

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Público

**O CONTROLE EXTERNO EXERCIDO PELO TRIBUNAL DE
CONTAS DA UNIÃO E AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS**

Bruno Degrazia Möhn

BRASÍLIA

2008

BRUNO DEGRAZIA MOHN

**O CONTROLE EXTERNO EXERCIDO PELO TRIBUNAL DE
CONTAS DA UNIÃO E AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS**

Monografia apresentada como requisito para a obtenção do título de especialista em Direito Público apresentada ao Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP).
Orientador: Prof. Dr. Paulo G. Gonet

BRASÍLIA

2008

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	4
2	O CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO	6
2.1	Conceito e Formas de Controle	6
2.2	O Controle Judicial	8
2.3	O Controle Legislativo	11
2.3.1	O Controle Político	11
2.3.2	O Controle Financeiro	13
3	O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO	14
3.1	História	14
3.2	O Tribunal de Contas da União na Constituição de 1988	17
3.2.1	Competência	17
3.2.2	Funções do TCU	18
3.2.2.1	Função Fiscalizadora	19
3.2.2.2	Função Consultiva	19
3.2.2.3	Função Informativa.....	19
3.2.2.4	Função Judicante	19
3.2.2.5	Função Sancionadora.....	20
3.2.2.6	Função Corretiva	21
3.2.2.7	Função Normativa	21
3.2.2.8	Função de Ouvidoria.....	21
3.2.2.9	Função Preventiva ou Educativa	22
3.2.2.10	Conclusão	23
3.2.3	Composição	23
3.2.3.1	Ministros	23
3.2.3.2	Audítores.....	24
3.2.3.3	Ministério Público junto ao Tribunal.....	24
3.2.3.4	Secretaria	25
3.2.3.5	Conseqüências da Estrutura do Tribunal	25
3.2.4	Atuação e Instrumentos de Fiscalização e Controle	28
3.2.5	Dos Efeitos das Decisões do Tribunal de Contas da União.....	29
3.2.6	O Supremo Tribunal Federal e o Tribunal de Contas da União	30
4	AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS	32
4.1	Definição da expressão Parceria Público-Privada	32
4.2	As PPPs no mundo.....	33
4.3	As PPPs no Brasil.....	35

5 A FISCALIZAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO SOBRE OS CONTRATOS	38
5.1 Aspectos Gerais	38
5.2 Fiscalização sobre os contratos de concessão.....	39
5.3 A fiscalização do TCU sobre os Contratos de PPP	41
5.3.7 Fiscalização sobre a formalização dos contratos	41
5.3.8 Fiscalização sobre a execução dos contratos	43
6 OS POTENCIAIS PROBLEMAS DECORRENTES DA FISCALIZAÇÃO DO TCU SOBRE OS CONTRATOS DE PPP.	44
6.1 A Interferência no Processo Licitatório.....	44
6.2 Interferência na Execução do Contrato.	45
6.2.1 Interferência em situações inesperadas.....	45
6.2.2 Interferência nos repasses	47
7 CONCLUSÃO.....	48
8 REFERÊNCIAS	51

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia trata do controle a ser exercido pelo Tribunal de Contas da União-TCU sobre os contratos de Parceria Público-Privada, as PPPs, no âmbito Federal.

Mais do que apenas examinar a lei das PPPs¹, o objetivo do presente trabalho é, partindo do paradigma da fiscalização exercida pelo TCU nos contratos de concessão, analisar a legitimidade, a forma, os limites e as conseqüências de sua atuação nos contratos de PPP.

Para chegarmos à análise pretendida, faz-se *mister* uma introdução sobre o que seja o Controle Externo. Partindo do conceito e formas de Controle Externo, iremos nos debruçar sobre o principal órgão encarregado do exercício deste controle, o Tribunal de Contas da União. Começando numa breve digressão acerca de sua história, passaremos à análise de suas competências e atuação. Entendendo o que é, como age, e quais os instrumentos de que dispõe, será muito mais fácil entender a atividade que será desenvolvida e prever os possíveis problemas decorrentes de sua intervenção.

Como dito, iniciaremos conceituando o que seja controle externo. Partindo de uma leitura da Constituição, em uma brevíssima análise das formas de controle externo existentes, faremos uma análise do que se pretende, qual a finalidade do controle na atuação administrativa num contexto republicano e democrático.

No segundo capítulo, analisaremos mais profundamente o Tribunal de Contas da União. Órgão criado no século XIX por iniciativa de Ruy Barbosa, conferiu a Constituição de 1988, a ele, papel importantíssimo no trabalho de controle da atividade administrativa, mormente na análise da eficiência e eficácia administrativa, para o qual conta com poderosos instrumentos de controle e quadros técnicos altamente qualificados para o exercício de sua atividade. Neste

¹ Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004.

contexto, vamos estudar as suas formas de atuação, sua competência constitucional e faremos uma breve análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para melhor entendermos qual a visão do Judiciário sobre os limites constitucionais de sua atuação.

No terceiro capítulo, falaremos das Parcerias Público Privadas. Seja este um nome novo para instrumentos antigos ou uma real inovação, o fato é que deposita-se neste instrumento as esperanças de desenvolvimento do Brasil. Faremos um apanhado histórico, desde seu surgimento, de fato e de direito, sua existência no direito comparado e a adaptação desta modalidade às necessidades nacionais. Buscaremos uma compreensão dos objetivos e finalidades desta modalidade de contrato, analisando criticamente a forma como este instrumento de fomento do desenvolvimento da infra estrutura foi importado para o Brasil.

No quarto capítulo, a partir de uma análise da metodologia de fiscalização aplicada aos contratos de concessão, iremos traçar o provável perfil a ser adotado nos contratos de PPP. Mencionando as peculiaridades desta nova forma de concessão, vamos buscar identificar quais os possíveis problemas a serem superados.

No quinto e último capítulo, partindo do desafio imposto aos órgãos de controle por mais este instrumento contratual, concluiremos apontando possíveis problemas que surgirão na efetivação das PPPs, e os prováveis reflexos das decisões do TCU no desenvolvimento dos contratos.

Por fim, o que se espera do presente trabalho é explorar uma faceta pouco analisada quando se fala das PPPs. Ao vislumbrar apenas a solução para os gargalos que impedem o desenvolvimento nacional, muitas vezes esquece-se do necessário cuidado com o erário e que a responsabilidade social é um limite à atuação do Estado. É para assegurar o interesse público que o Tribunal de Contas da União, exercendo o “controle social”, certamente valer-se-á de todos os instrumentos de que dispõe para punir a negligencia e assegurar a moralidade, eficácia e eficiência na atuação administrativa mas, ao exercer sua função, ao punir os atores - públicos ou privados - que não agirem com o zelo necessário, deverá o TCU agir com a cautela necessária para, ao exercer o seu *mister*, não colocar em xeque a própria viabilidade e continuidade do projeto desenvolvido.

2 O CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO

2.1 Conceito e Formas de Controle

Podemos distinguir dois tipos de controle: Um, o interno, é exercido pela própria administração sobre seus atos. O outro, o externo, é exercido por Órgãos específicos, sem vinculação com o órgão controlado.

Nas palavras de Marçal Justen Filho, “O Controle é um processo de redução do poder, entendida essa expressão no sentido da imposição da vontade e do interesse de um sujeito sobre outrem”². Esse elemento de “poder” do controle encontra guarida na obrigação da atuação administrativa voltar-se para a consecução do interesse coletivo: é a imposição da vontade do povo sobre a vontade da Administração Pública³⁴. Se todo poder emana do povo, nos termos do artigo 1º. da Constituição, este tem o poder de limitar e submeter a atuação do Estado aos seus interesses.

Para Gasparini, o controle está intimamente vinculado ao princípio da legalidade inscrito no *caput* do artigo 37 da Constituição. Para este autor, “Todas as atividades, discricionárias ou vinculadas, da Administração Pública, estão subordinadas à lei (CF, art. 37). Sendo assim, é natural que a Administração Pública não possa ir além da competência e dos limites traçados pelas normas pertinentes a cada caso ou situação que se lhe apresente”⁵. Nesta acepção, portanto, a justificativa do controle funda-se na obrigação legal a que é submetida a Administração em sua atuação.

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 732.

³ Utiliza-se aqui a expressão Administração Pública grafado em letras maiúsculas como sinônimo de Estado, enquanto que administração pública em minúsculo como sinônimo de “atividade administrativa”, adotando-se o critério de Hely Lopes Meirelles.

⁴ Quanto à possibilidade de atribuir-se ou não “vontade” ao Estado, conforme bem observado por Gasparini, “O Estado não tem outra vontade senão a do próprio agente público”, ou seja, quando afirma-se que a vontade da Administração submete-se ao interesse do povo, entenda-se como a obrigatória submissão da vontade do agente público ao interesse coletivo.

⁵ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 817.

Por fim, para Evandro Martins Guerra, Controle Externo é “aquele desempenhado por órgão apartado do outro controlado, tendo por finalidade a efetivação de mecanismos, visando garantir a plena eficácia das ações de gestão governamental”⁶

Quando falamos em controle externo da Administração, portanto, entendemos como sendo todo um sistema de órgãos dotados de instrumentos legais cujo escopo é garantir o máximo de transparência na atuação administrativa. No entanto, não apenas a transparência é o objetivo do controle. Se a transparência no trato da coisa pública é o ponto de partida, modernamente não se pode admitir que a função do controle se resuma a isto.

Em relação ao controle interno, na lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “Esse controle abrange não só os órgãos do Poder Executivo, mas também os dos demais Poderes, quando exerçam função tipicamente administrativa; em outras palavras, abrange a Administração Pública considerada em sentido amplo”⁷. Exercido pelas controladorias e corregedorias, este controle é exercido por iniciativa própria ou provocação externa.

Dadas as exigências de competição impostas pela própria dinâmica do capitalismo globalizado, a administração não pode prescindir de pautar sua atuação pela eficácia e eficiência. O lucro hoje, não pode mais ser visto apenas como o fruto da exploração do trabalho, mas como um indicador de boa administração. No entanto, muito embora o bom funcionamento da máquina estatal seja, hoje, prioridade, a atuação administrativa é por e para a coletividade. Esse trinômio de transparência, eficiência e responsabilidade social é, pois, o tripé que norteia e vincula o controle da atividade administrativa.

O controle externo da Administração, foco do presente trabalho, pode ser exercido pelo Poder Legislativo ou Judiciário, conforme se constituía em um controle político-financeiro ou jurídico, respectivamente. Muito embora o controle seja exercido por órgãos e agentes da própria Administração, é inequivocamente um poder do povo, a ser utilizado contra a atuação imprópria

⁶ GUERRA, Evandro Martins. *Os controles Externo e Interno da Administração Pública e os Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 31.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 636.

do Estado. Seja mediante o controle interno ou externo, o foco sempre é preservar o interesse coletivo face à atuação dos agentes que personificam a “vontade” da Administração.

2.2 *O Controle Judicial*

O Controle Judicial, decorrente do princípio da Legalidade, tem assento constitucional no inciso XXXV do artigo 5º. (“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”). Uma vez que o direito brasileiro adota o sistema de Jurisdição Única, nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “o Poder Judiciário tem o monopólio da função jurisdicional, ou seja, do poder de apreciar, com força de coisa julgada, a lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais e coletivos”⁸.

Desta forma, toda e qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito, seja causada por ato ou omissão, de fato ou em potencial, será (ou poderá ser) objeto de apreciação pelo Poder Judiciário. Mais adiante, quando tratarmos da natureza do controle exercido pelo Tribunal de Contas da União, buscaremos aprofundar um pouco mais esta idéia e traçar contornos mais definidos sobre o que seja “lesão ou ameaça a direito” praticados pela Administração.

