

# QUEM QUER SER UM QUARTO PODER? DINÂMICAS DE AUTOCONSTRUÇÃO EM QUARTO PODER NO BRASIL

## WHO WANTS TO BE A FOURTH ESTATE? DYNAMICS OF SELF-CONSTRUCTION IN THE FOURTH ESTATE IN BRAZIL

JULIANA BONACORSI DE PALMA <sup>1</sup>

ANDRÉ JANJÁCOMO ROSILHO <sup>2</sup>

**RESUMO:** Este artigo investiga o processo de "autoconstrução" de uma instituição como um Quarto Poder, argumentando que, para além do desenho constitucional formal (perspectiva externa), existe uma agência institucional interna que busca ativamente esse reconhecimento. Utilizando o Tribunal de Contas da União (TCU) como estudo de caso, o texto demonstra como essa autoconstrução opera em duas frentes: durante o processo constituinte, por meio da defesa de um desenho institucional favorável, e na prática pós-constitucional, através de uma interpretação expansiva de suas competências. A análise do controle prévio de editais de licitação pelo TCU ilustra como a instituição, baseando-se em uma hermenêutica constitucional que invoca poderes implícitos e na construção de capacidade interna, consolidou uma competência não expressamente prevista na Constituição. O artigo conclui que o reconhecimento como Quarto Poder é um processo dinâmico, dependente não apenas de um *entrenchment* normativo, mas também de uma "vontade institucional" ativa e da aquiescência de outros atores com poder de veto.

1003

**PALAVRAS-CHAVE:** Quarto Poder; Autoconstrução Institucional; Tribunal de Contas da União (TCU); Controle Prévio; Desenho Constitucional; Poderes Implícitos.

<sup>1</sup> Professora Associada e Pesquisadora da FGV Direito SP. Coordenadora do Grupo Público da FGV Direito SP. Coordenadora do Escritório Central de Integridade Científica da FGV. Doutora e Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Master of Laws (LL.M.) pela Yale Law School e bolsista da Lilian Goldman Perpetual Scholarship. Bacharel em Direito pela PUC-SP. Foi visiting scholar na Washington College of Law - American University. Professora do FGVLaw. Colaboradora da Escola de Formação Pública, da qual foi aluna.

<sup>2</sup> Professor do mestrado profissional em direito público e da pós-graduação lato sensu da FGV Direito SP. Coordenador do Observatório do TCU da FGV Direito SP + Sociedade Brasileira de Direito Público - sbdp. Doutor em Direito Administrativo pela USP (2016). Mestre em Direito e Desenvolvimento pela FGV Direito SP (2011). Foi visiting student no mestrado em Affaires Publiques no Institut d'Études Politiques de Paris - Sciences Po (2011). Graduou-se em Direito pela PUC-SP (2009).



**ABSTRACT:** This article investigates the process of an institution's "self-construction" as a Fourth Branch of government, arguing that beyond the formal constitutional design (an external perspective), there is an internal institutional agency that actively seeks this recognition. Using the Brazilian Federal Court of Accounts (Tribunal de Contas da União - TCU) as a case study, the text demonstrates how this self-construction operates on two fronts: during the constituent process, through the advocacy of a favorable institutional design, and in post-constitutional practice, through an expansive interpretation of its competences. The analysis of the TCU's preliminary review of unpublished public concession bids illustrates how the institution, based on a constitutional hermeneutics that invokes implied powers and the construction of internal capacity, consolidated a competence not explicitly provided for in the Constitution. The article concludes that recognition as a Fourth Branch is a dynamic process, dependent not only on normative entrenchment but also on an active "institutional will" and the acquiescence of other actors with veto power.

**KEYWORDS:** Fourth Branch; Institutional Self-Construction; Brazilian Federal Court of Accounts (TCU); Preliminary

## INTRODUÇÃO

O "Quarto Poder" é tido como um fenômeno peculiar ao Sul Global, que passou a compor o quadro institucional de uma série de países nos últimos vinte anos<sup>3</sup>. Em comum, essas instituições compartilham ao menos a característica de não se encaixarem em nenhum dos três Poderes, considerando a leitura mais clássica da separação de Poderes.

Há grande variância das instituições reconhecidas como Quarto Poder, cuja relação varia conforme os critérios de identificação adotados. De modo amplíssimo, até mesmo os cidadãos podem ser considerados como um Quarto Poder<sup>4</sup>. Porém, prevalece na literatura o pressuposto de que apenas as instituições que tenham expressa previsão legal ou constitucional ("entrenchment") podem ser consideradas como um Quarto Poder, desde que satisfaçam os requisitos definidos por cada autor. Dessa forma, o *desenho institucional* dado pela norma jurídica seria imprescindível à configuração de um Quarto Poder: sempre tomando uma

<sup>3</sup> Cf. ROSALIND DIXON e MARK TUSHNET. **Democratic Constitutions, Poverty and Economic Inequality: redress through the fourth branch institutions?** in *Federal Law Review*, vol. 51, n. 3, 2023, p. 285.

<sup>4</sup> Cf. YANIV ROZNAI, **We the Fourth Branch? The people as an institution protecting democracy** in VICKI JACKSON e MADHAV KHOSLA (org.). *Comparative Constitutional Law: redefining the field*. Oxford, 2024, *passim*.

perspectiva externa, o Legislador ou o Constituinte desenharia a instituição para operar como um Quarto Poder e salvaguardar uma missão especial garantista<sup>5</sup>.

Os principais autores da agenda compartilham a tese de *conformação externa* das instituições como um Quarto Poder. Elas seriam *órgãos incumbentes* pela lei ou pela Constituição para tutela de valores públicos, notadamente a democracia<sup>6</sup> e normas constitucionais não autoaplicáveis (“*non self-enforcing constitutional norm*”), que precisariam de uma instituição dedicada para a sua efetividade. Por essa razão, Tarunabh Khaitan reconhece uma relação de principal-agente envolvendo as instituições de Quarto Poder, que seriam curadores de valores públicos e, para tanto, receberiam significativo grau de autonomia e poderes para alcançar esses fins<sup>7</sup>.

Não discordamos dessa dinâmica de construção de um Quarto Poder pelo processo legislativo ou pelo processo constitucional. O nosso ponto, porém, é que para determinados casos essa será apenas uma *fase posterior*. Antes disso, poderá haver diálogos institucionais, negociações, funcionamento prático e uma série de antecedentes contextuais que levem uma determinada instituição a ser reconhecida como um Quarto Poder.

No presente texto, sugerimos que *as instituições podem trabalhar para se tornarem um Quarto Poder*. Ao lado da *perspectiva externa* de conformação de um Quarto Poder, há uma *perspectiva interna*, inerente à própria instituição e consentânea com seus valores e objetivos institucionais, que corresponde à capacidade de articulação político-institucional para se posicionar e ser reconhecida como um Quarto Poder.

---

<sup>5</sup> Sobre o reconhecimento de um Quarto Poder a partir do desenho institucional dado externamente, pela lei ou pela Constituição, ROSALIND DIXON e MARK TUSHNET assim se posicionam: “[t]he design of fourth branch institutions can vary along several dimensions: **they can be constitutionally entrenched or created by statute**”. Destacamos. Idem, p. 289. Nessa linha, NEIL MODI indica que “[c]omparative constitutional law, generally, and the Global South, in particular, have witnessed two distinct and emerging movements in the past decade. The first is a proliferation of the ‘**fourth branch**’ of the State. These institutions refer to **those constitutionally entrenched bodies** that do not fall nearly within the tripartite structure of separation of powers”. Destacamos. **The Fourth Branch, Separation of Powers, and Transformative Constitutionalism** in Oregon Review of International Law, vol. 25, n. 49, 2024, p. 50. Seguindo a conformação externa, TARUNABH KHAITAN indica que “[g]uarantor institutions (such as electoral commissions and anti-corruptions watch-dogs, which supposedly comprise the so-called ‘fourth branch’ of the state) are increasingly of interest to constitutional scholars. In a given political context, a guarantor institution is a tailor-made constitutional institution, vested with material as well as expressive capacities, whose function is to provide a credible and enduring guarantee to a specific non-self-enforcing constitutional norm (or any aspect thereof)”. **Guarantor (or the So-Called “Fourth Branch”) Institutions** in JEFF KING e RICHARD BELLAMY (org.). *Cambridge Handbook of Constitutional Theory*, 2024, p. 603.

<sup>6</sup> Cf. MARK TUSHNET, **The New Fourth Branch. Institutions for Protecting Constitutional Democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2021, p. 110.

<sup>7</sup> *Ob. cit.*, p. 606-607.

O design normativo continua sendo importante elemento definidor de um Quarto Poder, mas ele não deve ser compreendido de modo estático ou exclusivamente por uma perspectiva externa.

O debate sobre Quarto Poder ganha maior sinergia com a realidade e qualificação se considerar, ao lado do desenho institucional na lei ou na Constituição, a perspectiva interna das instituições que buscam tal reconhecimento. Esse trabalho pode se dar fundamentalmente em duas frentes: (1) *junto ao processo constituinte*, na tentativa de influenciar o desenho institucional, ou (2) no *plano prático*, mediante a validação de suas interpretações jurídicas que fortalecem seus atributos indicativos de serem um Quarto Poder. Em outros termos, *as instituições podem se automodelar visando a se tornarem um Quarto Poder ou podem desempenhar um papel central para mudar seu plexo de competências para serem reconhecidas como Quarto Poder*.

Para exemplificar o *processo de autoconstrução em Quarto Poder*, o Tribunal de Contas da União (TCU) será objeto de análise quanto à sua participação no processo constituinte brasileiro e na prática controladora, a partir da análise do caso do controle prévio de editais de licitação de concessão não publicados.

Aqui cabe uma ressalva importante: não há qualquer juízo valorativo ao afirmar que as instituições trabalham internamente para serem reconhecidas externamente como Quarto Poder. Aliás, a nossa hipótese é que quase a totalidade dos órgãos reconhecidos como Quarto Poder experimentaram essa fase vestibular<sup>8</sup>.

