

# A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – Controlador ou administrador?

## Eduardo Jordão

Professor da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio). Doutorando em Direito Público pelas Universidades de Paris (Panthéon-Sorbonne) e de Roma (Sapienza), em cotutela. Master of Laws (LL.M) pela London School of Economics and Political Science (LSE). Mestre em Direito Econômico pela Universidade de São Paulo (USP). Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Foi pesquisador visitante na Yale Law School, nos Estados Unidos, e pesquisador bolsista nos Institutos Max-Planck de Heidelberg e de Hamburgo, na Alemanha. O autor agradece a Igor Lyra pela valiosa ajuda na fase de pesquisa para a elaboração do artigo e a Adriana Lacombe, Marcelo Lennertz, Maurício Portugal Ribeiro, Patrícia Sampaio e Tarcila Reis por comentários a versões preliminares do trabalho. *E-mail:* <eduardo.jordao@fgv.br>.

---

**Sumário:** **1** Quais poderes a Constituição conferiu ao TCU para combater os vícios de legalidade, legitimidade e economicidade? – **2** Quais poderes jurídicos o direito confere ao TCU para intervir em editais não publicados de licitação? – **3** As razões apresentadas pelo TCU para fundamentar a sua atuação preventiva – **4** Conclusões

---

A multiplicação de medidas governamentais voltadas ao desenvolvimento da infraestrutura nacional<sup>1</sup> produz a intensificação da atividade dos *controladores* — instituições públicas que detêm competência de verificar-lhes a validade. Em especial, a atuação recente de um destes atores institucionais, o Tribunal de Contas da União

---

<sup>1</sup> A precariedade da infraestrutura nacional tem sido apontada como um dos mais importantes gargalos para o desenvolvimento do país. Relatório do Fórum Econômico Mundial posiciona o Brasil em 114º lugar entre 148 países analisados no critério da qualidade da infraestrutura. O Brasil é o 103º colocado em ferrovias, o 120º em rodovias, o 123º em transporte aéreo e o 131º em portos. Mais informações em: <<http://reports.weforum.org/the-global-competitiveness-report-2013-2014/>>. Um exemplo de medida governamental para superar esta realidade é o Programa de Investimentos em Logísticas (PIL). Lançado em 2012 pelo Governo Federal, prevê investimentos da ordem de 133 bilhões de reais em 25 anos para a construção de 7,5 mil quilômetros de rodovias e 10 mil quilômetros de ferrovias.

(TCU),<sup>2</sup> tem chamado a atenção. Em hipótese que já mereceu alguma consideração da doutrina jurídica, o TCU tem intervido diretamente em contratos administrativos já em execução, determinando, por exemplo, o redimensionamento de seus valores ou a retenção de pagamentos.<sup>3</sup> Em outra hipótese menos explorada doutrinariamente, o TCU tem participado ativamente da própria concepção dos projetos de concessões comuns e parcerias público-privadas, emitindo sugestões ou determinações que impactam as suas opções fundamentais e em grande medida definem a sua modelagem.

Este artigo pretende tratar desta última hipótese. Interessa-lhe, portanto, a atuação *prévia* do TCU, aquela que se realiza *antes* da formalização e publicação dos projetos: na fase da licitação que se costuma chamar de “interna”, quando se promovem estudos e se elabora o edital.<sup>4</sup> Eis a questão específica que se pretende enfrentar neste trabalho: *quais poderes detém o TCU na análise prévia de minutas ainda não publicadas de editais de licitações referentes a projetos de infraestrutura?*

Considere-se, a propósito, o seguinte exemplo. Em 2013, o TCU acompanhou o primeiro estágio das concessões para ampliação, manutenção e exploração do aeroporto internacional do Rio de Janeiro (Antônio Carlos Jobim/Galeão) e do aeroporto internacional de Belo Horizonte (Tancredo Neves, Confins). Num primeiro acórdão, resolveu *condicionar a publicação do edital* à (i) inclusão no processo de concessão de fundamentos legais e técnicos *suficientes* da exigência de experiência em processamento de passageiros e da restrição à participação no leilão de acionistas das concessionárias de aeroportos, de forma a demonstrar que os parâmetros fixados eram “adequados, imprescindíveis, suficientes e pertinentes” ao objeto licitado; e (ii) realização dos devidos ajustes nas exigências, “caso [...] necessários”.

<sup>2</sup> O TCU foi criado em 1890, pelo Decreto nº 966-A, de iniciativa de Ruy Barbosa, então Ministro da Fazenda. Sua institucionalização veio com a primeira Constituição republicana, no ano seguinte, e a instalação efetiva no início de 1893. Apesar de se tratar de instituição muito antiga, a acentuação da relevância do Tribunal de Contas da União é muito recente. O marco inicial desta história pode ser a Constituição Federal de 1988, que ampliou significativamente as competências deste órgão e os critérios de acordo com os quais o seu controle é promovido. Na legislação infraconstitucional, o impacto de dois diplomas foi especialmente significativo: (i) a Lei Geral de Licitações (nº 8.666/93) estabeleceu a possibilidade de que todas as irregularidades na sua aplicação fossem representadas ao TCU; (ii) a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000) previu papel de destaque a ser por ele cumprido no controle da gestão fiscal.

<sup>3</sup> Ver, por exemplo, SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Controle das contratações públicas pelos Tribunais de Contas. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 257, p. 111-44, maio/ago. 2011.

<sup>4</sup> O trabalho foca exclusivamente na atuação do Tribunal de Contas da União, ainda que as considerações aqui tecidas possam ser largamente aplicadas aos Tribunais de Contas dos Estados, do Distrito Federal e, quando existentes, dos Municípios. Aliás, o art. 75 da Constituição estabelece que as normas relativas ao TCU aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas estaduais. Na maioria dos Estados, o Tribunal de Contas Estadual cuida tanto das contas do Estado, como das contas dos Municípios. Em alguns Estados (como Bahia e Goiás), há dois Tribunais de Contas na estrutura estadual: um para fiscalizar as contas do Estado e outro para as contas dos Municípios. O art. 31, §4º, da Constituição Federal veda a criação de Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais. Entretanto, os Tribunais de Contas já existentes antes da Constituição de 1988 (nos Municípios de Rio de Janeiro e São Paulo) seguem atuando.

Num segundo acórdão sobre o assunto, depois de apresentadas novas justificativas para as opções do Poder Público, o TCU considerou suficientes as explicações para uma delas (restrição relativa à participação no leilão de acionistas de concessionárias de aeroportos), mas insistiu na “insuficiência da motivação” referente ao segundo ponto (relativo ao requisito de experiência prévia). Em função disso, *recomendou* às instituições pertinentes que restringissem as exigências editalícias ou (i) a números embasados em novos estudos a serem desenvolvidos ou (ii) aos números relativos aos valores projetados para o fluxo de passageiros, no exercício de 2014, em cada um dos aeroportos sob processo de concessão.