O controle judicial dos atos administrativos, portanto, deverá ater-se basicamente à observância dos princípios norteadores da atividade administrativa, quais sejam a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, explícitos no *caput* do artigo 37 da Constituição, e dos demais princípios que, de uma forma ou de outra, destes decorram.

Uma questão controvertida sobre o controle judicial envolve as chamadas “questões políticas”. Muito embora controvertido, é tema pouco explorado pela doutrina em geral. Como traz Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “o cerne das ‘questões políticas’, ou seja, a apreciação de oportunidade ou conveniência, ficaria fora do alcance do Judiciário. Entretanto, hoje se admite que a Justiça possa, mesmo nesse caso, corrigir a decisão administrativa se houver violação aos princípios consagrados no *caput* do art. 37”⁹.

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. p. 654.

⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 248.

Na mesma linha, Di Pietro afirma que o Poder Judiciário pode examinar os atos “gerais ou individuais, unilaterais ou bilaterais, vinculados ou discricionários, mas sempre sob o aspecto da **legalidade** e, agora, pela Constituição, também sob o aspecto da **moralidade**”¹⁰. Em seguida, explica que a apreciação judicial não pode invadir os aspectos reservados à apreciação subjetiva da Administração Pública, o chamado “mérito”. E arremata dizendo que “Não há invasão do mérito quando o Judiciário aprecia os **motivos**, ou seja, os **fatos** que precedem a elaboração do ato; a ausência ou falsidade do motivo caracteriza ilegalidade, suscetível de invalidação pelo Poder Judiciário”¹¹.

As definições acima expostas, longe de facilitarem o bom entendimento, ao contrário, apenas dificultam a compreensão do que, de fato, limita a atuação Judiciária.

A Constituição de 1937, em seu artigo 94, dispunha ser “vedado ao Poder Judiciário conhecer de questão exclusivamente política”. Partindo desta limitação introduzida pela carta de 37, Di Pietro diz que, “Essa concepção, que persistiu mesmo após a referida Constituição, foi aos poucos sendo superada”, e a doutrina, hoje, teria delineado os contornos de “uma distinção entre **atos exclusivamente políticos** (que não afetam direitos individuais) e atos **quase políticos** ou **não exclusivamente políticos** (que, embora dizendo respeito a interesses superiores do Estado, da nação, da sociedade, afetam também direitos individuais)”¹², onde os primeiros não estariam, mas os segundos sim, sujeitos ao controle judicial.

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. p. 654 (sem destaques no original).

¹¹ Idem. p. 654 (sem destaques no original).

¹² Idem. p. 655 (sem destaques no original).

Esta definição não pacifica a questão. A Constituição, sem dúvida, ampliou muito a possibilidade do controle pelo Poder Judiciário, dos atos administrativos de caráter essencialmente político, mormente quando obrigou a Administração a observar princípios como o da moralidade, de difícil ou impossível definição, como bem observa Alexandre de Moraes:

Pelo princípio da moralidade administrativa, de difícil conceituação doutrinária, não bastará ao administrador o estrito cumprimento da estrita legalidade; deverá ele, no exercício de sua função pública, respeitar os princípios éticos de razoabilidade e justiça, pois a moralidade constitui, a partir da Constituição de 1988, pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública.

A Constituição Federal, ao consagrar o princípio da moralidade administrativa como *vetor* da atuação da Administração Pública, igualmente consagrou a necessidade de proteção à moralidade e responsabilização do administrador público *amoral* ou *imoral*.

Dessa forma, deve o Poder Judiciário, ao exercer o controle jurisdicional, não se restringir ao exame estrito da legalidade do ato administrativo, mas entender por legalidade ou legitimidade não só a conformação do ato com a lei, como também com a moral administrativa e com o interesse coletivo¹³.

Resumindo o acima exposto, temos que ao Poder Judiciário é dado o poder mesmo de valorar fatos precedentes ao ato administrativo a fim de aferir a “moralidade” dos mesmos. Esta tarefa, de valoração dos fatos, é limitada à não interferência no mérito, nos “aspectos reservados à apreciação subjetiva” da administração. O “mérito”, então, estaria resguardado sempre que a Administração praticasse um ato “exclusivamente político”, ou seja, que não afete interesses individuais.

O problema imediato que vislumbramos está na própria conceituação do que seja um ato “exclusivamente político”, uma vez que é difícil discernir qualquer ato da Administração que não afete, ainda que indiretamente, direitos individuais. A lacuna deixada pela doutrina há de ser preenchida pelo Judiciário. E, em assim sendo, aquele que decide também define os limites de

¹³ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p.101.

sua própria competência, o que é, no mínimo, desaconselhável se um dos principais objetivos do Direito – se não o principal - é conferir segurança jurídica às relações intersubjetivas.

Muito embora a própria amplitude do conceito permitir um quase infinito leque de possibilidades para a interpretação pelo Poder Judiciário, analisar a atuação administrativa pelo prisma político não é tarefa a ser deferida a este Poder. A interpretação dada ao artigo 37 da Constituição deve ser o mais restrita possível, pois a análise da conveniência e oportunidade é muito mais afeita aos órgãos de controle legislativo, como se verá, do que judicial.

2.3 O Controle Legislativo

O chamado controle legislativo, na divisão feita por Di Pietro, consiste no controle político e financeiro, e há que “se limitar às hipóteses previstas na Constituição Federal, 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”¹⁴.

2.3.1 O Controle Político

O Controle político, na lição de Di Pietro, “abrange aspectos ora de legalidade, ora de mérito, apresentando-se, por isso mesmo, como de natureza **política**, já que vai apreciar as decisões administrativas sob o aspecto inclusive da discricionariedade, ou seja, da oportunidade e conveniência diante do interesse público”¹⁵.

Não nos aprofundaremos, neste momento, no conceito do que seja controle político, limitando-nos a elencar sucintamente as formas de exercício deste controle, exercido exclusivamente pelo Poder Legislativo, sem o auxílio do Tribunal de Contas da União. Neste sentido, podemos mencionar as Comissões Parlamentares de Inquérito, os pedidos de informação

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. p. 636.

¹⁵ Idem. p. 649.

a convocação de autoridades, a participação na função administrativa, a função jurisdicional e a sustação de atos normativos do Poder Executivo.¹⁶.

As Comissões Parlamentares de Inquérito, dotadas de poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, tem sua previsão constitucional no artigo 58, e tem por objetivo a “apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores”, nos termos do §3º. Sendo assim, todo e qualquer fato, desde que seja relevante à coletividade, poderá ser objeto de profunda investigação pelo Congresso, e os eventuais responsáveis responderão na justiça pelos danos ou irregularidades praticadas.

Os pedidos de informação e a convocação de autoridades, previstos no §2º. e no *caput* do artigo 50 da Constituição, respectivamente, implicam no poder do Congresso em, por meio de documento escrito, ou convocação, obrigar Ministros ou quaisquer titulares de órgãos subordinados à Presidência da República a prestar esclarecimentos sobre assunto previamente determinado, importando em crime de responsabilidade a não prestação das informações ou a prestação de informações falsas ou ainda, uma vez convocado, o não comparecimento devidamente justificado.

A participação na função administrativa consiste na competência constitucionalmente conferida ao Congresso, em especial as elencadas no artigo 49, de participar da própria função administrativa, por aprovação ou autorização, resolvendo tratados, autorizando a decretação do estado de sítio, etc.

A função jurisdicional é exercida no julgamento das contas do Presidente, previsto no inciso IX do artigo 49 da Constituição, onde não se trata de uma fiscalização contábil, mas um verdadeiro controle político dos gastos, mesmo porque esta competência inclui a apreciação dos relatórios sobre a execução dos planos de governo. Também é exercida quando, por competência constitucionalmente atribuída, o Senado julga o Presidente, o Vice-Presidente, Ministros e Comandantes das Forças Armadas nos crimes de responsabilidade (CF/88, artigo 52).

¹⁶ GASPARINI, Diógenes. Op. cit. p. 833 et seq.

A sustação de atos normativos do Executivo, nos termos do artigo 49, V, da Constituição, é um controle acerca da legalidade, uma vez que somente poderá ser exercido quando tais atos exorbitarem o poder regulamentar ou os limites da delegação legislativa, não comportando, pois, a análise do mérito dos referidos atos.

2.3.2 *O Controle Financeiro*

A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, é competência do Poder Legislativo, a ser exercida com o auxílio do Tribunal de Contas da União, nos termos dos artigos 70 e 71 da Constituição.

O Controle Externo a cargo do Tribunal de Contas da União, muito embora classificado como “financeiro”, não poder ser excluído da taxação de político. Pela natureza do controle exercido, pelos aspectos a serem observados como parâmetro do controle, e pela própria composição da Corte de Contas, não há como não afirmar que o controle exercido pelo Tribunal de Contas da União, muito embora seja precipuamente financeiro, não seja, também, político, mormente quando a Constituição pauta a atuação da Administração por princípios como “moralidade” ou “eficiência” (CF/88, art. 37, *caput*), conferindo ao julgador um amplo e subjetivo espectro de motivos para justificar seu convencimento.

Para melhor entendermos o controle exercido pelo Tribunal de Contas da União, necessário se faz uma breve digressão história, desde suas origens até a análise das competências que lhe foram conferidas pela Constituição de 1988.

3 O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

3.1 História

O Tribunal de Contas da União surge em 1890, por iniciativa do então Ministro de Estado da Fazenda, Ruy Barbosa, que o definiu como “Corpo da magistratura intermediária à Administração e à Legislatura que, colocado em posição autônoma, com atribuições de revisão e julgamento, cercado de garantias contra quaisquer ameaças, possa exercer as suas funções vitais no organismo constitucional”¹⁷.

A Constituição de 1891, em seu artigo 89, inserido no Título V da Carta, as “Disposições Gerais”, determinava a instituição de um Tribunal de Contas para liquidar as contas das receitas e despesas, e verificar sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso, com membros nomeados pelo Presidente da República previamente aprovados pelo Senado. Sua função era, portanto, basicamente analisar as contas a serem submetidas à apreciação do Congresso, a quem incumbia “fixar a despesa federal anualmente e tomar as contas da receita e despesa de cada exercício financeiro”, nos termos do artigo 34 da Constituição. Os membros do recém instituído Tribunal de Contas gozavam da prerrogativa de somente perder os seus lugares “por sentença”.

A Constituição de 1934 reservou um espaço substancialmente maior para o Tribunal de Contas, em seus arts. 99, 100, 101 e 102. Dispunha que o Tribunal de Contas deveria, diretamente ou por delegações organizadas de acordo com a lei, acompanhar a execução orçamentária e julgar as “contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos”, redação bastante semelhante à atual.

A Constituição “efêmera” determinava, também, que os Ministros seriam nomeados pelo Presidente com aprovação do Senado, e teriam as mesmas prerrogativas dos Ministros da Corte Suprema. Importante ressaltar a atribuição conferida pela Constituição de 34 ao Tribunal de Contas no tocante ao registro de contratos, bem como de qualquer ato de administração pública de que resulte obrigação de pagamento pelo Tesouro Nacional, ou por conta deste.

17

Por fim, incumbia também ao Tribunal de Contas oferecer parecer prévio sobre as contas do Presidente da República, a serem encaminhadas à Câmara dos Deputados, a quem cabia, dentro do singular sistema de Câmaras adotado por aquela Constituição, apreciar as contas do Presidente, nos termos do artigo 29.