## 2. QUEM QUER SER UM QUARTO PODER?

### 2.1. QUARTO PODER: DEBATES SOBRE A SUA COMPREENSÃO

<sup>8</sup> TARUNABH KHAITAN indica que África do Sul, Quênia, Nepal e Sri Lanka foram países pioneiros na previsão constitucional de instituição que já operavam na prática como Quarto Poder: “[w]hat they did was take the first steps towards constitutionalizing them explicitly, by offering them a measure of entrenchment against the ruling party and operational independence from political executive”. **Garantor Institutions** in *Asian Journal of Comparative Law*, vol. 16, 2021, p. 41. Em sentido análogo, ROGÉRIO BASTOS ARANTES indica que o Ministério Público passou por um processo de “reconstrução institucional” após a promulgação da Constituição de 1988, que tem os promotores e procuradores de justiça como os principais vetores: “[d]o ponto de vista da atuação de promotores e procuradores de justiça, julgo que temos assistido nos últimos anos a um processo de reconstrução institucional talvez sem paralelo na história do país. Os primeiros resultados da pesquisa empírica demonstram que esse processo tem fortes traços endógenos: os próprios integrantes do MP, imbuídos da convicção de colocar a instituição a serviço da construção da cidadania, têm desenvolvido ações dentro e fora de seu círculo normal de atribuições visando a mudanças legais e constitucionais capazes de alterar profundamente seu papel institucional, e isso pelo menos desde o início dos anos 80. E mais: é preciso lembrar que estamos falando de um processo de reconstrução institucional sem qualquer mecanismo externo de impulsão (algo como o sistema partidário e o momento eleitoral para os poderes Legislativo e Executivo), mas decorrente essencialmente da vontade política dos próprios integrantes da instituição”. **Direito e Política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos** in *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 14, n. 39, 1999, p. 91.

No plano teórico, os estudos sobre Quarto Poder ainda são escassos<sup>9</sup>, possivelmente refletindo o fato de seus mais relevantes exemplos se encontrarem no Sul Global. Apesar disso, suas primeiras discussões remontam ao *New Deal*, com a construção do Estado Administrativo no sistema americano por meio da instituição de *Agências Reguladoras Independentes* funcionalizadas por meio do *processo administrativo*.

James Landis, um dos profetas da regulação nos Estados Unidos e fundador do *Securities and Exchange Commission*, foi um dos primeiros que visualizaram a incompatibilidade da clássica tripartição de Poderes com o modelo de organização administrativa que então emergia<sup>10</sup>. O Relatório Brownlow, de 1937, fruto dos trabalhos encomendados por Roosevelt ao *Committee on Administrative Management*, indicava que as *Agências Reguladoras Independentes* eram um “*Quarto Poder Desgovernado*” (“*headless fourth branch*”)<sup>11-12</sup>.

Para James Landis, as *Agências Reguladoras Independentes* seriam imprescindíveis para a construção do Estado Administrativo americano<sup>13</sup>, sendo reconhecidas como instituições que, por delegação legal, receberiam certo grau de independência do chefe do Executivo e seu pessoal – seja o corpo técnico-administrativo, sejam os dirigentes – seria marcado pela especialização técnica convergente às suas funções institucionais<sup>14</sup>.

---

<sup>9</sup> NEIL MODI, **The Fourth Branch, Separation of Powers, and Transformative Constitutionalism** in *Oregon Review of International Law*, vol. 25, p. 56.

<sup>10</sup> “*In terms of political theory, the administrative process springs from the inadequacy of a simple tripartite form of government to deal with modern problems. It represents a striving to adapt governmental technique, that still divides under three rubrics, to modern needs and, at the same time, to preserve those elements of responsibility and those conditions of balance that have distinguished Anglo American government*”. JAMES LANDIS, **The Administrative Process**. New Haven: Yale University Press, 1938, p. 4.

<sup>11</sup> Cf. CHARLES H. KOCH JR., **James Landis: the administrative process** in *William & Mary Law School Scholarship Repository*, vol. 633, 1996, p. 423-424.

<sup>12</sup> Em resposta, JAMES LANDIS assim se posicionou: “[s]omewhat hysterically the President’s Committee on Administrative Management has referred to the administrative process, as illustrated by the existing independent regulatory commissions, as a ‘fourth branch’ of the government. Its sweeping condemnation of the process seems to proceed almost upon the mystical hypothesis that the number ‘four’ bespeaks evil or waste as contrasted with some beneficence emanating from the number ‘three’. (...) This attachment to the number ‘three’ derives from a too casual reading of constitutional history. For constitutional law fails to give any such simple answer. We have already described enough of the rise of the administrative process to illustrate how law and practice have in some measure adjusted themselves to the realities of the modern government”. **The Administrative Process**, *ob. cit.*, p. 47.

<sup>13</sup> Cf. MARIANO-FLORENTINO CUÉLLAR, **James Landis and the Dilemmas of Administrative Government** in *The George Washington Law Review*, vol. 83, 2015, p. 1331.

<sup>14</sup> ROSALIND DIXON e MARK TUSHNET, **Democratic Constitutions, Poverty and Economic Inequality: redress through the fourth branch institutions?**, *ob. cit.*, p. 287.

Uma primeira concepção de Quarto Poder se baseia em James Landis<sup>15</sup> e toma as Agências Reguladoras Independentes como instituições referenciais para identificação de suas características, quais sejam: (i) previsão normativa expressa; (ii) considerável grau de autonomia; e (iii) especialização técnica em torno do conteúdo material da competência a ser exercida.

Mesmo sem o emprego do termo “*Quanto Poder*”, há autores que colocam em perspectiva a clássica tripartição de competências considerando a existência de instituições estatais, normativamente previstas, que não se encaixarem perfeitamente em nenhum dos três Poderes. É nessa perspectiva que Bruce Ackerman, por exemplo, compreende em sua leitura da separação de Poderes outras instituições para além dos três clássicos Poderes. O autor propõe o reconhecimento de pelos menos outros dois Poderes, cabendo à Constituição o seu desenho e capacitação institucional. O “*Poder de Integridade*” (“*Integrity Branch*”) compreende instituições vocacionadas à promoção da integridade pelo combate à corrupção<sup>16</sup>, enquanto o “*Poder Regulador*” (“*Regulatory Branch*”) diz respeito às instituições com reconhecida competência regulatória, inclusive o de exercício do poder normativo<sup>17</sup>.

Uma outra linha se desacopla das Agências Reguladoras para debater o Quarto Poder. Esses autores abandonam o plano legal-regulatório, centrado na figura das Agências Reguladoras Independentes, e sustentam que o Quarto Poder deve ser lido em uma agenda constitucional, focando as instituições com expresse assento na Constituição que recebam a incumbência de tutelarem valores públicos<sup>18</sup>. Tanto assim que esses autores afirmam que o debate das Agências Reguladoras Independentes como Quarto Poder foi superado – primeiramente, porque essas instituições estão compreendidas no âmbito do Executivo, mas também porque o foco de estudo deve estar centrado nos valores públicos que elas devem tutela no projeto constitucional.

<sup>15</sup> Nessa linha de abordagem, cf. WILLIAM A. BIRDTHISTLE e M. TODD HENDERSON, **Becoming a Fifth Branch** in *Cornell Law Review*, vol. 99, 2013, p. 3-5.

<sup>16</sup> BRUCE ACKERMAN, **The New Separation of Powers** in *Harvard Law Review*, vol. 113, 2008, p. 691-693.

<sup>17</sup> *Idem*, p. 693-694.

<sup>18</sup> Segundo ROSALIND DIXON e MARK TUSHNET, “[s]ince the later 20<sup>th</sup> century, thought, the term ‘fourth branch’ has come to be attached to institutions that are constitutionally entrenched. The rationale for entrenchment is similar to that for statutory agencies. The traditional political branches face conflicts or convergence of interests that lead them to place less weight on the subject matters within the jurisdiction of constitutionalized fourth branch institutions; such institutions can take a broader view of problems and develop more flexible procedures than the traditional three branches can; and they can use expertise more effectively than the other branches”. **Democratic Constitutions, Poverty and Economic Inequality: redress through the fourth branch institutions?**, *ob. cit.*, p. 287.

Tarunabh Khaitan entende que instituições constitucionais que não se enquadram propriamente nos tradicionais três Poderes são Quarto Poder<sup>19</sup>, que é tomado como um gênero. No atual estágio do constitucionalismo, o autor reconhece que algumas dessas instituições de Quarto Poder são melhor compreendidas como “*instituições garantidoras*” (“*garantor institutions*”), pois são feitas “*sob medida*” pela Constituição e dotadas de capacidade para garantirem uma norma constitucional não autoaplicável<sup>20</sup>. Novamente, nessa definição a perspectiva externa não apenas é tomada como um pressuposto, mas potencializada ao grau máximo: a instituição garantidora é desenhada constitucionalmente sob medida para a defesa de normas não autoaplicáveis da Constituição, que requerem o apoio institucional para a sua mais efetiva defesa.

A agenda do Quarto Poder parece ser um amálgama de objetos acadêmicos marcadamente diversos: (i) a construção do Estado Administrativo americano com suas Agências Reguladoras Independentes; (ii) o constitucionalismo e a criação de instituições constitucionais dedicadas a tutelar as promessas da Constituição; e (iii) a experiência específica do Sul Global com instituições nomeadas como Quarto Poder, o que pode variar significativamente de sistema a sistema, de intérprete a intérprete.

Quanto ao Sul Global, o caso brasileiro fornece uma boa dimensão sobre o grau de fragmentação conceitual que o termo Quarto Poder pode receber, considerando as particularidades institucionais de cada sistema. No Brasil, o debate mais relevante sobre o conceito de Quarto Poder se deu com relação ao Ministério Público<sup>21</sup>. Possivelmente, a agenda se estabeleceu a partir da publicação da obra “*O Ministério Público, quarto poder do Estado e outros estudos jurídicos*” por Alfredo Valladão, em 1973, que se referiu ao Ministério Público como Quarto Poder:

“[o] Ministério Público se apresenta como a figura de um verdadeiro poder do Estado. Se Montesquieu tivesse escrito hoje o ‘Espírito das Leis’, com certeza não seriam três, e sim quatro poderes. Ao órgão que legisla, ao que executa, ao que julga, se acrescentaria outro órgão: o que defende a sociedade e a lei perante a justiça, tanto se a ofensa parte dos indivíduos como dos próprios poderes do Estado”<sup>22</sup>.

Sob a égide das Constituições anteriores, o Ministério Público era um órgão constitucional autônomo, mas passou para a posição de órgão auxiliar do Poder

---

<sup>19</sup> **Garantor Institutions**, *ob. cit.*, p. 41.

<sup>20</sup> “(...) in a given political context, a guarantor institution is a tailor-made constitutional institution, vested with material as well as expressive capacities, whose function is to provide a credible and enduring guarantee to a specific non-self-enforcing constitutional norm (or any aspect thereof)”. *Idem*, p. 42.