Diante da insistência do TCU, o Poder Concedente capitulou e alterou as exigências editalícias, reduzindo o requisito de experiência prévia que se exigiria do operador de aeroportos integrantes do consórcio licitante. No caso de Galeão, o fluxo de passageiros exigido do licitante caiu de 35 milhões para 22 milhões. No caso de Confins, caiu de 35 milhões para 12 milhões. O embate entre o Poder Concedente e o órgão fiscalizador a propósito destes requisitos foi destaque no noticiário nacional por algumas semanas e o poder de influência do TCU nas escolhas do Poder Concedente chamou a atenção. Mas o TCU poderia mesmo ter atuado como atuou? Ou este Tribunal extrapolou as suas competências?<sup>5</sup>

A atenção específica à atuação do órgão controlador *neste momento* de elaboração, debate e modelagem dos projetos de infraestrutura se justifica por duas razões principais. Em primeiro lugar, esta fase prévia ou interna dos projetos envolve uma série de decisões complexas, tomadas num contexto de forte incerteza. Assim, é pouco razoável falar-se em soluções *corretas* e *incorretas*.<sup>6</sup> Esta circunstância impacta fortemente o controle que se dá posteriormente sobre estas escolhas. Intui-se que, nestes casos, o controle deve ser moderado, para evitar que as prognoses realizadas pelo administrador sejam substituídas por prognoses igualmente incertas do fiscalizador. Em segundo lugar, a história constitucional nacional revela circunstância curiosa a propósito da disciplina da atuação do TCU no controle das medidas públicas: até 1967, a *regra* era que o TCU atuasse previamente. As decisões administrativas que implicassem gastos públicos deviam ser submetidas previamente à Corte de Contas,

<sup>5</sup> Durante o texto, será feita referência exclusiva a este caso da concessão dos aeroportos de Galeão e Confins, mas ele não é uma exceção na atuação do TCU. Veja-se, por exemplo, o acompanhamento do TCU ao primeiro estágio da outorga de concessão do serviço público de recuperação, operação, manutenção, conservação, implantação de melhorias e ampliação da capacidade do trecho da rodovia BR-101/ES, em 2011; ou a fiscalização do primeiro estágio das concessões dos arrendamentos de áreas e instalações portuárias nos portos organizados de Santos, Belém, Santarém, Vila do Conde e Terminais de Outeiro e Miramar, em 2013.

<sup>6</sup> No caso dos aeroportos de Galeão e Confins, o TCU reconheceu a dificuldade ao definir objetivamente os valores ideais para a exigência relativa à experiência prévia para participar da licitação “tendo em vista a natureza do setor, a existência de poucas concessões semelhantes já licitadas [no Brasil] e os riscos de prejuízos para a qualidade dos serviços com sua redução a valores baixos, ante a possibilidade de sair vencedora dos certames sociedade com experiência limitada na área” (TCU, Acórdão nº 2.466/2013, Plenário, Relatoria da Min. Ana Arraes, j. em 11.09.2013).

que as autorizava. Quer dizer: o Tribunal de Contas *participava* da decisão administrativa, atuando como um “quase administrador”. A partir de então, o Constituinte brasileiro optou por um regime de controle posterior, em função da ampliação significativa das competências e das atividades administrativas.<sup>7</sup>

Ambas as circunstâncias concorrem para gerar as inquietações que motivaram o presente estudo. A hipótese é a de que, na disciplina constitucional atual e no contexto complexo e incerto da modelagem de projetos de infraestrutura, a atuação do TCU deverá ser limitada, sob pena de transformar este órgão controlador num espécie de administrador público hierarquicamente superior que o constituinte não desejou.

Do ponto de vista objetivo, as competências do TCU que são relevantes para o tema deste artigo encontram-se nos arts. 70 e 71 da Constituição Federal. Neles se dispõe que a Corte de Contas deverá atuar em auxílio ao Congresso Nacional na promoção do chamado controle externo da Administração Pública. Tal controle, nos termos do art. 70, serve à proteção dos seguintes valores jurídicos: legalidade, legitimidade e economicidade da ação administrativa. Esta previsão tríplice de valores a serem protegidos consiste numa inovação da Constituição de 1988. Enquanto as Constituições anteriores falavam apenas num exame de “legalidade”, a Constituição atual atribui ao TCU poderes de verificação também da “legitimidade e economicidade” dos atos administrativos. A rigor, seria possível compreender a legitimidade e a economicidade como meros aspectos da legalidade, entendida amplamente.<sup>8</sup> Mas a utilização de vocábulos diversos parece ser uma forma de o constituinte deixar claro que o exame promovido pelo TCU deve ir além da mera conformidade da ação administrativa à letra expressa de dispositivos legais. Envolverá, portanto, a conformidade a princípios e normas jurídicas implícitas (seria isso a “legitimidade”) e uma avaliação relativa ao eficiente e adequado uso dos recursos públicos em vista dos fins a serem realizados (seria isso a “economicidade”).

De todo modo, a grande questão deste trabalho é o que pode ser feito concretamente pelo TCU quando entender verificada alguma violação aos valores jurídicos que a Constituição pôs sob sua guarda. Quais poderes detém o TCU para enfrentar a ação administrativa que contrarie a legalidade, a legitimidade e a economicidade? Quais as armas que a Constituição confere a este órgão fiscalizador para atuar neste domínio? Naturalmente, não é juridicamente válida toda atuação do TCU que se volte à proteção dos valores jurídicos que lhe incumbe proteger. *Para proteger estes valores jurídicos*, só é permitido ao TCU fazer o que a Constituição autorizou. O objetivo

<sup>7</sup> Utilizando o argumento da alteração constitucional de 1967 para defender a impossibilidade de controle prévio de editais, v. JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Vade-mecum de licitações e contratos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 98.

<sup>8</sup> Neste sentido, v. as manifestações de BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio; ZANCANER, Weida. Iniciativa privada e serviços públicos. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 98/192, abr./jun. 1991.

do artigo é justamente delimitar esta atuação do órgão fiscalizador sob este ponto de vista instrumental.

A leitura da Constituição revela que o TCU detém poderes diretos e indiretos de combate a estes vícios (item 1). Em ambos os casos, contudo, trata-se de poderes que devem ser exercidos *posteriormente* à edição dos atos administrativos (item 2). A despeito do que sustenta o próprio TCU, a sua atuação prévia carece de fundamentos práticos e jurídicos (item 3). À ausência de previsão de poderes prévios de constrição de outros órgãos públicos, toda atuação do TCU sobre minutas de editais ainda não publicados deverá decorrer de solicitação do próprio administrador público e ter natureza de mera recomendação — é esta a conclusão do artigo.

## 1 Quais poderes a Constituição conferiu ao TCU para combater os vícios de legalidade, legitimidade e economicidade?

A Constituição atribui ao TCU poderes diretos e indiretos de combate aos vícios de legalidade, legitimidade e economicidade que entender existentes nas decisões administrativas. Como poderes diretos, devem-se citar as chamadas “competências corretivas” — aquelas voltadas a *sanar* os vícios identificados nos atos administrativos ou ao menos evitar a promoção dos seus efeitos (item 1.1). Como poderes indiretos, a menção a ser feita é às “competências sancionatórias”, aquelas que correspondem a uma punição ao agente e, por essa via, indiretamente, estimulam a retirada ou desestimulam a produção destes atos viciados (item 1.2). Como se vê, as medidas relativas às primeiras competências recaem sobre os atos viciados; as segundas, sobre as autoridades públicas responsáveis pela sua realização.

### 1.1 Os poderes diretos (competências corretivas)

No que concerne às competências corretivas, a disciplina constitucional varia em função da natureza unilateral ou bilateral do ato administrativo viciado. Interessam, neste ponto, as medidas governamentais unilaterais, visto tratar-se aqui do exame da atuação do TCU na fase de elaboração e modelagem dos projetos de infraestrutura — antes, portanto, do estabelecimento de uma relação contratual entre a Administração Pública e o seu parceiro privado. Nesta hipótese, o TCU deve *assinar prazo* para as autoridades administrativas corrigirem os defeitos de ilegalidade que houver encontrado (art. 71, IX, da CF). Se, dentro do prazo assinado, as autoridades administrativas pertinentes não adotarem as soluções cabíveis, então o TCU poderá determinar a *sustação dos efeitos do ato*, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal (art. 71, X, da CF).

Notem-se bem os limites da atuação corretiva do TCU. Em primeiro lugar, a Constituição não autoriza o TCU a tomar medidas *antes de decorrido o prazo* que

deverá conceder à autoridade administrativa para corrigir os defeitos encontrados. Ou seja, o TCU só pode determinar a sustação dos efeitos do ato *após haver assinado prazo* para que as autoridades administrativas o corrijam e *após o decurso deste prazo*. O procedimento a ser seguido pelo TCU para sustar atos administrativos unilaterais é bem explicitado constitucionalmente.

