

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Faculdade de Direito

Programa de Pós-Graduação em Direito

Bianca Rocha Barbosa

**O CONTROLE DO TCU SOBRE AS MINUTAS DE EDITAIS DE LICITAÇÃO EM
CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO FEDERAIS:
um estudo sobre a impossibilidade jurídica dessa atuação**

Belo Horizonte

2023

Bianca Rocha Barbosa

**O CONTROLE DO TCU SOBRE AS MINUTAS DE EDITAIS DE LICITAÇÃO EM
CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO FEDERAIS:
um estudo sobre a impossibilidade jurídica dessa atuação**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Eurico Bitencourt Neto

Belo Horizonte

2023

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Luciane Lorena Queiroz - CRB-6/2233.

B238c Barbosa, Bianca Rocha
 O controle do TCU sobre as minutas de editais de licitação em concessões de serviço público federais [manuscrito]: um estudo sobre a impossibilidade jurídica dessa atuação / Bianca Rocha Barbosa. - 2023.
 164 f.

 Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.
 Bibliografia: f. 156-164.

 1. Direito administrativo - Teses. 2. Brasil. Tribunal de Contas da União - Teses. 3. Concessões administrativas - Teses. 4. Competência (Autoridade legal) - Teses. I. Bitencourt Neto, Eurico. II. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito. III. Título.

CDU: 351.712



ATA DA DEFESA DA DISSERTAÇÃO DA ALUNA BIANCA ROCHA BARBOSA

Realizou-se, no dia 24 de maio de 2023, às 17:30 horas, Auditório Alice Monteiro Barros, da Universidade Federal de Minas Gerais, a defesa de dissertação, intitulada *O CONTROLE DO TCL SOBRE AS MINUTAS DE EDITAIS DE LICITAÇÃO EM CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO FEDERAIS: um estudo sobre a impossibilidade jurídica dessa atuação*, apresentada por BIANCA ROCHA BARBOSA, número de registro 2021662688, graduada no curso de DIREITO, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em DIREITO, à seguinte Comissão Examinadora: Prof(a). Eurico Bitencourt Neto - Orientador (Universidade Federal de Minas Gerais), Prof(a). Maria Tereza Fonseca Dias (UFMG), Prof(a). Daniela Mello Coelho Haikal (Universidade Federal de Minas Gerais).


A Comissão considerou a dissertação:

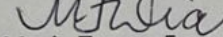
) Aprovada com autorização para depósito, tendo obtido a nota 93,0

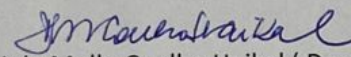
) Reprovada

Finalizados os trabalhos, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada por mim e pelos membros da Comissão.

Belo Horizonte, 24 de maio de 2023.


Prof(a). Eurico Bitencourt Neto (Doutor) nota 93,0.


Prof(a). Maria Tereza Fonseca Dias (Doutora) nota 93,0.


Prof(a). Daniela Mello Coelho Haikal (Doutora) nota 93,0.

AGRADECIMENTOS

À UFMG, por ser escola – no sentido mais amplo da palavra – para mim nos últimos dez anos.

Ao professor e orientador Eurico Bitencourt, pela destreza e leveza com que me tutora desde a graduação.

Aos demais professores do PPGD/UFMG, na pessoa da professora Maria Tereza Fonseca Dias, pela dedicação e cuidado ao lecionar.

Aos meus pais, Marcos Barbosa e Lucy Rocha, pelo incondicional suporte e pela confiança no meu potencial.

À minha irmã, Bruna Rocha, por ser minha eterna instância revisora.

Ao Constantino Barbosa, Maria Elisa Magalhães, Ricardo Sebastião e Welma Greco, em nome dos demais que eles representam, por me ensinarem, pelo exemplo, o valor da educação.

Aos amigos que dividiram comigo as dores e as delícias dessa trajetória acadêmica, em especial André Pinho, Bruna Costa, Ana Luiza Marques, Felipe Gomes e Leonardo Antonacci, pelas ricas trocas e pela compreensão.

Aos amigos, que sabem quem são, pelos carinhosos incentivos, pelos ouvidos sempre atentos e por suportarem as ausências.

A todos os demais que de alguma forma tornaram o mestrado um sonho possível, meu agradecimento e a certeza de que é preciso uma aldeia inteira para se educar uma criança.

Que todo espaço que eu ocupe durante a vida
seja um espaço político.

RESUMO

Esta pesquisa tem por objetivo responder se juridicamente o Tribunal de Contas da União (TCU) pode examinar as minutas de editais de licitação de processos de concessão de serviço público federais antes de sua publicação. Para isso, inicialmente, investiga-se se o Tribunal tem competência para tanto atribuída pelo texto constitucional ou pela legislação ordinária que rege o tema e, ainda, se poderia a Corte de Contas da União amparar essa sua atuação em previsão constante em normativa infralegal de sua própria autoria, como o faz. Na sequência, analisa-se se, do ponto de vista jurídico e conceitual, é possível que o Tribunal de Contas desempenhe controle sobre a fase preparatória das licitações. Ao fim, conclui-se que o TCU, de forma indevida, se autoatribui competência para essa finalidade, ampliando seus limites de atuação, e, além disso, não poderia controlar a fase de planejamento da licitação, contribuindo para o risco de invasão do espaço de discricionariedade administrativa. A pesquisa desenvolveu-se metodologicamente em vertente jurídico-dogmática e é do tipo jurídico-compreensiva ou jurídico-interpretativa.

Palavras-chave: Tribunal de Contas da União. Concessão de serviço público. Minuta de edital de licitação. Competência. Discricionariedade administrativa.

ABSTRACT

The goal of this research is to explore the debate if the Federal Audit Court (TCU) can inspect the drafts of bidding documents for federal public service concessions before their publication. First, the study investigates if the Court has the right to do so based on the Constitution or based on other ordinary legislation. Furthermore, it evaluates if the Federal Audit Court could support its conduct solely on infra-legal norms of its own authorship, as it currently does. Next, it is analyzed whether, from a legal and conceptual point of view, it is possible for the Court to exercise control over the preparatory phase of the auctions. Moreover, the work determines that the TCU, improperly, assigns itself competence and authority to inspect preliminary bidding documentation, overly expensing its powers. Finally, it concludes saying that TCU cannot control the planning phase of the public services concession bidding process because it invades the administrative discretion jurisdiction. The research was methodologically developed in a legal-dogmatic approach and is of the legal-comprehensive or legal-interpretative type.

Keywords: Federal Court of Accounts. Concession of public service. Draft bidding notice. Competence. Administrative discretion.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Etapas do processo de fiscalização das concessões federais.....	76
Figura 2 – Alterações no cenário de fiscalização pelo TCU antes e depois de 2018.....	79

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Síntese das alterações na sistemática de fiscalização do TCU sobre os projetos de concessão federais	77
Tabela 2 – Síntese das competências constitucionalmente atribuídas ao TCU	85

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ANC	Assembleia Nacional Constituinte
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANP	Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis
ANTAQ	Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
art.	artigo
BNDES	Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social
CEITEC	Centro Nacional de Tecnologia Eletrônica Avançada S.A
CGP	Conselho Gestor de Parcerias Público-Privadas
CND	Conselho Nacional de Desestatização
CPPIA	Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
EVTEAs	Estudos de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental
FGP	Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas
IN	Instrução Normativa
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
MCTI	Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação
ME	Ministério da Economia
MP	Medida Provisória
PER	Programa de Exploração da Rodovia
PMI	Procedimento de Manifestação de Interesse
PND	Programa Nacional de Desestatização
PPI	Programa de Parcerias de Investimentos
PPP	Parcerias Público-Privadas
SER/PR	Secretaria de Portos da Presidência da República
SPE	Sociedade de Propósito Específico
SPPI	Secretaria Especial do Programa de Parcerias de Investimentos
TCU	Tribunal de Contas da União
TIR	Taxa Interna de Retorno
UFMG	Universidade Federal de Minas Gerais

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 AS MINUTAS DE EDITAIS DE LICITAÇÃO EM CONCESSÕES FEDERAIS	22
2.1 As concessões de serviço público no cenário federal brasileiro	23
2.2 Do planejamento à execução contratual: os projetos de concessão de serviço público em etapas	29
2.2.1 Planejamento	29
2.2.2 Procedimento licitatório	30
2.2.3 Execução contratual	38
2.3 A marca da discricionariedade administrativa na fase preparatória das licitações 38	
2.3.1 A conceituação doutrinária de discricionariedade administrativa	39
2.3.2 Algumas balizas importantes para se pensar o exercício da discricionariedade administrativa	46
2.3.3 A discricionariedade e a atuação administrativa na fase preparatória das licitações	49
2.4 Conclusão do capítulo	52
3 CONTROLE EXTERNO SOBRE OS PROJETOS DE CONCESSÃO FEDERAIS .54	
3.1 Antes de 2018	54
3.1.1 Instrução Normativa n. 10, de 22 de novembro de 1995	55
3.1.2 Instrução Normativa n. 27, de 2 de dezembro de 1998	58
3.1.3 Instrução Normativa n. 46, de 25 de agosto de 2004	60
3.1.4 Instrução Normativa n. 52, de 4 de julho de 2007	65
3.2 A partir de 2018	69
3.3. Antes e depois de 2018: os dois pontos-chave na alteração da sistemática de fiscalização pelo TCU	76
3.4 Conclusão do capítulo	81
4 A IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DESSA ATUAÇÃO DO TCU	82
4.1 A impossibilidade em razão da ausência de competência material do TCU para examinar minutas de editais	83
4.1.1 As competências constitucionalmente atribuídas ao TCU	83
4.1.2 A ausência de autorizativo expresso na legislação ordinária de regência	91
4.1.2.1 Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União	94
4.1.2.2 Lei do Programa Nacional de Desestatização	97

4.1.2.3 <i>Lei do Programa de Parcerias de Investimentos</i>	98
4.1.2.4 <i>Lei de prorrogação e relicitação de contratos de parceria</i>	100
4.1.2.5 <i>Leis que regem as concessões de serviços públicos</i>	102
4.1.2.6 <i>Leis gerais de licitações e contratações públicas</i>	104
4.1.3 <i>Regimento Interno, Instrução Normativa n. 81/2018 e a impossibilidade de inovação da ordem jurídica por meio de normativa infralegal</i>	109
4.1.4 <i>A autoatribuição de competências por parte do TCU e o histórico de ampliação dos limites de atuação do controle externo</i>	114
4.2 <i>A impossibilidade em razão do momento de atuação do TCU</i>	121
4.2.1 <i>A impossibilidade de controle da fase de planejamento da Administração Pública</i>	122
4.2.1.1 <i>A impossibilidade de exercer controle sobre atos que ainda não produzem efeitos jurídicos</i>	123
4.2.1.2 <i>O momento do controle pelos Tribunais de Contas: uma visão constitucional</i>	127
4.2.1.3 <i>O contra-argumento acerca do suposto ganho de eficiência ocasionado pelo controle prévio</i>	130
4.2.2 <i>O risco de propiciar interferência pelo controlador no espaço de discricionariedade administrativa</i>	134
4.3 <i>Conclusão do capítulo</i>	147
5 PROPOSIÇÃO: diretrizes para definição de sistemática de controle externo adequada	149
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	153
REFERÊNCIAS	156

1 INTRODUÇÃO

Em 1996, Luís Roberto Barroso, ao escrever “Tribunais de Contas: algumas incompetências”, pontuou: “o breve estudo que se segue não se destina a uma reavaliação dos Tribunais de Contas, da efetividade do papel que desempenham e da conveniência de sua manutenção. Vale o registro, todavia, de que se trata de um tema à espera de um autor”¹.

Vinte e sete anos depois, ainda estamos à espera de autores. Não porque o papel e a atuação dos Tribunais de Contas não tem sido alvo de análises e críticas por parte dos administrativistas, mas porque essas reflexões parecem não ter ainda se aprofundado e ganhado corpo suficiente a ponto de vencer as resistências e provocar uma mudança real em relação às impropriedades que se verificam na sistemática de atuação das Cortes de Contas.

Certo de que entre as reflexões teóricas e as mudanças práticas na realidade dos Tribunais de Contas há um caminho hercúleo a se percorrer, este trabalho pretende dar um passo a mais nessa trajetória ao questionar a possibilidade de o Tribunal de Contas da União atuar na análise das minutas de editais de licitação de projetos de concessão de serviço público federais, como faz desde 2018, e instigar, assim, a necessidade premente de mudança.

O controle que o TCU desempenha sobre os processos de desestatização federais – aos quais o órgão associou os projetos de concessão de serviços públicos – é atualmente sistematizado pela Instrução Normativa (IN) nº 81/2018, de autoria do próprio Tribunal. Contudo, sua atuação nesse tema não é recente: no passado, ela já foi guiada pelas disposições das Instruções Normativas nº 10/1995, 27/1998, 46/2004 e 52/2007.

Além de ser a normativa de 2018 a atualmente vigente, ela é especialmente relevante, pois foi por meio dela que a Corte de Contas da União provocou uma alteração brusca na sistemática que era adotada para a fiscalização dos processos de desestatização desde 1995. Foi justamente essa virada que gerou as inquietações que motivaram a presente pesquisa.

Isso, porque o TCU realiza o acompanhamento dos processos de desestatização por meio da análise da documentação relativa ao projeto que é encaminhada ao Tribunal pelos órgãos ou entidades responsáveis pela desestatização. Ocorre que, até 2018, a fiscalização dos processos de concessões federais era divisada em múltiplos estágios de acompanhamento, ocorridos *pari passu* com as fases da concessão, sendo que o edital de licitação e seus anexos eram analisados pelo Tribunal somente após sua publicação. A partir de 2018, contudo, com a alteração da sistemática de fiscalização, a entrega dos documentos e a análise destes pela Corte

¹ BARROSO, Luís Roberto. Tribunais de Contas: algumas incompetências. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, jan./mar. 1996, p. 131.

foram aglutinadas em uma fase única, ocorrida integralmente antes da publicação do instrumento convocatório. Dessa forma, o Tribunal, em razão do momento da fiscalização, passou a analisar as minutas de editais de licitação e seus anexos antes da sua divulgação.

Embora à primeira vista essa virada aparente ter apenas um propósito de reorganização do procedimento fiscalizatório por parte do Tribunal de Contas da União, o que se estuda neste trabalho é que ela provocou mudanças estruturais na forma como o TCU exerce o controle externo sobre os processos de concessão de serviço público em âmbito federal e, por isso, merece ser analisada.

Duas são as razões pelas quais esse giro na forma de atuação é preocupante: (i) uma fundada suspeita de que, ao alterar a sistemática de fiscalização, o Tribunal passa a exercer uma competência que não lhe foi atribuída pelo constituinte originário nem pelo legislador ordinário e que, portanto, não encontra amparo no ordenamento jurídico, que é a análise das minutas de editais de licitação previamente à sua publicação; e (ii) o fato de o momento no qual a Corte de Contas da União atua coincidir com a fase preparatória da licitação, o que significa que o controle, não só é prévio, como é exercido sobre o que ainda é um projeto de ato administrativo (minuta de edital e anexos) que, por essa razão, não produz efeitos no mundo jurídico.

Assim, a pergunta específica que se pretende responder com este trabalho é: é juridicamente possível que o TCU realize análise das minutas de editais de licitação dos processos de concessão de serviço público federais?

Isso, porque o fato de se constatar, na prática, essa atuação por parte do Tribunal de Contas da União não significa admitir, ao menos de plano, a sua procedência.

A opção por questionar a “possibilidade jurídica” dessa atuação se justifica na medida em que se propõe neste trabalho não só a análise da existência de competência outorgada ao Tribunal de Contas da União para tanto – que levaria a uma conclusão acerca da (in)constitucionalidade ou (i)legalidade dessa forma de atuação –, mas, de forma mais ampla, também uma discussão crítica sobre os fundamentos jurídico-normativos que, em teoria, habilitariam – ou não – a Corte de Contas a atuar de tal forma.

Em consonância com os recém citados dois pontos-chave que causam mais notadamente preocupação com a virada de atuação do TCU a partir de 2018, a investigação a que este trabalho se propôs se traduz em dois planos de análise: o da competência e o do momento de atuação do Tribunal.

O primeiro tema, o da competência, é indiscutivelmente o ponto de partida do debate, já que da sua adequada compreensão depende hoje qualquer reflexão isenta e rigorosa sobre a

atuação da Corte de Contas da União sobre os processos de desestatização federais. Não por outra razão, a análise neste trabalho se inicia por esse tema. Mas a discussão não se encerra e nem deve se encerrar nele, considerando que há outras razões que igualmente apontam para a impossibilidade jurídica da atuação do TCU no exame das minutas de editais. Por isso, na sequência, se aprofundará a análise do problema dessa vez sob a ótica do momento elegido para a atuação do Tribunal. Tratam-se, pois, de dois planos de análise que, apesar de subsistirem de forma independente, sendo suficientes para colocar em xeque essa atuação da Corte de Contas mesmo se individualmente considerados, são melhor compreendidos e fortalecem a hipótese quando analisados conjuntamente.

Vê-se ainda que, embora a atuação do TCU sobre os processos de desestatização esteja atualmente disciplinada na IN nº 81/2018, em ambos os planos de análise adotados neste trabalho, o foco da investigação é o exame que o órgão faz das minutas de editais de licitação – produto da virada de atuação do Tribunal a partir de 2018 com a edição dessa Instrução Normativa. O que se quer dizer com isso é que as conclusões ora obtidas não decorrem e nem dependem exatamente da redação dos dispositivos da normativa, de forma que as críticas permanecerão válidas enquanto a Corte de Contas da União continuar adotando a sistemática de exame prévio sobre as minutas de editais, ainda que essa norma em específico seja futuramente alterada, revogada ou substituída por outra.

Diante disso, a hipótese é a de que, em que pese o esforço argumentativo do Tribunal para justificar a pertinência de sua atuação, juridicamente não pode o TCU atuar nesses moldes, porque (i) não possui competência constitucional ou legalmente atribuída para tanto; e (ii) não pode exercer controle sobre um ainda projeto de ato administrativo, na fase preparatória da licitação.

Nesse sentido, duas ressalvas se impõem. Em primeiro lugar, não se pretende que a análise crítica que se empreende neste trabalho gere ilações sobre a imprescindibilidade da atividade controladora externa ou sobre a desnecessidade dos processos de concessão federais serem controlados em qualquer fase e sob qualquer aspecto. Não se trata, portanto, de sugerir a abolição do exercício do controle, mas assegurar que ele seja exercido pelos órgãos competentes, nos limites de suas competências, subordinado à máxima da separação de poderes e em conformidade com as regras e procedimentos instituídos pelo texto constitucional e/ou por leis especiais.

Em segundo lugar, não se busca discutir, dentro dos recortes propostos para este trabalho, o conteúdo das decisões e a qualidade técnica das intervenções do Tribunal nos processos de concessão de serviços públicos federais, embora esse também seja tema à espera

de autores. Assim como no ponto anterior, a discussão pensada para este trabalho tem foco essencialmente na forma de atuação do TCU, e não no conteúdo.

Quanto aos recortes dado ao tema, inicialmente vale pontuar que a opção por concentrar a investigação na atuação do Tribunal de Contas da União – e não nas demais Cortes de Contas subnacionais – se justifica em razão da importância e visibilidade do TCU no cenário nacional e sua incontestável influência enquanto órgão-paradigma para os demais Tribunais de Contas subnacionais.

Ademais, a sistemática de fiscalização dos processos de desestatização instituída pelo TCU só se aplica a ele, de forma que os Tribunais de Contas estaduais, dos municípios e municipais² têm liberdade para instituir seus próprios procedimentos³. Isso não impede, todavia, que as conclusões gerais obtidas neste trabalho possam ser, na medida do possível, aplicadas às demais Cortes de Contas subnacionais, por força do que dispõe o art. 75 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), no sentido de que as normas relativas ao TCU se aplicam, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos demais Tribunais de Contas.

Além disso, apesar de atualmente diferentes modalidades de desestatização – privatizações, concessões, permissões, parcerias público-privadas e outorgas de atividades econômicas reservadas ou monopolizadas pelo Estado – serem tratadas pelo TCU no bojo da mesma normativa infralegal que disciplina sua atuação fiscalizatória sobre os processos de desestatização federais – a saber, a Instrução Normativa nº 81/2018 –, elegeu-se para este

² Na maioria dos estados, o Tribunal de Contas Estadual cuida tanto das contas do estado, como das contas dos municípios. Em alguns estados, todavia, como Bahia, Goiás e Pará, há dois Tribunais de Contas na estrutura estadual: um para fiscalizar as contas do estado e outro para as contas dos municípios. O § 4º do art. 31 da CRFB veda a criação de Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais. Todavia, permitiu que os Tribunais de Contas Municipais já existentes antes da promulgação da Constituição em 1988, a saber os dos municípios do Rio de Janeiro e de São Paulo, seguissem atuando. Totalizam, portanto, hoje no Brasil 33 Tribunais de Contas, sendo: 1 da União, 26 estaduais, o Tribunal de Contas do Distrito Federal, 3 dos municípios (que têm estatura estadual) e 2 municipais.

³ Um estudo diagnóstico realizado com o intuito de avaliar se no âmbito dos Tribunais de Contas de estatura estadual e municipal há normativa infralegal que autorize a análise prévia de minutas de editais de licitação de parcerias público-privadas (PPPs) ainda não publicados apontou para a baixa aderência por parte dos Tribunais subnacionais à sistemática adotada pelo TCU. Dos 32 Tribunais de Contas subnacionais existentes no país, somente 6 deles possuem autorizativo nesse sentido, o que equivale a 18,75% das Cortes de Contas, sendo os Tribunais de Contas do Estado da Bahia, do Ceará, do Mato Grosso, do Rio Grande do Sul, de Santa Catarina e de São Paulo. Embora o estudo refira-se exclusivamente a minutas de editais de PPPs, os números podem ser considerados indicativos também para o caso das concessões de serviços públicos, já que, via de regra, os Tribunais que adotam tal sistemática de fiscalização a disciplinam de forma conjunta, em uma mesma normativa, para todas as modalidades de desestatização, como é o caso do TCU ora estudado (BARBOSA, Bianca Rocha; COSTA, Bruna de Paula Ferreira. A análise prévia de editais de licitação não publicados de parcerias público-privadas: um diagnóstico acerca das normas infralegais dos Tribunais de Contas estaduais e municipais brasileiros. In: DIAS, Maria Tereza Fonseca (org.). **Parcerias público-privadas e contratualização pública: transformações contemporâneas e revisão de paradigmas**. Belo Horizonte: Dialética, 2023).

trabalho especificamente os processos de concessão de serviço público, por ser, em comparação às demais modalidades citadas, a que corresponde ao maior número de projetos no âmbito federal.

Nesse sentido, a expressão “processos de desestatização” será utilizada neste trabalho como sinônimo de “processos de concessão de serviços públicos”, considerando a classificação adotada pelo TCU na Instrução Normativa nº 81/2018, embora parte da doutrina administrativista veja com ressalvas o enquadramento das concessões de serviço público na categoria das desestatizações, como se verá detalhadamente mais adiante.

Também para que se evite desnecessária repetição de termos, adotou-se ao longo deste trabalho, como se verá, a denominação simplificada “minuta de edital”. Ressalva-se, entretanto, que, quando utilizada, essa expressão estará sempre a se referir às minutas de editais de licitação de projetos de concessão de serviços públicos federais e seus anexos, incluindo a minuta do contrato de concessão.

Ainda sobre os recortes dados ao tema, finalmente, faz-se necessário indicar que considerar-se-á neste trabalho apenas a atuação fiscalizatória do Tribunal de Contas da União, por meio de processos de acompanhamento de desestatização. Atuação essa que se dá durante o curso do procedimento licitatório dos projetos de concessão federais – que vai desde a fase preparatória até a assinatura do contrato de concessão⁴. Ou seja, não se incluiu no escopo deste trabalho a eventual fiscalização que o TCU fará na fase de execução contratual, nem demais outros processos que possam ser instaurados pela Corte para analisar aspectos da licitação, mas a partir de outros instrumentos de fiscalização que não o acompanhamento – como denúncias, representações, auditorias, entre outros.

A pesquisa realizada desenvolveu-se metodologicamente em vertente jurídico-dogmática, uma vez que se pretendeu, com a investigação, compreender as relações normativas e avaliar estruturas e elementos internos ao ordenamento jurídico⁵ e fez-se uso do raciocínio dedutivo⁶.

A investigação é do tipo jurídico-compreensivo ou jurídico-interpretativo⁷, uma vez que se buscou compreender e interpretar, a partir da decomposição do problema em seus diversos aspectos, relações e níveis, se pode o TCU atuar sobre as minutas de editais de licitação de

⁴ Antes de 2018, o processo de acompanhamento instaurado pelo TCU acompanhava desde a fase de planejamento da concessão até a assinatura do contrato de concessão. Após 2018, com a alteração da sistemática de fiscalização, o processo de acompanhamento passou a se encerrar com a publicação do edital de licitação.

⁵ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 5. ed. São Paulo: Almedina, 2020, p. 66.

⁶ Ibidem, p. 71.

⁷ Ibidem, p. 84.

concessão. Além disso, dada a própria natureza de ciência social aplicada da pesquisa jurídica, além do objetivo de se questionar criticamente a sistemática fiscalizatória empregada pelo TCU, a investigação pretendida também é do tipo jurídico-propositivo⁸.

A pesquisa fez uso de fontes diretas de dados, tanto primárias – especialmente a legislação vigente e documentos oficiais do TCU – quanto secundárias – em especial textos doutrinários, legislação interpretada e demais obras de Direito⁹. Editais de licitação elaborados pela Administração Pública federal, bem como o conteúdo de decisões do Tribunal de Contas da União a seu respeito¹⁰, foram consultados apenas incidentalmente, já que este trabalho não tem por objetivo fazer uma análise pormenorizada das regras licitatórias estabelecidas pelo Poder Público ou do entendimento da Corte de Contas da União acerca delas, mas sim sobre a possibilidade jurídica de o TCU atuar sobre os projetos de concessão de serviço público federais como faz desde 2018.

Para dar concretude aos objetivos propostos, os procedimentos e técnicas metodológicas adotados são de coleta e análise de legislação, de documentos – especialmente aqueles publicados e disponibilizados pelo próprio Tribunal de Contas da União sobre seus mecanismos de controle – e de conteúdo – textos doutrinários e demais obras de Direito que versem sobre o tema.

Feitas essas considerações, este trabalho se divide em quatro capítulos, além de introdução e conclusão. Para melhor articular as ideias e facilitar o entendimento do leitor, ao final de cada capítulo, com exceção do último, serão apontadas as conclusões parciais.

No primeiro capítulo (capítulo 2), se analisará o contexto em que estão situadas aquelas que são objeto-alvo da fiscalização do TCU na hipótese estudada: as minutas de editais de licitação dos processos de concessão de serviço público no âmbito federal. O capítulo se iniciará, portanto, com um breve descritivo do cenário das concessões de serviço público no Brasil e do enquadramento delas, conforme o entendimento adotado pelo TCU, como uma modalidade de desestatização. Na sequência, se verificará, em etapas cronologicamente organizadas, como se desenvolve um processo de concessão federal do início ao fim, sendo o foco do trabalho a etapa do procedimento licitatório, mais especialmente sua fase preparatória. Fechando o capítulo, tratar-se-á de tema indispensável para se entender a problemática desta

⁸ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 5. ed. São Paulo: Almedina, 2020, p. 85.

⁹ Ibidem, p. 136-137.

¹⁰ Para compreender sobre a prática institucional do Tribunal de Contas da União, incluindo a análise de jurisprudência, das instruções normativas e da doutrina interna do Tribunal, recomenda-se: DUTRA, Pedro; REIS, Thiago. **O soberano da regulação: o TCU e a infraestrutura**. 1. ed. São Paulo: Singular, 2020.

pesquisa dentro desse contexto: a relação da fase preparatória das licitações de concessão de serviço público com o espaço de discricionariedade que é reservado à Administração Pública em sua atuação. O caminho a ser trilhado nesse capítulo, portanto, desemboca na compreensão de que as concessões de serviço público no Brasil necessariamente devem ser precedidas de licitação, que, por sua vez, conta com uma fase preparatória, em que se reserva à Administração Pública federal um espaço de discricionariedade para fins de planejamento e modelagem dos projetos, incluindo a elaboração da minuta de edital.

Reservou-se o segundo capítulo (capítulo 3) para investigar como acontece o exercício do controle externo pelo Tribunal de Contas da União sobre os projetos de concessão de serviço público federais. Como seria indispensável nessa parte do trabalho uma análise histórica da evolução do tratamento dado a esse tema ao longo dos anos pela própria Corte de Contas, o capítulo foi dividido em três partes. Na primeira parte, por meio da análise das Instruções Normativas nº 10/1995, 27/1998, 46/2004 e 52/2007, se entenderá como era sistematizada a fiscalização dos processos de concessão federais até 2018. Na segunda parte, se verificará como se dá essa atuação do TCU nos dias atuais, por meio da análise das disposições da Instrução Normativa nº 81/2018, atualmente vigente e que revogou as normativas anteriores. Por fim, na terceira parte, por meio de uma análise comparativa, se indicará o que se alterou ao longo dos anos nessa sistemática de atuação do Tribunal. O objetivo desse capítulo, por certo, é refletir por meio da análise de disposições normativas como o Tribunal de Contas da União promoveu, em 2018, uma virada na sistemática de acompanhamento e fiscalização dos processos de desestatização que vinha adotando desde 1995.

As investigações preliminares tratadas nos dois primeiros capítulos traçam o caminho necessário até o tema central do trabalho no terceiro capítulo (capítulo 4). Isso, porque a forma como o Tribunal de Contas da União conduziu a virada da sua sistemática de atuação em 2018 é que provocou dúvidas acerca da (im)possibilidade jurídica dessa atuação. Como já introduzido, se buscará responder por meio desse capítulo se o TCU pode examinar as minutas de editais de licitação de concessões federais, a partir da análise do que são os dois pontos-chave desse giro de atuação: (i) a (in)existência de competência, por parte do TCU, para esse tipo de atuação fiscalizatória; e (ii) a (im)possibilidade de atuação do controle externo nesse momento em que o TCU efetua a fiscalização – a saber, antes da publicação do edital. Como, em linhas gerais, serão dois os planos de análise, o capítulo se divide em dois.

No subcapítulo 4.1, se investigará o tema-problema sob o plano de análise da competência. Busca-se responder com isso se o TCU detém competência material para examinar as minutas de editais de licitação. Essa investigação se divide em quatro partes. A

primeira cuidará de analisar o texto constitucional vigente para identificar as competências que são constitucionalmente atribuídas à Corte de Contas da União. A segunda passará pela legislação ordinária de regência na tentativa de identificar se, a par do texto constitucional, alguma delas atribui ao TCU competência para o tipo de atuação que ora se estuda. A terceira parte analisará se, do ponto de vista jurídico, o Tribunal pode – assim como faz – se apoiar em disposições de uma normativa infralegal de sua própria autoria para justificar a existência de competência para essa finalidade. E, por fim, na quarta parte se promoverá uma reflexão sobre as consequências dessa autoatribuição de competências por parte do TCU e sobre como essa situação se insere em um panorama mais amplo que revela uma tendência de ampliação dos limites do controle externo que persiste ao longo de anos.

Essa primeira parte do capítulo 4 – que tratará do tema-problema sob o plano de análise da competência do Tribunal – se guiará pela ideia defendida por Luís Roberto Barroso no sentido de que “(...) somente a lei – e não o regulamento – pode inovar na ordem jurídica, modificando situação preexistente. Sempre a lei, e jamais o regulamento, será a via legítima de se criarem obrigações para os particulares”¹¹.

Já no subcapítulo 4.2, se investigará o tema-problema sob o plano de análise do momento de atuação do Tribunal de Contas da União. O intuito, portanto, é averiguar se é possível essa atuação do TCU a partir das percepções sobre o momento em que o Tribunal de Contas efetua sua fiscalização. Essa reflexão, por sua vez, se desmembra em duas partes. Na primeira parte (subcapítulo 4.2.1), buscando confirmar a hipótese de que é impossível, do ponto de vista jurídico e constitucional, o exercício desse tipo de controle construtivo pretendido pelo Tribunal no momento em que ele se efetua, se avaliará a possibilidade jurídica de se falar em exercício de controle sobre projetos de atos administrativos que ainda não produzem efeitos jurídicos – que é o caso das minutas de editais de licitação. Aliado a esse argumento principal, se estudará também (i) a partir de um breve exame histórico dos textos constitucionais, o que o constituinte originário tem a nos dizer sobre o momento de atuação que foi reservado ao controlador externo, bem como (ii) a pertinência de argumentos eminentemente práticos, também na temática do *timing* do controle, que comumente são suscitados pelo TCU na tentativa de justificar sua atuação. Na segunda parte (subcapítulo 4.2.2), por fim, se avaliará o problema do momento da atuação do TCU sob a ótica do risco de essa atuação propiciar invasão indevida do controlador na esfera de discricionariedade do administrador público.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. Tribunais de Contas: algumas incompetências. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, jan/mar. 1996, p. 135.

Essa segunda parte do capítulo 4 – que tratará do tema-problema sob o plano de análise do momento de atuação do Tribunal –, por sua vez, se guiará pela ideia defendida por Benjamin Zymler e Guilherme Henrique de La Rocque Almeida no sentido de que “do ponto de vista ontológico, a atividade controladora pressupõe o exame de algo que já foi feito”¹²¹³.

Ao final, poder-se-á, a partir das conclusões parciais obtidas ao longo do trabalho, traçar diretrizes que possam funcionar como *standards* destinados a orientar a sistematização de uma forma de atuação do TCU sobre os processos de concessão de serviço público federais que seja possível juridicamente – ou seja, constitucional, legal, adequada e coerente com as limitações do exercício do controle externo. É o que se buscará fazer no quarto capítulo (capítulo 5), como forma de proposição deixada por esta pesquisa.

¹² ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. **O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas**. 2. ed. rev. e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 121.

¹³ Ressalva-se que, como se detalhará em momento oportuno, as considerações dos autores a respeito desse tema são adotadas neste trabalho de forma crítica e não implicam em concordância irrestrita com todos os seus demais posicionamentos acerca do assunto.

2 AS MINUTAS DE EDITAIS DE LICITAÇÃO EM CONCESSÕES FEDERAIS

Conforme já indicado na introdução, este trabalho dissertativo cuidará de investigar se juridicamente pode o TCU analisar as minutas de editais de licitação e respectivos anexos como forma de exercer controle sobre os projetos de concessões federais de serviços públicos.

Atualmente, essa forma de exercício do controle externo pelo Tribunal de Contas da União é disciplinada na Instrução Normativa nº 81/2018, que dispõe sobre a fiscalização dos processos de desestatização realizados pela Administração Pública federal. Para aplicação da normativa, o TCU considera que os processos de desestatização compreendem (i) as privatizações de empresas; (ii) as concessões e permissões de serviço público; (iii) a contratação das Parcerias Público-Privadas (PPP); e (iv) as outorgas de atividades econômicas reservadas ou monopolizadas pelo Estado¹⁴. Apesar de todas essas modalidades de desestatização estarem abarcadas pela mesma norma, há singularidades no processo de fiscalização de cada uma delas – que são indicadas no decorrer do próprio texto normativo e serão vistas com maior grau de detalhe no subcapítulo 3.2 – que poderiam impactar nas conclusões da investigação ora desenvolvida caso fossem todas essas modalidades analisadas em conjunto para os fins desta pesquisa. Por essa razão, elegeu-se para análise especificamente as concessões de serviço público, uma vez que, em comparação às demais modalidades, é a que tem maior número de projetos no âmbito federal.

Vale, contudo, pontuar que, embora se tenha que adotar para a finalidade deste trabalho o conceito proposto pelo TCU na IN nº 81/2018, que enxerga a concessão de serviços públicos, como uma das modalidades de desestatização, como se verá adiante, o conceito de desestatização não é unívoco e há dúvidas por parte de alguns doutrinadores acerca do enquadramento da espécie concessão de serviço público no gênero desestatização.

Tendo em vista o recorte feito, o primeiro capítulo deste trabalho servirá para elucidar como funcionam os projetos de concessões de serviços públicos federais, já que é sobre esse assunto que incide o tema-problema elegido para ser investigado.

Para isso, faz-se necessário, inicialmente, uma breve contextualização acerca das concessões de serviços públicos no cenário federal brasileiro, tema que será abordado no subcapítulo 2.1. Na sequência, serão destrinchadas, com a brevidade pertinente, as etapas para o desenvolvimento de um projeto de concessão de serviço público, desde o seu planejamento até a fase de execução contratual, com foco na fase preparatória dos certames – na qual a

¹⁴ Vide art. 1º da Instrução Normativa nº 81/2018.

Administração Pública federal, entre outras coisas, elabora a minuta do edital de licitação que posteriormente será examinado pelo TCU. Por fim, no subcapítulo 2.3, se entenderá como a discricionariedade administrativa se relaciona com a fase preparatória das licitações – entendimento esse que, como se verá adiante, é relevante para as conclusões a que se chegará no capítulo 4.

2.1 As concessões de serviço público no cenário federal brasileiro

Como visto, no contexto da fiscalização pelo TCU, a concessão de serviço público é entendida como uma das modalidades de desestatização. Embora essa relação de gênero e espécie não seja um entendimento uníssono da doutrina administrativista, tendo em vista que ela foi adotada pelo Tribunal no âmbito da IN nº 81/2018, faz-se necessário entender o que se está a chamar de concessão de serviço público e sua relação com a desestatização.

Para autores como Odete Medauar, desestatização pode ser entendida *lato sensu* como “a existência de maior autonomia para a sociedade decidir seu próprio destino, com menos presença do Estado”¹⁵.

O contexto que cunhou o termo é o da crise financeira experienciada pelo Estado brasileiro na década de 1980, que comprometeu a capacidade de financiamento de uma série de obras de infraestrutura e de serviços públicos. A ideia, decorrente da crise, de que a iniciativa privada seria mais eficiente que o Estado na implantação desses serviços, impulsionou um movimento pela diminuição do tamanho do Estado, justamente por meio da desestatização de serviços públicos econômicos¹⁶.

Para Maria João Estorninho, embora possua origem distante, essa ideia de associação da Administração Pública com os particulares somente se desenvolveu verdadeiramente no século XIX¹⁷, tendo, ainda, a relação público-privada oscilado entre fases de candura e atrito¹⁸, até que o Estado finalmente “aprendeu que é preferível ter o particular como participante (quase co-autor) do que como mero destinatário ou subordinado”¹⁹.

¹⁵ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 86.

¹⁶ ARAGÃO, Alexandre. As parcerias público-privadas no direito positivo brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico — REDAE**, Salvador, n. 2, maio/jul. 2005, p. 1. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=28>. Acesso em: 10 nov. 2022.

¹⁷ ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 53.

¹⁸ *Ibidem*, p. 55-56.

¹⁹ *Ibidem*, p. 59-60.

Esse movimento culminou, em 1990, na promulgação da Lei Federal nº 8.031/1990 – posteriormente substituída pela Lei Federal nº 9.491/1997 –, que implementou o Programa Nacional de Desestatização (PND) e possibilitou novos mecanismos de oferta de serviços públicos e, conseqüentemente, novos investimentos nos diversos setores da economia.

O PND é um dos principais mecanismos do processo de reforma do Estado²⁰, pois tem como um de seus objetivos fundamentais “reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público”²¹. Desde então, vêm sendo transferidos à iniciativa privada, em decorrência dessa política pública, não só empresas exploradas pelo Estado sob o regime estrito de direito privado, como também “os empreendimentos constitucional ou legalmente qualificados de serviços públicos”. Quanto a esse último, como se verá mais a frente, o processo de desestatização dos serviços públicos assumiu especial envergadura com a edição da Lei Federal nº 8.987/1995²².

A par do sentido amplo de desestatização, o seu sentido estrito também comporta uma variedade de conceitos, com maior ou menor grau de abrangência, o que aponta para a existência de, pelo menos, duas correntes doutrinárias distintas quando se discute a correlação da concessão com a desestatização.

A primeira corrente entende a desestatização sob um aspecto mais abrangente – mesmo que ainda dentro do que se está a chamar aqui de sentido estrito do termo – como um processo de transferência da titularidade ou do controle de empresas ou serviços públicos para a iniciativa privada, podendo ser realizada por meio de privatização, concessão, permissão, autorização, entre outras modalidades, conforme a natureza e a finalidade das atividades envolvidas. Para os doutrinadores aderentes a essa corrente, então, a concessão de serviços públicos é uma espécie de desestatização, na medida em que a transferência da operação do serviço para a iniciativa privada resulta em uma redução do papel do Estado na prestação do serviço público²³.

²⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**: (concessões, parcerias, permissões e autorizações). 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 19.

²¹ Vide inciso I do art. 1º da Lei Federal nº 9.491/1997.

²² MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**: (concessões, parcerias, permissões e autorizações). 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 20.

²³ É o que defende Egon Bockmann Moreira, para quem “a desestatização, como processo de transferência da titularidade ou do controle de empresas ou serviços públicos para a iniciativa privada, é uma política que visa à redução do papel do Estado na economia e à melhoria da eficiência e da qualidade na prestação de serviços públicos” (Ibidem, p. 25). Também nesse sentido é o entendimento de Fernando Borges Mânica e Fernando Menegat, para os quais “a desestatização corresponde ao processo por meio do qual, sem deslocar a titularidade de bens ou atividades do setor público para o setor privado, o Estado repassa apenas sua gestão/execução à iniciativa privada, por instrumentos diversos, como a concessão e a permissão” (MÂNICA, Fernando Borges; MENEGAT, Fernando. **Teoria jurídica da privatização**: fundamentos, limites e técnicas de interação público-privada no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 107).

Já a segunda corrente, baseando-se em uma acepção mais restrita do termo, entende a desestatização como a hipótese de transferência da titularidade ou do controle do serviço público para a iniciativa privada. Por isso, defendem que a concessão não é uma modalidade de desestatização, já que implica em mera delegação da execução do serviço público, permanecendo o Estado como titular e responsável pela sua regulação e fiscalização. Tratar-se-ia a concessão, portanto, como uma forma de prestação indireta de serviços públicos, sem que isso implique necessariamente na desestatização²⁴.

Na Lei Federal nº 9.491/1997 – que atualmente rege o PND –, o legislador parece ter optado pela concepção mais abrangente, correspondente à primeira corrente, já que considera como desestatização: (i) a alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade; (ii) a transferência, para a iniciativa privada, da execução de serviços públicos explorados pela União, diretamente ou através de entidades controladas, bem como daqueles de sua responsabilidade; e (iii) a transferência ou outorga de direitos sobre bens móveis e imóveis da União²⁵.

Por essa conceituação legal, as concessões – objeto de estudo desta pesquisa – se enquadram na noção de desestatização como transferência da execução de serviços públicos explorados pela ou de responsabilidade da União ou de suas controladas para a iniciativa privada.

Independente da preferência da autora por uma ou outra corrente, para os fins deste trabalho, considerar-se-á a ideia da concessão de serviços públicos como uma das modalidades possíveis de desestatização, já que é esse o entendimento adotado pelo TCU como se vê da Instrução Normativa nº 81/2018.

Feitas essas considerações preliminares, sobre o tema das concessões de serviços públicos, a CRFB estabelece, em seu art. 175²⁶, que a prestação dos serviços públicos é

²⁴ Nesse sentido, por exemplo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro nomeia como desestatização apenas a hipótese de transferência do controle acionário de empresas estatais para o setor privado (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 378).

²⁵ Vide § 1º do art. 2º da Lei Federal nº 9.491/1997.

²⁶ “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado” (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 nov. 2022).

incumbência do Poder Público, podendo, na forma da lei, ser prestado diretamente pela Administração Pública ou por particulares, mediante regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação.

Destrinchando o dispositivo constitucional, tem-se que nos casos em que a Administração Pública julga mais conveniente e oportuno transferir a prestação dos serviços públicos a particulares, ao invés de prestá-los diretamente, deve o fazer por meio de um processo de concessão²⁷ ou permissão de serviço público, precedido de licitação²⁸.

Ambos os regimes – concessão e permissão – permitem que o ente público transfira ao parceiro privado a execução de serviço público. A diferença, pois, está na natureza dos institutos: ao passo que a concessão tem natureza contratual e, por essa razão, assegura maior estabilidade ao concessionário, em função do estabelecimento de direitos e deveres recíprocos e prazo de duração pré-determinado, a permissão é considerada unilateral – pois formalizada mediante contrato de adesão com possibilidade de revogação unilateral pelo Poder Concedente²⁹ –, discricionária e precária, não garantindo, por essa razão, qualquer direito do particular em face da Administração Pública³⁰. Como já dito, neste trabalho, o foco é nas concessões de serviços públicos.

Ainda quanto ao dispositivo constitucional, o art. 175 também faz referência à forma definida em lei. Nesse caso, as concessões de serviço público federais tem seu regime jurídico prescrito na Lei Federal nº 8.987/1995³¹ com complementos na Lei Federal nº 9.074/1995³². Em seu art. 2º, a Lei Federal nº 8.987/1995 conceitua a concessão de serviço público como “a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade

²⁷ Maria Sylvia Zanella Di Pietro lembra que o vocábulo “concessão”, no direito administrativo, costuma ser utilizado em diferentes sentidos, porque pode ter diversos objetos: concessão de serviço público, em sua forma comum, disciplinada pela Lei Federal nº 8.987/1995; concessão de obra pública, disciplinada pela mesma Lei Federal nº 8.987/1995 e também pela Lei Federal nº 11.079/2004, sob a forma de concessão patrocinada; concessão patrocinada e concessão administrativa, como modalidades de parceria público-privada previstas pela Lei Federal nº 11.079/2004; e concessão de uso de bem público, com ou sem exploração do bem (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 120-122). Nesta pesquisa, trabalharemos apenas com o conceito de concessão de serviço público.

²⁸ Ainda que a exigência de prévia licitação esteja inscrita no texto constitucional, vale a referência a Egon Bockmann, para quem “a concessão de serviço público deve ser objeto de licitação, observando-se os princípios da isonomia, da competitividade, da transparência e da publicidade, garantindo-se a seleção do melhor proponente para a realização do serviço público” (MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**: (concessões, parcerias, permissões e autorizações). 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 77).

²⁹ Vide art. 40 da Lei Federal nº 8.987/1995.

³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 230.

³¹ Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

³² Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências.

concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”³³.

Para Di Pietro, esse conceito contido no inciso II do art. 2º, embora sirva aos objetivos da lei, não contém todos os elementos necessários para caracterizar adequadamente essa modalidade³⁴. Contudo, a leitura desse inciso conjugado com as demais disposições da Lei Federal nº 8.987/1995, permite identificar dois outros elementos característicos das concessões: sua formalização mediante contrato³⁵ e a remuneração do parceiro privado por meio de tarifa paga pelo usuário ou outra fonte de receita ligada à própria exploração do serviço³⁶.

Assim, para a autora, concessão de serviço público pode ser definida, de forma completa, como “o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço”³⁷.

Sem pretensões de esgotar todas as características das concessões de serviço público, cita-se ainda algumas apontadas por Egon Bockmann: (i) modalidade de prestação indireta de serviços públicos, por meio da delegação pelo poder concedente (normalmente o Estado) da execução de um serviço público à pessoa jurídica de direito privado, por meio de contrato de concessão³⁸; (ii) o concessionário assume o risco operacional e financeiro da prestação do serviço, desde que garantida a remuneração justa e a equação econômico-financeira do contrato³⁹; (iii) o contrato de concessão estabelece as condições de execução do serviço, os prazos, os critérios de avaliação do desempenho do concessionário, as obrigações e responsabilidades das partes, as tarifas a serem cobradas, entre outros aspectos⁴⁰; (iv) por se tratar de contrato administrativo, está sujeito às normas de direito público e às cláusulas exorbitantes, que conferem ao poder concedente poderes especiais para garantir o interesse

³³ Vide inciso II do art. 2º da Lei Federal nº 8.987/1995.

³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 136-137.

³⁵ “Art. 4º. A concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será formalizada mediante contrato, que deverá observar os termos desta Lei, das normas pertinentes e do edital de licitação” (BRASIL. **Lei nº 8.987. de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm. Acesso em: 10 nov. 2022).

³⁶ Vide art. 9º, inciso VIII do art. 18 e inciso IV do art. 23, todos da Lei Federal nº 8.987/1995.

³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 137-138.

³⁸ MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**: (concessões, parcerias, permissões e autorizações). 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 41.

³⁹ *Ibidem*, p. 217.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 141.

público⁴¹; e (v) o poder concedente exerce a regulação, fiscalização e controle do serviço, para garantir o seu adequado funcionamento e a prestação do serviço de acordo com as normas e padrões estabelecidos⁴².

Quanto aos serviços públicos⁴³ passíveis de serem concedidos, comunga-se do entendimento de Floriano de Azevedo Marques Neto para quem há uma divisão dos serviços públicos em dois grandes grupos: o dos serviços públicos como função pública e o dos serviços públicos como atividade econômica. O primeiro grupo se refere a atividades que, embora ofereçam determinada comodidade aos particulares, não têm o caráter de atividade econômica e, por isso, não podem ter sua prestação transferida a particulares. Já o segundo grupo se divide em 4 (quatro) subgrupos, pois haveria (i) serviços que podem ser delegados a particulares, na forma do art. 175 da CRFB; (ii) serviços que têm que ser, ao menos parcialmente, delegados a particulares, como é o caso dos serviços de radiodifusão sonora e sons e imagens, conforme disciplina o art. 223 da CRFB⁴⁴; (iii) serviços que podem ser explorados por particulares de forma suplementar, como é o caso dos serviços públicos na área da saúde; e (iv) serviços que podem ser livremente prestados por particulares, juntamente com o Estado, a quem incumbe constitucionalmente prestá-los, a exemplo dos serviços de educação⁴⁵.

Para os fins desta dissertação, se cingirá a análise ao sentido de serviços públicos que podem ser explorados por particulares, nos termos do art. 175 da CRFB, embora, como visto, o termo também sirva para designar outras atividades estatais.

Por fim, vale lembrar que, nas concessões de serviço público, o parceiro público transfere ao parceiro privado apenas a execução do serviço, conservando sua titularidade. Em

⁴¹ MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**: (concessões, parcerias, permissões e autorizações). 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 93.

⁴² Idem.

⁴³ Tendo em vista o objeto específico desta pesquisa, não será aprofundada a discussão ainda sem fim no direito administrativo brasileiro acerca do conceito de serviço público – que comporta diversas concepções das mais amplas às mais restritas. Floriano de Azevedo Marques Neto resume bem o que importa para fins deste trabalho: “(...) analisando o regime normativo constante da Lei n. 8.987/1995 (em particular a partir do recorte dado pelo advento da Lei nº 11.079/2004), podemos passar ao largo dessa discussão conceitual e identificar o objeto da concessão comum a partir de três elementos: ser ela uma atividade prestacional (serviço) (i) sobre a qual o Poder Público tem um dever de oferta; (ii) a que possa ser objeto de uma relação econômica explorável pelo privado e (iii) cuja exploração econômica possa ser valorada em unidades individuais de fruição, o que obriga a que tal prestação seja divisível e quantificável.” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 178).

⁴⁴ “Art. 223. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal. (...)” (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 nov. 2022).

⁴⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessão de serviço público em ônus para o usuário. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. **Direito Público**: Estudos em Homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2004, p. 331-351.

decorrência disso, o Poder Público “mantém a plena disponibilidade sobre o mesmo, alterando as cláusulas regulamentares, retomando a execução do serviço por meio de encampação, fiscalizando e punindo, administrativamente, o concessionário em caso de inadimplemento”⁴⁶.

