário o inteiro teor dessa decisão, percebe-se o nítido objetivo do Tribunal de fazer valer o entendimento de forma *erga omnes*.

Dessa forma, entende-se que a deliberação em análise também exemplifica a criação judicial do direito, no sentido trazido por Bradley Canon, William Marshal, Ernest Young e

Keenan Kmiec, conforme o trabalho de Carlos Alexandre de Azevedo Campos (CAMPOS, 2011).

Sem entrar no mérito das valorações técnicas adotadas na decisão e dos benefícios de sua atuação prospectiva, até porque, como visto, compete também ao TCU orientar a Administração Pública federal, entende-se que o Tribunal, ao preencher lacuna legal fora do exame de casos concretos, extrapolou o limite permitido para o exercício da atividade de integração, conforme estabelecido pela Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (BRASIL, 1942).

Nesse contexto, o Acórdão 1.977/2013-TCU-Plenário, pelo seu caráter genérico, assemelha-se a uma regra jurídica infralegal. Isso se mostra inapropriado, pois: primeiro, compete ao Presidente da República a função de regulamentar lei para a sua fiel execução; e, segundo, tal atividade não pode inovar no ordenamento jurídico, sob pena de violação do princípio da legalidade e do arranjo de distribuição de poderes da Constituição.

Com isso, a deliberação, a despeito de originalmente servir para orientação interna, constitui exemplo de atuação processual amplificada, semelhante ao ativismo jurisdicional de William Marshal, que corresponde à significativa expansão do campo de jurisdição do TCU (CAMPOS, 2011).

4.6. Acórdão 746/2014-TCU-Plenário. Representação. Grupo de Trabalho criado para avaliar a legalidade da participação de organização da sociedade civil de interesse público – OSCIP em certames da administração pública federal

O processo cuidou de representação formulada por licitante acerca de possível irregularidade verificada em concorrência levada a

efeito no Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo – Sesc-coop, consubstanciada, em síntese, na participação de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP no certame.

Por meio do Acórdão 766/2013-TCU-Plenário, o TCU, diante da notícia de que o certame havia sido cancelado, deliberou por conhecer daquela representação, para, no mérito, considerá-la prejudicada por perda de objeto (BRASIL, 2013b).

Todavia, em função da matéria versada nos autos, a qual implicava suposta violação à Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, que dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado como OSCIP, o Tribunal determinou que fosse constituído grupo de trabalho com o fito de avaliar a questão (BRASIL, 1999a).

Nesse cenário, o Tribunal editou o Acórdão 746/2014-TCU-Plenário, mediante o qual decidiu firmar entendimento no sentido de que é vedado a qualquer OSCIP, atuando nessa condição, participar de processos licitatórios promovidos pela Administração Pública federal (BRASIL, 2014a).

Sem entrar no mérito da interpretação do ordenamento jurídico efetivada pelo Tribunal, a deliberação em exame constitui exemplo de duas formas de ativismo expressas na doutrina de Carlos Alexandre de Azevedo Campos: a atuação processual amplificada, similar ao ativismo jurisdicional de William Marshal; e a fixação de regras que vão além da necessária para o julgamento do caso, que acabam por “decidir” casos futuros também – itens (ii) e (vii) da análise do autor (CAMPOS, 2011).

Nesse sentido, o TCU promoveu a análise em tese da lei e, por fim, exarou o entendimento que julgou adequado, indo além do necessário para apreciar o processo que, como visto, não mais tinha mérito, pois a licitação havia sido cancelada.

Diante da própria circunstância do processo, a matéria foi discutida sem a participação de qualquer interessado que pudesse invocar eventuais argumentos opostos. Dessa forma, o Tribunal decidiu futuras controvérsias sobre o tema, numa atuação maximalista.

Além disso, o Tribunal fez uso do incidente de fixação de entendimento, o qual, a despeito de constar do art. 16, inciso V, de seu Regimento Interno¹⁹, não está previsto na Lei nº 8.443/1992.

Conforme visto, o poder normativo do TCU limita-se às consultas que lhe são formuladas, de modo que a deliberação em análise constitui atuação processual amplificada, em detrimento da lei. Trata-se,

¹⁹ Art. 16. Compete ainda ao Plenário: [...] V - deliberar sobre propostas de fixação de entendimento de especial relevância para a Administração Pública, sobre questão de direito, que somente poderão ser aprovadas por 2/3 dos ministros, inclusive ministros-substitutos convocados (BRASIL, 2002).

portanto, de exemplo de ativismo jurisdicional de William Marshal, pois houve significativa expansão do campo de jurisdição do TCU (CAMPOS, 2011).