Em segundo lugar, o TCU não possui poderes para *anular* atos administrativos unilaterais que julgar viciados. A Constituição não lhe confere este poder, que é exclusivamente do Poder Judiciário.<sup>9</sup> Ao TCU cabe unicamente *sustar* atos viciados. A diferença entre anular e sustar é clara. Na anulação, o ato administrativo é eliminado do sistema jurídico, inclusive com efeitos retroativos. No caso da sustação, apenas se afastam temporariamente (durante o período de sustação) os efeitos do ato jurídico.<sup>10</sup> Neste sentido, a anulação é uma espécie de medida satisfativa, enquanto a sustação tem natureza *cautelar* — ao impedir a realização dos efeitos visados pelo ato administrativo, busca evitar que se operem consequências danosas sobre o patrimônio público, por exemplo.

No contexto da elaboração e modelagem de projetos de infraestrutura, esta competência corretiva do TCU poderá autorizar, por exemplo, a eventual sustação de um edital (já publicado) que faça exigências excessivas e irrazoáveis para participação na licitação, promovendo uma restrição desnecessária da competitividade.

## 1.2 Os poderes indiretos (competências sancionatórias)

Ao lado destas competências corretivas, como já se afirmou, a Constituição prevê algumas hipóteses em que o TCU imporá *sanções* aos autores de medidas públicas viciadas. A propósito, veja-se que, de acordo com o inciso VIII do artigo 71, o TCU deverá “aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário”. Este dispositivo prevê, portanto, duas espécies de sanções: (i) a irregularidade de contas é, por si só, e independentemente de qualquer lesão ao erário público, motivo de aplicação de sanções previstas em lei; (ii) além disso, o eventual dano ao erário gerará multa que lhe seja proporcional.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> No mesmo sentido, v. BARROSO, Luis Roberto. Tribunal de Contas: algumas incompetências. *RDA*, v. 203, jan./mar. 1996, p. 139.

<sup>10</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Controle das contratações públicas pelos Tribunais de Contas. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 257, p. 119, maio/ago. 2011: “Sustar ato” não é sinônimo de “anular ato”. Sustar é paralisar a execução, total ou parcialmente. Anular seria bem mais do que isto: seria desfazer os efeitos produzidos, quando viável e necessário, seria fazer recomposições patrimoniais acaso cabíveis e seria eliminar em definitivo o ato como centro produtor futuro de efeitos. Nada disso a Corte de Contas pode fazer, mesmo quanto a atos: sua competência se esgota na sustação do ato, na paralisação de seus efeitos”.

<sup>11</sup> Neste sentido, v. STF, RE nº 190.985/95.

As competências sancionatórias também servem à proteção da legalidade, da legitimidade e da economicidade da atuação administrativa, na medida em que geram incentivos a que o administrador público não adote medidas violadoras destes princípios ou as retire, quando elas tiverem já sido adotadas. No caso da fase de elaboração e modelagem de projetos de infraestrutura, isto significa que o TCU poderá penalizar administradores públicos que tenham tomado medidas que gerem danos ao erário público.

## 2 Quais poderes jurídicos o direito confere ao TCU para intervir em editais não publicados de licitação?

Diante da disciplina constitucional exposta acima, quais poderes detém o TCU para intervir num edital de licitações *antes da sua publicação*? Qual a amplitude desta sua atuação prévia? Naturalmente, este órgão fiscalizador pode sempre emitir recomendações e sugestões a entidades da Administração Pública. Esta atuação opinativa independe de atribuição de poderes jurídicos específicos e será retomada mais à frente, nas conclusões do artigo. Neste item 2, o que é relevante é saber se (e em que medida) o TCU detém poderes de constrição: se (e em que medida) pode *determinar* ações específicas aos administradores. No caso dos projetos de infraestrutura, pode este órgão fiscalizador *impedir* a publicação do edital ou *condicioná-la* a algumas medidas por ele determinadas?

### 2.1 A ausência de competências constitucionais preventivas como clara opção histórica

Em primeiro lugar, é preciso deixar claro que a intervenção prévia do TCU, no contexto relevante para projetos de infraestrutura,<sup>12</sup> não está autorizada *explicitamente* pela Constituição Federal. De fato, na disciplina constitucional corretiva apresentada no tópico anterior, não há qualquer previsão de atuação antes da emissão de um ato administrativo, na fase de sua preparação. Como se afirmou, a disciplina constitucional da competência corretiva do TCU varia em função da natureza contratual ou não do ato defeituoso. Em ambos os casos, no entanto, trata-se de competências relativas a atos administrativos *já expedidos*. Em definitivo: no contexto que é relevante para este artigo, não há previsão constitucional de atuação do TCU em caso de atos administrativos ainda não expedidos.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> Como será visto mais adiante no texto, o TCU detém competência de registro prévio de atos relacionados a admissão de pessoal e concessão de aposentadorias (art. 71, III), mas isto não é relevante para os fins deste artigo.

<sup>13</sup> É também esta a conclusão de BARROSO, Luis Roberto. Tribunal de Contas: algumas incompetências. *RDA*, v. 203, p. 138, jan./mar. 1996; e de MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 707.

Aliás, o exame da evolução histórica das Constituições sugere que há aí um *silêncio eloquente*. Em outras palavras, uma análise histórica das Constituições brasileiras leva à conclusão de que o Constituinte não dispôs sobre esta atuação prévia precisamente porque *não pretendia que o TCU a realizasse*.<sup>14</sup> Não se tratou de um “esquecimento” do Constituinte ou de uma hipótese em que ele simplesmente não considerou a questão. Ao contrário, a ausência de previsão de atuação prévia no texto constitucional atual parece consistir numa clara opção histórica do Constituinte. É que, até 1967, a *regra* era que o TCU atuasse previamente. As decisões administrativas que implicassem gastos públicos deviam ser submetidas previamente à Corte de Contas, que as autorizava. Dito de outro modo, os administradores precisavam registrar previamente as despesas no TCU para que pudessem realizá-las de forma lícita. Neste contexto, o Tribunal de Contas *participava* da decisão administrativa que gerava gastos, atuando como um “quase-administrador”.<sup>15</sup>

Este modelo de fiscalização através do registro prévio das despesas havia sido inaugurado pela Holanda, em 1820, e fora em seguida introduzido em países como Bélgica Itália, Portugal, Chile e Japão. No Brasil, ele pautou fortemente as discussões que antecederam o estabelecimento do TCU. Uma das primeiras propostas para a criação deste órgão, de autoria do ministro das Finanças Manoel Alves Branco, foi recusada na Câmara dos Deputados em 1845 principalmente porque só continha a previsão de um controle posterior. Os críticos da proposta consideravam que o modelo sem controle prévio seria “inútil”.<sup>16</sup> Na exposição de motivos do Decreto de 1891 que finalmente instituiu o TCU, o então Ministro da Fazenda Ruy Barbosa deixou clara a sua adesão a esta tese: “Não basta julgar a administração, denunciar o excesso cometido, colher a exorbitância, ou a prevaricação, para as punir. Circunscrita a estes limites, essa função tutelar dos dinheiros públicos será muitas vezes inútil, por omissa, tardia ou impotente”.<sup>17</sup>

Esta orientação foi finalmente adotada pela lei ordinária de 1892 que regulamentava o funcionamento do TCU. Estabelecido, o modelo de registro prévio de despesas

<sup>14</sup> Para um exame da evolução histórica das competências do TCU, v. SILVA, Artur Adolfo Cotias e. O Tribunal de Contas da União na história do Brasil: evolução histórica, política e administrativa (1890-1998). In: *Monografias vencedoras do Prêmio Serzedello Corrêa 1998*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 1999. p. 19-141.

<sup>15</sup> Nas palavras de Bruno Wilhelm Speck, “[J]onge de constituir uma questão técnica, o controle prévio transforma o Tribunal de Contas em um órgão quase-administrativo. O encaminhamento prático do controle prévio é condicionar as ordens de despesas ao registro pelo Tribunal de Contas, envolvendo essa instituição no próprio processo administrativo. De fato, o Tribunal viraria, dessa forma, um aliado do Tesouro contra os ministros na contenção de despesas. Mas, em outros casos, como o ilustrado acima, o Tribunal seria um órgão administrativo com poderes de veto, mesmo que não inserido na hierarquia do Poder Executivo” (In: *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer, 2000. p. 53).

