

II CONCURSO DE MONOGRAFIAS DO TCE SP
PRÊMIO ÁLVARO GOMES DA ROCHA AZEVEDO 2024

TESE DE DOUTORADO

TRIBUNAL DE CONTAS FORTALECENDO O PLANEJAMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS:
PROPOSTAS A PARTIR DO SETOR DA INFRAESTRUTURA

São Paulo
2024

RESUMO

Trata-se de tese de doutorado inédita, aprovada com distinção *summa cum laude*, que defende a competência do Tribunal de Contas para fortalecer o planejamento estatal para a efetivação de políticas públicas eficientes, inclusivas, e sustentáveis nos aspectos social, financeiro, econômico e ambiental. Faz-se um recorte temático com ênfase no TCU e no setor de políticas de infraestrutura. Demonstra-se que, apesar de seu caráter essencial para o desenvolvimento nacional, as políticas públicas na área da infraestrutura têm apresentado resultados insuficientes para as necessidades do país nas últimas décadas. O Estado brasileiro não tem sido capaz sequer de conservar a infraestrutura já existente. Uma das principais causas desse problema são as falhas no planejamento estatal, que se identificam de diferentes formas, como na deficiência de critérios de priorização de projetos de infraestrutura, de repartições claras de atribuições administrativas, de metas e indicadores de acompanhamento fidedignos e de recursos suficientes para a finalizar projetos em andamento. Evidencia-se a necessidade de ênfase da atuação das Cortes de Contas para a função de retroalimentar o planejamento estatal, de forma que produza impactos positivos principalmente em setores que necessitam de planos e projetos de longo prazo, como a infraestrutura. Isso demanda que os tribunais de contas atuem para que o Estado: i) de um lado, continuamente requalifique a elaboração de instrumentos de planejamento estatal (como o plano plurianual e planos nacionais, regionais e setoriais), e; ii) de outro, observe a aderência das ações governamentais a esses instrumentos. Defende-se que essa função seja inserida na concepção de *controle de legitimidade* a ser exercido pelo Tribunal de Contas. Trata-se de parâmetro de controle, que, apesar de previsto na Constituição e na legislação infraconstitucional, ainda não possui critérios claros de aplicabilidade. Diante disso, um controle de legitimidade destinado a retroalimentar o planejamento possibilita que o Tribunal de Contas, em matéria de infraestrutura, contribua para que haja a promoção: i) de aperfeiçoamentos na elaboração de instrumentos de planejamento orçamentário (plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária anual) e de planos, estratégias e políticas nacionais, regionais e setoriais relacionadas à infraestrutura; ii) de aprimoramentos na estruturação de parcerias de investimentos, como concessões e parcerias público-privadas na infraestrutura; iii) do combate ao crítico cenário de obras paralisadas; iv) de maior harmonia entre as políticas públicas desenhadas para a infraestrutura e a atividade de regulação sobre projetos e serviços no setor; v) de alocação de recursos de emendas parlamentares em obras e projetos que melhor atendam os objetivos nacionais planejados; vi) da priorização de projetos em infraestrutura sustentável; vii) da implementação de novos parâmetros de planejamento de contratações públicas diante da Lei nº 14.133/2021, e; viii) da avaliação, na análise da prestação de contas anuais, sobre aderência entre o executado e o planejado ou das razões que a tenham impossibilitado.

Palavras-chave: Políticas públicas. Infraestrutura. Planejamento estatal. Tribunais de contas. Controle de legitimidade.

ABSTRACT

This is an original doctoral thesis, approved with distinction *summa cum laude*, which argues for the competence of the Court of Auditors to strengthen state planning for the implementation of efficient, inclusive, and sustainable public policies in the social, financial, economic, and environmental dimensions. The thesis focuses on the Federal Court of Auditors (TCU) and the infrastructure policy sector. It demonstrates that, despite being essential for national development, public policies in the infrastructure sector have yielded insufficient results to meet the country's needs in recent decades. The Brazilian state has not even been able to maintain the existing infrastructure. One of the main causes of this problem lies in the failures in state planning, which manifest in various ways, such as the lack of criteria for prioritizing infrastructure projects, unclear divisions of administrative responsibilities, the absence of reliable goals and monitoring indicators, and insufficient resources to complete ongoing projects. The thesis emphasizes the need for greater involvement of the Courts of Auditors in the function of feeding back into state planning, so that it produces positive impacts, particularly in sectors requiring long-term plans and projects, such as infrastructure. This requires that the Court of Auditors play an active role in ensuring that the state: i) continuously improves the formulation of state planning instruments (such as the multi-year plan, and national, regional, and sectoral plans), and ii) monitors the alignment of government actions with these instruments. It is argued that this function should be incorporated into the concept of legitimacy control exercised by the Court of Auditors. This is a control parameter that, although provided for in the Constitution and infraconstitutional legislation, still lacks clear applicability criteria. In this context, legitimacy control aimed at feeding back into planning allows the Court of Auditors to contribute, in the area of infrastructure, to the promotion of: i) improvements in the formulation of budgetary planning instruments (multi-year plans, budget guidelines law, and annual budget law), as well as national, regional, and sectoral plans, strategies, and policies related to infrastructure; ii) enhancements in the structuring of investment partnerships, such as concessions and public-private partnerships in infrastructure; iii) efforts to combat the critical issue of stalled projects; iv) greater alignment between public policies designed for infrastructure and the regulatory activities overseeing projects and services in the sector; v) better allocation of resources from parliamentary amendments to projects and works that best align with national planning objectives; vi) prioritization of sustainable infrastructure projects; vii) the implementation of new parameters for public procurement planning under Law No. 14,133/2021; and viii) the evaluation, in the analysis of annual accountability reports, of the alignment between planned and executed actions or the reasons for any divergence.

Keywords: Public Policies, Infrastructure, State Planning, Courts of Auditors, Legitimacy Control.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 – Estimativa das fontes de financiamento do PPA 2024-2027 (%)	73
Figura 2 – Estoque da infraestrutura brasileira – 1970-2016 (em % do PIB)	167
Figura 3 – Estoque de infraestrutura de diferentes países (% do PIB).....	167
Figura 4 – Série histórica dos investimentos públicos – 1947-2022 (% do PIB).....	170
Figura 5 – Investimento do setor público (% do PIB)	171
Figura 6 – Investimentos no OFSS – 2013-2023 (bilhões de reais).....	171
Figura 7 – Investimentos – Governo central e empresas públicas federais (% do PIB)	172
Figura 8 – Dotação na LOA da União referente a obras públicas – 2011-2021 (bilhões)	172
Figura 9 – Execução orçamentária da Administração Federal em saneamento básico – 2018-2022 (R\$ milhões).....	389

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABDI	Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial
ABDIB	Associação Brasileira da Infraestrutura e Indústrias de Base
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADP	Atividade Diretamente Produtiva
AGU	Advocacia-Geral da União
AIR	Análise de Impacto Regulatório
ANA	Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico
ANAC	Agência Nacional de Aviação Civil
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANTAQ	Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
BNDES	Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social
CBS	Contribuição sobre Bens e Serviços
CEPAL	Comissão Econômica para América Latina e o Caribe
CF	Constituição Federal de 1988
CFS	Capital Fixo Social
CGF	Conselho de Gestão Fiscal
CGU	Controladoria-Geral da União
CIPI	Cadastro Integrado de Projeto de Investimento
CIP-Infra	Comitê Interministerial de Planejamento da Infraestrutura
CMN	Conselho Monetário Nacional
CMO	Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
coLAB-i	Laboratório de Inovação do Tribunal de Contas da União
CONACI	Conselho Nacional de Controle Interno
CONOF/CD	Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados
CONORF/SF	Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira do Senado Federal
COP	Conferência das Partes
CPIN	Plataforma de Compras Públicas Para Inovação
CRD-Infra	Comitê de Resolução de Disputas Judiciais de Infraestrutura
DNIT	Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes
DOCC	Despesas obrigatórias de caráter continuado
EBC	Empresa Brasil de Comunicação
EBIA	Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial
EFD	Estratégia Federal de Desenvolvimento
ENDES	Estratégia Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social

ESG	Environmental, Social and Governance
FAO	Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura
FBSP	Fórum Brasileiro de Segurança Pública
FGP	Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas
FINEP	Financiadora de Estudos e Projetos
FMI	Fundo Monetário Internacional
FND	Fundo Nacional de Desestatização
FNMC	Fundo Nacional sobre Mudança do Clima (Fundo Clima)
FPE	Fundo de Participação dos Estados
FPM	Fundo de Participação dos Municípios
GEE	Gases de efeito estufa
GIZ	<i>Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit</i>
GND	Grupo de Natureza de Despesa
IBS	Imposto sobre Bens e Serviços
INESC	Instituto de Estudos Socioeconômicos
INSS	Instituto Nacional de Seguro Social
INTOSAI	Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (<i>International Organization of Supreme Audit Institutions</i>)
IPCA	Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
ISC	Instituição superior de controle
LDO	Lei de Diretrizes Orçamentárias
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
LOA	Lei Orçamentária Anual
LRF	Lei de Responsabilidade Fiscal
MAO	Manual de Auditoria Operacional
MDIC	Ministério do Desenvolvimento, Indústria, Comércio e Serviços
MF	Ministério da Fazenda
MGISP	Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos
MI	Mandado de injunção
MLSB	Marco Legal do Saneamento Básico
MLSEI	Marco Legal das Startups e do Empreendedorismo Inovador
MPO	Ministério do Planejamento e Orçamento
MPor	Ministério de Portos e Aeroportos
MS	Mandado de segurança
NDC	Contribuições Nacionalmente Determinadas (<i>Nationally Determined Contributions</i>)
ODS	Objetivo de Desenvolvimento Sustentável
OFSS	Orçamento Fiscal e da Seguridade Social
OGU	Orçamento Geral da União
OLACEFS	Organização Latino-Americana e do Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores
ONU	Organização das Nações Unidas

PAAR	Plano anual de aplicação de recursos do Fundo Clima
PAC	Programa de Aceleração do Crescimento
PGE	Procuradoria-Geral do Estado
PGM	Procuradoria-Geral do Município
PGR	Procuradoria-Geral da República
PIB	Produto Interno Bruto
PIL	Programa de Investimentos em Logística
PILPI	Plano Integrado de Longo Prazo da Infraestrutura
PISF	Projeto de Integração do Rio São Francisco
PIT	Planejamento Integrado de Transportes
PLDO	Projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias
PLN	Projeto de Lei do Congresso Nacional
PLOA	Projeto de Lei Orçamentária Anual
PLPPA	Projeto de Lei do Plano Plurianual
PND	Programa Nacional de Desestatização
PNE	Plano Nacional de Educação
PNI	Programa Nacional de Imunizações
PNL	Plano Nacional de Logística
PNMC	Política Nacional sobre Mudança do Clima
PNSP	Plano Nacional de Segurança Pública e Defesa Social
PNUMA	Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente
PPA	Plano Plurianual
PPI	Programa de Parcerias de Investimentos
PPP	Parceria Público-Privada
PRDNE	Plano Regional de Desenvolvimento do Nordeste
PROCOFE	Programa de Concessões de Rodovias Federais
PSTT	Plano Setorial de Transportes Terrestres
RAEO	Relatório anual de execução orçamentária
RESOLVE	Rede Federal de Mediação e Negociação
SecexConsenso	Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos do TCU
SecexEnergia	Secretaria de Controle Externo de Energia e Comunicações do TCU
SELIC	Sistema Especial de Liquidação e de Custódia
SICRO	Sistema de Custos Referenciais de Obras
SINAPI	Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil
SSC	Solução consensual de conflitos
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STN	Secretaria do Tesouro Nacional
SUS	Sistema Único de Saúde
TCE	Tribunal de Contas do Estado
TCU	Tribunal de Contas da União

TJ	Tribunal de Justiça
TRF	Tribunal Regional Federal
TSE	Tribunal Superior Eleitoral
UNFCCC	Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima

SUMÁRIO

Introdução	17
1 Políticas públicas, prioridades constitucionais e planejamento estatal	27
1.1 Políticas públicas como meio de efetivação de prioridades constitucionais.....	27
1.2 Políticas públicas na era do Estado digital	39
1.3 O adequado planejamento estatal como dever fundamental que não admite de retrocessos	47
1.4 A necessidade de fortalecer a integração entre planejamento e orçamento público para o combate ao casuísmo orçamentário	56
1.4.1 Alocação planejada de recursos	57
1.4.2 Planejamento e o PPA.....	70
1.4.3 Planejamento e a LDO.....	85
1.4.4 Planejamento e a LOA.....	90
2 Tribunal de contas e a consagração das prioridades constitucionais	95
2.1 Fortalecimento e ampliação das competências do tribunal de contas a partir da Constituição de 1988	95
2.2 Entre o micro e o macrocontrole externo	106
2.3 Prioridades constitucionais e a sindicabilidade da discricionariedade administrativa pelo tribunal de contas.....	113
2.4 Repercussões do paradigma do Estado digital no controle externo de políticas públicas.....	128
2.4.1 Novos parâmetros de controle	133
2.4.2 Novos mecanismos para as ações de controle	140
2.4.3 Riscos da transformação digital e o papel do controle externo.....	147
3 Infraestrutura e TCU: instrumentos de controle sob enfoques atuais	155
3.1 Infraestrutura pública	155
3.1.1 Conceito, características e termos correlatos	155
3.1.2 Infraestrutura, planejamento e desenvolvimento: reflexões sobre o Brasil perante conjunturas atuais.....	159
3.1.3 Financiamento da infraestrutura brasileira: um cenário desafiador	166

3.1.4 Limitações ao investimento público e ao planejamento da infraestrutura: da austeridade fiscal à captura parlamentar do orçamento	174
3.2 Controle das obras públicas.....	188
3.2.1 Licitações e contratações administrativas para obras públicas	188
3.2.2 Plano de fiscalização anual – Fiscobras: características relevantes e resultados	192
3.3 Concessões, PPPs e outras parcerias de investimentos perante o TCU.....	201
3.3.1 Parcerias de investimentos: tendências diante das restrições orçamentárias	201
3.3.2 Controle externo nas parcerias de investimentos	206
3.4 TCU e a atividade regulatória em temas de infraestrutura.....	212
3.5 Auditoria operacional: aspectos controversos e impactos sobre a infraestrutura	218
3.6 Controle consensual em infraestrutura: experiências e novas perspectivas..	229
3.6.1 Administração dialógica e governança democrática	229
3.6.2 Consensualismo e tribunais de contas: possibilidades e ressalvas	239
3.6.3 Termo de ajuste de gestão – TAG: alternativa para a correção de rotas em políticas em infraestrutura.....	245
3.6.4 Solicitação de Solução Consensual – SSC: novo paradigma do consensualismo perante o TCU.....	255
3.6.4.1 Constatações após pedido de informações para análise do processo que originou a IN nº 91/2022	255
3.6.4.2 Análise do procedimento de SSC e propostas de aperfeiçoamento..	257
3.6.4.3 Primeiros resultados e algumas reflexões	263
4 Por um controle do TCU para fortalecer o planejamento e os impactos na infraestrutura	272
4.1 Nova concepção do controle de legitimidade pelos tribunais de contas	272
4.1.1 Conceito proposto.....	272
4.1.2 Características e funções	280
4.1.3 Principais fundamentos jurídico-normativos	290
4.2 Precedentes do TCU em infraestrutura: aperfeiçoamentos necessários em prol do planejamento	295
4.3 Evolução do controle pelo TCU de concessões, PPPs e parcerias de investimentos	310

4.4	Combate às obras paralisadas por meio do controle de legitimidade.....	317
4.4.1	Um problema de consequências multifacetadas	317
4.4.2	Fiscalização para o monitoramento eficiente de obras públicas.....	321
4.4.3	A prioridade de projetos em andamento sobre novos projetos	329
4.5	Regulação: limites e possibilidades ao controle de legitimidade.....	333
4.6	Controle de legitimidade sobre emendas parlamentares destinadas à infraestrutura.....	339
4.7	Controle de legitimidade e infraestrutura sustentável	348
4.7.1	A necessária priorização da infraestrutura sustentável.....	348
4.7.2	Violações à sustentabilidade ambiental e o controle de legitimidade	354
4.7.2.1	Meta ineficaz da Política Nacional sobre Mudança do Clima – PNMC	356
4.7.2.2	Fundo Clima: inobservância das diretrizes e objetivos planejados....	357
4.7.2.3	Fragilidades do plano de transformação ecológica	365
4.8	Controle de legitimidade das contratações públicas de infraestrutura: novas balizas diante da Lei nº 14.133/2021	367
4.9	Controle de legitimidade na prestação de contas anuais.....	375
4.9.1	Contas anuais e a evidenciação da aderência entre o planejado e o executado	376
4.9.2	Contas presidenciais e experiências no âmbito do TCU.....	384
	Conclusão	391
	Síntese estendida da tese.....	395
	Referências	408

INTRODUÇÃO

Para quem não sabe para onde vai, qualquer caminho serve¹. A definição de objetivos, bem como de meios e prazos para seu alcance, forma a ideia de *planejamento* como fator de progresso em qualquer esfera da vida pessoal ou em sociedade.

Assim também ocorre com o Estado. O planejamento estatal é responsável pelo estabelecimento de estratégias, ações e metas para o desenvolvimento de seu povo, por meio da realização dos objetivos prioritários da nação.

No Brasil, o planejamento atingiu seu auge entre as décadas de 1930 e 1980, registrando crescimento médio acima de 6% do PIB por ano, uma das maiores ascensões econômicas do mundo naquele período². Esse planejamento brasileiro foi materializado por diferentes planos nacionais, que tinham os investimentos em infraestrutura como um dos seus principais pilares³.

Posteriormente, a Constituição de 1988 estabeleceu normas que elevam a importância do planejamento estatal para a conquista de objetivos prioritários do país. De um lado, previu o dever do Estado de alcançar avanços civilizatórios ambiciosos para o bem-estar social e desenvolvimento nacional, como o amplo rol de direitos e garantias fundamentais, a universalização de políticas sociais em diversas áreas, a eliminação da miséria e o combate às desigualdades regionais. De outro, para alcançar esses objetivos, conferiu ao planejamento uma posição central. Entre diferentes normas constitucionais sobre o tema⁴, destaca-se aquela que caracteriza o

¹ No livro “Alice no País das Maravilhas”, de Lewis Carroll, tornou-se famoso o diálogo entre os personagens Alice e o Gato Cheshire, especialmente quando Alice questiona: “o senhor poderia me dizer, por favor, qual o caminho que devo tomar para sair daqui?”. “Isso depende muito para onde você quer ir”, disse o Gato. Ao que Alice retrucou: “não me importo muito para onde”. Foi quando o Gato respondeu: “então, não importa o caminho que você escolha” (CARROLL, Lewis. *Alice no país das maravilhas*. Trad. Clélia Regina Ramos. Versão para eBook. Petrópolis: Editora Arara Azul, 2002, p. 59).

² PETIT, Tatiana. O gigante que encolheu. *Revista Pesquisa FAPESP*, São Paulo, edição 90, ago. 2003, p. 78-81.

³ Como o Plano Especial de Obras Públicas e Aparelhamento da Defesa Nacional (1939-1943); o Plano Especial de Obras Públicas (1939-1943); o Plano de Obras e Equipamentos (1944-1948); Plano SALTE (1950-1951); o Plano de Metas (1956-1961); o Plano Trienal de Desenvolvimento Econômico e Social (1963-1965, interrompido pelo Golpe Militar de 1964); o Programa de Ação Econômica do Governo, (1964-1966); o Programa Estratégico de Desenvolvimento (1967-1970); o Programa de Integração Nacional (1970-1971); I Plano Nacional de Desenvolvimento (1972-1974), e; o II Plano Nacional de Desenvolvimento (1975-1979).

⁴ Como será melhor estudado no item 1.3.

planejamento como *determinante* ao Poder Público e *indicativo* ao setor privado (art. 174).

É a Constituição que confere as bases para o planejamento do Estado brasileiro. Tendo ela como ponto de partida, o planejamento deve ser materializado por diferentes instrumentos, tais como políticas, planos e estratégias de âmbito nacional, regional, setorial. A Carta de 1988 dispõe sobre a responsabilidade compartilhada entre Executivo e Legislativo para a edição de leis sobre planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento econômico e social (art. 21, IX e art. 48, IV, da CF). Também há elementos de planejamento em alguns instrumentos firmados perante a ordem internacional, como agendas multilaterais acordadas perante a Organização das Nações Unidas – ONU⁵.

O planejamento não se confunde nem se resume ao orçamento público. Mas, diante da limitação de recursos, não há como concretizar objetivos e metas planejadas sem a alocação e execução eficiente do orçamento. Por isso, o modelo de planejamento estatal estabelecido na Constituição também atribui especial importância à lei orçamentária anual – LOA, à lei de diretrizes orçamentárias – LDO e, sobretudo, por se destinar a estabelecer diretrizes, objetivos e metas para além do curto prazo, ao plano plurianual – PPA.

No entanto, apesar das normas da Carta de 1988, o planejamento perdeu protagonismo e efetividade no Brasil nas últimas décadas. Políticas, planos, estratégias de médio e longo prazo são descumpridos sem maiores consequências. Recente anúncio da gestão federal sobre a futura divulgação de um plano de políticas públicas para 2050 foi acompanhado de um reconhecimento do histórico de falta de credibilidade e efetividade dos instrumentos de planejamento no Brasil – considerados muitas vezes como meros “documentos de prateleira”⁶.

A esse respeito, Élica Graziane Pinto⁷ chama a atenção para o baixo nível de aderência das ações governamentais ao planejamento estatal no Brasil. O gestor que

⁵ Como a Agenda 2030 da ONU, que prevê os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável com estratégias e metas de desenvolvimento econômico, social e ambiental a serem alcançadas até o fim da presente década.

⁶ PUPO, Fábio; GABRIEL, João. Governo Lula discutirá plano de país até 2050 e quer transformar agenda em lei. *Folha de S. Paulo*, Brasília, 14 de julho de 2024.

⁷ PINTO, Élica Graziane. *Ciclo das políticas públicas e legitimidade compartilhada das escolhas alocativas: um estudo em busca da vinculação à força normativa do planejamento*. In: PINTO, Élica Graziane; SARLET, Ingo Wolfgang; PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; OLIVEIRA, Odilon Cavallari de. *Política Pública e Controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 105-112.

planeja é o mesmo que descumpre o planejado. Normaliza-se um perfil de gestão pública que consome suas atenções no incêndio do dia, deixando em segundo plano objetivos e metas de médio e longo prazo para melhorias sociais estruturantes. Além disso, diferentes instrumentos de planejamento são elaborados sem integração entre si, gerando incompatibilidades para sua execução conjunta.