4.7. Acórdão 1.823/2013-TCU-Plenário. Relatório de Monitoramento. Verificação do cumprimento das medidas corretivas impostas sobre as obras do Aeroporto de Goiânia/GO

O processo tratava de auditoria nas obras do Aeroporto de Goiânia/GO, que, à época, estavam paralisadas, por iniciativa da empresa contratada, tendo em vista medida cautelar de retenção de pagamentos expedida pelo TCU.

Por meio dessa deliberação, o Tribunal analisou o novo orçamento das obras apresentado pela empresa contratada com o objetivo de atender as premissas técnicas estabelecidas pelo Tribunal e decidiu tão somente conhecer do orçamento e permitir a continuidade da obra, desde que não houvesse a celebração de novos aditivos.

Considerando o estágio do processo e a sua finalidade – promover o controle corretivo de contratos –, o provimento jurídico adequado seria a manifestação do TCU sobre a legalidade ou não do novo orçamento contratual elaborado e a adoção de uma das medidas: autorizar a continuidade do contrato ante a inexistência de ilegalidade; ou fixar prazo para a adoção de providências necessárias ao cumprimento da lei – *in casu*, a repactuação do contrato, mediante tratativas com a empresa, ou a sua anulação, em caso de insucesso das tratativas.

Para aferir a legalidade do contrato, o Tribunal deveria verificar se o sobrepreço apontado inicialmente havia sido saneado, ou seja, se os novos preços apresentados eram compatíveis com os de parâmetros de mercado obtidos

a partir dos sistemas de referência estabelecidos em lei²⁰.

Em vez de promover o controle financeiro do contrato em exame, o Tribunal aprovou a proposta apresentada pelo Ministro Relator, em cujo voto fez uso de argumentos consequencialistas, – especificamente, relativos aos impactos da decisão sobre a realidade local. Transcreve-se a seguir o trecho que representa a *ratio decidendi* do Acórdão 1.823/2013-TCU-Plenário:

Por fim, entendo que a questão fulcral aqui tratada, e afastando por ora todos os aspectos eminentemente técnicos, é se pretendemos ter uma obra concluída ou não.

Creio que resta patente aqui, num passar d'olhos nos autos, que é disso de que tratamos. Se pretendemos estancar um problema, que, de certa forma, foi consentido por esta Corte, e partimos para uma solução que atenda social e economicamente um imenso contingente que habita o Centro Oeste do nosso País, ou se, aferrados ao passado e ao apego contábil, talvez pouco práticos nesse momento, iremos se não perpetuar, mas, com certeza alongar, os prejuízos e as agruras pelas quais passa essa relevante parcela da população brasileira, que, é preciso que se diga, tem hoje como motivo de vergonha o aeródromo que possui (BRASIL, 2013e, grifo nosso).

Dessa forma, o Colegiado desconsiderou o parecer da área técnica do Tribunal, que havia

²⁰ Segundo o art. 102 da Lei nº 12.708, de 12 de agosto de 2012 (LDO/2013), o custo global das obras e dos serviços de engenharia contratados e executados com recursos dos orçamentos da União será obtido a partir de composições de custos unitários, previstas no projeto, menores ou iguais à mediana de seus correspondentes no Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil - SINAPI, mantido e divulgado, na *internet*, pela Caixa Econômica Federal e pelo IBGE, e, no caso de obras e serviços rodoviários, à tabela do Sistema de Custos de Obras Rodoviárias - SICRO, excetuados os itens caracterizados como montagem industrial ou que não possam ser considerados como de construção civil.

apontado um sobrepreço de R\$ 73,5 milhões, e, sem nem mesmo aferir a correção dos cálculos apresentados pela Infraero sobre os impactos da paralisação, levou em conta apenas as supostas consequências do cumprimento da lei para, dessa forma, afastá-la.

O resultado almejado na decisão era “ter uma obra concluída ou não”, mesmo que o “custo” fosse o afastamento das premissas da lei. Cuida-se de típico exemplo de decisão que usou argumentos pragmáticos, embora as premissas fáticas, as consequências sistêmicas²¹ e os cálculos econômicos invocados pelo órgão fiscalizado não tenham sido efetivamente comprovados²².