<sup>16</sup> Cf. LOPES, Alfredo Cecílio. *Ensaio sobre o Tribunal de Contas*. São Paulo: [s.n.], 1947.

<sup>17</sup> Cf. SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil*. São Paulo, Fundação Konrad-Adenauer, 2000. p. 51.



vigorou nas décadas seguintes. Em 1934, a atividade contratual da Administração Pública, que ganhara forte relevância nos primeiros anos do século XX, foi explicitamente incluída nesta sistemática. O mesmo se deu em relação aos atos de aposentadoria de funcionários públicos, que passaram a depender do registro prévio perante o TCU a partir da Constituição de 1946.

Tudo começou a mudar, no entanto, com a Constituição de 1967. Como parte de projeto para impulsionar o desenvolvimento econômico, o governo militar promoveu vasta reforma administrativa e financeira, que terminou por impactar também as competências do TCU. Para os fins do presente trabalho, a principal modificação introduzida à época foi o abandono do sistema de registro prévio de despesas. Este modelo foi substituído por dois mecanismos diferentes: (i) a instituição de órgãos de controle interno pela Administração Pública e (ii) a introdução de um controle posterior e eventual pelo TCU através de inspeções e auditorias.<sup>18</sup>

As *razões* e as *consequências* destas modificações não devem ser negligenciadas. Bruno Wilhelm Speck explica que foram de ordem prática as razões da mudança: “com o crescimento da Administração Pública e a multiplicação das repartições, o Tribunal se veria forçado a se organizar internamente espelhando a estrutura da Administração Pública, caso quisesse registrar as despesas de cada repartição previamente. O processo de registro, de um lado, emperrava a administração, porque atrasava a execução orçamentária. De outro lado, os prazos exíguos dados ao Tribunal para manifestação não permitiam uma efetiva verificação da legalidade e da regularidade dos atos, como previsto. A filosofia do controle total sobre todos os atos e a sistemática do embargo prévio a despesas consideradas irregulares foram abandonadas”.<sup>19</sup>

As consequências das alterações no sistema são significativas. De um modelo de acompanhamento prévio, obrigatório e global de todas as despesas que transformava o TCU em “quase-administrador”, passa-se para um sistema em que as suas competências de controle são meramente eventuais e posteriores, sendo realizadas ao lado e de forma complementar a uma fiscalização promovida por órgãos internos à Administração Pública. Esta nova lógica de atuação foi confirmada pela Constituição atual. É ela que informa a disciplina relativa à atuação do TCU nos projetos de infraestrutura, apresentada acima. No regime constitucional atual, a atuação prévia do TCU existe, mas é excepcional e atinge domínios que não têm relevância para o presente artigo, como a concessão de aposentadorias e a admissão de pessoal no funcionalismo público.

<sup>18</sup> Sobre a diferença entre os controles interno e externo, v. STF, AgRg na Pet nº 3.606/DF, Plenário, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 21.09.2006, DJ, 27 out. 2006.

<sup>19</sup> Cf. SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer, 2000. p. 68-69.

Este percurso histórico na disciplina constitucional do TCU demonstra que a ausência, no regime atual, de previsão explícita de poderes prévios em relação a contratações administrativas configura uma hipótese de *silêncio eloquente*. A Constituição não previu tais poderes porque não os quis prever. A sistemática de atuação prévia do TCU em relação às despesas da Administração Pública vigorou por longos anos, mas foi *deliberadamente abandonada* pelo Constituinte a partir de quando a multiplicação das competências administrativas tornou este sistema inviável e indesejável, em função dos riscos de paralisia administrativa. Em outras palavras, na contraposição entre efetividade do controle e eficiência do agir administrativo, o Constituinte fez clara opção por este segundo valor. Neste contexto, cumpre ao seu intérprete dar efetividade a esta escolha.

## 2.2 A ausência de competências preventivas também na normatização infraconstitucional

A Constituição, portanto, não previu explicitamente para o TCU poderes que pudessem ser utilizados no controle da modelagem de projetos de infraestrutura. Além disso, esta ausência de previsão corresponde a uma clara opção do constituinte de que esta intervenção prévia *não se realize*.

A mesma situação se verifica no nível infraconstitucional. *Não há lei que preveja* poderes prévios ao TCU — ao menos não explicitamente. Não há lei que permita ao TCU impedir a publicação de um edital ou condicionar a sua publicação ao cumprimento de algumas determinações suas. Em seu art. 113, §2º, a lei geral de licitações (Lei nº 8.666/93) autoriza o controle de editais de licitação, mas apenas posteriormente à sua publicação. Assim, faz referência à possibilidade de (i) solicitação para exame de cópia de edital de licitação “já publicado”, além de (ii) determinação de medidas “corretivas” pertinentes.<sup>20</sup> Por sua vez, o art. 18, VIII, da Lei nº 9.491, de 09.09.1997, normalmente apontado pelo TCU como base legal de sua atuação prévia nos processos de outorga de concessão ou de permissão de serviços públicos, dispõe tão somente que compete ao Gestor do Fundo Nacional de Desestatização “preparar a documentação dos processos de desestatização, para apreciação do Tribunal de Contas da União”. A lei, portanto, limita-se a estabelecer

<sup>20</sup> Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto. [...]

§2º Os Tribunais de Contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno poderão solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia de edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

que o TCU irá apreciar os documentos relativos ao processo de desestatização, sem lhe conferir qualquer poder específico e adicional aos que previu a Constituição.

Neste contexto de ausência de previsão de poderes prévios na Constituição e na lei, poderia uma norma infralegal estabelecer esta competência? A resposta é negativa. Até se admite que a competência normativa das entidades administrativas promova algum grau de inovação na ordem jurídica,<sup>21</sup> mas esta inovação depende de uma densidade legislativa mínima que não se verifica neste caso. Na ausência de indicações legislativas mínimas, não poderia o TCU produzir validamente normas que gerassem obrigações para terceiros ou para órgãos constitucionais de outro poder.<sup>22</sup>

Neste sentido, vale mencionar acórdão exarado pelo Supremo Tribunal Federal em 2008, em julgamento a Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. O STF examinava a validade jurídica de uma sanção imposta com base em norma própria do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro que estabelecia a obrigação para os administradores públicos de encaminhamento dos editais de licitação para controle prévio por este órgão de contas. O Superior Tribunal de Justiça havia considerado válida a sanção, por entender que o controle dos Tribunais de Contas, “além de preventivo, reveste-se de caráter educativo, impedindo o malferimento aos princípios da legalidade, eficiência e a todos os demais postos na Lei de Licitações”. Foi adiante o STJ nos seguintes termos: “temos aqui o que denominamos de princípios implícitos do controle da licitação uma vez que esta não é apenas controlada *a posteriori* mas, também, *a priori*, constituindo-se, pois, um fator a prestigiar a moralidade na prática do ato administrativo”.<sup>23</sup>

O STF deu provimento ao recurso ordinário para reformar a decisão do STJ. Um dos pontos discutidos pelos Ministros não interessa a este artigo. Trata-se da discussão a propósito da competência federativa, em face do art. 22, XXVII, da Constituição. Mas, para além disso, o STF reforçou dois pontos relevantes: (i) eventual controle prévio de editais de licitações exigiria previsão *legislativa* específica; (ii) esta previsão legislativa específica *não se verifica na legislação pátria*, que autoriza apenas o controle de edital já publicado e desde que tenha havido solicitação, pelo Tribunal de Contas, para remessa de uma cópia sua.<sup>24</sup>

<sup>21</sup> Sobre o tema, v., por exemplo, BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Capítulo IV - A crise da lei: da legalidade como vinculação positiva à lei ao princípio da juridicidade administrativa, p. 125-194; e SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 231-280.