O contexto autoritário que marca a outorga da Constituição de 1937 refletiu-se de forma sutil na forma de escolha dos Ministros e nas atribuições da Corte de Contas. Merecendo apenas um artigo, o 114, as competências permaneceram aparentemente as mesmas, pois incumbia ao Tribunal de Contas acompanhar a execução orçamentária, bem como julgar as contas dos responsáveis por dinheiro ou bens públicos e apreciar a legalidade dos contratos celebrados pela União.

O Texto Constitucional não fazia menção à apreciação das contas do Presidente, bem como não atribuía ao Legislativo a prerrogativa de apreciar as contas do Presidente. O máximo a que chegou a Constituição de 37 foi definir, em seu artigo 85, como crime de responsabilidade, os atos do Presidente da República que atentassem contra “a probidade administrativa e a guarda e emprego dos dinheiros públicos”. Os membros do Tribunal de Contas permaneciam gozando das mesmas prerrogativas que os Ministros do Supremo Tribunal Federal, e eram nomeados pelo Presidente da República, com a aprovação do Conselho Federal, que assemelhava-se ao Senado e, junto com a Câmara dos Deputados, compunha o Parlamento Nacional. Posteriormente, por meio da Lei Constitucional número 9, de 28 de fevereiro de 1945, alterou-se o artigo 114 da Constituição no tocante à forma de nomeação dos Ministros, que passavam a ser apenas “nomeados pelo Presidente da República”.

A Constituição de 1946 começa, em seu art. 22, determinando que “a administração financeira, especialmente a execução do orçamento, será fiscalizada na União pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas”.

Adiante – importante ressaltar -, dentro do capítulo destinado ao Poder Legislativo, na seção VI, “Do Orçamento”, a Carta de 46 retoma a linha da Constituição de 34, e vai além, ampliando sobremaneira as competências da corte de contas. O art. 76 prevê a existência da corte, com sede na Capital da República e jurisdição em todo território nacional. Retomando a

forma de nomeação dos Ministros – nomeados pelo Presidente após aprovada a escolha pelo Senado -, e com competências próprias dos Tribunais do Poder Judiciário, os Ministros da Corte gozavam das mesmas prerrogativas dos Ministros do Tribunal Federal de Recursos – TFR.

As competências, arroladas no art. 77, incluíam, além da apreciação previa das contas do Presidente, a competência para fiscalizar a execução do orçamento, para julgar as contas dos responsáveis por “dinheiros e outros bens públicos, e as dos administradores das entidades autárquicas”, além de julgar a legalidade dos contratos e das aposentadorias, reformas e pensões. Em relação aos contratos, o §1º do inciso III do art. 77 determinava: “Os contratos que, por qualquer modo, interessarem à receita ou despesa só se reputarão perfeitos depois de registrados pelo Tribunal de Contas. A recusa do registro suspenderá a execução do contrato até que se pronuncie o Congresso Nacional”. Os parágrafos seguintes determinavam que qualquer ato da administração pública que resultasse em obrigação de pagamento pelo Tesouro, deveria ser necessariamente registrado junto ao Tribunal de Contas.

A Constituição de 1967 inovou ao prever a existência de Tribunais de Contas Estaduais e Municipais, estes últimos somente podendo ser instalados em “municípios com população superior a dois milhões de habitantes e renda tributária acima de quinhentos milhões de cruzeiros novos” (art. 16, §3º).

A Constituição desse regime militar trata do Tribunal de Contas da União nos arts. 70 e 72. Nestes dispositivos, altera pouco as atribuições do Tribunal, porém explicita melhor suas competências, mormente no tocante a realização de inspeções para acompanhamento da execução do orçamento.

A forma de nomeação, suas competências e prerrogativas de seus membros permanecem inalteradas, estas sempre atreladas às dos membros dos Tribunais do Judiciário. No artigo 72, §5º, a Constituição atribui ao Tribunal competência para, de ofício ou mediante provocação, se verificar ilegalidade de qualquer despesa, inclusive as decorrentes de contrato, assinar prazo ao órgão para sanar as irregularidades, sustar a execução do ato, “exceto em relação a contrato”, que somente poderia ocorrer mediante solicitação ao Congresso, formulada pela Corte de Contas, sobre a qual deveria o Congresso deliberar no prazo de trinta dias.

Cabia, ainda, ao Tribunal de Contas, a apreciação, para fins de registro, da legalidade das concessões iniciais de aposentadorias, reformas e pensões.

A Emenda à Constituição nº 1, de 1969, manteve praticamente intacta a redação dos artigos referentes ao Tribunal de Contas da União, alterando apenas a ordem de um ou outro parágrafo, sem qualquer alteração digna de referência.

3.2 O Tribunal de Contas da União na Constituição de 1988

3.2.1 Competência

A Constituição de 88, em seu artigo 70, dispõe sobre a fiscalização contábil, operacional e patrimonial da União e entidades da administração (direta e indireta), indicando que será exercida “pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder”. No parágrafo único, indica “quem” está obrigado a prestar contas, não estipula um rol exaustivo de responsáveis, mas simplesmente determina que “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”.

O TCU é o órgão auxiliar do Poder Legislativo para exercer suas atribuições constitucionais de fiscalização contábil, financeira e orçamentária da Administração, mas não apenas isso. Muito embora a Constituição preveja que o TCU funcione como órgão auxiliar do Legislativo no exercício do Controle Externo, - os incisos I a XI do artigo 71 indicam as competências do Tribunal de Contas da União – suas funções são muito mais abrangentes.

Um problema reside no fato do artigo que enumera as competências do TCU estar inserido no Capítulo I do Título IV da Constituição, que dispõe sobre a Organização dos Poderes, na parte que trata do Poder Legislativo. Esta enquadramento constitucional, que teve início na Constituição de 1946, gera inúmeras críticas daqueles que, enxergando no Tribunal de Contas um

órgão autônomo, sustenta ser-lhe devido um capítulo apartado na Constituição, tal qual ocorre com o Ministério Público.¹⁸

O fato é que a Constituição de 88 ampliou sobremaneira as atribuições do Tribunal de Contas da União, a ponto de sua competência extrapolar a mera fiscalização contábil e financeira, passando a constituir um verdadeiro instrumento de controle político. Ao controlar a legitimidade, a economicidade, a eficácia e a efetividade dos atos, o TCU está a analisar o próprio mérito do ato administrativo, *v.g.*, se a despesa se encaixa na ordem de prioridades estabelecida no plano plurianual ou se o órgão procedeu, na aplicação da despesa, de modo mais econômico.

Conforme bem indica Evandro Martins Guerra, “Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, alterou-se sobremaneira o papel destinado aos tribunais de contas, porquanto o controle exercido sobre as contas públicas passou a se operar, além do aspecto da legalidade, obedecendo também aos princípios da legitimidade e economicidade, evidenciando um autêntico controle de resultados.”¹⁹

No exercício, pois, das competências arroladas pela Constituição, mais precisamente nos incisos do artigo 71, consubstancia-se o TCU em verdadeiro baluarte da moralidade administrativa e órgão aferidor da eficiência da máquina administrativa.

3.2.2 *Funções do TCU*

Muito embora as competências constitucionais do TCU sejam enumeradas no artigo que trata do auxílio ao Legislativo, as funções desempenhadas por aquela corte denotam sua importância, a amplitude de suas ações, e a autonomia que reveste sua atuação.

¹⁸ GUERRA, Evandro Martins. *Os controles Externo e Interno da Administração Pública e os Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 60.

¹⁹ *Idem*. p. 57.

3.2.2.1 Função Fiscalizadora

A função fiscalizadora do TCU tem fundamento no artigo 71 da CF/88, incisos III, IV, V e VI. O TCU exerce a função fiscalizadora quando realiza auditorias, inspeções, acompanhamentos e monitoramentos relacionados à atividade de Controle Externo, quando aprecia a legalidade dos atos de admissão de pessoal no serviço público e de concessão de aposentadorias, reformas e pensões. Também é verificada quando o TCU fiscaliza renúncias de receitas e analisa atos e contratos administrativos em geral.

3.2.2.2 Função Consultiva

Com fundamento legal no inciso I do artigo 71 da CF/88 e no artigo 1º. §2º. da Lei Orgânica do TCU (Lei 8.443/92), esta função é exercida mediante a elaboração de pareceres prévios e individualizados, de caráter eminentemente técnico, sobre as contas prestadas anualmente pelos chefes do Executivo, Legislativo e judiciário e pelo chefe do Ministério Público da União, a fim de subsidiar o julgamento a cargo do Congresso Nacional. Inclui-se nesta função o exame, sempre em tese, de consultas feitas por autoridades legitimadas para tanto, a respeito de dúvidas na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes às matérias de competência do Tribunal.

3.2.2.3 Função Informativa

Fundada no artigo 71, inciso VII, XI e §4º., CF/88, trata-se da prestação das informações, quando solicitadas pelo Congresso Nacional, e compreende também a representação ao Poder competente acerca de irregularidades ou abusos apurados, bem como o encaminhamento ao Congresso, trimestral e anualmente, de relatórios das atividades do Tribunal.

3.2.2.4 Função Judicante

Talvez sua mais importante função, é por meio desta que o Tribunal exerce sua principal atribuição Constitucional, a do artigo 71 inciso II, nos termos do qual compete a ele julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluindo-se as fundações e sociedades mantidas pelo Poder

Público Federal e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário.

O TCU também se pronuncia conclusivamente sobre indícios de despesas não autorizadas, em razão de solicitação de Comissão Mista de Senadores e Deputados. Entendendo-as irregulares, propõe ao Congresso sua sustação.²⁰

A função judicante é exercida nos julgamentos dos processos de Tomada ou Prestação de Contas, as quais podem ser julgadas regulares, regulares com ressalva ou irregulares, nos termos do artigo 10, §2º da Lei Orgânica do TCU.

3.2.2.5 *Função Sancionadora*

Nos termos do artigo 71, VIII da Constituição, compete ao TCU aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesas ou irregularidades de contas, as sanções previstas em lei. Esta Lei é a 8.445/92 (Lei Orgânica do TCU), e estas sanções podem compreender, isolada ou cumulativamente, a aplicação de: I) multa proporcional ao valor do prejuízo causado ao erário, até o limite máximo do montante total do dano; II) cominação de multa ao responsável por contas julgadas irregulares, por ato irregular, ilegítimo ou antieconômico, por não atendimento de diligência ou determinação do Tribunal, por obstrução ao livre exercício de inspeções ou auditorias e por sonegação de processo, documento ou informação; III) inabilitação do responsável, pelo período de cinco a oito anos, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública; IV) declaração de inidoneidade do responsável, por fraude em licitação, para participar, por até cinco anos, de certames licitatórios promovidos pela Administração Pública.

Em relação às decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa, estas terão eficácia de título executivo, nos termos do §3º do art. 71 da Constituição.

²⁰ CD de apresentação do Tribunal de Contas da União distribuído na Conferência Internacional de Desestatização.

3.2.2.6 *Função Corretiva*

Consoante previsão constitucional (CF/88 art. 71, IX), ao constatar ilegalidade ou irregularidade em ato de qualquer órgão ou entidade, cumpre ao TCU assinalar prazo para a adoção das “providências necessárias ao exato cumprimento da lei”.

Caso não seja atendida tal determinação, o TCU pode, ele próprio, sustar o ato eivado de ilegalidade, assim declarado, comunicando, em seguida, sua decisão à Câmara e ao Senado (CF/88 art. 71, X).

No caso de um contrato administrativo, compete ao Congresso Nacional a sustação do ato (CF/88 art. 71 §1º.), mas, se no prazo de noventa dias, este não adotar as medidas necessárias, tal decisão será tomada pelo Tribunal (CF/88 art. 71 §2º.)