2.2 Do planejamento à execução contratual: os projetos de concessão de serviço público em etapas

Quando se pensa os projetos de concessão de serviço público em etapas ordenadas dentro de uma linha temporal, pode-se dizer que ele se divide em: (i) etapa de planejamento da concessão internamente pela Administração Pública, com elaboração dos estudos, levantamentos, investigações e projetos prévios; (ii) etapa do procedimento licitatório, que contempla, entre outras, uma fase de elaboração da minuta do edital de licitação, com seus respectivos anexos, incluindo a minuta do contrato de concessão; os procedimentos de consulta e audiência públicas; a publicação do edital; a realização da sessão pública do certame; e os trâmites para homologação do resultado, adjudicação do objeto e assinatura do contrato de concessão; e (iii) etapa de execução e gestão contratual, incluindo o monitoramento e fiscalização pelos responsáveis competentes.

Para os fins pretendidos neste trabalho, se analisará brevemente a primeira e a terceira etapas e mais detalhadamente a segunda etapa, que guarda maior relação com o objeto da pesquisa.

2.2.1 Planejamento

O primeiro passo em um projeto de concessão de serviço público, portanto, é a tomada de decisão por parte da Administração Pública federal no sentido de delegar a um parceiro privado a prestação do serviço público – no caso ora estudado, especificamente mediante regime de concessão de serviço público⁴⁷ –, em detrimento da prestação direta desse serviço.

Essa tomada de decisão pode ser fundada em estudos, investigações, levantamentos e projetos prévios desenvolvidos pela própria Administração Pública ou por terceiros

⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 107.

⁴⁷ A adoção pelo regime de concessão de serviço público ou por outro método de desestatização – como privatização, permissão, outorga, PPP, etc. – dependerá do escopo do objeto a ser contratado com o parceiro privado, já que cada uma dessas modalidades de desestatização serve para casos específicos.

contratados, mediante licitação, para a prestação de serviços de elaboração de projetos⁴⁸. Por ter esse o conteúdo dessa etapa de planejamento, por vezes, ela pode se confundir ou se sobrepor com a fase preparatória da licitação, que se verá detalhadamente mais adiante.

Mas pode também o projeto se iniciar pela via do Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI), que consiste em:

(...) meio pelo qual pessoa física ou jurídica de direito privado manifesta seu interesse em apresentar subsídios à Administração Pública na estruturação de empreendimentos que constituam objeto de concessão ou permissão de serviços públicos, de parceria público-privada, de arrendamento de bens públicos ou de concessão de direito real de uso. Trata-se de importante instrumento de que a Administração Pública pode valer-se, facultativamente, para suprir a sua insuficiência de conhecimento técnico indispensável para a estruturação de grandes empreendimentos.⁴⁹

Nesse sentido, a Lei Federal nº 8.987/1995 inclusive disciplina a possibilidade de o edital prever o ressarcimento ao poder concedente, pelo vencedor da licitação, dos dispêndios relativos aos estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados e relacionados à concessão⁵⁰.

Além disso, depois da tomada de decisão e antes da divulgação do edital, a Administração Pública deve publicar ato que justifique a conveniência da concessão, bem como identifique seu objeto, área e prazo, conforme manda a Lei Federal nº 8.987/1995⁵¹.

2.2.2 Procedimento licitatório

A etapa seguinte compreende todas as fases do procedimento licitatório. Isso, porque, além do mandamento contido no art. 175 da CRFB, a Lei Federal nº 8.987/1995, em seu art.

⁴⁸ “A concessão de serviço público deve ser precedida de estudos técnicos, econômicos e financeiros, que permitam avaliar a sua viabilidade e adequação para a realização do serviço público pretendido.” (MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**: (concessões, parcerias, permissões e autorizações), 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 77).

⁴⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 212-213.

⁵⁰ “Art. 21. Os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital” (BRASIL. **Lei nº 8.987. de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm. Acesso em: 10 nov. 2022).

⁵¹ “Art. 5º. O poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo” (BRASIL. **Lei nº 8.987. de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm. Acesso em: 10 nov. 2022).

14⁵², prevê que toda concessão de serviço público deve ser precedida de procedimento licitatório. O objetivo é selecionar, de forma isonômica e imparcial, parceiro privado competente para assumir a prestação do serviço público a ser delegado pela Administração Pública federal⁵³.

Algumas regras específicas a respeito da licitação das concessões são previstas na Lei Federal nº 8.987/1995. Nos temas que a lei não detalha ou não prevê de forma diferente, se aplica subsidiariamente a disciplina da lei geral de licitações⁵⁴, qual seja, a Lei Federal nº 8.666/1993 ou a Lei Federal nº 14.133/2021⁵⁵. Esse, inclusive, é o mandamento da lei que rege as concessões ao prever, no seu art. 14, que “toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria (...)”. Trata-se, pois, de legislação própria justamente a lei geral de licitações. É também o que disciplina o art. 124 da Lei Federal nº 8.666/1993⁵⁶, ao prever a sua aplicação às concessões no que não conflitar com a legislação especial, e o art. 186 da Lei Federal nº 14.133/2021⁵⁷, que futuramente substituirá em definitivo a norma de 1993, ao dispor sobre a sua aplicação subsidiária à Lei Federal nº 8.987/1995.

⁵² “Art. 14. Toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório” (BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm. Acesso em: 10 nov. 2022).

⁵³ “Licita-se o projeto concessionário e se declara vencedora a proposta (não o proponente). Assim, não se pode firmar inédito contrato de permissão ou concessão de serviço público sem que ele seja antecedido de licitação (ou motivação quanto à inexigibilidade)” (MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público: (concessões, parcerias, permissões e autorizações)**, 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 46).

⁵⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 207.

⁵⁵ A Lei Federal nº 14.133/2021 foi editada com a finalidade de atualizar e modernizar o regramento geral aplicável às licitações públicas que, até então, era disciplinado pela Lei Federal nº 8.666/1993. Para possibilitar a plena adaptação dos destinatários à norma, o legislador pátrio previu um período de transição de dois anos contados da data de publicação da lei de 2021 (ou seja até 1º de abril de 2023), sendo que, durante esse período, o gestor público poderia optar pelo regramento a ser utilizado (o antigo ou o novo) e, ao final dele, a lei mais recente revogaria a normativa de 1993 (vide inciso II do art. 193 da Lei Federal nº 14.133/2021). Em 31 de março de 2023, todavia, foi publicada a Medida Provisória (MP) nº 1.167/2023 que prorrogou a possibilidade de utilização da Lei Federal nº 8.666/1993 até 30 de dezembro de 2023, desde que a opção escolhida pelo administrador público seja expressamente indicada em edital ou ato autorizativo da contratação direta publicado até 29 de dezembro de 2023.

⁵⁶ “Art. 124. Aplicam-se às licitações e aos contratos para permissão ou concessão de serviços públicos os dispositivos desta Lei que não conflitem com a legislação específica sobre o assunto” (BRASIL. **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. Brasília: Diário Oficial da União, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 10 nov. 2022).

⁵⁷ “Art. 186. Aplicam-se as disposições desta Lei subsidiariamente à Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, à Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, e à Lei nº 12.232, de 29 de abril de 2010” (BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília: Diário Oficial da União, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 10 nov. 2022).

Lembra, todavia, Egon Bockmann Moreira que tal aplicação subsidiária da lei geral de licitações “exige motivação que comprove a lacuna (normativa ou axiológica), a demonstrar que inexistente solução legislativa positivada na Lei Geral de Concessões. Não se trata de escolha subjetiva do intérprete a respeito de qual lei aplicar, mas do contraste objetivo entre as legislações”⁵⁸. Em complementação, adverte Eurico de Andrade Azevedo sobre a impossibilidade de se aplicar subsidiariamente a lei geral toda vez que a lei especial for omissa: “é preciso verificar, primeiro, se o dispositivo aplicável é compatível com as características do instituto, com o caráter especial do seu contrato”⁵⁹.

Dentre as principais regras especificamente aplicáveis às licitações de concessões de serviço público previstas na Lei Federal nº 8.987/1995, tem-se a limitação da modalidade da concessão a concorrência⁶⁰, sendo admitida a utilização da modalidade de leilão excepcionalmente nos casos previstos nos arts. 27⁶¹, 29⁶² e 30⁶³ da Lei Federal nº 9.074/1995.

Quanto aos critérios de julgamento, a Lei Federal nº 8.987/1995 originalmente restringia a três os critérios possíveis de serem utilizados, tendo posteriormente passado a sete com a alteração promovida pela Lei Federal nº 9.648/1998⁶⁴, sendo eles: (i) o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado; (ii) a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão; (iii) melhor proposta técnica, com preço fixado no edital; (iv) melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica; (v) melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica; (vi) melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas; e (vii) a combinação, dois a dois, dos critérios de a) menor valor da tarifa do serviço público, b) maior

⁵⁸ MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**: (concessões, parcerias, permissões e autorizações), 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 46.

⁵⁹ AZEVEDO, Eurico de Andrade. Legislação brasileira sobre garantias para as concessões. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, v. 214, p. 159-165, out./dez. 1998.

⁶⁰ Vide incisos II e III do art. 2º da Lei Federal nº 8.987/1995.

⁶¹ Refere-se à hipótese em que os serviços públicos são prestados por pessoas jurídicas sob controle direto ou indireto da União, e se pretenda efetuar a privatização simultaneamente com a outorga de nova concessão ou com a prorrogação das concessões existentes.

⁶² A modalidade de leilão também pode ser adotada nas licitações relativas à outorga de nova concessão com a finalidade de promover a transferência de serviço público prestado por pessoas jurídicas, a que se refere o art. 27, incluídas, para os fins e efeitos da Lei nº 8.031, de 1990, no Programa Nacional de Desestatização, ainda que não haja a alienação das quotas ou ações representativas de seu controle societário.

⁶³ É possível a utilização da modalidade de leilão também nos casos em que o titular da concessão ou autorização de competência da União for empresa sob controle direto ou indireto dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, desde que as partes acordem quanto às regras estabelecidas.

⁶⁴ BRASIL. **Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998**. Altera dispositivos das Leis no 3.890-A, de 25 de abril de 1961, no 8.666, de 21 de junho de 1993, no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no 9.074, de 7 de julho de 1995, no 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e autoriza o Poder Executivo a promover a reestruturação das Centrais Elétricas Brasileiras - ELETROBRÁS e de suas subsidiárias e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9648cons.htm. Acesso em: 31 mar. 2023.

oferta nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão e c) melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas⁶⁵.

Além disso, o § 2º do art. 15 da Lei Federal nº 8.987/1995 ainda deixa claro que o julgamento técnico só é possível quando o critério de julgamento for o (i) de melhor proposta técnica, com preço fixado no edital; ou (ii) melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica; ou (iii) melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica; ou (iv) melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas. Ainda sobre o tema, para Maria Sylvia Di Pietro, “também ficou claro que o legislador, ao não definir com precisão o procedimento a ser adotado em cada um desses critérios de julgamento, acabou por dar maior margem de discricionariedade à Administração Pública, já que os parâmetros deverão constar do edital”⁶⁶.

Outra regra que era especialmente aplicável às concessões é a possibilidade de inversão das fases de habilitação e julgamento, de forma que, só após o julgamento e classificação das propostas, seja aberto o envelope com a documentação do licitante classificado em primeiro lugar⁶⁷. Essa regra não existia originalmente na redação Lei Federal nº 8.987/1995, tendo sido incluída no art. 18-A pela Lei Federal nº 11.196/2005⁶⁸. À época, consistia em inovação em

⁶⁵ Vide art. 15 da Lei Federal nº 8.987/1995.

⁶⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 209.

⁶⁷ Nesse caso, “se se a documentação estiver em ordem, ele será proclamado vencedor; em caso contrário, serão analisados os documentos do segundo colocado na classificação das propostas e assim sucessivamente até que um licitante classificado atenda às condições fixadas no edital. Proclamado o resultado final, será feita a adjudicação ao vencedor, nas condições técnicas e econômicas por ele ofertadas” (Idem).

⁶⁸ “Art. 18-A. O edital poderá prever a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, hipótese em que: I - encerrada a fase de classificação das propostas ou o oferecimento de lances, será aberto o invólucro com os documentos de habilitação do licitante mais bem classificado, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital;

II - verificado o atendimento das exigências do edital, o licitante será declarado vencedor;

III - inabilitado o licitante melhor classificado, serão analisados os documentos habilitatórios do licitante com a proposta classificada em segundo lugar, e assim sucessivamente, até que um licitante classificado atenda às condições fixadas no edital;

IV - proclamado o resultado final do certame, o objeto será adjudicado ao vencedor nas condições técnicas e econômicas por ele ofertadas” (BRASIL. **Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005**. Institui o Regime Especial de Tributação para a Plataforma de Exportação de Serviços de Tecnologia da Informação - REPEs, o Regime Especial de Aquisição de Bens de Capital para Empresas Exportadoras - RECAP e o Programa de Inclusão Digital; dispõe sobre incentivos fiscais para a inovação tecnológica; altera o Decreto-Lei nº 288, de 28 de fevereiro de 1967, o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, o Decreto-Lei nº 2.287, de 23 de julho de 1986, as Leis nºs 4.502, de 30 de novembro de 1964, 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.245, de 18 de outubro de 1991, 8.387, de 30 de dezembro de 1991, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.981, de 20 de janeiro de 1995, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, 8.989, de 24 de fevereiro de 1995, 9.249, de 26 de dezembro de 1995, 9.250, de 26 de dezembro de 1995, 9.311, de 24 de outubro de 1996, 9.317, de 5 de dezembro de 1996, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, 9.718, de 27 de novembro de 1998, 10.336, de 19 de dezembro de 2001, 10.438, de 26 de abril de 2002, 10.485, de 3 de julho de 2002, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.755, de 3 de novembro de 2003, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 10.865, de 30 de abril de 2004, 10.925, de 23 de julho de 2004, 10.931, de 2 de agosto de 2004, 11.033, de 21 de dezembro de 2004, 11.051, de 29 de dezembro de 2004, 11.053, de 29 de dezembro de 2004, 11.101, de

relação ao que previa a Lei Federal nº 8.666/1993⁶⁹. Com a edição da Lei Federal nº 14.133/2021, todavia, a inversão de fases passou a ser a regra nos procedimentos licitatórios⁷⁰, e não mais a exceção.

Há que se mencionar também a permissão que o art. 20 da Lei Federal nº 8.987/1995⁷¹ dá ao poder concedente para, no interesse do serviço a ser concedido e, desde que previsto no edital, determinar que o licitante vencedor, no caso de consórcio, se constitua em empresa antes da celebração do contrato⁷². Sobre o tema, Di Pietro entende que:

A justificativa para a norma é muito clara: como a concessionária vai gerir serviço público ou executar obra pública, administrando paralelamente patrimônio público, e como a empresa faz jus ao equilíbrio econômico-financeiro, podendo, para fazer valer esse direito, exigir sua recomposição pela alteração das cláusulas financeiras, é evidente que não há conveniência em misturar recursos públicos e privados, destinados uns e outros a finalidades diversas. O próprio controle da entidade fica muito mais difícil, senão impossível, se a mesma empresa desempenha um serviço público e, ao mesmo tempo, um serviço privado. A situação torna-se mais complexa quando se trata de consórcio de empresas⁷³.

Outro diferencial das licitações de concessão de serviço público em relação ao regramento da Lei Federal nº 8.666/1993 é a possibilidade de participarem, direta ou

9 de fevereiro de 2005, 11.128, de 28 de junho de 2005, e a Medida Provisória nº 2.199-14, de 24 de agosto de 2001; revoga a Lei nº 8.661, de 2 de junho de 1993, e dispositivos das Leis nºs 8.668, de 25 de junho de 1993, 8.981, de 20 de janeiro de 1995, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.755, de 3 de novembro de 2003, 10.865, de 30 de abril de 2004, 10.931, de 2 de agosto de 2004, e da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111196.htm. Acesso em: 10 nov. 2022).

⁶⁹ Vide art. 43 da Lei Federal nº 8.666/1993.

⁷⁰ Vide art. 17 da Lei Federal nº 14.133/2021.

⁷¹ “Art. 20. É facultado ao poder concedente, desde que previsto no edital, no interesse do serviço a ser concedido, determinar que o licitante vencedor, no caso de consórcio, se constitua em empresa antes da celebração do contrato” (BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm. Acesso em: 10 nov. 2022).

⁷² Sobre a faculdade concedida ao poder concedente, Maria Sylvia Di Pietro lembra que: “outro comentário suscitado pelo dispositivo é feito, precedentemente, por Luiz Alberto Blanchet (1995:99-100) quando afirma que ‘a expressão inicial do texto: ‘é facultado ao poder concedente’, pode levar à falsa conclusão de que o administrador tem plena liberdade para escolher entre a previsão ou não, no edital, da exigência no sentido de que os concessionários constituam empresa única. A finalidade da norma – ‘no interesse do serviço a ser concedido’ – claramente inscrita no próprio texto do artigo, prevalece soberanamente sobre o texto em sua acepção simplesmente literal. Inexiste, portanto, margem de discricionariedade para a decisão do agente responsável pela elaboração do edital. Sempre que ‘no interesse do serviço a ser concedido’ for necessário ou conveniente que os concessionários constituam empresa única, não é facultada, mas obrigatória, a previsão da exigência no edital. Pelo mesmo motivo, quando for desnecessária ou inconveniente a constituição de nova empresa, desaparecerá a faculdade. Afinal, nem teria qualquer sentido admitir-se que quando fosse do interesse do serviço a ser concedido, e portanto do interesse público, impor a necessidade da formação de empresa constituída pelos concessionários, o poder concedente ainda pudesse optar por alternativa contrária ao interesse público” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 210).

⁷³ Idem.

indiretamente, seja da licitação, seja da execução das obras ou dos serviços, os autores ou responsáveis economicamente pelos projetos básico ou executivo⁷⁴. Tanto na Lei Federal nº 8.666/1995⁷⁵, quanto na Lei Federal nº 14.133/2021⁷⁶, que estabelecem as regras gerais para contratação, tal participação é vedada.

Feitas as considerações pertinentes sobre as regras especificamente aplicáveis às licitações de concessão de serviço público, quanto ao rito do procedimento licitatório em si, considerando o regramento da lei geral – que é aplicável subsidiariamente às licitações de concessões –, tem-se que, historicamente, a doutrina administrativista divisou os procedimentos licitatórios em duas grandes fases: a fase interna e a fase externa⁷⁷.

A primeira fase compreende as deliberações, motivações e sistematizações promovidas pelo Poder Público competente que pretende promover a parceria, culminando na redação do edital e da minuta de contrato que será levada a conhecimento público⁷⁸. O ato de levar a licitação a público, por meio da publicação do seu edital, é o que dá início à segunda fase do procedimento.

Na segunda fase, após tomar conhecimento das intenções da Administração Pública por meio da publicação do edital, os potenciais licitantes poderão participar do certame, que se desenrolará conforme o rito da lei até a adjudicação do objeto ao vencedor da licitação e, finalmente, a celebração do contrato.

Para se referir à fase interna especificamente, foi cunhada a expressão “fase preparatória” das licitações pela Lei Federal nº 14.133/2021⁷⁹.

Frisa-se que, apesar de a Lei Federal nº 14.133/2021 ter inegavelmente avançado em relação à Lei Federal nº 8.666/1993 no que diz respeito à disciplina da fase preparatória – tendo separado todo o Capítulo II do Título II da lei para tratar do tema –, ainda que anteriormente denominada de “fase interna”, essa sempre foi, reconhecidamente, uma etapa indispensável dos procedimentos licitatórios⁸⁰.

⁷⁴ Vide art. 31 da Lei Federal nº 9.074/1995.

⁷⁵ Vide inciso I do art. 9º da Lei Federal nº 8.666/1993.

⁷⁶ Vide inciso I do art. 14 da Lei Federal nº 14.133/2021.

⁷⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 541.

⁷⁸ “Há uma etapa interna inicial, em que existem atividades que envolvem essencialmente a própria Administração. É perfeitamente possível, no entanto, que a Administração recorra a serviços e ao auxílio de terceiros. Mas essa etapa não se destina a estabelecer um relacionamento formal e contínuo entre a Administração e os terceiros. Trata-se de obter informações e conceber soluções apropriadas para o desenvolvimento das atividades subsequentes.” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 313).

⁷⁹ Vide inciso I do art. 17 da Lei Federal nº 14.133/2021.

⁸⁰ Para Marçal Justen Filho, em comentário ao art. 17 da Lei Federal nº 14.133/2021, com a nova lei “houve reconhecimento expresso de que as atividades preparatórias para a elaboração do edital, desenvolvidas no âmbito interno da Administração, integram o procedimento licitatório.” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei**

Conforme a dicção da lei de 2021 – ora utilizada como referência por ser o diploma que trata de forma mais atual o tema das licitações e contratações públicas –, a fase preparatória é caracterizada pelo planejamento e deve abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que possam interferir na contratação⁸¹.

Dentre outros pontos, estão compreendidos na fase preparatória das licitações, nos termos da Lei Federal nº 14.133/2021⁸²: (i) a descrição da necessidade da contratação fundamentada em estudo técnico preliminar que demonstre o interesse público envolvido; (ii) a definição do objeto do contrato, por meio da elaboração de termo de referência, anteprojeto, projeto básico ou projeto executivo, conforme o caso; (iii) a definição das condições de execução e pagamento, das garantias exigidas e ofertadas e das condições de recebimento; (iv) o orçamento estimado; (v) a definição do regime de prestação dos serviços; (vi) a definição da modalidade de licitação e critério de julgamento; (vii) a análise dos riscos que possam comprometer o sucesso da licitação e a boa execução contratual; (viii) a elaboração do edital de licitação e da minuta de contrato que constará como anexo do edital e (ix) a motivação circunstanciada das condições do edital com justificativa das exigências e regras adotadas, bem como motivação sobre o momento da divulgação do orçamento da licitação. Vale lembrar que o elenco desse art. 18 é exemplificativo, vez que pode haver exigências necessárias em certos casos que não estejam previstas no dispositivo legal⁸³.

A par da previsão legislativa, a doutrina divide a fase preparatória nas seguintes subfases: (i) identificação objetiva da necessidade administrativa a ser satisfeita; (ii) apuração das soluções possíveis e verificação de suas vantagens e desvantagens; (iii) avaliação das diversas soluções sob os prismas da legalidade e da conveniência; (iv) escolha da solução específica a ser adotada; (v) concepção do modelo de execução das prestações previstas, inclusive com a elaboração do projeto básico, do projeto executivo (quando cabível) ou do termo de referência; (vi) elaboração de uma minuta do contrato; (vii) verificação da presença dos pressupostos de dispensa ou de inexigibilidade de licitação; (viii) previsão e ordenação das etapas seguintes do certame, se for cabível a licitação; (ix) elaboração da minuta de edital; e (x) desencadeamento dos atos de conclusão da fase preparatória e, se for o caso, de instauração das etapas subsequentes⁸⁴.

de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 312).

⁸¹ Vide caput do art. 18 da Lei Federal nº 14.133/2021.

⁸² Vide incisos I a XI do art. 18 da Lei Federal nº 14.133/2021.

⁸³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas:** Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 335.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 313-314.

A fase preparatória se encerra caso se conclua pela inviabilidade de levar adiante o projeto de realização a licitação ou caso se constate o cabimento da contratação direta, por dispensa ou inexigibilidade de licitação ou, ainda, caso se verifique o cabimento da licitação e se decida pela abertura da etapa externa.

Trata-se, portanto, de fase que antecede a publicação da licitação, em que a Administração Pública decide, planeja e modela o projeto de concessão pretendido, reduzindo a termo as regras e condições do certame público na minuta de edital e seus anexos.

Quanto à relevância jurídica das atividades preparatórias, Marçal Justen Filho alerta que, em se tratando a licitação de um procedimento, a validade dos atos posteriores – e da decisão final adotada – depende da exatidão, bem como da regularidade dos atos anteriores. Configura-se, pois, uma espécie de fundamento de validade horizontal – compatibilidade com os atos administrativos de idêntica hierarquia –, para além da necessária compatibilidade com a norma jurídica de hierarquia superior. Por esse raciocínio, para o autor, a validade do edital decorre não apenas de sua compatibilidade com as normas jurídicas legais e infralegais, sendo necessário, ainda, que as regras e soluções contidas no edital sejam respaldadas pelas atividades e pelos atos praticados ao longo da fase preparatória: “não seria exagero asseverar que o edital é um ato administrativo motivado e que a sua motivação se encontra na fase preparatória a ele antecedente”⁸⁵.

Vale dizer que, após a sua elaboração, mas antes de o edital ser levado a conhecimento amplo da sociedade por meio da publicação – etapa que marca o encerramento da fase preparatória –, ou seja, quando ainda se está a tratar de mera minuta, a Lei Federal nº 14.1333/2021 faculta ao Poder Público convocar audiência pública com possibilidade de manifestação de todos os interessados e, ainda, submeter a licitação à prévia consulta pública, oportunizando aos interessados formular sugestões no prazo fixado⁸⁶.

Nota-se que a figura da audiência pública, que era obrigatória para contratações acima de determinado valor disciplinado pela Lei Federal nº 8.666/1993⁸⁷, torna-se facultativa sob a égide da Lei Federal nº 14.133/2021.

Fato é que, independentemente de ser obrigatória em alguns casos – como no antigo regramento – ou facultativa – como no atual regramento –, a possibilidade de participação social, tanto por meio de audiência pública quanto por meio de consulta pública, não

⁸⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 312.

⁸⁶ Vide art. 21 da Lei Federal nº 14.133/2021.

⁸⁷ Vide art. 39 da Lei Federal nº 8.666/1993.

descaracteriza o protagonismo da Administração Pública nessa fase preparatória marcada pelo planejamento. Isso, porque as manifestações e sugestões dos interessados podem ou não ser incorporadas na versão final do edital que vai à publicação, após juízo de conveniência e oportunidade do Poder Público.

Assim, a Lei Federal nº 14.133/2021, em seu art. 17, ao estabelecer didaticamente a sequência dos principais atos que deverão ser realizados durante o procedimento licitatório, traz a fase preparatória antes da fase de divulgação do edital de licitação e de todas as demais que se seguem – quais sejam, fases de apresentação de propostas e lances, de julgamento, de habilitação, recursal e de homologação –, demonstrando a importância dada pelo legislador a essa fase.

2.2.3 Execução contratual

Como já visto, o art. 4º da Lei Federal nº 8.987/1995 prevê que as concessões de serviço público devem ser formalizadas mediante contrato. A celebração do contrato de concessão, após todo o trâmite licitatório, é o que marca a passagem do que se está a chamar aqui de segunda etapa dos projetos de concessão – que consiste no procedimento licitatório – para a terceira etapa – de execução contratual.

Nessa terceira etapa, o concessionário presta o serviço público na forma e no prazo acordados no contrato de concessão, observadas as obrigações e riscos por ele assumidos, extinguindo-se a concessão seja por advento do termo contratual, encampação, caducidade, rescisão contratual, anulação ou falência ou extinção da empresa concessionária – e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual –, conforme prevê a Lei Federal nº 8.987/1995⁸⁸.

2.3 A marca da discricionariedade administrativa na fase preparatória das licitações

Feitas as contextualizações pertinentes acerca das concessões de serviço público no cenário das desestatizações federais, bem como das etapas pelas quais passam os projetos de concessão, em especial a etapa licitatória e sua fase preparatória, se estudará neste subcapítulo, como adiantado na introdução deste trabalho, a relação entre a fase preparatória das licitações de concessão e o tema da discricionariedade administrativa.

⁸⁸ Vide art. 35 da Lei Federal nº 8.987/1995.

O objetivo com essa reflexão é entender se o administrador público detém margem de liberdade para decidir o sentido de suas decisões quando está a atuar na fase preparatória das licitações, planejando e modelando os projetos de concessão de serviços públicos federais e elaborando as minutas de editais. Essa conclusão é essencial para os demais passos da investigação a que se propõe este trabalho.

Considerando tratar-se a discricionariedade administrativa de tema amplamente discutido na doutrina administrativista, em torno do qual orbitam diversas polêmicas e divergências doutrinárias, esforçou-se para abarcar neste subcapítulo, com a síntese pertinente ao recorte adotado neste trabalho, alguns dos pontos mais relevantes sobre o assunto que guardam relação com o tema-problema ora discutido.

Portanto, se passará, inicialmente, por um breve arrazoado sobre a conceituação de discricionariedade, seus limites e alcances, para, só então, se analisar se, na prática, no contexto da fase preparatória das licitações de concessão de serviços públicos, a atuação administrativa é marcada pela garantia de um espaço de discricionariedade.

2.3.1 A conceituação doutrinária de discricionariedade administrativa

Na seara do Direito Administrativo brasileiro, pode-se dizer que a discricionariedade administrativa classicamente é entendida como a opção legislativa de outorgar ao administrador público margem de liberdade para eleger, observados os limites legais, uma dentre pelo menos duas possibilidades decisórias possíveis. Essa decisão deve ser reflexo da ponderação das condições fáticas, jurídicas e interesses envolvidos em cada caso concreto, tendo por finalidade última suprir o dever de adotar a solução mais adequada ao interesse público preponderante⁸⁹⁹⁰.

⁸⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 48.

⁹⁰ Quanto à escolha do administrador com o fim de adotar a solução mais adequada ao interesse público, alerta Eurico Bitencourt Neto: “diferentemente do que preconiza relevante parcela da doutrina, nas balizas da discricionariedade administrativa a escolha do decisor administrativo não é indiferente para o Direito: se o sentido das decisões concretas se deve atingir pela ponderação de interesses em jogo, pode-se afirmar que importa para o Direito o modo como o aplicador escolhe os pressupostos que, extraídos do caso concreto, ditarão o sentido da decisão, jogando importante papel o princípio da proporcionalidade” (BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica: direito administrativo e organização no século XXI**. São Paulo: Almedina, 2017, p. 264).

Com base nesse conceito, é corrente na doutrina administrativista a oposição binária entre a atuação discricionária⁹¹ e a atuação vinculada⁹². Ocorre a primeira naqueles casos em que, diante da situação concreta, a Administração Pública tem possibilidade de apreciar o caso e, segundo critérios de conveniência e oportunidade, escolher uma entre soluções igualmente válidas para o direito⁹³. Já a segunda, nos demais casos em que a atuação do gestor público está estritamente vinculada à legislação, atuando ele, portanto, como mero executor da lei⁹⁴.

Refletindo esse pensamento, a conceituação feita por Celso Antônio Bandeira de Mello sobre os atos vinculados:

Atos vinculados seriam aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedirlos, não interfere com apreciação subjetiva alguma.

Atos discricionários, pelo contrário, seriam os que a Administração praticaria com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles⁹⁵. Vale aclarar, entretanto, que o próprio autor defende que a discricionariedade não resulta de ausência de legislação. Ao contrário, é, em tese, por meio da própria previsão legislativa que o legislador confere certa esfera de liberdade, em proveito e a cargo do gestor público, para atuação a partir de seu juízo subjetivo e pessoal, com vistas a satisfazer a finalidade da lei no caso concreto⁹⁶.

Pontuadas essas considerações iniciais sobre o conceito de discricionariedade adotado pela doutrina brasileira, é preciso ressaltar a defesa que alguns autores fazem da ideia de que há muito tempo a atribuição de competências, pelo legislador, à Administração Pública já não

⁹¹ Acerca da utilização da expressão “ato discricionário”, Celso Antônio Bandeira de Mello adverte: “em rigor, estes últimos [atos discricionários] só se nominariam adequadamente como ‘atos praticados no exercício de competência discricionária’. Com efeito, a dicção ‘ato discricionário’, só pode ser tolerada como uma forma elíptica de dizer ‘ato praticado no exercício de competência ensejadora de certa discricção’ e, mesmo assim, cumpre advertir que a impropriedade da nomenclatura corrente (que leva à oposição ato discricionário/ato vinculado) é causa de inúmeros e graves equívocos jurídicos.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 430).

⁹² Marcos Augusto Perez lembra que tanto discricionariedade quanto vinculação são tratados sob denominações ligeiramente diferentes pelo Direito Administrativo: poder vinculado e poder discricionário, ato administrativo vinculado e ato administrativo discricionário, competência vinculada e competência discricionária, etc. (PEREZ, Marcos Augusto. **O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa: métodos para uma jurisdição ampla das decisões administrativas**. Tese (Livre Docência) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018, p. 28).

⁹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 482.

⁹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 33. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2019, p. 239.

⁹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 430.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 962.

se faz mais “num quadro simplificado e bipolar discricionariedade-vinculação ao qual se atém significativa doutrina do Direito Administrativo brasileiro”⁹⁷, como alerta Eurico Bitencourt Neto.

Isso, porque, diferentemente do que se tinha no passado, na contemporaneidade, a lei não consegue mais pautar e predeterminar de forma absoluta a atuação administrativa, (i) seja em razão da ampliação do espectro de atuação administrativa, (ii) seja em função do reconhecimento dos múltiplos interesses públicos conflitantes e concorrentes que são tutelados pela Administração Pública e exigem dela um exercício de ponderação diante de situações complexas, (iii) seja em face do caráter meramente orientador assumido pela legislação diante da impossibilidade de se antecipar e prever exhaustivamente todas as condutas administrativas, entre outras razões⁹⁸.

Nessa lógica de complexificação da atuação administrativa e incapacidade do legislador de abarcar em norma todas as hipóteses fáticas possíveis, surgem casos práticos que não mais se enquadram com exatidão e/ou facilidade, seja no campo da discricionariedade, seja no campo da vinculação, quando se pensa nessa lógica binária.

Para aclarar o que se está a dizer, toma-se como exemplo os casos em que não há na lei uma predeterminação categórica da atuação administrativa pelo legislador, seja ela integral – hipótese em que o administrador ficaria vinculado ao comando legal, cabendo a ele meramente realizar o exercício de subsunção do fato à norma – ou parcial – hipótese em que o legislador conferiria ao administrador competência ensejadora de certa discricção.

Nesses casos de ausência de qualquer predeterminação da ação administrativa pela legislação, o clássico binômio vinculação *versus* discricionariedade já não se faz suficiente para categorizar a atuação administrativa. Essa hipótese em específico, para Eurico Bitencourt, “compõe um quadro mais amplo [do que a discricionariedade propriamente dita], que se tem chamado de margem de livre decisão administrativa”⁹⁹¹⁰⁰, cujo conceito se verá mais a frente ainda neste capítulo.

⁹⁷ BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica**: direito administrativo e organização no século XXI. São Paulo: Almedina, 2017, p. 261.

⁹⁸ BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica**: direito administrativo e organização no século XXI. São Paulo: Almedina, 2017, p. 262.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 261.

¹⁰⁰ Ainda sobre o tema: “no campo dessa nova legalidade, a atuação administrativa não cabe mais no quadro simplista da dualidade vinculação-discricionariedade, no sentido de ausência ou presença de liberdade decisória nos quadros da lei. A noção de liberdade decisória se torna mais complexa, impondo-se uma análise mais cuidadosa de seus termos. Mostra-se adequada, nesse sentido, a expressão margem de livre decisão administrativa, apta a clarificar uma abordagem analítica dos casos de discricionariedade administrativa e daqueles de ‘preenchimento valorativo de conceitos jurídicos indeterminados figurando na previsão (Tatbestand) de normas jurídicas’, que, como se demonstra de modo resumido, são próximos, mas distintos” (*Ibidem*, p. 263).

Além dessa hipótese em que a lei não disciplina como deve se dar a atuação administrativa, também há de se pensar nos casos em que a norma jurídica estabelece que o seu cumprimento depende de uma sequência de atos, sendo alguns deles vinculados e outros discricionários. Para ilustrar essa hipótese em que as noções de vinculação e discricionariedade se misturam, Marcos Perez usa como exemplo o caso da cobrança de um tributo em que, uma vez verificado o fato gerador, o lançamento em si configuraria uma hipótese de vinculação – já que não caberia ao administrador decidir se o tributo deve ou não ser lançado –, mas o momento exato do lançamento do tributo, por exemplo, não estaria determinado em lei, que se limitaria a fixar prazo máximo – no intermédio do qual o administrador disporá de liberdade para decidir quando efetuar o lançamento. Ou seja, haveria, nessa situação hipotética, vinculação quanto ao dever de o administrador produzir o ato de lançamento do tributo em si, mas discricionariedade quando ao momento de edição¹⁰¹.

Pensar nessa hipótese que é comum – pois, diante dos novos contornos adotados para as leis, é cada vez mais difícil encontrar formas puras ou absolutas de vinculação e discricionariedade na prática – reforça a ideia que ora se sustenta de insuficiência desse binômio e força o reconhecimento da existência de graus proporcionais de vinculação e discricionariedade¹⁰².

Portanto, o que se tem é que, na realidade contemporânea, o binômio vinculação *versus* discricionariedade, se aplicados de forma pura e absoluta, nem sempre será suficiente para classificar o agir administrativo. Isso, porque podem haver situações em que, por exemplo, em uma mesma atuação administrativa, estejam presentes simultaneamente as noções de vinculação e discricionariedade, bem como situações em que o legislador não predetermina qualquer ação do administrador público, configurando-se hipótese em que a Administração Pública tem um espectro ainda maior e mais complexo de liberdade para agir.

Além dessa ressalva, sobre o tema também é essencial pontuar que há na doutrina intensa discussão acerca da existência ou não de distinção entre hipóteses de (i) discricionariedade administrativa e (ii) simples interpretação por parte do administrador público, seja das normas em si, seja dos chamados conceitos jurídicos indeterminados que possam existir no texto da lei¹⁰³ – ou seja, de forma geral, interpretações acerca de indefinições

¹⁰¹ PEREZ, Marcos Augusto. **O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa**: métodos para uma jurisdição ampla das decisões administrativas. Tese (Livre Docência) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018, p. 35.

¹⁰² *Ibidem*, p. 34.

¹⁰³ Como exemplos de conceitos jurídicos indeterminados, Marcos Perez cita os termos “interesse público”, “bem comum”, “razoabilidade”, “economicidade”, “ordem pública”, “calamidade pública”, entre outros (*Ibidem*, p. 38).

da linguagem que, conjuntamente, compõem o que muitos chamam de margem de livre apreciação¹⁰⁴.

Especificamente sobre esse tema, há na doutrina brasileira pelo menos duas posições distintas. De um lado, há quem defenda não haver sentido em se diferenciar as hipóteses de discricionariedade das hipóteses de interpretação de conceitos jurídicos indeterminados. Logo, para esses, sob o guarda-chuva da discricionariedade administrativa estariam tanto os casos em que o administrador público detém margem de liberdade para escolher o sentido de decisões concretas quanto os casos em que sua margem de liberdade decorre do emprego dos conceitos jurídicos indeterminados pelo legislador – ou, de forma mais ampla, decorre da margem de livre apreciação administrativa¹⁰⁵.

De outro, há quem acredite que, embora sejam figuras próximas, não há absoluta coincidência entre a atividade do administrador de interpretar a legislação e de exercer a discricionariedade¹⁰⁶. Assim, a discricionariedade administrativa propriamente dita se resumiria aos casos em que o administrador detém liberdade para definir o sentido de decisões concretas¹⁰⁷. E, para congrega as duas espécies distintas (discricionariedade e interpretação), tem-se adotado a expressão “margem de livre decisão administrativa”¹⁰⁸. A distinção entre discricionariedade e interpretação para essa corrente residiria no fato de, no caso de conceitos jurídicos indeterminados, a interpretação a ser dada pelo administrador o permitirá concluir se a norma é ou não aplicável. Já no caso de discricionariedade, a liberdade do administrador está em determinar o sentido da decisão administrativa¹⁰⁹.

Mesmo aqueles que são filiados a essa segunda corrente admitem, todavia, a possibilidade de que, uma vez que a interpretação do conceito jurídico indeterminado pelo administrador público o leve à conclusão de que a norma é aplicável, quando da aplicação

¹⁰⁴ BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica: direito administrativo e organização no século XXI**. São Paulo: Almedina, 2017, p. 265.

¹⁰⁵ Na defesa dessa linha, Eurico Bitencourt cita David Duarte e Celso Antônio Bandeira de Mello (BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica: direito administrativo e organização no século XXI**. São Paulo: Almedina, 2017, p. 263).

¹⁰⁶ Defendem essa corrente, entre outros, os autores Eurico Bitencourt e Marcos Perez, aqui citados.

¹⁰⁷ “A opção pela separação entre as hipóteses de incertezas semânticas na previsão normativa e aquelas de discricionariedade demonstra a opção por um determinado conceito de discricionariedade administrativa. Nesse sentido, ela é compreendida como a competência para definir o sentido de uma decisão concreta, vale dizer, para, a partir do espaço de liberdade conferido pela norma, escolher, por uma análise ponderada, se adota ou não uma conduta ou uma entre várias condutas possíveis.” (BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica: direito administrativo e organização no século XXI**. São Paulo: Almedina, 2017, p. 266).

¹⁰⁸ Ibidem, p. 263-264.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 265.

efetiva do comando legal, se verifique haver ali a previsão de um poder vinculado ou discricionário¹¹⁰.

Igualmente, também é possível em alguns casos que, ainda que a norma se utilize de um conceito jurídico indeterminado, ela não conceda ao administrador qualquer margem de liberdade para decidir, pois, ao fim da atividade interpretativa que a aplicação da norma exige, restaria claro o comando legal que deve ser executado¹¹¹. Ou seja, o exercício discricionário do administrador público, na prática, se reduziria a zero diante da verificação de uma escolha que é mais compatível com o conceito ou que é a melhor possível para o caso. Isso, todavia, não implica em dizer que não há aí discricionariedade, já que “o maior ou menor espaço de escolha não é critério para dizer se há ou não discricionariedade: esta pode até mesmo ser reduzida a zero, na análise da relação do caso concreto com normas limitadoras que incidem sobre a competência discricionária”¹¹².

Ademais, também há o reconhecimento por parte de alguns defensores dessa linha de que, em determinados casos, a interpretação pode se assemelhar profundamente com a discricionariedade¹¹³, quando, por exemplo, a utilização pela legislação dos conceitos jurídicos indeterminados tem a finalidade justamente de criar um espaço de discricionariedade que permita ao gestor público definir, a partir do caso concreto, como o comando legal deve ser efetivado. Para bem ilustrar essa hipótese, Marcos Perez cita o exemplo do comando contido nos incisos I e II do art. 8º da Lei Federal nº 12.587/2021 (Política Nacional de Mobilidade Urbana), que faz uso das expressões “promoção da equidade no acesso aos serviços” e “eficiência” – conceitos jurídicos indeterminados – ao estabelecer as diretrizes a serem

¹¹⁰ É o exemplo que Eurico Bitencourt dá sobre um enunciado normativo que diga que a Administração Pública, em casos de grave ameaça à ordem pública, poderá indeferir pedido para realização de manifestações em vias públicas. Em um primeiro momento, cabe ao administrador público interpretar o conceito indeterminado “grave ameaça à ordem pública” para concluir pela aplicação ou não da norma no caso concreto. Sendo aplicável, se estará diante de uma competência discricionária para deferir ou indeferir o pedido, a partir de um juízo de ponderação dos interesses em jogo (Ibidem, p. 265-266).

¹¹¹ Para essa hipótese, Marcos Perez dá o exemplo do § 3º do art. 167 da CRFB que somente admite a abertura de créditos orçamentários extraordinários pela Administração Pública para “atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública”. Nesse caso, em que pese o legislador fazer uso de conceitos jurídicos indeterminados, como “comoção interna” e “calamidade pública”, uma vez interpretados esses conceitos para compreensão do perfeito alcance da norma, não haveria qualquer margem de liberdade para o administrador público abrir créditos orçamentários extraordinários fora das hipóteses expressamente listadas no dispositivo constitucional. Assim, embora haja necessidade de interpretação dos conceitos indeterminados, não haveria *in casu* discricionariedade (PEREZ, Marcos Augusto. **O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa**: métodos para uma jurisdição ampla das decisões administrativas. Tese (Livre Docência) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018, p. 38-39).

¹¹² BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica**: direito administrativo e organização no século XXI. São Paulo: Almedina, 2017, p. 269.

¹¹³ PEREZ, Marcos Augusto. **O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa**: métodos para uma jurisdição ampla das decisões administrativas. Tese (Livre Docência) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018, p. 37.

aplicadas pelos municípios e estados na fixação da política tarifária para os serviços de transporte coletivo.

Nesse caso, para o autor, o próprio modo de construção da regra deixa claro que o legislador fez uso de tais conceitos jurídicos indeterminados para possibilitar que os administradores públicos dos entes federativos subnacionais, ao fixar as tarifas para os serviços de transporte coletivo, adaptassem as diretrizes gerais de “equidade” e “eficiência” à sua realidade socioeconômica¹¹⁴. Ou seja, nesse caso, o emprego de expressões genéricas (conceitos jurídicos indeterminados) pelo legislador tem o intuito de abrir margem de liberdade para que o gestor público defina como o comando legal será implementado, sob pena de o legislador engessar indevidamente a atuação administrativa caso assim não o fizesse.

Tem-se, portanto, (i) uma primeira linha doutrinária que defende a identidade entre discricionariedade administrativa, técnicas de interpretação e conceitos jurídicos indeterminados – esses dois últimos conjuntamente chamados de “margem de livre apreciação administrativa”; e (ii) uma segunda linha que acredita na distinção entre os institutos da discricionariedade e da margem de livre apreciação, embora admita certa conexão ou correlação entre eles, e que adota a expressão mais ampla “margem de livre decisão” para congregar essas duas espécies distintas (discricionariedade e interpretação).

Neste trabalho, se adotará entendimento filiado à segunda corrente doutrinária citada, por entender ser a que melhor compreende o fenômeno da discricionariedade, sobretudo considerando a existência de autores dessa corrente que reconhecem os pontos que, por vezes, aproximam a discricionariedade da interpretação e, assim, permite inclusive agrupá-las sob o conceito de margem de livre apreciação.

Considerando as discussões acerca do tema, resume bem essa multiplicidade de cenários possíveis o conceito de discricionariedade administrativa adotado por Almiro Couto e Silva, para quem:

Ao fixarem as leis as diferentes competências dos órgãos do Estado, se muitas vezes indicam com exatidão milimétrica qual deverá ser a conduta do agente público, em numerosíssimas outras lhes outorgam considerável faixa de liberdade, a qual pode consistir não só na faculdade de praticar ou de deixar de praticar certo ato, como também no poder, dentro dos limites legais, de escolher no rol das providências possíveis aquela que lhe parecer mais adequada à situação concreta. O elenco de providências, conforme dispuser a norma, poderá ser maior ou menor. Determinada norma estabelecerá, por exemplo, a possibilidade de eleição entre as medidas de A até Z; outra apenas entre as medidas de A até F; outra entre as medidas A, B e C; outra

¹¹⁴ PEREZ, Marcos Augusto. **O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa**: métodos para uma jurisdição ampla das decisões administrativas. Tese (Livre Docência) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018, p. 39.

entre A e B; e outra, finalmente, apenas a possibilidade de escolher entre praticar ou não praticar o ato. Esse poder de escolha que, dentro dos limites legalmente estabelecidos, tem o agente do Estado entre duas ou mais alternativas, na realização da ação estatal, é que se chama poder discricionário.¹¹⁵

Entendida, com a brevidade pertinente, as nuances em torno da conceituação de discricionariedade administrativa, faz-se necessário pontuar ainda, antes de adentrar na análise prática sobre a atuação administrativa na fase preparatória das licitações, algumas balizas que orientam e limitam o exercício da discricionariedade.

2.3.2 Algumas balizas importantes para se pensar o exercício da discricionariedade administrativa

Dado o recorte adotado para este trabalho, não se tem pretensão, como já dito, de esgotar o tema da discricionariedade neste capítulo, mesmo porque trata-se de temática complexa e ainda controversa. Por isso, se trará aqui apenas algumas balizas que se considera importantes para a compreensão do tema-problema ora discutido.

Em primeiro lugar, é preciso ter claro que a discricionariedade não se desvincula totalmente da legalidade, na medida em que a atuação administrativa, ainda que no contexto de exercício de sua competência discricionária, “encontra condicionantes no chamado bloco de legalidade, ou bloco de constitucionalidade, sejam vinculações legais expressas, que condicionam o exercício da competência discricionária”, sejam por “vinculações a ela imanentes, como a submissão aos princípios reitores da Administração Pública e a sujeição aos efeitos irradiantes dos direitos fundamentais”¹¹⁶. Noutras palavras, a atuação discricionária da Administração Pública encontra limites na própria legalidade¹¹⁷.

Nesse sentido, para Schmidt-Assmann, a discricionariedade não significa liberdade de eleição, dado que a Administração está, a todo momento, dirigida pelo direito, devendo se

¹¹⁵ COUTO E SILVA, Almiro do. Cadernos de Direito Público. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Porto Alegre, v. 27, n. 57 Supl., dez./2003, p. 99-100.

¹¹⁶ BITENCOURT NETO, Eurico. Autovinculação administrativa e provimento de cargos em comissão. **Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./abr. 2012, p. 50.

¹¹⁷ Sobre a relação da discricionariedade com a legalidade: “A noção de poder discricionário está ligada ao princípio da legalidade, que é, por sua vez, conatural ao Estado de Direito e um dos seus principais pilares de sustentação. No Estado de Direito há necessariamente a submissão de toda atividade pública a uma rede ou malha legal, cujo tecido não é, entretanto, homogêneo. Por vezes ela é composta por fios tão estreitos, que não deixa qualquer espaço aos órgãos e agentes públicos que lhes estão submetidos. Outras vezes, porém, os fios dessa rede são mais abertos, de modo a permitir que entre eles exista liberdade de deliberação e ação.” (COUTO E SILVA, Almiro do. Cadernos de Direito Público. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Porto Alegre, v. 27, n. 57 Supl., dez./2003, p. 97).

orientar a partir dos parâmetros estabelecidos em lei (tradução livre da autora)¹¹⁸. É o mesmo que defende Marcos Perez quando diz que “não há liberdade plena ou livre-arbítrio da autoridade pública no exercício da discricionariedade, há uma liberdade instrumental, isto é, uma liberdade de escolha entre opções que possam em tese atender a finalidade pública específica ou o interesse público específico (...)”¹¹⁹. Reforçando esse entendimento, por fim, Maria Sylvia Zanella Di Pietro defende que:

(...) mesmo aí, entretanto, o poder de ação administrativa, embora discricionário, não é totalmente livre, porque, sob alguns aspectos, em especial a competência, a forma e a finalidade, a lei impõe limitações. Daí porque se diz que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei; se a Administração ultrapassa esses limites, a sua decisão passa a ser arbitrária, ou seja, contrária à lei.¹²⁰

A atribuição, pela lei, de competência discricionária à Administração Pública não exime o gestor público das vinculações próprias de sua atuação. Por isso, mesmo as decisões tomadas livremente pelo agente público devem ainda estar pautadas no(s) interesse(s) público(s), nos princípios que regem a atuação administrativa – destaca-se, especialmente nesse contexto, o da motivação, razoabilidade e proporcionalidade – e na legalidade.

Não poderia ser diferente, já que “poder ilimitado é arbítrio, noção que briga com a do Estado de Direito e com o princípio da legalidade que é dela decorrente”¹²¹.

Em segundo lugar, chama-se a atenção para o fato de que a necessidade de se criar espaços de discricionariedade em meio à atuação administrativa decorre do imperativo lógico de que os poderes públicos, para funcionarem, precisam de espaços livres para a tomada de decisões políticas. Por vezes, e a depender do contexto fático, é preciso permitir ao gestor público livremente avaliar as possibilidades que a realidade fática apresenta, além dos múltiplos interesses, públicos e particulares em jogo, antes da tomada de decisão. Por óbvio, como visto, tal liberdade decisória não prejudica a exigência de que essa atuação sempre observe os limites legais. Sem essa liberdade, arrisca-se que a atividade administrativa se converta em mera replicação mecânica de decisões tomadas com base na literalidade da lei, sem qualquer

¹¹⁸ “*Discrecionalidad no significa ‘libertad de elección’*. *La Administración no elige libremente una opción determinada, ya que, como poder en todo momento dirigido por el Derecho, debe orientarse según los parámetros establecidos en la ley y en su mandato de actuación*” (ASSMANN, Eberhard Schmidt. **La teoría general del derecho administrativo como sistema**: objeto y fundamentos de la construcción sistemática. Madrid: Ediciones Jurídicas e Sociales S.A., 2003, p. 221).