<sup>22</sup> Assim também BARROSO, Luis Roberto. Tribunal de Contas: algumas incompetências. *RDA*, v. 203, p. 138, jan./mar. 1996.

<sup>23</sup> STJ, RMS nº 17.996/RJ, Rel. Ministro Teori Zavascki, Rel. p/ Acórdão Ministro José Delgado, 1ª Turma, j. em 1ª.06.2006, *DJ*, 21 ago. 2006, p. 233.

<sup>24</sup> STF, RE nº 547.063, Relator: Min. Menezes Direito, 1ª Turma, j. em 07.10.2008. Ementa: Tribunal de Contas estadual. Controle prévio das licitações. Competência privativa da União (art. 22, XXVII, da Constituição Federal). Legislação federal e estadual compatíveis. Exigência indevida feita por ato do Tribunal que impõe controle prévio sem que haja solicitação para a remessa do edital antes de realizada a licitação. 1. O art. 22, XXVII, da Constituição Federal dispõe ser da União, privativamente, a legislação sobre normas gerais de

A este ponto, parece claro que, à ausência de lei específica (ou, mais precisamente, de indicações legislativas mínimas), não poderia o TCU produzir validamente normas que gerassem obrigações para terceiros ou para órgãos constitucionais de outro poder.<sup>25</sup> De todo modo, o que é mais curioso é perceber que esta norma infralegal não apenas *não poderia existir*, como ela *de fato não existe*. Não há *norma infralegal* que estabeleça estes poderes prévios de que aqui se cogita.

No caso das concessões dos aeroportos de Galeão e Confins, a base jurídica declarada da atuação prévia do TCU foi a sua Instrução Normativa nº 27, de 02.12.1998.<sup>26</sup> De acordo com o art. 7º desta norma, a fiscalização dos processos de outorga de concessão ou de permissão de serviços públicos realizada pelo TCU será “prévia e concomitante”, devendo contar com quatro estágios. É o primeiro estágio desta fiscalização que se opera antes da publicação do edital, envolvendo o exame dos seguintes documentos: (i) relatório sintético sobre os estudos de viabilidade técnica e econômica do empreendimento, com informações sobre o seu objeto, área e prazo de concessão ou de permissão, orçamento das obras realizadas e a realizar, data de referência dos orçamentos, custo estimado de prestação dos serviços, bem como sobre as eventuais fontes de receitas alternativas, complementares, acessórias e as provenientes de projetos associados; (ii) relatório dos estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à outorga, de utilidade para a licitação, realizados ou autorizados pelo órgão ou pela entidade federal concedente, quando houver; (iii) relatório sintético sobre os estudos de impactos ambientais, indicando a situação do licenciamento ambiental. De acordo com o art. 17 da mesma Instrução Normativa, “verificados indícios ou evidências de irregularidades, os autos serão submetidos de imediato à consideração do Relator da matéria, com proposta de adoção das medidas cabíveis”.

Como se vê, estas disposições autorizam apenas a participação do TCU nos estudos que embasam a adoção de medidas concretas posteriormente — e não já, também, nestas próprias medidas.

Em resumo didático, a ação do TCU de impedir a publicação de um edital ou condicionar a sua publicação ao cumprimento de alguma determinação sua não encontra

---

licitação e contratação. 2. A Lei federal nº 8.666/93 autoriza o controle prévio quando houver solicitação do Tribunal de Contas para a remessa de cópia do edital de licitação já publicado. 3. A exigência feita por atos normativos do Tribunal sobre a remessa prévia do edital, sem nenhuma solicitação, invade a competência legislativa distribuída pela Constituição Federal, já exercida pela Lei federal nº 8.666/93, que não contém essa exigência. 4. Recurso extraordinário provido para conceder a ordem de segurança.

<sup>25</sup> Sobre o tema, v. ainda RMS nº 24.675/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, j. em 13.10.2009, *DJe*, 23 out. 2009. V. também BARROSO, Luis Roberto. *Tribunal de Contas: algumas incompetências*. *RDA*, v. 203, p. 138, jan./mar. 1996. Sobre a extensão da competência normativa do TCU, mais genericamente, v. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 1079-1080.

<sup>26</sup> Há outras instruções normativas do TCU que são relevantes para projetos de infraestrutura, como a Instrução Normativa nº 46/04, sobre concessões de rodovias, e a Instrução Normativa nº 52/07, sobre parcerias público-privadas.

fundamento *explícito* em norma de *qualquer hierarquia*. O próprio TCU reconheceu esta circunstância no caso da análise do primeiro estágio das concessões dos aeroportos de Galeão e Confins. Admitiu, assim, que “a análise dos comandos pertinentes às minutas do edital e do contrato deve se dar no 2º estágio do acompanhamento”<sup>27</sup> — estágio posterior à publicação do edital, inclusive porque o art. 8º, II, “c”, da Instrução Normativa TCU nº 27/1998 faculta ao administrador que envie o edital ao controlador em até cinco dias após a sua publicação.

### 3 As razões apresentadas pelo TCU para fundamentar a sua atuação preventiva

De acordo com o panorama constitucional, legislativo e infralegislativo traçado acima, o TCU não detém qualquer poder explícito de constrição de autoridades administrativas no momento prévio à publicação de editais em projetos de infraestrutura. A própria Corte de Contas já reconheceu esta circunstância. Na ementa de acórdão de 2008, de relatoria do Min. Guilherme Palmeira, lê-se o seguinte: “Não compete ao TCU deliberar a respeito da licitude do conteúdo de minuta de edital ainda não publicada e que, por isso, não consubstancia ato administrativo, por extrapolar o conjunto de competências conferido a esta Corte”.<sup>28</sup> Como foi visto no exemplo acima, no entanto, este entendimento tem sido afastado em alguns casos. Quando isso ocorre, como o TCU tem justificado a sua atuação?

#### 3.1 As razões práticas – A suposta conveniência social da atuação preventiva

São razões eminentemente práticas aquelas que o TCU suscita para justificar a sua atuação prévia. Nas palavras da Ministra relatora Ana Arraes no caso dos aeroportos de Galeão e de Confins: “a verificação de eventual não cumprimento das recomendações/determinações do Tribunal referentes a essa fase somente nessa altura [posterior] do processo tornará necessária a republicação do edital e a consequente reabertura de prazos. Ante a urgência máxima que se atribui a processos da natureza do ora em foco, postergar a análise das minutas de edital e de contrato juntadas aos autos para a etapa de avaliação do 2º estágio [após a publicação do edital] poderia trazer impactos negativos. Além de reduzir a possibilidade de contribuição deste Tribunal para o aperfeiçoamento do processo, aumentaria, nos casos de constatações mais relevantes, o risco de interrupções indesejáveis no cronograma originalmente previsto. Assim, seria importante antecipar a avaliação de pontos mais

<sup>27</sup> TCU, Acórdão nº 2.466/2013, Plenário, Relatoria da Min. Ana Arraes, j. em 11.09.2013, item 63.

<sup>28</sup> TCU, Acórdão nº 597/2008, Plenário, rel. Min. Guilherme Palmeira.

relevantes das minutas de edital e de contrato, como foi feito nas concessões anteriores, por exemplo, em relação à imprescindibilidade de mecanismos contratuais para garantir a modicidade de tarifas”.

Em resumo, a Relatora entende que a antecipação do exame pelo TCU (i) ampliaria a possibilidade de contribuição para o aperfeiçoamento do processo e (ii) evitaria interrupções indesejáveis no cronograma do projeto público. Ambos os argumentos parecem conduzir à ideia de que o controle prévio seria feito por conveniência social ou do próprio administrador público. Há alguns problemas com este raciocínio.