3.2.2.7 *Função Normativa*

Consoante o artigo 73 da Constituição, o Tribunal de Contas da União exerce atribuições próprias dos Tribunais integrantes do Poder Judiciário. Neste sentido, o precitado artigo remete ao artigo 96 da Constituição, que, entre outras, outorga-lhe competência para a elaboração do seu Regimento Interno.

Não obstante a previsão constitucional, a Lei Orgânica do TCU (Lei 8.443/92), em seu artigo 1º., X, traz que compete ao TCU a elaboração de seu regimento interno e, no artigo 3º., face ao poder regulamentar que lhe é conferido, faculta-lhe a expedição de instruções a atos normativos de cumprimento obrigatório, sob pena de responsabilização do infrator, sobre matéria de suas atribuições e sobre a organização dos processos que lhe devam ser submetidos.

3.2.2.8 *Função de Ouvidoria*

Tem esta função fundamental importância no estímulo ao exercício da cidadania, na busca pela transparência administrativa, na defesa de interesses difusos e coletivos, e na preservação do patrimônio público, sendo importante – se não imprescindível – meio de colaboração da sociedade civil com o exercício do controle.

Nos termos da lei 8.443/92 (Lei Orgânica do TCU), no inc. XVI do art. 1º., e dos artigos 234 a 237 da resolução TCU no. 155/2002 (Regimento Interno do TCU) cumpre ao Tribunal receber denúncias e representações relativas a irregularidades ou ilegalidades que lhe sejam comunicadas por responsáveis pelo controle interno, por autoridades ou por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato.

O rol do referido inciso deve ser considerado como meramente exemplificativo, uma vez que o objetivo da norma é permitir a participação das mais diversas classes, bem como do cidadão em particular, na fiscalização da administração, e não se coaduna com o princípio veiculado pela norma a restrição a quem quer que seja do direito de encaminhar denúncia ou representação ao Tribunal.

Muito embora seja um rol exemplificativo, no entanto, não se admite a representação ou denúncia apócrifa, devendo a mesma obedecer às formalidades descritas no artigo 235 do Regimento Interno do TCU, que obriga a redação da denúncia ou representação em linguagem clara e objetiva, que deverá conter o nome legível do denunciante, sua qualificação e endereço, além de estar devidamente instruída com os indícios concernentes à irregularidade ou ilegalidade apontada.

3.2.2.9 Função Preventiva ou Educativa

O Tribunal de Contas da União, nos últimos anos, vem se preocupando com a atuação preventiva, orientando e informando sobre procedimentos e melhores práticas de gestão, mediante publicação de manuais e cartilhas, realizando seminários, reuniões e encontros de caráter educativo, palestras, conferências e *workshops*.

Vislumbramos ainda a atuação educativa do TCU quando recomenda a adoção de providências e práticas de gestão mais eficientes, no âmbito das freqüentes auditorias de natureza operacional que realiza.

3.2.2.10 Conclusão

Pela breve análise das funções desempenhadas pelo TCU já é possível vislumbrar sua importância no contexto da fiscalização da atuação administrativa. Muito embora as competências constitucionais do TCU sejam enumeradas no exercício do auxílio ao Legislativo, as funções desempenhadas por aquela Corte denotam sua importância, a amplitude de suas ações e a autonomia que reveste sua atuação.

Este é, portanto, o papel do TCU no ordenamento jurídico atual. É o órgão controlador da eficiência e eficácia administrativa no tocante a aplicação de recursos públicos, mas não apenas isso. O TCU é o órgão que vai, política, jurídica e tecnicamente, emitir juízo de valor acerca de decisões administrativas. Esta tripla visão do TCU decorre da sua própria composição, que se verá a seguir.

3.2.3 Composição

Analisar a composição do Tribunal de Contas de forma mais detida ajudará a compreender algumas observações posteriores, bem como algumas críticas que serão oportunamente feitas à forma como algumas decisões do TCU têm sido cassadas no âmbito do Poder Judiciário.

3.2.3.1 Ministros

O Tribunal de Contas da União é integrado por nove Ministros – aos quais são conferidas as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça -, sendo um terço dos membros escolhido pelo Presidente da República, dois alternadamente entre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice por este, segundo critérios de antiguidade e merecimento (CF/88, art. 73).

Os outros dois terços de seus membros são de livre escolha do Congresso Nacional, desde que preenchidos os requisitos constitucionais elencados no §1º. do artigo 73 da Constituição – maior de trinta e cinco anos com idoneidade moral, reputação ilibada, mais de dez

anos de função ou efetiva atividade profissional que o leve a ter notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública (CF/88, art. 73).

3.2.3.2 *Auditores*

Integram, ainda, a Corte de Contas três auditores, nomeados pelo Presidente da República, dentre cidadãos que satisfaçam os requisitos exigidos para ocupar o cargo de Ministro. Os auditores serão empossados mediante previa aprovação em concurso público de provas e títulos, e gozam de vitaliciedade (art. 77 da Lei 8.443/92). O auditor poderá atuar em substituição à Ministro, ocasião em que terá as mesmas garantias e impedimentos do titular (CF/88, §4º. do art. 73).

Aos auditores, quando não estão convocados para substituir Ministros, são distribuídos processos para que atuem como relatores e apresentem proposta de decisão a ser votada pelos integrantes. Uma curiosidade é que os auditores apresentam proposta mas não votam, e assim sendo, caso a proposta de voto não seja acolhida pelos demais Ministros, a Câmara ou Plenário lavrará acórdão como julgado “à unanimidade”.

3.2.3.3 *Ministério Público junto ao Tribunal*

Acompanha os julgamentos um representante do Ministério Público junto ao Tribunal. Esse Ministério Público junto ao Tribunal é previsto constitucionalmente (art. 73, §2º, I e art. 130), e não se confunde com o Ministério Público da União e dos Estados, muito embora aplique-se a ele os mesmos direitos, vedações e forma de investidura.

Este Ministério Público é composto por um Procurador-Geral, três subprocuradores-gerais e quatro procuradores, nomeados pelo Presidente da República dentre brasileiros bacharéis em Direito selecionados por meio de concurso público de provas e títulos (art. 80, *caput* e §3º. da Lei 8.443/92).

O Ministério Público junto ao TCU atua como *custos legis*, elaborando pareceres nos processos e procedimentos, com competência para propor Recursos contra decisões proferidas

pelo Tribunal, atuando como fiscal da lei e defensor da sociedade, tal qual o Ministério Público regular.

Em função de sua organização e atribuições decorrerem de lei ordinária de iniciativa do próprio Tribunal, e não de lei complementar de iniciativa do Procurador-Geral da República, diz-se que não é o Ministério Público junto ao TCU dotado de autonomia institucional.²¹

Como conseqüência do caráter *sui generis* de que se reveste o Ministério Público junto ao TCU, “caso se apure a existência de ilícito penal ou civil, devem as peças ser remetidas aos membros do Ministério Público que tenham atribuições perante os juizes e tribunais judiciários, para a promoção da ação civil ou penal competente”.²²

3.2.3.4 *Secretaria*

Por fim, conta o Tribunal com o apoio de uma Secretaria, à qual incumbe a prestação de apoio técnico e a execução dos serviços administrativos (art. 85 da Lei 8.443/92 – Lei Orgânica do TCU). Ainda nos termos da Lei Orgânica, o TCU poderá manter unidades integrantes de sua Secretaria nos estados federados.

O apoio técnico é, então, exercido pelas diversas Secretarias de Controle Externo no Tribunal, as SECEXs, mediante a atuação de servidores que exercem funções específicas de controle externo.

3.2.3.5 *Conseqüências da Estrutura do Tribunal*

Conforme podemos observar, o Tribunal de Contas da União possui uma estrutura bastante heterogênea, mesclando políticos, técnicos e operadores do direito. A própria formação do corpo de Ministros retrata esta heterogeneidade.

²¹ CHIMENTI, Ricardo Cunha et al. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 278.

²² MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 69 *apud* CHIMENTI, Ricardo Cunha et al.. Op. cit. p. 279.

Quando a Constituição determina a forma de escolha dos Ministros, prevê que dois terços dos mesmos serão politicamente escolhidos pelo Poder Legislativo, escolha esta que, via de regra, recai sobre pessoas ligadas a este Poder. O outro terço é escolhido pelo Presidente da República entre Auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal. E, ainda, participam dos julgamentos, muito embora sem poder de voto, o Procurador Geral e os Auditores, mesmo quando não estejam substituindo Ministros. Toda a instrução do processo é feita por unidades técnicas especializadas com servidores altamente qualificados para desempenhar a função de controle externo.

Sendo assim, mesmo numa análise superficial da composição e funcionamento da Corte de Contas, podemos vislumbrar o altíssimo grau de confiabilidade das decisões proferidas por esta Corte. Confiabilidade não apenas técnica, mas jurídica também. Esta composição permite ao TCU a tripla visão político-técnico-jurídica que nenhuma outra Corte possui. Esta tripla visão é essencial quando está a tratar-se de atos administrativos, especialmente dos discricionários. Que outro Tribunal poderia entender e analisar melhor uma decisão política do que uma composta por membros escolhidos pelo Poder Legislativo?

Neste ponto, chegamos mesmo a questionar a possibilidade de revisão das decisões do TCU pelo Poder Judiciário. O nosso sistema, chamado de Jurisdição Única, implica no irrestrito acesso ao Poder Judiciário e o seu monopólio da jurisdição²³. Corolário deste sistema é o artigo 5º., XXXV da Constituição, que impede a lei de excluir da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito.

O artigo 5º impede qualquer vedação à apreciação, pelo Judiciário, de lesão ou ameaça a direito. No entanto, será que constitui, de fato, lesão ou ameaça a direito ter contas ou atos julgados por órgão tão qualificado? Será que o Judiciário teria maior capacidade de julgamento do que o TCU, mormente quando envolvesse questões técnicas ou políticas?

Entendemos que o Ministério Público junto ao Tribunal, somado aos membros deste que venham a ser nomeados Ministros tem plena capacidade para impedir que direitos sejam

²³ AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 554.

violados. Neste sentido, aliamos-nos a posições defensoras da impossibilidade da revisão dos julgamentos do TCU pelo Poder Judiciário. Entendemos, pois, que ao Judiciário somente caberia analisar eventual vício formal, sem jamais analisar o mérito da decisão.²⁴

Por conseqüência do entendimento *supra* esposado, o máximo que o Poder Judiciário poderia fazer seria determinar a correção da falha e um conseqüente novo julgamento pelo próprio TCU, mas jamais modificar, *sponte própria*, a decisão proferida pela Corte de Contas.

Conforme brevemente comentado no título 3.2.4.4, o Tribunal de Contas da União exerce função judicante, consoante determinação constitucional. Muito embora sua existência esteja fisicamente contemplada no capítulo da Constituição que trata do Poder Legislativo, o próprio texto constitucional deixa claro que trata o TCU de órgão **auxiliar** - não integrante ou subordinado -, cuidando mesmo ser o TCU um órgão de controle de toda a atividade estatal na esfera Federal. Sendo assim, no exercício da função judicante que lhe é peculiar, suas decisões não deverão sofrer revisão pelo Poder Judiciário.

Defendemos esta posição por entendermos serem competências exclusivas do Tribunal de Contas da União, no exercício do Controle Externo, aquelas arroladas nos incisos do artigo 71 da Constituição, não cabendo ao Judiciário a mesma competência. Defendemos, ainda, por se tratar o TCU de órgão altamente qualificado – mais até do que o próprio Judiciário – à enfrentar as questões atinentes à registro de atos e fiscalização de contratos, enfim, ao exercício do controle externo.