¹¹⁹ PEREZ, Marcos Augusto. **O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa**: métodos para uma jurisdição ampla das decisões administrativas. Tese (Livre Docência) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018, p. 31.

¹²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 196.

¹²¹ COUTO E SILVA, Almiro do. Cadernos de Direito Público. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Porto Alegre, v. 27, n. 57 Supl., dez/2003, p. 100.

responsividade às exigências reais da sociedade. Ou, em outras palavras, sem o poder discricionário “seria impossível a atividade criadora e plasmadora do futuro exercida pela Administração Pública”¹²².

Sob outra ótica, a atuação discricionária garante ao Poder Executivo autonomia. E a autonomia do Poder Executivo é premissa que decorre da opção do constituinte originário pela adoção do princípio da separação dos poderes. Trata-se o princípio, como amplamente sabido, de postulado essencial ao Estado de Direito, insculpido no art. 2º da CRFB¹²³ e que confere atuação independente e harmônica aos três poderes. Nesse sentido, para Osvaldo Canela Júnior:

É função precípua do Poder Legislativo e do Poder Executivo levar a efeito as políticas públicas necessárias para a satisfação espontânea dos direitos fundamentais. Por tal razão, gozam essas formas de expressão do poder estatal de ampla liberdade discricionária, mesmo porque são grandes as variáveis lógicas para a irradiação dos direitos fundamentais sociais.¹²⁴

Além de autores brasileiros, também em literatura estrangeira se reconhece que “a autonomia ou independência do Poder Executivo constitui uma premissa constitucional (...) que, traduzida em termos de Direito Administrativo, nos leva a conceber a discricionariedade administrativa como um poder global de atuação e ponderação” (tradução livre da autora)¹²⁵.

Por fim, em terceiro lugar, é preciso que se entenda a razão de ser da discricionariedade administrativa também sob uma lógica de ordem prática: a impossibilidade de o legislador prever todas as possíveis situações que serão enfrentadas pela Administração Pública¹²⁶, especialmente em razão da ampliação das funções econômicas e sociais da Administração na contemporaneidade¹²⁷. Daí a necessidade de garantir flexibilidade à atuação do gestor público

¹²² COUTO E SILVA, Almiro do. Cadernos de Direito Público. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Porto Alegre, v. 27, n. 57 Supl., dez/2003, p. 111.

¹²³ “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 nov. 2022).

¹²⁴ CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle judicial das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 148.

¹²⁵ “*Tal autonomía o independencia del Poder Ejecutivo constituye una premisa constitucional (...) que, traducida a términos de Derecho administrativo, nos lleva a concebir la discrecionalidad administrativa como una facultad global de actuación y ponderación*” (ASSMANN, Eberhard Schmidt. **La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática**. Madrid: Ediciones Jurídicas e Sociales S.A., 2003, p. 211).

¹²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 483.

¹²⁷ “No Estado contemporâneo, extremamente complexo, seria impensável que a lei sempre determinasse, até os últimos pormenores, qual deveria ser o comportamento e a atuação dos diferentes agentes administrativos. A noção de que a Administração Pública é meramente aplicadora das leis é tão anacrônica e ultrapassada quanto a de que o direito seria apenas um limite para o administrador.” (COUTO E SILVA, Almiro do. Cadernos de Direito Público. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Porto Alegre, v. 27, n. 57 Supl., dez./2003, p. 98). Sobre o tema, ver também PEREZ, Marcos Augusto. **O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa:**

para que ele tenha às mãos ferramentas suficientes para, ao tomar decisões, atender à infinidade de demandas da sociedade, sempre crescentes e complexas, sem que fique ele refém da morosidade do procedimento de elaboração das leis.

Uma vez conhecida, com a brevidade que se convém a esta oportunidade, a conceituação de discricionariedade administrativa, bem como as discussões doutrinárias que envolvem o tema e algumas balizas importantes para bem entendê-lo, passa-se a analisar na sequência se a hipótese prática tratada neste subcapítulo – a da atuação administrativa na fase preparatória das licitações de concessão de serviço público – guarda correlação com o tema da discricionariedade.

2.3.3 A discricionariedade e a atuação administrativa na fase preparatória das licitações

Como já visto neste capítulo, na fase preparatória das licitações de concessão de serviço público, a Administração Pública decide, planeja e modela o projeto de concessão pretendido. A par de todas as explicações doutrinárias acerca da fase de planejamento da licitação¹²⁸, considerando que neste subcapítulo estar-se a avaliar se a discricionariedade é ou não uma marca dessa fase da licitação, a análise que ora será feita se limitará ao que prevê o legislador acerca da atuação administrativa para essa etapa preparatória.

Nesse sentido, o art. 18 da Lei Federal nº 14.133/2021¹²⁹ estabelece, de forma não exaustiva, os passos a serem seguidos pela Administração Pública na fase preparatória das licitações, que podem ser complementados com outras atividades preparatórias que as circunstâncias fáticas eventualmente exijam. Como esses passos já foram transcritos e analisados no subcapítulo 2.2.2, passa-se diretamente à análise que importa.

Tem-se, de modo resumido, que, no art. 18, o legislador inicialmente determina que a Administração Pública nessa fase preparatória elabore estudo técnico preliminar que descreva a necessidade de contratação e caracterize o interesse público envolvido, bem como defina o objeto a ser licitado. Na sequência, há exigências de definição por parte da Administração Pública tanto das regras que regerão a competição no bojo do procedimento licitatório – como

métodos para uma jurisdição ampla das decisões administrativas. Tese (Livre Docência) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018, p. 41-43.

¹²⁸ Vide JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 312-361.

¹²⁹ Analisou-se aqui a disciplina da Lei Federal n. 14.133/2021 porque a Lei Federal n. 8.987/1995 não traz sobre o tema nenhuma disposição especificamente aplicável às concessões, devendo-se recorrer à disciplina da legislação geral de licitações aplicável subsidiariamente. Embora a fase preparatória – antes conhecida como fase interna – desde sempre componha os procedimentos licitatórios, a Lei Federal n. 8.666/1993 não cuidava de pormenorizar as atividades que a compunha tal como faz a normativa de 2021.

modalidade da licitação, critério de julgamento, modo de disputa, orçamento estimado, além de elaboração do texto do edital licitatório e análise dos riscos que possam comprometer o sucesso da licitação, etc. – quanto das regras que regerão futuramente a concessão – como condições de execução e pagamento, garantias, regime de prestação dos serviços, além de elaboração do texto do contrato de concessão e análise dos riscos que possam comprometer a boa execução contratual, etc.

É de se notar que, durante a fase preparatória, há inegavelmente determinações de fazer direcionadas pelo legislador ao administrador público – tais como determinar o objeto; elaborar estudo técnico preliminar; redigir as minutas de edital e contrato; definir o regime de prestação dos serviços, as condições de execução e pagamento, as garantias, a modalidade de licitação, etc. Contudo, fica evidente pelo texto legal que não há qualquer ingerência ou predeterminação, pelo legislador, acerca do conteúdo dessa atuação. Em outras palavras, a Administração Pública deve definir o objeto a ser licitado, mas o legislador não predetermina qual deve ser ele. Deve-se elaborar o edital e o contrato, mas as disposições neles contidas serão livremente determinadas pelo Poder Público. Deve ser definido o regime de prestação dos serviços, mas o órgão ou entidade concedente tem liberdade para estipular as regras que entender pertinentes e convenientes para o atingimento do interesse público.

Tem a Administração Pública na fase preparatória, portanto, competência e espaço de liberdade conferido pelo legislador para definir o sentido e o conteúdo da sua atuação concreta. Tal cenário conversa em absoluto com o conceito de discricionariedade administrativa visto neste subcapítulo.

Esse é também o posicionamento de Marçal Justen Filho ao dizer que “na produção dos atos especificados no art. 18, existe uma margem variável de autonomia”¹³⁰ e que “as decisões adotadas na fase interna traduzem uma margem de autonomia do administrador, na acepção de que não existe uma solução predeterminada numa norma legal ou infralegal”¹³¹.

Considerando a máxima de Almiro do Couto e Silva, segundo a qual, “o poder de escolha, característico do poder discricionário, relaciona-se com o ‘se’ e com o ‘como’ da ação administrativa ou com ambos”¹³², no caso da fase preparatória das licitações de concessão de serviços públicos, tem-se ambos. Ou seja, a Administração Pública federal tem margem de liberdade para: decidir se vai conceder os serviços; eleger, dentre o elenco de atos legalmente

¹³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 335.

¹³¹ *Ibidem*, p. 336.

¹³² COUTO E SILVA, Almiro do. Cadernos de Direito Público. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Porto Alegre, v. 27, n. 57 Supl., dez./2003, p. 100.

possíveis, aquele que julgue mais conveniente e oportuno; bem como, determinar a feição concreta que o ato terá¹³³.

É certo que essas decisões tomadas pela Administração Pública devem ser antecedidas de uma análise ponderada das opções disponíveis ao Poder Público, à luz das circunstâncias fáticas do caso concreto. Além disso, na tomada de decisão, o gestor público deve observar os deveres de fundamentação e motivação das decisões, como de praxe na atuação administrativa¹³⁴. Há a possibilidade ainda de, em razão de limitações impostas por eventuais outras normas ou princípios também aplicáveis ao caso, as opções e o espaço de livre decisão do administrador público sejam reduzidas no caso concreto¹³⁵. Todas essas hipóteses, todavia, não desnaturam a condição de atuação discricionária, como também já visto neste subcapítulo.

Disto isso, não poderia essa classificação da atuação administrativa na fase preparatória da licitação como sendo discricionária ser diferente considerando que trata-se de uma fase ainda de planejamento da licitação e da concessão do serviço público. A viabilidade técnica e econômica, bem como a modelagem do projeto como um todo, precisam nessa fase ser analisados, discutidos, testados e definidos pelo administrador público, à luz dos múltiplos interesses públicos envolvidos. Impossível, portanto, que o legislador predetermine o conteúdo da atuação administrativa na legislação e vincule o gestor público a ele.

¹³³ Vale, pela pertinência temática, citar o exemplo dado por Almiro do Couto e Silva: “Tome-se, por exemplo, o uso privativo de bem público. Suponhamos que A requereu o uso privativo de determinado espaço da rua X, no centro da cidade, para ali instalar um quiosque de venda de revistas e jornais. À autoridade competente caberá decidir, em primeiro lugar, se irá ou não autorizar o uso privativo. Decidindo-se pela afirmativa, poderá ainda escolher, dentre as espécies de atos administrativos legalmente possíveis para a concretização da sua deliberação, aquela que entenda mais adequada. Poderá, assim, eleger entre a permissão de uso ou determinar que seja feita concorrência, visando a celebração de contrato de concessão de uso. Na hipótese de ter sido escolhida a permissão de uso, haveria ainda o poder discricionário de definir, dentro dessa categoria jurídica, se o ato seria a termo, sob condição ou puro e, pois, no último caso, revogável a qualquer tempo. Nos chamados atos administrativos de duplo grau, quando, na relação jurídica, há ato administrativo a que se liga negócio jurídico de Direito Privado (p. ex., concessão de empréstimo público ou de subvenção), o poder de determinação do conteúdo do ato administrativo que autoriza o empréstimo ou a subvenção é amplíssimo. Assim, uma vez decidido que a subvenção será concedida, pode a autoridade administrativa determinar que o seu valor será de NCz\$ 10.000,00 ou de NCz\$ 100.000,00 ou de NCz\$ 1.000.000,00, que os juros serão os do mercado ou subsidiados, que deverão ser atendidas tais ou quais condições, que toda a importância ou só uma parte dela será a fundo perdido, etc. A liberdade do agente público aproxima-se, aí, sem com ela entretanto confundir-se, da liberdade que têm os particulares de determinar o conteúdo dos negócios jurídicos de Direito Privado.” (COUTO E SILVA, Almiro do. *Cadernos de Direito Público. Revista da Procuradoria-Geral do Estado*, Porto Alegre, v. 27, n. 57 Supl., dez./2003, p. 101-102).

¹³⁴ Especificamente acerca do inciso IX do art. 18 da Lei Federal nº 14.133/2021: “o inc. IX exige não apenas a elaboração do edital, mas impõe que as diversas escolhas discricionárias nele traduzidas sejam objeto de justificativa explícita e detalhada” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 354).

¹³⁵ Para Marçal Justen Filho, em certos casos o art. 18 consagra uma discricionabilidade técnica. “Isso significa que a opção do administrador não traduz uma ponderação subjetiva sobre a solução mais satisfatória fundada em juízos de conveniência e oportunidade. De modo genérico, ainda que caibam escolhas discricionárias em sentido próprio, as escolhas concretas a serem adotadas devem refletir o conhecimento aprofundado dos fatos e das medidas recomendadas pelo conhecimento técnico-científico.” (Ibidem, p. 336).

É também por essa razão que é comum se ver nessa fase tanto o planejamento inicial da Administração Pública sobre o projeto quanto as minutas do edital e seus anexos, sofrendo alterações antes da publicação definitiva, seja em razão de nova análise procedida pelo Poder Público, seja em decorrência das manifestações e sugestões dos interessados recebidas por meio de consulta e/ou audiência públicas.

A Administração Pública, inclusive, não se obriga a publicar o edital, podendo desistir da concessão caso, no momento do planejamento, julgue não ser viável, oportuno ou conveniente aos interesses públicos, sem qualquer vinculação aos interessados ou à sociedade em geral.

Diferente situação se presencia na chamada fase externa da licitação, quando, após a publicação do edital, a Administração Pública se vincula e conduz o certame público sistematicamente de acordo com o regramento previsto na legislação de regência dos procedimentos licitatórios e das contratações públicas.

Não resta dúvidas, portanto, de que ao disciplinar a fase preparatória das licitações no art. 18 da Lei Federal nº 14.133/2021, o legislador o fez de forma a garantir ao administrador público margem de liberdade para definir o sentido das decisões administrativas que devem ser tomadas nessa fase. De outra forma não poderia ser, afinal, trata-se de uma etapa em que é reservado à Administração Pública planejar e construir o modelo de concessão e de licitação que melhor atenda aos interesses envolvidos no caso concreto.

Ressalta-se, por fim, que, por uma opção didática, o tema dos limites do controle sobre os atos discricionários da Administração Pública, embora esteja intimamente ligado aos assuntos tratados nesse capítulo, será tratado de forma mais aprofundada no subcapítulo 4.2.2.

2.4 Conclusão do capítulo

O que se viu neste capítulo, portanto, permite concluir que, no contexto das desestatizações, que têm ganhado força nos últimos anos, quando a Administração Pública decide transferir ao parceiro privado a execução de determinado serviço público, por meio do regime de concessão, esse processo de desestatização deve necessariamente ser precedido de licitação.

O procedimento licitatório – que, no caso das concessões de serviços público, segue as regras especiais da legislação de regência das concessões com aplicação subsidiária da lei geral de licitações – conta com uma fase preparatória, na qual o poder concedente planeja e modela o projeto e, dentre outras coisas, elabora a minuta de edital da licitação.

Nessa fase preparatória, o legislador garante à Administração Pública relevante espaço de liberdade para que ela determine o sentido e o conteúdo das decisões administrativas a serem tomadas, como se vê da dicção do art. 18 da Lei Federal nº 14.133/2021. Em outras palavras, essa fase da licitação é fortemente marcada pelo exercício de competência discricionária por parte do Poder Público. Não poderia se esperar diferente tendo em vista o caráter de planejamento da política pública que caracteriza essa fase da licitação.

É evidente, considerando o que se viu neste capítulo sobre o tema da discricionariedade administrativa, que essa margem de liberdade conferida ao administrador não é irrestrita, já que encontra limitadores na legalidade, na observância das demais normas e princípios aplicáveis ao caso e na necessidade de atendimento da finalidade e interesse público envolvidos. Todavia, essas limitações não são suficientes para desnaturar a condição discricionária da atuação administrativa e negar a existência de liberdade de escolha conferida à Administração Pública pela legislação.

Essas conclusões parciais obtidas neste primeiro capítulo são relevantes para a pesquisa porque, como se verá com mais detalhes no capítulo a seguir, é exatamente sobre essa fase preparatória que se concentra a atuação do Tribunal de Contas da União quando, observado o procedimento desenhado pela Instrução Normativa nº 81/2018, examina as minutas de editais de licitação dos projetos de concessão de serviço público federais.

3 CONTROLE EXTERNO SOBRE OS PROJETOS DE CONCESSÃO FEDERAIS

Feita a contextualização necessária sobre as concessões de serviços públicos federais no cenário brasileiro e os procedimentos licitatórios que necessariamente as antecede, passar-se-á a avaliar neste capítulo aquele que é o objeto alvo desta pesquisa: a atuação do Tribunal de Contas da União na análise das minutas de editais e respectivos anexos, incluindo a minuta do contrato de concessão, nos projetos de concessão federais.

Para tanto, se avaliará neste capítulo o histórico de como se deu, ao longo dos anos, o exercício dessa espécie de controle pela Corte de Contas da União, até os dias atuais.

O recorte temporal que se verá sendo feito a seguir – antes de 2018 e a partir de 2018 – se justifica, para fins da avaliação proposta, em razão da edição, pelo Tribunal de Contas da União, da Instrução Normativa nº 81, de 20 de junho de 2018, normativa atualmente vigente que dispõe sobre a fiscalização, pelo órgão de controle externo federal, dos processos de desestatização realizados pela Administração Pública federal.

Como não se tratou, em 2018, da primeira vez que o TCU disciplinou esse tema em sede de normativa infralegal, entendeu-se necessário avaliar, em sequência cronológica, como se dava a atuação do Tribunal antes do advento da IN nº 81/2018 e como é prevista tal atuação nos dias atuais, com a finalidade de demonstrar as mudanças havidas no comportamento fiscalizatório do TCU ao longo dos anos.

Para isso, este capítulo se dividirá em três subcapítulos. O primeiro remontará historicamente como se deu, desde o seu nascedouro até o ano de 2018, o exercício do controle externo sobre os projetos de concessão federais. O segundo tratará de como essa atuação fiscalizatória é disciplinada em normativa infralegal editada pela Corte de Contas da União a partir de 2018 até os dias atuais. E o terceiro, por fim, cuidará de evidenciar o teor das mudanças assistidas nas normativas e, conseqüentemente, na atuação do TCU ao longo desse período.

3.1 Antes de 2018

Antes da edição da Instrução Normativa nº 81/2018, quatro outros atos normativos infralegais trataram da fiscalização dos projetos de concessão federais pelo TCU: a Instrução Normativa nº 10, de 22 de novembro de 1995; a Instrução Normativa nº 27, de 2 de dezembro

de 1998; a Instrução Normativa nº 46, de 25 de agosto de 2004; e a Instrução Normativa nº 52, de 4 de julho de 2007¹³⁶.

Entender como se desencadeou a sucessão de normas que tratam do tema, mais especificamente para compreender como a atuação da Corte de Contas era disciplinada no passado e é disciplina atualmente, é relevante para se pensar o cenário atual e enxergar como o Tribunal alterou sua sistemática de fiscalização dos projetos de concessão federais ao longo dos anos.

3.1.1 Instrução Normativa nº 10, de 22 de novembro de 1995

A primeira vez que o TCU tratou do tema da fiscalização dos projetos de concessão de serviços públicos em sede infralegal foi no bojo da Instrução Normativa nº 10, de 22 de novembro de 1995, que dispunha sobre a fiscalização, no âmbito da Administração Pública Federal, das concessões¹³⁷, permissões¹³⁸ e autorizações¹³⁹ de serviços públicos.

A normativa previa que a fiscalização dos processos de outorga de concessão de serviços públicos seria prévia ou concomitante e aconteceria em seis estágios faseados.

O primeiro estágio cuidava do exame da viabilidade da concessão. Para tanto, os responsáveis do respectivo órgão ou entidade federal concedente se obrigavam a encaminhar ao TCU, no prazo de, no mínimo, 30 (trinta) dias antes da publicação do edital de licitação, (i) os estudos da viabilidade técnica e econômica do empreendimento, com informações sobre o seu objeto, área e prazo de concessão ou de permissão, bem como sobre as eventuais fontes de receitas alternativas, complementares, acessórias e as provenientes de projetos associados; e (ii) os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já

¹³⁶ Destaca-se que a Instrução Normativa nº 7, de 29 de novembro de 1994, embora se enquadrasse no critério temporal ora adotado, cuidava apenas da fiscalização dos processos de privatização de empresas incluídas no Programa Nacional de Desestatização, criado pela Lei Federal nº 8.031, de 12 de abril de 1990. Por não tratar da fiscalização dos projetos de concessão federais, que é o alvo de análise deste trabalho, ela não será estudada.

¹³⁷ Nos termos das alíneas “a” e “b” do parágrafo único do art. 1º da IN nº 10/1995, considerava-se concessão à época o ajuste pelo qual o poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, delega a sua prestação à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado, podendo ou não ser precedida da execução de obra pública.

¹³⁸ Já a permissão, conforme a alínea “c” do parágrafo único do art. 1º da IN nº 10/1995, era entendida como a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco, não se confundindo com a concessão (contrato administrativo bilateral), nem com a autorização (ato administrativo unilateral).

¹³⁹ Por autorização, a alínea “d” do parágrafo único do art. 1º da IN nº 10/1995, entendia o ato administrativo discricionário e precário pelo qual o poder concedente torna possível ao postulante a realização de certa atividade, serviço, ou a utilização de determinados bens particulares ou públicos, de seu exclusivo ou predominante interesse, condicionado à aquiescência prévia da Administração.

efetuados, vinculados à outorga, de utilidade para a licitação, realizados ou autorizados pelo órgão ou pela entidade federal concedente, quando houvesse¹⁴⁰.

Já o segundo estágio destinava-se a examinar a pré-qualificação¹⁴¹, nos casos em que havia essa fase. Os dirigentes dos órgãos ou entidades federais deveriam remeter à Corte de Contas então (i) o edital de pré-qualificação, no prazo de, no máximo, 5 (cinco) dias após sua publicação; (ii) as atas de abertura e de encerramento, bem como (iii) o relatório de julgamento, ambos no prazo máximo de 5 (cinco) dias após o resultado do julgamento; e (iv) os recursos eventualmente interpostos e decisões neles proferidas, no prazo de 5 (cinco) dias após a prolação das decisões¹⁴².

No terceiro estágio, destinado ao exame do edital e dos demais instrumentos da licitação, deveriam ser encaminhados ao TCU (i) o edital de licitação, (ii) a minuta de contrato e (iii) o projeto básico, nos casos em que houvesse, todos no prazo máximo de 5 (cinco) dias após a publicação do referido edital; e (iv) todas as comunicações e esclarecimentos porventura encaminhados às empresas participantes da licitação, bem como as impugnações ao edital, acompanhadas das respectivas respostas, no prazo de, no máximo, 5 (cinco) dias após esgotado o prazo de impugnação ao edital¹⁴³.

O quarto estágio, por sua vez, referia-se ao exame da habilitação. Nessa etapa, eram recebidos pelo Tribunal (i) as atas de abertura e de encerramento da fase de habilitação; bem como (ii) os relatórios de julgamento, no prazo de 5 (cinco) dias após esgotado o prazo para a interposição de recursos ao resultado do julgamento da fase de habilitação; e (iii) os questionamentos das licitantes, eventuais recursos interpostos, acompanhados das respostas e decisões respectivas, no prazo máximo de 5 (cinco) dias após a prolação das decisões respectivas¹⁴⁴.

No quinto estágio, o exame do julgamento das propostas era feito a partir da análise (i) das atas de abertura e de encerramento da fase de julgamento das propostas; (ii) dos relatórios de julgamentos e outros que viessem a ser produzidos; e (iii) dos recursos eventualmente interpostos e decisões neles proferidas, sendo o dirigente do órgão ou entidade concedente

¹⁴⁰ Vide inciso I do art. 4º c/c inciso I do art. 5º, ambos da IN nº 10/1995.

¹⁴¹ A pré-qualificação é um instrumento, à época previsto no art. 144 da Lei Federal nº 8.666/1993 que permite a dissociação da fase de habilitação do restante do procedimento licitatório nos casos em que o objeto da licitação recomende análise mais detida da qualificação técnica dos licitantes.

¹⁴² Vide inciso II do art. 4º c/c inciso II do art. 5º, ambos da IN nº 10/1995.

¹⁴³ Vide inciso III do art. 4º c/c inciso III do art. 5º, ambos da IN nº 10/1995.

¹⁴⁴ Vide inciso IV do art. 4º c/c inciso IV do art. 5º, ambos da IN nº 10/1995.

obrigado a encaminhar todos esses documentos no prazo máximo de 5 (cinco) dias após a homologação do resultado do julgamento das propostas¹⁴⁵.

Por fim, o sexto estágio cuidava do exame do contrato assinado com a concessionária, que deveria ser remetido ao Tribunal de Contas no prazo de 5 (cinco) dias contados da assinatura do termo contratual¹⁴⁶.

Na sistemática dessa Instrução Normativa, a unidade técnica responsável pela instrução do processo de fiscalização deveria autuá-lo e analisar, em prazo não superior a 15 (quinze) dias úteis, os documentos e informações remetidos. Contudo, o processo só seria encaminhando ao respectivo ministro relator, para submissão da matéria à deliberação do plenário, após findo o quinto estágio – ou seja, após a homologação do resultado da licitação¹⁴⁷.

Havia, porém, uma exceção aplicável na hipótese de ser verificado, em qualquer estágio da fiscalização, indício ou evidência de irregularidade. Nesse caso, os autos deveriam ser submetidos de imediato à consideração do relator da matéria, já acompanhado da proposta de adoção das medidas cabíveis sugerida pela unidade técnica¹⁴⁸.

Para possibilitar o devido exame por parte da Corte em tempo hábil, era imposto ainda ao órgão ou entidade federal concedente observar o prazo mínimo de 30 (trinta) dias, entre a homologação do resultado do julgamento das propostas e a assinatura do termo contratual¹⁴⁹. Isso considerando que, no rito regular, o processo autuado só era submetido ao relator após a homologação do resultado.

Em resumo, de 1995 a 1998, a dinâmica da fiscalização que o TCU exercia sobre os projetos de concessão federais se dividia em diferentes etapas: a primeira, para analisar a viabilidade da concessão antes da publicação do edital; a segunda, para examinar a pré-qualificação após a publicação do edital de pré-qualificação, nos casos em que havia; a terceira, para avaliar o edital e seus anexos após a sua publicação; a quarta, para fiscalizar a habilitação após o encerramento da fase de habilitação; a quinta, para analisar o resultado após a fase de julgamento das propostas; e a sexta, para examinar o contrato após assinatura do termo contratual. Para cada uma dessas etapas, o gestor responsável deveria encaminhar os documentos pertinentes, que eram analisados pela unidade técnica *pari passu* com as entregas, embora eventual decisão no processo fiscalizatório, via de regra, só pudesse ser tomada pelo relator competente após a homologação do resultado do julgamento das propostas.

¹⁴⁵ Vide inciso V do art. 4º c/c inciso V do art. 5º, ambos da IN nº 10/1995.

¹⁴⁶ Vide inciso VI do art. 4º c/c inciso VI do art. 5º, ambos da IN nº 10/1995.

¹⁴⁷ Vide caput do art. 7º da IN nº 10/1995.

¹⁴⁸ Vide § 1º do art. 7º da IN nº 10/1995.

¹⁴⁹ Vide § 2º do art. 7º da IN nº 10/1995.

É de se pontuar também que, em que pese a quantidade razoável de documentos relativos ao procedimento licitatório exigidos por meio dessa normativa, não figurava entre eles a minuta de edital e seus anexos, incluindo a minuta do contrato de concessão. No único estágio de fiscalização que precede a publicação do edital – qual seja, o primeiro estágio –, era exigida a apresentação somente de relatórios sobre estudos de viabilidade técnica e econômica e, se fosse o caso, eventuais demais estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados.

3.1.2 Instrução Normativa nº 27, de 2 de dezembro de 1998

Ao final de 1998, a Instrução Normativa nº 10/1995 foi revogada pela Instrução Normativa nº 27, de 2 de dezembro de 1998, que, dessa vez, dispunha sobre a fiscalização pelo Tribunal de Contas da União dos processos de desestatização.

Diferentemente da normativa anteriormente citada – que tratava apenas de concessões, permissões e autorizações de serviço público –, essa englobava sob o cunho de “desestatização” tanto (i) a privatização¹⁵⁰ de empresas, inclusive instituições financeiras, pela União como (ii) a transferência para a iniciativa privada da execução dos serviços públicos explorados pela União por intermédio das entidades da Administração Pública federal, seja por meio de concessão¹⁵¹, permissão¹⁵² ou autorização¹⁵³ de serviço público.

Especificamente quanto às concessões de serviço público – alvo do estudo ora desenvolvido –, a normativa, tal como a anterior, previu uma fiscalização prévia ou concomitante, mas reduziu as etapas da fiscalização de seis para quatro estágios distintos¹⁵⁴.

Para o primeiro estágio, a Instrução Normativa de 1998 manteve o prazo e os documentos exigidos na IN nº 10/1995, mas acrescentou a necessidade de apresentação de

¹⁵⁰ Entendida como a alienação pela União de direitos que lhe assegurem, diretamente ou por meio de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade, nos termos do inciso II do § 1º do art. 1º da Instrução Normativa nº 27/1998.

¹⁵¹ Era tida a concessão de serviço público, conforme consta do inciso III do § 1º do art. 1º da IN nº 27/1998, como a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado, podendo ou não ser precedida de execução de obra pública.

¹⁵² O conceito de permissão de serviço público contido no inciso V do § 1º do art. 1º da IN nº 27/1998 espelha o mesmo conceito tratado pela IN nº 10/1995 (vide nota de rodapé 135).

¹⁵³ O conceito de autorização de serviço público tratado no inciso VI do § 1º do art. 1º da IN nº 27/1998 também é idêntico ao contido na IN nº 10/1995 (vide nota de rodapé 136).

¹⁵⁴ Vide caput do art. 7º da IN nº 27/1998.

relatório sintético sobre os estudos de impactos ambientais, indicando a situação do licenciamento ambiental¹⁵⁵.

A IN nº 27/1998 aglutinou no segundo estágio todos os documentos e informações que eram exigidos antes pela IN nº 10/1995 no segundo e terceiro estágios. Ou seja, caberia ao dirigente encaminhar, nessa fase, cópia (i) do edital de pré-qualificação no prazo de, no máximo, 5 (cinco) dias após sua publicação; (ii) das atas de abertura e de encerramento da pré-qualificação e (iii) do relatório de julgamento da pré-qualificação, ambos no prazo de 5 (cinco) dias após o resultado final do julgamento; (iv) dos recursos eventualmente interpostos e decisões proferidas referentes à pré-qualificação, em até 5 (cinco) dias após o resultado final do julgamento; (v) do edital de licitação, acompanhado da minuta do contrato, em 5 (cinco) dias contados da sua publicação; e (vi) de todas as comunicações e esclarecimentos porventura encaminhados às empresas participantes da licitação, bem como as impugnações ao edital, acompanhadas das respectivas respostas, no prazo de, no máximo 5 (cinco) dias após esgotado o prazo de impugnação ao edital¹⁵⁶.

Durante o terceiro estágio, o TCU analisava tanto a fase de habilitação, quanto a fase de julgamento das propostas, por meio dos seguintes documentos: (i) as atas de abertura e de encerramento da habilitação e (ii) o relatório de julgamento da habilitação, ambos em até 5 (cinco) dias após esgotado o prazo para a interposição de recursos ao resultado do julgamento da fase de habilitação; (iii) os questionamentos das licitantes sobre a fase de habilitação, eventuais recursos interpostos, acompanhados das respostas e decisões respectivas, no prazo de, no máximo, 5 (cinco) dias após as decisões proferidas sobre eventuais recursos interpostos; (iv) as atas de abertura e de encerramento da fase do julgamento das propostas, (v) os relatórios de julgamentos e outros que venham a ser produzidos e (vi) os recursos eventualmente interpostos e decisões proferidas referentes à fase do julgamento das propostas, todos no prazo de 5 (cinco) dias após a homologação do resultado do julgamento das propostas¹⁵⁷. Esse estágio de fiscalização da IN nº 27/1998 guardava correspondência com os quarto e quinto estágios da Instrução Normativa de 1995.

Por fim, a normativa infralegal previa que, no quarto estágio, deveriam ser apresentados pelo dirigente à Corte de Contas (i) o ato de outorga e (ii) o contrato de concessão, no prazo de 5 (cinco) dias após a assinatura do termo contratual¹⁵⁸.

¹⁵⁵ Vide inciso I do art. 7º c/c inciso I do art. 8º, ambos da IN nº 27/1998.

¹⁵⁶ Vide inciso II do art. 7º c/c inciso II do art. 8º, ambos da IN nº 27/1998.

¹⁵⁷ Vide inciso III do art. 7º c/c inciso III do art. 8º, ambos da IN nº 27/1998.

¹⁵⁸ Vide inciso IV do art. 7º c/c inciso IV do art. 8º, ambos da IN nº 27/1998.

A Instrução Normativa de 1998 ainda aumentou de 15 (quinze) para 30 (trinta) dias úteis o prazo para que a unidade técnica do TCU analisasse os documentos encaminhados pelos dirigentes dos órgãos ou entidades federais, mas manteve a regra de remessa dos autos ao respectivo ministro relator apenas após a homologação do resultado do julgamento das propostas, que, nesse caso, corresponde ao fim do terceiro estágio¹⁵⁹.

Também manteve a exceção que autorizava a submissão dos autos de imediato ao relator caso, em qualquer desses estágios, se verificasse indícios ou evidências de irregularidades¹⁶⁰.

Além disso, aumentou de 30 (trinta) para 45 (quarenta e cinco) dias o prazo mínimo a ser observado pelos órgãos ou entidades concedentes, entre a homologação do resultado do julgamento das propostas e a assinatura do contrato de concessão, a fim de possibilitar o exame por parte da Corte antes da celebração do contrato¹⁶¹.

Em síntese, portanto, a sistemática de fiscalização dos projetos de concessão federais que foi aplicada pelo Tribunal de Contas da União de 1998 a 2018 divisava o procedimento em quatro estágios: o primeiro, antes da publicação do edital, para analisar a viabilidade da concessão; o segundo, para examinar o edital de pré-qualificação, bem como o edital e seus anexos, após suas respectivas publicações; o terceiro, para fiscalizar as fases de habilitação e julgamento das propostas, após o encerramento dessas fases; e o quarto, para avaliar o ato de outorga e contrato após sua assinatura. A dinâmica de entrega da documentação solicitada e análise pela unidade técnica competente se manteve ocorrendo ao fim de cada estágio de fiscalização, sendo o encaminhamento do processo ao relator realizado somente após a homologação do resultado.

Apesar das alterações pontuais ocorridas entre essa norma e a que lhe antecedeu, o ato normativo de 1998 permaneceu não exigindo, na fase de fiscalização que antecede a publicação do edital, a remessa, pelo dirigente do órgão ou entidade federal concedente, da minuta de edital e seus respectivos anexos para apreciação pelo TCU.

3.1.3 Instrução Normativa nº 46, de 25 de agosto de 2004

Em agosto de 2004, o TCU editou a Instrução Normativa nº 46, de 25 de agosto de 2004 para disciplinar especificamente sobre a fiscalização dos processos de concessão¹⁶² para

¹⁵⁹ Vide art. 9º da IN nº 27/1998.

¹⁶⁰ Vide art. 17 da IN nº 27/1998.

¹⁶¹ Vide parágrafo único do art. 9º da IN nº 27/1998.

¹⁶² O conceito de concessão de serviço público contido no inciso I do art. 2º da IN nº 46/2004 reproduz de forma idêntica o conceito contido no inciso V do § 1º do art. 1º da IN nº 27/1998 (vide nota de rodapé 148).

exploração de rodovias federais, inclusive as rodovias ou trechos rodoviários delegados pela União a estado, ao Distrito Federal, a município, ou a consórcio entre eles.

Essa Instrução Normativa, aplicável especificamente às hipóteses de concessão rodoviária, não revogou a Instrução Normativa nº 27/1998, que permaneceu vigente e sendo adotada para os demais casos.

Em comparação à IN nº 27/1998, a IN nº 46/2004 ampliou sobremaneira o volume de documentos exigidos pela Corte de Contas para análise. Além disso, acrescentou mais um estágio de fiscalização, totalizando, a partir de então, cinco.

No primeiro estágio, dois dos três documentos que eram exigidos desde 1998 foram mantidos. São eles (i) o relatório de estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à outorga, de utilidade para a licitação, realizados ou autorizados pelo órgão ou pela entidade federal concedente, quando houvesse¹⁶³; e (ii) o relatório sintético sobre os estudos de impacto ambiental disponíveis, em que fosse indicada a existência de licenciamento ambiental para a execução das obras previstas, bem como a existência de passivo ambiental no trecho rodoviário a ser licitado e o agente responsável por sua recuperação¹⁶⁴.

O escopo do terceiro documento, todavia, sofreu acréscimo: ao invés de relatório sintético sobre os estudos de viabilidade técnica e econômica do empreendimento passou-se a exigir a apresentação dos próprios estudos de viabilidade técnica e econômica, contendo uma série de informações mínimas¹⁶⁵, que deveriam se somar àquelas que o gestor do processo julgasse necessário incluir¹⁶⁶.

Além desses três documentos, no primeiro estágio de fiscalização, o dirigente do órgão ou entidade federal concedente ainda deveria encaminhar quatro outros, sendo eles: (i) ato justificativo quanto à conveniência da outorga da concessão, em que esteja caracterizado o objeto, a área e o prazo, bem como informação quanto ao caráter de exclusividade da concessão;

¹⁶³ Vide alínea “d” do inciso I do art. 3º da IN nº 46/2004.

¹⁶⁴ Vide alínea “f” do inciso I do art. 3º da IN nº 46/2004.

¹⁶⁵ O documento deveria conter, no mínimo, a indicação (i) do objeto, área e prazo da concessão; (ii) da quantificação e localização das praças de pedágio devidamente justificadas; (iii) dos estudos técnicos estimativos dos índices de fuga e impedância adequadamente fundamentados; (iv) do estudo específico e fundamentado de estimativa de tráfego para a rodovia ou trecho de rodovia em licitação; (v) do orçamento, com data de referência, das obras a realizar previstas pelo poder concedente para o objeto a licitar; (vi) do custo estimado de prestação dos serviços, incluindo os custos operacionais; (vii) da projeção das receitas operacionais da concessionária; (viii) da projeção de ganhos de produtividade, decorrentes de avanço tecnológico, aperfeiçoamento industrial, soluções técnicas inovadoras e soluções/produtos novos; (ix) de eventuais fontes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou decorrentes de projetos associados; e (x) do fluxo de caixa projetado do empreendimento, coerente com o estudo de viabilidade.

¹⁶⁶ Vide alínea “c” do inciso I do art. 3º da IN nº 46/2004.

(ii) comprovante de que o objeto licitado foi incluído no plano de outorgas proposto pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) ao Ministério dos Transportes¹⁶⁷; (iii) Programa de Exploração da Rodovia (PER) ou outro documento que se destinasse a delimitar as obras, os investimentos e os serviços a serem realizados pela concessionária durante a execução contratual, acompanhado dos respectivos cronogramas físico-financeiros; e (iv) exigências contratuais e legais impostas por organismos internacionais, quando participassem do financiamento do empreendimento¹⁶⁸.

Todos os documentos relativos ao primeiro estágio de fiscalização deveriam ser encaminhados no prazo mínimo de 45 (quarenta e cinco) dias antes da publicação do edital de licitação¹⁶⁹.

Já no segundo estágio de fiscalização, além (i) do edital de licitação; (ii) dos seus anexos, incluindo a minuta do contrato de concessão; (iii) de todas as comunicações e esclarecimentos porventura encaminhados às empresas participantes da licitação; e (iv) das impugnações contra o edital, acompanhadas das respectivas análises proferidas pela comissão de licitação, a IN nº 46/2004 acrescentou a exigência de apresentação (v) das retificações do edital e (vi) da justificativa para a escolha do parâmetro ou do indicador a ser utilizado para a aferição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão¹⁷⁰.

Os referidos documentos deveriam ser encaminhados para análise do Tribunal, respectivamente, no prazo de 10 (dez) dias após (i) a publicação do edital; (ii) o envio das comunicações e esclarecimentos aos licitantes; (iii) a retificação do edital de licitação; (iv) a análise conclusiva de impugnação apresentada contra o edital de licitação.

A IN nº 46/1004 segregou a análise da fase de habilitação, no terceiro estágio, da análise da fase de julgamento das propostas, no quarto estágio.

Assim, no terceiro estágio, exigia-se o encaminhamento (i) dos questionamentos, comunicações e esclarecimentos porventura encaminhados às licitantes sobre a fase de habilitação; (ii) das atas de abertura e de encerramento da fase de habilitação; (iii) do relatório de julgamento da fase de habilitação¹⁷¹, todos esses no prazo máximo de 10 (dez) dias após a

¹⁶⁷ A proposição dos planos de outorgas pela ANTT é atribuição contida no inciso III do art. 24 da sua lei de criação – Lei Federal nº 10.233, de 5 de junho de 2001.

¹⁶⁸ Vide alíneas “a”, “b”, “e” e “g” do inciso I do art. 3º da IN nº 46/2004.

¹⁶⁹ Vide inciso I do art. 4º da IN nº 46/2004.

¹⁷⁰ Vide inciso II do art. 3º da IN nº 46/2004.

¹⁷¹ O referido relatório deveria abordar os aspectos relativos a (i) habilitação jurídica; (ii) regularidade fiscal; (iii) qualificação técnica; (iv) qualificação econômico-financeira; (v) declaração dos licitantes quanto a recebimento de todos os documentos da licitação, bem como conhecimento de todas as informações e das condições locais da rodovia ou trecho a ser licitado, por meio de vistoria, necessárias para o cumprimento das obrigações objeto da licitação; e (vi) compromisso do licitante de informar ao órgão concedente a superveniência de fato impeditivo da habilitação, se existente, conforme exigido pela alínea “c” do inciso III do art. 3º da IN nº 46/2004.

divulgação do resultado final da fase de habilitação; e (iv) das decisões proferidas em recursos interpostos contra os resultados da fase de habilitação, essas no prazo de 10 (dez) dias contados da análise conclusiva dos recursos¹⁷².

Já no quarto estágio, quando houvesse julgamento de proposta técnica, cabia ao dirigente do órgão ou entidade concedente encaminhar para análise da Corte de Contas (i) os questionamentos, comunicações e esclarecimentos porventura encaminhados às licitantes sobre essa fase; (ii) as atas de abertura e encerramento da fase de julgamento das propostas técnicas; (iii) o relatório de julgamento; e (iv) as decisões proferidas em recursos interpostos contra os resultados dessa fase¹⁷³.

Em todo caso, em relação à fase de julgamento das propostas econômico-financeiras, deveriam ser analisados (i) os questionamentos, comunicações e esclarecimentos porventura encaminhados às licitantes sobre essa fase de julgamento; (ii) as atas de abertura e encerramento da fase de julgamento das propostas econômico-financeiras; (iii) o relatório de julgamento das propostas econômico-financeiras, em que fossem avaliados a exequibilidade das propostas apresentadas e a necessidade de vantagens ou subsídios que não estejam previamente autorizados em lei e à disposição de todos os concorrentes; e (iv) as decisões proferidas em recursos interpostos contra os resultados dessa fase¹⁷⁴.

Em qualquer das fases de julgamento – de propostas técnicas ou propostas econômico-financeiras –, os referidos documentos deveriam ser encaminhados no prazo máximo de 10 (dez) dias seja da divulgação do resultado final da respectiva fase, seja da análise conclusiva dos recursos interpostos contra o resultado final da fase em questão¹⁷⁵.

Por fim, no quinto estágio, no prazo de 10 (dez) dias após a assinatura do contrato de concessão, além (i) do ato de outorga e (ii) do contrato assinado – documentos que já eram exigidos desde 1998 –, a IN nº 46/2004 adicionou a exigência de apresentação (iii) do PER ou outro documento que se destine a delimitar as obras e os serviços a serem realizados durante o prazo contratual; e (iv) de cópia da proposta econômico-financeira apresentada pela licitante vencedora e dos correspondentes anexos¹⁷⁶.

¹⁷² Vide inciso III do art. 3º c/c inciso III do art. 4º, ambos da IN nº 46/2004.

¹⁷³ Vide alínea “a” do inciso IV do art. 3º da IN nº 46/2004.

¹⁷⁴ Vide alínea “b” do inciso IV do art. 3º da IN nº 46/2004.

¹⁷⁵ Vide inciso IV do art. 4º da IN nº 46/2004.

¹⁷⁶ Nos termos da alínea “d” do inciso V do art. 3º da IN nº 46/2004, esse documento deveria conter, no mínimo, (i) matriz de tráfego e premissas adotadas para a formulação da proposta econômico-financeira; (ii) discriminação de todas as receitas esperadas; (iii) discriminação e cronograma econômico-financeiro dos investimentos e dos custos operacionais; e (iv) fluxo de caixa da concessão com demonstração da Taxa Interna de Retorno (TIR) ou de qualquer outro parâmetro, previsto no edital de licitação, que se destine a aferir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

Dessa vez, a Instrução Normativa de 2004 não delimitou prazo para análise dos documentos pela unidade técnica, se reservando apenas a indicar que a análise deveria ocorrer na medida em que os elementos correspondentes a cada estágio de fiscalização fossem recebidos¹⁷⁷.

Contudo, manteve a regra de remessa dos autos ao respectivo ministro relator somente após a análise da fase de julgamento das propostas, que, nesse caso, correspondia ao fim do quarto estágio, tendo estipulado ainda que a remessa não poderia ultrapassar o prazo de 20 (vinte) dias contados a partir do fim do quarto estágio¹⁷⁸. Foi mantida também a hipótese excepcional de remessa antecipada dos autos, em qualquer estágio da fiscalização, caso verificados indícios ou evidências de irregularidades¹⁷⁹.

De forma adicional, previu que após o recebimento do contrato de concessão assinado – no quinto estágio da fiscalização –, a unidade técnica deveria encaminhar ao relator informação acerca da adequação do termo contratual com os ditames da licitação, acompanhada de proposta de encerramento dos autos ou de adoção de outra medida que se fizesse necessária, no prazo não superior a 15 (quinze) dias úteis¹⁸⁰.

O prazo mínimo a ser observado entre a data de homologação do resultado do julgamento das propostas e a data de assinatura do contrato se manteve em 45 (quarenta e cinco) dias, com o fito de permitir a adequada análise pelo Tribunal¹⁸¹.

Conclui-se, portanto, que, especificamente para as concessões rodoviárias de 2004 a 2018, o TCU realizava sua fiscalização em cinco etapas, sendo a primeira previamente à publicação do edital; a segunda, para analisar o edital e seus anexos após sua publicação; a terceira, para avaliar a fase de habilitação, após o seu encerramento; a quarta, para fiscalizar a fase de julgamento das propostas; e a quinta, para analisar os documentos respectivos após assinatura do contrato de concessão.

A normativa de 2004, que entrou em vigência paralelamente à vigência da IN nº 27/1998, apesar da profusão de documentos que exigia fossem apresentados pelos dirigentes dos órgãos ou entidades concedentes, também nada disciplinava acerca da análise de minuta de edital, pelo TCU, antes de sua publicação.

¹⁷⁷ Vide caput do art. 5º da IN nº 46/2004.

¹⁷⁸ Vide § 1º do art. 5º da IN nº 46/2004.

¹⁷⁹ Vide art. 13 da IN nº 46/2004.

¹⁸⁰ Vide § 2º do art. 5º da IN nº 46/2004.

¹⁸¹ Vide parágrafo único do art. 4º da IN nº 46/2004.

3.1.4 Instrução Normativa nº 52, de 4 de julho de 2007

Ainda, em julho de 2007 o Tribunal de Contas da União publicou a Instrução Normativa nº 52, de 4 de julho de 2007, dessa vez para disciplinar especificamente o controle e a fiscalização dos procedimentos de licitação, contratação e execução contratual de parcerias público-privadas (PPP).

Essa Instrução Normativa permaneceu vigente ao lado da IN nº 27/1998 e da IN nº 46/2004 – ambas analisadas anteriormente –, sendo os regramentos das normativas de 2004 e 2007 aplicáveis aos casos específicos que disciplinavam, ao passo que o da norma de 1998 era aplicado, de forma residual, a todos os demais casos.

Embora o teor dessa Instrução Normativa, por tratar especificamente de PPPs, não se aplique diretamente aos projetos concessão federais – objeto alvo da pesquisa ora desenvolvida –, como ela está umbilicalmente ligada à posteriormente editada Instrução Normativa nº 81/2018, avaliar seus termos também é importante nesse contexto de análise.

Essa IN, além de vários dos documentos que já eram disciplinados até então pelas normativas anteriores, exigia também dos dirigentes dos órgãos ou entidades concedentes a apresentação de muitos novos documentos, em decorrência das determinações específicas da Lei Federal nº 11.079/2004 para esse tipo de contratação.

Dos cinco estágios de fiscalização, no primeiro deviam ser encaminhados ao TCU para análise quinze documentos distintos, sendo eles ¹⁸²: (i) o pronunciamento prévio e fundamentado do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão sobre o mérito do projeto; (ii) a autorização legislativa específica, no caso de concessões patrocinadas em que mais de 70% (setenta por cento) da remuneração do parceiro privado fosse paga pela Administração Pública; (iii) a autorização competente para abertura de procedimento licitatório devidamente fundamentada em estudo técnico ¹⁸³; (iv) os estudos de viabilidade técnica e econômico-financeira, que deveriam conter um conteúdo mínimo previsto na normativa ¹⁸⁴, além de outras

¹⁸² Vide inciso I do art. 4º da IN nº 52/2007.

¹⁸³ O estudo técnico deveria caracterizar a conveniência e a oportunidade da contratação mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de PPP, nos termos da alínea “c” do inciso I do art. 4º da IN nº 52/2007.

¹⁸⁴ Nos termos da alínea “d” do inciso I do art. 4º da IN nº 52/2007, os estudos deveriam indicar, no mínimo, (i) objeto, local e prazo da concessão; (ii) orçamento detalhado, com data de referência, das obras previstas pelo poder concedente, que permitisse a plena caracterização do projeto a ser licitado; (iii) discriminação de todos os custos e despesas estimados para a prestação dos serviços; (iv) projeção das receitas operacionais da concessionária, contendo estudo específico e fundamentado da estimativa da demanda; (v) eventuais fontes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou decorrentes de projetos associados; (vi) documentos e planilhas eletrônicas desenvolvidos para avaliação econômico-financeira do empreendimento; e (vii) em caso de PPP que tivesse por

informações que o gestor do processo julgasse necessárias; (v) a relação de estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados ao objeto a ser licitado, quando houvesse; (vi) a descrição das obras, dos investimentos e dos serviços a serem realizados pela Sociedade de Propósito Específico (SPE) durante a execução contratual, acompanhados dos respectivos cronogramas físico-financeiros; (vii) cópia da licença ambiental prévia ou das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento; (viii) a relação das medidas mitigadoras e/ou compensatórias dos impactos ao meio ambiente, inclusive do passivo ambiental existente, acompanhada de cronograma físico-financeiro e indicação do agente responsável pela implementação das medidas; (ix) laudo de viabilidade das garantias emitido pela instituição financeira responsável pela administração do Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas (FGP); (x) as obrigações contratuais decorrentes de financiamentos previamente concedidos por organismos ou instituições internacionais que tivessem impacto no empreendimento; (xi) a definição do parâmetro ou do indicador que seria utilizado para a aferição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, bem como justificativa para a sua adoção; (xii) os indicadores adotados para a avaliação do desempenho do parceiro privado, devidamente justificados; (xiii) a repartição dos riscos entre as partes associadas ao projeto; (xiv) os estudos de impacto orçamentário-fiscal, cujo conteúdo mínimo era previsto na normativa, além das demais informações que o gestor do processo julgasse necessárias¹⁸⁵; e (xv) o relatório com manifestação do órgão gestor acerca das questões suscitadas durante a audiência sobre os estudos de viabilidade, caso houvesse.

objeto a concessão de rodovias, a quantificação e localização das praças de pedágio devidamente justificadas, além de estudos técnicos estimativos dos índices de fuga e impedância adequadamente fundamentados.