Em relação ao primeiro ponto, ele parece ignorar que, ao mesmo tempo que a antecipação da atuação do TCU amplia a possibilidade de contribuição para o aperfeiçoamento do projeto de infraestrutura, ela amplia também a possibilidade de intervenções indevidas deste órgão na esfera de liberdade do administrador público para modelar os projetos como melhor lhe parecer. É dizer: trata-se de argumento construído sobre uma concepção idealizada ou pouco realista da atuação do órgão fiscalizador. Tanto a hipótese da contribuição como a hipótese da intervenção indevida são igualmente concebíveis sob uma perspectiva teórica. Sendo assim, é preciso atentar para a opção adotada pelo direito em relação a este dilema — que, neste caso, é a de evitar esta intervenção prévia, tal como se demonstrou acima.

Em relação ao segundo ponto, a Ministra Ana Arraes parece estar fazendo referência à possibilidade de sustação do edital que a Constituição confere ao TCU. O argumento aqui seria o seguinte: como o TCU pode sustar o edital que entender irregular, é melhor que já faça o seu exame anteriormente, para evitar interrupções no cronograma, depois de publicado o edital.<sup>29</sup> O raciocínio não procede.

Em primeiro lugar, é preciso contestar que, de um ponto de vista estritamente temporal (estritamente relacionado, portanto, ao cronograma de execução dos projetos de infraestrutura), haja alguma vantagem em interromper o processo antes da publicação do edital e não após a sua publicação. Não há porque supor que a paralisação posterior seria maior do que o adiamento anterior. Ela seria apenas realizada em momento posterior. Aliás, no caso dos aeroportos do Galeão e de Confins, a imprensa chegou a noticiar que o governo acataria as observações do TCU para evitar atrasados adicionais na publicação do edital — quer dizer, atrasos no cronograma haverá com intervenções prévias ou posteriores.

Em segundo lugar, é curioso que o TCU utilize poderes que detém posteriormente para, numa espécie de ameaça velada, justificar a criação de poderes preventivos, supostamente em benefício do próprio administrador ou da sociedade.

<sup>29</sup> Este argumento apareceu também no voto do então Ministro do STJ Luiz Fux no RMS nº 17.996/RJ, Relator: Ministro Teori Zavascki, Relator p/Acórdão: Ministro José Delgado, 1ª Turma, j. em 1º.06.2006, *DI*, 21 ago. 2006, p. 233.

A extrair deste argumento todas as suas consequências, ter-se-ia que todo órgão que detém poderes posteriores de sanção jurídica se tornaria “por conveniência social” também um regulador prévio.

No MS nº 32.033/DF, o Supremo Tribunal enfrentou questão análoga, relativa à sua própria competência constitucional.<sup>30</sup> O Senador impetrante pedia à Suprema Corte que evitasse a tramitação de projeto de lei que dispunha sobre tema que o STF já julgara inconstitucional na ADI nº 4.430. O Ministro Gilmar Mendes chegou a conceder medida cautelar neste sentido, suspendendo a tramitação do Projeto de Lei até a deliberação final do Plenário da Corte. No julgamento do mérito da ação mandamental, no entanto, a maioria do STF decidiu pela impossibilidade de promoção deste controle prévio.<sup>31</sup> No voto da Ministra Cármen Lúcia, lê-se o seguinte: “Se inconstitucionalidade vier a ser praticada na elaboração normativa pelo Congresso Nacional o Supremo Tribunal poderá vir a ser convocado para atuar. Mas é certo que o direito tem o seu tempo e projeto de lei e exercício de competência, mas a matéria cuidada pelo Congresso lei ainda não é”. Quer dizer: o fato de que o STF detém o poder de julgar a constitucionalidade das leis não implica que ele possa barrar também projetos de lei. O mesmo raciocínio pode ser aplicado ao TCU: o fato de que ele pode sustar editais já publicados não implica que possa também intervir em meros projetos de editais.

Sob um ponto de vista estritamente prático, não é indiferente que o controle se dê previamente ou posteriormente à adoção de um ato. É intuitivo que o controlador se sentirá mais à vontade para ir fundo nas opções controladas nos casos em que elas ainda não tenham sido postas em prática e não tenham sido amplamente publicizadas. Dito de outro modo, é de se esperar que um órgão controlador seja *menos interventivo* num contexto em que determinado ato já foi praticado. Neste contexto, ao contrário do que ocorreria se pudesse atuar previamente, o controlador tenderia a negligenciar discordâncias menores e menos relevantes que eventualmente tenha com o administrador público. Num contexto de atuação preventiva, toda mínima divergência que o TCU tenha com o administrador público poderá suscitar

<sup>30</sup> STF, MS nº 32.033/DF, Plenário, Relator: Min. Gilmar Mendes; Relator p/Acórdão: Min. Teori Zavascki, j. 20.06.2013.

<sup>31</sup> Nos termos da ementa deste julgado: “A prematura intervenção do Judiciário em domínio jurídico e político de formação dos atos normativos em curso no Parlamento, além de universalizar um sistema de controle preventivo não admitido pela Constituição, subtrairia dos outros Poderes da República, sem justificação plausível, a prerrogativa constitucional que detém de debater e aperfeiçoar os projetos, inclusive para sanar seus eventuais vícios de inconstitucionalidade. Quanto mais evidente e grotesca possa ser a inconstitucionalidade material de projetos de leis, menos ainda se deverá duvidar do exercício responsável do papel do Legislativo, de negar-lhe aprovação, e do Executivo, de apor-lhe veto, se for o caso. Partir da suposição contrária significaria menosprezar a seriedade e o senso de responsabilidade desses dois Poderes do Estado. E se, eventualmente, um projeto assim se transformar em lei, sempre haverá a possibilidade de provocar o controle repressivo pelo Judiciário, para negar-lhe validade, retirando-a do ordenamento jurídico” (STF, MS nº 32.033/DF, Plenário, Relator: Min. Gilmar Mendes; Relator p/Acórdão: Min. Teori Zavascki, j. 20.06.2013).

uma comunicação neste sentido. Num contexto de atuação posterior, ao contrário, o órgão controlador tenderá a colocar na balança os inconvenientes de uma eventual sustação do edital para decidir se intervirá ou não. Deverá ponderar se a divergência que tem com o administrador público é de fato tão grave e tão séria a ponto de justificar (i) a interrupção de um projeto público e (ii) a incursão nos ônus políticos decorrentes desta interrupção.

A este ponto, parece demonstrado que respeitar a letra explícita da Constituição Federal — e portanto vedar a atuação preventiva do TCU — não é *indiferente* do ponto de vista prático, como quer fazer crer o TCU. Trata-se de opção que geraria o resultado prático de reduzir a intervenção do TCU e aumentar a liberdade do administrador público. Este resultado, aliás, é consentâneo com a intenção do legislador de fazer com que o TCU atue como um controlador posterior e eventual e não como um “quase administrador”. Além de não ser *indiferente* do ponto de vista prático, é preciso deixar claro que esta opção tampouco é *socialmente inconveniente*. Só pensaria assim quem supusesse que o TCU tem maiores condições de avaliar o que é lícito e regular do que o administrador público — suposição que não encontra respaldo constitucional.

Em resumo, a sistemática que o TCU instaura sob o argumento de que seria *conveniente* ou no *mínimo indiferente* do ponto de vista da sociedade ou do próprio administrador público na realidade subverte a lógica instaurada pelo Constituinte, gerando inclusive resultados opostos aos que ele teria pretendido. Nesta mesma direção, retome-se o julgamento em que o STF negou a validade de norma que conferia ao TCE do Rio de Janeiro poderes para determinar a apresentação prévia de editais de licitações, sob pena de sanção. Em especial, o Ministro Marco Aurélio, então presidente do STF, deixou clara a sua posição no sentido de que a obrigação de submissão prévia de projetos de editais (antes de sua publicação) faria o Tribunal de Contas substituir-se ao próprio administrador: “Se assento que, necessariamente, o administrador precisa, de forma automática, encaminhar para aprovação os editais de licitação ao Tribunal de Contas do Estado, afastando a atuação dele, do órgão, como administrador”. A Ministra Cármen Lúcia fez observação semelhante à da Ministra Ana Arraes, que agora se contesta. De acordo com a Ministra Cármen Lúcia, este exame prévio seria “extremamente cômodo” para o administrador, na medida em que “evita[ria] problemas preliminarmente”. Mas o Ministro Marco Aurélio retrucou que “essa comodidade [...] contraria princípio básico, revelador da autoadministração”.<sup>32</sup>

<sup>32</sup> STF, RE nº 547.063, Relator: Min. Menezes Direito, 1ª Turma, j. em 07.10.2008.