Desde a década de 1980, por diferentes razões⁸, Bercovici⁹ entende que “o planejamento foi abandonado pelo Estado. A atuação estatal desde então ficou desprovida de uma diretriz global para o desenvolvimento nacional, a política econômica limitou-se à gestão de curtíssimo prazo dos vários ‘planos’ de estabilização econômica”. Diante dessa constatação, Heleno Torres¹⁰ observa que “o inusitado é que, justamente quando o planejamento se torna constitucionalmente obrigatório para o setor público, com a Constituição de 1988, na prática, ele perde efetividade como ‘expressão da política geral do Estado’”.

É sintoma desse abandono ao planejamento o fato de que, decorridos mais de trinta e cinco anos, a União ainda não editou lei para atender o previsto no art. 174, §1º, da Carta de 1988, que determina que “lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento”.

A problemática é ainda mais grave em setores que demandam estratégias e projetos de longo prazo e que envolvem a aplicação de volumosos recursos. É o que se constata em diversos setores da infraestrutura, como transporte e logística, energia, telecomunicações e saneamento. A título de ilustração, a Política Nacional de Resíduos Sólidos – PNRS, aprovada em 2010, estabelecia a meta de que, até

⁸ Conforme será abordado nos itens 1.3 e 3.1.

⁹ BERCOVICI, Gilberto. Estado, planejamento e Direito Público no Brasil contemporâneo. In: CARDOSO JUNIOR., José Celso; SANTOS, Eugênio A. Vilela dos (orgs.) *PPA 2012 – 2015: experimentalismo institucional e resistência burocrática*. Brasília: IPEA, 2015, p. 24.

¹⁰ TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 183.

2014, o Brasil deveria ter acabado com os lixões a céu aberto¹¹. Mais de uma década depois, quase metade das cidades brasileiras ainda se encontra nessa situação¹².

Outras fragilidades do planejamento brasileiro, sobretudo na área da infraestrutura, podem assim ser resumidas: i) novos planos nacionais, regionais ou setoriais são elaborados sem levar em conta a existência de planos anteriores, gerando a descontinuidade da política pública; ii) falta de monitoramento contínuo das ações previstas nos planos e, quando existe, há multiplicidade de bases de dados para o mesmo objeto, o que prejudica o acompanhamento de indicadores, e; iii) há pouca prática de revisão dos planos, de atualização de diagnósticos e de reavaliação das necessidades públicas¹³.

Falhas de planejamento como essas representam uma das principais causas para a deficiência da infraestrutura brasileira, sendo um fator primordial para o país ter atingido o atual cenário de 41% das obras federais paralisadas¹⁴.

A Administração Pública brasileira confere baixa credibilidade ao planejamento na infraestrutura tanto em relação à sua elaboração como à sua execução. Essa é a avaliação do Banco Mundial¹⁵, que identifica que a seleção de projetos de infraestrutura a serem executados ocorre de forma casuística, sem um alinhamento com o planejamento, tanto em relação ao PPA como a planos setoriais. Assim, conclui

¹¹ Art. 54 da Lei nº 12.305/2010. Por meio da Lei 14.026/2020, conhecida como Marco Legal do Saneamento Básico – MLSB, houve a extensão do prazo da meta. A depender do tamanho e da localização do município, o prazo limite máximo é 2024, o que, de todo modo, demonstra novamente um cenário de descumprimento da meta estabelecida.

¹² ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE RESÍDUOS E MEIO AMBIENTE – ABREMA; PRICEWATERHOUSECOOPERS – PWC BRASIL. *Índice de Sustentabilidade da Limpeza Urbana Edição 2023*. São Paulo: PwC Brasil, 2023, p. 36.

¹³ SOUSA, Diego Carvalho. Avaliação da correlação entre o planejamento de transportes nacional e os projetos de concessão de infraestrutura: comparação entre os estudos de mercado da concessão da Autoridade Portuária de Santos e o Plano Nacional de Logística. Brasília: Instituto Serzedello Corrêa – Escola Superior do TCU, 2023, p. 35-36.

¹⁴ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. *Fiscobras 2023 – Fiscalização de obras públicas pelo TCU – 27º Ano*. Brasília: TCU, 2023, p. 16.

¹⁵ “Embora haja um processo formal de negociações entre os ministérios pertinentes e o Ministério do Planejamento para definir quais projetos de investimento serão incluídos no PPA, tais negociações geralmente se concentram na priorização de projetos anteriores que não foram concluídos, em vez de garantir que os novos projetos sigam orientações estratégicas. Consequentemente, não existe um processo formal eficaz de triagem preliminar de projetos. [...] Da mesma maneira, o Plano Nacional de Saneamento Básico (PLANSAB), também de 2007, define as prioridades de investimento e as necessidades de financiamento para o ambicioso objetivo de fornecer acesso à água e ao saneamento a todos os domicílios do país até 2030. No entanto, a existência dessas estratégias setoriais teve pouco impacto na triagem ou seleção de projetos de investimento nos setores de transportes e saneamento básico” (por tudo, ver: BANCO MUNDIAL. *De volta ao planejamento: como preencher a lacuna de infraestrutura no Brasil em tempos de austeridade*. Washington D.C.: Banco Mundial, 2017, p. 26, 27 e 34).

que, “a menos que sejam sanadas as deficiências nos processos de planejamento, apreciação e seleção de projetos, os problemas de implementação continuarão a surgir, e os incentivos para melhorar o desempenho serão mitigados”.

Parte dos autores¹⁶ indica que uma das causas do abandono do planejamento se relaciona ao modelo das estruturas administrativas do Estado brasileiro. Apesar de tentativas avanços por meio de novas legislações¹⁷, ainda remanesce, em larga escala, uma visão de Direito Público direcionada aos meios e não aos resultados, em que o ato administrativo isoladamente é tratado com muito mais importância que a própria política pública na qual ele está inserido.

Por isso, pode indicar um caminho para a recuperação do planejamento brasileiro o aprofundamento de estudos sobre rearranjos nos focos e parâmetros de atuação de instituições brasileiras aptas a colaborar, direta ou indiretamente, ao ciclo de políticas públicas, observados os limites de competência fixados na ordem constitucional e legal vigente.

Entre essas instituições, destacam-se os tribunais de contas, cujo regime jurídico-institucional foi substancialmente fortalecido com a Constituição de 1988¹⁸. A relevância dessas cortes sobre as atividades em infraestrutura decorre do próprio protagonismo do Poder Público nesse setor, tanto como planejador quanto como executor de projetos em áreas estratégicas da infraestrutura. É por isso que, nesse tema, prepondera com singular importância o que Scaff¹⁹ denomina de *Toque Público de Midas*, de modo que “onde houver um centavo público colocado ou renunciado aí deverá estar presente a atividade de controle público”.

¹⁶ “[...] este formato tradicional da Administração brasileira gerou um dos maiores obstáculos a uma estrutura administrativa voltada para o desenvolvimento, que é o mito da neutralidade da administração pública. Ou seja, a esta é entendida como uma organização apolítica, simplesmente técnica. O Governo é político, não a Administração, gerando um excesso de formalismo sem sentido, em prejuízo da definição e execução do interesse público” (BERCOVICI, Gilberto. Estado, planejamento e Direito Público no Brasil contemporâneo. In: CARDOSO JUNIOR., José Celso; SANTOS, Eugênio A. Vilela dos (orgs.) *PPA 2012 – 2015: experimentalismo institucional e resistência burocrática*. Brasília: IPEA, 2015, p. 24). No sentido de que uma Administração focada em resultados e metas ainda é realidade distante no cenário institucional brasileiro, ver: SUNDFELD, Carlos Ari. O Direito Administrativo entre os clips e os negócios. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coords.) *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 87-93.

¹⁷ Como a Lei nº 13.655/2018, que alterou a LINDB, e a Lei nº 14.133/2021, que aprova a Lei Geral de Licitações e Contratos. Ambos os diplomas possuem regras destinadas a trazer maior foco no resultado no exercício das atividades administrativas.

¹⁸ Como examinado nos itens 2.1 e 2.2.

¹⁹ SCAFF, Fernando Facury. O controle público de projetos de infraestrutura. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael (coords.). *Elementos de Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015, p. 278.

É verdade que o Tribunal de Contas da União – TCU já tem desenvolvido relevantes auditorias sobre obras e projetos de infraestrutura. Parte delas, inclusive, com aptidão de reforçar o planejamento estatal na área. Porém, principalmente em matéria de infraestrutura, ainda prepondera uma atuação da Corte de Contas baseada em parâmetros tradicionais de controle (como legalidade, economicidade e eficiência).

No entanto, há que se amadurecer a intercomunicação entre tribunais de contas e o planejamento de políticas públicas, com a consolidação de suas possibilidades e contornos. Não para substituir escolhas políticas ou discricionárias. Mas, primeiro, verificada uma absoluta inércia em determinada área que demanda o planejamento, para cobrar que o Estado planeje. E, segundo, para avaliar a efetividade dos instrumentos escolhidos – planos correm o risco de se transformarem em meras promessas vazias se desacompanhados de diagnósticos, metas, prazos, divisões de competências e meios para sua implementação, inclusive as fontes para financiar as ações estatais.

Esclarece-se, desde logo, que o trabalho parte de uma concepção ampla de *controle*, que não está limitada à aplicação de sanções, mas também à contínua atividade de monitorar a Administração. Por isso, adota-se uma definição ampla, defendida por autores como Odete Medauar, para quem o controle significa a “verificação da conformidade da atuação da Administração Pública a certos parâmetros, independentemente de ser adotada, pelo controlador, medida que afete, do ponto de vista jurídico, a decisão ou o agente”²⁰.

Quando se trata de controle exercido pelos tribunais de contas, esses parâmetros a serem aferidos estão previstos na Constituição²¹. Não se restringem à apreciação de matérias financeiras, embora esta seja uma das principais nuances de atuação. Reconhece-se uma competência também destinada a avaliar a qualidade e os impactos de políticas públicas para o alcance de prioridades vinculantes definidas na Constituição. No exercício dessa competência, cabe ao tribunal de contas, em caráter dialógico, apresentar diagnósticos e propor recomendações e sugestões, mas também, em casos graves e reiterados, a expedição de determinações e de prazos para correção de falhas.

²⁰ MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 31-32.

²¹ Principalmente, nos arts. 70 e 71 da Constituição de 1988.

Também se deve afastar, desde logo, a premissa de que as cortes de contas se limitariam a exercer funções exclusivamente auxiliares ao Poder Legislativo. Como será visto, além desse auxílio, os tribunais de contas possuem competências próprias e autônomas, que não dependem ou se submetem ao aval do Parlamento. Demonstração disso é que, como já decidiu o STF²², o tribunal de contas realiza o julgamento das contas do Poder Legislativo – não uma manifestação de caráter opinativo, mas de modo deliberativo e definitivo.

Desse modo, o controle externo a cargo dos tribunais de contas abrange a contínua atividade de verificar a conformidade da atividade administrativa, seguindo diferentes parâmetros (legalidade, economicidade, eficiência etc.) e por meio de variados instrumentos processuais (auditorias de conformidade, auditorias operacionais, processos de monitoramento etc.).

É nesse contexto que o trabalho desenvolve o tema do controle dos tribunais de contas segundo uma perspectiva de controle destinado ao fortalecimento do planejamento. Avalia-se a seguinte questão geral: qual a função dos tribunais de contas para aperfeiçoar políticas públicas em setores que demandam a existência de instrumentos adequados de planejamento estatal, com vistas a obtenção de resultados de médio e longo prazo, como a infraestrutura?

A questão central requer a análise de questões outras intrínsecas a ela, tais como: qual a relação entre planejamento estatal, políticas públicas e o alcance das prioridades constitucionais? Como se dá o tratamento conferido ao planejamento estatal na Constituição de 1988? Qual o modo de exercício das competências do TCU em matéria de infraestrutura? Que tipo de impactos positivos seriam possíveis com o exercício de um controle voltado para retroalimentar o planejamento em relação a políticas de infraestrutura? Seria possível enquadrar essa função dos tribunais de contas no parâmetro de controle de legitimidade?

O trabalho, assim, estuda o papel dos tribunais de contas diante do planejamento do Estado brasileiro, a partir de alguns recortes temáticos. Primeiro, um

²² “[...] apenas as contas do Presidente da República não estão sujeitas a julgamento pelo Tribunal de Contas da União, sendo competência do Congresso Nacional, após parecer prévio daquele Tribunal de Contas. Por decorrência do dever de simetria expresso na Constituição da República, o modelo federal de fiscalização é de obrigatória reprodução pelos Estados Membros. Assim, somente o Chefe do Poder Executivo estadual terá as contas julgadas pela Assembleia Legislativa, competindo ao Tribunal de Contas julgar as contas dos demais administradores, inclusive dos pertencentes ao Poder Legislativo” (ADI nº 6.984, Plenário, relatora Min. Cármen Lúcia, julgado em 9 de março de 2022).

recorte quanto à política pública: escolheu-se a *infraestrutura*, por ser um tradicional pilar de desenvolvimento e um setor diretamente dependente do planejamento, já que demanda projetos de longo prazo, de altos custos e de grande impacto social, econômico e ambiental.

Segundo, houve um recorte quanto ao *Tribunal de Contas da União*, por ser a mais abrangente instituição do sistema brasileiro de tribunais de contas, com a competência para fiscalizar as maiores obras e projetos em infraestrutura do país. Além disso, grande parte de normas constitucionais sobre o TCU são aplicáveis aos tribunais de contas dos demais entes, diante do princípio da simetria²³.

Terceiro, a escolha do controle baseado no critério da *legitimidade*, por sua vez, se justifica perante a ausência de uma definição e de características consolidadas, seja na legislação, na doutrina e na própria jurisprudência do TCU – ao contrário do que ocorre com outros parâmetros de controle, com critérios mais claros e assentidos, como a legalidade, a eficiência e a economicidade. Assim, apesar de previsto tanto na Constituição²⁴ como na Lei Orgânica do TCU²⁵, ainda não há consenso sobre o que representa o controle de legitimidade. Essa circunstância abre espaço para o desenvolvimento de novas perspectivas sobre esse parâmetro de controle, com vistas a gerar maior segurança jurídica tanto para as cortes de contas (controlador) como para a Administração (controlado).

Quanto à estruturação do trabalho, além da presente introdução, o tema foi desenvolvido por meio de quatro capítulos, seguidos das conclusões. Com o objetivo de facilitar a divulgação dos resultados da pesquisa, ao final, insere-se uma síntese estendida da tese.

No primeiro capítulo, apresentam-se conceitos, premissas teóricas e pressupostos jurídico-normativos relevantes para a compreensão do tema. Assim, analisam-se as características e as interrelações entre as prioridades constitucionais, as políticas públicas e o planejamento estatal. Aprecia-se, também, essa atuação do Estado por uma perspectiva moderna, alinhada a um mundo digital, com a adoção de

²³ Vide, por exemplo: ADI 916/MT, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Plenário, julgado em 2 de fevereiro de 2009, ADI 3.715/TO, Relator Ministro Gilmar Mendes, Plenário, julgado em 21 de agosto de 2015; ADI 4.416/PA, Relator Ministro Edson Fachin, Plenário, 23 de agosto de 2009; ADI 5.117/CE, Relator Ministro Luiz Fux, Plenário, julgado em 13 de dezembro de 2019.

²⁴ Art. 70, caput, e 71, IV, da CF.

²⁵ Art. 1º, §1º, art. 8º, art. 16, I e II, “b” e “c”, art. 43, II, art. 58, III, da Lei nº 8.443/1992.

instrumentos que permitam a maximização de benefícios líquidos das políticas públicas.

No segundo capítulo, abordam-se avanços quanto ao quadro jurídico-institucional dos tribunais de contas a partir da Constituição de 1988 e, também, de precedentes do STF que fortalecem suas competências. A atividade dessas cortes é avaliada sob duas perspectivas que possuem abrangência e impactos diferentes: micro e macrocontrole externo. Ademais, examina-se o dever dos tribunais de contas de, dentro de suas competências, direcionar as atividades de controle para a consagração das prioridades constitucionais. Esse dever é estudado, sobretudo, sob o enfoque do aperfeiçoamento de políticas públicas, a fim de que sejam desenhadas e implementadas de forma eficiente, inclusiva e sustentável nos aspectos social, financeiro, econômico e ambiental. Também são examinadas repercussões do paradigma do Estado digital para que os tribunais de contas explorem oportunidades inovadoras, tecnológicas e modernas para o controle de políticas públicas, principalmente em matéria de infraestrutura.

No terceiro capítulo, há um estudo sobre o conceito e as características da infraestrutura pública e sua relação com o desenvolvimento nacional, além dos seus principais desafios diante da realidade brasileira, principalmente perante a escassez de recursos do orçamento público para custear e financiar grandes projetos na área. Ainda, são abordados diferentes instrumentos de controle utilizados atualmente pelo TCU, sua repercussão no setor da infraestrutura, vantagens, desvantagens e eventuais pontos de aperfeiçoamento.

Por fim, no quarto, a partir dos pressupostos teóricos, normativos e jurisprudenciais estudados nos capítulos anteriores, propõe-se uma nova concepção do controle de legitimidade, com a exposição de suas características e fundamentos. Também se examinam relevantes repercussões da aplicação desse conceito no exercício das atribuições do TCU em matéria de infraestrutura, especialmente para reforçar o planejamento da Administração em temas como: a) contratações e execuções de obras públicas; b) concessões, parcerias público-privadas e outras parcerias de investimentos; c) monitoramentos de obras e projetos de engenharia; d) priorização de projetos de infraestrutura em andamento sobre o início de novos projetos; e) serviços públicos regulados; f) emendas parlamentares ao orçamento público destinadas à infraestrutura; g) projetos de infraestrutura sustentável, em

atenção ao dever de sua priorização diante de normas internas e de compromissos internacionais do Estado brasileiro, e; h) pareceres prévios e decisões do TCU a respeito da prestação de contas anuais.

1 POLÍTICAS PÚBLICAS, PRIORIDADES CONSTITUCIONAIS E PLANEJAMENTO ESTATAL

1.1 Políticas públicas como meio de efetivação de prioridades constitucionais

A partir das revoluções liberais do século XVIII, predominou, ao menos no mundo ocidental, o paradigma do Estado Liberal. Tinha como foco o indivíduo e sua *liberdade*. Esses ideais inspiraram as Constituições dos Estados Unidos, de 1787, e da França, de 1791, caracterizadas pela limitação do poder estatal e pela proteção aos direitos civis e políticos – que são classificados como direitos de primeira dimensão²⁶ e representam uma garantia negativa ao indivíduo (obrigação de não fazer do Estado).

Marcado por diferentes crises econômicas e duas guerras mundiais, o século XX proporcionou uma significativa transformação do papel do Estado nas relações sociais. Ganhou força a compreensão de que cabe ao Estado, por meio de medidas prestacionais, o papel de viabilizar o bem-estar de todos. Assim, os pilares do Estado Liberal gradativamente passaram a ser, em diversos países, substituídos pelos do Estado Social, com o ideal de prevalência do interesse coletivo sobre o individual, em busca de uma maior *igualdade*.

Diante disso, aliada à defesa das liberdades individuais, passou-se a exigir também das instituições estatais uma postura proativa para a concretização dos direitos sociais, econômicos e culturais, como a educação e a saúde – classificados como direitos de segunda dimensão e que representam garantias positivas ao indivíduo (obrigação de fazer do Estado).

Na seara jurídica, essa transformação da função do Estado foi representada por movimentos constitucionalistas em diferentes países durante o século XX. Por meio deles, surgiram Constituições que consagraram os direitos de segunda dimensão (garantias positivas), como a do México, de 1917, e a de Weimar, de 1919.

²⁶ Embora parte dos autores, como Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, utilize a expressão “gerações” para a classificação dos direitos fundamentais, preferimos o termo “dimensões”, a fim de se evitar a ideia de que cada grupo de direitos substituiria o anterior, quando, na verdade, representam conquistas progressivas e que, a partir de seu reconhecimento, passam a existir de forma simultânea e, tanto quanto possível, harmônica (sobre o tema, cf. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 207-208).

No Brasil, o resultado desses movimentos foi verificado, principalmente, a partir da Constituição de 1934, caracterizada pelo fortalecimento de direitos trabalhistas.

Ainda no século XX, o Estado assume protagonismo como agente planejador da transformação da sociedade também do ponto de vista econômico. Pode-se citar, como exemplo, as políticas econômicas, com forte centralidade estatal, endereçadas para combater os impactos da Crise de 1929. Foi o caso do *New Deal*, implementado por Roosevelt, então Presidente dos Estados Unidos, para estimular a economia americana e fornecer auxílio para a reestruturação de outros países prejudicados pela crise.

Após as duas Grandes Guerras, também se fortaleceram perante a concepção de Estado os ideais de *solidariedade*, com a proteção de direitos não só das presentes como das futuras gerações. São os chamados direitos de terceira dimensão e podem ser representados, por exemplo, pelos direitos ao meio ambiente sustentável, ao desenvolvimento e à paz. Foram previstos em documentos como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a Declaração de Estocolmo de 1972 e a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992, elaborados no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU). Esses direitos intergeracionais integram, atualmente, as principais agendas de organismos multilaterais, como se constata com a Agenda 2030 da ONU, estabelecida em 2015, que prevê objetivos e estratégias para melhoria de indicadores do desenvolvimento sustentável até o ano de 2030.

No Brasil, a Constituição de 1988 consagrou um Estado ativo, inclusivo e transformador para a garantia de direitos fundamentais. Conferiu, como nenhuma outra anterior, especial atenção para os direitos de segunda e terceira dimensão. Passou a prever, por exemplo, despesas mínimas para saúde e educação²⁷. Estabeleceu o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental²⁸. Foram alçados a objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades sociais e regionais, bem como a promoção do

²⁷ Art. 198, §2º, e art. 212 da CF.

²⁸ Art. 225 da CF.

bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação²⁹.

Entre os fundamentos da ordem econômica, a Constituição estabeleceu a todos o direito de existência de vida digna e a justiça social, em conformidade com princípios como o da defesa do meio ambiente e o da redução das desigualdades regionais e sociais³⁰. Na mesma linha, previu que o Estado deveria estipular em lei as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual deve ser compatível com os planos nacionais e regionais de desenvolvimento³¹ – lei esta que, até o momento, não foi editada, configurando verdadeira omissão inconstitucional do Estado brasileiro.

O avanço do papel do Estado como agente planejador e indutor do progresso social e econômico não ocorreu de forma retilínea e sem resistências. Como será analisado, no fim dos anos 1980, movimentos de austeridade fiscal incentivados por nações já desenvolvidas, como Estados Unidos e Reino Unido, reduziram os instrumentos e os recursos para o planejamento estatal de diversos países. No Brasil, esses movimentos representaram medidas de austeridade e de absentismo estatal implementadas a partir da década de 1990.

Além disso, alterações constitucionais fragilizaram conquistas sociais consagradas na Constituição brasileira de 1988. Cite-se a Emenda Constitucional nº 95/2016, que, ao impor um teto de gastos que congelava as despesas primárias, constrangeu o financiamento de direitos fundamentais, como saúde e educação, bem como de investimentos públicos, como os projetos em infraestrutura, como também será melhor analisado em item posterior.