¹⁸⁵ Conforme previsto na alínea “n” do inciso I do art. 4º da IN nº 52/2007, os estudos de impacto orçamentário-fiscal deveriam conter, no mínimo, (i) demonstrativo, acompanhado de memória de cálculo analítica, do impacto da contratação da PPP sobre as metas de resultado nominal e primário e montante da dívida líquida do Governo Federal, para o ano a que se referirem e para os dois anos seguintes, discriminando valores a serem compensados por meio de aumento permanente de receita ou redução permanente de despesa; (ii) demonstrativo, acompanhado de memória de cálculo analítica, do impacto da contratação sobre a) os limites globais para o montante da dívida consolidada da União, b) as operações de crédito externo e interno da União, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público federal, c) os limites e as condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno; (iii) demonstrativo, com memória de cálculo analítica, do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de PPP; (iv) declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela Administração Pública no decorrer do contrato são compatíveis com a lei de diretrizes orçamentárias e estão previstas na lei orçamentária anual; (v) demonstrativo, acompanhado de memória de cálculo analítica por exercício financeiro, que contemple a estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública; (vi) declaração, acompanhada de documentos comprobatórios, de que o objeto da PPP está previsto no plano plurianual em vigor, no âmbito em que o contrato será celebrado; e (vii) pronunciamento prévio e fundamentado do Ministério da Fazenda, acompanhado de memória de cálculo analítica, de que a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas não excedeu, no ano anterior, a 1% (um por cento) da receita corrente líquida do exercício, e as despesas anuais dos contratos vigentes, nos 10 (dez) anos subsequentes, inclusive as decorrentes da contratação da parceria em análise, não excederão a 1% (um por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.

Todos esses quinze diferentes documentos deveriam ser enviados ao Tribunal de Contas da União com antecedência mínima de 60 (sessenta) dias da data de publicação do edital de licitação¹⁸⁶.

Já no segundo estágio de fiscalização, era exigida a apresentação de sete outros documentos¹⁸⁷: (i) comprovante de convocação de consulta pública para discussão da minuta de edital e de contrato, no prazo máximo de 5 (cinco) dias a partir da publicação da convocação; (ii) relatório com manifestação do órgão gestor acerca das questões suscitadas durante a referida consulta pública, no prazo de 5 (cinco) dias contados da divulgação do relatório; (iii) aprovação do edital da licitação pelo Conselho Gestor de Parcerias Público-Privadas (CGP), após, no máximo, 5 (cinco) dias da aprovação; (iv) o edital de licitação e seus anexos no prazo máximo de 5 (cinco) dias da sua publicação; (v) relatório com manifestação do órgão gestor acerca das questões suscitadas durante a audiência sobre a minuta de edital e contrato, caso houvesse, no prazo de 5 (cinco) dias contados da divulgação do relatório; (vi) comunicações e esclarecimentos porventura encaminhados às empresas participantes da licitação, no prazo de 5 (cinco) dias contados do envio, bem como eventuais retificações do edital, também no prazo de 5 (cinco) dias, contados da publicação da retificação; e (vii) impugnações apresentadas contra o edital e análises correspondentes realizadas pela comissão de licitação, após, no máximo, 5 (cinco) dias da análise conclusiva da respectiva impugnação.

No terceiro estágio fiscalizatório, assim como na dinâmica de outras normativas, a Corte de Contas cuidava de analisar os documentos relativos à fase de habilitação. Os dirigentes dos órgãos ou entidades concedentes, então, deveriam submeter à apreciação do Tribunal (i) os questionamentos, comunicações e esclarecimentos porventura encaminhados aos licitantes sobre a fase de habilitação, bem como (ii) as atas de abertura e de encerramento da fase e (iii) o relatório de julgamento dessa fase de habilitação¹⁸⁸, todos esses documentos no prazo máximo de 5 (cinco) dias após a divulgação do resultado final da fase; além (iv) das decisões proferidas em recursos interpostos contra os resultados da fase de habilitação, no prazo de 5 (cinco) dias contados da análise conclusiva dos recursos¹⁸⁹.

¹⁸⁶ Vide inciso I do art. 5º da IN nº 52/2007.

¹⁸⁷ Vide inciso II do art. 4º c/c inciso II do art. 5º, ambos da IN nº 52/2007.

¹⁸⁸ Nos termos da alínea “c” do inciso III do art. 4º da IN nº 52/2007, o referido relatório deveria abordar aspectos relativos a (i) habilitação jurídica; (ii) regularidade fiscal; (iii) qualificação técnica; (iv) qualificação econômico-financeira; e (v) declaração dos licitantes quanto ao conhecimento de todas as informações necessárias para o cumprimento das obrigações objeto da licitação.

¹⁸⁹ Vide inciso III do art. 4º c/c inciso III do art. 5º, ambos da IN nº 52/2007.

Também conforme a dinâmica já adotada pelo TCU nas normativas anteriormente editadas, o quarto estágio de fiscalização cuidava da análise da fase de julgamento das propostas¹⁹⁰.

Nos casos em que o procedimento licitatório previa apresentação e julgamento de proposta técnica, os dirigentes deveriam submeter à análise da Corte de Contas (i) os questionamentos, comunicações e esclarecimentos porventura encaminhados aos licitantes sobre a fase de julgamento das propostas técnicas; (ii) as atas de abertura e de encerramento dessa fase de julgamento; e (iii) o relatório de julgamento, contendo, entre outras informações, decisões proferidas em recursos interpostos contra os resultados dessa¹⁹¹. O prazo para envio da documentação era de, no máximo, 5 (cinco) dias após a divulgação do resultado final da fase de julgamento das propostas técnicas ou após a análise conclusiva dos recursos interpostos, a depender do caso¹⁹².

Independentemente da existência de fase de julgamento das propostas técnicas, a IN em questão previa a obrigação de envio de documentos, pelos dirigentes dos órgãos ou entidades concedentes, relativos à fase de julgamento das propostas econômico-financeiras. Nesse caso, eram analisados¹⁹³ (i) os questionamentos, comunicações e esclarecimentos porventura encaminhados aos licitantes sobre a fase de julgamento das propostas econômico-financeiras; (ii) as atas de abertura e encerramento dessa fase; (iii) o relatório de julgamento das propostas econômico-financeiras¹⁹⁴.

O prazo para envio da documentação pelos dirigentes era de 5 (cinco) dias úteis contados da divulgação do resultado final da fase de julgamento das propostas econômico-financeiras ou da análise conclusiva dos recursos interpostos, a depender do caso¹⁹⁵.

Por fim, no quinto estágio de fiscalização, eram analisados pelo TCU (i) o ato de adjudicação do objeto da licitação; (ii) o ato de constituição da SPE; (iii) o contrato de concessão assinado; e (iv) a proposta econômico-financeira apresentada pelo licitante vencedor

¹⁹⁰ Como a Lei Federal nº 11.079/2004 autoriza, em seu art. 13, a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, a IN nº 52/2007 também previa no § 1º do art. 4º a possibilidade de se inverter a ordem do terceiro e quarto estágios de fiscalização.

¹⁹¹ Vide alínea “a” do inciso IV do art. 4º da IN nº 52/2007.

¹⁹² Vide inciso IV do art. 5º da IN nº 52/2007.

¹⁹³ Vide inciso IV do art. 4º da IN nº 52/2007.

¹⁹⁴ Nos termos da alínea “b” do inciso IV do art. 4º da IN nº 52/2007, o referido relatório deveria avaliar, entre outros dispositivos, (i) a consistência dos fluxos de caixa relativos ao projeto objeto da licitação, a razoabilidade e exequibilidade das propostas apresentadas, com destaque para a correspondente adequação destas à boa técnica de finanças e à conjuntura econômica do país; e (ii) as decisões proferidas em recursos interpostos contra os resultados da fase de julgamento das propostas econômico-financeiras.

¹⁹⁵ Vide inciso IV do art. 5º da IN nº 52/2007.

e correspondentes anexos¹⁹⁶. Os documentos deveriam ser encaminhados pelos responsáveis ao Tribunal no prazo de 5 (cinco) dias após a adjudicação do objeto da licitação ou após a assinatura do contrato de concessão, a depender do caso¹⁹⁷.

Em suma, de 2007 a 2018, ao fiscalizar os projetos federais de parcerias público-privadas, o Tribunal de Contas da União analisava, no primeiro estágio, os documentos que, previamente à publicação do edital, demonstravam a viabilidade do projeto; no segundo estágio, a documentação afeta à publicação do edital; no terceiro, as informações relativas à fase de habilitação; no quarto, as relativas à fase de julgamento das propostas; e, no quinto estágio, a documentação pertinente à constituição da SPE e assinatura do contrato de PPP.

Como se vê, na dinâmica prevista na IN n° 52/2007, novamente a Corte de Contas não exigia, nos estágios de fiscalização que antecederiam a publicação do edital, o encaminhamento da minuta do edital e seus respectivos anexos para apreciação do Tribunal.

3.2 A partir de 2018

Em 20 de junho de 2018, o Tribunal de Contas da União editou a Instrução Normativa n° 81 para dispor, de forma geral e mais simplificada, sobre a fiscalização, pelo órgão de controle externo federal, dos processos de desestatização realizados pela Administração Pública federal.

Diz-se que o intuito era dispor de forma geral sobre o tema, porque a IN n° 81/2018 revogou as Instruções Normativas n° 27/1998, 46/2004 e 52/2017 e as substituiu, disciplinando em uma só norma infralegal o rito a ser adotado para fiscalização, pelo controle externo, de todo e qualquer processo de desestatização federal¹⁹⁸. E de forma simplificada, pois deu fim aos múltiplos estágios de análise, concentrando o ato de apresentação de toda a documentação exigida em uma só oportunidade, como se verá a seguir.

Em evento promovido pelo TCU em 17 de outubro de 2018 para debater o tema da atuação do Tribunal nas desestatizações de serviços públicos e tratar do novo rito de análise conforme a sistemática da IN n° 81/2018¹⁹⁹, o à época Coordenador-Geral de Controle Externo de Infraestrutura do TCU esclareceu que o objetivo primeiro com a alteração proposta era

¹⁹⁶ Vide inciso V do art. 4° da IN n° 52/2007.

¹⁹⁷ Vide inciso V do art. 5° da IN n° 52/2007.

¹⁹⁸ A extensão do conceito de “processos de desestatização”, tal como adotado pelo TCU, já foi tema objeto de análise no subcapítulo 2.1.

¹⁹⁹ Atuação do TCU em desestatizações e regulação de serviços públicos é tema de debate. **Portal TCU**, 2018. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/atualizacao-do-tcu-em-desestatizacoes-e-regulacao-de-servicos-publicos-e-tema-de-debate.htm>. Acesso em: 21 mar. 2023.

consolidar o tema em uma só normativa, a fim de não restar dúvidas acerca das regras a serem seguidas pelos jurisdicionados. Além disso, objetivava-se também um ganho com a organização interna do Tribunal, de forma a permitir retornos mais tempestivo e céleres²⁰⁰.

De acordo com a redação do art. 1º da própria Instrução Normativa nº 81/2018, o procedimento fiscalizatório ali previsto, a ser adotado pela Corte de Contas da União, alcança quatro modalidades distintas de processos de desestatização. São elas: (i) as privatizações de empresas; (ii) as concessões e permissões de serviço público; (iii) a contratação das Parcerias Público-Privadas (PPP); e (iv) as outorgas de atividades econômicas reservadas ou monopolizadas pelo Estado. No presente trabalho, como já sabido, o foco são os processos de concessão de serviços públicos.

Pode-se dizer que, na nova sistemática instituída pela normativa de 2018, o processo de fiscalização é dividido em dois momentos, mas que não se comparam ou se confundem com a divisão em estágios de fiscalização prevista nas Instruções Normativas que a antecedeu.

Isso, porque, em um primeiro momento, há obrigação de o órgão ou a entidade da Administração Pública federal responsável por conduzir o processo de concessão apresentar ao TCU um extrato do planejamento da desestatização que se pretende, observado o prazo mínimo de 150 (cento e cinquenta) dias de antecedência da data pretendida para publicação do edital. O extrato deve conter, no mínimo, a descrição do objeto, a previsão do valor dos investimentos, sua relevância, a localização e o respectivo cronograma licitatório²⁰¹.

Contudo, segundo consta da própria norma, tal extrato tem o objetivo apenas de permitir o planejamento, pelo Tribunal de Contas, das suas ações de controle. Ou seja, não há previsão, na sistemática da Instrução Normativa, de apreciação propriamente dita e manifestação, pelo Tribunal, acerca do conteúdo do referido documento. Não obstante, devem ser comunicadas à Corte quaisquer alterações havidas no extrato do planejamento posteriormente ao seu envio²⁰².

Em um segundo momento, com antecedência mínima de 90 (noventa) dias da data prevista para publicação do instrumento convocatório²⁰³ é que os órgãos ou entidades do Poder Executivo devem encaminhar ao TCU os Estudos de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental (EVTEAs) e as minutas do instrumento convocatório e respectivos anexos, incluindo minuta contratual e caderno de encargos, já consolidados com os resultados

²⁰⁰ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Diálogo Público: Atuação do TCU nas Desestatizações e Regulação dos Serviços Públicos – Manhã. **YouTube**, 17 de outubro de 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=2YhRVM4Z0XE>. Acesso em: 21 mar. 2023.

²⁰¹ Vide § 2º do art. 2º da IN nº 81/2018.

²⁰² Vide § 4º do art. 2º da IN nº 81/2018.

²⁰³ Vide art. 8º da IN nº 81/2018.

decorrentes de eventuais consultas e audiências públicas realizadas, materializados em 21 (vinte e um) possíveis documentos²⁰⁴, a serem apresentados conforme a pertinência ao caso concreto²⁰⁵.

Vale dizer que a exigência desses 21 (vinte e um) documentos se aplica a todos os processos de desestatização federal, com exceção das privatizações, hipótese em que deve ser apresentada à Corte a documentação especificamente prevista no art. 4º da IN nº 81/2018. Ademais, nos casos em que a desestatização se refira a PPP, além dos documentos supracitados, previstos no art. 3º, devem ser apresentadas também as informações adicionais listadas no art. 5º da mesma IN.

Como dito, a nova normativa concentra nesse momento – qual seja, antes da publicação do edital de licitação – a apresentação pelos gestores dos órgãos ou entidades concedentes de toda a documentação exigida, diferentemente da sistemática adotada pelas normativas

²⁰⁴ São eles: (i) deliberação competente para abertura de procedimento licitatório; (ii) objeto, área de exploração e prazo do contrato ou do ato administrativo; (iii) documentos e planilhas eletrônicas desenvolvidos para avaliação econômico-financeira do empreendimento; (iv) relação de estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados ao objeto a ser licitado, quando houver, com a discriminação dos custos correspondentes; (v) estudo de demanda atualizado e desenvolvido a partir das características do empreendimento a ser licitado; (vi) projeção das receitas operacionais, devidamente fundamentada no estudo de demanda; (vii) relação de possíveis fontes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou decorrentes de projetos associados, bem como a descrição de como serão apropriadas durante a execução do contrato a fim de promover a modicidade tarifária; (viii) relação das obras e dos investimentos obrigatórios a serem realizados pela delegatária durante a execução do termo de ajuste, acompanhados dos respectivos cronogramas físico-financeiros, bem como das obras e dos investimentos que caberá ao Poder Concedente realizar, se for o caso; (ix) relação de obras e investimentos não obrigatórios, mas que são vinculados ao nível de serviço, acompanhados da estimativa de sua implantação, por meio de cronogramas físico-financeiros sintéticos; (x) orçamento detalhado e atualizado das obras e dos investimentos a serem realizados obrigatoriamente pela delegatária, de forma que os elementos de projeto básico e o nível de atualização dos estudos apresentados permitam a plena caracterização da obra, do investimento ou do serviço; (xi) discriminação fundamentada das despesas e dos custos estimados para a prestação dos serviços; (xii) discriminação das garantias exigidas da delegatária para cumprimento do plano de investimentos do empreendimento, adequadas a cada caso; (xiii) definição da metodologia a ser utilizada para a aferição do equilíbrio econômico-financeiro no primeiro ciclo de revisão do contrato de concessão ou permissão e sua forma de atualização, bem como justificativa para a sua adoção; (xiv) definição da metodologia para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro afetado; (xv) descrição da metodologia a ser utilizada para aferir a qualidade dos serviços prestados pela delegatária, incluindo indicadores, períodos de aferição e outros elementos necessários para definir o nível de serviço; (xvi) obrigações contratuais decorrentes de financiamentos previamente concedidos por organismos ou instituições internacionais que tenham impacto no empreendimento; (xvii) cópia da licença ambiental prévia, das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento ou das condicionantes fixadas pelo órgão ambiental responsável, na forma do regulamento setorial, sempre que o objeto da licitação assim o exigir; (xviii) relação das medidas mitigadoras e/ou compensatórias dos impactos ao meio ambiente, inclusive do passivo ambiental existente, acompanhada de cronograma físico-financeiro e da indicação do agente responsável pela implementação das referidas medidas; (xix) discriminação dos custos para adequação do projeto às exigências ou condicionantes do órgão competente de proteção ao meio ambiente; (xx) relatório com manifestação do órgão gestor acerca das questões suscitadas durante a audiência pública sobre os estudos de viabilidade, caso ocorra, e sobre a minuta do instrumento convocatório e anexos; e (xxi) estudo contendo descrição exaustiva de todos os elementos que compõem a matriz de repartição de riscos do empreendimento, fundamentando a alocação de cada risco mapeado para cada uma das partes envolvidas no contrato a ser firmado.

²⁰⁵ Vide art. 3º da IN nº 81/2018.

anteriores que divisava a apresentação dos documentos em diferentes estágios de fiscalização, que acompanhavam temporalmente as etapas do próprio projeto de concessão.

A análise da documentação pelo TCU também se dá em um só momento, qual seja, após o recebimento de todos os documentos e informações exigidos, ainda na fase que antecede a publicação do edital. Essa sistemática também difere da dinâmica das Instruções Normativas anteriores, que previam a análise pela unidade técnica *pari passu* com o recebimento dos documentos pelo Tribunal – já que o envio desses documentos se dava de forma faseada conforme os estágios de fiscalização.

Nesse caso, a unidade técnica responsável pela instrução do processo de acompanhamento da desestatização tem o prazo de 75 (setenta e cinco) dias – ou seja, até 15 (quinze) dias antes do prazo previsto para a publicação do edital²⁰⁶ – para autuá-lo, analisar os documentos e informações encaminhados e submeter ao ministro relator do processo parecer, com proposta de mérito, sobre o que fora analisado²⁰⁷.

Vale aqui a referência ao Regimento Interno do TCU (Resolução TCU nº 246/2011) para esclarecer que o acompanhamento – expressão utilizada na Instrução Normativa nº 81/2018 – é um dos instrumentos de fiscalização a disposição do Tribunal, a ser utilizado quando o intuito é examinar, por tempo determinado, a legalidade e legitimidade de atos de gestão de responsáveis sujeitos à jurisdição da Corte quanto ao aspecto contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial ou, ainda, avaliar, também por tempo determinado, desempenho de órgãos e entidades jurisdicionadas, bem como sistemas, programas, projetos e atividades governamentais, quanto aos aspectos de economicidade, eficiência e eficácia dos atos praticados²⁰⁸.

Reforça-se que, também diferentemente da sistemática das normativas anteriormente vistas, dentre os documentos contidos na listagem do art. 3º da IN nº 81/2018, cujo envio para análise pela Corte de Contas é obrigatório, encontra-se a minuta do instrumento convocatório de licitação, acompanhada da respectiva minuta do contrato de concessão.

Por força de alteração promovida pela Instrução Normativa nº 86, de 22 de abril de 2020, a IN nº 81/2018 passou a prever que a unidade técnica, antes do encaminhamento do processo de acompanhamento da desestatização ao relator, deve apresentar relatório de acompanhamento para comentários dos gestores, preferencialmente por meio de reunião

²⁰⁶ O § 7º do art. 9º da IN nº 81/2018 autoriza que o ministro relator fixe prazo superior para análise do acompanhamento da desestatização em casos excepcionais, nos quais a magnitude e a complexidade do empreendimento assim o exijam.

²⁰⁷ Vide caput do art. 9º da IN nº 81/2018.

²⁰⁸ Vide art. 241 do Regimento Interno do TCU.

técnica, com vistas a assegurar a celeridade do exame da matéria²⁰⁹. Ainda, caso o órgão ou entidade concedente demonstre interesse em apresentar contribuições adicionais àquelas expostas na referida reunião técnica, deve a ele ser concedido prazo adicional de até 15 (quinze) dias para manifestação, período em que fica suspenso o prazo para análise pela unidade técnica²¹⁰.

Essa alteração promovida na IN nº 81/2018, em 2020, que criou uma etapa de análise pelos gestores públicos das eventuais determinações²¹¹ e recomendações²¹² sugeridas pela unidade técnica antes do encaminhamento do parecer para o relator, buscou formalizar uma prática que já era comum, de realização de conversas e reuniões entre os responsáveis pelos processos de desestatização nos respectivos órgãos ou entidades públicos e a unidade técnica do Tribunal, conferindo agora prazo determinado para que ocorra.

Na sequência, o Plenário do TCU emite pronunciamento, em definitivo, a partir da análise desses documentos, quanto à legalidade, legitimidade e economicidade dos atos fiscalizados²¹³.

Os pronunciamentos do Tribunal, via de regra, contemplam determinações²¹⁴ e/ou recomendações²¹⁵ e/ou apenas ciência²¹⁶ aos jurisdicionados destinatários das medidas.

Importante ressaltar que a IN nº 81/2018 não especifica o que acontece caso o Tribunal de Contas não emita pronunciamento definitivo acerca da documentação analisada antes do prazo definido para publicação do edital. Esse é um cenário possível de se verificar na prática, considerando que, como já dito, o prazo da unidade técnica para autuar o processo, analisar a documentação e submeter parecer ao relator pode se estender até 15 (quinze) dias antes do prazo

²⁰⁹ Vide § 8º do art. 9º da IN nº 81/2018.

²¹⁰ Vide § 9º do art. 9º da IN nº 81/2018.

²¹¹ Segundo o TCU, as determinações impõem providências concretas, com prazo, devendo o seu cumprimento ser monitorado. Devem, por isso, indicar, na CRFB, em lei ou em regulamento, o critério que a justifique (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **TCU aprova pacote de normas voltadas à racionalização e simplificação de procedimentos**. Brasília: TCU, 2020. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-aprova-pacote-de-normas-voltadas-a-racionalizacao-e-simplificacao-de-procedimentos.htm>. Acesso em: 20 abr. 2023).

²¹² Já as recomendações têm natureza colaborativa e buscam apresentar ao gestor oportunidades de melhoria (Idem).

²¹³ Vide caput do art. 9º da IN nº 81/2018.

²¹⁴ Nos termos do inciso I do art. 2º da Resolução nº 315/2020, entende-se por determinação a “deliberação de natureza mandamental que impõe ao destinatário a adoção, em prazo fixado, de providências concretas e imediatas com a finalidade de prevenir, corrigir irregularidade, remover seus efeitos ou abster-se de executar atos irregulares”.

²¹⁵ O inciso III do art. 2º da Resolução nº 315/2020 define recomendação como a “deliberação de natureza colaborativa que apresenta ao destinatário oportunidades de melhoria, com a finalidade de contribuir para o aperfeiçoamento da gestão ou dos programas e ações de governo”.

²¹⁶ Já a ciência, nos moldes do inciso II do art. 2º da Resolução nº 315/2020, significa aquela “deliberação de natureza declaratória que cientifica o destinatário sobre a ocorrência de irregularidade, quando as circunstâncias não exigirem providências concretas e imediatas, sendo suficiente, para fins do controle, induzir a prevenção de situações futuras análogas”.

previsto para a publicação do edital. Após, o relator ainda exara seu voto, o processo é incluído na pauta do Plenário e votado pelos ministros. Ou seja, qualquer atraso ou omissão do Tribunal – tanto da unidade técnica quanto do ministro relator ou do Plenário – na análise do processo de acompanhamento da desestatização pode comprometer o cronograma da Administração Pública para a concessão federal em questão, especialmente a previsão de prazo para lançamento do instrumento convocatório.

De igual forma, não há previsão expressa na normativa infralegal sobre a possibilidade de a Administração Pública divulgar o edital antes da manifestação do TCU. Acerca do tema, em material disponibilizado em seu sítio eletrônico oficial, que aborda as dúvidas mais frequentes sobre sua atuação, a Corte de Contas da União informa que a aprovação prévia da minuta de edital pelo Tribunal não é condição indispensável para o prosseguimento do procedimento licitatório²¹⁷.

Ocorre que, na prática, a publicação do edital pela Administração Pública federal antes da análise do TCU não é a regra que se tem presenciado. Ao contrário, em decorrência de um instinto de autoproteção, os gestores públicos têm preferido não se expor ao risco indigesto de levar adiante o certame licitatório cujos termos ainda não foram analisados pelo Tribunal de Contas. Nesse sentido:

Tendo em vista que a atuação sancionatória do TCU incide sobre os gestores públicos individualmente considerados, gera-se um incentivo claro a que eles admitam o controle prévio deste órgão fiscalizador, em uma espécie de “instinto de autopreservação”. Afinal, o controle prévio funcionaria como um “salvo conduto” desejado pelo administrador antes da realização da licitação. Além do medo da penalização, a propensão dos administradores para aceitar o controle prévio pode decorrer de receio de danos reputacionais causados por uma eventual sustação posterior do edital sob o argumento de ilegalidades.²¹⁸

Pela mesma razão, a sistemática inaugurada pelas instruções normativas criou fortes incentivos para a Administração acatar as recomendações e determinações do órgão de controle

²¹⁷ “Para publicar edital de licitação, a administração precisa da aprovação prévia do TCU? A administração pública tem autonomia para agir e editar atos de gestão, sem prévia autorização ou aval do TCU. Se não fosse assim, a agilidade e a tempestividade administrativas ficariam comprometidas. No entanto, o TCU procura agir de forma preventiva e atuar o quanto antes para evitar falhas e irregularidades, inclusive acompanhando processos e atos administrativos na medida em que são executados. Na fiscalização de obras, por exemplo, o TCU tem atuado cada vez mais na fase do edital. Há situações em que a administração deve enviar ao Tribunal o edital para análise, como no caso das concessões públicas. Contudo, a aprovação pelo TCU não é condição para que o processo siga adiante”. (CONHEÇA O TCU. **Tribunal de Contas da União**, Brasília, [s.d.]. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/institucional/conheca-o-tcu/duvidas-frequentes/>. Acesso em: 30 mar. 2023).

²¹⁸ JORDÃO, Eduardo. A intervenção do Tribunal de Contas da União sobre editais de licitação não publicados: controlador ou administrador? In: SUNFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Org.). **Tribunal de Contas da União no direito e na realidade**. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2020, p. 361-362.

antes da divulgação do edital, “afinal, o gestor tem justo receio de ser sancionado e de ver a futura licitação suspensa por ordem do Tribunal”²¹⁹. Sobre o tema, André Rosilho:

Outro importante fator que apesar de não estar ligado à atribuição em comento cria fortes incentivos para que gestores incorporem às suas práticas a visão do Tribunal sobre o Direito consiste na possibilidade de o órgão aplicar sanções a agentes públicos responsáveis por despesas em caso de descumprimento de suas determinações (art. 71, VIII, da Constituição e art. 58, IV, da LOTCU).

O raciocínio comumente feito pelos administradores é bastante lógico: “ora, se não acatar a interpretação que o Tribunal faz das normas ao proceder a exame de legalidade de editais de licitação, os certames muito provavelmente serão suspensos, frustrando, assim, a obtenção de bens ou de serviços almejados pela administração e gerando elevados custos de recurso, de tempo e de oportunidade. Além do mais, tenho o risco de ser sancionado pelo TCU. Logo, o melhor é acatar a visão do controlador sobre o conteúdo da legislação, mesmo que eventualmente dela discorde, mitigando, assim, potenciais riscos”.

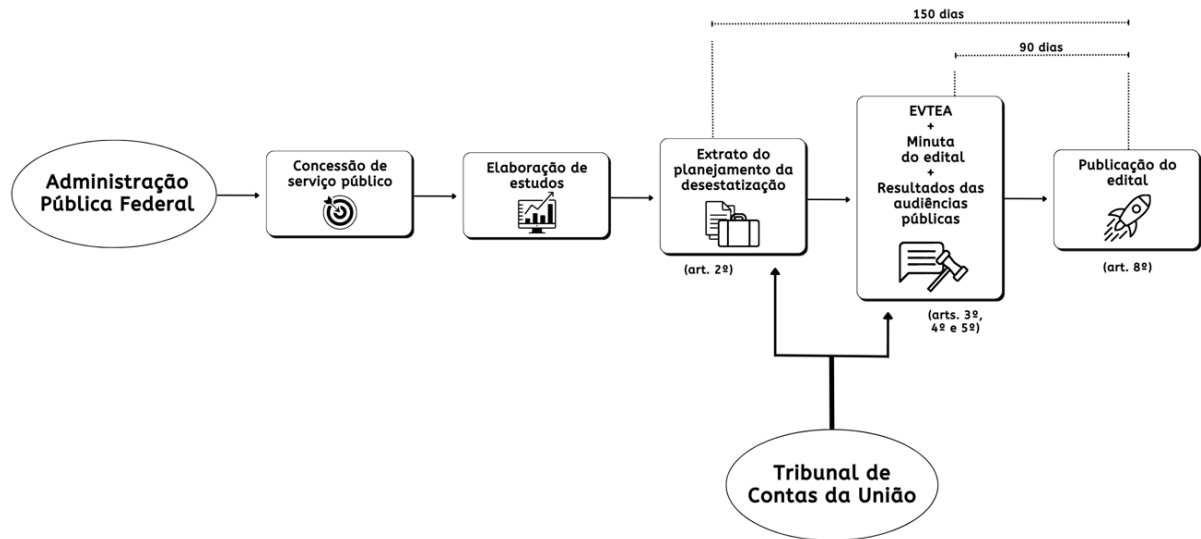
Apesar de o TCU não ter competência para dizer o Direito, tal como o Judiciário, acaba, na prática, influenciando decisivamente na maneira pela qual as normas inseridas em matérias financeiras são interpretadas e aplicadas pela administração. No âmbito dos processos de desestatizações, André Braga e Felipe Buchbinder identificaram que a atuação preventiva do TCU (fixando interpretações para normas jurídicas e expedindo recomendações e determinações) tende até mesmo a inibir a administração a inovar.²²⁰

Para fins didáticos, a Figura 1 sistematiza o procedimento de fiscalização nos dias atuais:

²¹⁹ ROSILHO, André Janjácómo. **Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União**. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 246. Sobre o tema, ver também: JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – controlador ou administrador?. **Revista Brasileira de Direito Público**, ano 12, n. 47, out./dez./2014, p. 228-229.

²²⁰ ROSILHO, André Janjácómo. **Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União**. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 237-238.

Figura 1 – Etapas do processo de fiscalização das concessões federais



Fonte: Elaborada pela autora.

A princípio, a IN nº 81, expedida em 20 de junho de 2018, previa sua entrada em vigor na data de sua publicação²²¹ – que ocorreu em 25 de junho de 2018. Contudo, poucos dias depois, o TCU editou a Instrução Normativa nº 82, de 04 de agosto de 2018, que, ao alterar o art. 15 da IN nº 81/2018, definiu um período de transição para que os órgãos se adequassem aos ditames da nova Instrução Normativa.

Assim estabelecia a regra de transição: os processos já autuados ou que viessem a ser autuados até o fim daquele ano – ou seja, até 31/12/2018 – permaneceriam submetidos aos ritos estabelecidos nas INs nº 27/1998, 46/2004 e 52/2007, que foram revogadas. Para todas as desestatizações que tivessem edital publicado a partir de 01/01/2019, passara-se a aplicar a sistemática da IN nº 81/2018.

3.3. Antes e depois de 2018: os dois pontos-chave na alteração da sistemática de fiscalização pelo TCU

O resgate histórico feito nos subcapítulos anteriores acerca do tratamento dado pelas normativas infralegais ao tema do acompanhamento fiscalizatório das concessões federais pelo Tribunal de Contas da União nos permite enxergar que, a partir de 2018, houve uma virada na forma como esses projetos são fiscalizados.

²²¹ Vide redação original do art. 15 da IN nº 81/2018.

A Tabela 1 sintetiza, de forma comparativa, como as alterações nas normativas ao longo do tempo levaram, em 2018, a uma mudança radical na sistemática de acompanhamento e fiscalização, pelo TCU, dos projetos de concessão federais:

Tabela 1 – Síntese das alterações na sistemática de fiscalização do TCU sobre os projetos de concessão federais

	IN 10/1995	IN 27/1998	IN 46/2004	IN 52/2007	IN 81/2018
	Concessões, permissões e autorizações	Privatizações, concessões, permissões e autorizações	Concessões para exploração de rodovias federais	PPPs	Privatizações, concessões, permissões, PPPs e outorgas de atividades econômicas reservadas ou monopolizadas pelo Estado
1º estágio	Exame da viabilidade da concessão	Exame da viabilidade da concessão	Exame da viabilidade da concessão	Exame da viabilidade da concessão	Exame do extrato do planejamento da desestatização
2º estágio	Exame da pré-qualificação	Exame do edital de pré-qualificação, do edital e seus anexos	Exame do edital e demais instrumentos da licitação	Exame do edital e demais instrumentos da licitação	Exame da viabilidade e das minutas do edital e anexos
3º estágio	Exame do edital e demais instrumentos da licitação	Exame da habilitação e julgamento das propostas	Exame da habilitação	Exame da habilitação	-
4º estágio	Exame da habilitação	Exame do ato de outorga e contrato assinado	Exame do julgamento das propostas	Exame do julgamento das propostas	-
5º estágio	Exame do julgamento das propostas	-	Exame do ato de outorga, contrato assinado, proposta econômica e PER	Exame do ato de adjudicação, ato de constituição da SPE, contrato assinado e proposta econômica	-
6º estágio	Exame do contrato assinado	-	-	-	-

Legenda: as cédulas em branco indicam os documentos enviados ao TCU para análise antes da publicação do edital. Já as cédulas hachuradas indicam os documentos exigidos após a publicação do edital.

Fonte: Elaborada pela autora.

O que se vê é que, no período de 1995 a 2018, o cenário de fiscalização das concessões federais pelo Tribunal de Contas da União era o seguinte: (i) existiam normativas infralegais que disciplinavam o processo de fiscalização divisando distintos estágios de fiscalização conforme as fases da própria concessão; (ii) tanto a entrega dos documentos e informações

pelos órgãos ou entidades concedentes quanto a análise pela unidade técnica responsável dessa documentação se davam a cada estágio de fiscalização, ou seja, o exercício de fiscalização ocorria *pari passu* com as fases da concessão; e (iii) a Corte não exigia, ao menos em tese, o envio de minutas de editais e seus anexos para fins de apreciação e manifestação pelo Tribunal.

A partir de 2018, com a edição da IN n° 81/2018, a dinâmica fiscalizatória foi profundamente alterada: (i) deu-se fim aos múltiplos estágios de acompanhamento dos projetos, ocorrendo, agora, todas as etapas de entrega e análise de documentos em um só momento²²²; (ii) a entrega dos documentos e informações solicitados, bem como a análise destes pela Corte, se dá em fase anterior à publicação do instrumento convocatório, ou seja, o exercício fiscalizatório passou a ocorrer previamente ao ato de publicação do edital de concessão; e (iii) o Tribunal de Contas passou a exigir o envio das minutas de editais e seus anexos para análise pelo TCU.

Vale pontuar que, além do próprio histórico de julgados do TCU demonstrar, há autores que relatam que mesmo sob a vigência das Instruções Normativas anteriores à 2018, o Tribunal de Contas da União já examinava minutas de editais antes de sua publicação, ou seja, quando nem sequer havia ato normativo infralegal que amparasse essa atuação²²³. Eduardo Jordão cita, por exemplo, o caso do acompanhamento pelo TCU do primeiro estágio das concessões para ampliação, manutenção e exploração do aeroporto internacional do Rio de Janeiro (Antônio Carlos Jobim/Galeão) e do aeroporto internacional de Belo Horizonte (Tancredo Neves/Confins), em 2013²²⁴. À época vigia a Instrução Normativa n° 27/1998, que permitia o Tribunal analisar o edital somente após a sua publicação, no 2º estágio do acompanhamento. Contudo, a Corte determinou que fosse encaminhada a minuta para sua apreciação, sob o seguinte argumento:

A verificação de eventual não cumprimento das recomendações/determinações do Tribunal referentes a essa fase somente nessa altura [posterior] do processo tornará

²²² Como já dito, há, anteriormente à entrega das informações e documentos exigidos, obrigatoriedade de o gestor do órgão ou entidade concedente encaminhar ao Tribunal de Contas da União extrato do planejamento de desestatização, nos termos do § 2º do art. 2º da IN n° 81/2018. Entretanto, tal envio tem por função apenas permitir o planejamento das ações de controle pela Corte, de forma que o seu conteúdo não é levado ao escrutínio do Tribunal.

²²³ É o que aponta Eduardo Jordão: “(...) no âmbito do governo federal, ao menos nos últimos dez anos, a regra tem sido a do envio das minutas de edital e contratos para o TCU no momento do envio dos estudos de viabilidade. Trata-se de procedimento que termina por consolidar a atuação prévia do TCU.” (JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – controlador ou administrador?. **Revista Brasileira de Direito Público**, ano 12, n. 47, out./dez./2014, p. 229). Ainda sobre o tema, ver ROSILHO, André Janjácómo. Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 238. Vale ressaltar que ambas as obras são anteriores à edição da Instrução Normativa n. 81/2018.

²²⁴ Trata-se do Acórdão n° 2.466-35/2013 – Plenário.

necessária a republicação do edital e a consequente reabertura dos prazos. Ante a urgência máxima que se atribui a processos da natureza ora em foco, postergar a análise das minutas de edital e de contrato juntadas aos autos para a etapa de avaliação do 2º estágio [após a publicação do edital] poderia trazer impactos negativos. Além de reduzir a possibilidade de contribuição desse Tribunal para o aperfeiçoamento do processo, aumentaria, nos casos de constatações mais relevantes, o risco de interrupções indesejáveis no cronograma originalmente previsto. Assim, seria importante antecipar a avaliação de pontos mais relevantes das minutas de edital e de contrato, como foi feito nas concessões anteriores, por exemplo, em relação à imprescindibilidade de mecanismos contratuais para garantir a modicidade de tarifas.²²⁵

A utilização pelo TCU de razões eminentemente práticas para justificar a sua atuação, como se verifica no caso acima narrado, será enfrentada no subcapítulo 4.2.1.3 deste trabalho. Para o que interessa neste momento, basta pontuar que se considerará o ano de 2018 como marco para a virada de atuação da Corte quanto à fiscalização dos processos de desestatização. Isso não inviabiliza, todavia, que as conclusões aqui obtidas se estendam, tanto quanto possível, sobre eventual exercício desempenhado pelo TCU na análise das minutas de editais de licitação anteriormente a 2018, quando não havia normativa infralegal que sistematizasse essa atuação.

Em resumo, sobre a virada de atuação do TCU a partir de 2018, como advento da Instrução Normativa nº 81/2018, tem-se que:

Figura 2 – Alterações no cenário de fiscalização pelo TCU antes e depois de 2018



Fonte: Elaborada pela autora.

²²⁵ JORDÃO, Eduardo. A intervenção do Tribunal de Contas da União sobre editais de licitação não publicados: controlador ou administrador? In: SUNFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Org.). **Tribunal de Contas da União no direito e na realidade**. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2020, p. 353.

Dois são os pontos-chave dessa mudança na sistemática de fiscalização: (i) o momento em que se dá a atuação do TCU; e (ii) os documentos que são exigidos pelo TCU para fins dessa atuação fiscalizatória.

Quanto ao primeiro ponto, que diz respeito à mudança no momento em que se realiza a atuação fiscalizatória, tem-se que o controle desempenhado pela Corte de Contas da União sobre os projetos de concessão federais deixou de ser exercido concomitantemente com as fases dos projetos de concessão e passou a praticado, em sua totalidade²²⁶, previamente à publicação do edital.

Embora à primeira vista possa parecer uma mudança singela, na prática, ela causa desdobramentos que impactam significativamente na forma como se pensa e classifica o controle externo exercido pelo TCU, conforme se verá detalhadamente no próximo capítulo.

O segundo ponto refere-se à alteração na documentação a ser apresentada pelo órgão ou entidade gestor da desestatização para fins de análise pelo Tribunal de Contas. Observado o histórico desde 1995, foi somente com o advento da IN nº 81/2018 que as minutas de editais e seus respectivos anexos apareceram pela primeira vez entre o rol de documentos exigidos pelo TCU.

A princípio, parece óbvia a exigência desses documentos em específico na medida em que, na sistemática da mais recente Instrução Normativa, todo o trâmite fiscalizatório acontece antes da publicação do edital de concessão. Logo, não seria temporalmente possível que o Tribunal analisasse o instrumento convocatório e seus anexos propriamente ditos após a respectiva publicação, já que o acompanhamento fiscalizatório se encerra antes. Entretanto, é de se notar que, na sistemática de todas as Instruções Normativas anteriores, mesmo sempre havendo um estágio de fiscalização ocorrido na fase que antecedia a publicação do edital de concessão, a análise de sua minuta nunca antes fora exigida dentre a documentação encaminhada para análise do TCU.

Perceber a virada de atuação do Tribunal de Contas da União por meio desses dois pontos-chave leva, invariavelmente, à conclusão de que a Corte de Contas, por meio de ato normativo infralegal próprio, alterou substancialmente sua sistemática de acompanhamento e fiscalização dos projetos de concessão federais a partir de 2018.

²²⁶ Reforça-se que se está a tratar aqui do acompanhamento e fiscalização que o TCU exerce sobre os projetos de concessão federais durante o trâmite licitatório – que se inicia com a fase de planejamento e se encerra com a celebração do contrato de concessão –, não incluindo eventual atuação de controle pelo Tribunal sobre a fase de execução contratual.

3.4 Conclusão do capítulo

O que se viu neste capítulo permite concluir que o TCU iniciou a fiscalização e acompanhamento dos processos de concessão de serviços públicos federais em 1995 e, desde então, a sistemática de fiscalização adotada pelo Tribunal passou por diversas modificações pontuais ao longo dos anos, como retrata o histórico das Instruções Normativas que disciplinaram o tema, cujo resgate se fez neste capítulo.

Ocorre que, as modificações promovidas em 2018, com o advento da Instrução Normativa nº 81/2018, mais do que pontuais, alteraram profundamente a estrutura dessa atuação fiscalizatória da Corte de Contas. Isso, porque, resumidamente, pôs fim aos múltiplos estágios da fiscalização, que passou a ocorrer integralmente antes da publicação o edital de licitação. Com isso, o Tribunal, que antes analisava os editais de licitação e seus anexos apenas após a sua divulgação, passou a examinar as minutas desses documentos.

E dessa alteração da sistemática decorrem, pelo menos, dois problemas jurídicos relevantes – que se desdobram em outros tantos riscos. O primeiro deles é o fato de o TCU, pelo menos até dezembro de 2023²²⁷, deter competência atribuída pelo ordenamento jurídico para analisar editais apenas após a sua publicação e, nesse sentido, não deter qualquer competência explícita para examinar minutas de editais de licitação. O segundo diz respeito ao fato de que o novo momento de atuação da Corte de Contas, qual seja, antes da publicação do edital, faz com que o Tribunal esteja a exercer controle sobre um projeto de ato administrativo (minuta de edital) que ainda não produz efeitos no mundo jurídico, o que é juridicamente impossível do ponto de vista conceitual.

Esses dois problemas – competência e momento da atuação do TCU –, bem como os respectivos riscos que deles decorrem, juntos, apontam para a impossibilidade jurídica dessa atuação pelo Tribunal de Contas da União e, conseqüentemente, da manutenção do regramento atual que a viabiliza – a saber, a Instrução Normativa nº 81/2018. É sobre a análise desses dois problemas e dos demais riscos que o capítulo a seguir se debruçará.

²²⁷ Data em que a Lei Federal nº 8.666/1993, que autoriza expressamente essa atuação do Tribunal de Contas da União na fiscalização dos editais de licitação após sua publicação, será formalmente revogada.

4 A IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DESSA ATUAÇÃO DO TCU

Como visto no capítulo anterior, desde 1995 – com o advento da IN nº 10/1995 –, o TCU acompanha e fiscaliza os projetos de concessões federais, por meio de análise da documentação previamente encaminhada pelos órgãos ou entidades responsáveis pelo respectivo processo de desestatização, a rigor do regramento estabelecido pelo próprio Tribunal em sede de normativa infralegal.

De 1995 até 2018 – antes da publicação da IN nº 81/2018 –, em razão do rito procedimental estabelecido pelas Instruções Normativas que vigoraram durante esse período, a atuação fiscalizatória do Tribunal ocorria de forma faseada e concomitante às fases da concessão, sendo solicitados e analisados em cada estágio de fiscalização exclusivamente os documentos referentes àquela etapa.

A partir de 2018, com a alteração do procedimento por meio da Instrução Normativa nº 81/2018, toda a sistemática de fiscalização foi modificada: aglutinou-se as fases de solicitação, recebimento e análise dos documentos pelo Tribunal em uma só etapa, a ocorrer antes da publicação do edital de licitação. E, nesse sentido, o Tribunal de Contas passou a analisar as minutas de editais e seus anexos ao invés do instrumento convocatório propriamente dito.

Essa virada, embora superficialmente possa parecer apenas procedimental, carrega consigo dois grandes problemas que põe em xeque a possibilidade jurídica dessa atuação do TCU no formato em que ocorre desde 2018.

O primeiro problema é de cunho formal: há uma fundada suspeita de que a Corte de Contas da União não detém competência material para analisar as minutas de editais dos projetos de concessão federais antes de sua publicação. Com isso, ao editar a IN nº 81/2018, estaria o Tribunal, por via imprópria (normativa infralegal), alargando seu limite de atuação mediante autoatribuição de competência.

O segundo problema é de ordem conceitual e guarda correlação com o momento em que o TCU atua nos processos de desestatização: se indaga a possibilidade jurídica de o TCU exercer controle externo sobre a atuação preparatória do Poder Executivo – elaboração das minutas de editais e seus anexos – que ainda não erradia efeitos no mundo jurídico, ante a ausência de publicação do instrumento convocatório. Desse problema ainda decorre outro risco significativo, também em razão do momento em que se efetiva a atuação do Tribunal de Contas, que é o risco de o controlador invadir indevidamente o espaço de discricionariedade do administrador público.

Esses dois grandes problemas, apesar de estarem ligados entre si, também subsistem individualmente, de forma que a firme constatação da procedência de qualquer um desses problemas, por si só, seria suficiente para contestar a legalidade da atuação do TCU nesse sentido.

É da análise desses dois problemas e seus desdobramentos que cuidará este capítulo.

4.1 A impossibilidade em razão da ausência de competência material do TCU para examinar minutas de editais

Como adiantado no preâmbulo deste Capítulo 4, o primeiro grande problema que se levanta a respeito da atual sistemática de acompanhamento e análise das minutas de editais das concessões federais é se o TCU de Contas detém competência material para esse tipo de atuação.

Para investigar a fundo este primeiro problema, é necessário entender quais autorizativos para a atuação do Tribunal de Contas da União se encontra atualmente no ordenamento jurídico no tocante ao tema do acompanhamento e fiscalização das concessões federais.

Para tanto, se analisará, no tópico 4.1.1, o texto constitucional e, no tópico 4.1.2, as legislações infraconstitucionais que regem o assunto, no intuito de identificar se o exercício de controle pelo TCU sobre as minutas de editais de concessões encontra amparo em alguma competência a ele expressamente atribuída seja pelo constituinte originário, seja pelo legislador ordinário.

Na sequência, se verificará, no tópico 4.1.3, a razão pela qual o Tribunal de Contas não poderia se autoatribuir competência pela via infralegal, como é o caso da Instrução Normativa.

E, por fim, o tópico 4.1.4 cuidará de analisar historicamente a evolução dos papéis e limites pensados para a Corte de Contas da União para entender essa autoatribuição de competências no contexto de uma tendência de ampliação dos limites do controle externo.

4.1.1 As competências constitucionalmente atribuídas ao TCU

A CRFB versa sobre o Tribunal de Contas da União em seus arts. 70 a 75, quando trata do tema da fiscalização contábil, financeira e orçamentária. As competências atribuídas ao TCU pelo constituinte originário são expressamente arroladas em onze incisos do art. 71.

Em decorrência dessa atribuição constitucional, a Corte de Contas é competente, no âmbito federal, para (i) emitir parecer prévio opinativo acerca da regularidade das contas de governo prestadas pelo Chefe do Poder Executivo; (ii) julgar as contas de gestão dos ordenadores de despesas responsáveis por dinheiros, bens, valores públicos ou por causar eventuais prejuízos ao erário; (iii) julgar a legalidade dos atos de admissão de pessoal ou de concessão de aposentadorias, reformas e pensões; (iv) realizar inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e em fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público; (v) fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe; (vi) fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou instrumentos congêneres; (vii) prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e resultados de auditorias e inspeções; (viii) sancionar os responsáveis em caso de apuração de ilegalidade de despesa ou irregularidade de conta; (ix) assinalar prazos para providências por órgãos ou entidades com vistas a corrigir os rumos de eventual atuação ilegal; (x) sustar ato impugnado em caso de não adoção de providências por parte do órgão ou entidade responsável por sanar ilegalidade ou decidir sobre a sustação de contrato somente caso a medida não seja adotada pelo Poder Legislativo no prazo legal; e (xi) representar sobre irregularidades ou abusos apurados ao Poder competente.

A partir desse rol constitucional – e, por vezes, considerando ainda as competências atribuídas ao Tribunal no plano legal –, é comum que a doutrina administrativista aglutine e sintetize essas competências em grandes blocos de funções desempenhadas pelo TCU. Como, para fins deste trabalho, importa mais o texto constitucional em si do que as sistematizações feitas pela doutrina para fins didáticos, cita-se apenas a título de exemplo a ordenação adotada por Benjamin Zymler e Guilherme Henrique de La Rocque Almeida²²⁸, com a ressalva de que não há um consenso doutrinário acerca de tal categorização²²⁹:

²²⁸ ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. **O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas**. 2. ed. rev. e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 151.

²²⁹ Luiz Henrique Lima, por exemplo, também sistematiza em nove as funções do TCU, mas com designações diferentes das adotadas por Benjamin Zymler e Guilherme Almeida, sendo elas: fiscalizadora, opinativa, julgadora, sancionadora, corretiva, consultiva, informativa, ouvidora e normativa (LIMA, Luiz Henrique. **Controle externo: teoria e jurisprudência para os Tribunais de Contas**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2015, p. 98-102 apud SILVA, Marco Aurélio Souza da. **Tribunais de contas: teoria e prática da responsabilização de agentes públicos e privados por infração administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 12-15). Já Renato Jorge Brown Ribeiro sintetiza em apenas cinco funções básicas: fiscalizadora, judicante, normativa, consultiva e de ouvidoria (RIBEIRO, Renato Jorge Brown. **Controle externo da Administração Pública federal no Brasil**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 82-83).