### 3.2 As eventuais razões jurídicas – A suposta existência de um “poder geral de cautela”

Seria cogitável ainda que a atuação prévia do TCU se fundamentasse num “poder geral de cautela” que seria implícito aos seus poderes corretivos. No caso dos aeroportos de Galeão e Confins, a justificativa não é assim articulada nem no acórdão da lavra da Ministra Ana Arraes, nem no acórdão da lavra do Ministro Augusto Sherman Cavalcanti. Neste último, no entanto, além das razões práticas citadas acima, afirma-se que a atuação prévia do TCU é necessária para “garantir efetividade à atuação desta Corte, em face do seu caráter também preventivo”.<sup>33</sup> A existência de um “poder geral de cautela” para o TCU já foi também reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, originalmente em Acórdão da lavra da Ministra Relatora Ellen Gracie, de novembro de 2003.<sup>34</sup> Esta interpretação, no entanto, não merece encômios.

Antes de ingressar na crítica direta ao raciocínio adotado pelo STF, é preciso deixar claro que o caso em que esta Suprema Corte reconheceu originalmente a existência de competências constitucionais cautelares implícitas guarda diferenças significativas com a hipótese deste artigo. No caso enfrentado pelo STF, tratava-se de suspensão cautelar, pelo TCU, de uma licitação na modalidade de tomada de preços promovida pela Companhia Docas do Estado de São Paulo (CODESP) para contratar escritório de advocacia em Brasília para acompanhamento de processos nos Tribunais Superiores e órgãos administrativos da Capital Federal. Um dos escritórios licitantes representara ao TCU a propósito de irregularidades no procedimento licitatório e o órgão de controle determinou a imediata suspensão do certame até que fosse julgado o mérito da questão. Neste caso, o edital já havia sido publicado e o procedimento licitatório já estava em curso. Nestas circunstâncias, o TCU possui competências corretivas explicitamente atribuídas pela Constituição. A questão que se punha era a de se seria necessário estender competências cautelares *adicionalmente (ou acessoriamente)* a estas competências corretivas que, indiscutivelmente, existiam. Já na hipótese de que cuida este artigo, não haveria edital algum publicado, nem se teria iniciado ainda a fase externa do procedimento licitatório. Ao contrário do que acontece na hipótese do edital já publicado, aqui a Constituição não estabelece nenhuma competência corretiva. O uso da autoridade deste julgado, portanto, é de utilidade duvidosa.

Mas é imprescindível ir além e contestar a própria procedência do entendimento do STF *mesmo no caso específico por ele solucionado* — aquele em que já há edital

<sup>33</sup> TCU, Acórdão nº 2.666/2013, Plenário, Relatoria do Min. Augusto Sherman Cavalcanti, j. em 02.10.2013, item 4.

<sup>34</sup> STF, MS nº 24.510/DF, Plenário, Rel. Min. Ellen Gracie, j. em 19.11.2003, *DJ*, 19 mar. 2004. O STF voltou a manifestar-se neste sentido em 2007: MC no MS nº 26.547/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 23.05.2007, *DJ*, 29 maio 2007.

de licitação publicado. O raciocínio do STF está baseado na necessidade de dar efetividade às competências explícitas estabelecidas pela Constituição Federal. O poder geral de cautela de que disporia o TCU seria uma *consequência necessária* da detenção de competências corretivas explícitas, como forma de torná-las efetivas na prática. A ideia é a de que o próprio Constituinte teria desejado esta interpretação, ou não faria sentido ter estabelecido as competências explícitas.

Os Ministros Carlos Ayres Britto e Gilmar Mendes debateram sobre a possibilidade de identificação de competências constitucionais implícitas. Britto defendia que as competências estabelecidas constitucionalmente devem ser entendidas como *numerus clausus*, e Mendes afirmava diversamente, no sentido de que é possível e mesmo usual que se faça interpretação extensiva dos poderes que a Constituição atribui a uma instituição pública. Ainda que se ultrapassasse esta discussão inicial, contudo, é preciso ter claro que o raciocínio das competências constitucionais implícitas só poderia ter lugar quando fosse compatível com o sistema de competências atribuído explicitamente pela Constituição. É dizer: não cabe ler implicitamente algo que a Constituição estatuiu explicitamente de outra maneira. E é este o principal problema da interpretação extensiva dos poderes do TCU ao qual a Corte procedeu. A Constituição Federal *não foi silente* sobre a existência de poder cautelar ao TCU. Ela o previu *expressamente*.

Com efeito, o art. 71, X, do texto constitucional estabelece que o TCU poderá determinar a *sustação* dos efeitos de atos administrativos irregulares. A sustação consiste precisamente em uma medida cautelar: ela não corresponde à anulação do ato administrativo nem resolve definitivamente a questão relativa à regularidade do ato. Ela consiste em providência voltada a evitar que se realizem os efeitos de ato que causaria danos ao erário público até a solução definitiva da questão — uma medida cautelar, portanto. Acontece que a Constituição não apenas previu esta competência cautelar, mas também disciplinou o seu exercício. A leitura combinada dos incisos IX e X do mencionado art. 71 deixa claro que a sustação dos efeitos de atos administrativos irregulares pelo TCU (i) será precedida do esgotamento de prazo que o próprio TCU assinar para que as autoridades administrativas pertinentes adotem as soluções cabíveis e (ii) será seguida da comunicação da decisão de sustação à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal.

Esta é a extensão do poder cautelar concedido constitucionalmente ao TCU e este é o procedimento específico que deve ser seguido para exercê-lo. Identificar a existência de um poder geral de cautela que permita ao TCU suspender atos e procedimentos administrativos sem que se estabeleça prazo às autoridades administrativas pertinentes para a adoção das soluções cabíveis não é identificar implicitamente competências que o próprio constituinte teria querido estabelecer — é desbaratar e ignorar a sistemática específica que o constituinte previu para a hipótese.

Nem se contraponha o argumento de que não faria sentido *deixar a ilegalidade e o dano público acontecerem*, para só depois permitir a atuação do TCU. Este argumento esteve presente nos debates do STF. Para objetar o entendimento do Ministro Ayres Britto, que negava a existência de um poder geral de cautela para o TCU, o Ministro Cezar Peluso questionou: “[o Tribunal de Contas] tem o poder de remediar, mas não o de prevenir? Vamos esperar seja consumada a ilegalidade para, só depois, atuar o [Tribunal de Contas]?”.<sup>35</sup> Em sentido parecido manifestou-se o Ministro Sepúlveda Pertence. A preocupação, no entanto, não procede.

Em primeiro lugar, o argumento é vulnerável a uma avaliação mais realista. Nos casos em que o TCU entender haver uma ilegalidade num projeto de infraestrutura, o que se tem não é *necessariamente* um prenúncio de dano, mas apenas um entendimento de um órgão público neste sentido. Mas não se ignore que haverá também o entendimento de outra instituição (da Administração Pública) em sentido contrário — considerando juridicamente válida a disposição editalícia contestada pelo TCU, por exemplo. Se há um risco de que o TCU esteja correto e que um dano se concretize, também há um risco de que o TCU esteja equivocado e que um projeto público relevante seja sobrestado. Nenhuma destas situações pode ser excluída previamente, e não é razoável enxergar apenas um dos riscos e disto extrair consequências jurídicas preventivas. Ao contrário: havendo divergências entre instituições públicas e risco na adoção de quaisquer dos entendimentos, é preciso atentar para a solução prevista no direito para esta situação. E aqui parece claro que o direito autorizou que o entendimento do TCU se sobrepusesse ao entendimento da Administração Pública *apenas na hipótese* de atos administrativos já emitidos e após cumpridos alguns requisitos procedimentais específicos. Não há um poder geral do TCU de dizer o direito.