<sup>21</sup> Também a imprensa.

<sup>22</sup> ALFREDO VALLADÃO, **O Ministério Público. Quarto poder do estado e outros estudos**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1973.

Judiciário, na Constituição de 1967, e a um órgão do Poder Executivo, na Constituição de 1969<sup>23</sup>. O Ministério Público viu a sua autonomia e prestígio arrefecerem durante a ditadura militar. A reconquista de um espaço institucional autônomo para exercício próprio de suas competências para alcançar as finalidades públicas predefinidas pela própria instituição pode ter sido a principal motivação para que seus membros se organizassem internamente para transformá-lo em um Quarto Poder.

Foram nos anos antecedentes à Assembleia Nacional Constituinte que o debate em torno do enquadramento institucional do Ministério Público ganhou projeção. O Promotor de Justiça Celso Benjó, por exemplo, apresentou a proposta de criação de um Quarto Poder para exercício da função fiscalizadora, o que abrangeria tanto o Ministério Público quanto o Tribunal de Contas<sup>24</sup>. O auge dos debates internos se deu em junho de 1986, em uma reunião em Curitiba congregando os membros dos vários Ministérios Públicos<sup>25</sup>, que resultou a “*Carta de Curitiba*”, que foi apresentada à Assembleia Nacional Constituinte contendo a proposta institucional do Ministério Público para seu desenho constitucional<sup>26</sup>. No final, a atuação dos membros do Ministério Público foi determinante para o seu desenho institucional na Constituição de 1988.

Com a promulgação da Constituição em 1988, uma série de artigos foram publicados para analisar, dentre vários assuntos, a questão da natureza do Ministério Público. Uma corrente rechaça a concepção do Ministério Público como um Quarto Poder. É o caso de José Paulo Baltazar e Sara Schütz de Vasconcelos,

<sup>23</sup> JOSÉ EDUARDO SABO PAES, **O Ministério Público na Constituição Brasileira. Sua natureza, princípios e estrutura** in *Boletim Científica. Escola Superior do Ministério Público*, vol. 7. Brasília, abr./jun. 2003, p. 50-51.

<sup>24</sup> “Vale observar que a nossa Constituição de 1934, talvez a mais ousada e democrática que já tivemos, consagrava o Ministério Público em título autônomo, sem vinculá-lo a qualquer poder, eis que tal instituição é essencial e não pode estar sujeita ou hierarquizada a qualquer das demais. Talvez o equívoco das demais propostas de enquadramento tivesse sido o de tornar o Ministério Público isoladamente um quarto poder. Nossa proposta envolve também o Tribunal de Contas que também exerce uma função fiscalizadora, e da simbiose desses dois órgãos nasceria o quarto poder”. **O Ministério Público Segundo Nossa Proposta de Enquadramento** in *Revista de Direito da Procuradoria Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 12, n. 24. Rio de Janeiro, jul./dez. 1986, p. 54.

<sup>25</sup> A história dos diálogos internos do Ministério Público e sua atuação junto à Assembleia Nacional Constituinte é bem relatada por MYLENE COMPTOIER, **O Ministério Público e a Assembleia Nacional Constituinte: as origens de um texto inovador** in *Cadernos de Pós-Graduação Direito UFRGS*, vol. 10, n. 2. Rio Grande do Sul, 2015, p. 316 e ss.

<sup>26</sup> Relata FÁBIO KERCHER que o Ministério Público recebeu, ao todo, 11 anteprojatos na Assembleia Nacional Constituinte: oito da Relatoria Geral da Assembleia Nacional Constituinte, um da Comissão da Organização dos Poderes e Sistemas de Governo, uma proposta do “*Centrão*” e a Carta de Curitiba. **O Ministério Público e a Constituinte de 1987/88** in MARIA TERESA SADEK (org.). *O Sistema de Justiça*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010, p. 124-125.

para quem o Ministério Público é um órgão de Estado que funciona como correia de comunicação entre os Poderes para promover o funcionamento harmônico entre eles<sup>27</sup>. Hugo Nigro Mazzilli nega a natureza de Quarto Poder ao Ministério Público, pois a separação de Poderes serve para a repartição de atribuições para melhor funcionamento do sistema de freios e contrapesos<sup>28</sup>. Outra corrente, porém, afirma a identidade de Quarto Poder do Ministério Público, com os mais variados critérios: além do grau de autonomia e da impossibilidade de enquadramento em um dos Poderes, integração do Ministério Público no sistema de freios e contrapesos<sup>29</sup> e participação do Ministério Público da soberania do Estado<sup>30</sup>.

Tomando por referência as discussões acadêmicas em torno do Ministério Público, pode-se afirmar que o tema no Brasil não vingou. Não há uma agenda teórica de Quarto Poder consistente, faltam critérios consensuais para reconhecimento de instituições nessa posição, tampouco a qualificação de “*Quarto Poder*” é plenamente reconhecida. Na ponta, saber se uma instituição pode ser considerada como tal parece ser uma questão de convenção.

Portanto, o reconhecimento de um “*Quarto Poder*” é atividade complexa, que necessariamente requer concordância semântica sobre seu conteúdo e método de qualificação a partir da Constituição ou da lei. Não é objetivo do texto propor um conceito de Quarto Poder; tampouco se pretende caracterizar determinada instituição como Quarto Poder, ou não. A nossa proposta é destacar que há uma “*vontade institucional*” para conquista legítima de maior autonomia frente aos demais Poderes, assim como das competências, capacidades e recursos que permitam alcançar a finalidade institucional. Em suma, os seguintes atributos são perseguidos: (i) expressa previsão constitucional ou legal (*entrenchment*); (ii) considerável autonomia frente aos demais Poderes clássicos; (iii) capacidade institucional; (iv) potencial de impacto no *check and balances*; (v) expertise; e (vi) tutela de valores públicos.

Dessa forma, mesmo se a instituição não empregue o termo Quarto Poder, ao defender que seu desenho constitucional ou legal apresente esses seis atributos, *a instituição quer se autoconstruir em um Quarto Poder*.

---

<sup>27</sup> O Ministério Público na Constituição Federal de 1988 in *Revista Ministério Público. Nova fase*, vol. 1, n. 22. Porto Alegre, 1989, p. 23.

<sup>28</sup> A Natureza das Funções do Ministério Público e sua Posição no Processo Penal in *Revista dos Tribunais*, vol. 805. São Paulo: RT, 2002, p. 4. Nessa linha, também JOSÉ EDUARDO SABO PAES, para quem a Constituição de 1988 conferiu um elevado *status* constitucional ao Ministério Público, como um “*quase Quarto Poder*”. *ob. cit.*, p. 62.

<sup>29</sup> IGOR SPOCK SILVEIRA SANTOS, O Ministério Público como “Quarto Poder”: relevância do reconhecimento para o sistema constitucional in *Revista Publicum*, vol. 2, n. 2. Rio de Janeiro, 2016, p. 150.

<sup>30</sup> JOSÉ DILERMANDO MEIRELES, O Ministério Público na Constituição. Proposta de enquadramento in *Revista de Informação Legislativa*, vol. 24, n. 93. Brasília, jan./mar. 1987, p. 126-127.

### 3. A AUTOCONSTRUÇÃO DE UM QUARTO PODER NO DESENHO CONSTITUCIONAL

Uma vez Bruce Ackerman fez um convite para se despedir de Montesquieu e reconhecer uma perspectiva diferente de separação de Poderes<sup>31</sup>. Anteriormente, o pensamento acadêmico era ossificado em um modelo tradicional de três Poderes – a saber, Executivo, Legislativo e Judiciário –, modelo este que não é mais adequado para descrever a complexidade institucional em ação. No caso brasileiro, é de se reconhecer uma tradição histórico-constitucional de *dizer adeus a Montesquieu* – talvez suas ideias nunca tenham aportado fielmente aqui, apesar da fortíssima influência na construção teórica do Direito Público.

A independência do Brasil em 1822 levou à Constituição Imperial em 1824, que adotou um modelo de quatro Poderes: juntamente com o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, havia o *Poder Moderador*, chefiado pelo próprio Imperador e com autoridade sobre os demais Poderes. Naquela época, o Brasil estava de mãos dadas com Benjamin Constant, e não com Montesquieu. Em relação ao sistema francês, o Brasil também tinha um Conselho de Estado para dar opiniões ao Imperador e decidir questões relacionadas aos servidores públicos e à Administração Pública.

O desmantelamento do Conselho de Estado foi o primeiro ato da nova República no Brasil em 1889. Os republicanos também extinguiram o Poder Moderador – a Constituição de 1891 não o restaurou. Tanto o Conselho de Estado quanto o Poder Moderador compartilharam o mesmo destino por sua *pecha* de “*instituições imperiais*”. Símbolo de um projeto republicano, o *Tribunal de Contas da União (TCU)* foi criado em 1890 por Rui Barbosa, então ministro da Fazenda e uma das personalidades mais prestigiadas do Brasil, como um projeto republicano. Se o Poder Moderador era uma instituição reconhecidamente monarquista, o TCU seria uma instituição-símbolo da República.

Eduardo Jordão e Juliana Palma argumentam que a criação do Tribunal de Contas brasileiro foi um compromisso do governo republicano de zelo com o erário público<sup>32</sup>. Os Tribunais de Contas foram criados para evitar má administração de recursos e fiscalizar ações burocráticas que poderiam incorrer em desperdício financeiro. Por sua importância no projeto republicano, os Tribunais de Contas tiveram assento na Constituição de 1891; desde então, todas as demais Constituições têm disposições dedicadas à instituição. Desde sua criação até 1988, os Tribunais de Contas brasileiros nunca foram reconhecidos como Quarto Poder. Pelo menos no plano teórico, o Brasil estava em paz com Montesquieu e a tripartição de Poderes.

Um adeus diferente a Montesquieu ocorreu durante as ditaduras brasileiras, marcadas pela proeminência do Executivo sobre o Legislativo e o Judiciário. Por exemplo, em 1968, três dos dezesseis ministros do Supremo Tribunal Federal

<sup>31</sup> **Good-bye Montesquieu** in SUSAN ROSE-ACKERMAN, PETER L. LINDSETH, BLAKE EMERSON (coord.). *Comparative Administrative Law*. EE, 2017, p. 128-133.