Tabela 2 – Síntese das competências constitucionalmente atribuídas ao TCU

Funções	Competências
Fiscalizadora	Realizar auditorias e inspeções nos órgãos e entidades federais
Judicante	Julgar as contas
Sancionadora	Punir aqueles que praticaram atos irregulares e adotar as medidas necessárias ao ressarcimento dos prejuízos causados ao erário
Pedagógica	Emitir orientações e recomendações
Consultiva	Emitir parecer prévio sobre as contas do Presidente da República e responder a consultas formuladas por quem é legitimado para tanto
Informativa	Enviar ao Congresso Nacional informações, solicitadas ou não pelo Legislativo; expedir os alertas previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal e divulgar na internet dados sobre atividades da Administração Pública, especialmente sobre as contas públicas das três esferas de governo
Normativa ²³⁰	Editar normas, em consonância com o disposto no § 2º do art. 1º da Lei Orgânica do TCU ²³¹
Ouvidoria	Receber denúncias, que podem ser formuladas por qualquer cidadão, partido político, sindicato ou Organização da Sociedade Civil
Corretiva	Fixar prazos para os órgãos e entidades corrigirem as irregularidades ou falhas detectadas e sustarem os atos impugnados

Fonte: Elaborada pela autora.

Um simples lance de olhos sobre o texto do art. 71 permite constatar que não há previsão direta e expressa que atribui ao TCU a competência para o exame dos editais de licitação, incluindo dos projetos de concessões federais, seja antes ou depois de sua publicação.

²³⁰ Note-se que, nessa sistematização, os autores falam em função normativa para se referir às respostas às consultas emitidas pelo TCU que são dotadas de caráter normativo. Contudo, para Luiz Henrique Lima, por exemplo, a função normativa diz respeito à competência para expedição atos e instruções normativas no âmbito de suas atribuições, que é prevista no art. 3º da Lei Orgânica do TCU (LIMA, Luiz Henrique. **Controle externo: teoria e jurisprudência para os Tribunais de Contas**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2015, p. 98-102 apud SILVA, Marco Aurélio Souza da. **Tribunais de contas: teoria e prática da responsabilização de agentes públicos e privados por infração administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 12-15).

²³¹ “Art. 1º Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma estabelecida nesta Lei:

(...)

XVII - 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.

(...)

§2º. A resposta à consulta a que se refere o inciso XVII deste artigo tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto” (BRASIL. **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. Brasília: Diário Oficial da União, 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm. Acesso em: 10 nov. 2022).

Inclusive, nessa seção da Carta Magna dedicada à fiscalização contábil, financeira e orçamentária, o constituinte sequer menciona os termos “licitação”, “edital”, “concessão” ou similares. A expressão “contrato”, por sua vez, é citada uma única vez e com conotação restritiva à competência dos Tribunais, já que limita a atuação das Cortes de Contas na sustação de contratos firmados pelo Poder Executivo à inércia do Poder Legislativo²³². Além disso, as duas únicas hipóteses em que a CRFB prevê a realização de um controle prévio pelos Tribunais de Contas são no caso de registro de atos relacionados a admissão de pessoal e a concessão de aposentadorias²³³.

Das Instruções Normativas editadas pelo TCU que ao longo dos anos versaram sobre o tema do acompanhamento dos projetos de desestatização – e foram analisadas no Capítulo 3 deste trabalho –, apenas três delas fazem referência a dispositivos constitucionais em seus “considerandos”, no intuito de se valer desses dispositivos para justificar o que ali se disciplina.

A IN nº 52/2007 e a IN nº 81/2018 mencionam a competência prevista no inciso IV do art. 71 da CRFB. Trata o inciso IV da possibilidade de o Tribunal realizar, por iniciativa própria, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, além de fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal.

Apesar de o dispositivo permitir a atuação de ofício da Corte de Contas dentro das matérias de sua jurisdição – contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial –, não há como identificar que dessa previsão constitucional decorre um autorizativo claro e expresso para que o TCU examine as minutas de editais de licitação de concessões federais. Além disso, os instrumentos de fiscalização a que o inciso IV faz referência – a saber, inspeções e auditorias – são distintos do instrumento do acompanhamento – que, como visto no subcapítulo 3.3, é o instrumento utilizado pelo TCU para analisar os processos de desestatização federais²³⁴. Ou

²³² Vide §§ 1º e 2º do art. 71 da CRFB.

²³³ Vide inciso III do art. 71 da CRFB.

²³⁴ O Regimento Interno do TCU (Resolução TCU nº 246/2011), nos arts. 238 a 243, trata dos instrumentos da fiscalização que podem ser utilizados pelo Tribunal – levantamentos, auditorias, inspeções, acompanhamentos e monitoramentos – e disciplina as hipóteses em que a Corte pode lançar mão de cada um deles. A auditoria serve para (i) examinar a legalidade e a legitimidade dos atos de gestão dos responsáveis sujeitos a sua jurisdição, quanto ao aspecto contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial; ou (ii) avaliar o desempenho dos órgãos e entidades jurisdicionados, assim como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais, quanto aos aspectos de economicidade, eficiência e eficácia dos atos praticados; ou (iii) subsidiar a apreciação dos atos sujeitos a registro (art. 239). Já a inspeção é utilizada para suprir omissões e lacunas de informações, esclarecer dúvidas ou apurar denúncias ou representações quanto à legalidade, à legitimidade e à economicidade de fatos da administração e de atos administrativos praticados por qualquer responsável sujeito à sua jurisdição (art. 240). O acompanhamento, ao seu turno, se vale para hipóteses similares às da auditoria – ou seja, exame da legalidade e legitimidade de atos de gestão dos responsáveis e avaliação do desempenho de órgãos e entidades, sistemas, programas, projetos e atividades governamentais – mas com um diferencial importante: o exame e/ou a avaliação devem durar um período predeterminado.

seja, de nenhuma forma se vislumbra uma correlação direta entre a competência que o inciso IV do art. 71 atribui ao Tribunal e a atuação que ele desempenha na prática amparado pela Instrução Normativa nº 81/2018.

Já tanto a revogada IN nº 46/2004 quanto a vigente IN nº 81/2018 contêm, em seus respectivos textos, um “considerando” que transcreve o exato conteúdo do parágrafo único do art. 70 da CRFB. Isso é, nessas instruções normativas, o TCU, enquanto emissor da norma, justifica sua edição, entre outras razões, no fato de a CRFB disciplinar que deverá prestar contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumam obrigações de natureza pecuniária.

De fato, há autores que defendem que a competência dos Tribunais de Contas para a fiscalização das licitações decorre diretamente do dever dos gestores públicos de prestar contas acerca da correta aplicação dos dinheiros públicos – dever esse insculpido exatamente no parágrafo único do art. 70 da CRFB –, inclusive sem necessidade de que, para tanto, a legislação infraconstitucional repita o comando constitucional²³⁵.

Contudo, diferente é a interpretação defendida neste trabalho. Considerando que o parágrafo único do art. 70 não se presta à função de atribuir à Corte de Contas diretamente competências – papel esse que é desempenhado pelo art. 71 –, a suposição que se pode fazer acerca da correlação existente entre esse dispositivo constitucional e a sistemática da IN nº 81/2018 é a de que pelo fato de as licitações se relacionarem, ainda que indiretamente, com dinheiros, bens, valores públicos ou assunção de obrigações de natureza pecuniária, os órgãos ou entidades responsáveis por conduzir os projetos de concessões federais deveriam prestar contas ao TCU.

Ocorre que, mesmo essa interpretação não é suficiente para justificar o exame das minutas de editais de licitação.

²³⁵ Ao analisar o fato de a Lei Federal nº 14.133/2021 revogar o caput do art. 113 da Lei Federal nº 8.666/1993 sem prever dispositivo equivalente, Leandro Maciel do Nascimento defende que essa revogação não afetará a atuação dos Tribunais de Contas no controle das licitações: “Em primeiro lugar, porque está na Constituição federal a definição do ônus de provar a boa aplicação dos recursos públicos. Nesse sentido, continua em vigor o comando constitucional segundo o qual prestará contas todo aquele que ‘utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União [e, por extensão, Estados, Distrito Federal e municípios] responda, ou que, em nome desta [destes], assumam obrigações de natureza pecuniária’ (artigo 70, parágrafo único). Ora, o dever de prestar contas traz consigo o dever de demonstrar a correta aplicação dos dinheiros públicos. A rigor, esse dever não deixa de existir caso uma lei ordinária não repita o comando constitucional.” (NASCIMENTO, Leandro Maciel do. A nova Lei de Licitações e o controle realizado pelos Tribunais de Contas. **CONJUR**, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-16/opiniao-lei-licitacoes-tribunais-contas>. Acesso em: 28 mar. 2023).

A uma, porque é claro que o parágrafo único serve para indicar o rol de sujeitos à fiscalização do Tribunal²³⁶ e, no máximo, impõe dever de prestação de contas que tem por destinatário determinados administradores públicos – aqueles que utilizam, arrecadam, guardam, gerenciam ou administram dinheiros, bens e valores públicos ou assumam obrigações de natureza pecuniária em nome da União. Ou seja, o texto constitucional sequer atribui, por meio desse dispositivo, competência especificamente ao Tribunal de Contas da União para atuar na fiscalização de tais dinheiros, bens, valores ou obrigações de natureza pecuniária, quiçá para examinar as minutas de editais. Qualquer interpretação nesse sentido, portanto, pode ser considerada deveras ampliativa e parece ir de encontro ao racional empregado pelo constituinte originário quando da atribuição de competências à Corte de Contas da União.

A duas, porque não seria possível atestar a legalidade do emprego de recursos públicos ou da assunção das obrigações pecuniárias pelo administrador público por meio da análise de meras minutas do instrumento convocatório e dos seus anexos, incluindo a do contrato de concessão, quando o edital não foi sequer divulgado. Seria preciso, no mínimo, que o edital fosse publicado, o procedimento licitatório de fato acontecesse e lograsse sucesso em determinar um vencedor e, ainda, o contrato de concessão fosse assinado, para que se vislumbrasse o momento em que o administrador público eventualmente assumiria obrigações de natureza pecuniária, em nome da União, perante o parceiro privado – como, por exemplo, obrigação de aporte de recursos públicos ou de prestação de garantias – e/ou desembolsaria recursos públicos para remunerar os custos do contrato.

Além disso, poder-se-ia pensar ainda na aplicação dos incisos IX e X do art. 71 da CRFB²³⁷ à hipótese das licitações de concessão de serviço público no âmbito federal, no sentido de, com base no inciso IX, autorizar ao TCU a assinalar prazo para correção de editais de licitação se verificada ilegalidade e, com base no inciso X, promover a interrupção do curso da licitação em caso de não atendimento às providências ordenadas²³⁸. Vale dizer que essa não é

²³⁶ PEREIRA, Gustavo Leonardo Maia. **O TCU e o controle das agências reguladoras de infraestrutura: controlador ou regulador?** Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2019, p. 63.

²³⁷ “Art. 71. O controle externo, a cargo 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; (...)” (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 nov. 2022).

²³⁸ Sobre o tema, Eduardo Jordão alerta para a necessidade de se notar bem os limites dessa atuação corretiva do TCU: “em primeiro lugar, a Constituição não autoriza o TCU a tomar medidas antes de decorrido o prazo que deverá conceder à autoridade administrativa para corrigir os defeitos encontrados. Ou seja, o TCU só pode

a primeira interpretação que se extrai do texto constitucional, sendo ela considerada somente quando lida em conjunto com o §2º do art. 113 da Lei Federal n. 8.666/1993 ou §1º do art. 171 da Lei Federal n. 14.133/2021 – que serão abordadas no subcapítulo 4.1.2.6. E, de toda sorte, não há dúvidas de que tal entendimento autorizaria a atuação do Tribunal apenas após a publicação do edital de licitação e somente se verificada ilegalidade no curso do procedimento licitatório.

Acerca da competência atribuída ao TCU nesses dois incisos, qual seja a de determinar a sustação dos efeitos de atos administrativos irregulares, vale pontuar, ainda que de forma breve, a discussão travada na doutrina e jurisprudência acerca do poder cautelar dos Tribunais de Contas.

De início, cumpre explicitar que se entende a sustação como uma medida cautelar justamente porque ela não anula o ato administrativo, nem decide definitivamente sobre sua regularidade, mas apenas evita que se realizem os efeitos de ato que causaria danos ao erário público até a solução definitiva da questão²³⁹. É de se notar, entretanto, que a CRFB, além de prever qual competência cautelar detém o TCU, também disciplinou a forma do seu exercício: a sustação dos efeitos de atos irregulares (i) será precedida do esgotamento de prazo que o próprio Tribunal assinar para que as autoridades pertinentes adotem as soluções cabíveis; e (ii) será seguida da comunicação da decisão de sustação à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal²⁴⁰.

Acontece que, a partir do julgamento do Mandado de Segurança n. 24.510, de relatoria da Ministra Ellen Gracie – tido como *leading case* sobre o tema –, o Supremo Tribunal Federal passou a entender, com esteio na teoria dos poderes implícitos, que:

O Tribunal de Contas da União tem competência para fiscalizar procedimentos de licitação, determinar suspensão cautelar (artigos 4º e 113, §1º e 2º da Lei nº 8.666/93), examinar editais de licitação publicados e, nos termos do art. 276 do seu Regimento

determinar a sustação dos efeitos do ato após haver assinado prazo para que as autoridades administrativas o corrijam e após o decurso desse prazo. O procedimento a ser seguido pelo TCU para sustar atos administrativos unilaterais é bem explicitado constitucionalmente. Em segundo lugar, o TCU não possui poderes para anular atos administrativos unilaterais que julgar viciados. A Constituição não lhe confere esse poder, que é exclusivamente do Poder Judiciário. Ao TCU cabe unicamente sustar atos viciados. A diferença entre anular e sustar é clara. Na anulação, o ato administrativo é eliminado do sistema jurídico, inclusive com efeitos retroativos. No caso da sustação, apenas se afastam temporariamente (durante o período de sustação) os efeitos do ato jurídico.” (JORDÃO, Eduardo. A intervenção do Tribunal de Contas da União sobre editais de licitação não publicados: controlador ou administrador? In: SUNFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Org.). **Tribunal de Contas da União no direito e na realidade**. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2020, p. 343).

²³⁹ JORDÃO, Eduardo. Quanto e qual poder de cautela para o TCU?. *Jota*, 2 jan. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/quanto-e-qual-poder-de-cautela-para-o-tcu-02012020>. Acesso em: 20 abr. 2023.

²⁴⁰ Idem.

Interno, possui legitimidade para a expedição de medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões²⁴¹.

Diz-se, então, que, a partir de 2003, o STF reconheceu a existência de um poder geral de cautela ao TCU²⁴², em função da aplicação da teoria dos poderes implícitos, que “se alicerça na ideia de que a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa no deferimento implícito, também a ele, dos meios próprios à integral consecução dos fins prescritos pelo constituinte”²⁴³. Um poder geral de cautela “significa autorizar a adoção de provimentos atípicos, sem a necessidade de um rol exaustivo previsto pelo legislador”²⁴⁴. Baseado nessa ideia, o TCU poderia, por exemplo, sustar um procedimento licitatório antes mesmo de assinar prazo para que a autoridade administrativa corrija a ilegalidade.

O entendimento do STF nessa decisão e em diversas outras que vieram em seguida na mesma linha, contudo, não foi bem recepcionado por parcela da doutrina. Diferentes são os argumentos que questionam tal entendimento. O primeiro é de que essa noção de poder geral de cautela não parece ser facilmente compatível com o fato de que a CRFB previu expressamente, como visto, qual poder de cautela detém o TCU e como ele deve ser exercido²⁴⁵. Trata-se de poder de consequências graves para que se possa considerá-lo implícito no texto constitucional. Tanto que o constituinte previu, como condição para sustação, que o prazo assinalado pelo Tribunal para correção do ato administrativo não tenha sido observado. Nesse sentido, a admissão de um poder geral de cautela “leva a uma inversão do procedimento previsto na Constituição e torna letra morta o inciso X do art. 71 da Constituição”²⁴⁶.

²⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 24.510/DF**. Pleno. Relator: Ministra Ellen Gracie. Julgado em 19/11/2003. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2115148>. Acesso em: 20 abr. 2023.

²⁴² CABRAL, Flávio Garcia. O que é (ou deve ser) o poder geral de cautela do Tribunal de Contas da União? **CONJUR**, 16 jun. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-16/cabral-ou-poder-geral-cautela-tcu#:~:text=Como%20j%C3%A1%20tivemos%20a%20oportunidade,rol%20exaustivo%20previsto%20pelo%20legislador>. Acesso em: 20 abr. 2023.

²⁴³ FERRAZ, Luciano. Duas faces do poder cautelar dos Tribunais de Contas. **CONJUR**, 12 ago. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-12/interesse-publico-duas-faces-poder-cautelar-tribunais-contas>. Acesso em: 20 abr. 2023.

²⁴⁴ CABRAL, Flávio Garcia. O que é (ou deve ser) o poder geral de cautela do Tribunal de Contas da União? **CONJUR**, 16 jun. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-16/cabral-ou-poder-geral-cautela-tcu#:~:text=Como%20j%C3%A1%20tivemos%20a%20oportunidade,rol%20exaustivo%20previsto%20pelo%20legislador>. Acesso em: 20 abr. 2023.

²⁴⁵ ROSILHO, André; JORDÃO, Eduardo. STF e a “extrapolação qualificada” de competências no controle de contas. **Jota**, 19 maio 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/stf-e-a-extrapolacao-qualificada-de-competencias-no-controle-de-contas-19052021>. Acesso em: 20 abr. 2023.

²⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O papel dos Tribunais de Contas no controle dos contratos administrativos. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 15, n. 82, nov./dez. 2013. Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2016/10/O-papel-dos-Tribunais-de-Contas-no-controle-dos-contratos-administrativos.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2023.

Há, em segundo lugar, aqueles que consideram que “o STF construiu jurisprudência tautológica, oca de conteúdo jurídico”²⁴⁷, já que o *leading case* trata do assunto sem analisar norma jurídica alguma, baseada no “provérbio de que ‘quem dá os fins, dá os meios’, revestido com verniz acadêmico da teoria dos poderes implícitos”²⁴⁸.

Além disso, vale pontuar que a teoria dos poderes implícitos foi construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *McCulloch versus Maryland* (1819), de forma que faz sentido “a propósito das competências legislativas (implícitas) da União frente aos estados, com base no regime constitucional federativo dos EUA”²⁴⁹, não devendo ser importada de forma acrítica pelo direito brasileiro.

O que se tem, portanto, é que seja analisando os dispositivos constitucionais especificamente referenciados nas Instruções Normativas do TCU, seja analisando todas as demais disciplinas da CRFB sobre os Tribunais de Contas, não se vislumbra, direta ou indiretamente, qualquer atribuição de competência à Corte de Contas da União que expressamente lhe autorize a analisar as minutas de editais de licitação de concessões federais antes de sua publicação.

4.1.2 A ausência de autorizativo expesso na legislação ordinária de regência

Uma vez concluído que o texto constitucional não atribui diretamente ao TCU competência material para promover a análise das minutas de editais de licitação dos projetos de concessão federais, passa-se a investigar se tal atribuição de competência se dá por meio de leis ordinárias.

Vale ressaltar, nesse ponto, o entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro para quem o controle legislativo – gênero do qual é espécie o controle financeiro desempenhado pelos Tribunais de Contas – tem que se limitar às hipóteses previstas na CRFB, uma vez que “implica interferência de um Poder nas atribuições dos outros dois; alcança os órgãos do Poder Executivo, as entidades da Administração Indireta e o próprio Poder Judiciário, quando executa função administrativa”. Dessa forma, a autora entende que as legislações complementar ou

²⁴⁷ ROSILHO, André; JORDÃO, Eduardo. STF e a “extrapolação qualificada” de competências no controle de contas. **Jota**, 19 maio 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/stf-e-a-extrapolacao-qualificada-de-competencias-no-controle-de-contas-19052021>. Acesso em: 20 abr. 2023.

²⁴⁸ Idem.

²⁴⁹ FERRAZ, Luciano. Duas faces do poder cautelar dos Tribunais de Contas. **CONJUR**, 12 ago. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-12/interesse-publico-duas-faces-poder-cautelar-tribunais-contas>. Acesso em: 20 abr. 2023.

ordinária não podem prever outras modalidades de controle que não as constantes no texto constitucional, sob pena de ofensa ao princípio da separação de poderes²⁵⁰.

Entretanto, considerando o entendimento de outros autores no sentido de que é juridicamente possível que leis ordinárias outorguem competências aos Tribunais de Contas, ainda que o constituinte originário não o tenha feito expressamente²⁵¹, a análise da legislação ordinária de regência continua sendo necessária para os fins deste trabalho. É o caso, por exemplo, da própria Lei Orgânica do TCU (Lei Federal nº 8.443/1992), da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000)²⁵² e da Lei Federal nº 8.666/1993²⁵³. Isso se dá porque, via de regra, à lei – diferentemente do regulamento – é permitido inovar na ordem jurídica, como se verá mais detalhadamente no subcapítulo 4.1.3.

Para a análise que ora se propõe, foram selecionadas as seguintes leis ordinárias que regem tanto a atuação do TCU quanto o tema das concessões federais, a serem examinadas:

- Lei Federal nº 8.443/1992 – Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União;
- Lei Federal nº 9.491/1997 – Trata do Programa Nacional de Desestatização (PND);
- Lei Federal nº 13.334/2016 – Cria o Programa de Parcerias de Investimentos (PPI);
- Lei Federal nº 13.448/2017 – Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334/2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da Administração Pública federal;
- Lei Federal nº 8.987/1995 – Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos;
- Lei Federal nº 9.074/1995 – Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos;

²⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 106-107.

²⁵¹ Nesse sentido, Luciano Ferraz: “o Tribunal de Contas (...) busca na própria Constituição sua identidade e suas competências, as quais não poderão ser mitigadas por legislação infraconstitucional, embora possam ser ampliadas por esta via.” (FERRAZ, Luciano de Araújo. **Controle da administração pública**: elementos para a compreensão dos Tribunais de Contas. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 142).

²⁵² Os arts. 56 e 57 da Lei Complementar nº 101/2000 preveem que os Tribunais de Contas emitirão parecer prévio e em separado sobre as contas prestadas pelos Chefes do Poder Executivo – que devem incluir, além de suas próprias, as dos Presidentes dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Chefe do Ministério Público. O § 3º do art. 59 ainda atribui ao TCU a competência de acompanhar o cumprimento das regras previstas nos §§ 2º a 4º do art. 39 da mesma lei, que autoriza ao Banco Central do Brasil comprar diretamente títulos emitidos pela União se para refinar a dívida mobiliária federal que estiver vencendo na sua carteira e veda ao Tesouro Nacional adquirir títulos da dívida pública federal existentes na carteira do Banco Central do Brasil, ainda que com cláusula de reversão, salvo para reduzir a dívida mobiliária.

²⁵³ O inciso II do art. 109 da Lei Federal nº 8.666/1993 atribui legitimidade aos licitantes para representar ao TCU caso seja constatada irregularidade no curso do certame licitatório.

- Lei Federal nº 8.666/1993 – Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública; e
- Lei Federal nº 14.133/2021 – Lei de Licitações e Contratos Administrativos que, a partir de 1º de abril de 2023, revoga a Lei Federal nº 8.666/1993²⁵⁴.

A Lei Orgânica do TCU²⁵⁵, a lei que trata do PND²⁵⁶, a lei do PPI²⁵⁷ e a lei que versa sobre as prorrogações e relições dos contratos de parceria de investimentos²⁵⁸ foram eleitas por serem expressamente mencionadas nos “considerandos” que antecedem os dispositivos da Instrução Normativa nº 81/2018 como normas que justificam as previsões ali disciplinadas²⁵⁹.

Nesse sentido, vale ressaltar que as Instruções Normativas anteriores a 2018 que tratam desse tema fazem referência, em seus respectivos “considerandos”, às mesmas normas citadas adrede e eleitas para análise²⁶⁰.

²⁵⁴ A Lei Federal nº 14.133/2021, datada de 1º de abril de 2021, foi editada com o intuito de inovar as normas gerais de licitação e contratação pública. Contudo, em razão do período de transição de dois anos por ela estabelecido, a Lei Federal nº 8.666/1993 fica revogada somente a partir de 1º de abril de 2023.

²⁵⁵ Lei Federal nº 8.443/1992.

²⁵⁶ Lei Federal nº 9.491/1997.

²⁵⁷ Lei Federal nº 13.334/2016.

²⁵⁸ Lei Federal nº 13.448/2017.

²⁵⁹ Instrução Normativa nº 81/2018: “Considerando o poder regulamentar que lhe confere o art. 3º da Lei 8.443, de 16 de julho de 1992; Considerando que deverá prestar contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumas obrigações de natureza pecuniária, como previsto no parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal, com redação dada pelo art. 12 da Emenda Constitucional nº 19, de 5 de maio de 1998; Considerando a competência para apreciar os processos de desestatização incluídos (i) no Programa Nacional de Desestatização (PND), conforme disposto no art. 2º, c/c artigo 18, VIII da Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997, e (ii) no Programa de Parcerias de Investimentos, conforme disposto nos artigos 5º e 6º, IV da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, bem como as prorrogações e relições de contratos de parceria de investimentos, conforme disposto no art. 11 da Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017; (...)” (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Instrução Normativa nº 81, de 20 de junho de 2018**. Dispõe sobre a fiscalização dos processos de desestatização. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2018. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/ato-normativo/%22ATO-NORMATIVO-223%22>. Acesso em: 31 mar. 2023).

²⁶⁰ **Instrução Normativa nº 10/1995**: “Considerando o poder regulamentar que lhe confere o art. 3º da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992; Considerando que lhe compete efetuar a fiscalização de atos e contratos sujeitos à sua jurisdição (arts. 5º e 41 da Lei nº 8.443/92), (...)” (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Instrução Normativa nº 10, de 22 de novembro de 1995**. Dispõe sobre a fiscalização, no âmbito da Administração Pública Federal, das concessões, permissões e autorizações de serviços públicos. Brasília: Tribunal de Contas da União, 1995. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/ato-normativo/%22ATO-NORMATIVO-48677%22>. Acesso em: 31 mar. 2023).

Instrução Normativa nº 27/1998: “Considerando o poder regulamentar que lhe confere o art. 3º da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992; Considerando o disposto no inciso VIII do artigo 18 da Lei nº 9.491, de 09 de setembro de 1997, (...)” (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Instrução Normativa nº 27, de 2 de dezembro de 1998**. Dispõe sobre a fiscalização pelo Tribunal de Contas da União dos processos de desestatização. Brasília: Tribunal de Contas da União, 1998. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/ato-normativo/%22ATO-NORMATIVO-46147%22>. Acesso em: 31 mar. 2023).

Instrução Normativa nº 46/2004: “Considerando o poder regulamentar que lhe confere o art. 3º da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992; Considerando que deverá prestar contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumas obrigações de natureza pecuniária, como previsto no parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal, com a redação dada pelo art. 12 da Emenda Constitucional nº 19, de 5 de maio

Além disso, a seleção das leis que regem as concessões de serviços públicos²⁶¹ e da legislação que versa especificamente sobre licitações e se aplica subsidiariamente à Lei Federal nº 8.987/1995²⁶² se justifica por suas temáticas estarem estritamente ligadas ao objeto ora analisado.

Feitas as considerações iniciais, se verá a seguir que no conteúdo das leis ordinárias analisadas não é possível identificar dispositivo que autorize expressamente ao TCU realizar a análise de minutas de editais de concessões federais tal como tem feito o Tribunal desde 2018.

4.1.2.1 Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União

Quanto à Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, todas as cinco Instruções Normativas de 1995 a 2018 fazem, nos “considerandos”, referência ao poder regulamentar ou poder normativo conferido à Corte de Contas pelo art. 3º da Lei Federal nº 8.443/1992:

Art. 3º. Ao Tribunal de Contas da União, no âmbito de sua competência e jurisdição, assiste o poder regulamentar, podendo, em consequência, 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.

A menção a esse artigo da Lei Orgânica vale para justificar, do ponto de vista formal, a competência do Tribunal para editar atos e instruções normativas sobre matéria de sua atribuição. Contudo, a prescrição do art. 3º é clara ao limitar o poder regulamentar da Corte ao âmbito de sua competência e jurisdição. Ou seja, o dispositivo não vale para que o TCU se

de 1998; Considerando a competência para apreciar os processos de desestatização incluídos no Programa Nacional de Desestatização (PND), entre os quais os relativos a serviços públicos objeto de concessão, permissão ou autorização, consoante disposto no inciso III do art. 2º c/c inciso VIII do art. 18 da Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997; Considerando que as vias federais, precedidas ou não da execução de obra pública, estão sujeitas ao regime de concessão, como previsto no inciso IV do art. 1º da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995 (...)” (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Instrução Normativa nº 46, de 25 de agosto de 2004**. Dispõe sobre a fiscalização, pelo Tribunal de Contas da União, dos processos de concessão para exploração de rodovias federais, inclusive as rodovias ou trechos rodoviários delegados pela União a estado, ao Distrito Federal, a município, ou a consórcio entre eles. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2004. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/ato-normativo/%22ATO-NORMATIVO-46441%22>. Acesso em: 31 mar. 2023).

Instrução Normativa nº 52/2007: “O Tribunal de Contas da União, no exercício de sua competência prevista no art. 71, inciso IV, da Constituição Federal, e no art 3º da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, resolve: (...)” (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Instrução Normativa nº 52, de 4 de julho de 2007**. Dispõe sobre o controle e a fiscalização de procedimentos de licitação, contratação e execução contratual de Parcerias Público-Privadas (PPP), a serem exercidos pelo Tribunal de Contas da União. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2007. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/ato-normativo/%22ATO-NORMATIVO-65100%22>. Acesso em: 31 mar. 2023).

²⁶¹ Lei Federal nº 8.987/1995 e Lei Federal nº 9.074/1995.

²⁶² Lei Federal nº 8.666/1993 e Lei Federal nº 14.133/2021.

atribua, na via infralegal, nova competência material que o texto constitucional ou a legislação ordinária não tenham lhe outorgado. De início, portanto, a menos até que se analise neste subcapítulo se há na legislação ordinária a atribuição direta dessa competência material à Corte, o art. 3º por si só não lhe permite autorizar a análise das minutas de editais de concessões de serviços públicos.

Adicionalmente, a Instrução Normativa nº 10/1995, em seus “considerandos”, também cuida de mencionar a competência do Tribunal para “efetuar a fiscalização de atos e contratos sujeitos à sua jurisdição”, supostamente prevista nos arts. 5º e 41 da Lei Federal nº 8.443/1992.

Examinando os referidos artigos, há de se perceber que o art. 5º²⁶³ serve apenas para apontar sobre quem a Corte de Contas tem jurisdição. Como o referido dispositivo não trata especificamente de órgãos ou entidades responsáveis pela condução de projetos de concessão federais, eventual conclusão nesse sentido só seria possível a partir de uma interpretação ampliativa do inciso I do art. 5º, que prevê que a jurisdição do Tribunal abrange qualquer órgão ou entidade “que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária”. Em outras palavras, haveria que se enquadrar o órgão ou entidade gestor do projeto de concessão como aquele que utiliza dinheiros, bens e valores públicos e/ou assume, em nome da União, obrigação de natureza pecuniária – tema que já fora discutido no subcapítulo 4.1.1.

²⁶³ “Art. 5º A jurisdição do Tribunal abrange:

I - qualquer pessoa física, órgão ou entidade a que se refere o inciso I do art. 1º desta Lei, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária;

II - aqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário;

III - os dirigentes ou liquidantes das empresas encampadas ou sob intervenção ou que de qualquer modo venham a integrar, provisória ou permanentemente, o patrimônio da União ou de outra entidade pública federal;

IV - os responsáveis pelas contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo.

V - os responsáveis por entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado que recebam contribuições parafiscais e prestem serviço de interesse público ou social;

VI - todos aqueles que lhe devam prestar contas ou cujos atos estejam sujeitos à sua fiscalização por expressa disposição de Lei;

VII - os responsáveis pela aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VIII - os sucessores dos administradores e responsáveis a que se refere este artigo, até o limite do valor do patrimônio transferido, nos termos do inciso XLV do art. 5º da Constituição Federal;

IX - os representantes da União ou do Poder Público na Assembléia Geral das empresas estatais e sociedades anônimas de cujo capital a União ou o Poder Público participem, solidariamente, com os membros dos Conselhos Fiscal e de Administração, pela prática de atos de gestão ruínoza ou liberalidade à custa das respectivas sociedades” (BRASIL. **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. Brasília: Diário Oficial da União, 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18443.htm. Acesso em: 31 mar. 2023).

Entretanto, ainda se considere que o TCU tem jurisdição sobre os órgãos e entidades que conduzem as concessões, a existência dessa jurisdição, por si só, não permite ao Tribunal especificamente realizar a análise das minutas de editais antes de sua publicação.

A menção ao art. 41 da Lei Orgânica²⁶⁴, por sua vez, é a que mais se aproxima da tentativa de justificar materialmente essa competência do TCU. Isso, porque prevê que o Tribunal “efetuará a fiscalização dos atos de que resulte receita ou despesa, praticados pelos responsáveis sujeitos à sua jurisdição” e que, para tanto, lhe compete “acompanhar, pela publicação no Diário Oficial da União, ou por outro meio estabelecido no Regimento Interno” editais de licitação.

É de se notar, todavia, que, (i) ao fazer referência expressa à publicação no Diário Oficial, o legislador certamente não está a tratar de minutas de editais de licitação que ainda não foram publicados, mas sim de licitações que já são públicas. Ademais, (ii) a autorização dada para fiscalização de atos dos quais resulte receita ou despesa, por si só, também não significa que o TCU tenha atribuição para avaliar e opinar sobre as minutas de editais de concessões, especialmente considerando, como se verá com mais detalhes futuramente neste capítulo, que a Corte dispõe de outras ferramentas – essas, sim, expressamente previstas – para desempenhar a atribuição de fiscalizar atos e contratos que guardem relação com recursos públicos. E, além disso, (iii) o fato de o dispositivo indicar que o TCU deve acompanhar a publicação de editais de licitação pelo Diário Oficial da União não lhe autoriza exigir o envio dessa documentação pelos órgãos ou entidades responsáveis como uma etapa do projeto de concessão de serviços públicos.

Para além desses dispositivos da Lei Orgânica que são mencionados nos “considerandos” das Instruções Normativas do TCU – arts. 3º, 5º e 41 –, compulsando a Lei Federal nº 8.443/1992 só se verifica a existência de mais uma previsão que guarda relação com o tema ora investigado. Trata-se do art. 46²⁶⁵, que prevê que se durante a sua atuação o Tribunal

²⁶⁴ “Art. 41. Para assegurar a eficácia do controle e para instruir o julgamento das contas, o Tribunal efetuará a fiscalização dos atos de que resulte receita ou despesa, praticados pelos responsáveis sujeitos à sua jurisdição, competindo-lhe, para tanto, em especial:

I - acompanhar, pela publicação no Diário Oficial da União, ou por outro meio estabelecido no Regimento Interno: (...)

b) os editais de licitação, os contratos, inclusive administrativos, e os convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres, bem como os atos referidos no art. 38 desta Lei;” (BRASIL. **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. Brasília: Diário Oficial da União, 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm. Acesso em: 31 mar. 2023).

²⁶⁵ “Art. 46. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal” (BRASIL. **Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992**. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras

comprovar a ocorrência de fraude à licitação, deverá declarar a inidoneidade do licitante para participar de licitações promovidas pela Administração Pública federal por até cinco anos.

É certo, entretanto, que o referido dispositivo não contribui para a discussão ora travada, já que não se propõe a especificar de que forma a Corte de Contas deve atuar na fiscalização das licitações. Além disso, a referência à fraude à licitação leva ao entendimento de que, nesse caso, o legislador está a tratar de uma hipótese possível de ocorrer apenas quando a licitação está em curso, ou seja, necessariamente após a publicação do edital de licitação.

Sobre o tema, ainda vale acrescentar que, segundo André Rosilho, durante a tramitação da Lei Orgânica, o Tribunal chegou a pleitear ao Congresso a possibilidade de realizar controle de editais não publicados, mas a proposta, apesar de ser aprovada no Senado, sofreu forte resistência na Câmara dos Deputados, tendo sido rejeitada em definitivo²⁶⁶.

4.1.2.2 Lei do Programa Nacional de Desestatização

A Lei Federal nº 9.491/1997²⁶⁷ também é referenciada nos “considerandos” de três das cinco Instruções Normativas do TCU analisadas ao longo desta pesquisa²⁶⁸. Mais especificamente, as citadas normativas infralegais citam uma suposta competência da Corte de Contas para apreciar os processos de desestatização incluídos no Programa Nacional de Desestatização que estaria prevista nos inciso III do art. 2º e inciso VIII do art. 18 da lei federal.

Vale contextualizar, inicialmente, que essa lei revogou a Lei Federal nº 8.031/1990, que originalmente criou o Programa Nacional de Desestatização, para alterar e atualizar seus procedimentos.

A menção que as Instruções Normativas de 1998, 2004 e 2018 fazem ao inciso III do art. 2º²⁶⁹ não contribui para dizer da competência do Tribunal de Contas da União para analisar minutas de editais, já que o dispositivo se limita a indicar que podem ser objeto de desestatização, para fins do PND, os serviços públicos objeto de concessão.

providências. Brasília: Diário Oficial da União, 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm. Acesso em: 31 mar. 2023).

²⁶⁶ ROSILHO, André Janjácómo. **Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 235.

²⁶⁷ Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências.

²⁶⁸ Quais sejam: IN nº 27/1998, IN nº 46/2004 e IN nº 81/2018.

²⁶⁹ “Art. 2º Poderão ser objeto de desestatização, nos termos desta Lei: (...)

III - serviços públicos objeto de concessão, permissão ou autorização; (...)” (BRASIL. **Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997**. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9491.htm. Acesso em: 31 mar. 2023).

O inciso VIII do art. 18²⁷⁰, por outro lado, é um pouco mais relevante na medida em que atribui ao Gestor do Fundo Nacional de Desestatização – papel desempenhado pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) – a responsabilidade de preparar a documentação dos processos de desestatização para apreciação do TCU.

O fato de a lei indicar o responsável pela preparação da documentação a ser encaminhada ao Tribunal de Contas, todavia, não pode ser tido como indicativo de que a Corte detém competência para a análise das minutas de editais. A uma, porque a Lei Federal nº 9.491/1997 não é uma normativa que regula propriamente a atuação do TCU a ponto de lhe conferir diretamente uma nova competência. Sua finalidade, ao contrário, é dispor sobre o PND e, por isso, o legislador confere atribuições somente a atores dos públicos – nesse caso, o Conselho Nacional de Desestatização (CND), o BNDES enquanto Gestor do Fundo Nacional de Desestatização, entre outros. A duas, porque a lei não detalha a que “apreciação do Tribunal de Contas da União” está a se referir o inciso VIII, não sendo possível inferir de pronto que trata-se da atuação fiscalizatória por meio da análise das minutas de editais antes de sua publicação. Mesmo porque esse inciso está presente na lei desde a sua versão original, que foi publicada em 1997, ou seja, quase 21 (vinte e um) anos antes de o TCU começar a promover a análise das minutas de editais por ocasião da edição da Instrução Normativa nº 81/2018.

Para além dos dispositivos citados, das demais prescrições da Lei Federal nº 9.491/1997, também não é possível extrair um autorizativo claro que permita a atuação do Tribunal de Contas da União nesse sentido. O que se tem, portanto, é que, ainda que a Lei que rege o Programa Nacional de Desestatização faça menção à suposta apreciação da Corte de Contas de documentos relativos aos projetos de desestatização levados a cabo pela Administração Pública federal, não há nada no texto legal que autorize ou remeta especificamente à análise dos editais de licitação antes de sua publicação.

4.1.2.3 Lei do Programa de Parcerias de Investimentos

A Instrução Normativa nº 81/2018 também faz referência, em seus “considerandos”, à suposta competência do TCU para apreciar os processos de desestatização incluídos no

²⁷⁰ “Art. 18. Compete ao Gestor do Fundo: (...)

VIII - preparar a documentação dos processos de desestatização, para apreciação do Tribunal de Contas da União; (...)” (BRASIL. **Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997**. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19491.htm. Acesso em: 31 mar. 2023).

Programa de Parcerias de Investimentos que estaria indicada no art. 5º e inciso IV do art. 6º, ambos da Lei Federal nº 13.334/2016, que cria o PPI.

O Programa de Parcerias de Investimentos é destinado ao fortalecimento da interação entre o Estado e a iniciativa privada por meio da celebração de contratos de parceria para a execução de empreendimentos públicos de infraestrutura e de outras medidas de desestatização²⁷¹. Embora utilize o vocábulo “parceria”, a lei não se aplica apenas aos contratos de parceria público-privada, mas às várias modalidades de contratos mencionadas no § 2º do art. 1º da lei²⁷², entre elas as concessões²⁷³.

Ocorre que o art. 5º²⁷⁴ dessa lei federal se limita a prever que os projetos qualificados no âmbito do PPI deverão ser considerados empreendimentos de interesse estratégico e como prioritários por todos os agentes públicos, inclusive na esfera controladora, de todos os entes da federação. Em outras palavras, portanto, projetos qualificados no Programa de Parcerias de Investimentos devem ser considerados prioritários pelos órgãos de controle, mas essa previsão em nada acrescenta para a discussão acerca da existência ou não de competência por parte do TCU para apreciar as minutas de editais de licitação em projetos de concessão federais.

Por outro lado, o art. 6º, em seu inciso IV²⁷⁵, prevê que a Administração Pública da União, que detém competências relacionadas ao PPI, deve formular programas próprios para adoção, na regulação administrativa, de práticas avançadas e recomendadas, entre elas a

²⁷¹ Vide art. 1º da Lei Federal nº 13.334/2016.

²⁷² “Art. 1º. (...)”

§2º. Para os fins desta Lei, consideram-se contratos de parceria a concessão comum, a concessão patrocinada, a concessão administrativa, a concessão regida por legislação setorial, a permissão de serviço público, o arrendamento de bem público, a concessão de direito real e os outros negócios público-privados que, em função de seu caráter estratégico e de sua complexidade, especificidade, volume de investimentos, longo prazo, riscos ou incertezas envolvidos, adotem estrutura jurídica semelhante” (BRASIL. **Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016**. Cria o Programa de Parcerias de Investimentos - PPI; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113334.htm. Acesso em: 31 mar. 2023).

²⁷³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 131-132.

²⁷⁴ “Art. 5º. Os projetos qualificados no PPI serão tratados como empreendimentos de interesse estratégico e terão prioridade nacional perante todos os agentes públicos nas esferas administrativa e controladora da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” (BRASIL. **Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016**. Cria o Programa de Parcerias de Investimentos - PPI; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113334.htm. Acesso em: 31 mar. 2023).

²⁷⁵ “Art. 6º. Os órgãos, entidades e autoridades da administração pública da União com competências relacionadas aos empreendimentos do PPI formularão programas próprios visando à adoção, na regulação administrativa, independentemente de exigência legal, das práticas avançadas recomendadas pelas melhores experiências nacionais e internacionais, inclusive: (...)”

IV - articulação com os órgãos e autoridades de controle, para aumento da transparência das ações administrativas e para a eficiência no recebimento e consideração das contribuições e recomendações” (BRASIL. **Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016**. Cria o Programa de Parcerias de Investimentos - PPI; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113334.htm. Acesso em: 31 mar. 2023).

articulação com os órgãos de controle para aumento da transparência das ações administrativas e para a eficiência no recebimento e consideração das contribuições e recomendações.

É certo que esse dispositivo incentiva a atuação articulada entre as esferas administrativa e controladora, mas, novamente, não é possível extrair dessa prescrição um autorizativo para que o Tribunal de Contas da União atue promovendo análise das minutas de editais de licitação.

Além disso, assim como se concluiu em relação à Lei do PND no item 4.1.2.2, a Lei do PPI não tem por destinatário os Tribunais de Contas, mas sim a Administração Pública federal, razão pela qual a norma não atribui diretamente à Corte de Contas qualquer competência.

4.1.2.4 Lei de prorrogação e relicitação de contratos de parceria

A IN nº 81/2018, em seus “considerandos”, faz menção, finalmente, à Lei Federal nº 13.448/2017, que cuida de estabelecer diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria de investimentos celebrados nos termos da Lei do PPI supracitada²⁷⁶, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da Administração Pública Federal. Nesse caso, a referência é ao art. 11²⁷⁷ da lei.

O artigo em questão integra o capítulo que trata sobre a prorrogação dos contratos de parceria. A sistemática prevista para essa prorrogação, seja ela contratual ou antecipada do contrato, inclui a prévia qualificação do empreendimento especificamente para esse fim no PPI²⁷⁸ e a realização, pelo órgão ou entidade competente, de estudo técnico prévio que fundamente a vantagem da prorrogação do contrato de parceria em relação à realização de nova licitação para o empreendimento²⁷⁹. Há exigência, também, de que, na sequência, as prorrogações, bem como o estudo técnico elaborado, sejam submetidos à consulta pública, com fixação de prazo mínimo para recebimento de sugestões.

²⁷⁶ A lei fala em contratos de parceria, o que abrange todas as modalidades referidas na Lei Federal nº 13.334/2016, a saber, a concessão de serviço público, a permissão de serviço público, a concessão patrocinada, a concessão administrativa e o arrendamento.

²⁷⁷ “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” (BRASIL. **Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017**. Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, e altera a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Brasília: Diário Oficial da União, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113448.htm. Acesso em: 31 mar. 2023).

²⁷⁸ Vide art. 2º da Lei Federal nº 13.448/2017.

²⁷⁹ Vide art. 8º da Lei Federal nº 13.448/2017.

O art. 11, então, prevê que, encerrada a consulta pública, devem ser encaminhados ao Tribunal de Contas da União o estudo técnico, os documentos que eventualmente comprovem o cumprimento das demais exigências previstas na lei – na hipótese exclusiva de prorrogação antecipada do contrato –, bem como o termo aditivo de prorrogação contratual.

Embora a Instrução Normativa nº 81/2018 só faça menção expressa a esse dispositivo, é de se notar que o capítulo seguinte da norma federal, que cuida da relicitação do objeto do contrato de parceria, prevê sistemática similar para os casos de relicitação.

Nesses casos, além de qualificar o contrato de parceria para a relicitação no PPI²⁸⁰, deve haver um acordo entre a Administração Pública e o atual contratado²⁸¹, com celebração de termo aditivo que formalize as condições da relicitação²⁸². Na sequência, o órgão ou entidade competente também promove estudo técnico com o intuito de subsidiar a relicitação do contrato de parceria, visando assegurar sua viabilidade econômico-financeira e operacional²⁸³. O estudo é submetido à prévia consulta pública, podendo receber sugestões dentro do prazo fixado²⁸⁴. Então, o art. 19²⁸⁵ da lei prescreve que, uma vez encerrada a consulta pública, o estudo técnico, bem como o conjunto de demais documentos que a lei exige que sejam apresentados pelo contratado como condição à instauração do processo de relicitação, devem ser encaminhados ao TCU.

Ou seja, a rigor o que a Lei Federal nº 13.448/2017 indica é que tem-se o encaminhamento de documentos à Corte de Contas da União como uma das etapas tanto do procedimento de prorrogação contratual ou prorrogação antecipada dos contratos de parceria celebrados no âmbito do PPI, quanto nos processos de relicitação desses mesmos contratos.

A lei, contudo, não cuida de dar pormenores dessa etapa com a finalidade de indicar qual análise propriamente o TCU faz sobre os documentos a ele encaminhados, nem se a aprovação da Corte é condição imprescindível para que a prorrogação ou a relicitação aconteça.

De toda sorte, fica evidente que as hipóteses estampadas na lei em questão em nada se confundem com a atuação do Tribunal quando analisa as minutas de editais de licitação de

²⁸⁰ Vide art. 2º da Lei Federal nº 13.448/2017.

²⁸¹ Vide art. 14 da Lei Federal nº 13.448/2017.

²⁸² Vide art. 15 da Lei Federal nº 13.448/2017.

²⁸³ Vide art. 17 da Lei Federal nº 13.448/2017.

²⁸⁴ Vide art. 18 da Lei Federal nº 13.448/2017.

²⁸⁵ “Art. 19. Encerrada a consulta pública, os estudos de que trata o art. 17 desta Lei deverão ser encaminhados ao Tribunal de Contas da União, em conjunto com os documentos referidos no art. 14 desta Lei” (BRASIL. **Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017**. Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, e altera a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Brasília: Diário Oficial da União, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113448.htm. Acesso em: 31 mar. 2023).

projetos de concessão federais. Vale relembrar também que as disposições da lei se aplicam exclusivamente aos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário.

Além disso, mais uma vez, tem-se aqui uma normativa federal que se volta a disciplinar procedimentos a serem conduzidos pelo Poder Executivo federal e, por essa razão, confere atribuições e prevê obrigações destinadas especificamente aos órgãos e entidades da Administração Pública federal, e não ao Tribunal de Contas da União.

Conclui-se, portanto, que, ainda que os dispositivos da norma guardem alguma relação com o controle desempenhado pelos Tribunais de Contas nas prorrogações contratuais e relições de empreendimentos qualificados no PPI, a lei não faz qualquer menção direta especificamente à análise prévia dos editais de licitação de concessão, a ponto de servir de autorizativo para o desempenho dessa competência pela Corte de Contas da União.

4.1.2.5 Leis que regem as concessões de serviços públicos

A revogada Instrução Normativa nº 46/2004 ainda fazia referência, em seus “considerandos”, à Lei Federal nº 9.074/1995²⁸⁶, que disciplina regras para outorga e prorrogações das concessões de serviços públicos. A menção à norma é breve²⁸⁷ e se refere particularmente ao dispositivo da lei que enquadra as vias federais, precedidas ou não de obra pública, como sujeitas ao regime de concessão²⁸⁸, o que notadamente não guarda relação direta com o tema do controle externo. Vale lembrar, nesse sentido, que a IN nº 46/2004 dispunha sobre a fiscalização pelo TCU especificamente dos processos de concessão para exploração de rodovias federais.

²⁸⁶ Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências.

²⁸⁷ “Considerando que as vias federais, precedidas ou não da execução de obra pública, estão sujeitas ao regime de concessão, como previsto no inciso IV do art. 1º da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995 (...)” (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Instrução Normativa nº 46, de 25 de agosto de 2004**. Dispõe sobre a fiscalização, pelo Tribunal de Contas da União, dos processos de concessão para exploração de rodovias federais, inclusive as rodovias ou trechos rodoviários delegados pela União a estado, ao Distrito Federal, a município, ou a consórcio entre eles. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2004. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/ato-normativo/%22ATO-NORMATIVO-46441%22>. Acesso em: 31 mar. 2023).

²⁸⁸ “Art. 1º. Sujeitam-se ao regime de concessão ou, quando couber, de permissão, nos termos da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, os seguintes serviços e obras públicas de competência da União: (...) IV - vias federais, precedidas ou não da execução de obra pública; (...)” (BRASIL. **Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995**. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19074cons.htm. Acesso em: 31 mar. 2023).

Entretanto, tanto a Lei Federal nº 9.074/1995 quanto a Lei Federal nº 8.987/1995²⁸⁹, foram selecionadas para serem analisadas neste capítulo por desempenharem o papel de normas de regência das concessões de serviços públicos no Brasil.