No entanto, a despeito de alguns ciclos de retrocessos na garantia de direitos fundamentais e nos instrumentos estatais para sua implementação, a Constituição de 1988 ainda impõe ao Estado brasileiro uma responsabilidade central e uma postura proativa diante dos grandes desafios nacionais. Como se examina em capítulo posterior, vige no Brasil o dever fundamental do Estado de promover o planejamento nacional, regional e setorial, com o objetivo de concretizar os direitos fundamentais.

²⁹ Art. 3º da CF.

³⁰ Art. 170 da CF.

³¹ Conforme o art. 174, §1º, da CF, “a lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento”.

Assim, o Estado, por meio de suas diferentes instituições, deve se direcionar para a efetivação da Constituição.

Para executar essa missão constitucional, o principal instrumento à disposição do Estado são as políticas públicas, que devem funcionar como arranjos institucionais, jurídicos e financeiros que elevem o bem-estar da sociedade, de forma inclusiva, justa e ambientalmente sustentável.

Para tanto, elas devem ser direcionadas por meio de estratégias e ações de planejamento estatal, que abrangem o correto diagnóstico das necessidades públicas, bem como a estipulação de resultados e metas a serem alcançadas, com instrumentos efetivos de monitoramento, de avaliação e do controle da execução das ações governamentais.

Não por acaso a Constituição de 1988 criou o Plano Plurianual – PPA como instrumento de planejamento estatal, com vistas a implementar políticas públicas por meio de um plano conduzido por diretrizes, objetivos e metas para a atividade estatal para os exercícios subsequentes.

Desse modo, as políticas públicas correspondem às principais estratégias e engrenagens de atuação do Poder Público para implementar o modelo de Estado e os objetivos prioritários definidos na Constituição de 1988. Podem representar verdadeiros avanços civilizatórios. Por meio delas, nas últimas décadas, já foi possível, por exemplo, retirar por certo período o Brasil do mapa da fome da ONU (políticas de segurança alimentar dos anos 2000), levar água para o sertão nordestino (Projeto de Integração do São Francisco, iniciado em 2007) e universalizar a vacinação, com a erradicação de doenças como poliomielite (em 1989) e rubéola (em 2014).

No Brasil, um conceito legal de políticas públicas foi definido na Lei nº 13.971/2019, que instituiu o Plano Plurianual – PPA da União para o período 2020-2023. Nela, previu-se como política pública o “conjunto de iniciativas governamentais organizadas em função de necessidades socioeconômicas, que contém instrumentos, finalidades e fontes de financiamento”³².

³² Art. 2º, V, da Lei nº 13.971/2019.

O referido PPA foi o primeiro que deixou expressa a conceituação legal de política pública³³. Essa inovação, além do caráter simbólico de evidenciar a centralidade das políticas públicas no desenho do PPA, confere normatividade aos elementos inseridos no conceito de política pública utilizado pela lei, e tem o potencial de fortalecer o poder de fiscalização no cumprimento das diretrizes, objetivos e metas dos programas previstos no PPA.

Assim, ao se incluir na concepção de política pública a ideia de que a Administração deve criar “instrumentos” para sua implantação, definir “finalidades” a serem alcançadas e estabelecer “fontes para seu custeio”, estabelece-se o dever jurídico da Administração Federal de adotar os meios necessários para a implementação das políticas públicas previstas no PPA. Desse modo, a União incorreria em ilegalidade, por violar a Lei do PPA 2020-2023, se criasse uma política pública limitada a meros objetivos genéricos, sem qualquer instrumento de implementação ou sem fonte de financiamento.

Por outro lado, entende-se que o referido conceito legal ainda é incompleto. Primeiro, por não inserir como característica indispensável de uma política pública a existência de *metas* e *prazos* para seu cumprimento. São elementos de planejamento estatal necessários para a adequada avaliação da execução da política pública e, por isso, viabilizam seu controle – seja o controle interno, externo ou social – para a concretização das finalidades almejadas.

Outro fator que torna insuficiente o referido conceito legal é não vincular a definição de políticas públicas à consagração de objetivos constitucionalmente definidos. O dispositivo legal, ao dizer que se tratam de iniciativas governamentais organizadas “em função de necessidades socioeconômicas”, não deixa claro quais são ou quem definirá o que seriam “necessidades socioeconômicas”. Ora, a demanda por mais energia para atividades econômicas em determinada região sem dúvida é uma “necessidade socioeconômica”. Porém, diante da atual crise climática, seria possível admitir uma política pública no setor energético baseada apenas em termoelétricas, com queima de combustíveis fósseis de forma ilimitada? Da mesma forma, a demanda por redução de custos de setores econômicos pode ser considerada uma “necessidade socioeconômica”. Mas, isso possibilitaria uma política

³³ É preciso registrar que o atual PPA 2024-2027 (Lei 14.802/2024) incorre em grave equívoco ao não trazer a definição de política pública, inclusive com os aprimoramentos aqui propostos.

de concessão de benefícios fiscais sem critérios, contrapartidas ou prazos determinados, mesmo que isso implicasse no aumento da carga tributária dos mais pobres ou na redução do financiamento de serviços públicos essenciais?

Entende-se que não. Os principais critérios que devem direcionar a criação ou a revisão de uma política pública para atender às “necessidades socioeconômicas” se encontram na Constituição, por meio de suas regras e princípios, sejam expressos ou implícitos. De tal modo, a concepção de políticas públicas deve compreendê-las como meios para o alcance de *prioridades constitucionais*. É dizer que o Poder Público deve ter como principal parâmetro para o planejamento, a execução e o controle de suas ações e programas governamentais a observância de objetivos constitucionalmente definidos.

Isso implica na antijuridicidade de qualquer ideia de política pública que admita violações às prioridades definidas pela Constituição de 1988. Por isso, nos exemplos citados sobre energia e benefícios fiscais, não seriam caracterizadas como políticas públicas as iniciativas governamentais que violem o equilíbrio do meio ambiente ou que intensifiquem a pobreza e a desigualdade social. Seriam meras ações governamentais antijurídicas, porque em descompasso com as prioridades constitucionais (art. 3º, III, e art. 225 da CF), e que, portanto, poderiam ser objeto de medidas corretivas pelos órgãos de controle, como os tribunais de contas.

Desse modo, no presente trabalho, compreende-se *política pública* como *um conjunto de condutas do Estado a serem executadas, de forma coordenada e sistematizada, por meio de arranjos jurídico-institucionais, dotados de suficientes fontes de financiamento, para o alcance de metas em determinados prazos, com vistas a consagrar objetivos estabelecidos na Constituição*.

O conceito aqui utilizado está em harmonia com a concepção defendida por Fernando Scaff³⁴, para quem política pública é

programa de ação governamental, devidamente estruturado e coordenado, para alcançar uma finalidade estabelecida pela sociedade. Trata-se da regulação para o exercício de certa atividade, que deve compreender uma série de atos tendentes ao mesmo escopo, que engloba tanto atos ou negócios jurídicos, quanto simples atos materiais.

³⁴ SCAFF, Fernando Facury. Uma introdução à análise macro e microjurídica e as políticas públicas. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 21, n. 83, p. 89-108, jul./set. 2023, p. 101.

No mesmo norte, Maria Paula Dallari Bucci³⁵ define política pública como

o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, e processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos, definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.

As ideias, mencionadas pelos autores, de “finalidade estabelecida pela sociedade” e de “objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados” podem ser compreendidas justamente como as prioridades socialmente definidas através da Constituição, como aqui proposto.

Em complemento, Élide Graziane Pinto³⁶ destaca que a noção de política pública está relacionada a um ciclo decisório organizado em torno dessas grandes fases: planejar, executar e controlar. Essa perspectiva está em consonância com o Decreto-Lei nº 200/1967, que classifica como princípios fundamentais que devem direcionar a Administração o planejamento, a coordenação, a descentralização, a delegação de competência e controle. A política pública, então, destina-se ao atingimento de prioridades, mediante a reserva de meios para seu alcance e a definição de intervalo de tempo para a obtenção dos resultados.

Com base nisso, também se pode entender a política pública como um *conjunto de processos*. No entanto, essa concepção não se esgota na ação da gestão pública. Ainda que a Administração geralmente tenha um papel protagonista, é apenas um dos atores das políticas públicas. Também integram esse conjunto de processos, por exemplo, atividades de controle (como as dos tribunais de contas e do Ministério Público), atividades de participação popular (como as dos conselhos sociais em áreas

³⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (orgs.). *Políticas públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.

³⁶ PINTO, Élide Graziane. *Ciclo das políticas públicas e legitimidade compartilhada das escolhas alocativas: um estudo em busca da vinculação à força normativa do planejamento*. In: PINTO, Élide Graziane; SARLET, Ingo Wolfgang; PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; OLIVEIRA, Odilon Cavallari de. *Política Pública e Controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 111.

como saúde, educação e meio ambiente), e atividades econômicas (como as dos prestadores de serviços públicos sob concessão). Toda essa associação de diferentes processos deve ser direcionada para o cumprimento de objetivos socialmente relevantes e definidos politicamente, especialmente por meio da Constituição.

O progresso socioeconômico brasileiro deve ser buscado por meio de uma expedição marítima em que a Constituição de 1988 é a bússola, de modo a garantir o avanço na direção correta; o Estado é o navio guia das demais embarcações, não deixando ninguém para trás; as políticas públicas são o motor desse navio, que periodicamente deve receber manutenções para melhor eficiência, e; o planejamento estatal é a rota de navegação para se alcançar o destino coletivamente almejado.

Essa visão confere consequências vinculantes ao Estado. Implica no dever de promoção do que Juarez de Freitas³⁷ denomina de *direito fundamental à boa administração pública*. Em suas palavras, é o direito de todo indivíduo à “administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas”. Como resultado, pontua o autor, “a tal direito corresponde o dever de observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais e correspondentes prioridades”. O caráter cogente das prioridades constitucionais ao Poder Público decorre também da própria força normativa da Constituição – que é, nas palavras de Konrad Hesse, “motivadora e ordenadora da vida do Estado”³⁸. Assim, ao estabelecer prioridades para planos, programas, serviços e direitos fundamentais, a Constituição não admite a inércia ou a indiferença do Estado.

Pode-se citar como exemplos de prioridades fixadas pela Constituição e que devem direcionar o Estado brasileiro no momento do planejamento e da implementação de políticas públicas:

(i) a efetivação de direitos fundamentais sobre aquelas destinadas a direitos não fundamentais;

³⁷ Por tudo, ver: FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 21.

³⁸ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 11.

(ii) o desenvolvimento ambientalmente sustentável sobre as ações que visam apenas ao crescimento econômico imediato³⁹;

(iii) na saúde, além da estipulação de recursos mínimos, há prioridade para as ações preventivas em saúde pública em relação às ações assistenciais⁴⁰;

(iv) na educação, além de recursos mínimos, há atendimento prioritário das necessidades do ensino obrigatório⁴¹, bem como o dever de o Município atuar com prioridade no ensino fundamental e na educação infantil e os Estados e o Distrito Federal no ensino fundamental e médio⁴²;

(v) o Poder Público deve privilegiar políticas de estímulo à pesquisa científica básica e tecnológica, com foco para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional⁴³;

(vi) a Constituição prioriza ações na área da assistência social, na medida em que possibilita que os Estados e Distrito Federal vinculem receitas para programas de apoio à inclusão e promoção social⁴⁴;

(vii) na área dos esportes, há prevalência da destinação de recursos públicos para o desporto educacional e, apenas em casos específicos, esses recursos serão aplicados para o desporto de alto rendimento⁴⁵, e;

(viii) inclusive, há aquelas políticas previstas pela Constituição como *absoluta prioridade*, como as ações de defesa e de garantia de condições básicas de vida da criança, do adolescente e do jovem⁴⁶.

A infraestrutura, objeto principal deste trabalho, também recebeu um tratamento prioritário por parte da Constituição de 1988. Em primeiro lugar, a fim de ampliar o debate e o controle em tal seara, foi conferido ao Parlamento a competência de, por meio de suas comissões, apreciar e emitir pareceres sobre programas de obras, planos nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento⁴⁷.

³⁹ Art. 225 e art. 170, VI, da CF.

⁴⁰ Art. 198, II, da CF.

⁴¹ Art. 212, §3º, da CF.

⁴² Art. 211, §§ 2º e 3º, da CF.

⁴³ Art. 218, §§ 1º e 2º, da CF.

⁴⁴ Art. 204, parágrafo único, da CF.

⁴⁵ Art. 217, II, da CF.

⁴⁶ Art. 227 da CF.

⁴⁷ Art. 58, §2º, VI, da CF.

A Carta de 1988 também previu instrumentos especiais para o financiamento da infraestrutura. De um lado, foi criada a contribuição de intervenção no domínio econômico a incidir sobre comercialização de combustíveis derivados do petróleo (CIDE-combustível), que tem como um dos propósitos o custeio de programas ambientais relacionados à indústria de petróleo e gás, bem como ações de infraestrutura de transportes⁴⁸. De outro, investimentos públicos na infraestrutura de caráter urgente e de relevante interesse nacional podem ser arcados por meio de empréstimos compulsórios⁴⁹.

Além disso, as despesas de capital – que abrangem investimentos em infraestrutura pública – possuem um regime jurídico-financeiro mais favorável quando comparadas com as despesas correntes – destinadas à manutenção da máquina pública. Isso é evidenciado, a um, pela chamada *regra de ouro*, que limita a obtenção de operações de créditos ao valor alocado para despesas de capital⁵⁰. A captação de empréstimos pelo Estado, então, deve ser proporcional à aplicação de investimentos públicos. A dois, com regras que direcionam recursos de emendas parlamentares individuais para investimentos públicos: 70% (setenta por cento) das transferências especiais, repassadas Estados, Distrito Federal e Municípios por meio de emenda parlamentar, devem ser aplicadas em despesas de capital⁵¹.

Mesmo dentro do tema da infraestrutura, há níveis diferenciados de prioridades. Por exemplo, ao tratar de recursos hídricos, a Constituição estabelece que os investimentos destinados à irrigação devem ser aplicados preferencialmente no semiárido nordestino e, em especial, em projetos de irrigação que beneficiem a agricultura familiar⁵².

Também se percebe uma forte preocupação da Constituição para enfrentar o problema da *paralisação de obras públicas*. Isso fica claro quando a Constituição determina que nenhum investimento que ultrapasse um exercício financeiro pode ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual – PPA, sob pena de crime de responsabilidade⁵³. A ideia é fortalecer o planejamento orçamentário e evitar a

⁴⁸ Art. 177, §4º, da CF, regulamentado pela Lei nº 10.336/2001.

⁴⁹ Art. 148, II, da CF.

⁵⁰ Art. 167, III, da CF.

⁵¹ 166-A, §5º, da CF.

⁵² Art. 42 do ADCT.

⁵³ Art. 167, §1º, da CF.

execução de projetos que não tenham previsão de lastro financeiro para serem concluídos.

Na mesma linha, com as alterações da EC nº 109/2021, a Constituição passa a evidenciar uma clara prevalência do término de investimentos em andamento em relação ao início de novos projetos – diretriz que já constava da legislação infraconstitucional⁵⁴. Desde então, a Carta de 1988 exige que, na lei de diretrizes orçamentárias – LDO, seja previsto anexo com a especificação de recursos que serão alocados no orçamento para dar continuidade aos investimentos em execução, ao menos, em relação ao exercício a que se refere a LDO e aos dois posteriores⁵⁵. Com isso, o Poder Público tem a obrigação de alocar no orçamento público recursos para o término das obras e empreendimentos públicos não finalizados, com vistas a reforçar o planejamento orçamentário na área da infraestrutura.

Também passou a constar no texto constitucional que a lei orçamentária anual – LOA poderá apresentar estimativas de despesas para os exercícios seguintes, com a especificação dos investimentos plurianuais e daqueles em andamento⁵⁶. Com isso, afasta-se a ideia de que o orçamento anual deveria se preocupar apenas com o planejamento orçamentário de curto prazo, de modo que, na sua elaboração, é preciso ponderar também sobre a capacidade de financiamento estatal para os próximos exercícios.

Ainda como decorrência da EC nº 109/2021, estabeleceu-se na Constituição o dever da União de criar sistema de registro centralizado de projetos de investimentos⁵⁷. Esse sistema, segundo o texto constitucional, deve demonstrar os investimentos federais em cada unidade federativa, com as respectivas análises de

⁵⁴ Segundo o art. 45 da LRF, “a lei orçamentária e as de créditos adicionais só incluirão novos projetos após adequadamente atendidos os em andamento e contempladas as despesas de conservação do patrimônio público, nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias”.

⁵⁵ Art. 165, §12, da CF.

⁵⁶ Art. 165, § 14, da CF.

⁵⁷ O Decreto nº 10.321/2020, que regulamentou a Lei do PPA 2020-2023, conceitua como projetos de investimento “o conjunto de despesas em obras, desenvolvimento de equipamentos, aquisição de equipamento e demais despesas associadas ao projeto, como estudos, projetos, supervisão e fiscalização da execução, desapropriações e medidas compensatórias de ordem ambiental e social, com prazos de início e fim definidos, destinado à ampliação do estoque de ativos de infraestrutura econômica, social, administrativa ou militar, ou por meio da intervenção em ativo de infraestrutura existente que resulte, no último caso, em melhorias que alterem as características originais do ativo de infraestrutura” (art. 15). O Decreto também reforçou o planejamento para a criação de novos projetos de investimentos, ao dispor que, a partir de 2021, novos projetos apenas podem ser inseridos no PPA se constarem no registro centralizado a que se refere o § 15 do art. 165 da Constituição, com atestado prévio da viabilidade técnica e socioeconômica (art. 14, §1º).

viabilidade, estimativas de custos e informações sobre a execução física e financeira⁵⁸.

Com tal conjunto de mecanismos, a Constituição não só confere tratamento prioritário à infraestrutura, mas também pretende garantir que obras e projetos de infraestrutura de média e longa duração sejam levados em conta para formação do planejamento do Poder Público, minimizando casuísmos orçamentários e riscos de paralisações por falta de verbas.

Por outro lado, além de observarem as normas da Constituição sobre as prioridades constitucionais, as políticas públicas também devem ser desenhadas, executadas e monitoradas em conformidade com as leis que estabelecem planos nacionais, regionais e setoriais. É o caso das leis que consagram o planejamento estatal para áreas como saúde, educação e segurança pública, em especial, a Lei do Sistema Único de Saúde (Lei nº 8.080/1990), a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/1996) e a Lei do Sistema Único de Segurança Pública (Lei nº 13.675/2018).

No âmbito da infraestrutura, também podem ser citadas diversas leis que estabelecem políticas e planos nacionais, regionais e setoriais e que devem pautar o planejamento da Administração: a Lei das Ferrovias (Lei nº 14.273/2021), a Lei dos Portos (Lei nº 12.815/2013), a Lei da Política Nacional de Mobilidade Urbana (Lei nº 12.587/2012) e a Lei de Diretrizes Nacionais para o Saneamento Básico (Lei nº 11.445/2007).

De tal modo, além das prioridades constitucionais, essas políticas e planos delineados na legislação infraconstitucional também impõem ao Estado uma proibição jurídica à inércia, ao comodismo e à indiferença. Reforçam, com maior detalhamento, o dever jurídico estatal de efetivar políticas públicas planejadas, efetivas e eficientes, com estratégias e ações para o cumprimento de direitos fundamentais.

⁵⁸ Art. 165, § 15, da CF. Para cumprir ao disposto na norma constitucional, a União, por meio do Decreto nº 10.496, de 28 de setembro de 2020, instituiu o Cadastro Integrado de Projeto de Investimento do Governo Federal (CIPi), que se encontra ainda em fase de implementação, como será melhor estudado em item posterior. Informações geoespaciais sobre os referidos investimentos podem ser acessadas em: <<https://cipi.economia.gov.br/cipi-frontend/pesquisa-aberta-projetos>>. Acesso em 1 mar. 2024.

Como consequência desse dever jurídico, Élide Graziane Pinto⁵⁹ esclarece que há de ser formada uma rota basilar de controle em torno das políticas públicas, de modo a analisar a adequação das ações governamentais às políticas e aos planos nacionais, regionais e setoriais previstos na legislação infraconstitucional. Assim, mais do que nunca é preciso reforçar a observância da lei e, para tanto, não se poderia falar em discricionariedade dos gestores isenta às instâncias de controle externo. Por isso, em tais hipóteses, defende a autora, o controle da política pública perpassa pelo próprio controle de legalidade.

A concepção de política pública aqui exposta não admite escolhas irresponsáveis e ocasionais, sem uma ampla reflexão sobre os benefícios e os custos das ações públicas. Não há mais espaços para a condução do Estado em prol de grupos ou interesses patrimonialistas, na clássica caracterização do que Raymundo Faoro⁶⁰ chamou de *donos do poder*.

Com isso, as políticas públicas precisam ser encaradas como programas constitucionais, que devem ser executados com base em planejamento fundamentado em evidências e conduzido por metas e avaliação de resultados, com vistas à efetivação de direitos fundamentais das gerações presentes e futuras⁶¹. Devem ser consideradas como programas de Estado, que envolvem não só o governo de ocasião, mas também todos os atores institucionais da nação.

1.2 Políticas públicas na era do Estado digital

A intensa expansão, vivenciada nas últimas décadas, de sistemas de informação, de tecnologias disruptivas e de mecanismos de conectividade entre pessoas, máquinas e organizações, marca o que parte dos autores considera a Quarta Revolução Industrial⁶². Uma fase caracterizada pelo uso de soluções em

⁵⁹ PINTO, Élide Graziane. *Ciclo das políticas públicas e legitimidade compartilhada das escolhas alocativas: um estudo em busca da vinculação à força normativa do planejamento*. In: PINTO, Élide Graziane; SARLET, Ingo Wolfgang; PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; OLIVEIRA, Odilon Cavallari de. *Política Pública e Controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 119.

⁶⁰ FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: Globo, 2008.

⁶¹ FREITAS, Juarez. As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 35, n. 1, p. 195-217, jan./jun. 2015, p. 201.

⁶² Entre os séculos XVIII e XIX, a Primeira Revolução Industrial foi marcada pela mecanização dos processos de produção. Entre a segunda metade do século XIX e meados do século XX, a Segunda Revolução Industrial se caracterizou pelo forte desenvolvimento da indústria química, elétrica, de petróleo e de aço. Desde a segunda metade do século XX, então, fala-se que o mundo vivencia a Terceira Revolução Industrial, também conhecida

tecnologia com capacidade cada vez maior de tratamento, captação, transmissão e processamento de dados, possibilitando a realização de tarefas de modo automatizado (robôs), o emprego de inteligência artificial – IA e a obtenção de avanços em áreas como sequenciamento genético, nanotecnologia, energias renováveis e computação quântica.