<sup>32</sup> **O Tribunal de Contas da União: uma instituição muito peculiar**, *Revista Internacional de Direito Constitucional*, n. 20, 2022, p. 1501.

tiveram seus mandatos cassados e o Congresso foi fechado quatro vezes durante a ditadura militar. Tomando por base que a teoria proposta por Montesquieu diz mais sobre o controle do exercício dos Poderes que propriamente sobre um modelo de desenho institucional, então tamanho desbalanceamento entre Poderes é mais um adeus.

Na redemocratização um novo desenho de controle foi determinado na Constituição de 1988. A Assembleia Nacional Constituinte (ANC) conferiu ao Poder Judiciário, ao Ministério Público e ao Tribunal de Contas a atribuição de controle do Poder Executivo. Com um Brasil ainda traumatizado pela ditadura militar, o empoderamento constitucional dessas instituições é a materialização de uma lição duramente aprendida com a história recente: é preciso promover arranjos institucionais e ferramentas de controle para impedir novamente o absolutismo do Executivo<sup>33</sup>.

Nessa toada, o Tribunal de Contas da União se reinventou enquanto instituição com a Constituição de 1988. Dizem que o TCU partiu de um “*Tribunal de faz de contas*” para um “*Tribunal verdadeiro*”, capaz de mudar a realidade da Administração Pública em muitos aspectos. Em 2024, o TCU proferiu 21.624 decisões e deliberou 68.211 atos de pessoal da Administração Pública federal<sup>34</sup>, incluindo contratações, aposentadorias e demissões de servidores públicos. O TCU também aplicou quase US\$ 1,4 bilhão em multas ou constituiu em débito 2.008 pessoas<sup>35</sup>. Além disso, o TCU determinou prazos para invalidação ou suspensão de 34 atos e contratos, enquanto 44 medidas cautelares foram deferidas<sup>36</sup>.

No ano passado, o TCU chancelou a devolução de uma ferrovia estadual no âmbito da *Secex-Consenso*<sup>37</sup>. O TCU também vem acompanhando a construção de um centro tecnológico nuclear<sup>38</sup> e propôs um plano de auditoria internacional para reduzir desastres climáticos<sup>39</sup>. O TCU recomendou a criação de uma estrutura de governança para aumentar a qualidade de vida dos imigrantes<sup>40</sup> e algumas mudanças no Plano Nacional de Educação (2014-2024)<sup>41</sup>. Ainda, o TCU determinou a revisão retrospectiva da norma editada pelo Departamento Nacional de

---

<sup>33</sup> Aprofundar em CARLOS ARI SUNDFELD, *Direito Administrativo para + Céticos*, 3ª ed. São Paulo: JusPodivum, 2025, p. 87-102.

<sup>34</sup> Cf.

<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYTZkNDctZmQ0OC00YTQwLWE4YzItNmUyNTg4ZTBiMmI3liwidCI6ImJmMTU4MTg4LTlhMTEtNDRjMi1iN2ZjLTIxZTg1NjEzYmEyNyJ9>

<sup>35</sup> *Idem, ibid.*

<sup>36</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>37</sup> Ac. 857/2024, TCU, 2024.

<sup>38</sup> Ac. 898/2024, TCU, 2024.

<sup>39</sup> Cf. <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/climatescanner-recebe-recursos-de-us-1-milhao-do-bndes>

<sup>40</sup> Ac. 972/2024, TCU, 2024.

<sup>41</sup> Ac. 969/2024, TCU, 2024.

Infraestrutura de Transportes para posterior negociação do valor do equilíbrio contratual<sup>42</sup>.

O desenho do TCU na Constituição de 1988 é resultado de duas forças convergentes: *trajetória institucional* e *inovação institucional*. Embora possam parecer contraditórias – uma *força conservadora* e uma *força transformadora* – ambas foram usadas pelo TCU para seu empoderamento na elaboração da Constituição.

### 2.1. TRAJETÓRIA INSTITUCIONAL (PATH DEPENDENCE)

Desde 1891, o TCU é uma *instituição constitucional*. Suas atuais características decorrem fundamentalmente do processo constituinte da Constituição de 1988, cuja arena política foi de acomodação de interesses de diferentes grupos, instituições e forças<sup>43</sup>. No que tange aos Tribunais de Contas, a trajetória institucional do TCU foi considerada na elaboração dos dispositivos constitucionais referentes ao órgão controlador, de modo que muito da conformação institucional do órgão corresponde ao que já era praticado, notadamente a fiscalização contábil, financeira e orçamentária da Administração Pública. No entanto, a ANC não se limitou a reproduzir o TCU e suas principais características. Houve efetivamente um *componente de inovação* do desenho institucional do TCU, protagonizado pelo próprio órgão. O TCU esteve diretamente envolvido na elaboração constitucional de seus preceitos, defendendo sua trajetória institucional, para que nada se perdesse no caminho, e defendendo as inovações reputadas relevantes.

Em termos de *trajetória institucional*, a *posição do TCU na separação de Poderes* foi a questão mais relevante debatida no processo constituinte.

De acordo com André Rosilho, o então Ministro do STF Sydney Sanches teve a oportunidade de fazer uma exposição aos constituintes e apresentar seu modelo ideal de Tribunal de Contas: um órgão de fiscalização plural – abrangendo representantes dos três Poderes e da sociedade –, sem poder jurisdicional e sem relação com qualquer dos Poderes<sup>44</sup>. A ideia do ministro Sydney Sanches de um TCU como *Corte autônoma e sem relação institucional com qualquer dos Poderes* foi bem recebida, mas não prevaleceu. Em vez disso, o TCU foi formalmente atrelado à estrutura do Legislativo, como seu auxiliar:

#### Constituição de 1988

“Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...)”.

<sup>42</sup> Ac. 1210/2024, TCU, 2024.

<sup>43</sup> CARLOS ARI SUND FELD, **O fenômeno constitucional e suas três forças**, CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO *et al.* (coord.), Vinte anos da Constituição Federal de 1988: filosofia e teoria constitucional contemporânea, 2008. p. 11-17.

<sup>44</sup> ANDRÉ ROSILHO, **Controle da administração pública pelo Tribunal de Contas da União**, 2016, p. 46-47.



No processo originário, era de conhecimento a busca por maior autonomia pelos Tribunais de Contas, como se depreende na fala do Constituinte Henrique Córdova:

*“Matéria, todavia, intimamente ligada a um órgão especializado sobre o qual já debatemos anteriormente, para o exame técnico de toda a execução financeira e orçamentária, o Tribunal de Contas, que nos últimos tempos vem procurando transformar-se em um órgão autônomo e quase que em uma espécie de quarto Poder, já que, na estrutura atual, contamos com apenas três. Entendo que ele deva continuar vinculado ao Poder Legislativo, (...)”<sup>45</sup>.*

Se o plano original do TCU era ampliar seu leque de competências e se afirmar como órgão de controle de real impacto na gestão pública, por que a Constituição traçou sua posição como mero *auxiliar* do Poder Legislativo? Por que o TCU não reagiu? André Rosilho fornece uma explicação plausível relacionada ao ímpeto de o TCU se tornar mais relevante “*a reboque*” do Legislativo, Poder este que seria reconstruído e fortalecido na ANC<sup>46</sup>. Em suas próprias palavras, “*fortalecer o fortalecer o Tribunal é fortalecer o Congresso Nacional*”<sup>47</sup>.

Outra possível explicação leva em consideração a trajetória institucional do TCU. Desde a Constituição de 1946, o TCU se posiciona como órgão auxiliar do Congresso:

#### **Constituição de 1946**

*“Art. 22 - A administração financeira, especialmente a execução do orçamento, será fiscalizada na União pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas, e nos Estados e Municípios pela forma que for estabelecida nas Constituições Estaduais”.*

Embora a Constituição de 1946 aparentemente tenha conferido um papel secundário ou subalterno ao TCU, esse desenho formal nunca correspondeu à realidade fiscalizatória, pelo menos na esfera federal. No exercício de suas competências, o TCU afirmou-se como uma instituição autônoma no *acompanhamento contábil, financeiro e orçamentário* da Administração Pública. O texto constitucional trouxe uma descrição *aquém* do papel exercido pelo TCU; porém, o *status* constitucional de mero órgão auxiliar do Congresso não limitou o fortalecimento de seu papel como controlador da Administração Pública.

A redação constitucional nunca foi um empecilho para a expansão do competências. Aliás, pode-se até mesmo afirmar que o conceito indeterminado

---

<sup>45</sup> *Idem*, p. 48.

<sup>46</sup> ANDRÉ ROSILHO, **Controle da administração pública pelo Tribunal de Contas da União**, 2016, p. 49.

<sup>47</sup> *Idem*, *ibidem*.

“*órgão auxiliar*” ganhou sentido próprio, a partir da experiência concreta do controle, que jamais foi no sentido de limitação das competências controladoras pelo Tribunal de Contas. O possível desinteresse dos Tribunais de Contas em buscarem uma redação constitucional emancipatória – superando a tradicional fórmula de órgão auxiliar – pode também ser explicado por que desnecessário à sua afirmação institucional. Afinal, a Constituição dizer que o TCU é uma instituição autônoma ou auxiliar não faria diferença alguma: a autonomia já estava assimilada à trajetória institucional do TCU.

## 2.2. INOVAÇÃO INSTITUCIONAL

Durante o período de elaboração da Constituição de 1988, o TCU teve papel de liderança junto aos demais Tribunais de Contas brasileiros no diálogo com os constituintes. Os membros do TCU falaram constantemente em comissões, compartilharam experiências e tiveram a oportunidade de apresentar uma *minuta de disposições constitucionais sobre o Tribunal de Contas da União*, redigida pelos Tribunais de Contas<sup>48</sup>.

O “*Anteprojeto Tribunais de Contas*” reuniu importantes inovações institucionais que nunca tinham sido abordadas, experimentadas ou mesmo discutidas. De alguma forma, o projeto internalizou as diretrizes da “*Declaração de Lima da INTOSAI*”, de 1977<sup>49</sup>. A Organização Internacional dos Tribunais Superiores de Contas (INTOSAI) congrega instituições de controle externo dedicadas a auditar e supervisionar o Governo, incluindo os Tribunais de Contas, como o TCU. Lançada em 1953, a INTOSAI reúne atores para promover troca de ideias e experiências, bem como fornecer padrões de auditoria<sup>50</sup>. A Declaração de Lima da INTOSAI “é

<sup>48</sup> ANDRÉ ROSILHO, *Controle da administração pública pelo Tribunal de Contas da União*, 2016, p. 42.