Compulsando os dispositivos da Lei Federal nº 8.987/1995, percebe-se que a normativa sequer dispõe acerca do exercício do controle externo sobre as concessões federais, quiçá sobre a análise das minutas de editais de licitação. A norma separa um capítulo exclusivo para tratar das licitações de concessões de serviço público²⁹⁰ – em que o legislador disciplina os critérios a serem observados na elaboração dos editais, as fases da licitação, bem como as regras para o julgamento das propostas e para participação e desclassificação das licitantes, contudo, nada diz da necessidade de a Corte de Contas da União analisar as minutas de editais previamente a sua publicação.

Já em relação a Lei Federal nº 9.074/1995, em que pese o inciso IV do art. 1º referenciado nos “considerandos” da IN nº 46/2004 não ter afinidade com o tema do controle, há um dispositivo na norma²⁹¹, aplicável especificamente na hipótese de uma empresa estatal participar de licitação para concessão de serviço público na condição de licitante, que prevê a possibilidade de, para compor sua proposta, ela colher preços de bens ou serviços fornecidos por terceiros e assinar pré-contratos com dispensa de licitação. E, nesse caso, se a empresa estatal restar vencedora do certame, os contratos definitivos firmados entre ela e os fornecedores devem obrigatoriamente ser submetidos à apreciação dos órgãos de controle externo.

Não é necessária muita elucidação para concluir que esse dispositivo também não serve como autorizativo para que o Tribunal de Contas da União promova a análise das minutas de editais. Trata-se de regramento aplicável especificamente às empresas estatais que concorrerem em licitações de concessão de serviço público e é certo que a atuação do controle externo é

²⁸⁹ Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

²⁹⁰ Vide Capítulo V – Da licitação da Lei Federal nº 8.987/1995.

²⁹¹ “Art. 32. A empresa estatal que participe, na qualidade de licitante, de concorrência para concessão e permissão de serviço público, poderá, para compor sua proposta, colher preços de bens ou serviços fornecidos por terceiros e assinar pré-contratos com dispensa de licitação.

§1º. Os pré-contratos conterão, obrigatoriamente, cláusula resolutiva de pleno direito, sem penalidades ou indenizações, no caso de outro licitante ser declarado vencedor.

§2º. Declarada vencedora a proposta referida neste artigo, os contratos definitivos, firmados entre a empresa estatal e os fornecedores de bens e serviços, serão, obrigatoriamente, submetidos à apreciação dos competentes órgãos de controle externo e de fiscalização específica” (BRASIL. **Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995**. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19074cons.htm. Acesso em: 31 mar. 2023).

prevista para ocorrer somente após o encerramento do certame e a eventual celebração dos contratos entre a empresa estatal vencedora e seus fornecedores.

4.1.2.6 Leis gerais de licitações e contratações públicas

Por fim, ainda que as Instruções Normativas examinadas ao longo desta pesquisa não façam, em seu teor, qualquer referência a essas leis, não se podia deixar de averiguar o conteúdo das normas que disciplinam as regras gerais para licitações e contratações públicas.

Como já brevemente contextualizado, desde 1993, o papel de norma de regência das licitações e contratos administrativos é desempenhado pela Lei Federal nº 8.666/1993²⁹². Em 1º de abril de 2021, todavia, foi editada a Lei Federal nº 14.133/2021²⁹³ que tem por missão atualizar e modernizar tal regramento. Acontece que o legislador pátrio previu um período de transição entre essas normas com duração de dois anos – posteriormente prorrogado para até 3 de dezembro de 2023, por meio da Medida Provisória nº 1.167/2023 –, sendo que, ao final desse prazo, a lei mais recente revogará a normativa de 1993. Por essa razão, optou-se por analisar o conteúdo de ambas as leis.

Em relação à Lei Federal nº 8.666/1993, é preciso pontuar que seu art. 113²⁹⁴ prevê que o controle das despesas decorrentes dos contratos celebrados ao fim dos procedimentos licitatórios será realizado pelo Tribunal de Contas competente, ficando os órgãos da Administração Pública responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e sua execução. O dispositivo, ainda, faculta à Corte de Contas solicitar, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia do edital de licitação já

²⁹² Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

²⁹³ Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

²⁹⁴ “Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

§1º. Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo.

§2º. Os Tribunais de Contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno poderão solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia de edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas” (BRASIL. **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. Brasília: Diário Oficial da União, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 31 mar. 2023).

publicado para exame, devendo os órgãos ou entidades da Administração adotarem eventuais medidas corretivas que, em função desse exame, lhes forem determinadas²⁹⁵.

Isso significa que, no caso de celebração de contrato de concessão federal precedido de licitação, o TCU detém competência para realizar o controle das despesas decorrente do contrato. A demonstração da legalidade e regularidade dessas despesas fica a cargo do órgão ou entidade do Poder Executivo federal responsável pela concessão. É certo que a Lei Federal nº 8.666/1993, para tanto, autoriza ao Tribunal analisar o edital de licitação, mas também é certo, pois resta expresso no dispositivo da lei, que esse exame é facultativo e se refere ao edital de licitação já publicado, e não à sua minuta.

Outro apontamento imprescindível de ser feito é que a redação do art. 113 é clara ao indicar que o exercício de controle externo ali disciplinado é sobre as despesas decorrentes do contrato de concessão celebrado, sendo o exame do edital de licitação apenas uma das ferramentas facultada ao controlador. Ou seja, pela redação do dispositivo da norma, as eventuais futuras recomendações ou determinações expedidas pela Corte de Contas deveriam, ao menos em tese, versar e recair sobre as despesas decorrentes dos contratos de concessão e não sobre toda e qualquer previsão do instrumento convocatório.

Nessa linha, sobre o tema, André Rosilho assim pontua:

A esses órgãos de controle não somente foi atribuída a tradicional tarefa de controlar as despesas decorrentes de contratos firmados pelo poder público, mas também a de intervir diretamente no próprio curso da licitação. Essa possibilidade passou a existir na medida em que foram autorizados a solicitar editais para exame e a determinar, em caso de vício, sua correção a órgãos ou entidades da administração pública. Conferiu-se aos tribunais de contas, no limite, poder para interromperem o curso de licitações – é o que se conclui a partir da leitura conjunta do art. 71, incisos IX e X da Constituição e do art. 113, §2º da lei 8.666/93 (...).²⁹⁶

²⁹⁵ “O dispositivo [art. 113] traz dois comandos. Pelo primeiro, uma regra de competência, a lei explicitou a atribuição dos tribunais de contas para ‘o controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos’ regidos pela Lei de Licitações. Se o texto constitucional não é claro quanto a isso, a mencionada lei o é. Pelo segundo, os órgãos licitantes, contratantes e ordenadores de despesa são responsáveis ‘pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução’ dos contratos. Nada mais natural, haja vista que a Administração Pública é quem produz e detém as informações e todos os atos e documentos ao longo do ciclo da contratação administrativa. Ressalte-se que, nesse ponto, a Lei nº 8.666/93 não inovou e seguiu uma tradição que remontava ao artigo 79 do Decreto-Lei nº 2.300, de 21/12/1986, e ao Decreto-Lei nº 200, de 25/2/1967, cujo artigo 93, ainda em vigor, determina que quem quer ‘que utilize dinheiros públicos terá de justificar seu bom e regular emprego’. No entanto, o caput do artigo 113 será revogado pela Lei nº 14.133, de 1/4/2021. E mais: a nova lei não traz qualquer dispositivo equivalente.” (NASCIMENTO, Leandro Maciel do. A nova Lei de Licitações e o controle realizado pelos Tribunais de Contas. **CONJUR**, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-16/opinioao-lei-licitacoes-tribunais-contas>. Acesso em: 28 mar. 2023).

²⁹⁶ ROSILHO, André Janjácómo. **Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 233-234.

Quanto à possibilidade de o Tribunal praticar atos de comando (ordenar a correção de editais já publicados) amparado pelo art. 113 da Lei Federal nº 8.666/1993 aliado ao inciso IX do art. 71 da CRFB, o autor ressalva que, embora essa inovação tenha, em alguma medida, mitigado o revés sofrido pelo TCU na Constituição Federal de 1967 – quando foi descontinuada a técnica de registro prévio de despesas e adotada a adoção *a posteriori*, como será melhor detalhado no subtópico 4.2.1.1 –, não transformou a Corte em órgão de controle prévio por excelência. Isso, porque tal “atribuição foi bem delimitada pela lei 8.666/93, que instituiu condicionantes claras ao seu exercício”. Dentre as condicionantes estão, segundo o autor, o fato de o Tribunal: (i) só poder solicitar para exame editais de licitação já publicados e, conseqüentemente, só em relação a eles pode ordenar correções voltadas a sanar eventuais falhas; e (ii) só poder ordenar “medidas corretivas pertinentes” em função de exame de legalidade, não podendo ser produzidos atos de comando dessa natureza a partir de exame de legitimidade ou economicidade.

Nesse sentido:

Não é dado ao Tribunal, portanto, exigir que órgãos e entes da administração pública a ele encaminhem minutas de edital ou contrato não publicadas (material relativo à parte interna da licitação), e, muito menos, ordenar que essas minutas, caso delas venha a tomar conhecimento, sejam modificadas por conta da existência de supostas falhas ou inconsistências. Dito de outra maneira, a Corte de Contas não tem poder para condicionar a publicação de editais à implementação, pelo poder público, de suas recomendações ou determinações. É essa, inclusive, a opinião do próprio Tribunal, expressamente manifestada por meio de sua jurisprudência.^{297 298}

Ocorre que mesmo essa prescrição em breve não será mais aplicável, já que a Lei Federal nº 14.133/2021, que a partir de 30 de dezembro de 2023 substituirá definitivamente a Lei Federal nº 8.666/1993, não traz em seu texto qualquer dispositivo equivalente ao do art. 113.

Ao contrário, a nova lei é expressa ao prever que, ao final da fase preparatória e antes da divulgação do edital, quem realizará o controle prévio de legalidade, mediante análise jurídica da contratação, é o próprio órgão de assessoramento jurídico da Administração Pública²⁹⁹. Assim, sendo a análise da minuta do edital previamente à sua publicação feita

²⁹⁷ ROSILHO, André Janjácómo. **Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 234-235.

²⁹⁸ Ressalte-se que quando da elaboração da tese de doutorado do autor (2016) ainda não havia sido editada a Instrução Normativa nº 81/2018. Contudo, como se verá ao longo deste trabalho, as conclusões obtidas por ele permanecem válidas.

²⁹⁹ “Art. 53. Ao final da fase preparatória, o processo licitatório seguirá para o órgão de assessoramento jurídico da Administração, que realizará controle prévio de legalidade mediante análise jurídica da contratação” (BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília: Diário Oficial da

internamente pelo próprio Poder Executivo federal, não há que se falar em desvirtuamento do propósito da fase preparatória da licitação, nem em eventual imiscuição do órgão de controle externo na esfera de ingerência da Administração Pública federal.

Ademais, ao tratar do tema do controle sobre as contratações públicas, a Lei Federal nº 14.133/2021 parece privilegiar o controle concomitante, além de propor uma sistematização das atividades de controle em três linhas de defesa³⁰⁰, sendo que o controle externo desempenhado pelos Tribunais de Contas aparece como terceira e última linha de defesa.

Deve-se pontuar, ainda, que há na nova lei previsão, no § 1º do art. 171³⁰¹, que sugere que o Tribunal detém atribuição para suspender cautelarmente o procedimento licitatório caso identificada irregularidade. Por falta de previsão expressa de limitação a essa atribuição, presume-se que a suspensão cautelar pode se dar em qualquer fase do procedimento licitatório, o que incluiria a sua fase preparatória. Apesar de ser novidade no diploma legal que rege as licitações públicas, a possibilidade de a Corte adotar medida cautelar para determinar a suspensão do ato ou procedimento impugnado até que o Tribunal decida sobre o mérito da questão suscitada já era prevista no caput do art. 276 do Regimento Interno do TCU³⁰², desde que em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao erário, ao interesse público, ou de risco de ineficácia da decisão de mérito.

União, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 31 mar. 2023).

³⁰⁰ “Art. 169. As contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa:

I - primeira linha de defesa, integrada por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade;

II - segunda linha de defesa, integrada pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade;

III - terceira linha de defesa, integrada pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo tribunal de contas” (BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília: Diário Oficial da União, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 31 mar. 2023).

³⁰¹ “Art. 171. (...)”

§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: (...)” (BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília: Diário Oficial da União, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 31 mar. 2023).

³⁰² “Art. 276. O Plenário, o relator, ou, na hipótese do art. 28, inciso XVI, o Presidente, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao erário, ao interesse público, ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, poderá, de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar, com ou sem a prévia oitiva da parte, determinando, entre outras providências, a suspensão do ato ou do procedimento impugnado, até que o Tribunal decida sobre o mérito da questão suscitada, nos termos do art. 45 da Lei nº 8.443, de 1992” (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Resolução 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. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2011. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/ato-normativo/%22ATO-NORMATIVO-95607%22>. Acesso em: 31 mar. 2023).

O fato de a lei ordinária e o Regimento Interno possibilitarem a suspensão cautelar de licitações não significa, todavia, que detém a Corte de Contas competência para examinar as minutas de editais. A medida cautelar excepcional de que trata o art. 171 decorre da hipótese de o Tribunal, durante a fiscalização de controle e se valendo de outros instrumentos de controle, detectar irregularidade que dê causa à suspensão.

Feitas as análises pertinentes sobre a legislação ordinária de regência, o que se conclui é que ainda que (i) a Lei Federal nº 8.443/1992 autorize o Tribunal a fiscalizar atos dos quais resulte receita ou despesa e lhe atribua o acompanhamento dos editais de licitação pela publicação no Diário Oficial da União ou por outro meio; (ii) a Lei Federal nº 9.491/1997 atribua ao BNDES a responsabilidade de preparar a documentação relativa aos processos de desestatização para apreciação do TCU; (iii) a Lei Federal nº 13.334/2016 incentive a atuação articulada entre a Administração Pública da União e os órgãos de controle, no âmbito do PPI, visando a transparência e eficiência da atuação administrativa; (iv) a Lei Federal nº 13.448/2017 estabeleça o encaminhamento de documentos ao TCU como uma etapa do procedimento de prorrogação contratual ou prorrogação antecipada ou relicitação dos contratos de parceria; (v) a Lei Federal nº 9.074/1995 exija a apreciação, pela Corte de Contas, dos contratos eventualmente firmados entre empresa estatal que participe na condição de licitante em licitação de concessão e seus fornecedores; e (vi) a Lei Federal nº 8.666/1993 faculte, até 30 de dezembro de 2023, que o Tribunal de Contas solicite para exame cópia do edital de licitação já publicado para fins de controle das despesas decorrentes dos contratos administrativos celebrados ao fim de procedimentos licitatórios; nenhuma dessas previsões individualmente, nem todas elas conjuntamente consideradas – sobretudo porque localizadas de forma esparsas e não sistematizadas no ordenamento jurídico – têm o condão de fornecer autorização legal ao TCU para analisar minutas de editais de licitação antes de sua publicação, na forma como previsto na Instrução Normativa nº 81/2018.

Além disso, se observa que diversas dessas leis orgânicas disciplinam, de fato, a atuação da Corte de Contas da União, mas não abordam o tema da análise das minutas de editais de licitação de concessões federais. Ou seja, o legislador ordinário mesmo tendo espaço para atribuir expressamente ao Tribunal de Contas da União competência material nesse sentido, não o fez³⁰³. O seu silêncio, nesse sentido, é eloquente.

³⁰³ Nesse sentido também é o entendimento de Eduardo Jordão: “a Constituição, portanto, não previu explicitamente para o TCU poderes que pudessem ser utilizados no controle da modelagem de projetos de infraestrutura. Além disso, essa ausência de previsão corresponde a uma clara opção do constituinte de que essa intervenção prévia não se realize.” (JORDÃO, Eduardo. A intervenção do Tribunal de Contas da União sobre

4.1.3 Regimento Interno, Instrução Normativa nº 81/2018 e a impossibilidade de inovação da ordem jurídica por meio de normativa infralegal

Nos dois subcapítulos anteriores, foram analisadas as disposições do texto constitucional e da legislação ordinária de regência, tendo sido constatada, em ambos os casos, a ausência de previsão clara e expressa que atribua ao TCU competência material para examinar minutas de editais de licitação de concessões federais antes de sua publicação. Resta, portanto, neste subcapítulo, investigar o conteúdo dos atos normativos infralegais.

Para tanto, foram identificadas duas normas infralegais principais atualmente vigentes e que poderiam impactar na análise desenvolvida neste trabalho: o Regimento Interno do TCU, por pormenorizar a disciplina que rege de forma geral a atuação do Tribunal, e a Instrução Normativa nº 81/2018, ato que regula o tema objeto de análise desta pesquisa.

A Resolução TCU nº 246, de 30 de novembro de 2011³⁰⁴, que contém o Regimento Interno do TCU³⁰⁵, traz algumas previsões importantes sobre o tema ora investigado. De início, o art. 1º³⁰⁶, ao sistematizar as competências do Tribunal, nos termos da CRFB e da legislação vigente – em especial, a Lei Orgânica do TCU –, prevê, no inciso XV, que compete à Corte

editais de licitação não publicados: controlador ou administrador? In: SUNFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Org.). **Tribunal de Contas da União no direito e na realidade**. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2020, p. 348).

³⁰⁴ Altera o Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, aprovado pela Resolução TCU nº 155, de 4 de dezembro de 2002.

³⁰⁵ Sobre o enquadramento dos regimentos como atos normativos infralegais: “Os regimentos são atos administrativos normativos de atuação interna, dado que se destinam a reger o funcionamento de órgãos colegiados e de corporações legislativas. Como ato regulamentar interno, o regimento só se dirige aos que devem executar o serviço ou realizar a atividade funcional regimentada, sem obrigar aos particulares em geral. Os atos regulamentares internos (regimentos) constituem modalidade diversa dos regulamentos externos (independentes ou de execução) e produzem efeitos mais restritos que estes. Os regulamentos independentes e de execução disciplinam situações gerais e estabelecem relações jurídicas entre a Administração e os administrados; os regimentos destinam-se a prover o funcionamento dos órgãos da Administração, atingindo unicamente as pessoas vinculadas à atividade regimental.” (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Atualizado por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 177).

³⁰⁶ “Art. 1º. Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma da legislação vigente, em especial da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992: (...)

XV – acompanhar, fiscalizar e avaliar os processos de desestatização realizados pela administração pública federal, compreendendo as privatizações de empresas, incluindo instituições financeiras, e as concessões, permissões e autorizações de serviço público, nos termos do art. 175 da Constituição Federal e das normas legais pertinentes; (...)

XXVI – decidir sobre representações relativas a licitações e contratos administrativos e ao descumprimento da obrigatoriedade de que as câmaras municipais, os partidos políticos, os sindicatos de trabalhadores e as entidades empresariais sejam notificados da liberação de recursos federais para os respectivos municípios, nos termos da legislação vigente;” (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Resolução 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. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2011. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/ato-normativo/%22ATO-NORMATIVO-95607%22>. Acesso em: 31 mar. 2023).

acompanhar, fiscalizar e avaliar os processos de desestatização realizados pela Administração Pública federal, incluindo concessões de serviços públicos. Além disso, dispõe, no inciso XXVI do mesmo artigo, sobre a competência para decidir sobre representações relativas a licitações.

Especificamente a respeito do acompanhamento, fiscalização e avaliação dos processos de desestatização federais, o Regimento Interno, em seu art. 258³⁰⁷, se limita a prever que esse tema será detalhadamente disciplinado em atos normativos específicos.

De forma adicional, o art. 242³⁰⁸, na subseção que trata do acompanhamento como instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal³⁰⁹, dispõe que as atividades dos órgãos e entidades sujeitos à jurisdição do Tribunal serão acompanhados de forma concomitante, dentre outros meios, pela publicação nos órgãos oficiais e consulta a sistemas informatizados da Administração Pública dos editais de licitação.

Por fim, à semelhança do disposto no art. 41 da Lei Orgânica do TCU – como visto no subcapítulo 4.1.2.1 –, na subseção da norma que trata das disposições gerais sobre fiscalização de atos e contratos, o art. 249³¹⁰ do Regimento Interno prevê que o TCU efetuará a fiscalização

³⁰⁷ “Art. 258. O Tribunal realizará, ainda, na forma definida em atos normativos específicos: (...)

II – o acompanhamento, a fiscalização e a avaliação dos processos de desestatização realizados pela administração pública federal, compreendendo as privatizações de empresas, incluindo instituições financeiras, e as concessões, permissões e autorizações de serviço público, previstas no art. 175 da Constituição Federal e nas normas legais pertinentes, conforme disposto em ato normativo; (...)” (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Resolução 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. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2011. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/ato-normativo/%22ATO-NORMATIVO-95607%22>. Acesso em: 31 mar. 2023).

³⁰⁸ “Art. 242. As atividades dos órgãos e entidades jurisdicionadas ao Tribunal serão acompanhadas de forma seletiva e concomitante, mediante informações obtidas:

I - pela publicação nos órgãos oficiais e mediante consulta a sistemas informatizados adotados pela administração pública federal: (...)

b) dos editais de licitação, dos extratos de contratos e de convênios, acordos, ajustes, termos de parceria ou outros instrumentos congêneres, bem como dos atos referidos no art. 259” (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Resolução 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. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2011. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/ato-normativo/%22ATO-NORMATIVO-95607%22>. Acesso em: 31 mar. 2023).

³⁰⁹ Nos termos do art. 241 do Regimento Interno, o acompanhamento é um dos instrumentos de fiscalização que possível de ser utilizado pelo TCU quando seu objetivo for examinar, por período predeterminado, a legalidade e a legitimidade dos atos de gestão dos responsáveis sujeitos a sua jurisdição, quanto ao aspecto contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial ou avaliar, também por período predeterminado, o desempenho dos órgãos e entidades jurisdicionadas, assim como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais, quanto aos aspectos de economicidade, eficiência e eficácia dos atos praticados.

³¹⁰ “Art. 249. Para assegurar a eficácia do controle e para instruir o julgamento das contas, o Tribunal efetuará a fiscalização dos atos de que resulte receita ou despesa, praticados pelos responsáveis sujeitos à sua jurisdição, competindo-lhe, para tanto, em especial:

I – realizar fiscalizações, na forma estabelecida nos arts. 238 a 243; (...)” (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Resolução 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. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2011. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/ato-normativo/%22ATO-NORMATIVO-95607%22>. Acesso em: 31 mar. 2023).

dos atos de que resulte receita ou despesa, praticados pelos responsáveis sujeitos à sua jurisdição, competindo-lhe para tanto realizar fiscalizações utilizando, dentre outros, o instrumento do acompanhamento.

Como se vê, apesar de estar em sede de normativa infralegal, o Regimento Interno do Tribunal de Contas da União não disciplina expressamente a atuação da Corte de Contas no exame das minutas de editais de licitação. Ao contrário, o art. 258 deixa o detalhamento da disciplina sobre o acompanhamento, fiscalização e avaliação dos processos de desestatizações federais para ato normativo específico – papel esse atualmente desempenhado pela Instrução Normativa nº 81/2018.

Nesse ponto, portanto, o que se vislumbra no ordenamento jurídico atual é que o exame que o TCU faz das minutas de editais de licitação de concessões federais encontra autorizativo unicamente na Instrução Normativa nº 81/2018, cujo conteúdo já fora tratado no subcapítulo 3.2.

É certo que a Corte de Contas da União detém poder regulamentar a ela atribuído por sua Lei Orgânica – como visto no subcapítulo 4.1.2.1 – que lhe permite editar instruções normativas sobre matéria de sua atribuição e sobre a organização dos processos que lhe devam ser submetidos. É certo, portanto, que, do ponto de vista formal, tem o Tribunal competência para editar instruções normativas.

Acontece que, no caso da IN nº 81/2018, está-se a tratar de normativa infralegal editada pelo próprio Tribunal de Contas da União cujo conteúdo material não encontra amparo, do ponto de vista da atribuição de competência material à Corte, nem no texto constitucional, nem em qualquer outra lei ordinária que verse sobre o tema.

Isso significa que, diante da ausência de previsão constitucional ou legal dessa competência material, a IN de 2018 inova não só em relação às Instruções Normativas que a antecederam, mas também em relação à ordem jurídica como um todo. E à Instrução Normativa, na condição de regulamento³¹¹ – em contraponto à lei –, é vedado inovar no ordenamento jurídico, conforme explica Luís Roberto Barroso:

Um e outro, é certo, são atos normativos, de caráter geral e impessoal. Mas somente a lei – e não o regulamento – pode inovar na ordem jurídica, modificando situação preexistente. Sempre a lei, e jamais o regulamento, será a via legítima de se criarem obrigações para os particulares. A doutrina é indiscrepante na matéria. A faculdade

³¹¹ Sobre os atos administrativos normativos, Hely Lopes Meirelles defende que “tais atos, conquanto normalmente estabeleçam regras gerais e abstratas de conduta, não são leis em sentido formal. São leis apenas em sentido material, vale dizer, provimentos executivos com conteúdo de lei, com matéria de lei.” (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 174).

regulamentar, lembra Sergio Ferraz, longe de infirmar o princípio da separação de Poderes, antes o confirma: o regulamento é uma das principais formas de manifestação da atuação administrativa, e não poderá contrariar a lei formal.³¹²

Nesse ponto, vale um adendo para registrar o entendimento de Barroso³¹³ no sentido de que, a rigor, a adoção da expressão “poder regulamentar” pela Lei Federal nº 8.443/1992 é inconstitucional, na medida em que o poder regulamentar seria privativo do Chefe do Executivo³¹⁴, na forma do inciso IV do art. 84 da CRFB. Valendo-se, porém, do mecanismo da interpretação conforme a Constituição, o autor defende ser possível admitir a validade dessa expressão desde que se entenda que o legislador quis se referir à competência para editar atos administrativos normativos – enquanto gênero – e não à espécie regulamento, que é privativa do Chefe do Poder Executivo:

(...) a referência feita pela lei ao poder regulamentar do Tribunal de Contas somente será constitucional se interpretada no sentido de uma competência normativa limitada, consistente na ordenação interna de sua própria atuação. Não tem competência o Tribunal de Contas para editar atos normativos genéricos e abstratos, vinculativos para a Administração, nem muito menos para invadir esfera legislativa, estabelecendo direitos e obrigações não contemplados no ordenamento³¹⁵.

Ressalte-se que há autores que defendem que as entidades administrativas dotadas de competência normativa podem até promover certo grau de inovação na ordem jurídica³¹⁶, contudo, ainda assim, essa inovação dependeria de uma densidade normativa mínima que, para Eduardo Jordão, não se verifica no caso ora analisado³¹⁷.

Ainda sobre o tema do exercício do poder regulamentar pelo TCU, válido destacar importante lição também do autor:

³¹² BARROSO, Luís Roberto. Tribunais de Contas: algumas incompetências. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, jan./mar. 1996, p. 135.

³¹³ Ibidem, p. 136.

³¹⁴ Sobre o tema, Hely Lopes Meirelles: “O poder regulamentar é a faculdade de que dispõem os Chefes do Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) de explicar a lei para sua correta execução, ou de expedir decretos autônomos sobre matéria de sua competência ainda não disciplinada por lei. É um poder inerente e privativo do Chefe do Executivo (CF, art. 84, IV)” (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 18. ed. . atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 112).

³¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Tribunais de Contas: algumas incompetências. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, jan./mar. 1996, p. 137.

³¹⁶ Vide BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 125-194 e SUNFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 231-280.

³¹⁷ JORDÃO, Eduardo. A intervenção do Tribunal de Contas da União sobre editais de licitação não publicados: controlador ou administrador? In: SUNFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Org.). **Tribunal de Contas da União no direito e na realidade**. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2020, p. 349.

De fato, parece aceitável reconhecer-se ao Tribunal de Contas competência para editar atos normativos administrativos, como seu Regimento Interno, ou para baixar uma Resolução ou outros atos internos. Poderá, igualmente, expedir atos ordinatórios, como circulares, avisos, ordens de serviço. Nunca, porém, será legítima a produção de atos de efeitos externos geradores de direitos e obrigações para terceiros, notadamente quando dirigidos a órgãos constitucionais de outro Poder. Situa-se ao arrepio da Constituição, e foge inteiramente ao razoável, o exercício, pelo Tribunal de Contas, de uma indevida competência regulamentar, equiparada ao Executivo, ou mesmo, em alguns casos de abuso mais explícito, de uma competência legislativa, com inovações à ordem jurídica.³¹⁸

Em suma, ainda que detenha competência formal para editar atos administrativos normativos sobre matéria de sua atribuição com o intuito de ordenar sua própria atuação, o TCU, ao determinar, por meio de normativa infralegal, procedimento para exame das minutas de editais de licitação de concessões federais, criando obrigações que vinculam órgãos e entidades da Administração Pública federal, sem qualquer lastro de atribuição dessa competência material à Corte no texto constitucional ou legal, extrapola seu poder regulamentar.

Devendo a atividade de controle ser exercida nos estritos limites previstos na CRFB, não é viável a ampliação desses limites por meio de ato normativo infralegal, sob pena de inconstitucionalidade. Ao inovar na ordem jurídica – o que, repisa-se, lhe é vedado fazer pela via dos regulamentos –, o Tribunal de Contas da União indevidamente se substitui ao legislador.

A respeito do tratado neste subcapítulo 4.1, conclui-se, pois, que não há permissivo constitucional ou legal que expressamente atribua ao TCU competência para analisar as minutas de editais de licitação dos projetos de concessões federais. Exatamente por essa razão, não poderia a Corte de Contas, em ato normativo infralegal de sua própria autoria, se autoatribuir tal competência e disciplinar sua atuação nesse sentido, inclusive criando obrigações que tem por destinatários os administradores públicos.

O raciocínio desenvolvido até aqui, portanto, põe em xeque essa forma de exercício do controle externo desempenhada pelo Tribunal de Contas da União, ante a ausência de competência material a ele atribuída que lhe permita analisar as minutas de editais de licitação antes de sua publicação.

³¹⁸ JORDÃO, Eduardo. A intervenção do Tribunal de Contas da União sobre editais de licitação não publicados: controlador ou administrador? In: SUNFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Org.). **Tribunal de Contas da União no direito e na realidade**. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2020, p. 136-137.

4.1.4 A autoatribuição de competências por parte do TCU e o histórico de ampliação dos limites de atuação do controle externo

O problema relatado até o momento neste subcapítulo 4.1, qual seja a ausência de competência e legitimidade constitucional e legal para examinar as minutas de editais de licitação, nos leva a concluir que o Tribunal de Contas da União assim atua só porque se autoatribuiu, pela via infralegal, tal competência.

Isso significa que, por intermédio dessa autoatribuição, o TCU expande suas competências para além do que o constituinte e o legislador originalmente previram. Tal expansão tem lastro no histórico evolutivo da Corte e, por isso, precisa ser entendida de forma inserida no contexto de uma tendência que tem se assistido ao longo dos anos de ampliação dos limites de atuação do controle externo. É desse tema que este subcapítulo cuidará.

Inicialmente, faz-se importante pontuar que, embora o surgimento dos mecanismos de controle da Administração Pública remonte ao nascimento do Direito Administrativo³¹⁹, no Brasil, foi somente bem mais tarde eles ganharam força e passaram a lentamente se efetivar até que se tornaram hoje peça fundamental e inerente ao Estado Democrático de Direito³²⁰.

Com a redemocratização, houve uma expansão significativa dos instrumentos de controle, tanto em relação à dimensão liberal – proteção de direitos do cidadão em face do Estado – quanto à dimensão gerencial – qualidade da gestão pública³²¹. Mas, somente no texto constitucional de 1988 que a relevância do papel das Cortes de Contas se recrudesceu, com o alargamento de suas atribuições e competências, o que configurou um marco no desenvolvimento institucional do órgão de controle.

Isso fica claro quando se analisa as discussões havidas sobre o papel do TCU e seus limites de atuação no contexto da Assembleia Nacional Constituinte (ANC) de 1987 e 1988. Dois autores que cuidaram de analisar, em sua tese de doutoramento e trabalho dissertativo, respectivamente, os debates e trabalhos da ANC, André Rosilho e Jonathan de Mello Rodrigues Mariano, apontam para essa mesma conclusão. Para André Rosilho, o ambiente da ANC era

³¹⁹ COSTA, Luiz Bernardo Dias. Tribunal de Contas: evolução e principais características no ordenamento jurídico brasileiro. In: FREITAS, Ney José de (Coord.). **Tribunais de Contas: aspectos polêmicos: estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 149.

³²⁰ FERRAZ, Luciano de Araújo. **Controle da administração pública: elementos para a compreensão dos Tribunais de Contas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 76.

³²¹ De acordo com Bruno Wilhelm Speck, as instituições superiores de controle financeiro têm origem, historicamente, em duas preocupações: uma gerencial, referente à necessidade de administrar bem os recursos públicos, e a outra relacionada à apreensão liberal com a limitação do Poder Executivo (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, p. 31).

favorável à ampliação dos controles sobre a Administração Pública, especialmente em razão da desconfiança que se tinha do Poder Executivo³²². Jonathan de Mello, por sua vez, defende que:

Não seria (...) equivocado dizer que a pretensão de algum dos Ministros do TCU, àquela época, de ampliar em demasia o controle externo sobre a administração pública foi, em grande parte, acolhida pelos constituintes originários.

(...)

Todos esses debates da Assembleia Nacional Constituinte levam à conclusão de que o escopo constituinte foi trazer maior relevância ao controle externo na ordem democrática instaurada pela CRFB/1988, a fim de diminuir o âmbito de discricionariedade de atuação do Poder Executivo, diante dos problemas vivenciados pelo Parlamento em momentos próximos à Constituinte, como foi o caso da redução de direitos e de prerrogativas parlamentares na ditadura militar.³²³

Por consequência, essa progressiva dilatação da amplitude do controle sobre os atos da Administração Pública – não só por intermédio dos Tribunais de Contas, mas também na via judicial³²⁴ – provocou na doutrina, segundo relato de Eduardo Jordão, perceptível otimismo generalizado sob a ideia de que essa ampliação reforçaria a proteção dos cidadãos contra os abusos das autoridades administrativas³²⁵.

Especificamente em relação ao TCU, a ampliação de competências levada a efeito pela CRFB, apesar de bastante significativa³²⁶, não foi ilimitada. Ela encontra limites no próprio

³²² “O ambiente da constituinte era bastante propício à ampliação das competências e do espaço de atuação de instituições de controle da administração pública (Legislativo, tribunais de contas, ministério público, etc.), vez que o país acabava de emergir de um período ditatorial (de pujança quase absoluta do Poder Executivo, portanto). Em reação quase natural ao período ditatorial que a precedeu, o constituinte frequentemente raciocinou em contraposição ao Executivo, produzindo, com isso, condições ideais para o florescimento de instituições voltadas a fiscalizar e a conter a administração.” (ROSILHO, André Janjácómo. **Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016).

³²³ MARIANO, Jonathan de Mello Rodrigues. **O controle externo do Tribunal de Contas da União sobre a política pública federal de desestatização**: diagnósticos e limites a partir do caso de dissolução do CEITEC (acórdão 2.061/2021 - TC 020.973/2020-9). Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Rio de Janeiro, 2022, p. 69-70.

³²⁴ Sobre a ascensão institucional do Judiciário, ativismo judicial, críticas à expansão da intervenção judicial e importância e limites da jurisdição constitucional nas democracias contemporâneas, ver: BARRROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 232-237. Sobre o tema, ver também: STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Revista Espaço Jurídico – Universidade do Oeste de Santa Catarina**, Joaçaba, v. 1, n. 1, jan./jun. 2000. Disponível em: <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/12206>. Acesso em: 31 mar. 2023.

³²⁵ JORDÃO, Eduardo. **Passado, presente e futuro**: ensaio sobre a história do controle judicial da administração no Brasil. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (orgs.). **O Direito Administrativo na Atualidade: Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917 – 2017)**. São Paulo: Malheiros, 2017, 351.

³²⁶ “Instituição historicamente ligada à aspiração republicana de controle parlamentar da lei orçamentária e de sua execução pela Administração Pública, ‘primeiro dos requisitos para a estabilidade de qualquer forma de governo constitucional’, o TCU transformou-se a partir 1988. A sua atuação não mais se limita àquela própria de uma Corte de Contas, cuja competência versa sobre questões financeiro-orçamentárias, seguindo a experiência europeia entre nós influente desde a sua instituição com a Carta de 1891. Muito além de fiscalizar a execução orçamentária, a

texto constitucional e na legislação, por mais difícil que possa parecer essa missão, já que, conforme adverte André Rosilho, “as normas responsáveis por prever e delinear as competências e atribuições do Tribunal de fato são abertas e em boa medida lacônicas”³²⁷.

Nesse sentido, destaca-se a alteração havida no trecho do texto constitucional que trata da atuação do Tribunal de Contas da União em 1988, que passou a fazer uso de conteúdos fluidos, como legitimidade e economicidade, com o fim de permitir que atividade de controle externo não se limitasse apenas à análise da legalidade estrita³²⁸.

Talvez por essa razão é que autores como Mariana Willeman entendem não haver, em nenhum lugar do mundo, outra instituição superior de controle com poderes tão abrangentes quanto o Tribunal de Contas brasileiro³²⁹.

Na tentativa de criar um racional acerca dos limites de atuação do TCU, André Janjácómo Rosilho e Gustavo Leonardo Maia Pereira convergem em um interessante entendimento sobre o tema que, pela pertinência e coerência, será adotado para os fins deste trabalho.

Para entender o que os autores propõem, antes, todavia, é preciso conhecer o racional inaugurado por Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara acerca das competências dos Tribunais de Contas, pois é a partir dele que tal entendimento sobre os limites da atuação é construído.

Para esses dois últimos autores, as competências de controle dos Tribunais de Contas devem ser entendidas a partir de uma combinação dos objetos, parâmetros e produtos do controle. O foco para se analisar as competências é o disposto nos arts. 70 e 71 da CRFB. O art. 70³³⁰ incumbe ao controle externo a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional

atuação do TCU prolonga-se hoje sobre os mais diversos âmbitos da atividade governamental e empresarial, alcançando, no setor de infraestrutura (e não só nele, diga-se), órgãos de natureza, atribuições e competência diversas, empresas públicas e privadas, bem como atos e contratos expedidos e firmados pela União com agentes públicos e privados. Ao observador atento de nossa vida político-institucional certamente não escapará a constatação de que, atualmente, não há política pública ou investimento privado em infraestrutura que não se ache submetido ao exame do Tribunal.” (DUTRA, Pedro; REIS, Thiago. **O soberano da regulação: o TCU e a infraestrutura**. 1. ed. São Paulo: Singular, 2020, p. 9-10).

³²⁷ ROSILHO, André Janjácómo. **Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 331.

³²⁸ MARIANO, Jonathan de Mello Rodrigues. **O controle externo do Tribunal de Contas da União sobre a política pública federal de desestatização: diagnósticos e limites a partir do caso de dissolução do CEITEC (acórdão 2.061/2021 - TC 020.973/2020-9)**. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Rio de Janeiro, 2022, p. 70.

³²⁹ WILLEMAN, Marianna Montebello. **Accountability democrática e o desenho institucional dos Tribunais de Contas no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 254.

³³⁰ Válido destacar que “essa previsão tríplex de valores a serem protegidos consiste em uma inovação da Constituição de 1988. Enquanto as Constituições anteriores falavam apenas em um exame de ‘legalidade’, a Constituição atual atribui ao TCU poderes de verificação também da ‘legitimidade e economicidade’ dos atos administrativos.” (JORDÃO, Eduardo. A intervenção do Tribunal de Contas da União sobre editais de licitação

e patrimonial, quanto aos aspectos da legalidade, legitimidade e economicidade. Já o art. 71, como já visto, arrola as competências especificamente atribuídas pelo constituinte ao TCU.

Nesse sentido, tem-se que, na categorização proposta por Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara: (i) por objetos³³¹ considera-se a fiscalização orçamentária, financeira, contábil, patrimonial ou operacional desempenhada pelo Tribunal, conforme previsão do art. 70 da CRFB³³²; (ii) tais objetos podem ser fiscalizados sob a ótica dos parâmetros³³³ da legalidade, legitimidade e economicidade, também indicados no art. 70; e, (iii) por fim, os produtos da fiscalização³³⁴ são aqueles poderes elencados pelo constituinte no rol do art. 71.

A partir desse racional, André Janjácómo Rosilho³³⁵ e Gustavo Leonardo Maia Pereira³³⁶ divisam as competências do Tribunal em dois tipos: as competências impositivas, que são aquelas para dar ordens e aplicar sanções; e as competências não impositivas, que dizem respeito à atuação indireta da Corte de Contas.

Na sequência, especificamente acerca do tema dos limites da atuação do TCU, defendem que as competências impositivas do Tribunal são restritas aos objetos ligados à atividade financeira da Administração Pública – são esses objetos a fiscalização orçamentária, contábil, patrimonial ou financeira propriamente dito – e devem ser orientadas exclusivamente pelo parâmetro da legalidade³³⁷. Já no âmbito de sua atuação indireta ou não impositiva, o TCU

não publicados: controlador ou administrador? In: SUNFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Org.). **Tribunal de Contas da União no direito e na realidade**. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2020, p. 341).

³³¹ Por objetos do controle (ou matéria do controle) se entende o “conjunto de fatos, atos e procedimentos da Administração Pública ou de terceiros que o Tribunal examina e, a seguir, avalia, positiva ou negativamente.” (SUNFELD, Carlos Ari; ARRUDA CÂMARA, Jacintho. *Competências de controle dos Tribunal de Contas – possibilidades e limites*. In: SUNFELD, Carlos Ari. **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 182).

³³² “Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder” (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 mar. 2023).

³³³ Os parâmetros do controle, por sua vez, podem ser caracterizados como “a referência que o Tribunal adota para avaliar positiva ou negativamente certo objeto.” (SUNFELD, Carlos Ari; ARRUDA CÂMARA, Jacintho. *Competências de controle dos Tribunal de Contas – possibilidades e limites*. In: SUNFELD, Carlos Ari. **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 182).

³³⁴ Para os autores, produtos da fiscalização seriam os “atos que o Tribunal produz em decorrência dos procedimentos que realiza.” (Idem).

³³⁵ ROSILHO, André Janjácómo. **Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 217-219.

³³⁶ PEREIRA, Gustavo Leonardo Maia. **O TCU e o controle das agências reguladoras de infraestrutura: controlador ou regulador?** Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2019, p. 66-67.

³³⁷ Nesse ponto, alertam os autores para o fato de os dispositivos da CRFB que tratam de atos impositivos associarem sempre a fiscalização financeira à legalidade: no art. 71, o inciso VIII dispõe sobre a aplicação de sanção em caso de ilegalidade de despesa; o inciso IX possibilita ao TCU assinalar prazo para adoção de providências por órgão ou entidade caso seja verificada ilegalidade; e o inciso X prevê a sustação do ato caso não sejam adotadas as providências para correção da ilegalidade.

teria amplo espectro de ação, podendo analisar a performance da atividade estatal – ou seja, tendo como objeto a fiscalização operacional – à luz dos parâmetros da legitimidade e economicidade.

Em resumo, para os autores, somente as matérias financeiras em sentido amplo – isto é, que digam respeito a receitas ou despesas públicas – compõem o campo de atuação direta do Tribunal, que lhes autorizaria dar ordens à Administração Pública e/ou impor sanções caso sejam identificadas ilegalidades não corrigidas. Em relação às demais matérias, sobre as quais a Corte eventualmente se debruça no bojo de auditorias operacionais, o TCU não tem poder de intervenção direta e específica e, portanto, não tem a possibilidade de emitir atos de comando.

Na eventual hipótese de se identificar, durante inspeções e auditorias, o cometimento de ilegalidades em atividades que não a financeira, teria também a Corte de Contas competência para representar perante as instâncias competentes para apuração e responsabilização.

Se assim não fosse, ou seja, caso pudesse o TCU se valer de todos os seus instrumentos de controle, inclusive os de intervenção direta, em fiscalizações mais amplas, que abarcassem a atividade administrativa em geral, para André Rosilho:

(...) o órgão inevitavelmente deixaria de ser o que a Constituição expressa e inequivocamente disse que ele é (órgão de controle externo) e passaria a assumir funções que o Texto Constitucional não lhe conferiu – tornando-se, assim, administrador de segunda ordem, instância de revisão geral da administração.³³⁸

Ocorre que essa interpretação dos autores acerca dos limites da atuação do Tribunal nos termos da CRFB é considerada, por eles próprios, como a interpretação restritiva.

Isso, porque não compartilha dessa interpretação o TCU, para quem, adotando interpretação mais expansiva, (i) não só o controle de legalidade pode se estender sobre qualquer atividade administrativa, não estando os limites de sua atuação adstritos à matéria financeira, (ii) como também os atos de comando podem se orientar por parâmetros de legitimidade e economicidade³³⁹.

Transportando essa teoria para o contexto do tema objeto deste trabalho dissertativo, qual seja, a fiscalização pelo TCU dos processos federais de concessão de serviço público, tem-se que, na interpretação restritiva, só poderia a Corte determinar correções em editais já publicados na hipótese de, em fiscalização estritamente sobre o aspecto financeiro –

³³⁸ ROSILHO, André Janjácómo. **Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 220.

³³⁹ PEREIRA, Gustavo Leonardo Maia. **O TCU e o controle das agências reguladoras de infraestrutura: controlador ou regulador?** Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2019, p. 72.

orçamentário, contábil, patrimonial ou financeiro propriamente dito –, vir a identificar ilegalidades. Ocorre que, na prática, o TCU aplica sua interpretação extensiva, que, no seu entendimento, lhe permite dar ordens à Administração Pública escorado nos parâmetros de legitimidade e economicidade. Assim, não raro o TCU, após analisar as minutas de editais “tem decidido condicionar a publicação destes editais à implementação, pelo licitante, de modificações e aprimoramentos tidos como adequados pelo órgão de controle externo”³⁴⁰³⁴¹.

São também indicativos da adoção dessa posição expansiva pelo Tribunal o fato de (i) a Lei Orgânica e o Regimento Interno do TCU, indo além da moldura constitucional, ampliarem as possibilidades de aplicação de sanção e de adoção de medidas cautelares (atuação impositiva); (ii) se justificar a atuação fiscalizatória que não tenha caráter contábil, financeiro, patrimonial ou orçamentário na atribuição conferida pelo texto constitucional de o Tribunal empreender auditorias operacionais³⁴²; e (iii) a Corte lançar mão do poder normativo previsto no art. 3º de sua Lei Orgânica³⁴³ como justificativa para produzir normas com alcance que ultrapassa os limites constitucionais.

O TCU, inclusive, parece se valer de dois desses artifícios para justificar a ampliação de competências que promoveu a fim de passar a examinar as minutas de editais de licitação antes de sua publicação. São eles: (i) a edição de normativa infralegal de sua própria autoria que lhe atribui essa competência, ultrapassando os limites constitucional e legal, com suposta base no poder normativo que é conferido ao Tribunal por sua Lei Orgânica; e (ii) a utilização da competência constitucionalmente atribuída de operar auditorias operacionais para justificar a amplitude do controle que realiza, tendo em vista que a análise de legalidade quanto aos

³⁴⁰ ROSILHO, André Janjácómo. **Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 238.

³⁴¹ No trecho, o autor cita o resultado de pesquisa conduzida por André de Castro de Oliveira Pereira Braga e Felipe Buchbinder, que concluiu que de 51 processos de acompanhamento de concessões conduzidos pelo TCU de 1993 a 2014 analisados pelos autores, em 7 deles o Tribunal determinou que a agência reguladora responsável (ANTT, ANP ou ANEEL) se abstinhasse de publicar o edital, ficando a continuidade da licitação condicionada à correção das impropriedades identificadas pela Corte.

³⁴² Defendendo esse ponto, sob a ótica do TCU, Zymler e Almeida: “Esse poder-dever deflui das competências constitucionais da Corte de Contas Federal, especialmente daquela que autoriza a realização de auditorias operacionais (art. 71, IV, da Carta Magna). (...) Assim, a afirmação do Professor Luís Roberto Barroso de que o TCU possui competência apenas para realizar fiscalizações de caráter contábil, financeiro ou orçamentário, apesar do justo prestígio angariado por seu autor, não merece prosperar.” (ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. **O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas**. 2. ed. rev. e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 231).

³⁴³ André Rosilho lembra que, na Assembleia Nacional Constituinte, o TCU pleiteou a inserção de dispositivo que lhe conferisse poder normativo no intuito de editar normas voltadas a organizar aspectos puramente processuais. Ainda assim, o pleito não vingou. Mais tarde, a Lei Orgânica conferiu esse poder ao Tribunal que, segundo o autor, seria restrito ao regramento de aspectos procedimentais ligados ao desempenho concreto de suas atribuições e ao funcionamento interno do próprio Tribunal, não obstante o caráter lacônico do dispositivo da lei (ROSilho, André Janjácómo. **Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 123-125).

aspectos financeiros especificamente já estaria autorizada pelo art. 113 da Lei Federal nº 8.666/1993³⁴⁴.

Contudo, é evidente que, à vista do que já se viu neste trabalho – especialmente no sentido de que o poder normativo da Corte seria restrito ao regramento de aspectos procedimentais ligados ao desempenho de suas atribuições –, não poderia o TCU “reinterpretar” suas competências por meio do seu poder normativo, ampliando-as em descompasso com o teor dos textos constitucional e legal. Nesse sentido, André Rosilho:

Observa-se, no entanto, que não raro o TCU, sob o pretexto de regulamentar suas competências e atribuições, tem se valido do seu poder normativo para conferir à legislação “interpretação” peculiar, que, na prática, acaba alargando suas possibilidades de controle via edição de atos de comando para além dos limites fixados pelas normas constitucionais e legais.³⁴⁵

Além disso, ainda que parte das questões envolvidas nos projetos de concessão de serviço público federais possam dizer respeito à atividade financeira do Estado³⁴⁶ – e, portanto, estar no âmbito de incidência do controle de legalidade desempenhado pelo TCU –, essa atribuição não autoriza a análise das minutas de editais de licitação antes de sua publicação, especialmente, porque, na prática, essa análise não se restringe aos aspectos meramente financeiros, nem somente ao parâmetro da legalidade.

De igual modo, a competência para empreender auditorias operacionais não pode funcionar para a Corte de Contas como um trunfo que lhe permita fiscalizar, de forma ampla, qualquer atividade administrativa.

Fica claro, portanto, que a autoatribuição da competência de examinar as minutas de editais de licitação não publicados, pelo Tribunal de Contas da União, por meio da edição da Instrução Normativa nº 81/2018 não é exatamente uma novidade no âmbito do controle externo. Ao contrário, essa situação se inclui em um contexto mais amplo, antigo e complexo de tentativa – que, por vezes, foram bem sucedidas – de ampliação dos limites de atuação do Tribunal.

³⁴⁴ “Por intermédio das auditorias operacionais realizadas nas agências reguladoras, o TCU fiscaliza, entre outras questões, a execução dos contratos de concessão ou de permissão.” (ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. **O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas**. 2. ed. rev. e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 173).

³⁴⁵ ROSILHO, André Janjácómo. **Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 274.

³⁴⁶ Nesse sentido, ver MONTEIRO, Vera; ROSILHO, André. Agências reguladoras e o controle da regulação pelo Tribunal de Contas da União. In: PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; PINHEIRO, Luís Felipe Valerim (orgs.). **Direito da Infraestrutura vol. II**. São Paulo: Saraiva, 2017.

Embora seja realista pensar que “as instâncias de controle sempre tenderão a autointerpretações maximizadoras de seu poder. É natural que seja assim. Há uma *vis expansiva* das entidades de controle”³⁴⁷, não se insurgir contra essa tendência não parece o caminho ideal. Isso, porque, além de configurar afronta ao texto constitucional – o que, por si só, já deveria ser suficiente para motivar o combate a essa tendência –, esse cenário de ampliação de competências leva a usurpação de funções que fere o pacto de separação de poderes, dissemina insegurança jurídica e pode ser danoso para o futuro da atividade controladora como um todo.