Esse contexto impacta fortemente a atuação da Administração Pública, especialmente no planejamento, na implementação e no controle de políticas públicas. De acordo com esse novo paradigma, passa a ser inadmissível o modelo de um *Estado analógico*, conduzido materialmente com base nos carimbos, cliques e folhas de papel, e, principalmente, guiado pela mentalidade de priorização de formalidades e ritos procedimentais em detrimento de entregas e resultados.

Um *Estado eletrônico* hoje também é insuficiente. É o modelo que avançou em suas rotinas, com uso de computadores, documentos eletrônicos e sistemas de informação internos. Ganhou espaço a partir da década de 1990, com a difusão do uso de computadores e da *internet* pela Administração. Mas, ainda apegado a um espírito formalista e ensimesmado, pouco preocupado com resultados. Trata-se do modelo analógico, mas com uma roupagem menos antiquada. Um museu de grandes novidades, como diz a canção de Cazuza. É ainda a realidade da maior parte de órgãos e entidades públicas⁶³.

Esse modelo não é capaz de satisfazer as necessidades de um mundo conectado, competitivo, dinâmico, que demanda mais e melhores resultados, por meio de soluções e serviços digitais, inovadores e disruptivos. Vivencia-se uma quadra histórica em que as relações sociais presenciais têm sido substituídas pelas virtuais, por meio das gigantescas comunidades em redes sociais; em que a moeda física se

como Revolução Técnico-Científica, caracterizada pela inovação tecnológica em áreas como robótica, genética e telecomunicações, bem como pela criação e disseminação da *internet* como uma grande rede mundial de computadores. Para parte dos autores, a intensidade da conectividade entre pessoas e organizações transformou os padrões de produção e consumo, de forma a caracterizar a Quarta Revolução Industrial. Sobre o tema, ver: SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Trad. Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016, p. 28-29.

⁶³ Em linha semelhante, defende Sundfeld que ainda predomina um modelo de *Direito administrativo dos cliques*, representado por uma “Administração de papelaria, que age por autos e atos, trata direitos e deveres em papel, é estatista, desconfia dos privados, despreza a relação tempo, custos e resultados, não assume prioridades” (SUNDFELD, Carlos Ari. O Direito Administrativo entre os cliques e os negócios. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coords.) *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 87-93).

tornou praticamente obsoleta diante das transações digitais; em que escritórios físicos foram substituídos por ambientes virtuais de trabalho.

Nessa atual forma de viver em sociedade, é necessário avançar para a consagração de um *Estado digital*: aquele caracterizado pela progressiva construção de ambientes abertos de inovação para a elevação do bem-estar social. Mas, advirta-se: não se trata de uma simples modernização na maneira em que se exerce a atividade administrativa. De nada adianta uma secretaria municipal de saúde criar contas em redes sociais, se mantém método de agendamento de consultas e exame precários, não isonômicos e pouco transparentes, com favorecimentos pessoas para furar filas e obrigando os cidadãos a chegarem antes do sol nascer para serem atendidos em unidades de saúde.

O Estado digital, na concepção aqui compreendida, representa, ao fim e ao cabo, uma nova forma de enxergar a Administração Pública e o Direito Público. A tecnologia e a inovação não são fins em si mesmo, mas ferramentas para que o Poder Público alcance os resultados planejados. Aparatos digitais devem ser manejados para políticas públicas eficientes, inclusivas, e sustentáveis nos aspectos social, financeiro, econômico e ambiental.

Nessa concepção, o Estado digital demanda estruturas administrativas abertas para o novo, inclusive dispostas a assumir riscos, sobretudo quando os custos sociais da inércia forem superiores aos riscos da inovação. Uma Administração que valorize a transparência e a interação dialógica, resolutiva e colaborativa com outras instituições e com agentes privados. Que disponibilize serviços públicos da forma mais ampla, ágil, eficiente e desburocrática possível.

No Brasil, um importante marco para essa necessária transformação digital no âmbito da Administração Pública foi a edição da Lei nº 14.129, de 29 de março de 2021, conhecida como Lei do Governo Digital⁶⁴. O diploma normativo dispõe sobre “princípios, regras e instrumentos para o aumento da eficiência da administração

⁶⁴ Neste trabalho, opta-se por utilizar a expressão “Estado digital”, mais abrangente que “Governo Digital”. Entende-se que o atual paradigma se aplica a todas as instituições estatais, e não apenas às de governo. Como exemplo, os tribunais de contas também devem executar suas atribuições a partir da concepção do Estado digital, como estudado no item 2.4.

pública, especialmente por meio da desburocratização, da inovação, da transformação digital e da participação do cidadão”⁶⁵.

A Lei do Governo Digital não se limita a promover a digitalização de procedimentos da Administração, mas busca consagrar a transformação digital no planejamento, na implementação e na avaliação de políticas públicas⁶⁶, com inovação⁶⁷ na prestação de serviços públicos e entrega à sociedade de resultados eficientes, inclusivos e sustentáveis. A Lei estabelece normas que favorecem a entrega de melhores resultados e, principalmente, o cumprimento das prioridades vinculantes estabelecidas na Constituição.

Sob essa perspectiva, o paradigma do Estado digital reforçado pela Lei nº 14.129/2021 demanda que a Administração inove em mecanismos, instâncias e práticas de governança que incluam tomadas de decisões baseadas em evidências, modos de acompanhamento de resultados das políticas públicas e soluções para aumentar a eficiência no funcionamento das organizações públicas.

Para a consagração desse modelo de Estado digital, são diversos os instrumentos e as condições de atuação estatal previstas na Lei nº 14.129/2021. Primeiro, impõe à Administração a adoção de mecanismos de *gestão de riscos* capazes de identificar, monitorar e avaliar os impactos, positivos e negativos, diretos e indiretos, das políticas e dos serviços públicos⁶⁸. Com isso, reforça a necessidade da *motivação sustentável* das decisões de elevado impacto. A avaliação de riscos precisa transpor o mero fator econômico e financeiro, para abranger, notadamente, aspectos socioambientais que demandem a apreciação dos efeitos das escolhas governamentais para as futuras gerações.

Nessa linha, fortalece-se o parâmetro da sustentabilidade sobre a gestão de políticas públicas. Por isso, Juarez Freitas⁶⁹ defende que,

⁶⁵ Art. 1º da Lei nº 14.129/2021.

⁶⁶ “A administração pública utilizará soluções digitais para a gestão de suas políticas finalísticas e administrativas e para o trâmite de processos administrativos eletrônicos” (art. 5º da Lei nº 14.129/2021).

⁶⁷ O conceito legal de inovação se encontra no art. 2º, IV, da Lei nº 10.973/2004, com redação dada pela Lei nº 13.243/2016, sendo definida como “a introdução de novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo e social que resulte em novos produtos, serviços ou processos ou que compreenda a agregação de novas funcionalidades ou características a produto, serviço ou processo já existente que possa resultar em melhorias e em efetivo ganho de qualidade ou desempenho”.

⁶⁸ Art. 48 da Lei nº 14.129/2021.

⁶⁹ FREITAS, Juarez. Interpretação sustentável de leis de elevado impacto nas relações administrativas. *Revista Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, a. 23, n. 127, p. 17-33, mai./jun. 2021, p. 25.

bem interpretada, a Lei nº 14.129/2021, entre outras aplicações promissoras, tende a favorecer a imprescindível motivação sustentável das escolhas públicas, a partir da eficaz consagração do sistema de gestão de riscos e das políticas baseadas em evidências. Entretanto, para que tal se confirme, o serviço público digital (assim como o serviço público em geral) tem que ser guiado, invariavelmente, pela avaliação de impactos socioambientais com primazia, incentivando-se a correspondente habilitação decisória de agentes públicos responsáveis pelo destino de tantas vidas.

Diante disso, a referida lei estabelece que cada ente deve estabelecer *estratégia* para o planejamento de curto, médio e longo prazo para efetivar a transformação digital da gestão pública. Assim, cabe à União o desenho da Estratégia Nacional de Governo Digital⁷⁰, com diretrizes que devem ser seguidas pelas estratégias estaduais e municipais. Nesse planejamento, o Poder Público deve traçar diretrizes, prioridades e metas para a implementação das ações necessárias a viabilizar o acesso a serviços públicos digitais.

Também contribui para o aprimoramento do desenho e da gestão de políticas públicas o incentivo que a Lei do Governo Digital confere à criação de *laboratórios de inovação*⁷¹. Correspondem a ambientes abertos de diálogo e de cooperação entre governo e sociedade, incluindo comunidade acadêmica e agentes econômicos. Esse ecossistema de inovação deve se destinar ao desenvolvimento e à experimentação de novos conceitos, ferramentas e métodos inovadores e disruptivos para a gestão pública, para a prestação de serviços públicos, para o incentivo ao empreendedorismo em inovação, para o tratamento de dados de acesso público e para o controle social da Administração⁷².

⁷⁰ Arts. 15 e 16 da Lei nº 14.129/2021. O Decreto nº 11.260/2022 dispõe sobre regras e procedimentos para a elaboração e o encaminhamento da Estratégia Nacional de Governo Digital. O Decreto nº 10.332/2020 instituiu a Estratégia de Governo Digital para o período 2020 a 2023.

⁷¹ Arts. 44 e 45 da Lei nº 14.129/2021.

⁷² Um exemplo nacionalmente conhecido de laboratório de inovação foi criado na cidade do Recife, no ano 2000, ou seja, mais de duas décadas antes da Lei do Governo Digital, e tem apresentado significativos resultados: o Porto Digital. Decorrente de uma política pública conduzida em parceria entre o Estado de Pernambuco e o Município do Recife, com participação de instituições de ensino, organizações sociais e agentes econômicos, trata-se de um ecossistema de inovação instalado no tradicional Bairro do Recife Antigo (área central da cidade), que impulsiona o desenvolvimento de soluções para incentivar o empreendedorismo em negócios inovadores, para difundir conhecimento e qualificar profissionais na área de tecnologia, e para aperfeiçoar instrumentos de gestão e de implementação de políticas públicas (sobre o tema, ver: PORTO DIGITAL. *O que é o Porto Digital*. Recife: Porto Digital, 2024. Disponível em: <<https://www.portodigital.org/paginas-institucionais/o-porto-digital/o-que-e-o-porto-digital>>. Acesso em: 29 de março de 2024).

Além disso, como forma de ampliar as respostas estatais a demandas da sociedade, a lei estabelece também a obrigatoriedade de criação, no âmbito de cada ente, de *plataforma digital única*. Esse instrumento deve, por meio de sistema unificado, ofertar serviços públicos digitais, viabilizar solicitações de atendimento e seu acompanhamento, bem como disponibilizar painel de monitoramento do desempenho das políticas e dos serviços públicos. Normalmente, é operacionalizado por meio de portais eletrônicos, *websites*, aplicativos ou outros canais digitais oficiais⁷³, com acesso por meio de números únicos de identificação⁷⁴.

Outro aspecto relevante é que a Lei do Governo Digital⁷⁵ consolidou de forma clara e detalhada o papel do Estado como *plataforma de dados*, embora já houvesse diretrizes na mesma linha na Lei de Acesso à Informação⁷⁶ e no Marco Civil da Internet⁷⁷. Com isso, ao Poder Público recai o dever jurídico de promover a “infraestrutura tecnológica que facilite o uso de dados de acesso público e promova a interação entre diversos agentes, de forma segura, eficiente e responsável, para estímulo à inovação, à exploração de atividade econômica e à prestação de serviços à população”⁷⁸. O Estado, então, passa a ser concebido como instrumento de criação, armazenamento, abertura, propagação e interoperabilidade de dados com vistas a atender os diferentes interesses de uma sociedade, como a formulação de políticas públicas eficientes, o desenvolvimento de pesquisas científicas ou a criação de novos negócios⁷⁹.

Essa nova visão sobre o papel do Estado na era do mundo digital não é trivial. Na chamada sociedade da informação do século XXI, os dados são ativos de grande valor para as relações institucionais, econômicas e sociais, a ponto de serem

⁷³ Em consonância com essas diretrizes, a Administração Federal tem implementado, nos últimos anos, com significativa eficiência, o Portal Gov.br: uma plataforma centralizada, acessada por cidadãos mediante o número do CPF e senha cadastrada, que contempla o acesso a dados e cadastros de interesses dos cidadãos (como a carteira nacional de habilitação digital), a prestação de serviços públicos por meio digital (como o requerimento de aposentadorias e benefícios sociais) e também muitas formas de autosserviço (como a emissão imediata e automática de variados tipos de certidões). O Portal se encontra em: <<https://www.gov.br>>. Acesso em: 29 de março de 2024.

⁷⁴ A Lei nº 14.129/2021 reforça o dever de simplificação de procedimentos e de acesso a serviços públicos – o qual já decorria de legislações anteriores, como a Lei nº 13.726/2018. Esse acesso deve ser facilitado pela utilização de número único de identificação, que, para o cidadão, é o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas – CPF e, para a pessoa jurídica, é aquele vinculado ao Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ.

⁷⁵ Art. 2º, IV e V, da Lei nº 14.129/2021.

⁷⁶ Art. 8º, §3º, da Lei nº 12.527/2011.

⁷⁷ Art. 24, VI, da Lei nº 12.965/2014.

⁷⁸ Art. 4º, VII, da Lei nº 14.129/2021.

⁷⁹ Sobre as ferramentas relacionadas à concepção de *governo como plataforma de dados*, ver os arts. 38 a 41 da Lei nº 14.129/2021.

considerados como o “novo ouro”⁸⁰. Os dados têm sido utilizados por nações como forma de obtenção de poder sobre as outras, como visto no caso do *Wikileaks*, que revelou monitoramento de informações de cidadãos e países por parte do governo norte-americano⁸¹; por movimentos políticos para influenciar eleições e direcionar massas para adesão a seus posicionamentos, como divulgado no caso da *Cambridge Analytica*⁸²; por empresas para traçar e executar suas estratégias comerciais, e, até mesmo; por consumidores, como fonte de renda⁸³.

A era digital oferece à Administração oportunidade de se valer dos mecanismos de *big data* para o planejamento de políticas públicas, com a obtenção, o tratamento e a análise de grandes volumes de dados para traçar as melhores estratégias para os programas governamentais. Metadados, por exemplo, sobre a locomoção da população nas grandes cidades podem contribuir para o planejamento da infraestrutura de mobilidade; sobre imagens de satélites, para identificar áreas sob risco de inundações, auxiliando o reforço à infraestrutura urbana; sobre uso de celulares, para estimar o *status* socioeconômico de determinada comunidade e direcionar a implementação de políticas públicas de combate à pobreza⁸⁴.

Por outro lado, a noção de Estado como plataforma de dados também está relacionada ao papel da Administração de promover o “fomento ao desenvolvimento de novas tecnologias destinadas à construção de ambiente de gestão pública participativa e democrática e à melhor oferta de serviços públicos”⁸⁵. Com isso, surge o dever estatal de desenvolver mecanismos de tecnologia que viabilizem o uso facilitado de dados por qualquer interessado, de modo seguro e eficiente, com vistas a estimular a inovação, as atividades econômicas e a melhoria dos serviços à população. E, sempre que possível, os dados devem ser postos à disposição por meio

⁸⁰ UNIVERSIDADE TECNOLÓGICA FEDERAL DO PARANÁ – UTFPR. Dados são o novo “ouro”? *Portal UTFPR*, Curitiba, 25 de outubro de 2023.

⁸¹ MOREIRA, Pedro. Conheça a trajetória do fundador do *Wikileaks*, Julian Assange. *Agência Brasil – EBC*, Brasília, 23 de agosto de 2023.

⁸² MONTESANTI, Beatriz. Além dos EUA: como a Cambridge Analytica atuava em eleições pelo mundo. *UOL*, São Paulo, 24 de março de 2018.

⁸³ LARGHI, Nathália. Consumidores lucram com a venda de informações sobre si mesmos. *Valor Investe*, São Paulo, 3 de julho de 2022.

⁸⁴ Sobre o tema, cf. FOLLADOR, Silvia Rodrigues; RICARD, Julie. *Big data* para o bem comum. *GV Executivo*, São Paulo, vol. 18, n. 4, p. 26-29, ago/out 2004.

⁸⁵ Art. 29, §1º, X, da Lei nº 14.129/2021. Em relação àqueles dados que ainda não estejam abertos por meio da transparência ativa, é legalmente garantido a qualquer interessado “apresentar pedido de abertura de bases de dados da administração pública, que deverá conter os dados de contato do requerente e a especificação da base de dados requerida” (art. 30 da Lei nº 14.129/2021).

da *transparência ativa*⁸⁶, em padrões e formatos *abertos*⁸⁷, acessíveis a todos os setores da sociedade, com interoperabilidade entre diversos sistemas, respeitadas as limitações e garantias legais, como as hipóteses excepcionais de confidencialidade (Lei nº 12.527/2011) e as normas de proteção de dados pessoais (Lei nº 13.709/2018)⁸⁸.

Essa vertente de atuação do Estado deve gerar um arcabouço de dados abertos para a indução do progresso econômico e social. Trata-se de papel que ainda necessita ser adequadamente assimilado por parte da Administração, dos cidadãos e dos agentes econômicos⁸⁹. A título ilustrativo, com base em tais normas da Lei nº 14.129/2021, conclui-se que investidores do setor de alimentação têm o *direito* de acessar eventuais dados gerais e anonimizados existentes e sob a posse da Administração a respeito do fluxo de vendas no setor de alimentação em determinadas regiões da cidade, com vistas a identificar a oferta e a demanda por bares e restaurantes naquelas localidades, para o planejamento e eventual instalação de um novo empreendimento no setor. Mesmo que esses dados ainda não estejam abertos, possivelmente poderão ser extraídos de sistemas internos da Administração responsáveis pelo registro de notas fiscais emitidas por estabelecimentos cadastrados nessa atividade econômica⁹⁰ e localizados nesses locais. Uma vez coletados e abertos, esses dados econômicos e comerciais – mantido seu caráter anonimizado – devem ser divulgados preferencialmente por meio de transparência ativa, democratizando o acesso a todos os interessados.

Por fim, a transformação digital do Estado também possui aptidão para o fortalecimento de políticas públicas a partir de um prisma comunicacional, com

⁸⁶ Entende-se por transparência ativa a “disponibilização de dados pela administração pública independentemente de solicitações” (art. 4º, XI, da Lei nº 14.129/2021).

⁸⁷ Dados abertos são aqueles “acessíveis ao público, representados em meio digital, estruturados em formato aberto, processáveis por máquina, referenciados na internet e disponibilizados sob licença aberta que permita sua livre utilização, consumo ou tratamento por qualquer pessoa, física ou jurídica” (art. 4º, IV, da Lei nº 14.129/2021).

⁸⁸ Art. 3º, XXIII, e art. 4º, V, VI e VII, da Lei nº 14.129/2021.

⁸⁹ De todo modo, especialmente na Administração Federal, podem ser verificados avanços recentes sobre o tema. A CGU, atualmente, mantém um painel de monitoramento de dados abertos, que demonstra um cenário cada vez maior de abertura de base de dados dos órgãos e entidades federais. Recentemente, o governo federal, por exemplo, passou a disponibilizar, por meio de dados abertos, o tempo médio de despacho aduaneiro por regiões fiscais e, também, por unidades administrativas (portos, aeroportos etc.). São informações que podem ser bastante úteis para atividades econômicas que envolvam a importação e a exportação de produtos e mercadorias (MINISTÉRIO DA FAZENDA. *Dados abertos – Movimentação e Tempos de Despachos Aduaneiros*. Brasília: Ministério da Fazenda, 2024. Disponível em: <<https://dados.gov.br/dados/conjuntos-dados/movimentao-e-tempos-de-despachos-aduaneiros>>. Acesso em: 29 de março de 2024).

⁹⁰ O código para restaurantes e similares na Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE) é o 5611-2/01.

apresentação de esclarecimentos, subsídios e informações à população. Contribui especialmente para combater os efeitos da difusão em massa de *fake news* por meio de plataformas de comunicação e redes sociais contra a efetividade de políticas públicas.

Por exemplo, em anos recentes, a efetividade do Programa Nacional de Imunizações – PNI foi prejudicada diante da difusão de *fake news* sobre as vacinas contra a Covid-19 – que chegaram a sugerir que a vacinação serviria para a implantação de *chips* nos cidadãos pelo governo. A confiança nas vacinas em geral, uma marca histórica da sociedade brasileira, foi afetada. Com isso, foram reduzidos os índices de vacinação para doenças como hepatite B, rubéola, tuberculose e paralisia infantil⁹¹. Um Estado digital, capaz de produzir e divulgar de forma eficiente dados e esclarecimentos sobre políticas públicas, acompanhadas das devidas orientações de conduta à população, é importante instrumento de combate à desinformação e a seus efeitos nocivos à sociedade.

1.3 O adequado planejamento estatal como dever fundamental que não admite de retrocessos

No prisma de um Estado, o planejamento é o projeto político, social e institucional para o direcionamento do futuro da nação e de seu povo. Pode ser materializado por diferentes instrumentos, como planos, estratégias e agendas de caráter natureza, regional ou setorial. Pode, inclusive, ser representado por ferramentas de caráter internacional, como ocorre em planos transnacionais de blocos econômicos, como os países da União Europeia, e em agendas celebradas perante organismos multilaterais, como os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU, conhecida como Agenda 2030.

Para alcançar os seus objetivos, o planejamento do Estado tem nas políticas públicas o seu elemento central. É integrado pelo que parte dos autores⁹² denominam de *tríade do planejamento*: i) diagnóstico, com a compreensão das dinâmicas e

⁹¹ SENADO FEDERAL – SF. Vacinação infantil despenca no país e epidemias graves ameaçam voltar. *Agência Senado*, Brasília, 20 de maio de 2022.

⁹² SANTOS, Eugênio Andrade Vilela dos. O confronto entre o planejamento governamental e o PPA. In: JR. CARDOSO, José Celso (org.). *A reinvenção do planejamento governamental no Brasil*. Brasília: IPEA, 2011, p. 310-312.

causas da configuração da atual realidade; ii) escolhas, representadas pelas decisões que pretendem direcionar a sociedade a um patamar superior de progresso e desenvolvimento, e; iii) gestão, com a organização dos meios para garantir a realização do que foi previsto.

No âmbito do Estado brasileiro, o processo de planejamento ganhou destaque entre as décadas de 1930 e 1980, principalmente sob uma perspectiva de desenvolvimento econômico. Elegeram-se, de modo especial, investimentos no setor de infraestrutura para formar a bases do progresso econômico do país, o que possibilitou, inclusive, a formação de uma relevante indústria nacional de construção pesada⁹³.