Concluimos afirmando que a impossibilidade de revisão do mérito das decisões do TCU pelo poder Judiciário coaduna-se com a nossa Constituição. Caso o Tribunal extrapole sua competência, atropete qualquer direito fundamental ou afronte diretamente a Constituição, deverá o Judiciário - mais especificamente o Supremo Tribunal Federal -, uma vez identificada e sanada a ofensa ao texto da Carta Magna, determinar o reexame da matéria pela própria Corte, sem, contudo, emitir juízo de valor acerca do mérito do julgamento, sob pena de usurpação de competência constitucional.

²⁴ Seguindo posição semelhante, cf. GUERRA, Evandro Martins. Op. cit. p. 70.

3.2.4 Atuação e Instrumentos de Fiscalização e Controle

Conforme anotado por Ulisses Jacoby, “anualmente, no encerramento da gestão financeira, todos os órgãos da Administração Pública, na sua mais lata acepção, prestam contas dos atos praticados”.²⁵

No exercício do Controle Externo, cabe ao TCU o julgamento das contas mediante Tomada ou Prestação de Contas, daqueles obrigados a prestá-las, consoante o artigo 188 e seguintes do seu Regimento Interno (Resolução TCU 155/2002). Ainda no exercício de sua competência constitucional, incumbe ao TCU fiscalizar as contas nacionais de empresas supranacionais em cujo capital a União tenha participação, bem como de quaisquer recursos repassados pela União aos Estados, Distrito Federal ou Municípios (CF art. 71, incisos V e VI).

Cumprido ao TCU, outrossim, realizar fiscalização por iniciativa própria ou por solicitação, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, administração indireta e demais entidades instituídas e mantidas pelo Poder Público Federal (CF artigo 71, inciso IV), com vistas a verificar a legalidade, a economicidade, a legitimidade, a eficiência, a eficácia e a efetividade de atos, contratos e fatos administrativos (RI/TCU, artigo 230 e seguintes).

Por fim, o TCU também pode realizar fiscalizações mediante provocação por denúncia ou representação, formulada por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato – no primeiro caso – ou pelo Ministério Público da União e dos Estados, pelos órgãos de controle interno da Administração, pelos Senadores, Deputados Federais, Estaduais e Distritais, Juizes, servidores públicos e autoridades em geral, pelos Tribunais de Contas Estaduais, do DF e dos Municípios, pelas equipes de inspeção ou de auditoria do TCU, quaisquer de suas unidades técnicas ou ainda outros órgãos, entidades ou pessoas que detenham, por lei específica, a prerrogativa de representar ao TCU, no segundo caso (RI/TCU arts. 234 a 237).

²⁵ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tomada de Contas Especial*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2004. p. 30.

Os instrumentos de fiscalização são os **Levantamentos, Auditorias, Inspeções, Acompanhamentos e Monitoramentos**, conforme o TCU necessite, respectivamente, (i) proceder a um reconhecimento e avaliação dos órgãos jurisdicionados; (ii) examinar e avaliar o desempenho dos atos dos responsáveis e dos órgãos jurisdicionados; (iii) fiscalizar para suprir omissões, lacunas, esclarecer dúvidas; (iv) apurar denúncias ou examinar e avaliar o desempenho, nas mais diversas áreas, dos seus jurisdicionados; e (v) verificar o cumprimento de suas deliberações (RI/TCU artigos 238 a 242).

A Fiscalização obedecerá a um “Plano”, elaborado pela Presidência do Tribunal, periodicamente, sendo os levantamentos e inspeções realizados por determinação do Plenário, câmara ou relator, independentemente de prévia programação (RI/TCU, art. 244). Da fiscalização resultará a elaboração de um relatório a ser encaminhado ao Ministro Relator do TCU, que poderá adotar, inclusive no curso da fiscalização, medidas cautelares, consoante a urgência necessária. Ressalte-se que, muito embora exista a oportunidade de adoção de medidas cautelares nesta fase, o contraditório e a ampla defesa deverão ser observados, abrindo-se prazo ao responsável para que se pronuncie sobre os fatos apontados como irregulares (RI/TCU art. 246, §2º).

3.2.5 Dos Efeitos das Decisões do Tribunal de Contas da União

Não obstante a Constituição afirmar a competência do TCU em seu artigo 70, parágrafo único²⁶, a Lei 8.443/92, Lei Orgânica do TCU, especifica, em seus artigos 4º. e 5º., quem está sujeito à sua jurisdição. O TCU, portanto, pode exercer sua jurisdição sempre que houver dinheiro, bens ou direitos públicos envolvidos. Destaca-se, para o objeto do presente trabalho, a jurisdição sobre contratos firmados pela Administração.

²⁶ Nos termos do art. 70, parágrafo único: “Prestará 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”

As decisões do TCU tem caráter vinculante a todos os órgãos da Administração, e seus poderes foram substancialmente reforçados com a edição da Súmula 347²⁷, pelo Supremo Tribunal Federal, em vigor desde 26/04/1962.

O TCU pode, se constatada alguma ilegalidade na execução de contrato, assinalar prazo para que a mesma seja sanada e, caso não atendido, consoante disposto nos incisos do artigo 71 da Constituição, sustar, ele próprio, o ato que julgou ilegal. Ainda nos termos do mesmo artigo da Constituição, §3º., as decisões do TCU de que resulte imputação de débito ou cominação de multa, “terão eficácia de título executivo”.

Sendo assim, o TCU tem poder de fiscalizar os contratos nos quais figure como parte a Administração e, caso detecte alguma ilegalidade, poderá interferir diretamente, suspendendo repasses, pagamentos e, em casos extremos, pode determinar a anulação do contrato e a responsabilização pecuniária dos responsáveis. Suas decisões são vinculantes e, caso determine a imputação de débito, tem eficácia de título executivo.

3.2.6 *O Supremo Tribunal Federal e o Tribunal de Contas da União*

A relação entre o TCU e o STF está sofrendo uma significativa alteração nos últimos anos. Estas alterações podem ser atribuídas ao novo papel que o STF tem buscado exercer, menos tímido no que diz respeito à interferência em outros poderes. Via de regra, o STF não altera substancialmente as decisões do TCU, a não ser em casos de flagrante violação à Constituição, além de cancelar faculdades jurídicas e processuais, como a declaração, pelo TCU, da inconstitucionalidade de lei e ato do Poder Público²⁸, ou ainda a adoção de medidas cautelares²⁹.

Atualmente, nota-se que o STF busca concentrar em suas mãos a interpretação da Constituição, esvaziando o poder interpretativo até mesmo das instancias inferiores do Judiciário. A aprovação de leis que completaram o sistema de controle concentrado de constitucionalidade

²⁷ “Sumula 347: O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.”

²⁸ Súmula 347, aprovada na sessão plenária de 13/12/1963.

²⁹ MS 24.510, Julgado em 19/11/2003. Acórdão publicado no DJ de 19/02/2004.

das Leis, como a regulamentação da ADPF e outros instrumentos em fase final de formação, como a “repercussão geral” e a “súmula vinculante”, podem ser vistos como partes de um processo de concentração e ampliação, no STF, do poder de interpretar a Constituição.

Nesta esteira, o STF tem, igualmente, reavaliado muitas decisões do TCU, principalmente em caráter liminar, onde diversas de suas decisões têm sido suspensas. Uma decisão emblemática desta nova fase do STF foi proferida pelo Min. Gilmar Mendes nos autos do Mandado de Segurança número 24.891, onde ficou claro que a Súmula 347 deverá ser, se não revista, ao menos rediscutida no âmbito do STF.

Muito embora possa ser apontada uma tendência de esvaziamento do poder interpretativo dado ao TCU, não se pode afirmar categoricamente que o STF está a esvaziar as competências do Tribunal de Contas, até mesmo porque isto seria uma inverdade. Em 2005, o STF, no julgamento dos MS 25.092 e 25.181 - de relatoria dos ministros Carlos Velloso e Marco Aurélio, respectivamente – o STF sinalizou uma mudança de postura que havia sido consolidada em 2002, no julgamento do MS 23.627. Neste último, por maioria, o STF havia firmado jurisprudência no sentido de que não caberia ao TCU fiscalizar o Banco do Brasil. Nos julgamentos de 2005, o STF entendeu ser competente o TCU para fiscalizar sociedades de economia mista.

Concluindo, muito embora não se possa fazer nenhuma afirmação definitiva, o que se delinea é uma posição do STF no sentido de permitir uma ampliação da competência fiscalizadora do TCU, ao mesmo tempo em que mostra de forma clara que todo e qualquer ato praticado pela Corte de Contas poderá ser revisto à luz da interpretação do texto constitucional, cuja ultima palavra será sempre do STF. Desta feita, o alerta reside apenas na cautela que o STF deverá tomar para não esvaziar a importância do TCU e tornar-se uma corte de revisão de suas decisões.

4 AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS – PPPS

4.1 Definição da expressão *Parceria Público-Privada*

O que vem a ser uma “Parceria Público-Privada”? Esta expressão, se interpretada em sentido amplo, poderia caracterizar todo e qualquer ato ou fato que envolva uma atuação conjunta entre um particular e a Administração para a consecução de um fim comum. Esta definição, por demasiada abrangente, não serve como ponto de partida.

As parcerias entre a Administração e a iniciativa privada ocorreram diversas vezes no decorrer dos séculos, e das mais variadas formas. Seja por meio do financiamento do particular pelo Estado, seja pela garantia, por parte do Estado, de um retorno mínimo ao investimento feito pelo particular, as características que hoje identificam uma Parceria Público Privada foram sendo moldadas ao longo dos tempos.

No atual contexto da globalização, neoliberalismo ou pós-comunismo, o Estado moderno tem por característica a subsidiariedade. Pouco a pouco o Estado deixa de atuar no mercado e passa a atuar sobre o mercado, deixando o papel de agente econômico para atuar no fomento e na regulação da economia. Em maior ou menor grau, esta é uma característica de praticamente todos os Estados da atualidade, variando o grau de subsidiariedade de acordo com o contexto histórico e cultural, podemos afirmar que esta é uma tendência inexorável do mundo pós-muro de Berlin.

Neste precitado contexto, o Estado deixa, pouco a pouco, de exercer atividades que lhes são próprias, valendo-se da eficiência da iniciativa privada ou, ainda, aproveita o *know how* das empresas que atuam no mercado para, assim, oferecer serviços de melhor qualidade à população, com redução de custos, decorrência da maior eficiência e eficácia na aplicação de recursos públicos.

As Parcerias Público-Privadas podem ser aplicadas em inúmeras atividades, sejam atividades econômicas em sentido estrito ou na execução de serviços públicos, sempre no

incremento da infra-estrutura e no oferecimento de comodidades aos cidadãos. As áreas que mais se destacam como potenciais receptoras de investimento são: transportes, saneamento, saúde e segurança.

4.2 As PPPs no mundo

Na Europa, o Banco de Investimento Europeu (BEI), coleta dados sobre parcerias entre entes públicos e privados desde a década de 70. Em palestra proferida em 23/04/2005, o então presidente do Banco, Hugh Goldsmith, brincou dizendo que “A história é tão antiga que existe até um livro francês: Dois mil anos de PPPs”³⁰. Não obstante a brincadeira indicar uma origem na antiguidade, as PPPs, tais quais existem hoje, têm origem na década de 90, na Inglaterra.

