



CONTROLE PÚBLICO

De onde vem o 'poder' do TCU para barrar desestatizações?

Se controle prévio é bom, faltou combinar com o Direito

DANIEL BOGÉA
ANDRÉ ROSILHO
EDUARDO JORDÃO

02/02/2022 13:10



Prédio do Tribunal de Contas da União. Crédito: Leopoldo Silva/Agência Senado

É fato: com base em **norma interna**, o Tribunal de Contas da União (TCU) tem realizado controle prévio de processos de desestatização. Há pouco, por exemplo, deu sinal verde para a concessão da Companhia Docas do Espírito Santo depois que o governo acatou seus apontamentos (Acórdão nº 2.931/2021).

Há intenso debate sobre a conveniência do controle prévio em contratações públicas. De um lado, há quem sustente que o modelo diminui a capacidade dos gestores de tomar decisões, transformando-os em braço quase mecânico do controle. A tendência de acatar o que o TCU propõe decorre de um mix de instinto de sobrevivência (temor de responsabilização), pragmatismo (para agilizar, melhor aceitar) e esperteza (acatar os apontamentos para partilhar riscos). De outro, há quem sustente que ele é fundamental para prevenir modelagens contratuais equivocadas e aperfeiçoar trabalhos técnicos insuficientes e defeituosos.

Mas o direito brasileiro atribui ao TCU o poder de realizar controle prévio de contratações públicas?



Antecipe os impactos da crise que definirá a eleição de 2022

O JOTA PRO Poder te ajuda a enfrentar a instabilidade política brasileira com análises dos nossos especialistas, relatórios e alertas por WhatsApp.

Solicite uma demonstração

A Constituição optou pelo controle *a posteriori* como regra (ver **aqui** e **aqui**). A reconstrução dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte corrobora essa

conclusão ^[1]. Especificamente em relação a contratos, a Constituição de 1988, repetindo a fórmula que passou a ser adotada pela Constituição de 1967, não conferiu ao TCU qualquer poder de veto prévio.

É sedutora a retórica segundo a qual a intervenção prévia seria condição para a efetividade do controle. Por essa lógica, a atuação *ex-ante* seria necessária para proteger o erário de maus gestores e de órgãos com deficiências estruturais de capacidade regulatória. Mas o limite do controle externo não pode ser redesenhado para além das fronteiras da Constituição. A própria **concepção do Estado de Direito** contém em seu núcleo a proteção de meios para evitar sua subversão pelos fins.

No plano legal, a **Lei 8.666/93** autoriza o controle de editais de licitação, mas apenas após sua publicação (artigo 113, §2º). A **Lei 14.133/21**, por sua vez, autoriza o tribunal a “suspender cautelarmente o processo licitatório” (artigo 171, §1º). Ao fazê-lo, o diploma não se referiu à fase preparatória, claro, mas ao que vem depois do edital — do contrário, seria incompatível com a Constituição.

Normalmente apontado pelo TCU como base legal para controle prévio de desestatizações, o artigo 18, VIII, da **Lei 9.491/97**, diz 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 se limita a afirmar que o Tribunal irá apreciar (e não aprovar previamente) os documentos relativos a processo de desestatização; não lhe confere poder adicional aos que previu a Constituição ^[2]. O dispositivo, aliás, vigora há 31 anos (desde o artigo 21, XIII, da **Lei 8.031/90**). Se dele se extraísse competência para controle prévio, teria o TCU se eximido de exercê-la até 1995, quando editou a primeira norma interna sobre o tema (IN 10)?

O TCU pode emitir opinião quando quiser sobre temas de gestão pública. Mas em matéria contratual, sua opinião prévia não é impositiva, não tem força jurídica. No que tange ao controle prévio de contratações, o **TCU agigantado** não é escolha do Direito.

^[1] Ver André Rosilho. *Tribunal de Contas da União – competências, jurisdição e instrumentos de controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 74 e ss.

^[2] Cf. Eduardo Jordão. “A intervenção do Tribunal de Contas da União sobre editais de licitação não publicados: controlador ou administrador?” (capítulo 11). *Tribunal de Contas da União no Direito e na Realidade*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 349.

JOTA PRO Poder: soluções inteligentes para monit...



Conheça o JOTA PRO Poder

DANIEL BOGÉA – Pesquisador do Observatório do TCU da FGV Direito SP + sbdp. Doutorando em Ciência Política (USP). Mestre em Direito do Estado (USP). Mestre em Ciência Política (UnB). Sócio de Piquet, Magaldi e Guedes Advogados. Diretor-Executivo do Instituto Desburocratizar.

ANDRÉ ROSILHO – Professor da FGV Direito SP. Coordenador do Observatório do TCU da FGV Direito SP + Sociedade Brasileira de Direito Público – sbdp. Doutor em direito pela USP. Mestre em direito pela FGV Direito SP. Advogado.

EDUARDO JORDÃO – Professor da FGV Direito Rio e sócio do Portugal Ribeiro Advogados. Doutor pelas Universidades de Paris e de Roma. Mestre pela USP e pela LSE. Foi pesquisador visitante em Harvard, Yale, MIT e Institutos Max Planck.