Sem entrar no mérito da deliberação²³, entende-se que o Acórdão 1.823/2013-TCU-

²¹ Todavia, o Acórdão 1823/2013-TCU-Plenário fez uso de um tipo de pragmatismo criticado por Richard Posner. Segundo o autor, os profissionais do direito devem basear ações em fatos e consequências, em vez de conceitualismos, generalidades, crenças e slogans (POSNER, 2010, p. 2). Porém, o tipo de pragmatismo que o autor preceitua é o que chama de pragmatismo legal, que envolve a consideração não apenas das consequências imediatas e específicas do caso, mas as consequências sistêmicas (POSNER, 2010, p. 47). Dentre as diversas características do pragmatismo, o autor ressalta que ele deve ser empiricista. As consequências sistêmicas da adjudicação são também questões de fato, de modo que elas devem ser objeto de investigação (POSNER, 2010, p. 58).

²² José Maria Andrade de Arruda, ao analisar o direito concorrencial, defende o uso de um *even more economic approach* na análise de casos desse ramo do Direito. Segundo ele, os argumentos econômicos podem ajudar os julgadores a formar suas convicções, como garantia dos argumentos, ou seja como elemento de prova, não como fundamento legal de uma decisão. (ANDRADE, 2014, p. 189-190). Dessa forma, os argumentos econômicos devem objeto de demonstração.

²³ Em situação similar, em que se discutiam as consequências negativas da decisão do Tribunal, o Tribunal deliberou de forma contrária, tendo fixado prazo para que um contrato fosse invalidado em face de relevante sobrepreço e, em seguida, fosse realizado novo procedimento licitatório (BRASIL, 2014b). A entidade fiscalizada promoveu nova licitação, concluída seis meses após a decisão do TCU, e a empresa vencedora do certame ofertou um preço aproximadamente R\$ 400 milhões abaixo do preço de referência (BRASIL, 2014c). Tal situação se contrapõe ao argumento de que a invalidação de contratos com vícios insanáveis é, invariavelmente, medida indesejável sob a ótica econômico-consequencialista.

-Plenário constitui exemplo de ativismo de em que o juiz se afasta de alguns parâmetros de correção para atingir um resultado específico, conforme descrito na doutrina de Keenan Kmiec (CAMPOS, 2011).

5. Conclusões

Do exposto, conclui-se que o Tribunal de Contas da União, no exercício de suas competências constitucionais, também expede decisões que podem ser consideradas ativistas, segundo as dimensões apresentadas na doutrina de Carlos Alexandre de Azevedo Campos.

Conforme os exemplos apresentados, extraídos do repositório jurisprudencial do TCU, foram identificados os seguintes traços de ativismo na atuação do Tribunal:

a) criação judicial do Direito, mediante o uso de valorações de conveniência e oportunidade e de métodos interpretativos que conduzam à construção progressiva de normas que ou se distanciam do sentido literal do texto interpretado ou criam novas regras e exceções;

b) avanço em solucionar casos por meio da fixação de regras e doutrinas tão amplas que, além de desnecessárias à apreciação do caso julgado, acabam por “decidir” casos futuros também;

c) atuação processual amplificada, ou seja, significativa expansão do seu campo de jurisdição, especificamente, por meio do uso da técnica de “fixar entendimento” sobre matéria jurídica em tese e de seus poderes regulamentares e normativos fora de seu âmbito de competência e jurisdição;

d) afastamento por parte do Tribunal de alguns parâmetros de correção para atingir um resultado específico, por meio do uso de um tipo de pragmatismo fundado em argumentos econômicos não comprovados.

Com relação à criação judicial do Direito por meio do uso de princípios, valorações de conveniência e oportunidade e outros métodos interpretativos, não há antídoto para essa situação que, por sinal, pode ser considerada boa ou ruim, a depender da ideologia do operador do direito ou de sua concordância ou não com o resultado da interpretação efetivada pelo Tribunal.

De todo modo, a legitimidade da interpretação deve ser controlada pela sua justificação, que deve estar sempre aberta a eventual aprimoramento, a cada caso concreto que trate da questão.