4.2 A impossibilidade em razão do momento de atuação do TCU

Além do problema formal da ausência de competência material atribuída ao TCU discutido no subcapítulo anterior, o segundo grande problema que revela a impossibilidade de atuação da Corte de Contas por meio do exame das minutas de editais de licitação de concessões federais é relativo ao momento em que o Tribunal atua, a saber, antes da publicação do edital de licitação. Isso, porque, ao atuar nesse momento, o objeto do controle passa a ser as minutas de editais – e não mais os editais publicados, como ocorria na vigência das Instruções Normativas anteriores a 2018. E são tais minutas, em verdade, ainda projetos de ato administrativo que não produzem efeitos no mundo jurídico, uma vez que o que marca a produção de efeitos da licitação perante terceiros e interessados é justamente a publicação do edital.

Aliado a esse fato principal – o de que, do ponto de vista conceitual, o exercício do controle presume a existência de um ato jurídico perfeito e acabado a ser controlado –, ainda sobre o problema do momento de atuação do controlador externo, como se verá adiante, tem-se também que historicamente o constituinte originário reservou ao TCU o controle *a posteriori*.

Por fim, atrelado ao problema do momento da atuação do TCU antes da divulgação do instrumento convocatório, é inevitável se avaliar se tal sistemática não configura risco de propiciar, na prática, interferência do órgão controlador no espaço de discricionariedade da Administração Pública federal.

Esses, portanto, serão os temas tratados neste subcapítulo.

³⁴⁷ MENDONÇA, José Vicente Santos de. A propósito do controle feito pelos Tribunais de Contas sobre as agências reguladoras – Em busca de alguns standards possíveis. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, ano 10, n. 38, abr./jun. 2012, p. 153.

Assim, inicialmente, no tópico 4.2.1 a seguir, se discutirá a (im)possibilidade de o TCU exercer controle sobre as minutas de editais de licitação, tanto porque o constituinte originário claramente fez uma opção pelo controle *a posteriori*, quanto porque a fase de planejamento da Administração Pública é marcada por atos que ainda não produzem efeitos jurídicos.

Para tanto, se avaliará (i) o que o histórico constitucional tem a nos dizer sobre o ingrediente temporal no exercício do controle; (ii) se juridicamente é possível falar em controle sobre projeto de ato administrativo, que ainda não produz efeitos no mundo jurídico; e (iii) a (im)pertinência de um dos argumentos recorrentes entre aqueles que defendem a possibilidade dessa atuação por parte do Tribunal: o suposto ganho de eficiência que se tem ao realizar análise das minutas de editais de licitação antes de sua publicação.

Na sequência, no tópico 4.2.2, se analisará o fato de a sistemática de fiscalização prevista na Instrução Normativa nº 81/2018, que estabelece que a atuação do TCU se dê antes da publicação dos editais de licitação, propiciar o risco de invasão, pelo controlador, do espaço de discricionariedade da Administração Pública.

4.2.1 A impossibilidade de controle da fase de planejamento da Administração Pública

Este subcapítulo, como adiantado, tratará do problema do momento de atuação do TCU sob o aspecto da impossibilidade, em termos jurídicos e conceituais, de se controlar a fase preparatória da licitação dos projetos federais de concessão de serviço público, que, como visto, consiste em uma etapa de planejamento para a Administração Pública. Três são as ideias que serão desenvolvidas aqui.

A primeira e central delas é a impossibilidade de se categorizar e conceituar, de fato, esse tipo de exercício do TCU como atividade de controle externo, considerando que incide sobre a atuação da Administração Pública que ainda não se encerrou a ponto de produzir efeitos no mundo jurídico – a minuta de edital, nesse sentido, é ainda um projeto de ato administrativo.

A segunda, relaciona-se com o fato de o histórico evolutivo do texto constitucional nos indicar que houve uma clara opção do constituinte pelo controle externo *a posteriori*, sendo as hipóteses excepcionais de controle prévio expressamente ressalvadas no texto constitucional, o que não é o caso dessa atuação do Tribunal sobre os processos de desestatização federais.

E, por fim, considerando a recorrência do argumento que justifica essa atuação da Corte de Contas em um suposto ganho de eficiência em se examinar as minutas de editais de licitação antes de sua publicação, a terceira razão a ser demonstrada nesse subcapítulo diz respeito à inviabilidade de se justificar essa atuação do TCU em supostos benefícios práticos que se

alcançaria com ela, na medida em que tais supostas externalidades positivas sequer poderiam ser medidas e comprovadas objetivamente.

4.2.1.1 A impossibilidade de exercer controle sobre atos que ainda não produzem efeitos jurídicos

Como adiantado no preâmbulo deste subcapítulo, o momento em que o TCU exerce sua atividade controladora sobre os processos de concessão de serviço público federais – a saber, durante a fase preparatória da licitação, antes da publicação do edital – também é problema que põe em xeque a possibilidade de a Corte de Contas continuar adotando essa sistemática de fiscalização.

A razão central pela qual se acredita, neste trabalho, ser impossível essa atuação do TCU na fiscalização dos processos de concessão federais, nos moldes vigentes desde 2018, é que, considerando o momento em que essa atuação se efetua, ela incide sobre um projeto de ato administrativo – minuta de edital –, que compõe o procedimento licitatório, mas ainda não produz efeitos jurídicos.

Explica-se.

Dentre os atos da Administração, há aqueles que não produzem efeitos jurídicos – atos materiais, enunciativos ou conhecimento, de opinião, entre outros – e aqueles que produzem efeitos – chamados de atos administrativos. Existem, no entanto, determinados atos que são preparatórios ou acessórios do ato principal, mas que não podem ser excluídos da noção de ato administrativo porque integram um procedimento³⁴⁸.

A licitação não se constitui de um único ato administrativo. Como visto no subcapítulo 2.2.2, a licitação é composta por várias etapas sucessivas nas quais são realizados diversos atos administrativos. Por isso mesmo é que se diz “procedimento licitatório”, já que “fala-se em procedimento, no Direito Administrativo, para designar uma série de atos preparatórios de ato final objetivado pela Administração. A licitação é um procedimento que exige uma sucessão de atos e fatos da Administração e atos e fatos do licitante”³⁴⁹.

Vale dizer que, enquanto procedimento, os atos preparatórios são essenciais à validade do ato final³⁵⁰. Ou, em outras palavras, sem os atos preparatórios o ato final não produz efeitos

³⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 277.

³⁴⁹ *Ibidem*, p. 506.

³⁵⁰ *Ibidem*, p. 217.

jurídicos³⁵¹. Contudo, podem eles também ser considerados em separado, ou seja, como atos administrativos que, embora se sucedam, podem individualmente produzir efeitos jurídicos antes do ato final. Tanto que podem os atos preparatórios ser impugnados separadamente³⁵².

Por isso, para a análise que se pretende neste subcapítulo, os editais de licitação dos projetos de concessão federais merecem ser analisados sob os dois aspectos, ou seja, enquanto ato integrante do procedimento licitatório e enquanto ato administrativo individualmente considerado.

Sob a ótica do procedimento administrativo (procedimento licitatório), a licitação só se exaure seja com a declaração de um vencedor e consequente assinatura do contrato, seja com a sua suspensão ou anulação ou, ainda, com o seu encerramento caso não logre êxito em selecionar uma proposta vencedora. Assim, sob esse aspecto, o edital é apenas um dos atos preparatórios que compõe o procedimento licitatório. Nessa tônica, pode-se pensar a minuta do edital como um ainda projeto do que virá a ser o ato preparatório. Isso significa dizer que, quando da atuação fiscalizatória do TCU sobre os processos de concessão federais – na fase em que o edital ainda é minuta –, o ato final do procedimento licitatório – que consiste na seleção do parceiro privado – ainda está longe de ocorrer e, conseqüentemente, de produzir efeitos jurídicos.

Já sob a ótica do ato administrativo (edital de licitação), conceitualmente eles se dividem em atos internos – destinados a produzir efeitos somente no âmbito da Administração Pública – e externos – que atingem direitos e obrigações dos cidadãos, produzindo efeitos fora da repartição que os editou. Nesse caso, o edital de licitação, enquanto ato externo que é – pois afeta não só o interesse público, mas os direitos dos cidadãos –, não produz efeitos no mundo jurídico até que seja publicado. Logo, quando da atuação fiscalizatória do TCU, a minuta de edital também não produziu efeitos no mundo jurídico ainda em razão da ausência de sua publicação.

A conclusão que se quer chegar com essa análise é que o projeto de ato administrativo que é alvo da fiscalização do TCU – minuta de edital de licitação – ainda não está produzindo efeitos jurídicos quando da atuação do controle externo, nem se ele for considerado como um ato preparatório que integra um procedimento administrativo (procedimento licitatório), nem se considerado na condição de um projeto de ato administrativo (edital de licitação) que pode

³⁵¹ *Ibidem*, p. 277.

³⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 277.

surtir efeitos individualmente posteriormente (após a sua publicação). E, como visto, a produção de efeitos jurídicos imediatos é condição de validade do ato administrativo.

Nesse ponto, ressalta-se as ideias de Benjamin Zymler e Guilherme Henrique de La Rocque Almeida, para quem a atividade controladora pressupõe a fiscalização de algo que já foi feito, o que evidentemente, pelas conclusões obtidas até aqui neste trabalho, não se verifica na atuação do TCU quando análise das minutas de editais de projetos de concessão de serviço público:

Do ponto de vista ontológico, a atividade controladora pressupõe o exame de algo que já foi feito. Controla-se, na verdade, determinada ação já realizada e que, em tese, deveria ter ocorrido em conformidade com determinado ‘padrão’ estabelecido pelo direito positivo. Ao desviar-se do que as normas estabelecem como ‘parâmetros’, surge o erro e, por via de consequência, o controle. Vê-se, destarte, que o controle pressupõe o erro, que nada mais é senão a desconformidade de determinada conduta em relação a um padrão legalmente estabelecido³⁵³.

Nesse sentido, os autores ainda defendem que “sob essa perspectiva, o controle prévio tende a se desnaturalizar, pois o controlador sente-se tentado a substituir o administrador, afrontando qualquer modelo de administração”³⁵⁴.

É preciso pontuar, todavia, que, apesar de defenderem que o controle prévio – que no passado já foi a regra para a atuação do TCU, como se verá no próximo subcapítulo – foi substituído, por meio das alterações no texto constitucional, pelo controle concomitante ou posterior³⁵⁵, ao fim, os autores militam pela possibilidade de o Tribunal de Contas da União examinar editais de licitação. O argumento utilizado para tanto é que causa inquietude: segundo eles, em regra, mesmo dispendo de um robusto arcabouço jurídico, os órgãos de controle não devem pautar suas ações pelo controle prévio, sob pena de inibir, de tolher o administrador público, “a não ser em situações excepcionais”. Por situações excepcionais entendem os autores justamente os procedimentos de privatização e concessão de serviço público, que configurariam um “evento especial”, “cuja singularidade e relevância econômica, política e social justificam a adoção desse tipo de procedimento”³⁵⁶.

Como se vê, não fosse o seu enquadramento como uma situação excepcional, a atuação da Corte de Contas da União no exame das minutas de editais de licitação antes da sua publicação não seria juridicamente possível se considera-se o que os próprios autores entendem

³⁵³ ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. **O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas**. 2. ed. rev. e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 121.

³⁵⁴ Idem.

³⁵⁵ Ibidem, p. 120.

³⁵⁶ Ibidem, p. 121-122.

por controle externo. Com a devida vênia, não parece razoável que seja conferida ao TCU a prerrogativa de exercer controle prévio no caso dos projetos de desestatização apenas sob a mera justificativa de ser mais conveniente do ponto de vista econômico, político e social.

Ainda sobre o entendimento dos autores, vale lembrar brevemente também que, como já visto no subcapítulo 2.3, a elaboração do edital de licitação integra a fase preparatória do procedimento licitatório, que, por sua vez, é significativamente marcada pelo poder de discricionariedade que é conferido aos administradores públicos para definir o conteúdo do agir administrativo. Dessa forma, à Administração Pública responsável pela concessão é conferido, pelo legislador, espaço de liberdade para modelar o projeto de concessão e elaborar o edital de licitação, conforme seu próprio juízo de conveniência e oportunidade. Não haveria como se falar, portanto, nessa fase de um “determinado ‘padrão’ estabelecido pelo direito positivo” a ser utilizado para uma análise de conformidade pelo Tribunal, o que acabaria por desnaturalizar a atividade de controle.

Deve-se alertar para o fato de que o texto dos autores é de 2008 e, à época, a regra que vigia nas Instruções Normativas do TCU era a de exame dos editais de licitação somente após sua publicação. Nesse sentido, Benjamin Zymler e Guilherme de La Rocque, em seu texto, advogam pela possibilidade de o Tribunal de Contas da União analisar os editais de licitação com base no autorizativo constante no § 2º do art. 113 da Lei Federal nº 8.666/1993³⁵⁷, mas, evidentemente, nada dizem a respeito do exame de minutas de editais – que veio a se tornar regra somente a partir de 2018. Contudo, como se viu, é firme o posicionamento dos autores no sentido de que “do ponto de vista ontológico, a atividade controladora pressupõe o exame de algo que já foi feito”³⁵⁸, razão pela qual defendem, inclusive, que assertivas como a de que “o controle prévio é o ideal, por ser capaz de evitar o acontecimento de falhas e de minimizar eventuais danos” devem ser “vistas com reservas”³⁵⁹. Por coerência, a aplicação desse entendimento à situação atual da atuação da Corte de Contas da União deveria levar à conclusão da impossibilidade de exercício do controle sobre as minutas de editais de licitação.

Por fim, sobre o tema, vale citar também o posicionamento de André Rosilho:

O TCU pleiteou, mas não obteve autorização legal para ordenar correções em editais de licitação não publicados. De acordo com a legislação constitucional e

³⁵⁷ ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. **O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas**. 2. ed. rev. e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 122-123.

³⁵⁸ *Ibidem*, p. 121.

³⁵⁹ *Idem*.

infraconstitucional, não pode o Tribunal atuar na chamada fase interna da licitação, isto é, antes da formalização e publicação de projetos de contratações públicas.³⁶⁰

Em resumo, na fase preparatória da licitação sobre a qual incide a fiscalização por parte da Corte de Contas da União, não há sequer ato administrativo propriamente dito a ser controlado. Isso, porque as minutas de editais só produzem efeitos jurídicos quando publicadas, operando efeitos oponíveis a terceiros. Assim, tem-se que o controle exercido pelo TCU ainda sobre as minutas de edital configura tentativa de controlar a mera intenção da Administração Pública federal que ainda não se materializou.

4.2.1.2 O momento do controle pelos Tribunais de Contas: uma visão constitucional

A segunda ideia que colabora para o fato de o ingrediente temporal do controle configurar um problema nesse caso, como já adiantado, é o fato de tal atuação do Tribunal, autorizada via normativa infralegal, andar na contramão do que o constituinte originário, desde 1967, planejou para esse órgão de controle.

Para os fins que realmente importam a este trabalho, a digressão histórica sobre os textos constitucionais pode ser breve. E, nesse sentido, Eduardo Jordão³⁶¹ e André Rosilho³⁶² já o fazem muito bem em suas respectivas obras.

Basta, portanto, entender que até o ano de 1967, as Constituições que vigoraram no Brasil reservaram ao TCU atribuição tal que lhe tornava competente para autorizar previamente toda e qualquer decisão administrativa que implicasse gasto público. Segundo a pesquisa dos autores, esse modelo de fiscalização por meio do registro prévio das despesas pautou fortemente as discussões que antecederam a inauguração do Tribunal de Contas da União, de forma que, à época, se considerava que sem controle prévio o modelo seria “inútil”³⁶³. Por isso, essa orientação foi adotada, de início, pela legislação ordinária que regulamentava o funcionamento do TCU em 1892 e, posteriormente, incorporada nos textos constitucionais, tendo sido o modelo que vigorou nos anos seguintes até 1967.

³⁶⁰ ROSILHO, André Janjácómo. **Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 238.

³⁶¹ JORDÃO, Eduardo. A intervenção do Tribunal de Contas da União sobre editais de licitação não publicados: controlador ou administrador? In: SUNFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Org.). **Tribunal de Contas da União no direito e na realidade**. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2020, p. 346-347.

³⁶² ROSILHO, André Janjácómo. **Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 66-69.

³⁶³ JORDÃO, Eduardo. A intervenção do Tribunal de Contas da União sobre editais de licitação não publicados: controlador ou administrador? In: SUNFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Org.). **Tribunal de Contas da União no direito e na realidade**. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2020, p. 346.

Com o advento da Constituição Federal de 1967, esse modelo foi abandonado, em razão da ampliação significativa das competências e das atividades administrativas. Sobre as razões e consequências da modificação no modelo de atuação do TCU, Bruno Wilhelm Speck:

Com o crescimento da administração pública e a multiplicação das repartições, o Tribunal se veria forçado a se organizar internamente espelhando a estrutura da administração pública, caso quisesse registrar as despesas de cada repartição previamente. O processo de registro, de um lado, emperrava a administração, porque atrasava a execução orçamentária. De outro lado, os prazos exíguos dados ao Tribunal para manifestação não permitiam uma efetiva verificação da legalidade e da regularidade dos atos, como previsto. A filosofia do controle total sobre todos os atos e a sistemática do embargo prévio a despesas consideradas irregulares foram abandonadas.³⁶⁴

A partir de então o modelo foi substituído por dois mecanismos de controle distintos, a saber: (i) a instituição de órgãos de controle interno pela Administração Pública e (ii) a previsão de um controle posterior e eventual pelo Tribunal de Contas da União, por meio dos instrumentos de inspeção e auditoria³⁶⁵. O exercício do controle, desde então, “passou a se centrar na repressão ao gasto ineficiente, ilegítimo ou ilegal de recursos públicos, permitindo que a administração firmasse e executasse contratos com mais autonomia”³⁶⁶. Os textos constitucionais que sucederam o de 1967, ainda que tenham introduzido outras inovações relativas ao exercício do controle externo, mantiveram a tônica do controle *a posteriori*³⁶⁷.

Isso demonstra que o silêncio do constituinte de 1988 sobre o tema (exercício de controle prévio pelo TCU) é deliberada opção legislativa:

E definitivo: no contexto que é relevante para este capítulo, não há previsão constitucional de atuação do TCU em caso de atos administrativos ainda não expedidos.

³⁶⁴ 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, p. 68-69 apud JORDÃO, Eduardo. A intervenção do Tribunal de Contas da União sobre editais de licitação não publicados: controlador ou administrador? In: SUNFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Org.). **Tribunal de Contas da União no direito e na realidade**. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2020, p. 347.

³⁶⁵ JORDÃO, Eduardo. A intervenção do Tribunal de Contas da União sobre editais de licitação não publicados: controlador ou administrador? In: SUNFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Org.). **Tribunal de Contas da União no direito e na realidade**. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2020, p. 346-347.

³⁶⁶ ROSILHO, André Janjácómo. **Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 228.

³⁶⁷ Ainda sobre o tema: “(...) o controle prévio já foi a regra no Brasil. Entretanto, progressivamente, essa modalidade de controle foi sendo substituída pelo controle concomitante ou posterior, em decorrência, antes de tudo, do significativo crescimento experimentado pela Administração Pública nas últimas décadas. Afinal, a imensa quantidade de atos e de contratos administrativos atualmente praticados e celebrados tornou inviável a manutenção do controle prévio.” (ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. **O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas**. 2. ed. rev. e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 120).

Aliás, o exame da evolução histórica das Constituições sugere que há aí um silêncio eloquente. Em outras palavras, uma análise histórica das Constituições brasileiras leva à conclusão de que o Constituinte não dispôs sobre essa atuação prévia precisamente porque não pretendia que o TCU a realizasse. Não se tratou de um “esquecimento” do Constituinte ou de uma hipótese em que ele simplesmente não considerou a questão. Ao contrário, a ausência de previsão de atuação prévia no texto constitucional atual parece consistir em uma clara opção histórica do Constituinte. É que, até 1967, a regra era que o TCU atuasse previamente. As decisões administrativas que implicassem gastos públicos deviam ser submetidas previamente à Corte de Contas, que as autorizava. Dito de outro modo, os administradores precisavam registrar previamente as despesas no TCU para que pudessem realizá-las de forma lícita. Nesse contexto, o Tribunal de Contas participava da decisão administrativa que gerava gastos, atuando como um “quase-administrador”.³⁶⁸

André Rosilho ressalva que reconhecer o modelo de controle que vigora atualmente – pautado no controle *a posteriori* – não implica dizer que o TCU esteja impedido, de forma absoluta, de realizar controle previamente à efetiva realização de despesas³⁶⁹. E sim que ele será realizado somente nos casos expressamente indicados no ordenamento jurídico, configurando-se uma exceção que não se confunde com o modelo interventivo que se teve até 1967³⁷⁰.

Ao promover uma alteração drástica na sistemática de fiscalização dos processos de desestatização federais com a edição da Instrução Normativa nº 18/2018, o Tribunal de Contas da União, além de ter se autoatribuído uma competência que não encontra lastro constitucional ou legal, por via imprópria – mediante normativa infralegal –, como se viu no subcapítulo 4.1, ainda subverteu a lógica adotada pelo constituinte originário desde 1967 acerca do momento em que o exercício do controle se efetua, como se acabara de ver.

Esse exercício de resgate histórico, ainda que breve, é relevante no contexto da presente pesquisa, pois contribui para a compreensão do modo como o constituinte acomodou, ao longo dos anos, a atuação do Tribunal de Contas da União no ordenamento jurídico e, especialmente, lidou com o ingrediente temporal do controle. À vista disso, fica claro que o TCU, ao editar normativa infralegal que amplia os limites da sua atuação, caminhou na contramão do que o constituinte originário pensou para esse órgão de controle.

³⁶⁸ JORDÃO, Eduardo. A intervenção do Tribunal de Contas da União sobre editais de licitação não publicados: controlador ou administrador? In: SUNFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Org.). **Tribunal de Contas da União no direito e na realidade**. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2020, p. 345-346.

³⁶⁹ Vide a competência constitucionalmente atribuída ao TCU relativa ao registro dos atos de pessoal, insculpida no inciso III do art. 71 da CRFB.

³⁷⁰ ROSILHO, André Janjácómo. **Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 230.

4.2.1.3 O contra-argumento acerca do suposto ganho de eficiência ocasionado pelo controle prévio

Apesar de, como visto, o histórico constitucional apontar o controle *a posteriori* como regra desde 1967, não é raro que os defensores da atuação prévia do TCU e, por vezes, o próprio órgão, adotem um discurso justificador do controle preventivo como mais eficiente e/ou eficaz para combater irregularidades e ilicitudes e prevenir desvios³⁷¹, como já adiantado no subcapítulo 3.3 deste trabalho.

No caso específico do exame das minutas de editais de licitação, diz-se da suposta vantagem que se teria tanto (i) porque poderia supostamente ampliar a possibilidade de contribuições do Tribunal na minuta com vistas ao aperfeiçoamento do processo, quanto (ii) porque, em caso de determinação ou recomendação do Tribunal, o órgão ou entidade responsável teria “apenas” que alterar a minuta do edital, em detrimento de ter que suspender o curso da licitação para promover alteração em edital já publicado – na hipótese de o exercício do controle se dar *a posteriori*.

Não é possível, contudo, sem um estudo técnico e específico para tanto, afirmar categoricamente qual modelo de atuação do controle – prévio ou posterior – seria mais eficiente³⁷². Mesmo porque vale lembrar que a própria mudança do momento do controle – que, em regra, passou de prévio para posterior – também foi, em grande medida, justificada pela busca da maior eficiência na Administração Pública, já que o aumento de atos e processos a serem fiscalizados pelo Tribunal somado aos diminutos prazos para a manifestação da Corte passaram a representar uma barreira para eficiência³⁷³. Isso sem falar que esse modelo de controle por registros prévios não raras as vezes gerava uma sobreposição de interpretações discordantes entre o gestor e o controlador, tornando a atuação administrativa morosa em

³⁷¹ É também essa a impressão de André Rosilho, vide ROSILHO, André Janjácómo. **Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 230.

³⁷² Embora tanto o termo “eficiência”, quanto o termo “eficácia” apareçam quando se está a tratar desse assunto, a partir daqui, para evitar repetição, se empregará somente o termo “eficiência”, por entender que ele melhor se amolda a esse contexto.

³⁷³ “A sistemática de atuação prévia do TCU em relação às despesas da administração pública vigorou por longos anos, mas foi deliberadamente abandonada pelo Constituinte a partir de quando a multiplicação das competências administrativas tornou esse sistema inviável e indesejável, em função dos riscos de paralisia administrativa. Em outras palavras, na contraposição entre efetividade do controle e eficiência do agir administrativo, o Constituinte fez clara opção por esse segundo valor.” (JORDÃO, Eduardo. A intervenção do Tribunal de Contas da União sobre editais de licitação não publicados: controlador ou administrador? In: SUNFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Org.). **Tribunal de Contas da União no direito e na realidade**. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2020, p. 348).

muitos casos³⁷⁴. Ou seja, a existência de prós e contras nos dois modelos se não inviabiliza, pelo menos dificulta muito, se apurar objetivamente qual deles seria mais eficiente.

Mas, fato é que um suposto ganho de eficiência, por si só, não pode servir para justificar a atuação do Tribunal na análise das minutas de editais antes de sua publicação, especialmente quando, conforme já concluído, essa competência não encontra amparo nos textos constitucional e legal e vai contra a tônica adotada pelo constituinte originário sobre o momento em que se efetua o controle. Nesse sentido:

Como sustenta boa parte do TCU, a técnica do controle preventivo eventualmente pode ser “melhor” do que a técnica do controle *a posteriori* (pois visa evitar desvios ou irregularidades antes que efetivamente ocorram). Ocorre, no entanto, que o Direito optou por fazer do Tribunal um órgão de controle eminentemente posterior; sua competência para agir preventivamente é, como visto, bastante delimitada. Ao fazer essa escolha, o legislador conscientemente quis evitar que o TCU tivesse funções de “quase-administrador”, separando mais marcadamente as funções de administrar e de controlar.³⁷⁵

Para Eduardo Jordão, ainda, justificativa para a atuação prévia do TCU no sentido de que ampliaria a possibilidade de contribuição para o aperfeiçoamento do processo arrisca gerar o resultado prático exatamente oposto, ou seja, aumentar a intervenção do Tribunal e reduzir a liberdade do administrador público:

Em relação ao primeiro ponto [a antecipação do exame pelo TCU ampliaria a possibilidade de contribuição para o aperfeiçoamento do processo], ele [TCU] parece ignorar que, ao mesmo tempo em que a antecipação da atuação do TCU amplia a possibilidade de contribuição para o aperfeiçoamento do projeto de infraestrutura, ela amplia também a possibilidade de intervenções indevidas desse órgão na esfera de liberdade do administrador público para modelar os projetos como melhor lhe parecer. É dizer: trata-se de argumento construído sobre uma concepção idealizada ou pouco realista da atuação do órgão fiscalizador. Tanto a hipótese da contribuição como a hipótese da intervenção indevida são igualmente concebíveis sob uma perspectiva teórica. Sendo assim, é preciso atentar para a opção adotada pelo direito em relação a esse dilema – que, nesse caso, é a de evitar essa intervenção prévia (...).³⁷⁶

Igualmente, o autor critica a tentativa da Corte de Contas em justificar sua atuação sobre as minutas de editais no sentido de que evitaria interrupções indesejáveis durante a execução do cronograma do projeto público:

³⁷⁴ 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. p. 53.

³⁷⁵ ROSILHO, André Janjácómo. **Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 246.

³⁷⁶ JORDÃO, Eduardo. A intervenção do Tribunal de Contas da União sobre editais de licitação não publicados: controlador ou administrador? In: SUNFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Org.). **Tribunal de Contas da União no direito e na realidade**. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2020, p. 353.

Em primeiro lugar, é preciso contestar que, de um ponto de vista estritamente temporal (estritamente relacionado, portanto, ao cronograma de execução dos projetos de infraestrutura), haja alguma vantagem em interromper o processo antes da publicação do edital e não após a sua publicação. Não há porque supor que a paralisação posterior seria maior do que o adiamento anterior. Ela seria apenas realizada em momento posterior. Aliás, no caso dos aeroportos do Galeão e de Confins, a imprensa chegou a noticiar que o governo acataria as observações do TCU para evitar atrasos adicionais na publicação do edital – quer dizer, haverá atrasos no cronograma com intervenções prévias ou posteriores.

Em segundo lugar, é curioso que o TCU utilize poderes que detém posteriormente para, em uma espécie de ameaça velada, justificar a criação de poderes preventivos, supostamente em benefício do próprio administrador ou da sociedade. A extrair deste argumento todas as suas consequências, ter-se-ia que todo órgão que detém poderes posteriores de sanção jurídica se tornaria, “por conveniência social”, também um regulador prévio.³⁷⁷

Ademais, ainda que o Tribunal de Contas da União não se valha da competência de examinar as minutas de editais de licitação antes de sua publicação, a ele são conferidos outros instrumentos legítimos que lhe permitiria intervir no curso de um procedimento licitatório se fosse o caso, assegurando também uma atuação supostamente eficiente, mas dessa vez sem violar o ordenamento jurídico e desde que essa atuação impositiva seja resultado estritamente de uma análise sob o parâmetro da legalidade sobre os aspectos financeiros da licitação.

Nesse sentido, veja, por exemplo, que a Lei Federal nº 14.133/2021 prevê no § 4º do seu art. 170 que qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas competente contra irregularidades na aplicação da lei³⁷⁸. Além disso, como já adiantado, a nova lei que rege as licitações e contratações públicas também autoriza à Corte de Contas, no § 1º do seu art. 171, suspender cautelarmente procedimento licitatório quando verificada irregularidade.

Além disso, não é demais lembrar a existência do controle desempenhado pelo Judiciário, que detém exclusivo poder conferido pelo texto constitucional de anular atos administrativos que julgar viciados³⁷⁹.

Aliado ao argumento do ganho de eficiência, tem sido recorrente no debate desse tema também a defesa do chamado argumento das capacidades institucionais. Segundo Gustavo Leonardo Maia Pereira, inicialmente esse argumento serviu para, ao menos tentar, conter o avanço do controle judicial sobre as escolhas administrativas. A ideia que orbitava a invocação desse

³⁷⁷ JORDÃO, Eduardo. A intervenção do Tribunal de Contas da União sobre editais de licitação não publicados: controlador ou administrador? In: SUNFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Org.). **Tribunal de Contas da União no direito e na realidade**. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2020, p. 354.

³⁷⁸ Previsão idêntica se identifica no § 1º do art. 113 da Lei Federal nº 8.666/1993.

³⁷⁹ Nesse sentido, vale lembrar o que já foi tratado neste trabalho a respeito da limitação da competência constitucionalmente atribuída ao TCU a apenas sustar atos administrativos unilaterais, mas não anulá-los.

argumento era a de que o Poder Judiciário não detinha capacidade institucional suficiente para lidar com aspectos técnicos específicos, para levar em consideração o impacto global de uma determinada posição ou para dialogar satisfatoriamente com os sujeitos afetados por uma decisão³⁸⁰.

Esse argumento, que outrora serviu para limitar a atuação do Judiciário, agora está sendo utilizado, em movimento no sentido inverso, para justificar a ampliação dos limites de atuação do TCU. Sob essa lógica, o fato de o Tribunal supostamente possuir maior capacidade institucional que parte dos órgãos e entidades fiscalizados – como, por exemplo, orçamentos mais robustos, carreiras mais valorizadas, estruturas mais estáveis, etc. – justificaria um aumento da intensidade do controle externo³⁸¹.

Combatendo, contudo, essa ideia, o autor defende que o sistema de *checks and balances* adotado no Brasil é orientado pela dupla finalidade de, por um lado, conferir efetividade às ações estatais e, por outro, frear o arbítrio de governantes. Nessa lógica, a distribuição de competências e poderes entre as instituições públicas já leva em conta as capacidades institucionais de cada órgão ou entidade pública:

Costuma estar na base do arranjo, também, uma concepção acerca da capacidade institucional de cada órgão ou entidade para executar cada uma das tarefas distribuídas. Ou seja, presume-se que o legislador distribui as competências e os poderes de acordo com a capacidade institucional de cada um dos atores.

Eventuais mudanças acerca dessa concepção podem servir tanto para orientar reformas destinadas a reforçar a capacidade institucional de determinado órgão, como, até mesmo, para promover alterações na distribuição de competências, que devem, necessariamente, ser operadas no plano normativo.

Do contrário, caso as competências sejam transferidas apenas no plano fático, com base no argumento de que uma instituição é (ou está) mais capacitada do que outra, sem que haja um rearranjo legal e/ou constitucional, instaurar-se-á um ambiente de competição interinstitucional, o que, no limite, significará a subversão do Estado de Direito. Esse ambiente, que naturalmente gera sobreposições indevidas e dispersão decisória, tende a ser fértil em insegurança jurídica e ineficiência.³⁸²

Além disso, não é demais rememorar a necessidade de se combater a ideia já ultrapassada de que a existência de mais controle tornaria a atuação administrativa melhor. Mais importante que a quantidade de controle é a calibração adequada dos mecanismos de controle

³⁸⁰ PEREIRA, Gustavo Leonardo Maia. **O TCU e o controle das agências reguladoras de infraestrutura: controlador ou regulador?** Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2019, p. 113.

³⁸¹ Nesse sentido, mas especificamente em relação à interação do TCU com as agências reguladoras de infraestrutura, Gustavo Leonardo Maia Pereira relata em seu trabalho dissertativo a fala de ministros do Tribunal que dão indícios do entendimento da Corte no sentido de que a interferência do controle externo seria maior em agências reguladoras “com governança pobre” (PEREIRA, Gustavo Leonardo Maia. **O TCU e o controle das agências reguladoras de infraestrutura: controlador ou regulador?** Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2019, p. 114).

³⁸² *Ibidem*, p. 116-117.

já existentes³⁸³. Nesse sentido, Mariana Willeman (2017, p. 293) chama atenção para os riscos de uma sobrecarga de controle:

Assiste-se, atualmente, um fenômeno que pode ser caracterizado como *accountability overload*, ou seja, a sobrecarga e a superposição de instâncias de controle sobre a ação administrativa, que, não raro, chega a comprometer a própria eficiência da gestão pública em decorrência de seus excessos e de suas patologias. O culto à cultura do controle não pode ignorar suas externalidades negativas e seus efeitos indesejados. A tomada de decisão pública submete-se a tantas instâncias de controle hoje em dia que o administrador público chega a ser desencorajado a pensar em soluções criativas e heterodoxas para os problemas enfrentados, tantos são os riscos que acaba por assumir. Ações colaborativas devem ser fomentadas, promovendo-se o aprendizado interinstitucional, para evitar a *accountability overload*.³⁸⁴

Mais uma vez o que se conclui é que o Tribunal de Contas da União tenta se valer de argumentos que enaltecem os supostos efeitos práticos benéficos de sua atuação para justificar a pertinência do controle nos moldes por ele exercido. Tivesse a Corte inequívoca competência para analisar as minutas de editais de licitação dos processos de concessão federais e se fosse essa forma de atuação consentânea com a tônica sobre o controle externo adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, não haveria necessidade de tal malabarismo argumentativo.

4.2.2 O risco de propiciar interferência pelo controlador no espaço de discricionariedade administrativa

Como adiantado, ao problema do momento de atuação do TCU quando da fiscalização dos processos de desestatização está relacionado outro risco que merece ser considerado e analisado neste trabalho: o de essa sistemática propiciar uma interferência indevida por parte do controlador no espaço de discricionariedade reservado à Administração Pública federal na fase preparatória das licitações de concessão de serviço público.

Logo de início vale ressaltar que, como dito, está-se a tratar neste subcapítulo desse assunto como um risco. E, como tal, ele pode ou não se concretizar na realidade prática da atuação da Corte de Contas. O problema que inequivocamente leva à impossibilidade dessa atuação do Tribunal é aquele relacionado ao momento de atuação do controlador externo que foi abordado no subcapítulo 4.2.1.

³⁸³ SCHAPIRO, Mario G. Discricionariedade desenvolvimentista e controles democráticos: uma tipologia de desajustes. *Rev. Direito GV*, São Paulo, v. 12, n. 2, mai./ago. 2016 *apud* PEREIRA, Gustavo Leonardo Maia. **O TCU e o controle das agências reguladoras de infraestrutura**: controlador ou regulador? Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2019, p. 87.

³⁸⁴ WILLEMANN, Marianna Montebello. **Accountability democrática e o desenho institucional dos Tribunais de Contas no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 293.

Concluiu-se no subcapítulo 2.3 que a fase preparatória da licitação certamente tem como marca a discricionariedade conferida ao administrador público para optar pela forma de prestação dos serviços públicos aos usuários³⁸⁵, para decidir acerca da modelagem do processo de desestatização e para estipular as regras e condições que deverão ser observadas no procedimento licitatório e no curso de toda a concessão.

Também se chegou à conclusão de que o respeito a esses espaços de discricionariedade é imprescindível já que a garantia, pelo legislador, de espaços em que a atuação administrativa deve se dar de forma discricionária é, entre outras coisas, mecanismo que assegura a independência do Poder Executivo – o que, no Brasil, constitui premissa constitucional, em decorrência da adoção do postulado da separação de poderes³⁸⁶.

Nesse contexto da atuação administrativa discricionária, é justificado que a liberdade dada à Administração Pública possa atrair a preocupação pelos órgãos de controle de que os agentes públicos, em sua atuação, extrapolem os poderes a eles regularmente atribuídos e ajam de forma arbitrária, sob o pretexto da discricionariedade administrativa. Afinal, o intuito de se amadurecer os sistemas de controle independentes – que é reforçado pelo aperfeiçoamento das instituições democráticas – é justamente tê-los como forma de “salvaguarda contra o arbítrio e o capricho dos governantes”³⁸⁷.

No entanto, há que se ter em vista que, por outro lado, exatamente porque se trata de um espaço em que é assegurada pelo legislador a livre decisão do gestor público, os mecanismos de controle que incidem sobre essa atuação devem ser com ela coerentes. É o que entende Eberhard Schmidt Assmann, quando defende que a atuação administrativa discricionária é passível de fiscalização pelos órgãos de controle, mas desde que os instrumentos de controle adotados para tanto respeitem a esfera de autonomia ou independência da Administração Pública³⁸⁸.

Embora não seja o tema central deste subcapítulo, é importante pontuar que quanto ao controle jurisdicional sobre os atos administrativos, é comum encontrar na doutrina administrativista quem defenda que, em se tratando de poder discricionário, o controle judicial

³⁸⁵ Como já discutido amplamente neste trabalho, a Administração Pública, por força de disposição constitucional, pode optar por prestar diretamente certos serviços públicos ou delegar a sua prestação a terceiros. No caso de outorgar a parceiros privados a execução dos serviços, o Poder Público pode ainda optar, dentro das condições e opções fornecidas pelo ordenamento jurídico, pelo método de desestatização que será adotado.

³⁸⁶ Vide art. 2º da CRFB.

³⁸⁷ PEREZ, Marcos Augusto. Controle da Administração Pública no Brasil: um breve resumo do tema. **Fórum**, 2018. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/noticias/control-da-administracao-publica-no-brasil-um-breve-resumo-do-tema/>. Acesso em: 28 mar. 2023.

³⁸⁸ ASSMANN, Eberhard Schmidt. **La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática**. Madrid: Ediciones Jurídicas e Sociales S.A., 2003, p. 225.

deve-se restringir aos aspectos formais e externos do ato resultante do seu exercício ou aos seus pressupostos de validade – como competência do agente, forma, desvio de poder, entre outros –, sem adentrar na apreciação do juízo de conveniência ou oportunidade da medida – ou no mérito do ato administrativo, como se costuma dizer no direito brasileiro³⁸⁹. Nesse sentido, o próprio exame judicial dos atos administrativos discricionários estaria limitado pela lei que fixou, desde logo, as linhas dentro das quais poderá a autoridade administrativa livremente tomar suas decisões, sendo, dentro daquele espaço, qualquer uma delas juridicamente incensurável pela autoridade judiciária³⁹⁰.

Em se tratando da aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados pela Administração Pública, por sua vez, há que defenda que o controle judicial é mais amplo, quase que total, só esbarrando na fronteira da impossibilidade de o Judiciário declarar se a aplicação do conceito foi correta ou equivocada³⁹¹. Assim, a sindicabilidade judicial dos atos administrativos que aplicam conceitos jurídicos indeterminados não estaria sujeita a um limite *a priori* estabelecido na lei, devendo o próprio julgador, no instante de decidir, verificar se há um limite, ou não, ao controle judicial³⁹². Haverá limite se, em face da complexidade do caso, da diversidade de opiniões e pareceres, não podendo ver com clareza qual a melhor solução, não couber ao Judiciário outra alternativa senão a de manter intocada a decisão administrativa, sem modificá-la ou substituí-la³⁹³.

Vale aqui fazer um breve adendo para pontuar que especificamente no que diz respeito ao controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, a doutrina administrativista recentemente tem evoluído na defesa do abandono da ideia de que, no exercício de competências discricionárias, as decisões administrativas estariam imunes ao controle do Judiciário, exceto no caso de detecção de vícios relacionados à competência e à forma. Tem-se

³⁸⁹ COUTO E SILVA, Almiro do. Cadernos de Direito Público. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Porto Alegre, v. 27, n. 57 Supl., dez./2003, p. 104.

³⁹⁰ Nesse sentido: “os limites do poder discricionário são os traçados na lei que o instituiu ou os que resultam da *ratio legis* e do fim geral de utilidade pública, bem como das normas e princípios constitucionais conformadores da ação do Estado. Dentro desses limites jurídicos estende-se a área de livre apreciação da Administração Pública, guiada pelos critérios da conveniência e oportunidade. É o território do mérito de ato administrativo, em que não é dado intrometer-se o Judiciário. Poder-se-á criticar as decisões tomadas dentro dos limites da discricionariedade ou entender que uma outra decisão seria melhor do que a escolhida. No entanto, uma vez que sejam observados os limites, as diferentes decisões ou atos possíveis são, sob o ângulo jurídico, intercambiáveis e fungíveis. Qualquer um deles satisfaz ao direito.” (COUTO E SILVA, Almiro do. Cadernos de Direito Público. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Porto Alegre, v. 27, n. 57 Supl., dez./2003, p. 106).

³⁹¹ *Ibidem*, p. 104.

³⁹² *Ibidem*, p. 105.

³⁹³ *Idem*.

admitido por parcela da doutrina, portanto, que aspectos como motivação e finalidade dos atos administrativos também sejam avaliados pelo Poder Judiciário³⁹⁴.

Lógica similar parece ser adotada pela doutrina quando se está a tratar do controle de atos administrativos discricionários pelos Tribunais de Contas:

(...) não cabe ao Tribunal de Contas investigar o mérito dos atos administrativos. A discricionariedade consiste na liberdade para avaliar as conveniências e escolher a melhor solução para o caso, diante das circunstâncias. Por isso, o mérito da atuação discricionária não se sujeita a revisão, nem mesmo pelo Poder Judiciário. Se o mérito do ato administrativo puder ser revisto pelo Congresso Nacional e pelo Tribunal de Contas, desapareceria a discricionariedade administrativa. Ter-se-ia a eliminação da separação de poderes, eis que a função de natureza administrativa seria exercida por órgãos integrantes de outros poderes.³⁹⁵

É evidente que o alcance do controle desempenhado pelo Tribunal de Contas diverge daquele exercido pelo Judiciário – que, como visto, pode fazer controle não só de legalidade, mas também quanto ao objeto, motivação, finalidade, etc. de qualquer matéria levada a questionamento pelos litigantes³⁹⁶ –, em face das próprias atribuições constitucionais³⁹⁷. Em

³⁹⁴ Nesse sentido, Marcos Perez: “há muito, acostumáramo-nos a dizer, no direito administrativo brasileiro, que o mérito do ato administrativo era imune à jurisdição e que as decisões administrativas discricionárias não poderiam ser revisadas pelo Judiciário, senão excepcionalmente e, quando muito, no caso de conterem vícios relacionados à competência e à forma, nunca com relação a outros elementos, como o objeto, o motivo ou a finalidade, pois estes, de modo geral, teriam relação com o juízo de conveniência e oportunidade realizado pelas autoridades públicas, exclusivo dessas autoridades e insuscetível à revisão jurisdicional. Em fevereiro de 2017, esse discurso – que chamarei ao longo do presente estudo de teoria da imunidade jurisdicional do mérito do ato administrativo discricionário – ainda era feito, com muita frequência, nos tribunais brasileiros. Ou seja, a ideia de que, ao executar suas atribuições, a Administração realizaria escolhas que não seriam jurisdicionalmente aferíveis, ainda que tal ideia estivesse enfraquecida em alguns aspectos, ainda era parte do arsenal jurídico de muitos doutrinadores, bem como de advogados, procuradores públicos, promotores e juízes brasileiros. (...) Após uma longa reflexão sobre os achados da pesquisa, a conclusão a que se chega é uma das teses centrais do trabalho: a teoria da imunidade do mérito do ato discricionário deve ser abandonada, ela não serve mais ao direito administrativo brasileiro.” (PEREZ, Marcos Augusto. **O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa: métodos para uma jurisdição ampla das decisões administrativas.** Tese (Livre Docência) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018, p. 16-21).

³⁹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.** 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1447.

³⁹⁶ O inciso XXXV do art. 5º da CRFB, coroando o princípio da inafastabilidade de jurisdição, prevê que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

³⁹⁷ Não é só quanto ao alcance que a atuação controladora pelo Judiciário e pelos Tribunais de Contas se diferem. Ao passo que o Poder Judiciário atua para solver litígios entre sujeitos de direito, envolvendo diversas matérias de direito, se valendo dos processos judiciais, os Tribunais de Contas processam exclusivamente processos de contas e de fiscalização. Enquanto o Judiciário age ordinariamente por provocação das partes, nos Tribunais de Contas a instauração de processos pode se dar em razão do envio das contas pelos responsáveis, do recebimento de denúncia ou representação, ou por iniciativa própria do Tribunal. Os instrumentos jurídicos de que dispõem para esse exercício do controle também são distintos. Além disso, diferentemente das decisões proferidas pelo Poder Judiciário, as decisões das Cortes de Contas “não se deixam facilmente classificar a partir de critérios binários (e.g., condenado ou absolvido, pró ou contra concessionária, pró ou contra Agência Reguladora)” (DUTRA, Pedro; REIS, Thiago. **O soberano da regulação: o TCU e a infraestrutura.** 1. ed. São Paulo: Singular, 2020, p. 15). Ao contrário, são decisões cujo conteúdo se refere a uma série de comandos expedidos aos órgãos da Administração Pública e, não raro, a empresas privadas.

outras palavras, o texto constitucional, por si só, já limita a atuação do controle externo em objetos – fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial – e aspectos – legalidade, legitimidade e economicidade.

Além disso, quanto aos limites da atuação do controle externo, como já tratado no subcapítulo 4.1.4, comunga-se aqui do entendimento defendido tanto por André Rosilho³⁹⁸, quanto por Gustavo Leonardo Maia³⁹⁹, no sentido de que o TCU pode avaliar somente sob o aspecto da legalidade os objetos ligados à atividade financeira da Administração Pública – quais sejam, fiscalização orçamentária, contábil, patrimonial ou financeira propriamente dita – e, nesse caso, atuar de forma impositiva – ou seja, dando ordens à Administração Pública e/ou impondo sanções caso sejam identificadas ilegalidades não corrigidas no prazo assinalado. Já os aspectos da legitimidade e economicidade só podem ser alvo de avaliação em sede de fiscalização operacional – quase que exclusivamente no bojo de auditorias operacionais –, na qual a Corte só pode atuar de forma não impositiva – ou seja, não tem a possibilidade de emitir atos de comando.

Sob essa ótica, caso o Tribunal de Contas da União detivesse competência para analisar as minutas de editais de licitação – o que, como já se pontuou exaustivamente, ele não tem –, haveria que se avaliar qual o objeto do controle a ser previsto no autorizativo constitucional ou legal – que atualmente não existe⁴⁰⁰. Em se tratando de objeto ligado somente à atividade financeira, é certo que a fiscalização sobre o edital se limitaria ao aspecto da legalidade.

Embora trate especificamente de exame de editais de licitação após a sua publicação, vale analisar o art. 113 da Lei Federal nº 8.666/1993 sob esse prisma, apenas para fins ilustrativos do que se defende com a adoção dessa teoria sobre os limites da atuação controladora.

Como visto, esse é o único autorizativo legal atualmente existente no ordenamento jurídico que faculta aos Tribunais de Contas solicitarem o edital de licitação já publicado para exame. E, nesse sentido, o dispositivo é claro (i) ao limitar que o objeto do controle é a atividade

³⁹⁸ ROSILHO, André Janjácómo. **Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 217-219.

³⁹⁹ PEREIRA, Gustavo Leonardo Maia. **O TCU e o controle das agências reguladoras de infraestrutura: controlador ou regulador?** Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2019, p. 66-67.

⁴⁰⁰ Uma leitura atenta do art. 71 da CRFB permite identificar o cuidado que o constituinte originário em identificar sob quais aspectos deve se dar a atuação fiscalizatória do TCU: no inciso III, por exemplo, ele prevê que a competência do Tribunal em relação aos atos de admissão de pessoal é apreciar a sua legalidade. Já no inciso VIII, estabelece a possibilidade de aplicação de sanções pelo Tribunal somente nos casos de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas. No inciso IX, por sua vez, estabelece que a Corte de Contas pode assinalar prazo para adoção de providências por órgão ou entidade da Administração Pública somente se for verificada alguma ilegalidade.

financeira, ao prever que o Tribunal desempenhará “controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei”; (ii) ao indicar que o aspecto a ser analisado pelo órgão de controle é exclusivamente o da legalidade, ao prever que ficam “os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução”; e (iii) ao demonstrar a possibilidade da atuação impositiva da Corte de Contas, ao prever que os Tribunais de Contas podem obrigar “os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame [do edital de licitação], lhes forem determinadas”.

Ocorre que, como já analisado neste trabalho, trata-se essa de interpretação restritiva que não é adotada pelo TCU, que, no exame das minutas de editais de licitação – atividade para a qual, reitera-se, não possui competência –, por vezes ainda impõe ordens à Administração Pública escorado na análise dos parâmetros de legitimidade e economicidade, condicionando a publicação destes editais à implementação do que fora determinado.

Aliado aos limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico à atuação controladora do Tribunal de Contas, é válido ressaltar também que, mais recentemente, com a edição da Lei Federal nº 13.655/2018, que alterou o Decreto-lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB), outro limite balizador foi imposto ao exercício do controle externo. Trata-se da inclusão do art. 20 que prevê que tanto na esfera administrativa quanto na esfera controladora não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Essa previsão, além de dialogar com a necessidade de se aumentar a racionalidade no exercício da discricionariedade pela Administração Pública – que deve considerar as consequências práticas da sua decisão, para além dos valores jurídicos abstratos –, contribui especialmente para limitar e afastar as arbitrariedades no controle da discricionariedade pelo Tribunal de Contas – que também deve considerar as consequências práticas de sua decisão, para além dos valores jurídicos abstratos envolvidos.

A razão de inclusão desse dispositivo na LINDB é, portanto, interditar a utilização indiscriminada de abstrações nas razões de decidir da instância controladora⁴⁰¹. Serve para indicar aos órgãos de controle que a aplicação pura e simples de princípios gerais do direito

⁴⁰¹ Para os autores, tal uso indiscriminado de abstrações serviram para ampliar o espectro de poder das instituições nos últimos anos (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 17).

administrativo, sejam eles explícitos ou implícitos, não resolve a obrigação que lhes é conferida de decidir – dentro dos limites da sua atuação – senão parcialmente⁴⁰².