Como marco inicial desse processo, têm-se o Plano Especial de Obras Públicas e Aparelhamento da Defesa Nacional, vigente entre 1939 e 1943, durante o Estado Novo⁹⁴. Em 1952, foi criado o atual Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, com foco em formular e executar políticas nacionais no setor de infraestrutura. Até a década de 1980, apesar das inúmeras crises político-institucionais, inclusive do Golpe Militar de 1964, o Estado brasileiro continuou a implementar sucessivos planos nacionais de desenvolvimento, com destaca à priorização dos investimentos em infraestrutura⁹⁵.

Esses arranjos em prol do planejamento entre 1930-1980 possibilitaram a construção de um dinamismo econômico que distinguiu o Brasil perante a economia global, sendo um dos países que mais cresceram nesse período, com um aumento do PIB superior a 6% ao ano em média⁹⁶.

⁹³ Como explica Campos, três grandes fases marcaram o mercado de obras públicas de infraestrutura no Brasil. Na primeira fase, que perdurou até 1930, as poucas obras públicas existentes eram executadas principalmente por empresas estrangeiras, diante da falta de uma sólida indústria de construção pesada sólida no país. Na segunda fase, após a crise de 1929 e o início da Era Vargas, o Estado se dividia entre um papel de contratante e, também, de executor direto de obras públicas, por meio de órgãos estatais. Na terceira fase, a partir dos anos 1950, o Estado abdicou gradativamente da execução direta e passou a ser, como regra, agente contratante, sobretudo de empresas brasileiras, intensificando o desenvolvimento de uma indústria nacional no setor (cf. CAMPOS, Pedro Henrique Pedreira. *A Ditadura dos Empreiteiros: as empresas nacionais de construção pesada, suas formas associativas e o Estado ditatorial brasileiro, 1964-1985*. 2012. Tese (Doutorado em História Social) – Universidade Federal Fluminense – UFF, Niterói, 2012, p. 45-46 e 69-70).

⁹⁴ Aprovado pelo Decreto-Lei nº 1.058/1939.

⁹⁵ Além do citado Plano Especial de Obras Públicas e Aparelhamento da Defesa Nacional (1939-1943), mencionem-se também: Plano Especial de Obras Públicas (1939-1943); Plano de Obras e Equipamentos (1944-1948); Plano SALTE (1950-1951); Plano de Metas (1956-1961); Plano Trienal de Desenvolvimento Econômico e Social (1963-1965, interrompido pelo Golpe Militar de 1964); Programa de Ação Econômica do Governo, (1964-1966); Programa Estratégico de Desenvolvimento (1967-1970); Programa de Integração Nacional (1970-1971); I Plano Nacional de Desenvolvimento (1972-1974), e; II Plano Nacional de Desenvolvimento (1975-1979).

⁹⁶ PETIT, Tatiana. O gigante que encolheu. *Revista Pesquisa FAPESP*, São Paulo, edição 90, ago. 2003, p. 78-81.

Após o Brasil se deparar com as crises do petróleo (1973 e 1979), seguidas pelo crescimento dos juros internacionais, explosão da inflação e uma dívida externa crescente, o país tomou caminho inverso a partir do fim da década de 1980. Absorvendo uma cartilha econômica imposta a nações em desenvolvimento como condições para financiamentos internacionais, foi estabelecida uma forte agenda neoliberal em que o papel do Estado como planejador e indutor econômico não só foi desprezado, como diretamente combatido⁹⁷.

A partir de então, como analisa Giacomoni⁹⁸, as Administrações Federais, com base na ideia de “incapacidade de o Estado atual assumir as responsabilidades do condutor no processo de desenvolvimento econômico, não elaboraram planos nacionais de desenvolvimento, nos moldes daqueles que caracterizavam o Estado desenvolvimentista”.

De todo modo, apesar do crescimento sob o ponto de vista econômico entre 1930 e 1980, o planejamento estatal deve ser conduzido sob um prisma mais amplo, direcionando-se à concretização do conjunto das prioridades constitucionais. Afinal, crescimento difere de desenvolvimento. O crescimento daquelas décadas não significou a elevação das condições de vida para grande parcela da população. A miséria e a desigualdade regional continuaram a ser protagonistas na fotografia socioeconômica brasileira.

Sob essa perspectiva, o planejamento não pode se limitar à busca de elevação do PIB; há de ser fortalecido com estratégias capazes de elevar as condições de vida da população nos mais diversos aspectos.

Como bem expressado por Celso Furtado⁹⁹, responsável pelo Plano Trienal de Desenvolvimento Econômico e Social¹⁰⁰,

o que caracteriza o desenvolvimento é o projeto social subjacente. O crescimento econômico, tal qual o conhecemos, funda-se na preservação de privilégios das elites que satisfazem seu afã de modernização. Quando o projeto social dá prioridade à efetiva melhora das condições de vida da maioria da população, o crescimento se

⁹⁷ ALMEIDA, Dayson Pereira Bezerra de; BIJOS, Paulo Roberto Simão. Planejamento e orçamento no Brasil: propostas de inovação. In: SALTO, Felipe Scudeler; PELLEGRINI, Josué Alfredo (orgs). *Contas públicas no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 396-399. O tema é analisado de forma mais detalhada no item 3.1.4.

⁹⁸ GIACOMONI, James. *Orçamento público*. São Paulo: Atlas, 2022, p. 222.

⁹⁹ FURTADO, Celso. *Cultura e desenvolvimento em época de crise*. Rio de Janeiro: Paz e Terra Economia, 1984, p. 75.

¹⁰⁰ Previsto para vigor entre 1963 a 1965, com fortes metas na infraestrutura de energia, mas interrompido pelo Golpe Militar de 1964.

metamorfoseia em desenvolvimento. Ora, essa metamorfose não se dá espontaneamente, ela é fruto da realização de um projeto, expressão de uma vontade política.

Na construção desse projeto social, no entanto, o Estado se depara com necessidades públicas infindáveis e limitações de seus recursos (financeiros, administrativos, informacionais etc.). Logo, o adequado planejamento estatal é o que diferencia meras promessas vazias de políticas públicas verdadeiramente transformadoras.

Para ser considerado *adequado*, o planejamento do Estado demanda diagnósticos corretos dos problemas sociais que se pretende enfrentar, baseados, sempre que possível, em dados e evidências. Pressupõe o estabelecimento de diretrizes e estratégias de ação, de divisões clara de atribuições e de previsão de fontes de financiamento. Deve ser apto a conduzir a Administração para o alcance de prioridades, detalhando metas para o curto, médio e longo prazo. Precisa dispor sobre o monitoramento obrigatório e contínuo das ações estatais, a partir do acompanhamento de resultados por indicadores fidedignos, que reflitam os reais impactos da política pública para a transformação social. Deve viabilizar também mecanismos para a revisão das estratégias e ações planejadas, possibilitando seu aperfeiçoamento para atender os objetivos pretendidos. Sempre que admissível, elaborado com participação social, por meio de instrumentos como audiências e consultas públicas. Precisa ser transparente, com a previsão de mecanismos para ampla disponibilização de dados e informações para o controle de sua execução, seja por meio de órgãos de controle externo, como pela própria sociedade.

Mais do que uma boa prática de gestão, o adequado planejamento estatal tem *status* de dever jurídico do Estado brasileiro. Trata-se de obrigação estabelecida pela ordem jurídica que independe das matizes político-ideológicas dos agentes no exercício do poder, ainda que, naturalmente, elas possam influenciar no processo de formação e execução dos instrumentos de planejamento. Há um dever de desenhar, de implementar, de monitorar, de revisar e de fiscalizar políticas públicas que concretizem prioridades constitucionais. A partir disso, é juridicamente proibido que o improvisado, a casuística e a confiança na sorte sejam as marcas de gestões públicas.

Esse dever jurídico já se encontrava no ordenamento brasileiro antes mesmo da Carta de 1988. O planejamento estatal foi objeto de relevante tratamento no

Decreto-Lei nº 200/1967, que promoveu profunda reforma na Administração Federal. Foi alçado a *princípio fundamental* da atividade administrativa. De acordo com o referido diploma, o Poder Público deve ser guiado por um planejamento que vise a promover o desenvolvimento econômico-social do país e a segurança nacional. Foram previstos como instrumentos básicos para o planejamento: i) planos gerais de governo; ii) políticas e programas nacionais, setoriais e regionais, de duração plurianual; iii) o orçamento-programa anual e; iv) a programação financeira de desembolso¹⁰¹.

Fortalecendo essa visão, a Constituição de 1988, em diferentes oportunidades, traz o dever de planejamento para o núcleo das ações estatais. Atribui à União o poder-dever de estabelecer, por meio de leis, os planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento¹⁰². Previu expressamente ao Estado o dever constitucional do *planejamento das políticas sociais*, assegurada, na forma da lei, a participação da sociedade nos processos de formulação, de monitoramento, de controle e de avaliação dessas políticas¹⁰³.

Na economia, a Carta de 1988¹⁰⁴ dispõe que o Estado, na condição de agente normativo e regulador, deve exercer o *planejamento da ordem econômica*. De um lado, também prevê que esse planejamento será *determinante* para o setor público, de modo que, na execução de suas ações, o Poder Público deve demonstrar aderência ao planejado. Isso representa a antijuridicidade de gestões públicas que ignoram instrumentos de planejamento (como os PPAs e os planos nacionais, regionais e setoriais). Ou que descumpram o planejado por meio de escolhas injustificadas, efêmeras, passageiras e improvisadas. De outro lado, a Constituição estabelece que o planejamento estatal será *indicativo* ao setor privado, o que demonstra uma clara opção constitucional por caracterizar o Estado como agente indutor das atividades econômicas, afastando-se a ideia de passividade ou absenteísmo estatal na economia.

¹⁰¹ Art. 7º do Decreto-Lei nº 200/1967.

¹⁰² Art. 48, IV, da CF.

¹⁰³ Art. 193, parágrafo único, da CF (incluído pela EC nº 108/2020).

¹⁰⁴ Art. 174, *caput*, da CF.

Para o exercício dessas funções, a Constituição¹⁰⁵ atribuiu ao Poder Público o dever de estabelecer, por lei, “as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado”, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento. E, diante do objetivo fundamental de combate às desigualdades regionais, prevê também que lei complementar disciplinará “as condições para integração de regiões em desenvolvimento”.

O planejamento também possui relação direta com o princípio constitucional da eficiência¹⁰⁶, de forma que as ações governamentais devem ser desenhadas para produzirem benefícios que superem os prejuízos, diretos e indiretos¹⁰⁷, sejam nas esferas econômica, social ou ambiental.

Assim, a eficiência, a incidir no planejamento estatal, não significa que devem ser eleitas necessariamente as opções mais baratas ao erário, mas aquelas que mais contribuem para a consecução das prioridades constitucionais, tal como a construção de uma nação livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e o combate à desigualdade.

Dessa forma, devem possuir preferência as opções que promovem maior impacto positivo a um maior número de pessoas, com especial atenção às camadas mais pobres da população. Também ganham primazia as escolhas que favoreçam o combate às desigualdades regionais e o desenvolvimento sustentável, com proteção dos interesses das presentes e futuras gerações.

Nessa linha, o planejamento do Estado deve se basear não só em uma análise financeira, perseguindo cegamente aquelas escolhas que gerem menos despesas, mas também na avaliação do seu custo-benefício diante de outros aspectos igualmente fundamentais. É o caso de uma política de infraestrutura de transporte público, que deve ser planejada por meio da compatibilização dos custos financeiros com outros parâmetros da mesma forma relevantes, como a qualidade dos serviços, sua universalização e seus impactos econômicos, sociais e ambientais.

¹⁰⁵ Por tudo, ver art. 43, §1º, I, e art. 174, §1º, da CF. No entanto, as leis previstas pelos referidos dispositivos constitucionais, até o momento, ainda não foram editadas pela União, o que representa uma grave falha do planejamento nacional.

¹⁰⁶ Art. 37, *caput*, da CF (inserido pela EC nº 19/1998).

¹⁰⁷ Sobre o tema da reforma do Estado para a valorização da eficiência no setor público, vide: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado*. Reforma do Estado e Administração Pública gerencial. Rio de Janeiro: FGV, 2008.

A obrigação constitucional do planejamento não é mero dever procedimental, a ser atendido pela elaboração formal de instrumentos de planejamento, como o plano plurianual. É um *dever de buscar o melhor resultado*, no sentido de que exige a efetiva adoção de estratégias para, tanto quanto possível, apresentar entregas concretas, alcançar objetivos sociais relevantes e causar impactos positivos em prol da consagração de prioridades constitucionais, sobretudo de direitos fundamentais.

Por isso, entende-se que essa obrigação constitucional se qualifica como verdadeiro *dever fundamental* do Estado, para atender a um correspondente *direito fundamental ao adequado planejamento*, inerente à esfera jurídica de todas as pessoas, das presentes e das futuras gerações, a exemplo do que já reconhece o STF¹⁰⁸ quanto ao dever fundamental do Estado de promover a proteção ecológica.

Registre-se que um conceito normativo de planejamento foi previsto na Lei nº 13.971/2019, que instituiu o PPA 2020-2023 da União. Houve a definição de *planejamento governamental* como “sistemática de orientação de escolha de políticas públicas e de definição de prioridades, a partir de estudos prospectivos e diagnósticos, com o propósito de diminuir as desigualdades, melhorar a alocação de recursos e aprimorar o ambiente econômico e social”¹⁰⁹.

No entanto, aqui se prefere utilizar o termo *planejamento estatal*, mais abrangente que o *planejamento governamental*. A primeira expressão está mais vinculada a uma estratégia de Estado, com um sentido de maior perenidade e estabilidade, em busca de transformações estruturais da sociedade, numa visão que abrange o longo prazo. A segunda, utilizada pela Lei do PPA da União 2020-2023¹¹⁰, remete à ideia do planejamento de gestões de governo, dotado de maior

¹⁰⁸ Cf. Sobre o reconhecimento de *deveres fundamentais do Estado*, ver: ADI nº 4.351, Plenário, relatora Min. Rosa Weber, julgado em 24 de agosto de 2020, quanto à proteção ecológica, e; AI nº 808.059 AgR, Primeira Turma, relator Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 2 de dezembro de 2010, quanto à prestação de serviços em saúde pública. Sabe-se que há autores que utilizam a expressão *deveres fundamentais* para se referirem apenas às obrigações constitucionais direcionadas a pessoas físicas e jurídicas titulares de direitos fundamentais, e não às obrigações constitucionais do Estado (cf. PREIS, Marco Antônio. *Teoria dos deveres fundamentais*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023, p. 17). No entanto, na linha dos citados precedentes do STF, entende-se aqui que a concepção de deveres fundamentais também deve recair sobre o Estado quando se tratam de suas obrigações constitucionais de satisfazer direitos fundamentais. Assim, sendo o adequado planejamento estatal necessário à consagração de políticas e ações para a concretização de direitos fundamentais, utiliza-se, ao longo do trabalho, a expressão *dever fundamental*.

¹⁰⁹ Art. 2º, VII, Lei nº 13.971/2019.

¹¹⁰ Destaque-se que o PPA 2024-2027 (Lei nº 14.802/2024) não trouxe qualquer previsão do conceito de planejamento.

transitoriedade e instabilidade, sujeito a mudanças de rotas a cada eleição e, normalmente, focado em objetivos de curto prazo.

Pelas razões expostas, o conceito de *planejamento estatal* utilizado neste trabalho se refere ao *dever fundamental* do Estado de adotar processo sistematizado e democrático de definição e implementação de políticas públicas que promovam a transformação da sociedade, com vistas à consagração das prioridades definidas na Constituição, sobretudo direitos fundamentais.

Esse processo perpassa pela boa execução de todas as etapas do ciclo das políticas públicas, que abrange: i) o correto diagnóstico das necessidades públicas, baseado em evidência e dados; ii) o incentivo a instrumentos de participação popular¹¹¹; iii) a estipulação de estratégias e ações, com suficiente fonte de custeio; iv) a distribuição clara e coesa de funções e competências; v) estabelecimento de metas para o curto, médio e longo prazo; vi) a utilização de indicadores de aferimento fidedignos; vii) instrumentos de monitoramento e avaliação dos resultados, que viabilizem a revisão e o aperfeiçoamento contínuo e periódico das medidas implementadas, e; viii) mecanismos de controle, para o afastamento de práticas ilegais, ineficientes ou que injustificadamente estejam em desarmonia com o planejado.

Diante dessa perspectiva, questão interessante surge quanto à possibilidade ou não de redução do planejamento estatal para a implementação de determinada política pública. Se, por meio de planos nacionais e setoriais, o Estado aprovasse o planejamento de uma política pública, com metas de resultados a serem alcançadas em determinado período, poderia, em momento seguinte, realizar a supressão das metas não alcançadas?

Em nossa visão, a resposta dependerá dos efeitos dessa mudança para a consagração dos objetivos constitucionais. De um lado, é possível, durante sua execução, rever o planejamento originalmente formulado, para melhor ajustá-lo ao alcance dos resultados constitucionalmente pretendidos, caso constatadas razões de

¹¹¹ Pois, nas palavras de Celso Furtado, “somente uma ampla confrontação de ideias em torno de nossos problemas sociais e econômicos poderá abrir o caminho à imaginação política e criar condições para a mobilização de opinião pública, sem o que dificilmente se poderá superar a barreira de obstáculos que se antepõe ao desenvolvimento do País” (FURTADO, Celso. *Um projeto para o Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Saga, 1968, p. 9).

interesse público, como o surgimento de novos instrumentos à disposição da Administração.

Imagine-se uma política pública de transformação digital da Administração Pública – criada para a consagração de serviços públicos mais eficientes (art. 37, *caput*, da CF) – que tenha sido planejada antes da atual disseminação das tecnologias de inteligência artificial. Naturalmente, poderá ter seu planejamento revisto, inclusive para a fixação de novas estratégias, metas e prazos. Isso não significa suprimir, mas sim revisar o planejamento, fortalecendo-o para atingir, de modo mais adequado, os fins para os quais foi formulado.

Por outro lado, a alteração do planejamento não poderá representar prejuízos à consagração de prioridades constitucionais. Não se pode realizar supressões ou reduções de ações, estratégias, metas, instrumentos e fontes de custeio planejados para a implementação de políticas públicas se isso implicar na inviabilização ou no atraso do cumprimento de objetivos definidos na Constituição. O Poder Público não tem a faculdade de planejar menos do que anteriormente o fez. O adequado planejamento é conquista a ser ampliada de forma progressiva. Não admite movimentos retrógrados.

A ideia aqui defendida da existência de um *dever fundamental do adequado planejamento* dialoga diretamente com o *princípio da proibição do retrocesso social*, que, na visão de Lenio Streck¹¹², num Estado Democrático de Direito, representa uma cláusula “garantidora de conquistas. Ou seja, a Constituição, além de apontar para o futuro, assegura as conquistas já estabelecidas”. Esse princípio tem sido acolhido pela jurisprudência do STF, especialmente em matéria de políticas de proteção do meio ambiente¹¹³.

Em julho de 2023, precedente da Suprema Corte ilustrou, de forma específica, essa relação direta entre o dever do adequado planejamento e a proibição do retrocesso social, de forma a considerar inconstitucionais alterações do planejamento estatal que implicaram no enfraquecimento de políticas públicas necessárias à promoção de objetivos constitucionais.

¹¹² STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 706.

¹¹³ ADPF nº 749/DF, Plenário, relatora Min. Rosa Weber, julgado em 14 de dezembro de 2021.

O entendimento se deu em matéria de planejamento de políticas públicas na área de segurança pública, no julgamento da ADI nº 7.013. O STF declarou a inconstitucionalidade por omissão do Plano Nacional de Segurança Pública e Defesa Social 2021-2030 (PNSP II), previsto no Decreto nº 10.822/2021, por entender que esse Plano suprimiu injustificadamente indicadores, ações e estratégias do planejamento estatal para o combate a *crimes de feminicídio* e aos *crimes praticados por agentes de segurança pública*.

Esses elementos eram expressamente previstos no plano nacional anterior (PNSP I), estabelecido pelo Decreto nº 9.630/2018, e representavam um mínimo compromisso estatal para o combate à violência de gênero, que detém índices alarmantes no Brasil, e para a diminuição da letalidade policial, que estatisticamente incide de forma preponderante sobre pessoas negras e pobres¹¹⁴.

Para o STF, as mudanças representaram um retrocesso no planejamento da política pública incompatível com a Constituição, especialmente por frustrar os objetivos constitucionais de promoção aos direitos à dignidade humana, à segurança pública e à proteção dos grupos socialmente vulneráveis¹¹⁵.

Dessa forma, o precedente da Suprema Corte é paradigmático para reforçar a proibição de retrocesso social em matéria de planejamento estatal no Brasil, especialmente em favor do fortalecimento de políticas públicas em favor de minorias sociais.

1.4 A necessidade de fortalecer a integração entre planejamento e orçamento público para o combate ao casuísmo orçamentário

¹¹⁴ FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA – FBSP. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2022: letalidade policial cai, mas mortalidade de negros se acentua em 2021*. São Paulo: FBSP, 2023.

¹¹⁵ Conforme consta do voto da relatora, Min. Cármen Lúcia, “do cotejo entre o Plano Nacional de Segurança Pública e Defesa Social atual e o precedente, constata-se que a substituição do PNSP, por força do Decreto presidencial n. 10.822/2021, ao anterior representa, em parte, retrocesso social em matéria de direitos fundamentais, notadamente aos direitos à vida e à segurança pública, incorrendo, também, em proteção deficiente quanto a esses direitos. [...] As denúncias do aumento de feminicídio nos últimos anos e a atuação estritamente judicial deste Supremo Tribunal em sua função de coibir o inaceitável número de mortes decorrentes de atividades policiais (ADPF 635, Relator o Ministro Edson Fachin) demonstram que as medidas questionadas e postas na norma em questão nesta ação contrariam os objetivos constitucionalmente estabelecidos e os direitos assegurados no sistema de direitos fundamentais. [...] A opção do PNSP II em agregar o feminicídio e as mortes decorrentes de intervenções de segurança pública ao grupo ‘mortes violentas’ invisibiliza a apuração e a adoção de providência contra dois dos mais graves problemas enfrentados pela sociedade brasileira” (ADI nº 7.013/DF, Plenário, relatora Min. Cármen Lúcia, julgado em 3 de julho de 2023).

1.4.1 Alocação planejada de recursos

O desenho do planejamento estatal precisa equalizar as premissas de que, de um lado, as políticas públicas para a concretização das prioridades constitucionais possuem elevados custos e, de outro, que os recursos públicos são naturalmente insuficientes para atender a todas as demandas sociais – como bem exposto em obra de Stephen Holmes e Cass Sunstein¹¹⁶. Com base em tais balizas, é inevitável que a consecução de objetivos constitucionais, principalmente de direitos fundamentais, dependa da correta *alocação orçamentária* para o curto, médio e longo prazo.

Em obra que analisa motivos pelos quais algumas nações fracassam, Daron Acemoglu e James Robinson¹¹⁷ destacam que o debate sobre o tamanho do Estado não é o ponto crucial, mas sim o modo de seu funcionamento. A partir disso, apontam como uma das principais características para o desenvolvimento contínuo e duradouro de um país a existência de instituições capazes de promover a distribuição do poder político e das riquezas, com a alocação eficiente de recursos, notadamente do orçamento público.