<sup>49</sup> *Declaração de Lima da INTOSAI* é a designação comum de *A Declaração de Lima de Diretrizes de Preceitos de Auditoria*. Por sua história e acesso ao seu conteúdo completo, cf. **40 Years of Lima Declaration of INTOSAI**. INTOSAI: 2017. Disponível em: [https://www.intosai.org/fileadmin/downloads/documents/open\\_access/INTOSAI\\_Publications/Publication\\_40y\\_Lima\\_Declaration/EN\\_40\\_Jahre\\_Lima\\_Deklaration.pdf](https://www.intosai.org/fileadmin/downloads/documents/open_access/INTOSAI_Publications/Publication_40y_Lima_Declaration/EN_40_Jahre_Lima_Deklaration.pdf).

<sup>50</sup> Cf. **International Organization of Supreme Audit Institutions**. INTOSAI: 2022, p. 5. Disponível em [https://www.intosai.org/fileadmin/downloads/about\\_us/2022\\_Folder\\_INTOSAI\\_pages.pdf](https://www.intosai.org/fileadmin/downloads/about_us/2022_Folder_INTOSAI_pages.pdf). O documento refere-se aos seguintes objetivos e propósitos da INTOSAI: “A INTOSAI é uma organização autônoma, independente, profissional e não política estabelecida para: fornecer apoio mútuo; promover o intercâmbio de ideias, conhecimentos e experiências; atuar como uma voz reconhecida das ISC na comunidade internacional; fornecer padrões de auditoria de alta qualidade para o setor público; promover a boa governança; e promover a ISC [Instituições Superiores de Controle] Desenvolvimento de capacidades”.

considerada a *Carta Magna da auditoria governamental e define os pré-requisitos para seu funcionamento independente e eficaz*<sup>51</sup>.

A mudança do modelo tradicional de modelo de controle de irregularidades (“*deficiency-tracking audit model*”) para um modelo de controle de resultados (“*performance audit*”) é provavelmente o elemento-chave da Declaração de Lima da INTOSAI<sup>52</sup>, com potencial para reformular completamente as instituições de controle externo. A imagem de um “*obstáculo burocrático*” ou de uma “*instituição formalista*” das Agências de Auditoria seria suplantada pela adoção do controle de resultados, abrindo campo para análise da qualidade decisória, dos resultados práticos alcançados, metas atingidas e o atendimento do interesse público. As Agências de Auditoria passariam a ser, portanto, *instituições reconhecidamente funcionalizadas*, que trabalhariam para a melhoria da Administração Pública. A Declaração de Lima da INTOSAI indica bem essa nova perspectiva de auditoria:

**Declaração de Lima da INTOSAI, 1977**

*“Seção 1. O conceito e o estabelecimento da auditoria são inerentes à administração das finanças públicas, uma vez que a gestão dos fundos públicos representa um trust. A auditoria não é um fim em si mesma, mas uma parte indispensável de um sistema regulamentar cujo objetivo é revelar os desvios às normas aceites e as violações dos princípios da legalidade, eficiência, eficácia e economia da gestão financeira com antecedência suficiente para permitir a tomada de medidas corretivas em casos individuais, para fazer com que os responsáveis aceitem a responsabilidade, para obter uma indenização ou para tomar medidas para prevenir – ou, pelo menos, dificultar – tais violações”*<sup>53</sup>.

A Declaração de Lima da INTOSAI posiciona as Agências de Auditoria dentro do sistema administrativo, como se integrassem a estrutura da Administração Pública. No entanto, as Agências de Auditoria não são concebidas para integrarem

---

<sup>51</sup> Do original, “(...) is considered to be the Magna Charta of government audit and defines the prerequisites for its independents and effective functioning”. **40 Years of Lima Declaration of INTOSAI**, *ob. cit.*, p. 1.

<sup>52</sup> “As ISC merecem ainda mais reconhecimento pelo seu empenho na melhoria da auditoria. Esta evolução foi marcada por uma mudança de tônica que passou da identificação de deficiências para um impulso construtivo para uma melhor gestão administrativa e económica, que foi, além disso, apoiada por uma ênfase gradualmente mais forte nas auditorias de resultados”. *Idem*, p. 7.

<sup>53</sup> Do original, “Section 1. Purpose of audit 1. The concept and establishment of audit is inherent in public financial administration as the management of public funds represents a trust. Audit is not an end in itself but an indispensable part of a **regulatory system** whose aim is to **reveal deviations from accepted standards and violations of the principles of legality, efficiency, effectiveness and economy of financial management** Early enough to make it possible to take corrective action in individual cases, to make those accountable accept responsibility, to obtain compensation, or to take steps to prevent – or at least render more difficult – such breaches”.

o sistema administrativo; em vez disso, são *controladoras externas* e seu papel natural é supervisionar a Administração Pública. Portanto, a Declaração de Lima da INTOSAI *não propõe uma integração estrutural* das Agências de Auditoria à Administração Pública, mas uma *interação efetiva entre o controle e as atividades administrativas*, tais como serviços públicos, planejamento, incentivos, licitações, contratos públicos, regulação, adjudicação etc. Nessa perspectiva, os novos parâmetros de controle sugeridos pela Declaração de Lima da INTOSAI são finalisticamente orientados, quais sejam, *eficiência, eficácia e economicidade* – os “três EEs” do controle externo.

A Seção 4 da Declaração de Lima da INTOSAI especifica o conteúdo dos parâmetros de controle orientados à performance da Administração Pública:

**Declaração de Lima da INTOSAI, 1977**

“Seção 4. Auditoria de legalidade, auditoria de regularidade e auditoria de resultados 1. A tarefa tradicional das Instituições Superiores de Controlo é auditar a legalidade e regularidade da gestão financeira e da contabilidade. 2. Para além deste tipo de auditoria, que mantém a sua importância, existe outro tipo de auditoria igualmente importante – a **auditoria de resultados** – **que se orienta para examinar o desempenho, a economia, a eficiência e a eficácia da administração pública**. Auditoria de resultados não só de operações financeiras específicas, mas de toda a gama de atividades governamentais, incluindo os sistemas organizacionais e administrativos. 3. Os objetivos de auditoria da Instituição Superior de Controlo – legalidade, regularidade, economia, eficiência e eficácia da gestão financeira – revestem-se, no essencial, da mesma importância. No entanto, cabe a cada instituição superior de controlo determinar as suas prioridades caso a caso”<sup>54</sup>.

O controle externo ordinário que as Agências de Auditoria tradicionalmente exerciam não integrava a variável performance. A Declaração de Lima da INTOSAI foi inovadora ao afirmar a o controle de resultados como uma diretriz para as Agências de Auditoria, dando contorno mais finalísticos ao controle externo. Estrategicamente, a Declaração de Lima da INTOSAI incentivaria a adoção do controle de resultados pelas Agências de Auditoria em todo o mundo. Por sua vez,

<sup>54</sup> Do original, “Section 4. Legality audit, regularity audit and performance audit. 1. The traditional task of Supreme Audit Institutions is to audit the legality and regularity of financial management and of accounting 2. In addition to this type of audit, which retains its significance, there is another equally important type of audit – **performance audit** – **which is oriented towards examining the performance, economy, efficiency and effectiveness of public administration**. Performance audit covers not only specific financial operations, but the full range of government activity including both organizational and administrative systems. 3. The Supreme Audit Institution’s audit objectives – legality, regularity, economy, efficiency and effectiveness of financial management – basically are of equal importance. However, it is for each Supreme Audit Institution to determine its priorities on a case-by-case basis”.

o controle de resultados redefiniria as Agências de Auditoria, bem como seu papel na supervisão da Administração Pública: a partir de então, disporm de ferramental e justificação para controlarem o conteúdo da decisão pública – em termos de eficiência, eficácia e economicidade.

Só se pode entender verdadeiramente a posição dos Tribunais de Contas na Constituição brasileira considerando a Declaração de Lima da INTOSAI. Como já discutimos, o anteprojeto constitucional dos Tribunais de Contas assimilou características institucionais históricas e comuns aos Tribunais de Contas (*path dependence*). No entanto, além da preservação dos elementos caracterizadores de sua própria trajetória no texto constitucional, o TCU também buscou trazer o controle de resultados para dentro da Constituição e, assim, promover sensível *inovação institucional* nos termos propostos pela Declaração de Lima da INTOSAI. O controle de resultados foi traduzido como “*controle operacional*” e apresentado para debate constituinte no Anteprojeto TCU<sup>55</sup>:

**TCU Projeto de Lei de Disposições Constitucionais sobre Tribunais de Contas**

“Artigo 70. A fiscalização orçamentária, financeira, **operacional** e patrimonial da União será exercida mediante **controle** externo e interno: (...).

Artigo. 71. O **controle externo** será exercido pelos Tribunais de **Contas** e compreenderá: (...)”.

1019

---

Em sua pesquisa, André Rosilho constata que o controle operacional não foi objeto de discussão no processo constituinte<sup>56</sup>. Em parte, isso se deve ao tempo do processo em que o tema foi apresentado: a Subcomissão de Orçamento e Fiscalização Financeira, encarregada das disposições do Tribunal de Contas, entregou um projeto de relatório *sem* o controle operacional<sup>57</sup>, que foi incorporado apenas na Comissão de Redação no final do processo.

Se a Constituição de 1891 se baseou na Europa para conformar o Tribunal de Contas da União, a Constituição de 1988 transplantou a Declaração de Lima da INTOSAI para dotar o TCU da competência de controle operacional:

**Constituição Brasileira de 1988**

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

---

<sup>55</sup> ANDRÉ ROSILHO, **Controle da administração pública pelo Tribunal de Contas da União**, 2016, p. 62.

<sup>56</sup> *Idem*, p. 63.

<sup>57</sup> *Idem*, p. 64.

(...)

Artigo 71. O **controle externo**, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da **União**, ao qual compete: (...)”.

O tempo do controle foi outro tópico discutido no processo constituinte e que dialoga diretamente com a Declaração de Lima da INTOSAI, com potencial de inovação institucional do TCU. O projeto de lei constitucional do TCU sobre os Tribunais de Contas foi inteiramente baseado em um *controle ex post*, enquanto alguns auditores defenderam os *controles ex ante* e *concomitantes* na Subcomissão de Orçamento e Fiscalização Financeira com base na Declaração de Lima da INTOSAI<sup>58-59</sup>. Prevaleceu ao final o controle *ex post* da Administração Pública, de modo que o controle pelos Tribunais de Contas apenas se verificaria após completado o ciclo decisório correspondente à regra de competência, quando a decisão administrativa tivesse algum componente de definitividade (por exemplo, ter feito coisa julgada administrativa ou ser eficaz). No entanto, o TCU interpretaria o momento de forma diferente o tempo do controle após a promulgação da Constituição.