Isso tendo em vista que decisões puramente principiológicas podem servir para: que órgãos de controle decidam sem enfrentar os fatos envolvidos e analisar o ordenamento jurídico; que, por intermédio de indeterminações principiológicas, o controlador se substitua ao administrador público⁴⁰³; ocultar o que são, em realidade, decisões subjetivas e arbitrárias; ou, ainda, gerar o efeito da fundamentação reversa, por intermédio do qual o decisor toma a decisão final e, após, se utiliza de conceitos abertos para justificar a sua decisão pré-tomada⁴⁰⁴. Teve o legislador, nesse sentido, a preocupação de barrar todos esses tipos de oportunismos decisórios.

Nesse passo, o TCU, inclusive, aprovou, em conjunto com a Instrução Normativa nº 86/2020, já tratada no subcapítulo 3.2 deste trabalho, a Resolução nº 315/2020, com o intuito de racionalizar as deliberações da Corte. Entre outras medidas, a normativa exige que não sejam expedidas recomendações genéricas e distantes da realidade prática da unidade jurisdicionada (art. 12) e que a unidade técnica do Tribunal ouça os comentários dos gestores públicos sobre as propostas de determinações e recomendações, especialmente quanto às consequências práticas da implementação das medidas aventadas (art. 14). Além disso, estipula a Resolução que as determinações, recomendações e/ou ciências sejam expedidas apenas quando imprescindíveis às finalidades do controle e para aquelas deficiências identificadas que, se não tratadas, comprometerão a gestão (art. 16) nos caso dos processos de acompanhamento de desestatização. Nesse sentido é a manifestação do próprio TCU em seu sítio eletrônico institucional:

“Os comentários do gestor poderão nos apontar riquíssimas contribuições, tais como custos excessivos e questões práticas como carência de pessoal para implementar as deliberações do TCU. Dessa forma, nossas decisões poderão ser mais objetivas e concisas. Deveremos focar naquilo que seja mais importante e assegurar a imparcialidade, objetividade e completude dos nossos trabalhos, inclusive nas desestatizações”, explicou o ministro Vital do Rêgo, relator do processo no Tribunal de Contas da União.⁴⁰⁵

⁴⁰² PEREZ, Marcos Augusto. **O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa**: métodos para uma jurisdição ampla das decisões administrativas. Tese (Livre Docência) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018, p. 326.

⁴⁰³ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 215.

⁴⁰⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, nov. 2018, p. 22.

⁴⁰⁵ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **TCU aprova pacote de normas voltadas à racionalização e simplificação de procedimentos**. Brasília: TCU, 2020. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-aprova-pacote-de-normas-voltadas-a-racionalizacao-e-simplificacao-de-procedimentos.htm>. Acesso em: 20 abr. 2023.

O sentido do que se quer defender aqui, portanto, é o de que, ao passo que o agente público deve atuar dentro da margem discricionária a ele conferida limitado pela legalidade e pelas demais normas e princípios orientadores de sua atuação, também os órgãos de controle devem exercer a fiscalização sobre esses mesmos atos cuidando para não intervir indevidamente na esfera decisória discricionária do gestor.

Em resumo e mais uma vez valendo das palavras de Schmidt Assmann, “a autonomia ou independência da Administração deve corresponder com um sistema de controles administrativos adequado àquela” (tradução livre da autora)⁴⁰⁶.

Por isso é que se diz do risco de a sistemática fiscalizatória inaugurada pela Instrução Normativa nº 81/2018 propiciar uma interferência indevida do controlador na esfera discricionária administrativa. É certo que a interferência ou não no espaço de discricionariedade só pode ser afirmada se observada na prática, caso a caso julgado pelo Tribunal de Contas da União. Contudo, o que se está a afirmar aqui é o fato de a nova sistemática, em linhas gerais, propiciar um aumento do risco de interferência do órgão de controle, uma vez que a atuação do TCU, desde 2018, passou a ocorrer antes da publicação do edital de licitação, ou seja, ainda durante a fase preparatória marcada pela atuação administrativa discricionária.

Considerando que (i) a nova sistemática institui uma série de exigências a serem observadas e atendidas pelo órgão ou entidade da Administração Pública federal, que vai desde o envio do extrato de planejamento da desestatização até o encaminhamento da minuta do edital e seus anexos; e (ii) a manifestação da Corte de Contas federal sobre as minutas de editais é emitida no bojo de acórdão prolatado em processos de acompanhamento de desestatização, contemplando uma série de determinações (atuação impositiva) e recomendações (atuação não impositiva) do Tribunal para adequar o conteúdo dos documentos e minutas analisados ao entendimento do órgão de controle, sob distintos parâmetros de análise (legalidade, legitimidade e economicidade); essa atuação parece extrapolar os limites do controle externo que pode ser exercido pelo TCU.

Para Eduardo Jordão, por envolver a fase interna de planejamento dos projetos de desestatização uma “série de decisões complexas, tomadas em um contexto de forte incerteza”⁴⁰⁷, não caberia à Corte de Contas falar em soluções corretas ou incorretas tomadas

⁴⁰⁶ “*La autonomía o independencia de la Administración se debe corresponder con un sistema de controles administrativos adecuado a aquella.*” (ASSMANN, Eberhard Schmidt. **La teoría general del derecho administrativo como sistema**: objeto y fundamentos de la construcción sistemática. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2003, p. 225).

⁴⁰⁷ JORDÃO, Eduardo. A intervenção do Tribunal de Contas da União sobre editais de licitação não publicados: controlador ou administrador? In: SUNFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Org.). **Tribunal de Contas da União no direito e na realidade**. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2020, p. 340.

pelo gestor, “sob pena de transformar esse órgão controlador em uma espécie de administrador público hierarquicamente superior que o constituinte não desejou”⁴⁰⁸.

Todavia, não é incomum que essa interferência do TCU no conteúdo das decisões administrativas, na prática, aconteça. O próprio autor, em mesma obra, cita o caso já adiantado neste trabalho do acompanhamento do primeiro estágio das concessões para ampliação, manutenção e exploração dos aeroportos do Galeão e de Confins.

Na oportunidade, o TCU, em um primeiro acórdão, determinou como condição para a publicação do edital que a Administração Pública incluísse fundamentos legais e técnicos suficientes para (i) a exigência de experiência em processamento de passageiros e (ii) a restrição à participação no leilão de acionistas das concessionárias de aeroportos. Isso, porque o Tribunal considerou que as justificativas incluídas pelo Poder Público no processo de concessão não eram “adequadas, imprescindíveis, suficientes e pertinentes” ao objeto licitado. Depois de apresentadas novas justificativas para as opções do Poder Público, a Corte, em segundo acórdão, permaneceu considerando insuficiente a motivação relativa ao requisito de experiência prévia em processamento de passageiros e recomendou que essa exigência fosse restringida a números embasados em novos estudos a serem desenvolvidos ou aos números relativos aos valores projetados para o fluxo de passageiros, no exercício de 2014, em cada um dos aeroportos sob processo de concessão.

Como visto no subcapítulo 4.2.1.3, à época a imprensa chegou a noticiar que o governo acataria as observações do TCU só para evitar atrasos adicionais na publicação do edital e, assim, diante da insistência da Corte, o Poder Público reduziu o fluxo de passageiros exigido do licitante para fins da comprovação de experiência prévia de 35 milhões para 22 milhões no caso do Galeão e de 35 milhões para 12 milhões no caso de Confins⁴⁰⁹.

Não se incluiu no escopo deste trabalho analisar casos práticos em que o TCU, examinando as minutas de editais em processos de concessão de serviço público federais, condicionou a publicação do edital ao atendimento das determinações que estabeleceu e/ou, ao determinar ou recomendar, invadiu o espaço de discricionariedade do administrador público. Contudo, a doutrina não titubeia em apontar essas ocorrências. Eduardo Jordão⁴¹⁰ e André

⁴⁰⁸ JORDÃO, Eduardo. A intervenção do Tribunal de Contas da União sobre editais de licitação não publicados: controlador ou administrador? In: SUNFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Org.). **Tribunal de Contas da União no direito e na realidade**. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2020, p. 341.

⁴⁰⁹ JORDÃO, Eduardo. A intervenção do Tribunal de Contas da União sobre editais de licitação não publicados: controlador ou administrador? In: SUNFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Org.). **Tribunal de Contas da União no direito e na realidade**. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2020, p. 339-340.

⁴¹⁰ *Ibidem*, p. 340.

Rosilho⁴¹¹, por exemplo, citam em suas obras também o acompanhamento do primeiro estágio da outorga de concessão do serviço público de recuperação, operação, manutenção, conservação, implantação de melhorias e ampliação da capacidade do trecho da rodovia BR-101/ES, em 2011 e do primeiro estágio das concessões dos arrendamentos de áreas e instalações portuárias nos portos organizados de Santos, Belém, Santarém, Vila do Conde e Terminais de Outeiro e Miramar, em 2013⁴¹².

Vale citar ainda, também a título ilustrativo, o caso da atuação do TCU sobre o processo de desestatização do Centro Nacional de Tecnologia Eletrônica Avançada S.A. (CEITEC)⁴¹³, que foi analisado por Jonathan de Mello em seu trabalho dissertativo⁴¹⁴. Para breve contextualização, é suficiente situar que trata-se de empresa pública vinculada ao Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (MCTI) que tem como principal finalidade desenvolver, projetar e fabricar semicondutores de silício (*chips*). As razões para a desestatização pelo Poder Público tinham relação com o custo-benefício da empresa pública, já que ela não atingiu a autossuficiência econômico-financeira que era prevista, sendo dependente de recursos do Tesouro Nacional desde sua criação.

Inicialmente, após qualificação no PPI, o Conselho do PPI (CPPI) avaliou alternativas de parcerias com a iniciativa privada, mas, em sondagem de mercado (*market source*), não se vislumbrou atores econômicos interessados. Com isso, os estudos realizados por Comitê Interministerial – composto pelo MCTI, Ministério da Economia (ME) e Casa Civil – e avaliados pelo CPPI apontaram para a promoção da desestatização, mediante a modalidade de dissolução conjugada à publicização do serviço público não exclusivo de pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico e inovação no setor brasileiro de microeletrônica, como única alternativa viável⁴¹⁵. Por essa razão, o CEITEC foi incluído no PND.

⁴¹¹ ROSILHO, André Janjácómo. **Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 239.

⁴¹² Nesse caso, relata André Rosilho que o governo federal objetivava licitar 16 lotes de projetos, correspondentes a 29 áreas e instalações portuárias. O TCU, ao avaliar os EVTEA e as minutas de edital e contratado encaminhadas pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), concluiu pela inconsistência do modelo de concessão proposto pela agência reguladora em conjunto com a Secretaria de Portos da Presidência da República (SER/PR) e condicionou a publicação dos editais das licitações para arrendamentos à adoção de 19 providências. À época, a Administração Pública, em razão das ordens emitidas pelo TCU, ainda que sem respaldo na legislação, não publicou os editais (Ibidem, p. 240).

⁴¹³ Trata-se do acórdão nº 2061/2021 – Plenário.

⁴¹⁴ MARIANO, Jonathan de Mello Rodrigues. **O controle externo do Tribunal de Contas da União sobre a política pública federal de desestatização: diagnósticos e limites a partir do caso de dissolução do CEITEC** (acórdão 2.061/2021 - TC 020.973/2020-9). Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Rio de Janeiro, 2022.

⁴¹⁵ Ibidem, p. 77-78.

Quanto à atuação do TCU, de início, tem-se que o processo de controle e acompanhamento da desestatização foi instaurado de ofício pelo Tribunal, já que a Secretaria Especial do PPI (SPPI) não havia encaminhado à Corte os documentos relativos à inclusão da empresa pública nos programas de desestatização (PPI e PND). A justificativa da Secretaria de Controle Externo do Sistema Financeiro Nacional e dos Fundos de Pensão do TCU (Secex/Finanças) para a instauração *ex officio* do processo de acompanhamento à época foi no sentido de que, embora a dissolução – enquanto instrumento de desestatização – não esteja expressamente prevista na IN nº 81/2018, (i) o rol do art. 1º da Instrução Normativa deveria ser entendido como meramente exemplificativo; (ii) a não análise pelo Tribunal contrariaria os princípios da precaução, da segurança e da eficácia de atuação da Corte; e (iii) não haveria momento oportuno para avaliar a desestatização, à míngua de não existir qualquer edital futuro para viabilizá-la⁴¹⁶.

Ressalte-se que a Instrução Normativa nº 81/2018, de fato, não prevê expressamente a dissolução entre os instrumentos de desestatização que são submetidos à fiscalização do TCU. De igual forma, não há na normativa infralegal qualquer dispositivo que categoricamente autorize o Tribunal a solicitar ao órgão federal responsável pela desestatização a documentação necessária para a instauração do processo de acompanhamento de ofício.

Para além desse fato, ao final, a Corte de Contas determinou que o Ministério da Economia se abstinhasse de dar prosseguimento ao processo de desestatização sob o argumento de que a sua continuidade violaria os princípios da motivação, da eficiência e da economicidade. Dentre os principais apontamentos feitos pelos ministros, destaca-se: (i) que a promoção da liquidação do CEITEC não atenderia ao interesse público; (ii) que os estudos não demonstraram suficientemente que seria mais econômico e eficiente promover a dissolução em vez de adotar outros mecanismos de desestatização; e (iii) existiriam outras razões de ordem econômico-financeira desfavoráveis à União no processo de liquidação, como potencial prejuízo com a entrega do imóvel em que localizada a infraestrutura material do Centro Nacional; a não contabilização do descomissionamento e descontaminação da sala limpa do polo industrial do CEITEC como custo da dissolução; e suposto prejuízo econômico com a

⁴¹⁶ MARIANO, Jonathan de Mello Rodrigues. **O controle externo do Tribunal de Contas da União sobre a política pública federal de desestatização**: diagnósticos e limites a partir do caso de dissolução do CEITEC (acórdão 2.061/2021 - TC 020.973/2020-9). Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Rio de Janeiro, 2022, p. 79-80.

perda do capital intangível relacionado ao bem intelectual dos profissionais integrantes da empresa pública⁴¹⁷.

Apesar de ter vencido a divergência inaugurada pelo ministro Vital do Rêgo, vale pontuar que o voto do ministro relator Walton Alencar foi pela suficiência das justificativas apresentadas pelo Ministério da Econômica para a dissolução do CEITEC. Essa oposição entre as duas visões no próprio plenário da Corte corrobora para indicar quão sensível é a questão dos limites do controle externo⁴¹⁸.

Com a leitura do acórdão, fica evidente que, nesse caso, a Corte de Contas da União adentrou na esfera de discussão acerca da conveniência ou não da promoção da desestatização por meio da dissolução, sob o argumento da proteção de princípios constitucionais – motivação, eficiência e economicidade. Conforme se viu ao longo desta pesquisa até aqui, não cumpriria ao Tribunal decidir se a decisão da Administração Pública federal pela desestatização da empresa pública é correta ou equivocada do ponto de vista da política pública. Na visão de Jonathan de Mello, “os debates sobre como e qual seria o momento ideal para o Estado se posicionar a respeito de determinada política pública devem acontecer pelos atores politicamente eleitos pelo verdadeiro titular do poder: o povo”⁴¹⁹. Ainda sobre esse tema, André Rosilho vai além ao dizer sobre as reais intenções do Tribunal de Contas da União com essa atuação:

(...) abrir espaço para que ela [Corte de Contas] pudesse realizar não só um controle de legalidade das licitações e contratos (controle *a posteriori* e de caráter eminentemente reparatório), mas, também, para que pudesse participar da própria modelagem das contratações, contribuindo para a definição de suas premissas (econômicas, jurídicas, fáticas, etc.), dos meios para realiza-las e dos fins a serem com elas alcançados. Como procurarei demonstrar a seguir, há indícios relevantes de que o TCU objetivou influir na própria atividade administrativa, retomando, assim, ao menos parcela do poder que outrora já teve.⁴²⁰

⁴¹⁷ MARIANO, Jonathan de Mello Rodrigues. **O controle externo do Tribunal de Contas da União sobre a política pública federal de desestatização**: diagnósticos e limites a partir do caso de dissolução do CEITEC (acórdão 2.061/2021 - TC 020.973/2020-9). Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Rio de Janeiro, 2022, p. 84-92.

⁴¹⁸ BOGÉA, Daniel; Carvalho, Mariana. Liquidação do Ceitec no TCU. **Jota**, 16 nov. 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/liquidacao-do-ceitec-no-tcu-16112022>. Acesso em: 10 abr. 2023.

⁴¹⁹ MARIANO, Jonathan de Mello Rodrigues. **O controle externo do Tribunal de Contas da União sobre a política pública federal de desestatização**: diagnósticos e limites a partir do caso de dissolução do CEITEC (acórdão 2.061/2021 - TC 020.973/2020-9). Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Rio de Janeiro, 2022, p. 91.

⁴²⁰ ROSILHO, André Janjácómo. **Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 92.

É certo que a atividade controladora, por si só, gera ineficiências, já que é da sua essência interferir no funcionamento da atividade administrativa, criando, via de regra, travas e fricções burocráticas⁴²¹. Por isso mesmo, o controle não pode ser resumido a um fim em si mesmo, devendo operar como “um instrumento para o aperfeiçoamento da Administração Pública”⁴²². Não restam dúvidas, assim, de que a atuação dos órgãos de controle externo precisa ser consentânea com as formas de atuação administrativa, como visto ao longo deste subcapítulo.

Uma vez que, a partir de 2018, nos processos federais de concessão de serviços públicos, o TCU passou a exercer sua atividade de controle sobre a fase – ainda incipiente – de planejamento e modelagem, fortemente marcada pela discricionariedade administrativa, sua atuação tem que cuidar para que as prognoses realizadas pelo administrador não sejam substituídas por prognoses igualmente incertas do fiscalizador⁴²³.

Nesse sentido, Eduardo Jordão, ao apontar o que se deve esperar do “controlador médio”, pontua que:

O controlador médio precisa, em primeiro lugar, conhecer bem o direito que lhe cabe aplicar. Isso parece óbvio, mas é particularmente importante esclarecer que implica não apenas dominar o que o direito impõe, como também reconhecer lacunas e indeterminações jurídicas. O controlador médio aplica o direito certo, mas não impõe as suas próprias vontades quando o direito é incerto: dá ao controlado, neste caso, espaço para realizar as suas próprias escolhas.⁴²⁴

Esse cuidado, todavia, parece não se verificar sempre na prática, vide os exemplos citados acima. Por essa razão é que se defende neste capítulo que a alteração ocorrida no momento em que o Tribunal de Contas atua sobre os processos de fiscalização é determinante para propiciar o aumento do risco de o controlador intervir indevidamente no espaço de discricionariedade do administrador público. Fosse a atuação do TCU, como antes da IN

⁴²¹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle. **Revista Eletrônica Direito do Estado**, n. 71, ano 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>. Acesso em: 28 mar. 2023.

⁴²² ACHKAR, Azor El. O controle externo operacional no saneamento básico. **Revista Técnica dos Tribunais de Contas - RTTC**, ano 1, n. 0, set. 2010. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 315.

⁴²³ JORDÃO, Eduardo. A intervenção do Tribunal de Contas da União sobre editais de licitação não publicados: controlador ou administrador? In: SUNFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Org.). **Tribunal de Contas da União no direito e na realidade**. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2020, p. 340.

⁴²⁴ JORDÃO, Eduardo. **Estudos antirromânticos sobre controle da administração pública**. 1. ed. São Paulo: Malheiros/JusPodivm, 2022, p. 579.

81/2018, somente após a publicação dos editais de licitação, esse risco seria significativamente reduzido⁴²⁵.

Como já dito neste subcapítulo, a atuação discricionária por parte da Administração Pública atrai a preocupação pelas instâncias de controle de que o administrador público, extrapolando seus poderes e competências, decida de forma arbitrária. Ocorre que se materializado, na prática, esse risco, tem-se o órgão de controle fazendo aquilo que ele próprio busca combater: atuando de forma arbitrária e fora dos limites de sua competência.

4.3 Conclusão do capítulo

O que se viu neste capítulo permite concluir que não é possível juridicamente que o Tribunal de Contas da União realize o exame das minutas de editais de licitação dos projetos de concessão de serviços públicos federais por duas razões principais: (i) ausência de competência material para tanto; e (ii) impossibilidade, do ponto de vista conceitual, de se controlar um projeto de ato administrativo que ainda não produz efeitos no mundo jurídico.

Obteve-se, ao final deste capítulo, essa conclusão considerando que:

- (i) No subcapítulo 4.1 se viu que nem o constituinte, nem o legislador ordinário – considerando a legislação de regência do tema –, atribuíram de forma categórica a competência de análise de minutas de editais de licitação ao TCU. Dentre a legislação ordinária analisada, apenas a Lei Federal nº 8.666/1993, que tem sua revogação prevista para dezembro de 2023, trata de tema correlato ao autorizar à Corte solicitar o envio de editais de licitação já publicados para controle das despesas decorrentes do contrato, sob o aspecto da legalidade da despesa. A atuação do Tribunal sobre as minutas de editais de concessão de serviços públicos se dá, pois, pautada exclusivamente na IN nº 81/2018 de sua autoria. Ocorre que tal normativa não poderia cumprir essa função, uma vez que, conforme sustenta Barroso, é vedado à norma infralegal inovar no ordenamento jurídico para designar uma competência que não tem qualquer lastro constitucional ou legal. Trata-se, portanto, de autoatribuição de competência pela Corte de Contas, sem respaldo no texto constitucional ou legal, e que, ao mesmo tempo que tem lastro no histórico de

⁴²⁵ Não se pode falar em anulação total do risco nesse caso, pois, mesmo que o edital de licitação já tivesse sido publicado, a Corte de Contas ainda poderia indevidamente intervir no espaço de discricionariedade administrativa caso exarasse determinação que eventualmente configurasse tentativa de controlar o mérito da decisão administrativa. Contudo, considerando que a fase preparatória da licitação – que é a etapa sobre a qual o TCU atua desde 2018 – é inteiramente marcada pela discricionariedade administrativa, esse risco aumenta consideravelmente.

ampliação dos limites de atuação do controle externo ao longo dos anos, também acaba por reforçar essa tendência negativa.

- (ii) No subcapítulo 4.2, por sua vez, considerando o entendimento de Benjamin Zymler e Guilherme de La Rocque, entendeu-se ser impossível, do ponto de vista conceitual, se admitir o exercício do controle externo sobre o que ainda é um projeto de ato administrativo que não produz efeitos no mundo jurídico – minuta de edital –, no contexto de uma atuação interna da Administração Pública na fase de planejamento da licitação. Nesse contexto, o histórico evolutivo do Tribunal de Contas da União apontou para uma clara opção do constituinte pelo controle externo posterior e concomitante, sendo expressamente ressalvadas no texto constitucional as hipóteses excepcionais em que o controle prévio do Tribunal é autorizado, o que não é o caso da sua atuação sobre os projetos de desestatização federais. Se viu também a impossibilidade de se justificar essa atuação prévia da Corte de Contas da União com base em argumentos de suposto ganho de eficiência em se examinar as minutas de editais de licitação antes de sua publicação. Aliado a esses argumentos que retratam a impossibilidade dessa atuação do TCU sob o aspecto do momento do exercício do controle, os estudos apontaram ainda para o risco de essa sistemática propiciar a invasão indevida pelo controlador do espaço de discricionariedade que é legalmente conferido à Administração Pública na fase preparatória das licitações.

5 PROPOSIÇÃO: DIRETRIZES PARA DEFINIÇÃO DE SISTEMÁTICA DE CONTROLE EXTERNO ADEQUADA

Se viu ao longo deste trabalho dissertativo que há uma preocupação de pelo menos parcela da doutrina administrativista em definir parâmetros básicos que delimitem e orientem a atuação do controle externo.

Isso, porque é incontestável a necessidade de se garantir que a atuação dos órgãos de controle externo seja coerente com as limitações constitucionais e legais e, além disso, façam do controle instrumento que permite o aperfeiçoamento da gestão pública, sem que tenha um fim em si mesmo (controle pelo controle).

Como anunciado desde a introdução, o objetivo desta pesquisa é responder se juridicamente o TCU pode, na atuação fiscalizatória dos processos de concessão de serviço público federais, analisar as minutas de editais de licitação. Não é, portanto, uma pretensão deste trabalho indicar de forma pormenorizada qual sistemática de controle externo idealmente deve ser adotada pelo Tribunal de Contas da União em relação a esses processos de desestatização. Todavia, das conclusões obtidas é possível, ao menos, se extrair diretrizes indispensáveis de serem consideradas quando se pensa esse tema.

Ao mesmo tempo que essas diretrizes servem de *standards* destinados a orientar o TCU no aperfeiçoamento de sua sistemática de fiscalização, funcionam como um resumo sistematizado do que se concluiu até aqui:

1. O controle externo, por sua própria condição caracterizadora – controle exercido por um dos Poderes sobre o outro –, deve observar rigorosamente o princípio da separação dos poderes, de forma que o controlador não deve se imiscuir na esfera de atuação e competência do legislador ou do administrador público, sob pena de causar indevida sobreposição e usurpação de funções.
2. As competências do órgão de controle devem decorrer diretamente do texto constitucional e, no máximo, da legislação ordinária de regência⁴²⁶, não podendo o Tribunal de Contas da União se autoatribuir competências, ampliando os limites de sua atuação, pela via infralegal.

⁴²⁶ Há, como visto neste trabalho, um dissenso sobre a possibilidade de lei ordinária ampliar as competências conferidas à Corte de Contas da União pelo constituinte originário.

3. O poder normativo conferido ao TCU por sua Lei Orgânica deve se restringir ao regramento de aspectos procedimentais ligados ao desempenho concreto de suas atribuições e ao funcionamento interno do próprio Tribunal.
4. O TCU não detém atualmente competência material atribuída pelo texto constitucional, nem pela legislação ordinária, para analisar minutas de editais de licitação. Independentemente de se avaliar como boa escolha ou não do constituinte e do legislador, trata-se de questão de política legislativa, que só deve ser resolvida com uma alteração no quadro constitucional ou legal atualmente em vigência.
5. Para que o Tribunal possa examinar minutas de editais de licitação, não basta que essa competência lhe seja atribuída por meio de normativa infralegal, sem qualquer lastro nos textos constitucional ou legal, já que à norma infralegal é vedado inovar no ordenamento jurídico.
6. A interpretação restritiva – que parece mais adequada – do texto constitucional indica que as competências impositivas da Corte de Contas – para determinar correções e impor sanções – são restritas à fiscalização orçamentária, contábil, patrimonial ou financeira, quando analisado sob o parâmetro da legalidade. Já no âmbito da atuação não impositiva – sem que tenha possibilidade de emitir atos de comando –, o TCU pode realizar fiscalização operacional e à luz dos parâmetros da legitimidade e economicidade.
7. Sendo financeiro o objeto de atuação do TCU – fiscalização orçamentária, contábil, patrimonial ou financeira propriamente dita –, ela deve se limitar à análise do aspecto da legalidade, não cabendo à Corte fazer juízo dos parâmetros da legitimidade e economicidade.
8. Pode a Corte de Contas da União, em sua fiscalização, fazer análise sob os aspectos da legitimidade e economicidade, mas somente quando o objeto da fiscalização for operacional e, nesse caso, só pode atuar o Tribunal de forma não impositiva.
9. Durante sua vigência, a Lei Federal nº 8.666/1993 permanecerá facultando à Corte de Contas solicitar o envio de edital já publicado para exame da legalidade e regularidade de despesas (§ 2º do art. 113). Com a sua revogação, a Lei Federal nº 14.133/2021 somente autorizará a suspensão cautelar do procedimento licitatório pelo Tribunal se verificada irregularidade (§ 1º do art. 171), levada ao Tribunal por meio de representação de qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica (§ 4º do art. 170).

10. Mesmo após a publicação do edital, o Tribunal de Contas não tem poderes para anulá-lo, de forma que, caso o órgão ou entidade responsável não adote, no prazo assinalado, as providências necessárias para correção da ilegalidade verificada, poderá a Corte apenas sustar o edital (incisos IX e X do art. 71 da CRFB).
11. A evolução histórica do texto constitucional indica que o constituinte originário reservou ao controlador externo como regra o modelo do controle *a posteriori*. A atuação prévia do Tribunal de Contas existe em condições excepcionais e atinge domínios que não são relevantes para os fins deste trabalho – como a concessão de aposentadorias e a admissão de pessoal no funcionalismo público. A ausência de previsão explícita de poderes prévios do Tribunal em relação a processos de contratações públicas configura uma hipótese de silêncio eloquente.
12. Diante de espaços de discricionariedade administrativa, deve ser aplicado, pelo órgão de controle, o princípio geral de autocontenção, como forma de compatibilizar a separação de poderes e a especialização funcional. É essencial, nesse caso, que se reconheça que não lhe compete rever escolhas tomadas pelo administrador público dentro dos limites previstos na ordem jurídica, ainda que possa o Tribunal ter preferências distintas.
13. Argumentos eminentemente práticos que indicam, sem maiores aprofundamentos, suposto ganho de eficiência, conveniência social ou, no mínimo, indiferença caso o TCU atue de determinada maneira em detrimento de outra, por si só, não tem o condão de justificar a atribuição de nova competência ao Tribunal que o constituinte originário e o legislador ordinário não lhe atribuíram, especialmente se essa atuação subverte a lógica instaurada pelo texto constitucional.
14. Ainda que eventualmente uma solução interventiva por parte da Corte de Contas possa se revelar, na prática, substancialmente positiva para o caso concreto, por ser a opção do TCU superior à da Administração Pública, essa solução sempre será negativa do ponto de vista institucional, já que fere a lógica de separação dos poderes.
15. O fato de o ordenamento jurídico conferir ao Tribunal de Contas da União competência para desempenhar auditorias operacionais, que permitem a fiscalização sob o aspecto operacional à luz dos parâmetros da legalidade e economicidade, não pode servir à Corte como uma carta-trunfo para exercer outras atribuições que o constituinte originário ou o legislador não lhe atribuíram.

16. Ainda que o TCU não detenha competência para examinar as minutas de editais de licitação, o órgão de controle se vale de outros instrumentos de fiscalização adequados para atuar caso se verifique alguma ilegalidade, sob o aspecto financeiro – orçamentário, patrimonial, contábil ou financeiro propriamente dito – no curso do procedimento licitatório. Ademais, a atuação do Tribunal de Contas da União não afasta a possibilidade de controle pelo Judiciário.

Como anunciado na introdução deste trabalho, a discussão teórica acerca dos limites e das sistemáticas de atuação dos Tribunais de Contas já existe na doutrina administrativista, embora possa ser mais incipiente em relação a determinadas temáticas dentro desse mesmo assunto. Acontece que essas reflexões parecem não ser ainda determinantes a ponto de provocar uma mudança de postura por parte do TCU ou, quem sabe, alterações legislativas que guiem para essa mudança.

Espera-se que em curto prazo reflexões mais práticas e direcionadas à determinação de diretrizes de conduta (*standards*), como se tentou fazer neste trabalho, possam servir como base para se estruturar a mudança que se espera.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como sabido, esta pesquisa surgiu a partir de uma instigação a respeito da virada de atuação que o TCU promoveu em relação à fiscalização dos processos federais de concessão de serviços públicos em 2018. A pergunta que se objetivava responder com este trabalho é se pode juridicamente o Tribunal de Contas da União, nesse contexto de fiscalização dos processos de concessão, examinar as minutas de editais de licitação como vem fazendo – até mesmo antes de 2018.

As conclusões parciais obtidas ao longo dos capítulos foram transformadas em diretrizes para orientar uma futura construção propositiva de mudança no exercício do controle externo, listadas no Capítulo 5. Dispensa-se, pois, que sejam tanto as conclusões parciais, quanto as diretrizes, repetidas nesta síntese conclusória, permitindo que se vá direto ao ponto central, qual seja: após tudo o aqui exposto, a resposta objetiva para a pergunta que guiou essa pesquisa é não. É impossível juridicamente que o TCU examine as minutas de editais de licitação dos processos de concessão federais porque a Corte nem detém competência material para esse tipo de atuação, nem poderia exercer controle construtivo sobre um ainda projeto de ato administrativo – minuta de edital de licitação – que compõe uma das etapas da fase preparatória das licitações.

Não é preciso grande esforço para constatar que as conclusões obtidas com este trabalho divergem do que se verifica na realidade. Na prática, o TCU, mesmo sem competência para tanto, tem participado ativamente da concepção dos projetos de concessões de serviços públicos – tarefa que deveria ser desempenhada exclusivamente pela Administração Pública –, envolvendo o órgão de controle no próprio procedimento administrativo, como se o encaminhamento da minuta de edital do Tribunal e sua respectiva manifestação constituíssem uma das etapas do procedimento licitatório que o legislador não previu.

Essa situação prática só foi possível porque o contexto atual, de certa forma, favorece tal atuação expansiva do TCU.

De um lado, o texto constitucional, sobre esse tema, prescreve valores cuja conceituação é extremamente ampla, como legitimidade e economicidade, por exemplo. Isso sem falar no caráter lacônico dos próprios dispositivos que preveem as competências da Corte de Contas da União e, em tese, deveriam servir para definir os limites da sua atuação.

De outro, parece ganhar cada vez mais força e adeptos um movimento de interpretação extensiva dos poderes que o TCU detém. Essa interpretação, somada a supostas razões práticas que versam sobre ganho de eficiência, conveniência social e capacidades institucionais,

recrudescem uma tendência já natural das instâncias de controle de maximização de seus poderes e ampliação dos seus limites de atuação.

Como visto, o próprio Tribunal de Contas da União entende e sustenta que, apesar de não ser essa competência devidamente atribuída a ele pelo ordenamento jurídico – pois prevista apenas em norma de estatura infralegal de sua própria autoria –, haveria certa conveniência para a sociedade e para o administrador público – ou, no máximo, seria indiferente pra ele – que a Corte de Contas pudesse intervir examinando as minutas de editais de licitação antes mesmo da sua publicação.

Os administradores públicos, por sua vez, assistindo a essa tendência ampliativa do Tribunal de Contas, quando espremidos entre exercer seus poderes discricionários no espaço de liberdade de atuação que o legislador, em tese, lhe garantiu e se autopreservar em razão do justo receio de não poder levar adiante o procedimento licitatório e, ainda, ser sancionado, têm sucumbido ao avanço do TCU e permitido sua intervenção ainda na fase preparatória das licitações.

Apesar de se enxergar, na realidade, motivos que indiquem que, pelas circunstâncias analisadas, é natural que o Tribunal de Contas da União aja assim, expandindo seus limites de atuação, o conformismo e a complacência com essa tendência podem custar caro à atividade controladora como um todo futuramente.

Além de a atuação do TCU nesse sentido configurar afronta ao texto constitucional, o que, por si só, já deveria ser razão suficiente para insurgências, esse cenário possibilita ainda usurpação e sobreposição de funções; ferimento ao pacto de separação de poderes, já que o controlador, ainda que nem sempre o faça na prática, tem potencial para se imiscuir na esfera de competência tanto do legislador, quanto do administrador público; disseminação de insegurança jurídica tanto entre os jurisdicionados quanto a sociedade como um todo; e fortalecimento do fenômeno da administração do medo entre os administradores públicos, ocasionando o risco de não mais atuarem apenas na busca da melhor solução ao interesse público, mas também imbuídos de um instinto de autoproteção, em razão do temor do controle repressivo, que pode resultar em sanções pessoais.

Dessa forma, conquanto as reflexões teóricas existentes na doutrina já representem um importante avanço, sem discussões práticas voltadas a definir proposições para se combater a ampliação indevida dos limites de atuação por parte do TCU e, principalmente, sem alterações profundas no modelo de atuação do controle externo, a tendência é que novos desafios acerca da atividade controladora se acumulem e tornem o cenário ainda mais complexo e nebuloso.

Por fim, como é inerente ao processo de pesquisa, sobretudo de um fenômeno atual e em acontecimento, vale pontuar que este estudo está e estará em permanente construção. Não se espera, portanto, que ele tenha exaurido as reflexões e proposições sobre o objeto que se dispôs a investigar. Ao contrário, espera-se que ele venha a contribuir para uma leitura mais acurada da atuação do Tribunal de Contas da União sobre os processos de concessão de serviços públicos federais e impulse a discussão de medidas propositivas para se enfrentar as impropriedades que se verifica na atuação do TCU hoje.

REFERÊNCIAS

ACHKAR, Azor El. O controle externo operacional no saneamento básico. **Revista Técnica dos Tribunais de Contas - RTTC**, Belo Horizonte, ano 1, n. 0, set. 2010.

ARAGÃO, Alexandre. As parcerias público-privadas no direito positivo brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico — REDAE**, Salvador, n. 2, maio/jul. 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=28>. Acesso em: 10 nov. 2022.

ASSMANN, Eberhard Schmidt. **La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática**. Madrid: Ediciones Jurídicas e Sociales S.A., 2003.

ATUAÇÃO DO TCU em desestatizações e regulação de serviços públicos é tema de debate. **Portal TCU**, 2018. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/atuacao-do-tcu-em-desestatizacoes-e-regulacao-de-servicos-publicos-e-tema-de-debate.htm>. Acesso em: 21 mar. 2023.

AZEVEDO, Eurico de Andrade. Legislação brasileira sobre garantias para as concessões. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, v. 214, p. 159-165, out./dez. 1998.

BARBOSA, Bianca Rocha; COSTA, Bruna de Paula Ferreira. A análise prévia de editais de licitação não publicados de parcerias público-privadas: um diagnóstico acerca das normas infralegais dos Tribunais de Contas estaduais e municipais brasileiros. In: DIAS, Maria Tereza Fonseca (org.). **Parcerias público-privadas e contratualização pública: transformações contemporâneas e revisão de paradigmas**. Belo Horizonte: Dialética, 2023.

BARRROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Tribunais de Contas: algumas incompetências. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, jan./mar. 1996.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BITENCOURT NETO, Eurico. Autovinculação administrativa e provimento de cargos em comissão. **Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./abr. 2012.

BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica: direito administrativo e organização no século XXI**. São Paulo: Almedina, 2017.

BOGÉA, Daniel; Carvalho, Mariana. Liquidação do Ceitec no TCU. **Jota**, 16 nov. 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/liquidacao-do-ceitec-no-tcu-16112022>. Acesso em: 10 abr. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 nov. 2022.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília: Diário Oficial da União, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 14 abr. 2023.

BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 2000. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 31 mar. 2023.

BRASIL. **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. Brasília: Diário Oficial da União, 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18443.htm. Acesso em: 31 mar. 2023.

BRASIL. **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. Brasília: Diário Oficial da União, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 31 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm. Acesso em: 31 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995**. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19074cons.htm. Acesso em: 31 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997**. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19491.htm. Acesso em: 31 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998**. Altera dispositivos das Leis no 3.890-A, de 25 de abril de 1961, no 8.666, de 21 de junho de 1993, no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no 9.074, de 7 de julho de 1995, no 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e autoriza o Poder Executivo a promover a reestruturação das Centrais Elétricas Brasileiras - ELETROBRÁS e de suas subsidiárias e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9648cons.htm. Acesso em: 31 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005**. Institui o Regime Especial de Tributação para a Plataforma de Exportação de Serviços de Tecnologia da Informação - REPES, o Regime Especial de Aquisição de Bens de Capital para Empresas Exportadoras - RECAP e o Programa de Inclusão Digital; dispõe sobre incentivos fiscais para a inovação

tecnológica; altera o Decreto-Lei nº 288, de 28 de fevereiro de 1967, o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, o Decreto-Lei nº 2.287, de 23 de julho de 1986, as Leis nºs 4.502, de 30 de novembro de 1964, 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.245, de 18 de outubro de 1991, 8.387, de 30 de dezembro de 1991, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.981, de 20 de janeiro de 1995, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, 8.989, de 24 de fevereiro de 1995, 9.249, de 26 de dezembro de 1995, 9.250, de 26 de dezembro de 1995, 9.311, de 24 de outubro de 1996, 9.317, de 5 de dezembro de 1996, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, 9.718, de 27 de novembro de 1998, 10.336, de 19 de dezembro de 2001, 10.438, de 26 de abril de 2002, 10.485, de 3 de julho de 2002, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.755, de 3 de novembro de 2003, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 10.865, de 30 de abril de 2004, 10.925, de 23 de julho de 2004, 10.931, de 2 de agosto de 2004, 11.033, de 21 de dezembro de 2004, 11.051, de 29 de dezembro de 2004, 11.053, de 29 de dezembro de 2004, 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 11.128, de 28 de junho de 2005, e a Medida Provisória nº 2.199-14, de 24 de agosto de 2001; revoga a Lei nº 8.661, de 2 de junho de 1993, e dispositivos das Leis nºs 8.668, de 25 de junho de 1993, 8.981, de 20 de janeiro de 1995, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.755, de 3 de novembro de 2003, 10.865, de 30 de abril de 2004, 10.931, de 2 de agosto de 2004, e da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111196.htm. Acesso em: 31 mar. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016. Cria o Programa de Parcerias de Investimentos - PPI; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113334.htm. Acesso em: 31 mar. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017. Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, e altera a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Brasília: Diário Oficial da União, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113448.htm. Acesso em: 31 mar. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília: Diário Oficial da União, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1. Acesso em: 14 abr. 2023.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília: Diário Oficial da União, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 31 mar. 2023.

BRASIL. Medida Provisória nº 1.167, de 31 de março de 2023. Altera a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, para prorrogar a possibilidade de uso da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e dos art. 1º a art. 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Brasília: Diário Oficial da União, 2023. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/mpv/mpv1167.htm. Acesso em: 10 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 24.510/DF**. Pleno. Relator: Ministra Ellen Gracie. Julgado em 19/11/2003. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2115148>. Acesso em: 20 abr. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2466/2013**. Plenário. Relatora: Ministra Ana Arraes. Sessão de 11/09/2013. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-1287865%22>. Acesso em: 31 mar. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2061/2021**. Plenário. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 01/09/2021. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2458033%22>. Acesso em: 31 mar. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Dúvidas frequentes**. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/institucional/conheca-o-tcu/duvidas-frequentes/>. Acesso em: 31 mar. 2023.

CABRAL, Flávio Garcia. O que é (ou deve ser) o poder geral de cautela do Tribunal de Contas da União? **CONJUR**, 16 jun. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-16/cabral-ou-poder-geral-cautela-tcu#:~:text=Como%20j%C3%A1%20tivemos%20a%20oportunidade,rol%20exaustivo%20previsto%20pelo%20legislador>. Acesso em: 20 abr. 2023.

CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle judicial das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2019.

COSTA, Luiz Bernardo Dias. Tribunal de Contas: evolução e principais características no ordenamento jurídico brasileiro. In: FREITAS, Ney José de (Coord.). **Tribunais de Contas: aspectos polêmicos: estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

COUTO E SILVA, Almiro do. Cadernos de Direito Público. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Porto Alegre, v. 27, n. 57 Supl., dez./2003.

DE ARAÚJO, Luciano. **Controle da administração pública: elementos para a compreensão dos Tribunais de Contas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O papel dos Tribunais de Contas no controle dos contratos administrativos. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 15, n. 82, nov./dez. 2013. Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2016/10/O-papel-dos-Tribunais-de-Contas-no-controle-dos-contratos-administrativos.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2023.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DUTRA, Pedro; REIS, Thiago. **O soberano da regulação**: o TCU e a infraestrutura. 1. ed. São Paulo: Singular, 2020.

ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

FERRAZ, Luciano de Araújo. **Controle da administração pública**: elementos para a compreensão dos Tribunais de Contas. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

FERRAZ, Luciano de Araújo. Duas faces do poder cautelar dos Tribunais de Contas. **CONJUR**, 12 ago. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-12/interesse-publico-duas-faces-poder-cautelar-tribunais-contas>. Acesso em: 20 abr. 2023.

GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. 3. ed. Madrid: Civitas, 1991.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle. **Revista Eletrônica Direito do Estado**, n. 71, ano 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>. Acesso em: 28 mar. 2023.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. 5. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – controlador ou administrador?. **Revista Brasileira de Direito Público**, ano 12, n. 47, out./dez. 2014.

JORDÃO, Eduardo. A intervenção do Tribunal de Contas da União sobre editais de licitação não publicados: controlador ou administrador? In: SUNFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Orgs.). **Tribunal de Contas da União no direito e na realidade**. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

JORDÃO, Eduardo. **Estudos antirromânticos sobre controle da administração pública**. 1. ed. São Paulo: Malheiros/JusPodivm, 2022.

JORDÃO, Eduardo. Passado, presente e futuro: ensaio sobre a história do controle judicial da administração no Brasil. In: WALD, Arnaldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (Orgs.). **O Direito Administrativo na Atualidade: Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917 – 2017)**. São Paulo: Malheiros, 2017.

JORDÃO, Eduardo. Quanto e qual poder de cautela para o TCU?. **Jota**, 2 jan. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/control-publico/quanto-e-qual-poder-de-cautela-para-o-tcu-02012020>. Acesso em: 20 abr. 2023.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, nov. 2018.

LIMA, Luiz Henrique. **Controle externo: teoria e jurisprudência para os Tribunais de Contas**. 6. ed. São Paulo: Método, 2015.

MÂNICA, Fernando Borges; MENEGAT, Fernando. **Teoria jurídica da privatização: fundamentos, limites e técnicas de interação público-privada no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MARIANO, Jonathan de Mello Rodrigues. **O controle externo do Tribunal de Contas da União sobre a política pública federal de desestatização: diagnósticos e limites a partir do caso de dissolução do CEITEC (acórdão 2.061/2021 - TC 020.973/2020-9)**. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Rio de Janeiro, 2022.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessão de serviço público em ônus para o usuário. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. **Direito Público: Estudos em Homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2004.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Atualizado por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. A propósito do controle feito pelos Tribunais de Contas sobre as agências reguladoras – Em busca de alguns standards possíveis. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, ano 10, n. 38, abr./jun. 2012.

MONTEIRO, Vera; ROSILHO, André. Agências reguladoras e o controle da regulação pelo Tribunal de Contas da União. In: PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; PINHEIRO, Luís Felipe Valerim (Orgs.). **Direito da Infraestrutura Vol. II**. São Paulo: Saraiva, 2017.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**: (concessões, parcerias, permissões e autorizações). 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

NASCIMENTO, Leandro Maciel do. A nova Lei de Licitações e o controle realizado pelos Tribunais de Contas. **CONJUR**, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-16/opiniao-lei-licitacoes-tribunais-contas>. Acesso em: 28 mar. 2023.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

PEREIRA, Gustavo Leonardo Maia. **O TCU e o controle das agências reguladoras de infraestrutura**: controlador ou regulador? Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2019.

PEREZ, Marcos Augusto. Controle da Administração Pública no Brasil: um breve resumo do tema. **Revista da Editora Fórum**, 17 jul. 2018. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/noticias/controla-da-administracao-publica-no-brasil-um-breve-resumo-do-tema/>. Acesso em: 14 abr. 2022.

PEREZ, Marcos Augusto. **O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa**: métodos para uma jurisdição ampla das decisões administrativas. Tese (Livre Docência) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. O direito administrativo como caixa de ferramentas e suas estratégias. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, v. 272, p. 209- 249, maio/ago. 2016.

RIBEIRO, Renato Jorge Brown. **Controle externo da Administração Pública federal no Brasil**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

ROSilHO, André Janjácómo. **Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016.

ROSilHO, André; JORDÃO, Eduardo. STF e a “extrapolação qualificada” de competências no controle de contas. **Jota**, 19 maio 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controla-publico/stf-e-a-extrapolacao-qualificada-de-competencias-no-controla-de-contas-19052021>. Acesso em: 20 abr. 2023.

SADDY, André. **Formas de atuação e intervenção do Estado Brasileiro na Economia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

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.

STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Revista Espaço Jurídico – Universidade do Oeste de Santa Catarina**, Joaçaba, v. 1, n. 1, jan./jun. 2000. Disponível em: <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/12206>. Acesso em: 10 abr. 2023.

SUNFELD, Carlos Ari; ARRUDA CÂMARA, Jacintho. Competências de controle dos Tribunal de Contas – possibilidades e limites. In: SUNFELD, Carlos Ari. **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013.

SUNFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Diálogo Público: Atuação do TCU nas Desestatizações e Regulação dos Serviços Públicos – Manhã. **YouTube**, 17 out. 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=2YhRVM4Z0XE>. Acesso em: 21 mar. 2023.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Institucional. **Tribunal de Contas da União**, Brasília. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/institucional/conheca-o-tcu/duvidas-frequentes/>. Acesso em: 30 mar. 2023.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Instrução Normativa nº 10, de 22 de novembro de 1995**. Dispõe sobre a fiscalização, no âmbito da Administração Pública Federal, das concessões, permissões e autorizações de serviços públicos. Brasília: Tribunal de Contas da União, 1995. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/ato-normativo/%22ATO-NORMATIVO-48677%22>. Acesso em: 31 mar. 2023.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Instrução Normativa nº 27, de 2 de dezembro de 1998**. Dispõe sobre a fiscalização pelo Tribunal de Contas da União dos processos de desestatização. Brasília: Tribunal de Contas da União, 1998. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/ato-normativo/%22ATO-NORMATIVO-46147%22>. Acesso em: 31 mar. 2023.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Instrução Normativa nº 46, de 25 de agosto de 2004**. Dispõe sobre a fiscalização, pelo Tribunal de Contas da União, dos processos de concessão para exploração de rodovias federais, inclusive as rodovias ou trechos rodoviários delegados pela União a estado, ao Distrito Federal, a município, ou a consórcio entre eles. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2004. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/ato-normativo/%22ATO-NORMATIVO-46441%22>. Acesso em: 31 mar. 2023.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Instrução Normativa nº 52, de 4 de julho de 2007.** Dispõe sobre o controle e a fiscalização de procedimentos de licitação, contratação e execução contratual de Parcerias Público-Privadas (PPP), a serem exercidos pelo Tribunal de Contas da União. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2007. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/ato-normativo/%22ATO-NORMATIVO-65100%22>. Acesso em: 31 mar. 2023.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Instrução Normativa nº 81, de 20 de junho de 2018.** Dispõe sobre a fiscalização dos processos de desestatização. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2018. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/ato-normativo/%22ATO-NORMATIVO-223%22>. Acesso em: 31 mar. 2023.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Instrução Normativa nº 82, de 4 de julho de 2018.** Dispõe sobre a fiscalização dos processos de desestatização. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2018. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/ato-normativo/%22ATO-NORMATIVO-301%22>. Acesso em: 31 mar. 2023.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Instrução Normativa nº 86, de 22 de abril de 2020.** Altera a Instrução Normativa-TCU 81, de 20 de junho de 2018, que dispõe sobre a fiscalização dos processos de desestatização. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2020. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/ato-normativo/%22ATO-NORMATIVO-2784%22>. Acesso em: 31 mar. 2023.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Resolução 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. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2011. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/ato-normativo/%22ATO-NORMATIVO-95607%22>. Acesso em: 31 mar. 2023.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Resolução nº 315, de 22 de abril de 2020.** Dispõe sobre a elaboração de deliberações que contemplem medidas a serem tomadas pelas unidades jurisdicionadas no âmbito do Tribunal de Contas da União e revoga a Resolução-TCU 265, de 9 de dezembro de 2014. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2011. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/ato-normativo/%22ATO-NORMATIVO-2783%22>. Acesso em: 31 mar. 2023.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **TCU aprova pacote de normas voltadas à racionalização e simplificação de procedimentos.** Brasília: TCU, 2020. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-aprova-pacote-de-normas-voltadas-a-racionalizacao-e-simplificacao-de-procedimentos.htm>. Acesso em: 20 abr. 2023.

WILLEMANN, Marianna Montebello. **Accountability democrática e o desenho institucional dos Tribunais de Contas no Brasil.** Belo Horizonte: Fórum, 2017.

ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. **O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas.** 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.