Aplicadas ao contexto das finanças públicas, essas balizas direcionam para a necessária formação de instituições capazes de garantir um orçamento público adequadamente planejado e livre de capturas por interesses exclusivamente privados. Afinal, como defende Élica Graziane Pinto¹¹⁸, tudo é uma questão de *prioridade alocativa*. No Brasil, esse desafio ganha contornos mais complexos quando se compreende o histórico do patrimonialismo na atuação do Estado brasileiro, muito bem exposta por Victor Nunes Leal¹¹⁹.

A integração entre *planejamento estatal* e *orçamento* é tão importante que se pode afirmar que esses dois elementos convivem em simbiose, como sistemas

¹¹⁶ Os autores demonstram que os custos para o orçamento decorrem não só do financiamento de direitos sociais, como saúde e educação, como também daqueles relacionados às liberdades e garantias individuais, como a liberdade de ir e vir e direitos de propriedade, que dependem de despesas em políticas públicas em áreas como mobilidade e segurança pública (cf. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: why liberty depends on taxes*. Nova Iorque e Londres: W. M. Norton, 1999).

¹¹⁷ DARON, Acemoglu; ROBINSON, James. A. *Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza*. Trad. Cristiana Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

¹¹⁸ PINTO, Élica Graziane. *Ciclo das políticas públicas e legitimidade compartilhada das escolhas alocativas: um estudo em busca da vinculação à força normativa do planejamento*. In: PINTO, Élica Graziane; SARLET, Ingo Wolfgang; PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; OLIVEIRA, Odilon Cavallari de. *Política Pública e Controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 116.

¹¹⁹ LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

interdependentes. Não anda bem um quando o outro vai mal. A coerência e harmonia entre eles é fundamental para a eficiente implementação de políticas públicas. Bons planos e programas de governo, sem orçamento suficiente, são ideias vazias. Disponibilidades orçamentárias, sem ações estatais planejadas de maneira estrutural e responsável, geram ineficiência, desperdícios e, em último caso, agravam o problema que pretendem combater.

A falta de planejamento prejudica boas políticas públicas até mesmo quando há excesso de arrecadação. Foi o que ocorreu em 2023, quando, ao verem seus orçamentos municipais duplicarem com a extração de lítio, municípios do Vale do Jequitinhonha, região mais pobre de Minas Gerais, reconheceram que não sabiam o que fazer com as verbas adicionais e que não possuíam projetos próprios para enfrentar a extrema pobreza naquela localidade¹²⁰.

Nessa perspectiva, grande parte dos rumos de uma sociedade depende da boa governança sobre o orçamento público. Há muito tempo se ultrapassou a concepção de que ele seria mero documento demonstrativo das previsões de receitas e autorizações de despesas em determinado período. Nessa concepção tradicional, o orçamento deveria ser construído com base nas necessidades financeiras para o custeio das diversas unidades organizacionais da Administração, sem qualquer vinculação a um planejamento estatal¹²¹.

No entanto, no Brasil, a partir da Lei nº 4.320/1964 – aprovada ainda no governo reformista de João Goulart e recepcionada pela Carta de 1988 como lei complementar¹²² –, consolidou-se o conceito do *orçamento-programa*, de modo que, ao menos do ponto de vista normativo, o orçamento público passou a ser tratado como instrumento de planejamento da ação do Estado, com vistas a vincular os recursos disponíveis ao cumprimento de diretrizes, objetivos e metas do Poder Público para a transformação social. A mencionada Lei prevê, por exemplo, que a lei do orçamento deve conter a discriminação da receita e despesa de forma a evidenciar a política

¹²⁰ LOVISI, Pedro. Jequitinhonha recebe fortuna do lítio sem plano de Lula e Zema contra pobreza. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 2 de agosto de 2023.

¹²¹ BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. Revisada e atualizada por Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 412-413.

¹²² Por estabelecer normas gerais de finanças públicas, atendendo ao disposto no art. 165, §9º, da Constituição, conforme entendimento do STF (cf. Medida Cautelar na ADI 1.726, Plenário, rel. Min. Ministro Maurício Corrêa, julgado em 16 de setembro de 1998).

econômico-financeira e o programa de trabalho do governo, com a indicação das obras e prestações de serviços a serem realizados no respectivo exercício¹²³.

Posteriormente, o Decreto-Lei nº 200/1967 trouxe as diretrizes para a implementação do modelo de orçamento previsto na Lei nº 4.320/1964, ao dispor que, “em cada ano, será elaborado um orçamento-programa, que pormenorizará a etapa do programa plurianual a ser realizada no exercício seguinte e que servirá de roteiro à execução coordenada do programa anual”¹²⁴. Como se percebe, houve uma forte submissão das ações estatais à observância do planejamento do Estado, que deve ser pautado em planos e programas plurianuais, cujas etapas serão implementadas por meio do orçamento de cada exercício.

Com base nisso, Regis Fernandes de Oliveira¹²⁵ explica que, enquanto a concepção tradicional de orçamento não traz uma visão ordenada e racional do futuro, o orçamento-programa busca uma planificação realista, com a alocação de recursos para serem alcançadas finalidades previamente definidas. O orçamento, então, abandona uma essência unicamente contábil, financeira e patrimonial, para assumir-se também como um mecanismo de transformação socioeconômica da nação¹²⁶. Por isso, precisa ser construído não com base simplesmente no custo das unidades organizacionais, mas nas despesas necessárias para o financiamento dos programas orçamentários de curto, médio e longo prazo – dos quais decorrem as ações governamentais para a implementação de políticas públicas.

A Constituição de 1988 estreitou ainda mais os laços entre planejamento e orçamento, consagrando o que se denomina de *princípio do planejamento orçamentário* (também chamado de *princípio da programação*), ao impor que o orçamento público deve ser elaborado a partir de um planejamento de ações, para atender a planos e programas governamentais. Para tanto, criou para todos os entes da federação a obrigação de editarem, anualmente, a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), para o estabelecimento de metas e prioridades orientadoras do orçamento anual, bem como, a cada quatro anos, o Plano Plurianual (PPA), instrumento

¹²³ Art. 2º, *caput* e §1º, III, da Lei nº 4.320/1964.

¹²⁴ Art. 16 do Decreto-Lei nº 200/1967.

¹²⁵ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 644.

¹²⁶ GIACOMONI, James. *Orçamento público*. São Paulo: Atlas, 2022, p. 160.

responsável pelo planejamento, de forma regionalizada, de objetivos e ações plurianuais do Poder Público.

Não por outra razão, o Ministro Carlos Ayres Britto pontuou, sobre a atual concepção do orçamento público, que, “no fundo, abaixo da Constituição, não há lei mais importante para o país, porque a que mais influencia o destino da coletividade”¹²⁷. O orçamento, então, revela-se como um poderoso instrumento de transformação social, de missão republicana e de expressão democrática, como registra Marcus Abraham¹²⁸.

Em nossa visão, a Carta de 1988 conferiu ao orçamento *lato sensu* (PPA, LDO e LOA) um papel balizador da atividade não só do Poder Executivo, mas também do legislador ordinário. De certa forma, atribuiu uma espécie de *natureza supralegal* ao orçamento público, que passa a servir de parâmetro para a compatibilidade ao ordenamento jurídico de políticas, planos e programas governamentais, ainda que disciplinados pela legislação infraconstitucional.

Nesse aspecto, previu expressamente que os *planos e programas nacionais, regionais e setoriais* para o cumprimento da Constituição devem ser apreciados pelo Congresso Nacional e devem estar *em consonância com o plano plurianual*¹²⁹. Para reforçar essa diretriz, a Carta de 1988 ainda estabeleceu que o início de investimentos plurianuais sem inclusão no PPA caracteriza crime de responsabilidade¹³⁰.

Em reforço a essa preponderância do orçamento na ordem infraconstitucional, mais recentemente, a EC nº 128/2022 inseriu o §7º no art. 167 da Constituição, para vedar a edição de leis que criem encargo financeiro para o Poder Público decorrente da prestação de serviço público sem a previsão de fonte orçamentária e financeira suficiente à realização da despesa. O objetivo da alteração constitucional foi combater a recorrente aprovação de leis que criam ou ampliam serviços e ações governamentais sem considerar a existência ou não de recursos no orçamento para atender à finalidade pretendida¹³¹.

¹²⁷ Medida Cautelar na ADI nº 4048-1/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, Plenário, julgado em 14 de maio de 2008.

¹²⁸ ABRAHAM, Marcus. *Teoria dos gastos fundamentais: orçamento público impositivo da elaboração à execução*. São Paulo: Almedina, 2021, p. 264.

¹²⁹ Art. 165. §4º, da CF.

¹³⁰ Art. 167, §1º, da CF.

¹³¹ A título de exemplo, veja-se a criação de pisos remuneratórios pelo Congresso Nacional. Há a instituição de encargos financeiros para a União e demais entes e, geralmente, sem haver a indicação da fonte de custeio,

Por outro lado, ao tempo que conferiu protagonismo ao orçamento na condução do Estado, a Constituição também limitou a liberdade na alocação de recursos por meio do estabelecimento de prioridades vinculantes ao Estado¹³². Por exemplo, a previsão na Constituição de aplicação de recursos mínimos em educação e saúde efetivou opção política de se privilegiar essas áreas em detrimento de outras, reconhecendo-as como valores essenciais e primordiais para a subsistência e o desenvolvimento da sociedade. Com isso, a Constituição reduz a discricionariedade na formação do orçamento no desenho do planejamento estatal.

Essa concepção de orçamento cria constrangimentos para os que pretendem gerir a coisa pública. Não se pode mais suscitar a ideia de uma governança orçamentária irresponsável, conduzida por casuísmos e improvisos. O orçamento deve estar vinculado a um ciclo de elaboração, aprovação, execução e revisão que tenha como foco a realização das prioridades constitucionais, com especial atenção para a concretização de direitos fundamentais.

A força normativa do dever fundamental do planejamento ficou ainda mais evidente após a EC nº 109/2021¹³³, que inseriu na Constituição a previsão de que a elaboração do PPA, da LDO e da LOA deve observar os resultados do monitoramento e da avaliação das políticas públicas. Desse modo, as peças orçamentárias devem ser estruturadas a partir de uma reanálise contínua das metas e objetivos pretendidos, a partir do diagnóstico do que foi alcançado e do que foi frustrado.

De todo modo, ainda que haja limitações na atividade do legislador ordinário, como acima visto, é característica inegável da Carta de 1988 o forte protagonismo

impactando na sustentabilidade financeira e no planejamento orçamentário da Administração das três esferas. Foi o caso do piso da enfermagem, cujo cumprimento pelos entes estaduais e municipais apenas foi possível após o advento de repasses federais (cf. FUNDO NACIONAL DE SAÚDE. Ministério da Saúde realiza segundo repasse complementar da União para pagamento do piso da enfermagem. *Portal do FNS*, Brasília, 29 de setembro de 2023).

¹³² “Vê-se, pois, que o legislador constituinte, o primeiro originário e o segundo derivado, elegeram valores que entenderam essenciais e primordiais para a subsistência e o desenvolvimento da sociedade. Já se começa a ver que o legislador, ao estruturar a peça orçamentária, não tem mais a liberdade que possuía. Já está, parcialmente, *vinculado*. O que era uma atividade discricionária, que ensejava opções ao político a escolha e destinação das verbas, passa a ser vinculada. Não deixa de ser decisão política, uma vez que o constituinte optou por uma solução dentre várias que possuía. Pode não ser a melhor, nem a menos ruim, mas é a solução que deu” (OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 585).

¹³³ A EC nº 109/2021 inseriu os seguintes dispositivos na Constituição:

“Art. 37. [...] § 16. Os órgãos e entidades da administração pública, individual ou conjuntamente, devem realizar avaliação das políticas públicas, inclusive com divulgação do objeto a ser avaliado e dos resultados alcançados, na forma da lei.

[...] Art. 165. [...] § 16. As leis de que trata este artigo devem observar, no que couber, os resultados do monitoramento e da avaliação das políticas públicas previstos no § 16 do art. 37 desta Constituição”.

atribuído ao Parlamento em matéria de orçamento. Nessa sistemática constitucional, é o Poder Legislativo quem tem a última palavra sobre as prioridades de alocação orçamentária – exatamente por isso não poderia ser tratado como mero órgão *carimbador* das decisões do Executivo.

Vários dispositivos constitucionais evidenciam esse protagonismo que o Parlamento possui na elaboração do orçamento. Primeiro, a Carta de 1988 atribui ao Congresso a competência para dispor sobre planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamentos anuais, operações de crédito, dívida pública e emissões de curso forçado¹³⁴. Inclusive, a Constituição veda a interrupção da sessão legislativa¹³⁵ sem a aprovação do projeto de lei de diretrizes orçamentárias – PLDO, o que demonstra a primazia que se deve conferir na agenda parlamentar ao estabelecimento das metas e prioridades que vão orientar o orçamento anual, cujo projeto será enviado no segundo semestre do exercício¹³⁶.

Mais do que isso. A Carta de 1988 limita a atuação do Poder Executivo, de forma a privilegiar o papel do Legislativo na formação do orçamento. Nessa linha, veda a edição de *leis delegadas* e de *medidas provisórias* que versem sobre matérias orçamentárias, inclusive créditos adicionais, ressalvados, neste último caso, os créditos extraordinários¹³⁷. Com isso, a Constituição impõe uma sistemática que estimula debates ampliados sobre a matéria, que busca evitar que a definição do orçamento se insira de forma exclusiva na esfera de decisão do Poder Executivo, como já ocorreu em períodos absolutistas e ditatoriais no passado¹³⁸.

Essa participação do Parlamento é fortalecida pela Constituição também por meio de processo legislativo específico para os projetos em matéria orçamentária, diferente do processo dos demais projetos de lei.

No processo legislativo orçamentário, os projetos de lei do PPA, da LDO, da LOA ou de créditos adicionais se submetem à avaliação e a parecer emitido por uma comissão mista permanente, formada por membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, atualmente denominada de Comissão Mista de Planos, Orçamentos

¹³⁴ Art. 48, II, da CF.

¹³⁵ A interrupção da sessão legislativa ocorre entre 18 de julho e 31 de julho, nos termos do art. 57 da CF.

¹³⁶ Art. 57, §2º, da CF.

¹³⁷ Art. 62, §1º, *d*, e art. 68, §1º, III, da CF.

¹³⁸ Cf. GUIMARÃES FILHO, Roberto de Medeiros. A evolução do planejamento federal e a participação legislativa. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n. 143, p. 147-185, jul./set. 1999.

Públicos e Fiscalização – CMO). Trata-se de uma das principais comissões do Congresso, com atribuições especiais de exercer o acompanhamento e a fiscalização orçamentária. A CMO também tem a competência constitucional de avaliar: i) emendas parlamentares aos projetos em matéria orçamentária; ii) as contas apresentadas anualmente pelo Presidente da República; iii) os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos na Constituição¹³⁹.

A CMO também tem o dever de fiscalizar a execução orçamentária, de forma a avaliar o adequado cumprimento das leis orçamentárias. Para tanto, segundo seu Regulamento Interno, identificados indícios de despesas executadas sem dotação orçamentária, ainda que sob a forma de investimentos não programados ou de subsídios não aprovados, poderá solicitar ao gestor responsável que, em cinco dias, preste os esclarecimentos necessários. Não prestados ou rejeitados os esclarecimentos, a Comissão solicitará ao Tribunal de Contas pronunciamento conclusivo sobre a matéria, no prazo de trinta dias. Caso a Corte de Contas conclua como irregular a despesa, a CMO, se entender que há risco de dano irreparável ou grave lesão à economia pública, proporá sua sustação ao Congresso Nacional¹⁴⁰.

Mais do que verificar a regularidade da despesa, compreende-se que a fiscalização da CMO sobre a execução orçamentária deve ser direcionada também a proteger o planejamento estatal. Assim, a execução do orçamento não se submete apenas ao crivo das dotações na LOA, mas à demonstração de que se percorre o caminho de consagração dos planos e programas governamentais previstos na Constituição e daqueles priorizados nas peças orçamentárias. Desse modo, cabe-lhe avaliar as despesas realizadas e previstas a partir da observância dos objetivos, prioridades e metas plurianuais (como as previstas no PPA) ou anuais (como aquelas da LDO).

De um lado, o modelo de processo legislativo orçamentário estabelecido pela Constituição busca reforçar o debate democrático na edição de normas orçamentárias. Parte-se da ideia de que cabe ao povo, via de regra, por meio de seus representantes eleitos, a aprovação do orçamento, com a definição das prioridades alocativas. Por outro lado, esses diferentes pontos de interseção entre os diferentes Poderes em matéria orçamentária também provocam instabilidades em suas relações.

¹³⁹ Art. 166, §1º e §2º, da CF.

¹⁴⁰ Art. 1º, III, do Regulamento Interno da CMO.

É a matéria que mais tem se encontrado no centro dos embates e, até mesmo, de crises políticas desde a Constituição de 1988, inclusive no *impeachment* ocorrido em 2016, sob a alegação, entre outras, de que a então Chefe do Poder Executivo teria executado despesas não previstas no orçamento.

Ainda sobre a participação democrática, em determinados casos, é possível a utilização de instrumentos de contribuição direta da população e da sociedade civil organizada na construção do orçamento, a exemplo de consultas e audiências públicas, com a indicação de finalidades para a aplicação do recurso público. Têm-se, como exemplo, os chamados *orçamentos participativos*¹⁴¹. No entanto, em que pese a importância dessa oitiva direta da sociedade, a atual ordem constitucional não impõe seu caráter obrigatório ou vinculante para a edição do orçamento, conforme tem decidido o STF¹⁴².

Com o advento da Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF (LC nº 101/2000), o dever de planejamento orçamentário ganhou ainda mais força normativa. Determina como um dos pressupostos da responsabilidade na gestão fiscal a *ação planejada e transparente* do Estado, por meio da qual se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas. Para tanto, a LRF estabeleceu regras sobre o cumprimento de metas de resultados de receitas e despesas e sobre a obediência a limites referentes à renúncia de receita, às despesas com pessoal e com seguridade social e à dívida pública¹⁴³.

Foram estabelecidos na LRF mecanismos de transparência e fiscalização da gestão fiscal que impactam tanto na *formação* como no *controle da execução* do planejamento orçamentário. Quanto à formação do planejamento, a incentiva a participação social e a realização de audiências públicas durante a elaboração dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos¹⁴⁴. No que se refere ao controle, a LRF disciplinou a prestação de contas dos responsáveis por recursos públicos, o

¹⁴¹ O orçamento participativo surgiu na gestão de Olívio Dutra (PT-RS), enquanto prefeito do Município de Porto Alegre, no fim dos anos 1980, por meio da criação de conselhos populares deliberativos sobre a destinação de parcela dos recursos previstos no orçamento público. Nos anos seguintes, instrumentos similares, baseados no modelo portoalegrense, foram criados em outras gestões municipais e estaduais em todo o Brasil e, inclusive, em outros países, tendo sido implementados em várias cidades italianas (cf. SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento Republicano e Liberdade Igual – Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 503-504).

¹⁴² ADI nº 2.680/RS, Plenário, rel. Ministro Gilmar Mendes, julgado em 29 de maio de 2020, e; ADI nº 2.037/RS, Plenário, rel. Ministro Nunes Marques, julgado em sessão virtual encerrada em 29 de setembro de 2023.

¹⁴³ Art. 1º, §1º, da LRF.

¹⁴⁴ Arts. 48 e seguintes da LRF.

Relatório Resumido da Execução Orçamentária, a ser publicado a cada bimestre, o Relatório de Gestão Fiscal, a ser emitido a cada quadrimestre. A LRF também fortaleceu a atuação dos tribunais de contas, inclusive no que se refere à fiscalização sobre os limites de despesas e de endividamento.

Desde o início de sua vigência, a LRF tem sido alterada para a criação de regras que intensifiquem a vinculação entre orçamento, planejamento e aperfeiçoamento de políticas públicas. Primeiro, citem-se as mudanças realizadas pela LC nº 131/2009, com ampliação de mecanismos de controle popular das despesas públicas, de modo a obrigar a todos os entes a implementar de sistema integrado de administração financeira e controle, bem como a disponibilizar em tempo real de informações detalhadas sobre a execução orçamentária¹⁴⁵.

Segundo, mais recentemente, regra incluída pela LC nº 200/2023 impõe que alterações em políticas públicas devem levar em conta seus impactos sobre as contas públicas¹⁴⁶. Como visto, a Constituição passou a prever que os projetos de PPA, de LDO e de LOA devem ser elaborados com base em conclusões obtidas a partir do monitoramento e da avaliação de políticas públicas¹⁴⁷. Porém, essas conclusões não podem ignorar a capacidade fiscal do Estado. A regra LRF, então, consolida uma via de mão dupla: o planejamento orçamentário deve ter como diretrizes as evidências sobre o desempenho de políticas públicas e, ao mesmo tempo, as políticas públicas devem ser desenhadas e aprimoradas com observância das limitações orçamentárias da Administração. Consolida o que se pode chamar de *revisão fiscalmente sustentável da política pública*.

Também em reforço ao planejamento orçamentário, outro importante instrumento previsto na LRF é o Conselho de Gestão Fiscal – CGF. Trata-se de órgão colegiado com o objetivo de realizar, de forma permanente, o acompanhamento e a avaliação da política e da operacionalidade da gestão fiscal. Deve ser integrado por representantes de todos os Poderes e esferas de governo, do Ministério Público e entidades técnicas representativas da sociedade. Como finalidades do CGF, destacam-se as seguintes: i) harmonização e coordenação entre os entes da

¹⁴⁵ Art. 48, §1º, da LRF.

¹⁴⁶ Assim, a LRF passou a prever que “a estimativa do impacto fiscal, quando couber, das recomendações resultantes da avaliação das políticas públicas previstas no § 16 do art. 37 da Constituição Federal” (art. 4º, §5º, VI, da LRF, incluído pela LC nº 200/2023)

¹⁴⁷ Art. 37, § 16, e art. 165, §16, da CF, incluídos pela EC nº 109/2021.

Federação; ii) disseminação de práticas que resultem em maior eficiência na alocação e execução do gasto público, na arrecadação de receitas, no controle do endividamento e na transparência da gestão fiscal; iii) adoção de normas de consolidação das contas públicas, padronização das prestações de contas e dos relatórios e demonstrativos de gestão fiscal, e; iv) divulgação de análises, estudos e diagnósticos sobre gestão fiscal¹⁴⁸.