Em segundo lugar, ainda que se admita para argumentar que o TCU tenha razão, não é possível supor que a negação a este órgão de um poder geral de cautela implique necessariamente a concretização do dano ou da ilegalidade. É que o próprio direito prevê os remédios para que não ocorram tais danos. Os interessados em evitá-los devem recorrer ao Poder Judiciário para obter um provimento liminar cautelar neste sentido. É o Poder Judiciário que, na sistemática estabelecida pelo Constituinte, tem poderes para impedir, de forma preventiva e cautelar, a publicação de um edital de licitação com violações à lei. Nesta sistemática estabelecida pelo Constituinte, o TCU tem poderes de cautela, mas eles são limitados e precedidos por um procedimento específico — é o Poder Judiciário que tem poder geral de cautela.<sup>36</sup> Neste contexto, reconhecer “poder geral implícito de cautela” ao TCU não é exatamente prever uma

<sup>35</sup> STF, MS nº 24.510/DF, Plenário, Rel. Min. Ellen Gracie, j. em 19.11.2003, *DJ*, 19 mar. 2004.

<sup>36</sup> Sobre as diferenças na sistemática acautelatória do TCU e do Poder Judiciário, em especial no que concerne a questão da indenização pelos prejuízos causados por uma providência cautelar posteriormente suspensa, veja-se JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 1083.

solução jurídica para uma situação em que o direito não prevê nenhuma: é substituir a solução prevista pelo direito por outra que se julga mais adequada. Do ponto de vista institucional, constitui transferência de competências do Poder Judiciário para o TCU.

Além dos licitantes ou demais interessados, naturalmente poderá o próprio TCU, através de sua procuradoria, provocar o Poder Judiciário para obter *dele* o provimento cautelar que julgar conveniente para o caso concreto. Intuitivamente, espera-se inclusive que esta seja a situação mais recorrente. Afinal, a legislação prevê que este órgão de controle examinará previamente os estudos relativos aos projetos de infraestrutura e poderá tomar conhecimento de disposições editalícias que entenda irregulares. A legislação apenas não prevê poderes concretos a serem utilizados nesta hipótese. Disso resulta que o TCU poderá atuar nos domínios para os quais não lhe é necessária nenhuma habilitação jurídica específica (ex.: poderá recomendar alterações para o administrador ou levar a questão ao Poder Judiciário), mas não poderá impor ele próprio medida constritiva alguma.

## 4 Conclusões

O contexto atual favorece a ampla intervenção do TCU sobre projetos de infraestrutura. De um lado, a Constituição põe sob a sua guarda valores extremamente amplos (em especial, a legitimidade e a economicidade dos atos administrativos). De outro, há um movimento de interpretação extensiva dos poderes que o TCU detém para protegê-los. O STF entende que as competências que a Constituição atribuiu explicitamente a esta Corte de Contas pressupõem outras, implícitas, que lhe assegurariam um “poder geral de cautela”. O próprio TCU sustenta que a intervenção prévia em editais de licitação, apesar de não estar prevista em norma de nenhuma hierarquia, seria conveniente para a sociedade e para o administrador público — ou, no máximo, ser-lhe-ia irrelevante. O administrador público, por sua vez, tem sucumbido ao avanço do TCU e permitido a sua intervenção prévia.

Esta última circunstância, em especial, merece algum desenvolvimento.<sup>37</sup> Tendo em vista que a atuação sancionatória do TCU incide sobre os gestores públicos individualmente considerados, gera-se um incentivo claro a que eles admitam o controle prévio deste órgão fiscalizador, numa espécie de “instinto de autopreservação”. Afinal, o controle prévio funcionaria como um “salvo conduto” desejado pelo administrador antes da realização da licitação. Além do medo da penalização, a propensão dos administradores para aceitar o controle prévio pode decorrer de receio

<sup>37</sup> Devo as observações deste parágrafo a comentários de Marcelo Lennertz e Maurício Portugal Ribeiro, após leitura de versões preliminares deste trabalho.

de danos reputacionais causados por uma eventual sustação posterior do edital sob o argumento de ilegalidades. Assim, no âmbito do governo federal, ao menos nos últimos dez anos, a regra tem sido a do envio das minutas de edital e contratos para o TCU no momento do envio dos estudos de viabilidade. Trata-se de procedimento que termina por consolidar a atuação prévia do TCU. O único caso recente em que o governo federal publicou um edital de licitação sem aprovação prévia do TCU sobre os estudos de viabilidade foi o da concessão do Campo de Libra. Em todos os outros casos, esperou-se a manifestação do órgão fiscalizador, mesmo quando ele ultrapassou os prazos estabelecidos em suas próprias Instruções Normativas para fazê-lo. Como consequência, a Corte de Contas acaba atuando nos projetos de infraestrutura quase como um administrador, participando ativamente das decisões governamentais relativas à sua modelagem.

Não há nada que possa ser feito juridicamente para impedir que, em instinto de preservação, os administradores enviem voluntariamente os projetos de editais e se submetam às considerações tecidas pelo TCU — nem este artigo sugere que este procedimento seja juridicamente inválido. O que aqui se sustentou foi o seguinte:

- (i) O TCU não pode *exigir* a apresentação de minuta de edital ainda não publicado.<sup>38</sup> Naturalmente, no entanto, o administrador público pode *optar* por enviá-la, para receber sugestões do TCU.
- (ii) O TCU não detém poderes para intervir de forma autoritativa numa minuta de edital ainda não publicada. As competências constitucionais explícitas que se atribuíram ao TCU não implicam necessariamente competências implícitas geradoras de um “poder geral de cautela”.
- (iii) Na ausência de poderes que permitam ao TCU emitir *determinações* ao administrador público antes da publicação de um edital de licitação, a única atuação que lhe cabe neste momento é a *opinativa*. Como se adiantou acima, este tipo de atuação independe de qualquer previsão constitucional específica. De todo modo, o administrador não está juridicamente obrigado a acolher eventuais sugestões desta Corte.
- (iv) Mesmo após a publicação do edital, o TCU não tem poderes para anulá-lo. Se entender que há vícios de legalidade, legitimidade e economicidade, poderá apenas *sustar* o edital e suspender a licitação. Eventual irrisignação do administrador público com esta orientação da Corte de Contas deverá ser resolvida pelo Poder Judiciário.
- (v) As três orientações acima (do STF, do TCU e do administrador público), que favorecem a intervenção prévia do TCU, terminam por consagrar um estado

<sup>38</sup> Afinal, o próprio STF já decidiu, em acórdão citado anteriormente, que a obrigação de remessa do projeto do edital não está prevista na legislação nacional e não poderia ser inserida por normatização autônoma dos Tribunais de Contas (STF, RE nº 547063, Relator: Min. Menezes Direito, 1ª Turma, j. em 07.10.2008).

de coisas que o Constituinte claramente quis afastar desde 1967, quando alterou a sistemática do controle externo.

(vi) Não é irrelevante ou necessariamente positivo, do ponto de vista social, que o órgão que possui poderes de controle *a posteriori* os exerça também preventivamente.

O autor reconhece os esforços do TCU de garantir a legalidade, a legitimidade e a economicidade da ação administrativa. Em muitos casos, compartilha ainda do seu entendimento substancial, acreditando que as opções do TCU são superiores às da Administração Pública, no sentido de mais convenientes para a realização do interesse público. De todo modo, entende também que não cabe nem a ele, nem ao TCU tomar estas decisões ou interferir nas opções da Administração ainda antes de que elas sejam publicadas. Ainda que esta solução interventiva possa às vezes se revelar substancialmente positiva, ela será sempre negativa do ponto de vista institucional.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados: controlador ou administrador?. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 209-230, out./dez. 2014.

---