As PPPs, ou *Private-Public Partnership*, são vistas como “uma nova abordagem, de origem inglesa, que teve suas primeiras tentativas na era pós Margareth Tacher (1992), como uma forma inovadora de trazer capital privado para o setor público, aumentando a eficiência dos governos”³¹.

A idéia de Parceria entre o Público e Privado no mundo, em especial na Europa, tem origem, portanto, no contexto do pós-liberalismo Inglês, no início dos anos noventa. Ressaltamos que, na Inglaterra, surgiu como uma nova forma de investimento, com o Estado valendo-se da iniciativa privada para otimizar seus investimentos e obter lucro ao mesmo tempo em que promovia investimentos na infra-estrutura.

No Reino Unido, paradigma para esta modalidade de parceria, no período de 1994, quando foi concretizado o primeiro contrato, até novembro de 2003, foram fechados 617

³⁰ BRASIL. Seminário expõe experiências de Parcerias Público-Privadas na Europa. *Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão*. Disponível em: http://www.mp.gov.br/ppp/conteudo/noticias/noticias2005/seminario_ppp_europa.htm. Acesso: em 21 set. 2007.

³¹ ALVES, Rubens Teixeira. Uma saída criativa para a Administração Pública. *Agência Estado*. Disponível em: <http://www.aesetorial.com.br/energia/artigos/2003/set/03/222.htm>. Acesso em 9 fev. 2006.

(seiscentos e dezessete) contratos, alcançando-se uma redução de custos de construção e manutenção de obras, na área social, da ordem de 40% (quarenta por cento).³².

Do Reino Unido, as PPPs se expandiram para praticamente toda a Europa, destacando-se a Irlanda, Alemanha, França, Espanha e Portugal, além de países em outros continentes, como África do Sul, Chile e Brasil. Na Europa, temos dois modelos distintos a serem analisados: o caso do Reino Unido e o de Portugal.

As PPPs surgiram, no Reino Unido, como uma alternativa mais eficaz de investimento, aliando a capacidade financeira e as prerrogativas do Estado à eficiência administrativa e gerencial da iniciativa privada. Na Inglaterra, onde as PPPs tiveram início, o governo trocou a privatização de ferrovias por PPP, chegando a recomprar alguns trechos do setor privado. Em 2003, 40% (quarenta por cento) dos contratos eram na área de transportes, 12% (doze por cento) em saúde e 10% (dez por cento) na área de transportes.

Já em Portugal, as PPPs surgem, também, como opção de investimento, porém num contexto de uma maciça injeção de capitais e uma busca de rápido desenvolvimento para inserção do país na União Européia. Portugal tinha, em 1995, 972km de rodovias. Por meio de contratos de PPP, estimava-se alcançar mais de 3.000km até 2006.

O planejamento de longo prazo, no entanto, adquire importância absoluta neste tipo de investimento. Na Inglaterra, alguns especialistas questionam as afirmações de aumento da eficiência administrativa e alertam que o governo britânico está preso a compromissos envolvendo milhões de libras esterlinas ao longo dos próximos 40 (quarenta) anos, uma dívida assumida hoje e que deve ser arcada pelas próximas gerações.³³. Em Portugal, a falta de planejamento fez com que o Estado comprometesse um volume gigantesco de recursos para

³² NORONHA, Silvia. PPP: Parceria de Futuro. *Rumos*, Rio de Janeiro, jan.-fev. 2005, p. 27.

³³ CESAR, Marília de Camargo. Especialista inglês alerta para o lado obscuro da PPP. *Valor Econômico*, São Paulo, 29 out. 2003, p. A4.

honrar os compromissos assumidos com os parceiros privados, algo em torno de setecentos milhões de euros por ano.³⁴

Muito embora as estatísticas divirjam, bem como as análises, expectativas e previsões, o fato é que as PPPs são uma realidade no mundo, servindo no mais das vezes como forma de investimento do Estado, que busca no parceiro a eficiência gerencial própria da iniciativa privada, minimizando os riscos do investimento.

4.3 *As PPPs no Brasil*

No Brasil, as PPPs adquirem características diferentes do resto do mundo. Se na Europa, por exemplo, as PPPs são vistas como forma de investimento, no Brasil, as PPPs são consideradas a solução para o problema de falta de recursos do Estado para fazer frente aos investimentos em infra-estrutura. No Brasil, portanto, as PPPs são uma saída para atividades inviáveis economicamente no curto prazo, ou seja, uma vez exploradas, darão prejuízo.

Tendo em vista a pouca credibilidade do Estado brasileiro, conseqüência de décadas de calotes, políticas públicas paternalistas e irresponsáveis, pouco planejamento, corrupção, ineficiência, etc., a aprovação da Lei 11.079/2004, a chamada Lei das PPPs, deu-se num contexto de maximização da proteção dos interesses privados para viabilizar a sua concretização.

A Lei das PPPs dá muita ênfase às garantias do parceiro privado, promovendo uma “minimização de riscos” em detrimento do “compartilhamento de riscos”. No Brasil, as PPPs foram introduzidas como duas “espécies” de concessão.

A concessão de serviços públicos, regulada pela Lei 8.987/95, passa a coexistir com a concessão patrocinada e a concessão administrativa, ambas criadas pela Lei 11.079/2004. A Lei das PPPs, portanto, introduziu em nosso ordenamento jurídico duas “novas” modalidades de concessão. Na concessão de serviço público tradicional, não há contraprestação pecuniária do

³⁴ BRASIL. Brasil poderá aproveitar experiências portuguesas em PPP. *Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão*. Disponível em: http://www.mp.gov.br/ppp/conteudo/noticias/noticias2006/060411_brasil_podera.htm. Acesso em: 12 fev. 2006.

Estado, enquanto que, na concessão patrocinada o parceiro público complementa a tarifa paga pelo usuário e, na concessão administrativa, a Administração arca integralmente com a remuneração do parceiro privado.

Como bem observado por Di Pietro, a expressão “concessão administrativa” é inadequada, “em primeiro lugar, porque todas as concessões celebradas, como contratos, pela Administração, Pública, são administrativas. (...) em segundo lugar, a expressão é inadequada, porque a chamada concessão administrativa regulada pela Lei no. 11.079 se aproxima bastante, sob certos aspectos, dos contratos de empreitada, ficando a meio caminho entre a concessão de serviço público e a terceirização.³⁵

As Parcerias Público Privadas pressupõe a existência do “Comitê Gestor”, regulamentado por meio do Decreto 5.385/05, a quem cabe deliberar sobre a conveniência da execução dos serviços no regime de Parceria Público Privada, disciplinar os procedimentos para celebração dos contratos, aprovar os instrumentos convocatórios e de contratos, etc. O Comitê Gestor das Parcerias, ou CGP, Instituído sob a condução do Ministério do Planejamento (parágrafo único do art. 2º), composto por representantes do Ministério da Fazenda e da Casa Civil (art. 2º), auxiliado pelas Agências Reguladoras e demais Ministérios (art.3º., IV), bem como pela Comissão Técnica das Parcerias Público-Privadas (arts. 10º. e 11º.), está obrigado a elaborar e enviar relatório de desempenho ao Congresso e ao Tribunal de Contas da União (art. 3º., V), podendo convidar para suas reuniões membros representantes de órgãos e entidades públicas ou privadas, bem como representantes dos Poderes Legislativo e Judiciário (art. 5º., §2º.). O CGP é o Órgão que definirá as diretrizes, condições, modelos e padrões dos contratos de PPP.

Além do CGP, a Lei das PPPs previu no seu artigo 8º., V, a criação de Fundo Garantidor das Parcerias, ou FGP. Este Fundo, formalizado em 27/01/2006, estimava alavancar investimentos de R\$20 bilhões a R\$30 bilhões de reais³⁶. Este fundo, integralizado por ações do

³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 82-83.

³⁶ *Consultor Jurídico*, São Paulo, 28 jan. 2006.

governo em empresas estatais, servirá de garantia ao parceiro privado na hipótese de inadimplemento do parceiro público.

A implantação e o gerenciamento do objeto da PPP será feita por uma Sociedade de propósito Específico, ou SPE, a ser constituída antes da celebração do contrato. Esta determinação, contida no artigo 9º. da Lei 11.079/04, facilita a fiscalização contábil e administrativa, entre outras vantagens.

A Lei das PPPs, ainda, inova em relação à modalidade de licitação para a contratação da PPP. Em primeiro lugar, estabelece que será sempre na modalidade de concorrência. Há, ainda, a possibilidade do edital contemplar mecanismos para sanear falhas no curso do procedimento, inversão de fases, lances de viva-voz e ampla divulgação da minuta do edital e do contrato são importantes inovações introduzidas pela Lei.

Explicitadas as principais características das PPPs, faz-se importante ressaltar que não é o escopo do presente trabalho analisar, uma a uma, as modalidades de concessão. Para os fins a que se destina, basta analisarmos, aqui, as principais características das PPPs que podem vir a ensejar a atuação do Tribunal de Contas da União.

Neste sentido, ressaltamos as seguintes características: i) as PPPs são modalidade de concessão; ii) Há possibilidade do parceiro privado recorrer ao “Fundo Garantidor”; iii) inovações na Lei de licitações; iv) a limitação das contrapartidas a serem pagas pelo Estado e v) o compartilhamento de riscos e lucros.

As características apontadas acima serão oportunamente dissecadas no capítulo destinado a apontar os eventuais entraves à concretização das PPPs decorrentes da fiscalização por parte do TCU.

5 A FISCALIZAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO SOBRE OS CONTRATOS

5.1 Aspectos Gerais

Nos termos do artigo 71, §1º. da Constituição, se o Tribunal de Contas da União detectar irregularidade na execução de um contrato, poderá solicitar ao Congresso que suspenda sua execução. No entanto, caso o Congresso não adote as medidas no prazo de noventa dias, o Tribunal poderá fazê-lo, e determinar a suspensão do contrato, nos termos do §2º. do mesmo artigo.

Não obstante o controle exercido sobre os contratos em andamento, nos termos do artigo 41 , I da Lei 8443/92 (LO/TCU), cabe ao TCU acompanhar a lei relativa ao Plano Plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias, a lei orçamentária anual, a abertura de créditos adicionais, os editais de licitação, os contratos – inclusive administrativos – e os convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres.

Desta forma, temos que o TCU analisa desde a elaboração do orçamento, os projetos contemplados com recursos, os editais e os contratos. Este *mister*, por certo, permite uma análise extremamente aprofundada, completa e confiável acerca da legalidade dos atos prévios, concomitantes e posteriores à celebração do contrato.

A novidade do instrumento das PPPs torna difícil prever de forma precisa como será a fiscalização exercida pelo Tribunal sobre esta modalidade de contrato. Podemos, no entanto, partindo da prática do Tribunal nos contratos de concessão, analisarmos a Instrução Normativa que trata da fiscalização sobre os contratos de PPP e, assim, tentar prever como se desenvolverá sua atuação, bem como os possíveis problemas a serem enfrentados.

5.2 *Fiscalização sobre os contratos de concessão*

O acompanhamento dos contratos envolvendo concessões, de forma geral, foi motivado pelas concessões de rodovias federais. Num primeiro momento, as primeiras ‘normas’ atinentes decorreram de Decisões proferidas pelo Plenário da Corte até a edição da Instrução Normativa n.º 10/95 e, posteriormente, da Instrução Normativa n.º 27/98.

Ainda em 1993, quando do processo de concessão da ponte Rio-Niterói, foi proferida a Decisão número 141/93, onde se vislumbra o paradigma sobre o qual deveria se assentar a fiscalização sobre este tipo de contrato. Na decisão ficou determinado que, no exame da concessão, deveriam se observar as seguintes etapas: I) Análise da viabilidade técnica e econômica da concessão; II) Observância da legislação pertinente quanto ao processo licitatório; III) Análise acerca da legalidade e legitimidade quanto ao conteúdo do contrato.