Quanto à fixação de regras amplas, de forma a resolver casos futuros, não se nega que o TCU, simultaneamente ao seu poder-dever de promover a fiscalização contábil, financeira e orçamentária da Administração Pública Federal, também tem a missão de orientar a Administração Pública federal sobre a correta aplicação dos recursos públicos, a fim de prevenir a ocorrência de atos ilegais, ilegítimos e antieconômicos. Trata-se da dimensão pedagógica da atuação do TCU, inserida no escopo de contribuir para o bom governo, um dos objetivos buscados com a criação do órgão, no Brasil e em outros lugares do mundo.

Assim, não é ilegítimo que o TCU promova a interpretação das leis e dos atos normativos pertinentes ao regime jurídico administrativo, inclusive em tese, pois, assim fazendo, ele contribui para dar mais segurança jurídica aos agentes administrativos, no exercício de sua atividade. Nesse contexto, tal forma de atuação aumenta a eficiência da Administração Pública, que pode concentrar-se em sua missão finalística, sem precisar debruçar-se, a cada situação, sobre discussões jurídicas acerca da melhor interpretação da matéria.

Todavia, o que o Tribunal não pode fazer é resolver de forma definitiva questões jurídicas que, além de complexas, por vezes estão sujeitas a circunstâncias fáticas difíceis de prever no momento da deliberação. Ademais, a ausência de participação dos atores interessados no processo que promoveu a interpretação pode, eventualmente, fazer com que a exegese do TCU não seja a mais adequada diante dos elementos de fato e de direito que realmente importam para a solução da matéria.

Por essa razão, deve o Tribunal adotar com cautela o instituto de “firmar entendimento”, o qual deve ser limitado às situações em que já houve pacificação da matéria na jurisprudência do TCU. É recomendável que o TCU use o instituto apenas para dar maior publicidade a entendimentos reiterados do Tribunal, os quais seriam obtidos após ampla discussão em vários casos concretos e com a participação de diversos atores no âmbito da Administração Pública Federal.

Ainda assim, o Tribunal deve sempre estar aberto à eventual evolução de seus entendimentos, mesmo que consolidados, caso as circuns-

tâncias do caso concreto o imponham. Ademais, o Tribunal deve criar mecanismos para que determinadas entidades legitimadas possam sugerir modificações em suas súmulas e entendimentos consolidados, de forma a permitir a participação democrática de todos os interessados na construção e pacificação da jurisprudência nacional em matéria de contas.

Acerca da edição de instruções normativas fora do âmbito de competência do poder regulamentar, tal forma de atuação, por óbvio, deve ser evitada conforme o princípio da separação dos poderes.

Por fim, no que se refere ao uso do consequencialismo em decisões do TCU, não se defende que a aplicação do direito seja avessa a considerações de ordem socioeconômicas. Afinal, entre os princípios constitucionais que o TCU deve tutelar em suas decisões, encontra-se o da eficiência e da economicidade – previstos, respectivamente, nos arts. 37 e 70 da Constituição.

Entretanto, como estamos num Estado Democrático de Direito, em que o cumprimento ou não do ordenamento jurídico não é opção discricionária do administrador, dos administrados e do intérprete, é preciso que os argumentos de ordem consequencialista sejam devidamente comprovados por aqueles que dele fazem uso, a fim de proporcionar a solução jurídica adequada ao caso examinado.

Sobre o autor

Francisco Sérgio Maia Alves é graduado em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB), João Pessoa, PB, Brasil; mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília (Uniceub), Brasília (DF), Brasil; auditor federal de Controle Externo no Tribunal de Contas da União (TCU), Brasília (DF), Brasil.
E-mail: franciscoma@tcu.gov.br

Título, resumo e palavras-chave em inglês²⁴

THE ACTIVISM IN LEGAL AND ADMINISTRATIVE PERFORMANCE OF THE FEDERAL COURT OF ACCOUNTS OF BRAZIL: CASE STUDY

ABSTRACT: This study aims to explore the polysemy of the term activism and to examine, based on a theoretical framework, the presence or absence of activism in TCU. Among the various meanings of the expression, the concept of Carlos Alexandre de Azevedo Campos

²⁴ Sem revisão do editor.

is adopted, defining activism as expansive exercise, not necessarily illegitimate, of political and regulatory powers by judges and courts over other political and judicial actors. From case studies, it is concluded that the TCU also make decisions that might be considered activists. There are activism traces of the Court's role, evidenced by: judicial rights creation; progresses in cases solving through rules and broad doctrines establishment that ultimately "decide" future cases; amplified procedural action and avoiding some correction parameters in order to achieve a specific result.