\* \* \* \* \*

Durante a elaboração da Constituição, o TCU não era uma instituição passiva, aguardando que seu destino fosse selado pela Assembleia Nacional Constituinte. Nos dispositivos relacionados aos Tribunais de Contas, o TCU foi protagonista e de fato influenciou no processo constitucional, especialmente ao trazer o controle operacional para dentro do texto da Constituição. Apoiado em sua trajetória institucional e promovendo inovação institucional que lhe era favorável, o TCU se remodelou com a chancela dos constituintes. A Constituição tornou (ou reconheceu) os Tribunais de Contas como um Quarto Poder, viabilizando que o TCU reformulasse suas funções e, conseqüente, o seu próprio papel institucional com o controle operacional.

1020

### 3. A AUTOCONSTRUÇÃO EM UM QUARTO PODER NA PRÁTICA

#### 3.1. UMA PROPOSIÇÃO: O PROCESSO DE AUTOCONSTRUÇÃO DE UM QUARTO PODER

Além de se tornarem um Quarto Poder no texto da Constituição, as instituições podem trabalhar para assim serem reconhecidas no campo prático, pela interpretação e aplicação das normas constitucionais em sucessivos casos concretos. Portanto, o reconhecimento do Quarto Poder não é estático, limitado ao texto constitucional.

<sup>58</sup> ANDRÉ ROSILHO, **Controle da administração pública pelo Tribunal de Contas da União**, 2016, p. 68-69.

<sup>59</sup> Cf. Seção 2 da Declaração de Lima da INTOSAI.





a forma como os resultados são retratados conta para a legitimidade da interpretação constitucional.

Mas o processo de autoconstrução em Quarto Poder não pode ser inteiramente tomado em uma perspectiva interna. O reconhecimento do status do Quarto Poder depende da *aceitação externa de atores com capacidade de bloqueio desse processo*. Na medida em que o Congresso, Poder Judiciário, Ministério Público e os órgãos e entes da Administração Pública não se levantem contra a interpretação constitucional, o caráter de Quarto Poder é chancelado. Há também apoiadores sem poder para tomar medidas oficiais contra a interpretação constitucional, mas cuja aceitação promove a naturalização da nova competência institucional. A mídia, a academia e o mercado são exemplos importantes de apoiadores dispostos.

Por fim, há o *entrincheiramento do Quarto Poder*. Por entrincheiramento, entendemos a consolidação da interpretação constitucional que favoreça a autonomia ou qualquer dos elementos definidos de Quarto Poder. A consolidação, no entanto, é diferente de consenso: o Quarto Poder sempre lidará com resistências e vozes críticas que se baseiam em uma interpretação original da Constituição.

Em suma, o processo de autoconstrução em Quarto Poder envolve pelo menos cinco etapas, subseqüentes ou simultâneas, a partir da Constituição: (1) imbuída de relativo consenso interno, a instituição passa a interpretar a Constituição de modo a favorecer as características institucionais definidoras de Quarto Poder; (2) a instituição desenvolve a sua capacidade institucional para lidar com a interpretação constitucional e apresenta bons resultados legitimadores; (3) a interpretação constitucional ganha respaldo oficial; (4) a instituição coleciona experiência institucional, aplicando a interpretação em vários casos e contextos; e (5) há o entrincheiramento do Quarto Poder.

### 3.2. O EXEMPLO DO CONTROLE PRÉVIO DE EDITAIS DE CONCESSÃO NÃO PUBLICADOS PELO TCU

As delegações de serviços públicos são escolhas políticas tomadas pelo chefe do Executivo para transferir a execução (e o planejamento, de acordo com o tipo de contrato) de serviços públicos para empresas privadas selecionadas por meio de licitação. A Constituição brasileira permite explicitamente tal decisão<sup>61</sup> e, apesar de alguma resistência política, a delegação de serviços públicos é bastante frequente na Administração Pública brasileira. A delegação do serviço público implica necessariamente *investimentos* que a empresa deve realizar no curso do contrato.

<sup>61</sup> Artigo 175 da Constituição de 1988. “Compete ao poder público, nos termos da lei, diretamente ou em regime de concessão ou permissão, sempre por meio de processo licitatório, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, a natureza especial de seus contratos e prorrogações, bem como as condições de caducidade, fiscalização e extinção da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter um serviço adequado”.

Em última análise, esses investimentos são a justificativa da delegação de serviço público, considerando as conhecidas dificuldades de investimentos pelo governo.

O edital de licitação é o principal documento do processo licitatório. Além de reger todo o processo licitatório, ele congrega as decisões de modelagem da delegação de serviços públicos, inclusive a minuta do contrato a ser celebrado com a licitante vencedora. Assim, o edital reúne as variáveis mais relevantes para a prestação do serviço público, como direitos dos usuários e deveres da futura concessionária, metodologia de equilíbrio econômico-financeiro, garantias, penalidades pelo descumprimento contratual, formas de extinção do contrato etc. Uma vez publicado, o edital de licitação informa a intenção do Poder Público de delegar determinado serviço público e convida potenciais interessados a participarem do certame.

A rigor, o TCU dispõe de plena competência constitucional para examinar editais de licitação, sendo uma materialização da fiscalização orçamentário-financeira, inclusive aqueles que tenham por objeto da delegação de serviços públicos por meio de contratos de concessão. Além disso, a competência de controle dos editais de licitação está expressamente prevista no texto da Constituição:

**Constituição Brasileira de 1988**

*“Artigo 71. O controle externo, de responsabilidade do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:*

*(...)*

*IX – assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;*

*X – sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal”.*

Não há controvérsia doutrinária em torno desse controle. A questão que se coloca, porém, é sobre o *tempo do controle*: a partir do texto da Constituição, o TCU passou a entender que os editais de licitação de concessão poderiam ser controlados *antes de sua publicação*, ou seja, antes de se formalizarem como atos administrativos que atendam ao requisito da publicidade.

Para o TCU, o exame prévio de editais de licitação é uma competência derivada diretamente da Constituição porque dota o controle de maior efetividade, prevenindo a ocorrência dos efeitos danosos que se materializariam após a sua publicação. Se o TCU tomar providências *antes* da publicação do edital, então o controle evitará que erros e ilegalidades se materializem. Uma vez que não há ocorrência de danos, o controle prévio dos editais de licitação afasta a punição de agentes públicos por eventual ilegalidade no edital, anexos e processo de modelagem.

Em paralelo aos argumentos relacionados à legalidade, o controle prévio de editais de licitação também se mostra oportuno, na perspectiva do TCU, porque permite um diálogo institucional mais efetivo com o órgão de controle, o que, ainda na visão controladora, permitiria a construção de editais mais eficientes. O controle *ex post* recai sobre um edital de licitação publicado, pronto e acabado quanto às escolhas de desenho, restando ao controlador apenas se posicionar sobre o ato jurídico consolidado. Já o controle prévio permite que o diálogo institucional com o controlador seja assimilado ao conteúdo do edital, tornando ainda mais efetiva a atuação controladora.

Contra essa interpretação institucional do TCU surgem posicionamentos doutrinários, que se opõem ao controle prévio dos editais de licitação em três principais fundamentos: (i) a Constituição não teria atribuído competência para o TCU realizar controle prévio da Administração Pública; (ii) o controle prévio seria uma intervenção controladora indevida, deslocaria indevidamente a competência decisória pública para a controladora na modelagem da delegação do serviço público; e (iii) não haveria autenticamente um diálogo institucional, mas uma subserviência dos gestores públicos aos controladores devido ao receio de serem posteriormente responsabilizados caso deixem de acatar recomendações e determinações do TCU sobre a modelagem. Vale salientar que somente após a sua publicação o edital adquire plena eficácia jurídica, completando seu ciclo de formação. Portanto, o exame prévio de editais de licitação pelo TCU ocorre durante o processo decisório, que é uma fase totalmente interna da Administração Pública.

Apesar disso, o TCU tem jurisprudência consolidada afirmando a constitucionalidade, legalidade e legitimidade do controle prévio de editais de licitação de concessão, o que seria uma decorrência do *poder de cautela* implícito na Constituição. Isso lhe proporcionaria a capacidade de tomar *medidas cautelares*, sendo o exame prévio de editais de licitação um exemplo.

Assim, a interpretação constitucional que fundamenta a competência do TCU para examinar editais de licitação não publicados baseia-se na teoria dos poderes implícitos, sugerindo que esta competência é inerente às funções expressamente atribuídas aos Tribunais de Contas e pode ser deduzida a partir de uma leitura sistemática dos dispositivos constitucionais.

Valdecir Pascoal, Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, resume bem a interpretação constitucional dos TCU quanto à capacidade exame prévio de editais de licitação:

*“Ainda que a Constituição Federal (BRASIL, 1988) não houvesse estipulado a referida competência corretiva no art. 71, IX e X, ou ainda que se entendesse que tais dispositivos não teriam literalmente o condão de conferir o poder de cautela aos Tribunais de Contas, é forçoso reconhecer que, à luz da teoria dos **poderes implícitos**, originada do constitucionalismo norte-americano, esta possibilidade é imanente ao próprio exercício de suas atribuições e competências. A doutrina*

*dos poderes implícitos, sedimentada pela Suprema Corte Americana, a partir do famoso caso McCulloch v. Maryland, fundamenta-se na ideia de que, para cada poder outorgado pela Constituição a certo órgão, são implicitamente conferidos amplos poderes para a execução desse poder. Sempre que a Constituição outorga um poder, aí se incluem, implicitamente, os meios necessários à sua efetivação, desde que guardada a proporcionalidade: a adequação entre os meios e o fim”<sup>62</sup>.*

Porém, o TCU não se limitou ao plano da hermenêutica constitucional para afirmar a sua competência para realizar o controle prévio de editais de licitação de concessão não publicados. Em paralelo, a instituição *construiu a sua capacidade institucional* para o cumprimento dessa tarefa.

Em um primeiro momento, o TCU criou, em 1998, um *órgão dedicado* a lidar com processos de privatização, incluindo a análise de editais de privatização<sup>63</sup>. Essa reestruturação promoveria a especialização de seus servidores públicos pela rotina diária de controle das concessões e Agências Reguladoras Independentes. O TCU também elegeu o processo de privatização como um dos principais temas de sua agenda de trabalho, convergindo uma orientação política de cima para baixo (de Ministros para Auditores) e uma vontade de baixo para cima (de Auditores para Ministros). Cursos e diálogos também foram essenciais para a capacitação do corpo técnico do TCU para o controle de editais de concessão.