Seguiram-se à Decisão 141/93 várias outras referentes à contratos de concessão de rodovias, inclusive oriundas de denúncia, como a Decisão 287/94 que teve por origem denúncia formulada pelo Sindicato dos Trabalhadores do Serviço Público Federal no Estado do Rio de Janeiro, culminando com a decisão 394/95, que aprovou uma nova sistemática de acompanhamento das concessões. De acordo com esta decisão, o acompanhamento passaria a ser por estágios, condicionando-se o início do estágio seguinte à regular implementação do anterior.

A Instrução Normativa n.º 10/95 estabeleceu seis estágios para o controle das concessões quais fossem I) Exame de viabilidade da concessão; II) Exame da pré-qualificação, conforme o caso; III) Exame do Edital e demais instrumentos da licitação; IV) Exame da habilitação; V) Exame do julgamento das propostas; VI) Exame do contrato assinado com a concessionária.

A posterior Instrução Normativa n.º 27/98 alterou a sistemática, estabelecendo quatro estágios para o acompanhamento, que seriam I) Análise da viabilidade da concessão, ocasião em que deveriam ser analisados os estudos de viabilidade técnica e econômica, os investimentos já efetuados, vinculados à outorga e os estudos sobre os impactos ambientais; II) Análise da pré-qualificação e do Edital de licitação, ocasião em que seriam verificados os documentos referentes

à pré-qualificação e ao edital de licitação, bem como a minuta do contrato; III) Análise da habilitação e julgamento das propostas, mais precisamente dos documentos apresentados e das decisões referentes à habilitação e julgamento das propostas; IV) Assinado o contrato, deve o Tribunal analisar o instrumento de outorga, seja um contrato de concessão ou permissão.

Como se denota, o controle exercido pelo TCU sobre os contratos de concessão, na verdade, implica num controle de todo o processo, desde o seu nascimento, com a análise da própria viabilidade da concessão, passando pelo edital e demais etapas subsequentes. Não poucas vezes o TCU determina a sustação do processo, apontando falhas a serem corrigidas ou solicitando a prestação de informações, refazimento de cálculos, etc. Em 2005, o TCU suspendeu a publicação de diversos editais envolvendo a concessão de vários trechos de rodovias, entre elas as Fernão Dias e a Régis Bitencourt³⁷, denotando seu zelo não apenas pela mera tarefa fiscalizadora, mas pelo próprio cumprimento de sua função de controle social, na medida em que a referida suspensão deu-se, primordialmente, pela necessidade de adequação das tarifas previstas a fim de onerar ao mínimo os usuários do sistema. Os editais foram liberados pelo TCU condicionados à correção de inconsistências nos estudos de viabilidade, com ênfase na busca pela modicidade tarifária.

A questão que se coloca é se o TCU pode exercer fiscalização sobre a execução dos contratos. Neste sentido, a IN 27/98 é omissa, pois estipula apenas a forma de fiscalização sobre o procedimento até a contratação. Por outro lado, não poderia o TCU imiscuir-se de sua atribuição constitucional de fiscalizar a aplicação do dinheiro público. Como se processa, então, esta fiscalização?

O TCU, no caso das concessões, não fiscaliza a execução do contrato em si, mas o Poder concedente, mais especificamente as agências reguladoras. Num primeiro momento, em razão da própria indefinição das funções das agências, bem como devido à falta de estruturação, o TCU chegou mesmo a atuar como agente normativo, interferindo de forma direta.

³⁷Processo TC - 008.896/2005-2. *Tribunal de Contas da União*. Disponível em: http://www2.tcu.gov.br/portal/page?_pageid=33.634516&_dad=portal&_schema=PORTAL&p_semdata=1&p_itemid=2394541&p_back_url=http%3A%2F%2Fwww2.tcu.gov.br%2Fportal%2Fpage%3F_pageid%3D33%2C2386093%26_dad%3Dportal%26_schema%3DPORTAL, Acesso em: 12 jul. 2006.

No acórdão número 1.757/2004, lavrado como consequência do julgamento dos Embargos de Declaração no processo TC 016.128/2003-2, o Ministro Benjamin Zymler analisa a função desempenhada até então, e dá uma verdadeira aula sobre como o TCU deve proceder à fiscalização deste tipo de contrato. Naquela ocasião, ficou assentado que o TCU deve atuar de forma subsidiária, sem invadir esfera de competência das agências reguladoras, porém se deixar de lado a tarefa de zelar pelo patrimônio público.

O TCU, nos contratos de concessão, portanto, atua de forma a zelar para que as previsões editalícias, bem como os objetivos iniciais que ensejaram a concessão, sejam respeitadas. Esta fiscalização não se dá na empresa concessionária nem sobre a execução do contrato em si, mas por meio da fiscalização da agência reguladora responsável. Nos contratos de PPP, no entanto, a forma de fiscalização foi substancialmente alterada, como se verá.

5.3 A fiscalização do TCU sobre os Contratos de PPP

Muito embora a análise do trabalho de fiscalização do TCU sobre os contratos de Concessão possa nos dar uma idéia de como será a prática do trabalho a ser realizado sobre os contratos de PPP, os moldes específicos da fiscalização a ser exercida nos contratos de PPP pelo TCU, estão explicitados na Instrução Normativa número 52, de 04/07/2007.

A referida instrução normativa (art. 4º.) prevê que a fiscalização do procedimento licitatório será desenvolvido em cinco estágios, assemelhados, porém muito mais detalhados se comparada à IN 27/98, que trata dos contratos de concessão tradicional. As alterações mais significativas, no entanto, estão na Seção II, que engloba os artigos 8º. a 12º., que dispõe sobre a fiscalização a ser exercida sobre a execução dos contratos.

5.3.7 Fiscalização sobre a formalização dos contratos

No primeiro estágio, o TCU deve proceder à análise da legalidade e da fundamentação do projeto e do procedimento administrativo que deu origem à licitação. Deve, ainda, analisar a viabilidade técnica e econômico-financeira, do empreendimento, a descrição do que será realizado durante a execução do contrato, verificar toda a questão ambiental e analisar as

questões econômico-financeiras, como as garantias do FGP, o equilíbrio e impacto econômico do empreendimento, os indicadores da avaliação de desempenho do parceiro privado, enfim, analisar todas as informações prévias nos campos técnico, econômico, orçamentário e fiscal, incluindo-se o compartilhamento dos riscos entre os parceiros.

No segundo estágio, o TCU analisará o edital, verificará se todas as etapas para sua elaboração foram devidamente cumpridas, se todos os requisitos e previsões legais estão satisfeitos, bem como as eventuais impugnações e análise das mesmas pela comissão de licitação responsável.

No terceiro estágio, o TCU analisará a fase de habilitação, os questionamentos surgidos e as respostas fornecidas, o relatório de julgamento que aborde habilitação jurídica, a regularidade fiscal, a qualificação técnica, econômica e financeira, além das decisões proferidas em recursos interpostos contra decisões proferidas na fase de habilitação.

No quarto estágio, o TCU deverá analisar a fase de julgamento, tanto das propostas técnicas quanto das econômico-financeiras, verificando os questionamentos, as atas de abertura e encerramento das fases e os relatórios dos julgamentos.

O quinto estágio está reservado para análise do ato de adjudicação do objeto licitado, do ato que constituiu a Sociedade de Propósito Específico – SPE, o contrato de concessão assinado e da proposta econômico-financeira apresentada pelo licitante vencedor com a previsão de que, em havendo a inversão de fases prevista no artigo 13º. da Lei 11.079/04, os estágios terceiro e quarto também sofrerão inversão.

Em seguida, a IN estabelece os prazos para o gestor do processo enviar a documentação necessária à conclusão de cada um dos estágios de fiscalização e, a partir do artigo 8º., estabelece as diretrizes para a fiscalização dos contratos.

5.3.8 *Fiscalização sobre a execução dos contratos*

Neste ponto, o TCU avança sobre um ponto deixado de lado na IN 27/98, que trata sobre as concessões típicas ou tradicionais, anteriores à Lei das PPPs. A fiscalização sobre a execução “dar-se-á por meio de levantamento, inspeção, auditoria, acompanhamento ou monitoramento no órgão ou entidade federal concedente, na agência reguladora ou diretamente na SPE.”, nos termos do §1º. do art. 8º. da Instrução Normativa 52/07.

Os instrumentos de fiscalização aludidos na referida IN já foram explicitados no presente trabalho (vide item 3.2.4), e a fiscalização de que trata o artigo ficará condicionada à autorização do Ministro Relator, ouvida previamente a Secretaria Geral de Controle Externo, a SEGECEX.

O fato é que a Instrução Normativa 52/07 estabelece uma série de diretrizes para a fiscalização, pelo TCU, sobre toda a elaboração do edital e das fases da licitação e, outrossim, da fiscalização sobre a execução do contrato, deixando bem claro quais os dados e documentos que deverão ser objeto de análise, além dos órgãos incumbidos de fornecer as informações exigidas. Não obstante, não fica explícito como ou quando o TCU poderá intervir, nem as conseqüências de uma intervenção.

Pode-se dizer que a forma, os meios de intervenção estão delineados na Lei Orgânica e no Regimento Interno do TCU, que a intervenção poderá se dar a qualquer momento e as conseqüências não seriam diversas das que ocorreriam normalmente em uma interferência em qualquer contrato administrativo objeto de deliberação pelo TCU.

Um estudo mais aprofundado, no entanto, evidencia que as peculiaridades do contrato de PPP ensejam uma análise cuidadosa sobre os riscos de interferência do TCU, bem como aponta problemas que serão, certamente, elididos com a praxe do Tribunal, mas que, também certamente, ensejarão muitas discussões e terão reflexos decisivos no sucesso – ou fracasso – das Parcerias.

6 OS POTENCIAIS PROBLEMAS DECORRENTES DA FISCALIZAÇÃO DO TCU SOBRE OS CONTRATOS DE PPP

6.1 *A Interferência no Processo Licitatório*

Neste ponto, efetivamente, a atuação do TCU não deverá criar maiores embaraços à concretização das PPPs. Como vem demonstrando a prática nos contratos de concessão, a atuação do TCU é extremamente benéfica. Como paradigma, citamos o processo de licitação para concessão de sete trechos rodoviários constantes da 2ª etapa do Programa de Concessões de Rodovias Federais inseridas no Programa Nacional de Desestatização.

Dos mais de 2.600 (dois mil e seiscentos) quilômetros de rodovias, incluíam-se trechos da BR 153, divisa entre Minas Gerais e São Paulo e divisa entre São Paulo e Paraná, BR 116 em Curitiba e divisa entre Santa Catarina e Rio Grande do Sul, BR 393 na divisa entre Minas Gerais e Rio de Janeiro e no entroncamento da BR 116 (Via Dutra), BR 101 na divisa entre o Rio de Janeiro e o Espírito Santo e na Ponte Presidente Costa e Silva, BR 381 em Belo Horizonte e São Paulo, BR 116 em São Paulo e Curitiba e BRs 116, 376 e 101 em Curitiba e Florianópolis. Neste caso específico, o assunto foi enviado pelo Ministério dos Transportes em maio de 2005 ao TCU.