Ocorre que, passadas mais de duas décadas da edição da LRF, o Conselho de Gestão Fiscal ainda não foi instituído e regulamentado, embora há muito tramite projeto nesse sentido¹⁴⁹. Uma inércia legislativa que desperdiça o potencial do Conselho de, por meio de monitoramentos e diagnósticos da gestão fiscal, contribuir para a formação de orçamentos mais realistas e de critérios gerais sobre metas e objetivos para o planejamento de curto, médio e longo prazo. Movimentos municipalistas são abertamente um dos principais interessados na criação do CGF, dado seu interesse em “acabar com as variadas interpretações em julgamentos das contas públicas municipais”¹⁵⁰.

No entanto, uma das hipóteses para a inércia quanto à criação do CGF é o receio dos Poderes de perderem ingerência sobre o orçamento. Por exemplo, o Conselho, ao harmonizar normas e entendimentos sobre a gestão fiscal, poderia representar restrições: i) ao Poder Executivo, especialmente em relação às despesas discricionárias; ii) ao Poder Judiciário, com a redução da liberdade na gestão dos

¹⁴⁸ Art. 67 da LRF.

¹⁴⁹ Tramita no Congresso, desde 2000, projeto de lei enviado pelo então Presidente Fernando Henrique Cardoso, que institui o Conselho de Gestão Fiscal (CGF). O projeto foi aprovado pela Câmara dos Deputados em 2019 (PL 3744/2000) e, atualmente, tramita no Senado (PL 3520/2019). Segundo a última versão do projeto, o CGF será composto de quatorze membros, assim distribuídos: i) um representante do Ministério da Fazenda, indicado pelo Presidente da República, que presidirá o Conselho e exercerá o voto de desempate; ii) um representante do órgão central de contabilidade da União (atualmente, a Secretaria do Tesouro Nacional); iii) um representante do órgão central de controle interno do Poder Executivo federal (atualmente, a Controladoria-Geral da União); iv) um representante do órgão central do sistema de planejamento e orçamento federal; v) dois representantes do Poder Executivo dos Estados e do Distrito Federal, indicados pelo Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz); vi) dois representantes indicados pelos tribunais de contas, dos quais um indicado pelo TCU e outro, em sistema de rodízio, pelos tribunais de contas dos Estados e do Distrito Federal; vii) dois representantes dos Municípios, dos quais um indicado pela Confederação Nacional dos Municípios e outro pela Frente Nacional de Prefeitos; viii) um representante indicado pelo Conselho Federal de Contabilidade; ix) um representante do Ministério Público, indicado pelo Conselho Nacional do Ministério Público; x) um representante do Poder Judiciário, indicado pelo Conselho Nacional de Justiça, e; xi) um representante do Poder Legislativo Federal, indicado pela Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização, do Congresso Nacional.

¹⁵⁰ CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS MUNICÍPIOS – CNM. CNM atua no Congresso pela criação de um Conselho de Gestão Fiscal. *Portal CNM*, Brasília, 26 de outubro de 2023.

recursos dos duodécimos, e; iii) ao Poder Legislativo, com restrições às alocações decorrentes de emendas parlamentares ao orçamento.

Além do exposto, no âmbito da União, a Lei nº 10.180/2001 também impõe a alocação planejada dos recursos federais, consolidando a profunda interligação entre planejamento e orçamento. Assim, disciplinou o Sistema de Planejamento e de Orçamento Federal, com a finalidade de formular, acompanhar e avaliar o planejamento estratégico nacional, os planos nacionais, setoriais e regionais de desenvolvimento econômico e social e as propostas de plano plurianual, de diretrizes orçamentárias e dos orçamentos anuais da Administração Federal¹⁵¹.

Outro aspecto interessante da Lei nº 10.180/2001 é estabelecer uma interação institucionalizada entre esse Sistema de Planejamento e de Orçamento Federal com as demais áreas relacionadas à gestão fiscal, a saber, o Sistema de Administração Financeira, o Sistema de Contabilidade Federal e o Sistema de Controle Interno Federal.

A sustentável implementação das políticas e programas governamentais depende que esses sistemas atuem de forma conjunta para viabilizar uma gestão fiscal eficiente. Isso porque, primeiro, não há como se alcançar os resultados pretendidos sem o planejamento das ações estatais e sem o adequado orçamento para financiá-lo. É nessa seara que incide o Sistema de Planejamento e de Orçamento Federal, cujo órgão central é o Ministério do Planejamento e Orçamento – MPO.

Segundo, também é inviável a melhoria da atuação estatal sem a preocupação com o equilíbrio fiscal do governo, o que demanda uma programação financeira, durante o exercício, condizente com as respostas da arrecadação. A irresponsabilidade perante as contas públicas aumenta o endividamento, prejudica indicadores econômicos (como a inflação) e constrange a capacidade do Estado de promoção de direitos das presentes e das futuras gerações. Para lidar com tais

¹⁵¹ Sobre o tema, é preciso reconhecer o avanço implementado pela reforma ministerial prevista na Lei nº 14.600/2023, que criou uma pasta específica para coordenar o processo de planejamento e de formulação e acompanhamento do orçamento da União (o Ministério do Planejamento e Orçamento – MPO), atribuições que até aquele momento se encontravam na estrutura do então Ministério da Economia. Atualmente conduzido pelo MPO, que atua como seu *órgão central*, o Sistema de Planejamento e de Orçamento Federal também conta com os *órgãos setoriais*, que abrangem as unidades de planejamento e orçamento dos diferentes órgãos da Administração Federal, e com os *órgãos específicos*, que são aqueles vinculados ao próprio MPO que atuam na atividade de planejamento e orçamento, conforme a Lei nº 10.180/2001.

desafios, foi estruturado o Sistema de Administração Financeira Federal, conduzido pela Secretaria do Tesouro Nacional – STN como seu órgão central.

Terceiro, não há planejamento ou gestão fiscal eficiente sem o diagnóstico e a compreensão detalhada da real situação orçamentária, financeira e patrimonial dos órgãos e entidades da Administração. Esse papel foi incumbido ao Sistema de Contabilidade Federal, também centrado no STN.

Quarto, a atividade estatal necessita ser continuamente monitorada e avaliada, a fim de possibilitar não só a correção de atos irregulares, mas o aprimoramento da eficácia e da eficiência da gestão pública, em busca dos melhores resultados. Essa função é atribuída ao Sistema de Controle Interno Federal, com fundamento no art. 74 da Constituição, e que conta com a Controladoria-Geral da União – CGU como órgão central.

A aplicação conjunta desse conjunto normativo, desde a Lei nº 4.320/1967 à LRF, impõe o contínuo aperfeiçoamento do planejamento orçamentário, com vistas a melhorar a eficiência das políticas públicas. Obriga o estabelecimento de metas e prioridades, harmônicas prioridades constitucionais. Demanda o monitoramento, a avaliação e o controle, baseados em diagnósticos e evidências, das políticas e ações estatais, para subsidiar e fundamentar as decisões de criação, de extinção ou de ajustes de determinados programas governamentais, bem como de expansão ou de redução das dotações orçamentárias para esses programas.

Tal contexto demonstra que o planejamento orçamentário é um dos principais pilares do planejamento estatal. Se, como visto em item anterior, o planejamento estatal é um dever fundamental que não admite retrocessos, o planejamento orçamentário também deve ser protegido de movimentos que signifiquem desmontes ou estrangulamento financeiro de avanços conquistados.

Por isso, decisões do STF têm protegido o adequado financiamento de políticas públicas responsáveis por transformações sociais¹⁵². Foi o que ocorreu, por exemplo, no julgamento do Mandado de Injunção – MI nº 7.300/DF, em que a Suprema Corte reconheceu a inconstitucionalidade por omissão da União ao não cumprir seu dever de implementar, de forma efetiva, a renda básica prevista na Lei 10.835/2004 ao grupo

¹⁵² Para estudo sobre os precedentes do STF sobre a vedação ao retrocesso social em matéria de finanças públicas, ver: BELLEGARDE, Marina Tanganelli. *O Direito Financeiro e a proibição de retrocesso social na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.

prioritário de pessoas em vulnerabilidade social¹⁵³ – dever esse que, por meio da EC nº 114/2021, foi inserido no art. 6º, parágrafo único, da Constituição¹⁵⁴.

O STF entendeu como inconstitucional a falta de atualização do valor limite para fins de enquadramento dos beneficiários e também do valor dos benefícios do Programa Bolsa-Família (então denominado de Auxílio Brasil). Essa omissão foi evidenciada pela falta de alocação de recursos suficientes no orçamento federal para as referidas atualizações, de modo a enfraquecer uma política pública responsável pela segurança alimentar de milhões de pessoas em situação de pobreza e de extrema pobreza, agravada diante dos graves impactos sociais e econômicos percebidos pela pandemia da Covid-19¹⁵⁵.

No mesmo processo, no fim de 2022, a relação entre o planejamento orçamentário e a vedação ao retrocesso social ficou ainda mais clara, quando houve decisão monocrática do Ministro Gilmar Mendes que considerou inconstitucional a alocação no PLOA 2023 de apenas um terço dos recursos suficientes para a manutenção daquele programa assistencial. Então, concluiu que, por se tratar de cumprimento de decisão judicial anterior e diante da absoluta prioridade constitucional no combate à miséria, o programa não poderia sofrer reduções em matéria de alocação orçamentária e também não deveria ser submetido ao teto de gastos vigente naquele momento (EC nº 95/2016)¹⁵⁶.

A interligação entre planejamento e orçamento se evidencia nas três espécies de peças orçamentárias existentes na ordem jurídica brasileira – PPA, LDO e LOA. Ocorre que, para os fins do presente trabalho, é preciso compreender o impacto de cada um desses mecanismos para a implementação de políticas públicas eficientes. Especificamente, é fundamental assimilar suas principais características em matéria de planejamento, bem como avaliar os possíveis pontos de aprimoramento na atual

¹⁵³ Conforme a Lei nº 10.835/2004: “Art. 1º É instituída, a partir de 2005, a renda básica de cidadania, que se constituirá no direito de todos os brasileiros residentes no País e estrangeiros residentes há pelo menos 5 (cinco) anos no Brasil, não importando sua condição socioeconômica, receberem, anualmente, um benefício monetário. § 1º A abrangência mencionada no *caput* deste artigo deverá ser alcançada em etapas, a critério do Poder Executivo, priorizando-se as camadas mais necessitadas da população”.

¹⁵⁴ De acordo com o art. 6º, parágrafo único, da CF, “todo brasileiro em situação de vulnerabilidade social terá direito a uma renda básica familiar, garantida pelo poder público em programa permanente de transferência de renda, cujas normas e requisitos de acesso serão determinados em lei, observada a legislação fiscal e orçamentária” (incluído pela EC nº 114/2021).

¹⁵⁵ MI nº 7.300/DF, Plenário, rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 27 de abril de 2021.

¹⁵⁶ MI nº 7.300/DF, decisão monocrática, rel. Marco Aurélio, redator da decisão Ministro Gilmar Mendes, proferida em 18 de dezembro de 2022.

formulação desses instrumentos, conferindo especial atenção às nuances que mais afetam as políticas de infraestrutura.

1.4.2 Planejamento e o PPA

O plano plurianual (PPA) é a lei que deve definir, de forma regionalizada, as diretrizes, os objetivos e as metas da Administração Pública para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada¹⁵⁷.

Diante da sua abrangência plurianual, o PPA deve refletir as estratégias de atuação estatal e de alocação de recursos públicos com vistas ao alcance de objetivos constitucionais que escapam do horizonte de curto prazo. Possui vigência quadrienal, que se inicia no segundo ano de cada mandato presidencial e termina no primeiro ano do mandato seguinte¹⁵⁸. Essa sistemática contribui para se evitar a descontinuidade de políticas públicas, de modo que o governante da vez, em seu primeiro ano de mandato, ainda executa o PPA do mandato anterior¹⁵⁹.

O PPA tem especial importância em relação ao planejamento dos investimentos públicos que perduram por mais de um exercício, como comumente ocorre com os projetos na área da infraestrutura (grandes obras ou empreendimentos públicos).

Por isso, é de grande relevância aos propósitos deste trabalho assimilar, de forma mais detalhada, os principais conceitos e os elementos estruturadores do plano plurianual no Brasil. Também é importante examinar alguns pontos necessários ao aperfeiçoamento desse instrumento, para elevar seu potencial de fortalecer o planejamento estatal do país para a persecução das prioridades constitucionais.

¹⁵⁷ Art. 165, §1º, da CF.

¹⁵⁸ É o que estabelece o ADCT, em seu art. 35, §2º, I: “Art. 35. O disposto no art. 165, § 7º, será cumprido de forma progressiva, no prazo de até dez anos, distribuindo-se os recursos entre as regiões macroeconômicas em razão proporcional à população, a partir da situação verificada no biênio 1986-87. [...] § 2º Até a entrada em vigor da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º, I e II, serão obedecidas as seguintes normas: I – o projeto do plano plurianual, para vigência até o final do primeiro exercício financeiro do mandato presidencial subsequente, será encaminhado até quatro meses antes do encerramento do primeiro exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento da sessão legislativa”.

¹⁵⁹ No entanto, nada obsta que a lei complementar a que se refere o art. 165, §9º, I, da CF (ainda não editada), estabeleça uma vigência diferente para o PPA (quinquenal ou decenal, por exemplo), transformando-lhe em um instrumento mais vinculado a uma visão de futuro de longo prazo.

O PPA deve dispor sobre as *diretrizes*, os *objetivos* e as *metas* da Administração para o implemento de políticas e programas plurianuais, sejam aqueles já existentes ou em processo de formulação.

As *diretrizes* são os conjuntos de declarações que orientam a atuação estatal durante o ciclo do PPA para o atendimento das demandas da população. Indicam os rumos a serem seguidos. Em relação a políticas de infraestrutura no Brasil, por exemplo, houve duas diretrizes expressas no PPA 2020-2023: i) aumento do investimento privado em infraestrutura, orientado pela associação entre planejamento de longo prazo e redução da insegurança jurídica¹⁶⁰, e; ii) a ampliação e a orientação do investimento público, com ênfase no provimento de infraestrutura e na sua manutenção¹⁶¹.

Por outro lado, os *objetivos* estipulados no PPA expressam as transformações almejadas da realidade social. São as respostas estratégicas a serem dadas pelo Estado para enfrentar, de modo estrutural, determinado problema público. A título de exemplo, no PPA 2020-2023, quanto à mencionada diretriz de ampliação do investimento privado em infraestrutura (Diretriz 15), houve a fixação do objetivo de “aprimorar o planejamento, a gestão e a infraestrutura de mobilidade urbana em cidades e regiões” (objetivo 1196).

Já as *metas* são as declarações de resultados que indicam parâmetros quantitativos ou qualitativos para o alcance dos objetivos. Representam consequências positivas objetivamente aferíveis em decorrência da ação estatal planejada no PPA. Por exemplo, no que se refere ao objetivo citado sobre mobilidade urbana, foi fixada no PPA 2020-2023 a meta de “aumentar a taxa de entrega de infraestrutura de mobilidade urbana contratada com apoio financeiro da União de 20,31% para 43,03%” (meta 050H).

O TCU insere a elaboração e o monitoramento de metas como elemento central para o adequado planejamento estatal e a execução de políticas públicas eficientes. No parecer prévio sobre as contas do Chefe do Poder Executivo referente ao ano de 2020, destacou que

as metas do PPA são os instrumentos de desempenho eleitos para acompanhar a execução das políticas públicas. As metas representam

¹⁶⁰ Prevista no art. 3º, XV, da Lei nº 13.971/2019, e classificada como Diretriz 15 do PPA 2020-2023.

¹⁶¹ Prevista no art. 3º, XVI, da Lei nº 13.971/2019, e classificada como Diretriz 16 do PPA 2020-2023.

os compromissos firmados com o Congresso Nacional e a sociedade para um período de quatro anos. As políticas públicas devem ser formuladas e implementadas com base em avaliações, as quais devem ser lastreadas por informações fidedignas e relevantes. Nesse sentido, metas que não sejam específicas, mensuráveis, alinhadas aos objetivos do plano ou realistas perdem seu caráter de contribuir com a gestão, tornando-se mais um esforço formal que consome grande quantidade de recursos e entrega pouco resultado. Na mesma linha, dados com falhas de confiabilidade podem mostrar retrato inverídico do problema, com indução a erro nos processos de avaliação contínua e de alocação de recursos públicos. Informações de desempenho deficientes não devem ser entendidas como falhas de menor importância, visto que maculam a transparência e distorcem a base das escolhas públicas¹⁶².

Estruturalmente, no planejamento definido no PPA, a atuação estatal é separada por *programas*, que representam um conjunto coordenado de políticas públicas e ações governamentais. Esses programas costumam ser divididos em duas espécies – como se verificou no PPA 2020-2023 e no PPA 2024-2027: os finalísticos e os de gestão.

De um lado, os *programas finalísticos* compreendem o conjunto de ações governamentais com vistas a enfrentar problemas públicos e transformar a realidade social¹⁶³. São as medidas a serem efetivadas pelo Estado para o cumprimento de suas atividades-fim, como prover serviços públicos em saúde, educação e segurança.

Por outro lado, os *programas de gestão* são o conjunto de ações relacionadas à gestão da atuação governamental e à manutenção da capacidade produtiva das empresas estatais¹⁶⁴. Correspondem às medidas de gestão e de governança administrativa, vinculadas à atividade-meio do Poder Público. São os programas destinados, por exemplo, à manutenção dos órgãos públicos, ao aumento da eficiência na arrecadação de tributos ou à utilização de forma mais econômica de imóveis públicos.

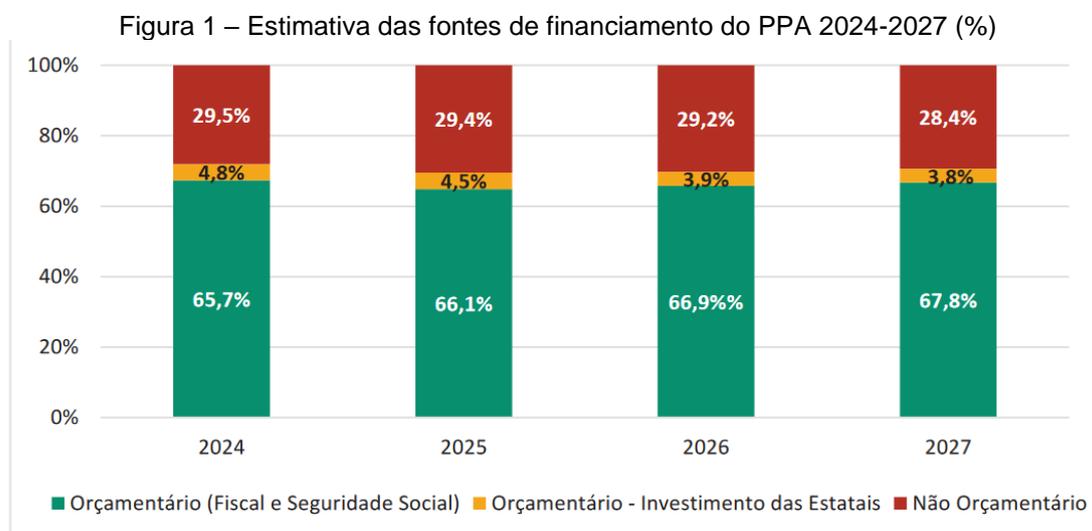
Em relação ao financiamento público, os programas do PPA podem ser custeados tanto por *recursos orçamentários*, com verbas do orçamento federal, como por *recursos não orçamentários*, por meio de subsídios tributários, subsídios

¹⁶² Acórdão nº 1.515/2021, Plenário, relator Min. Walton Alencar Rodrigues, julgado em 30 de junho de 2021.

¹⁶³ Art. 2º, VII e VIII, da Lei nº 14.802/2024.

¹⁶⁴ Art. 2º, XVII, da Lei nº 14.802/2024.

creditícios e crédito de instituições financeiras públicas. A fonte de financiamento dos programas do PPA 2024-2027 está distribuída de acordo com a Figura 1.



Fonte: Anexo I do PPA 2024-2027 (Lei nº 14.802/2024)

Compreendidas as principais características da estruturação do plano plurianual, cumpre avaliar alguns dos recorrentes entraves que dificultam seu papel de servir como instrumento de planejamento estatal para a implementação de políticas públicas eficientes.

O primeiro deles é que, em que pese a importante missão conferida pela Constituição ao PPA, o Brasil se depara com um histórico de baixa efetividade desse instrumento. Seu descumprimento possui praticamente nenhuma consequência – seja jurídica ou política. É como se fosse uma lei meramente simbólica e inapta a refletir força normativa. Uma peça quase protocolar, composta por um amontoado de objetivos genéricos. A LDO e, principalmente, a LOA e os decretos de programação orçamentária e financeira são quem define, de fato, as prioridades governamentais, limitadas a uma perspectiva de curto prazo.

Em análise sobre projeto de PPA 2020-2023, as consultorias de orçamento e fiscalização da Câmara dos Deputados e do Senado Federal¹⁶⁵ manifestaram

¹⁶⁵ CONSULTORIA DE ORÇAMENTO E FISCALIZAÇÃO FINANCEIRA DA CÂMARA DOS DEPUTADOS – CONOF/CD; CONSULTORIA DE ORÇAMENTO E FISCALIZAÇÃO FINANCEIRA DO SENADO FEDERAL – CONORF/SF. *Nota Técnica Conjunta nº 3/2019 – Subsídios para a apreciação do projeto de lei do plano plurianual para o período de 2020 a 2023 – PLN nº 21/2019*. Brasília: Congresso Nacional, 2019, p. 20-21.

preocupação ante tal falta de efetividade do plano plurianual no Brasil da seguinte forma:

Sendo o PPA documento de orientação do processo alocativo, e não de fixação de dotações orçamentárias, poder-se-ia considerar que os impactos fiscais das iniciativas haveriam de se resolver por ocasião do processo orçamentário anual. É, de fato, o que ocorre na prática da gestão das políticas públicas. Contudo, jogar para o orçamento anual a definição das programações e valores a executar implica precisamente em assacar do PPA sua função de orientação estratégica. Esvaziado de conteúdo e de funcionalidade, o PPA se configura cada vez menos como instrumento de apoio à tomada de decisões e cada vez mais como cumprimento formal de dispositivo constitucional.

Há alguns ciclos, os Planos Plurianuais vêm perdendo sua função. Tem-se, na prática, um documento sem grandes poderes normativos (o crédito está na LOA) e com baixa representatividade da estratégia efetiva de cada área de atuação da administração pública. Não há clareza sobre o papel a ser desempenhado por esse instrumento, embora algumas apostas mais ou menos bem-sucedidas tenham sido feitas em Planos anteriores.

Na mesma linha, o TCU tem registrado a baixa efetividade dos PPAs como um dos principais desafios para o planejamento estatal brasileiro. Nas palavras do Ministro Jorge Oliveira, “mesmo com tantas mudanças metodológicas e estruturais ocorridas no PPA desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, ainda não logramos êxito em solucionar os diversos entraves de forma a construir um plano que não seja uma peça meramente formal”¹⁶⁶.