Também o TCU trabalhou na definição de *processos e dinâmicas de controle* dos editais de licitação de concessão não publicados. Para tanto, foi desenvolvido um arcabouço normativo que servisse como guia de atuação institucional. Além da interpretação constitucional de que o controle prévio de editais de licitação de concessão seria uma derivação do poder de cautela implícito às demais competências controladoras, o TCU também fundamentou a sua atuação na antiga Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n.º 8.666, de 1993)<sup>64</sup>, embora não houvesse nela referência clara aos poderes cautelares.

---

<sup>62</sup> **O Poder de Cautela dos Tribunais de Contas**, Revista do TCU, n. 115, 2009, p. 107.

<sup>63</sup> “Desde 1998, percebendo as mudanças advindas da reforma do Estado brasileiro, o Tribunal de Contas da União criou uma unidade técnica voltada basicamente para a análise dos processos de privatização e para o controle da atuação dos órgãos reguladores: a Secretaria de Fiscalização de Desestatização (SEFID). A verificação da atuação finalística dos entes reguladores ganhou maior destaque com a reestruturação ocorrida no Tribunal. O acompanhamento dos atos de gestão orçamentária das agências ficou a cargo de outra Unidade Técnica, viabilizando a alocação de toda a força de trabalho do SEFID para a verificação dos atos associados à regulação dos serviços públicos”. BENJAMIN ZYMLER, **O Papel do Tribunal de Contas da União no Controle das Agências Reguladoras** in *Biblioteca Digital Fórum de Direito Público*. Belo Horizonte: Fórum, 2002, vol. 11, 2002, p. 4.

<sup>64</sup> A Lei n.º 8.666/93 foi revogada pela Lei n.º 14.133/2021.

Em 1998, o TCU editou uma norma sobre controle dos processos de desestatização<sup>65</sup> sem qualquer menção ao exame prévio de editais de licitação de concessão. Em 2004, o TCU editou uma norma sobre fiscalização do processo de privatização de rodovias, que dispunha explicitamente que o TCU analisaria o edital de licitação somente após sua publicação<sup>66</sup>. E, em 2007, o TCU editou regulamento sobre a fiscalização de processos de licitação e contratação pública de *parcerias público-privada*, com possibilidade de exame prévio de edital de licitação<sup>67</sup>. Nesse momento, o TCU flexibilizou a *análise ex post* dos editais de licitação e admitiu um controle concomitante ou *ex ante*. Essas três regras foram revogadas pela IN TCU n.º 81, de 2018, que as consolidou em um único processo de fiscalização em desestatização. Em relação ao edital de licitação de concessão, o TCU expressamente admitiu o *controle ex ante* em bases amplas, e não apenas na hipótese em que o contrato se apresentar como uma PPP:

#### IN TCU 81 DE 2018

*“Artigo 8º. O órgão gestor do processo de desestatização encaminhará, obrigatoriamente em meio eletrônico, as informações e os documentos descritos nos artigos 3º, 4º ou 5º desta Instrução Normativa em noventa dias, no mínimo, da data prevista para publicação do edital de licitação”.*

A IN TCU 81/2018 não foi apenas fruto da vontade do TCU de auditar editais de licitação não publicados de concessão, pois o Legislador havia determinado em leis específicas a possibilidade de análise *ex ante* do TCU de editais de licitação pública. O que o IN TCU n.º 81/2018 fez, de fato, foi promulgar um *dispositivo geral*, que regeria *todo processo de delegação de serviço público*, que agora passaria a contar com uma etapa obrigatória e prévia de diálogo com o Tribunal de Contas. A IN

<sup>65</sup> Cf. IN TCU n.º 27/1998.

<sup>66</sup> Cf. IN TCU n.º 46/2004: *“Artigo 4º. O dirigente do órgão ou da entidade federal concedente encaminhará, mediante cópia, os documentos descritos no artigo anterior ao Tribunal de Contas da União, observados os seguintes prazos: I - primeiro estágio - quarenta e cinco dias, no mínimo, antes da publicação do edital de licitação; [não houve referência a edital de licitação não publicado] II - segundo estágio - dez dias, no máximo, após: a) publicação do edital de licitação e correspondentes anexos; (...).”*

<sup>67</sup> Cf. IN TCU n.º 52/2007. O *“Edital de Licitação e Anexos”* está entre os documentos que uma Agência deve entregar ao TCU no segundo estágio (art. 4º). Os documentos da segunda etapa devem ser entregues em *“cinco dias, no máximo, a partir de cada um dos seguintes eventos: g) publicação da convocação da consulta pública; h) divulgação do relatório da consulta e da audiência pública, quando for o caso; i) aprovação do edital de licitação pelo CGP; j) publicação do edital de licitação e correspondentes anexos; k) envio de comunicações e esclarecimentos a licitantes; l) publicação da retificação do edital de licitação; m) análise conclusiva de impugnação apresentada contra o edital de licitação”* (artigo 5.º). A publicação do edital de licitação não era mais o momento determinante para apresentá-lo à análise; em vez disso, poderia ser examinado durante a audiência pública, por exemplo, quando o edital de licitação ainda estaria sendo elaborado pela Agência.

TCU 81/2018 está diretamente conectada com a interpretação da Constituição sobre o poder implícito de cautela.

Desde então, os gestores públicos passaram a submeter seus projetos de concessão ao escrutínio do TCU na fase de exame prévio dos editais de licitação de concessão. Segundo o Relatório de Atividades do TCU, referente ao ano de 2024, foram apreciados dez processos de desestatizações no setor de transportes, com previsão de investimentos na ordem de R\$ 65 bilhões e potenciais benefícios financeiros em torno de R\$ 800 milhões<sup>68</sup>. Conforme explica a instituição,

*“O acompanhamento teve por objetivo analisar a documentação dos projetos de desestatização, tais como estudos, projetos, modelagens econômico-financeiras e minutas editalícias e contratuais. Como resultado, a nossa atuação tempestiva possibilita o levantamento de riscos, assim como a expedição de determinações e recomendações que contribuem para o aprimoramento dos projetos, para a segurança jurídica e a melhoria do ambiente de negócios no contexto de parceria entre os setores público e privado. Os potenciais benefícios financeiros advindos dessa atuação são da ordem de R\$ 880 milhões, em razão de ajustes nos estudos previamente à realização dos leilões ou da celebração dos contratos. Esse conjunto de ações inserem-se no objetivo estratégico ‘Contribuir para a regularidade e a economicidade de atos e contratos administrativos’<sup>69</sup>.”*

O caso do controle prévio de editais de licitação pelo TCU permite evidenciar uma parte do processo de autoconstrução em um Quarto Poder parte. Certamente, o TCU não é um Quarto Poder apenas por controlar editais de licitação não publicados, mas o é porque trabalhou para esse posicionamento.

Primeiramente, e junto aos demais Tribunais de Contas, defendeu junto à Assembleia Nacional Constituinte a sua autonomia decisória já presente no seu modelo institucional vigente desde a Constituição de 1891 (*path dependence*) e trabalhou para a constitucionalização da figura do controle operacional concebida na Declaração de Lima do INTOSAI, que depois viria a ser crucial para o seu fortalecimento institucional ao controlar uma série de decisões administrativas que não estariam propriamente bem alocadas na fiscalização orçamentária, financeira e patrimonial. Em segundo lugar, o TCU trabalhou para ganhar cada vez maior autonomia institucional e relevância para o controle da Administração Pública, o que são marcas essenciais para a concepção de Quarto Poder. Dessa forma, o exame prévio de editais de licitação não publicados é uma das várias construções que fazem com que o TCU seja reconhecido um Quarto Poder, de considerável autonomia e efetividade no controle.

Quanto ao entrenchamento, cabe primeiramente destacar a aceitação das instituições externas com poder de barrar o processo de autoconstrução em Quarto

---

<sup>68</sup> Relatório de Gestão do Tribunal de Contas 2024. Brasília: TCU, 2025, p. 120-121.

<sup>69</sup> *Idem, ibidem.*

Poder. O Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a constitucionalidade da interpretação dos poderes cautelares implícitos na Constituição, como defendido pelo TCU:

*“Entendo, Senhor Presidente, que o poder cautelar também compõe a esfera de atribuições institucionais do Tribunal de Contas, pois se acha instrumentalmente vocacionado a tornar efetivo o exercício, por essa Alta Corte, das múltiplas e relevantes competências que lhe foram diretamente outorgadas pelo próprio texto da Constituição da República. Isso significa que a atribuição de poderes explícitos ao Tribunal de Contas, tais como enunciados no art. 71.º da Lei Fundamental da República, supõe que se lhe reconheça, ainda que por implicitude, a titularidade de meios destinados a viabilizar a adoção de medidas cautelares vocacionadas a conferir real efetividade às suas deliberações finais, permitindo, assim, que se neutralizem situações de lesividade, atual ou iminente, ao erário público. Impende considerar, no ponto, em ordem a legitimar esse entendimento, a formulação que se fez em torno dos poderes implícitos, cuja doutrina, construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no célebre caso MCCULLOCH V. MARYLAND (1819), enfatiza que a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos”<sup>70</sup>.*

Porém, o principal reconhecimento externo se deu no âmbito do Poder Legislativo, com a edição de uma séria de leis dispendo explicitamente sobre o controle prévio de editais de licitação não publicados. A primeira previsão explícita nesse sentido se deu com a Lei de Relicitações (Lei n.º 13.448/2017), que determina a remessa obrigatória do processo de modelagem da contratação pública ao TCU juntamente com a minuta do edital de licitação ainda não publicado:

**Lei n.º 13.448/2017**

*Art. 11. Encerrada a consulta pública, serão encaminhados ao Tribunal de Contas da União o estudo de que trata o art. 8º desta Lei, os documentos que comprovem o cumprimento das exigências de que tratam os incisos I e II do § 2º do art. 6º desta Lei, quando for o caso, e o termo aditivo de prorrogação contratual.*

A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n.º 14.133/2021) não confere ao TCU competência específica para controle prévio de editais de licitação, limitando essa competência ao órgão de assessoramento jurídico da Administração Pública, a quem incumbe realizar o “controle prévio de legalidade mediante análise jurídica da contratação” ao final da fase preparatória e antes da publicação do edital<sup>71</sup>.