Na época, a publicação do edital de licitação ficou condicionada a correções no projeto. Posteriormente, após a implementação de novas premissas econômico-financeiras pela Casa Civil da Presidência da República, a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) enviou ao TCU novo estudo de viabilidade. As correções promovidas desde o início do acompanhamento pelo TCU resultaram na redução do valor das tarifas máximas de pedágio em 28,17% (média para os sete lotes) e da Taxa Interna de Retorno de 18% para 8,95%, o que representa uma economia para os usuários num período de 25 anos da ordem de R\$ 19,6 bilhões.³⁸

Como se vê, a atuação do TCU se mostra benéfica aos usuários dos serviços, mormente em relação à questão tarifária. O problema em potencial está apenas na demora para concretização da licitação que a fiscalização poderá acarretar, tendo em vista que a burocracia

³⁸ MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL. *Notícias*. Disponível em: <http://www.tc.df.gov.br/MpjTcdf/noticias1.php?PAGINA=15>. Acesso em: 4 fev. 2008.

envolvendo as licitações de PPP e a documentação a ser analisada pelo Tribunal é substancialmente maior do que em uma concessão típica, o que poderá acarretar num volume maior de pedidos de esclarecimentos ou alterações por parte do Tribunal.

6.2 *Interferência na Execução do Contrato*

Esta será, certamente, a que trará maiores desafios ao Tribunal. Não serão poucos os questionamentos acerca da legitimidade e limites do TCU para interferir nos assuntos econômicos envolvendo o cotidiano de um contrato de PPP.

Até mesmo por ser absolutamente impossível prever à exaustão todas as vicissitudes desta interferência, podemos destacar dois pontos principais: i) interferência em caso de situações inesperadas; ii) interferência nos repasses ao parceiro privado.

6.2.1 *Interferência em situações inesperadas*

No artigo 4º, “m” da Instrução Normativa 52/07, na parte que trata do Primeiro Estágio da fiscalização sobre o processo licitatório, está prevista a análise, pelo TCU, da “repartição dos riscos entre as partes associadas ao projeto, inclusive os referentes a ocorrência de caso fortuito, força maior, fato do príncipe ou álea econômica extraordinária” (art. 5º, inciso III, da Lei n.º 11.079/2004).

Muito embora esta determinação mitigue ou previna boa parte dos potenciais problemas, é inevitável que os mesmos apareçam. Desta feita, faz-se *mister* a atuação sóbria do TCU, no sentido de não inviabilizar a formalização do contrato. A repartição dos riscos é, talvez, o maior atrativo da iniciativa privada para os contratos de PPP. Lembrando-se sempre que as PPPs são alternativas para se obter investimento em áreas não lucrativas, sem uma equação favorável ao parceiro privado, com uma efetiva redução dos riscos do investimento, dificilmente as PPPs decolarão como pretende a Administração.

Quando da edição da Lei que trata das concessões típicas, em 1995, a euforia com a possibilidade de uma explosão de investimentos aptos a alavancar o desenvolvimento nacional tomou conta, inclusive, de boa parte da doutrina.³⁹

Na prática, entretanto, o que se viu foi um volume relativamente modesto de concessões no âmbito federal, sendo a maior parte concessões de rodovias e, boa parte delas, gerou - e ainda geram - questionamentos judiciais. As reiteradas tentativas de retomada das rodovias concedidas, ocorridas no Estado do Paraná, são um bom exemplo das dificuldades enfrentadas.

No âmbito das PPPs, o compartilhamento de lucros e riscos é de fundamental importância para o parceiro privado optar por ingressar no procedimento licitatório. O TCU não deve ater-se simplesmente à análise sobre a conveniência de adotar-se uma PPP ou, ainda, posicionar-se de forma pouco flexível de forma a “blindar” a Administração no compartilhamento de riscos. A atuação do TCU deverá pautar-se pela viabilização da concorrência, deixando a análise mais detalhada do compartilhamento dos riscos para eventuais fiscalizações da execução do contrato.

Não se está sugerindo, em absoluto, que o TCU negligencie esta fase. O que se sugere é que o TCU tenha, como foco, viabilizar o projeto. Compartilhar prejuízos não é o objetivo de nenhum dos parceiros envolvidos numa PPP. Se há parceiros privados presentes em um processo licitatório, é porque as estimativas de ganho são razoáveis e o projeto é viável economicamente. Não se afigura produtivo, portanto, proteger em demasia a Administração na fase de lançamento do edital. O que o TCU deve, sim, fazer, é analisar adequadamente o estudo de viabilidade técnica e as projeções de demanda e receita e, apenas em caso de resultados inferiores ao previsto, analisar as causas e punir os responsáveis em caso de ilícito.

Da mesma forma, o compartilhamento dos lucros deverá ser feito muito mais em benefício do parceiro privado do que da Administração. Há que se ter sempre em foco que o objetivo é atrair a iniciativa privada para fomentar os investimentos em infra-estrutura. Isso não significa repassar integralmente ao parceiro privado os incrementos inesperados na receita ou os

³⁹ Cf. WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; e WALD, Alexandre de M. *Direito de parceria e a lei de concessões: análise das leis ns. 8.987/95 e 9.074/95 e legislação subsequente*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ganhos com as eventuais reduções de custo operacional, mas, sem dúvida, deve-se privilegiar o parceiro privado que se dispuser a entabular com a Administração um contrato de PPP.

6.2.2 *Interferência nos repasses*

Esta é, provavelmente, a hipótese que acarretará maiores dificuldades. Quais os limites do TCU para interferir nos repasses de verbas aos parceiros privados? De antemão, sabemos que o TCU pode determinar a sustação de um ato eivado de vício. Sabemos, inclusive, que o TCU poderá adotar tal determinação cautelarmente. Por outro lado, um dos maiores - se não o maior - atrativos aos interessados em participar de um contrato de PPP, é a possibilidade de recorrer ao Fundo Garantidor, o FGP, em caso de inadimplência do parceiro público. Poderá, então, ou TCU, evitar que o parceiro privado recorra a este fundo?

Muito embora o FGP tenha natureza privada, sua composição é, em essência, de bens públicos. Muito embora sejam bens passíveis de alienação sem procedimento licitatório, ou seja, não sejam bens afetados, não perdem a característica de bens públicos e, nesta qualidade, bens sob os auspícios do TCU. Em que pese afigurar-se, à primeira vista, que a lógica indique a impossibilidade do TCU impedir que o parceiro privado recorra ao Fundo, juridicamente, parece-nos legal tal determinação. Se a finalidade do TCU é impedir ou mitigar danos ao erário, se a composição do Fundo envolve bens públicos, se o TCU tem o *mister* constitucional de zelar pelo patrimônio público, de interferir em contratos e sustar atos administrativos tidos por ilegais, bem como tem a competência legal reconhecida pelo Supremo de adotar medidas cautelares, não pode ser outra a conclusão se não afirmar a competência e a legitimidade do TCU em determinar a sustação de qualquer repasse - incluídos entre estes o próprio acesso ao FGP - ao parceiro privado.

Certamente que qualquer interferência do TCU que venha a causar qualquer prejuízo ao parceiro privado não está imune de apreciação pelo Judiciário. A banalização na adoção de medidas drásticas como esta, além de prejudicar bastante todos os contratos futuros, também acabará por desacreditar o TCU perante o Judiciário. Deve, então, a Corte de Contas, valer-se deste expediente com parcimônia, apenas em casos de flagrante ilicitude praticada pelo parceiro privado, e apenas quando ficar demonstrado que estes recursos dificilmente serão recuperados pela Administração.

7 CONCLUSÃO

Neste trabalho, como dito na Introdução, não se buscava exaurir o tema da Fiscalização do Tribunal de Contas da União sobre os contratos de Parceria Público-Privada. O objetivo, que espera-se ter sido alcançado, foi analisar, ainda que brevemente, o TCU, qual sua função constitucional, sua forma de atuação e seus instrumentos de controle. Por outro lado, buscou-se lançar um fecho de luz sobre este instituto recém normatizado, as Parcerias Público-Privadas, e a forma como se dará a fiscalização do TCU sobre estes contratos.

Buscou-se, igualmente, retirar a pecha de “solução”, criado por alguns, que sugeriam serem as PPPs a solução para todos os entraves de infra-estrutura e ao crescimento econômico do país. Se bem utilizado, certamente que as PPPs, aliadas à concessão tradicional, poderão contribuir para fomentar investimentos privados na melhoria e ampliação dos serviços públicos.

No atual contexto, fica evidente que a qualidade dos serviços públicos, bem como sua abrangência, dependem cada vez mais da capacidade financeira do Estado, mas não se pode condicionar a liberdade aos impostos. A liberdade dos indivíduos, considerando-se como “liberdade” a possibilidade do individuo desenvolver as suas potencialidades, certamente será tão maior quanto melhores forem os serviços públicos colocados à sua disposição.

Ante a impossibilidade de investimento do Estado em todas as áreas, bem como à mudança de paradigmas num contexto globalizado, pós-liberal e pós-socialista, as parcerias com a iniciativa privada parecem, num primeiro momento, a única alternativa viável para a manutenção do próprio Estado, cada vez mais combalido ante as entidades paraestatais e supranacionais.

O TCU se enquadra nesta equação com o dever de impedir o sangramento do erário, tão atacado ao longo de nossa história, ao mesmo tempo em que deve atuar de forma sutil a não atrasar, ainda, mais, o desenvolvimento do país. É nesse contexto hipercomplexo da atualidade que a função fiscalizatória do Controle Externo se desenvolve, com poderes e responsabilidades cada vez maiores, como não poderia deixar de ser.

8 REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

AGUIAR, Ubiratan et. al. *Convênios e Tomadas de Contas Especiais*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

ALVES, Rubens Teixeira. Uma saída criativa para a Administração Pública. *Agência Estado*. Disponível em: <http://www.aesetorial.com.br/energia/artigos/2003/set/03/222.htm>. Acesso em: 9 fev. 2006.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. *CD de apresentação do Tribunal de Contas da União distribuído na Conferência Internacional de Desestatização*. Brasília, set. 2005.

BRASIL. Brasil poderá aproveitar experiências portuguesas em PPP. *Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão*. Disponível em: http://www.mp.gov.br/ppp/conteudo/noticias/noticias2006/060411_brasil_podera.htm. Acesso em: 12 fev. 2006.

BRASIL. Seminário expõe experiências de Parcerias Público-Privadas na Europa. *Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão*. Disponível em: http://www.mp.gov.br/ppp/conteudo/noticias/noticias2005/seminario_ppp_europa.htm. Acesso: em 21 set. 2007.

CESAR, Marília de Camargo. *Especialista inglês alerta para o lado obscuro da PPP*. *Valor Econômico*, São Paulo, 29 out. 2003, p. A4.

CHIMENTI, Ricardo Cunha et al. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tomada de Contas Especial*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GUERRA, Evandro Martins. *Os controles Externo e Interno da Administração Pública e os Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

HOLMES, Stephen; e SUNSTEI, Cass R. *The Cost of Rights – Why Liberty Depends os Taxes*. New York: W.W Norton & Company, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do Patrimônio Público*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL. *Notícias*. Disponível em: <http://www.tc.df.gov.br/MpjTcdf/noticias1.php?PAGINA=15>. Acesso em: 4 fev. 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NORONHA, Silvia. PPP: Parceria de Futuro. *Rumos*, Rio de Janeiro, jan.-fev. 2005, p. 27.

PESTANA, Marcio. *A Concorrência Pública na Parceria Público-Privada (PPP)*. São Paulo: Atlas, São Paulo, 2006.

PINHO, Judicael Sudário de. *Temas de Direito Constitucional e o Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Atlas, 2005.

WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; e WALD, Alexandre de M. *Direito de parceria e a lei de concessões: análise das leis ns. 8.987/95 e 9.074/95 e legislação subsequente*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.