KEYWORDS: THE FEDERAL COURT OF ACCOUNTS OF BRAZIL (TCU). ACTIVISM. JUDICIAL RIGHTS CREATION OF LAW. LEGAL SECURITY

Referências

ANDRADE, José Maria Arruda de. *Economicização do direito concorrencial*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2011. p. 225-270.

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

BRASIL. Decreto-lei no 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial da União*, Brasília, 4 set. 1942.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

_____. Lei no 8.443, de 16 de julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 jul. 1992.

_____. Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 22 jun. 1993.

_____. Lei no 9.790, de 23 de março de 1999. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 mar. 1999a.

_____. Tribunal de Contas da União. Decisão no 215/1999. Relator: Min. José Antônio Barreto De Macedo. *Diário Oficial da União*, Brasília, 21 maio 1999b.

_____. Tribunal de Contas da União. *Regimento interno do Tribunal de Contas da União*. Brasília: TCU, 2002. Edição especial.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão no 388/2004*. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. DJ, 7 abr. 2004a.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 1.755/2004*. Relator: Walton Alencar Rodrigues. DJ, 10 nov. 2004b.

_____. Lei nº 11.768, de 14 de agosto de 2008. Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2009 e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 ago. 2008.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 749/2010*. Relator: Augusto Nardes. 14 abr. 2010.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 2819/2011*. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. 25 out. 2011.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 766/2013*. Relator: Ministro Marcos Bemquerer. 3. abr. 2013a.

_____. Decreto nº 7.983, de 8 de abril de 2013. Estabelece regras e critérios para elaboração do orçamento de referência de obras e serviços de engenharia, contratados e executados com recursos dos orçamentos da União, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 9 abr. 2013b.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 1314/2013*. Relator: Ministro Benjamin Zymler. 29 mai. 2013c.

_____. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2 ago. 2013d.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 1823/2013*. Relator: Ministro Raimundo Carreiro. 17 jul. 2013e.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 1.977/2013*. Relator: Ministro Valmir Campelo. 31 jul. 2013f.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 746/2014*. Relator: Ministro Marcos Bemquerer. 26 mar. 2014a.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 1.146/2014*. Relator: Ministro Raimundo Carreiro. 7 maio 2014b.

_____. Tribunal de Contas da União. Comunicação proferida pelo Ministro Benjamin Zymler. Sessão Plenária de 26 nov. 2014. *Diário Oficial da União*, Brasília, 3 dez. 2014c.

_____. Tribunal de Contas da União. Resolução-TCU nº 246, de 30 de novembro de 2011. Altera o Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, aprovado pela Resolução TCU nº 155, de 4 de dezembro de 2002. *Boletim Interno [do] Tribunal de Contas da União*, Brasília, edição especial, ano XLVIII, n. 1, 2 jan. 2015a.

_____. Tribunal de Contas da União. Instrução Normativa nº 74/2015. *Boletim Interno [do] Tribunal de Contas da União*, Brasília, n. 7, 11 fev. 2015b.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 225/2015*. Relator: Ministro José Múcio Monteiro. 11 fev. 2015c.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Moreira Alves v. Gilmar Mendes: A evolução das dimensões metodológica e processual do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2011.

COELHO, Inocêncio Mártires. Ativismo judicial ou criação judicial do direito?. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2011.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo judicial: proposta para uma discussão conceitual. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 49, n. 193, p. 141-149, jan./mar. 2012.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito*. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

GARCIA, Elias Díaz. *Curso de Filosofía del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 1998.

- GUEDES, Jefferson Carús. Direito processual social atual: entre o ativismo judicial e o garantismo processual. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, v. 21, n. 82, p. 45-79, abr./jun. 2013.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Ativismo judicial. Possibilidade e limites. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, v. 11, n. 43, jan./mar. 2011.
- POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SANTOS, Tiago Neiva. Ativismo judicial: uma visão democrática sobre o aspecto político da jurisdição constitucional. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 44, n. 173, p. 271-284, jan./mar. 2007.
- SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2011.
- 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.
- WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, v. 115, n. 6, p. 1346-1406, 2006.
- ZYMLER, Benjamin. *Direito administrativo e controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.