<sup>70</sup> STF, MS 24.510, Rel. Min. ELLEN GRACIE, decidido por unanimidade de votos pelo Tribunal Pleno em 19 de novembro de 2003. Voto do Min. CELSO DE MELLO.

<sup>71</sup> Art. 53, Lei n.º 14.133/2021.

No entanto, há uma autorização geral de “*suspensão cautelar do processo licitatório*”, que pode dar ensejo ao controle prévio de editais de licitação não publicados<sup>72</sup>.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo de autoconstrução do TCU como um Quarto Poder tem relevantes implicações teóricas para a agenda no Direito Público. No plano interno, trata-se do reconhecimento o processo de autoconstrução em Quarto Poder junto à Assembleia Nacional Constituinte não ficou restrito ao Ministério Público, tendo também contado com o Tribunal de Contas, abrindo-se uma agenda de pesquisa mais ampla quanto ao papel das instituições de Estado no processo de formação constitucional. Certamente que ambas as instituições foram “*vencedoras*” e emancipadas a posição de destaque na Constituição de 1988, mas e quanto à Advocacia Pública e à Polícia Federal? Teriam elas tentado se autoconstruir como um Quarto Poder, mas não alcançaram semelhante patamar? Para esse caso, o que faltou? E a Magistratura? Pelo processo de autoconstrução do TCU junto à Assembleia Nacional Constituinte, evidencia-se que o caso do Ministério Público pode não apenas não ser um episódio isolado, mas que talvez a constituição de Quarto Poderes fosse um projeto constitucional. Uma análise empírica sobre esse episódio é convidativa e permite compreender com maior propriedade a formação do Estado brasileiro.

Também o processo de autoconstrução do TCU contribui para a agenda de Quarto Poder internacional, que compreende uma instituição como Quarto Poder por uma perspectiva externa, a partir do desenho constitucional que lhe é dado. Tomando o exemplo do TCU, o artigo indica que as instituições que são emancipadas como Quarto Poder, ou pelo menos recebem *status* constitucional diferenciado, são aquelas mais vocacionadas institucionalmente (considerando a sua trajetória institucional) e que participam ativamente no processo de formação Constitucional. O artigo também contribui ao reconhecer que o desenho constitucional de instituições consideradas como Quarto Poder não é estático, mas se desenvolve no decorrer da interpretação e aplicação dos correspondentes

---

<sup>72</sup> Lei n.º 14.133/2021, art. 171. “*Na fiscalização de controle será observado o seguinte: (...) § 1º Ao **suspender cautelarmente o processo licitatório**, o tribunal de contas deverá pronunciar-se definitivamente sobre o mérito da irregularidade que tenha dado causa à suspensão no prazo de 25 (vinte e cinco) dias úteis, contado da data do recebimento das informações a que se refere o § 2º deste artigo, prorrogável por igual período uma única vez, e definirá objetivamente: I - as causas da ordem de suspensão; II - o modo como será garantido o atendimento do interesse público obstado pela suspensão da licitação, no caso de objetos essenciais ou de contratação por emergência. § 2º Ao ser intimado da ordem de suspensão do processo licitatório, o órgão ou entidade deverá, no prazo de 10 (dez) dias úteis, admitida a prorrogação: I - informar as medidas adotadas para cumprimento da decisão; II - prestar todas as informações cabíveis; III - proceder à apuração de responsabilidade, se for o caso. § 3º A decisão que examinar o mérito da medida cautelar a que se refere o § 1º deste artigo deverá definir as medidas necessárias e adequadas, em face das alternativas possíveis, para o saneamento do processo licitatório, ou determinar a sua anulação*”. Destacamos.

preceitos constitucionais. Essa interpretação se alinha com a noção de que a Constituição é um documento vivo, fruto de seu tempo, em que as instituições ganham novos sentidos e significados, inclusive por meio de sua própria identificação interna.

## REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. The New Separation of Powers. **Harvard Law Review**, vol. 113, n. 3, p. 633-729, 2000.

ARANTES, Rogério Bastos. Direito e Política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, vol. 14, n. 39, p. 83-102, fev. 1999.

BALTASAR, José Paulo; VASCONCELOS, Sara Schütz. O Ministério Público na Constituição Federal de 1988. **Revista Ministério Público**, Nova fase, vol. 1, n. 22, p. 19-26, 1989.

BENJÓ, Celso. O Ministério Público Segundo Nossa Proposta de Enquadramento. **Revista de Direito da Procuradoria Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, vol. 12, n. 24, p. 53-56, jul./dez. 1986.

BIRDTHISTLE, William A.; HENDERSON, M. Todd. Becoming a Fifth Branch. **Cornell Law Review**, vol. 99, n. 1, p. 1-82, 2013.

BOGÉA, Daniel; ROSILHO, André; JORDÃO, Eduardo. De Onde Vem o “Poder” do TCU para Barrar Desestatizações? **Jota**, 02 fev. 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/de-onde-vem-o-poder-do-tcu-para-barrar-desestatizacoes>. Acesso em: 10 mar. 2025.

COMPLOIER, Mylene. O Ministério Público e a Assembleia Nacional Constituinte: as origens de um texto inovador. **Cadernos de Pós-Graduação Direito UFRGS**, vol. 10, n. 2, p. 312-332, 2015.

CUÉLLAR, Mariano-Florentino. James Landis and the Dilemmas of Administrative Government. **The George Washington Law Review**, vol. 83, n. 5, p. 1320-1353, 2015.

DIXON, Rosalind; TUSHNET, Mark. Democratic Constitutions, Poverty and Economic Inequality: redress through the fourth branch institutions? **Federal Law Review**, vol. 51, n. 3, p. 284-305, 2023.

INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SUPREME AUDIT INSTITUTIONS (INTOSAI). **40 Years of Lima Declaration of INTOSAI**. 2017. Disponível em: [https://www.intosai.org/fileadmin/downloads/documents/open\\_access/INTOSAI\\_Publications/Publication\\_40y\\_Lima\\_Declaration/EN\\_40\\_Jahre\\_Lima\\_Declaration.pdf](https://www.intosai.org/fileadmin/downloads/documents/open_access/INTOSAI_Publications/Publication_40y_Lima_Declaration/EN_40_Jahre_Lima_Declaration.pdf). Acesso em: 10 mar. 2025.

INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SUPREME AUDIT INSTITUTIONS (INTOSAI). **International Organization of Supreme Audit Institutions**. 2022. Disponível em: [https://www.intosai.org/fileadmin/downloads/about\\_us/2022\\_Folder\\_INTOSAI\\_pages.pdf](https://www.intosai.org/fileadmin/downloads/about_us/2022_Folder_INTOSAI_pages.pdf). Acesso em: 10 mar. 2025.

JORDÃO, Eduardo; PALMA, Juliana. O Tribunal de Contas da União: uma instituição muito peculiar. **Revista Internacional de Direito Constitucional**, n. 20, p. 1499-1520, 2022.

KERCHE, Fábio. O Ministério Público e a Constituinte de 1987/88. In: SADEK, Maria Teresa (org.). **O Sistema de Justiça**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010. p. 119-135.

KHAITAN, Tarunabh. Guarantor (or the So-Called “Fourth Branch”) Institutions. In: KING, Jeff; BELLAMY, Richard (org.). **Cambridge Handbook of Constitutional Theory**. Cambridge: Cambridge University Press, 2024. p. 603-620.

---

1031

KHAITAN, Tarunabh. Guarantor Institutions. **Asian Journal of Comparative Law**, vol. 16, n. S1, p. S40-S56, 2021.

KOCH JR., Charles H. James Landis: the administrative process. **William & Mary Law School Scholarship Repository**, vol. 37, n. 2, p. 419-442, 1996.

LANDIS, James M. **The Administrative Process**. New Haven: Yale University Press, 1938.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A Natureza das Funções do Ministério Público e sua Posição no Processo Penal. **Revista dos Tribunais**, vol. 805, p. 11-29, nov. 2002.

MEIRELES, José Dilermando. O Ministério Público na Constituição. Proposta de enquadramento. **Revista de Informação Legislativa**, vol. 24, n. 93, p. 123-130, jan./mar. 1987.



MODI, Neil. The Fourth Branch, Separation of Powers, and Transformative Constitutionalism. **Oregon Review of International Law**, vol. 25, n. 1, p. 49-78, 2024.

PASCOAL, Valdecir. O Poder de Cautela dos Tribunais de Contas. **Revista do TCU**, n. 115, p. 103-118, 2009.

PEREIRA, Gustavo Leonardo Maia. Limites ao Controle das Privatizações: entre dúvidas e certezas. **Jota**, 22 jan. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/control-publico/limites-ao-control-das-privatizacoes-entre-duvidas-e-certezas>. Acesso em: 10 mar. 2025.

ROSILHO, André. **Controle da administração pública pelo Tribunal de Contas da União**. 2016. 150 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

ROZNAI, Yaniv. We the Fourth Branch? The people as an institution protecting democracy. In: JACKSON, Vicki; KHOSLA, Madhav (org.). **Comparative Constitutional Law: redefining the field**. Oxford: Oxford University Press, 2024. p. 210-230.

SABO PAES, José Eduardo. O Ministério Público na Constituição Brasileira. Sua natureza, princípios e estrutura. **Boletim Científica. Escola Superior do Ministério Público**, vol. 7, p. 49-64, abr./jun. 2003.

SANTOS, Igor Spock Silveira. O Ministério Público como “Quarto Poder”: relevância do reconhecimento para o sistema constitucional. **Revista Publicum**, vol. 2, n. 2, p. 142-163, 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari. O fenômeno constitucional e suas três forças. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et al. (coord.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988: filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 11-27.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. 3. ed. São Paulo: JusPodivm, 2025.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). **Relatório de Gestão do Tribunal de Contas 2024**. Brasília: TCU, 2025.

TUSHNET, Mark. Good-bye Montesquieu. In: ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter L.; EMERSON, Blake (coord.). **Comparative Administrative Law**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2017. p. 128-133.

TUSHNET, Mark. **The New Fourth Branch. Institutions for Protecting Constitutional Democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.

VALLADÃO, Alfredo. **O Ministério Público. Quarto poder do estado e outros estudos**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1973.

ZYMLER, Benjamin. O Papel do Tribunal de Contas da União no Controle das Agências Reguladoras. **Biblioteca Digital Fórum de Direito Público**, vol. 11, 2002. Disponível em: <https://forumdedireitopublico.com.br/biblioteca-digital/>.