Um recente exemplo em matéria de infraestrutura ajuda a esclarecer essa problemática. Trata-se do deliberado descumprimento de prioridade fixada para o setor no plano plurianual 2020-2023. Como visto, de um lado, havia a diretriz de elevação da *participação privada* em projetos de infraestrutura e, de outro, a necessidade de esforço para a elevação dos *investimentos públicos* no setor.

No entanto, durante a vigência do referido PPA, ainda que tenha sido constatada a elevação da participação privada nos projetos de infraestrutura por meio de concessões e parcerias público-privadas (PPPs), houve queda na alocação dos recursos públicos para essa área. Nesse período, os investimentos públicos para infraestrutura atingiram os menores patamares históricos. Não apenas se inviabilizou

¹⁶⁶ Acórdão nº 132/2024, Plenário, relator Min. Jorge Oliveira, julgado em 31 de janeiro de 2024.

uma expansão da infraestrutura pública, como a manutenção dos empreendimentos, projetos e serviços já existentes¹⁶⁷.

Nessa ocasião, enquanto governos ao redor do mundo se valiam de investimentos públicos¹⁶⁸, especialmente em infraestrutura, para a retomada econômica no pós-pandemia da Covid-19, no Brasil, prevaleceu na então gestão federal uma postura abertamente contrária à utilização de recursos orçamentários para a infraestrutura¹⁶⁹. Desse modo, houve uma opção governamental de percorrer um caminho contrário a uma das diretrizes do PPA 2020-2023. Essa violação deliberada ao planejamento plurianual, até o momento, não gerou qualquer repercussão sobre os gestores federais à época.

Ocorre que a natureza cogente dos elementos do PPA, inclusive de suas diretrizes, advém diretamente do dever fundamental do adequado planejamento estatal, como estudado no item anterior. A mudança de rota dos compromissos assumidos no plano plurianual deve se dar de forma justificada, com fundamento em evidências que, desconhecidas ou inexistentes à época da elaboração do planejamento, indiquem que a alteração do planejado é a medida que traz mais benefícios líquidos ao interesse público, seja do ponto de vista social, econômico, financeiro ou ambiental.

A propósito, a mesma gestão que ignorou conscientemente diretriz traçada no PPA 2020-2023, contraditoriamente, utilizou-se da ideia de uma força normativa vinculante do plano plurianual como justificativa para vetar obrigação inserida pelo Congresso durante a tramitação do projeto de lei que lhe deu origem.

É que das vinte diretrizes fixadas no projeto de lei do PPA 2020-2023 levado à sanção, o então Presidente da República vetou a que determinava “a persecução das metas dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas”¹⁷⁰, vinculados à Agenda 2030. Nas razões de veto, alegou-se que a previsão da referida diretriz no PPA conferiria “grau de cogência e obrigatoriedade jurídica” a

¹⁶⁷ Sobre o histórico de investimentos públicos para o financiamento da infraestrutura, ver o item 3.1.3.

¹⁶⁸ FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL – FMI. Um impulso coletivo na infraestrutura para dinamizar o crescimento mundial. *IMF Blog*, Washington DC, 24 de novembro de 2020.

¹⁶⁹ RODRIGUES, Eduardo; BARCELLOS, Thaís. Guedes diz que retomada virá pelo investimento privado: ‘PAC já foi seguido e deu errado’. *Estadão*, São Paulo, 29 de abril de 2020.

¹⁷⁰ Art. 3º, VII, do Projeto do PPA 2020-2023 (PLN nº 21/2019). Registre-se que esse foi o único veto ao referido projeto de lei.

atos de organismos internacionais sem que sejam internalizados por meio da aprovação de tratado internacional pelo Congresso¹⁷¹.

Por tal raciocínio, sem adentrar no tema da sistemática da aprovação de tratados no Brasil, percebe-se que tanto a Presidência da República (ao vetar) como o Congresso Nacional (ao manter o veto) reforçaram, intencionalmente ou não, o que se defende neste trabalho: se uma prioridade está prevista no plano plurianual, ela deve ser perseguida de forma vinculante pela Administração. Seu descumprimento deliberado e injustificado pelo governante – tal como ocorreu em relação à expansão dos investimentos públicos em infraestrutura prevista no PPA 2020-2023 –, ao fim e ao cabo, não é mero ato simbólico de incoerência política, mas matéria passível de intervenção de órgãos de controle, como tribunais de contas.

Por outro lado, também é um aspecto de aperfeiçoamento do PPA a sua aderência ao art. 167, §1º, da CF, segundo o qual nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual ou sem lei que autorize a inclusão, sob pena de crime de responsabilidade.

Essa regra constitucional traz um ônus maior ao planejamento de grandes investimentos públicos, notadamente os grandes projetos de infraestrutura do país. Com isso, confere-se prioridade a tais investimentos, inclusive em relação à alocação orçamentária, de modo a evitar que sejam descontinuados por falta de recursos nos anos seguintes.

Além disso, o art. 167, §1º, da CF, submete os grandes investimentos do país à apreciação do Parlamento, que tem a oportunidade de debater e alterar as prioridades governamentais para os anos seguintes. Busca-se, com isso, maior democratização das escolhas dos projetos prioritários de investimentos de médio e longo prazo. Por exemplo, a construção de determinada rodovia cuja duração esteja estimada em três anos deve ser prevista no PPA. Logo, caberá uma avaliação pelo Parlamento, durante a tramitação do projeto do PPA, sobre a priorização desse projeto no planejamento estatal em detrimento de outras obras.

¹⁷¹ Como consta nas razões de veto, “o dispositivo, ao inserir como diretriz do PPA 2020-2023 a persecução das metas dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas, sem desconsiderar a importância diplomática e política dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas, acaba por dar-lhe, mesmo contrário a sua natureza puramente recomendatória, um grau de cogência e obrigatoriedade jurídica, em detrimento do procedimento dualista de internalização de atos internacionais, o que viola a previsão dos arts. 49, inciso I, e art. 84, inciso VIII, da Constituição Federal”.

No entanto, tradicionalmente, há nos PPAs da União um substancial esvaziamento da eficácia do art. 167, §1º, da CF. Primeiro, porque os investimentos plurianuais costumam possuir previsão genérica em relação a valores, a prazos e a resultados pretendidos. Esses investimentos são previstos no valor global dos programas no qual estão inseridos. Com isso, o detalhamento dos investimentos plurianuais tem sido remetido ao orçamento anual e a eventuais créditos adicionais de cada exercício financeiro¹⁷², impossibilitando no PPA uma visão clara de médio prazo dos investimentos plurianuais da União.

Some-se a isso o fato de que, historicamente, os valores dos programas dos PPAs da União possuem o mero caráter indicativo, de forma que não constituem limites à elaboração e à execução das despesas expressas nas leis orçamentárias anuais¹⁷³. E, indo mais além, tem sido conferida a liberdade¹⁷⁴ para o Poder Executivo, anualmente, *por ato próprio* (normalmente, portarias¹⁷⁵), revisar o plano plurianual para, entre outras modificações, *alterar o valor global de seus programas, suas metas e os investimentos plurianuais*, com vistas a conciliá-los com as leis orçamentárias anuais¹⁷⁶.

Tal conjunto de regras dos PPAs da União representa um cheque em branco para a lei orçamentária definir os investimentos plurianuais e seus valores, capturando um elemento que foi atribuído constitucionalmente ao plano plurianual. A prática habitual é o PPA, por meio de ato próprio do Executivo, adequar-se à LOA – e não o

¹⁷² Conforme a redação do art. 20, *caput*, do PPA 2020-2023 (Lei nº 13.971/2019), “para fins do disposto no § 1º do art. 167 da Constituição, o investimento que ultrapassar um exercício financeiro, durante o período de 2020 a 2023, será incluído no valor global dos programas”. E, de acordo com o parágrafo único desse dispositivo, “as leis orçamentárias e as leis de créditos adicionais detalharão, em seus anexos, os investimentos de que trata o *caput*, para o ano de sua vigência”. No mesmo sentido era a redação do PPA anterior, do ciclo 2016-2019, conforme o art. 14 da Lei nº 13.249/2016.

¹⁷³ Segundo o art. 7º do PPA 2020-2023 (Lei nº 13.971/2019), “o valor global dos programas não constitui limite à programação ou à execução das despesas expressas nas leis orçamentárias anuais ou nos créditos adicionais, respeitados os limites individualizados para despesas primárias impostos pela Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016 (Novo Regime Fiscal)”. A mesma regra permanece no art. 10 do PPA 2024-2027 (Lei nº 14.802/2024), observando-se o limite de despesas da LC nº 200/2013.

¹⁷⁴ Para tanto, basta que as modificações, realizadas por ato próprio do Executivo, sejam comunicadas à CMO e publicadas em sítio eletrônico oficial (art. 21, parágrafo único, da Lei nº 13.971/2019 e art. 19, parágrafo único, da Lei nº 14.802/2024).

¹⁷⁵ Exemplo disso foi a Portaria nº 5.806/2021, do então Ministério da Economia, que estabeleceu a revisão do PPA 2020-2023, com alteração de metas de objetivos, de valores globais dos programas e dos investimentos plurianuais prioritários.

¹⁷⁶ Art. 15 do PPA 2015-2019 (Lei nº 13.249/2016), art. 21 do PPA 2020-2023 (Lei nº 13.971/2019) e art. 19 do PPA 2024-2027 (Lei nº 14.802/2024).

contrário, em desconformidade com o art. 165, §7º, da CF e o art. 5º da LRF, que determinam que orçamento anual deve ser compatibilizado com o plano plurianual.

Diante disso, inclusive, abre-se espaço para que um investimento plurianual ultrapasse o valor global do respectivo programa do PPA e, mais do que isso, para que seja criado diretamente na lei orçamentária – sem qualquer previsão na lei do PPA –, o que, em nossa visão, é uma evidente violação ao art. 167, §1º, da Constituição.

Como se percebe, essa sistemática promove uma hipertrofia da lei orçamentária em detrimento do plano plurianual. Uma preponderância do casuísmo orçamentário em cada exercício financeiro em face do planejamento estatal. Uma priorização do curto prazo em detrimento do médio e do longo prazo.

Ainda sobre o tema, é preciso reconhecer que o PPA 2024-2027 (Lei nº 14.802/2024) representou um avanço ao planejamento ao ampliar a previsão e o detalhamento dos investimentos plurianuais da União, o que ocorreu por meio de três anexos específicos¹⁷⁷. Para tanto, o PPA passou a utilizar, como fonte para a relação de investimentos plurianuais nele indicados, a base de dados do Sistema de Planejamento e Orçamento Federal – SIOP, que possui a maior plataforma de informações sobre os investimentos federais.

No entanto, a despeito de tais aperfeiçoamentos, o PPA 2024-2027 ainda carece de parâmetros claros e transparentes para a escolha dos empreendimentos plurianuais a serem tratados com prioridade pela Administração Federal. Além disso, ainda permanece uma ampla margem para o Poder Executivo, por ato próprio, alterar não só o valor global dos programas, como também o rol de investimentos plurianuais previsto no PPA. Para tanto, tal como nos PPAs anteriores, basta informar as modificações à Comissão Mista de Orçamento – CMO, acompanhadas de justificativas formuladas a critério do Executivo, sem a necessidade de observar nenhum critério ou requisito pré-definido, tal como a demonstração de melhor adequação aos planos nacionais, regionais e setoriais de longo prazo (por exemplo, o Plano Nacional de Logística – PNL 2035). Permanece, portanto, a primazia do

¹⁷⁷ Tratam-se dos seguintes anexos: a) Anexo VII-A: investimentos plurianuais dos orçamentos fiscal e da seguridade social, exceto acréscimos e inclusões realizadas pelo Congresso Nacional; b) Anexo VII-B: investimentos plurianuais dos orçamentos fiscal e da seguridade social incluídos ou acrescidos pelo Congresso Nacional, e; c) Anexo VIII: investimentos plurianuais das empresas estatais não dependentes.

orçamento anual sobre o plano plurianual e o risco de substituição do planejamento de médio e longo prazo por decisões de curto prazo.

Outra problemática verificada tradicionalmente nos planos plurianuais é sua incapacidade de planejar as ações decorrentes de *emendas parlamentares* ao orçamento anual. Atualmente, a lei orçamentária é submetida a emendas impositivas *individuais* e *de bancada estadual* (advindas, respectivamente, a partir da EC nº 86/2015 e da EC nº 100/2019). As primeiras atingem, anualmente, o patamar de 2% e as segundas de 1% da receita corrente líquida da União verificada no exercício anterior. Somem-se a elas as emendas de comissão, apresentadas por comissões temáticas e pelas Mesas Diretoras do Congresso, que ganham cada vez mais espaço no orçamento federal. O Congresso aprovou o orçamento de 2024 com a previsão de R\$ 53 bilhões em emendas parlamentares (individuais, de bancada e de comissão).

Grande parte das despesas advinda dessas emendas se destina a projetos que demandam, para a sua conclusão, investimentos plurianuais e, portanto, precisam estar mapeados e planejados por meio do PPA. Aliás, esse dever de compatibilidade com o PPA das emendas parlamentares ao projeto de LOA é norma expressamente estabelecida na Constituição¹⁷⁸.

No entanto, o que se verifica é uma ampla margem de liberdade para a destinação desses recursos, possibilitando seu uso para a escolhas casuísticas e, muitas vezes, eleitoreiras, sem uma conexão com planos nacionais, regionais ou setoriais – ao que se poderia chamar de emendas de improviso ou *improvisativas*. Fracionados por prioridades de cada parlamentar, são recursos implementados sem uma visão do conjunto das necessidades do país, em descompasso com a perspectiva republicana do orçamento. Tal circunstância gera efeitos prejudiciais em especial para a infraestrutura, aumentando o risco de paralisação de obras pela insuficiência na alocação de recursos orçamentários ao longo do tempo¹⁷⁹. A harmonização das emendas parlamentares com o PPA da União, portanto, é um dos grandes desafios para reforçar a efetividade desse instrumento no planejamento de médio prazo do Estado brasileiro.

¹⁷⁸ Art. 166, §3º, I, da CF.

¹⁷⁹ Sobre a relação entre emendas parlamentares ao orçamento e o constrangimento fiscal sobre investimentos em infraestrutura, ver o item 3.1.3. A respeito do papel do TCU sobre o tema, ver o item 4.6.

Noutro aspecto, um tema com especial incidência na relação entre PPA e políticas, programas e projetos de infraestrutura é a ausência de planejamento na captação de investimentos privados para o setor. Por meio de mecanismos como concessões e parcerias público-privadas – PPPs, há a delegação da execução de atividades setor privado, que se tornam responsáveis por aportes de investimentos na melhoria dos serviços e são remunerados, total ou parcialmente, pelas tarifas pagas por usuários dos serviços.

No entanto, não se observa tradicionalmente nos PPAs da União um planejamento quanto à captação de investimentos privados para execução de projetos em infraestrutura. Por exemplo, a ampliação das concessões e PPPs é um dos pilares do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC III, a maior política federal na área de infraestrutura na atualidade¹⁸⁰. Ocorre que o PPA do ciclo 2024-2027 não especifica quaisquer estratégias, metas ou indicadores para a melhoria da infraestrutura por meio desses instrumentos de participação privada. Sequer há uma sinalização à sociedade e aos próprios agentes econômicos sobre os setores ou projetos que, prioritariamente, serão financiados por meio desses modelos de captação de investimentos privados.

Além disso, também se revela constante falha nos planos plurianuais a fragilidade na regionalização do planejamento estatal, em inobservância ao art. 165, §1º, da Constituição. Ao registrar esse problema histórico dos PPAs, o TCU¹⁸¹ conferiu especial destaque para a deficiência na regionalização dos objetivos e metas, bem como do processo de monitoramento e revisão do plano. Assim, apontou que as diferentes regiões do país têm sido tratadas de forma global pelos PPAs da União, o que vai de encontro ao dever do Estado brasileiro de combater as desigualdades regionais – um dos objetivos fundamentais da República¹⁸².

Outra falha comumente identificada no PPA da União é a baixa qualidade de indicadores e metas. Esse problema foi identificado pelo TCU, por exemplo, na análise do PPA 2008-2011 (Lei nº 11.653/2008), que estabeleceu indicadores e metas incoerentes, incapazes, respectivamente, de aferir e evidenciar o alcance dos

¹⁸⁰ CRAIDE, Sabrina. Governo lança Novo PAC e triplica investimentos em infraestrutura. *Agência Brasil – EBC*, Brasília, 11 de agosto de 2023.

¹⁸¹ Acórdão nº 3.090/2020, Plenário, relator Min. Vital do Rêgo, julgado em 18 de dezembro de 2020.

¹⁸² Art. 3º, III, da CF.

objetivos dos programas governamentais planejados¹⁸³. O caráter meramente protocolar e a inutilidade para a tomada de decisões dos indicadores chegou a ser reconhecido expressamente por técnicos do Ministério da Educação entrevistados pela área de auditoria do TCU¹⁸⁴.

Outro exemplo se deu no PPA 2020-2023. Embora uma das diretrizes expressamente previstas no plano, como visto, tenha sido a ampliação dos investimentos públicos nessa área (Diretriz 16), não foi fixado nenhum objetivo, meta ou indicador para que tal diretriz fosse implementada. Assim, no setor de infraestrutura, a diretriz de ampliação de investimentos públicos não passou de mera declaração sem efeito prático, incapaz de vincular as ações a serem executadas pela União naquele período – tanto que, como será visto em momento posterior, os investimentos públicos caíram progressivamente.

Tal circunstância prejudica a credibilidade do planejamento estabelecido no PPA. Diretrizes sem a correspondente fixação dos resultados que se pretende alcançar se tornam, na prática, mera declaração de intenções. Isso compromete a avaliação, o monitoramento e a fiscalização dos programas governamentais. Prejudica, inclusive, a atuação dos tribunais de contas, já que dificulta a utilização de parâmetros claros de controle sobre o cumprimento do planejamento e a efetividade das políticas públicas.

Sobre o tema uma das principais inovações do PPA 2024-2027 foi a fixação de *indicadores-chave nacionais*, em harmonia com práticas internacionais de controle de políticas públicas¹⁸⁵. Conforme definição da lei do plano, representam o conjunto de

¹⁸³ Como exemplo de indicador incoerente, o TCU citou que, “no caso do programa 1073 – Brasil Universitário, depreende-se que o objetivo é aumentar o percentual de docentes com doutorado, no entanto são incluídos 2 indicadores sobre docentes com graduação ou com mestrado, com metas decrescentes. Esta inconsistência gera a falsa idéia que se deseja diminuir a quantidade de docentes com graduação ou com mestrado, o que poderia ser alcançado com a contratação de docentes não graduados. Imagina-se que o objetivo é manter pelo menos a exigência de graduação para os docentes, mas contratar novos docentes preferencialmente com doutorado ou que os atuais obtenham este grau” (Acórdão nº 102/2009, Plenário, relator Min. Augusto Nardes, julgado em 4 de fevereiro de 2009).

¹⁸⁴ “Técnicos do Ministério da Educação, um dos ministérios entrevistados, informaram que os indicadores do PPA eram elaborados somente para cumprir uma obrigação formal. No âmbito do Ministério, houve discussões acerca dos indicadores. Chegaram a utilizar a metodologia de indicadores em relação aos objetivos dos programas, mas há dificuldade para levantar os dados. Foi observado ainda que há ações que não têm impacto sobre os indicadores, demonstrando deficiência no atributo ‘sensibilidade’. Ademais, o indicador ainda não é utilizado, no âmbito do Ministério, como informação para tomada de decisão” (Acórdão nº 102/2009, Plenário, relator Min. Augusto Nardes, julgado em 4 de fevereiro de 2009).

¹⁸⁵ Baseados nos *Key National Indicators – KNIs*, reconhecidos pela INTOSAI como uma das principais ferramentas de avaliação do desenvolvimento nacional. Sobre o tema, ver: INTERNATIONAL ORGANIZATION

variáveis que mensuram o progresso social, econômico, ambiental e institucional do país, consideradas as múltiplas dimensões do bem-estar individual e coletivo, para que sejam alcançados os objetivos nacionais nas respectivas áreas¹⁸⁶. Para cada indicador-chave nacional, há uma meta associada¹⁸⁷.

Além disso, para detalhar o monitoramento dos resultados esperados em virtude cada programa, o PPA 2024-2027 traçou, de um lado, *objetivos estratégicos*, representados pelas mudanças estruturais a serem implementadas na sociedade, e *objetivos específicos*, que significam cada resultado esperado decorrente da entrega de bens e serviços ou de medidas institucionais e normativas.

Com tais ferramentas, o PPA 2024-2027, então, fortalece a governança de políticas públicas, com reforço ao monitoramento e à avaliação de seus resultados. Ao aprofundar o detalhamento de resultados específicos a serem alcançados pelas ações estatais, também contribui para afastar metas genéricas e de difícil mensuração.

Porém, como alertado pelas consultorias legislativas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal¹⁸⁸, o PPA ainda não demonstra um vínculo claro entre seus componentes, desde a relação entre objetivos estratégicos e objetivos específicos ou entre as agendas prioritárias e transversais com os objetivos estratégicos. Desse modo,

verifica-se a fragilidade do modelo lógico que vai dos objetivos estratégicos às entregas de programas, pela falta de vínculo explícito entre os indicadores-chave nacionais e os componentes táticos para realização de suas metas (os objetivos específicos e entregas do Plano). A falta de previsão de vínculo entre os objetivos específicos e as ações orçamentárias também representa risco de que o Plano seja capturado pelas ações de curto prazo, em lugar de orientá-las. Como as Agendas Prioritárias e Transversais se definem como subconjuntos de objetivos específicos de programas, esse risco também se estende a elas. Outro aspecto a ressaltar é a amplitude de compromissos

OF SUPREME AUDIT INSTITUTIONS – INTOSAI. *GUID 5290 – Guidance on Audit of the Development and Use of Key National Indicators*. Copenhagen: INTOSAI, 2019.

¹⁸⁶ Art. 2º, VI, da Lei nº 14.802/2024.

¹⁸⁷ O Anexo I da Lei nº 14.802/2024 prevê sete indicadores-chave nacionais: i) taxa de extrema pobreza; ii) razão entre renda dos 10% mais ricos e 40% mais pobres; iii) rendimento domiciliar *per capita* nas grandes regiões; iv) produto interno bruto *per capita*; v) taxa de desemprego; vi) emissão de gases de efeito estufa – GEE; vii) desmatamento anual no bioma Amazônia. O referido Anexo define também as respectivas metas para 2027 em relação a cada indicador-chave nacional, adotando o sistema de banda, com intervalos de tolerância.

¹⁸⁸ CONSULTORIA DE ORÇAMENTO E FISCALIZAÇÃO FINANCEIRA DA CÂMARA DOS DEPUTADOS – CONOF/CD; CONSULTORIA DE ORÇAMENTO E FISCALIZAÇÃO FINANCEIRA DO SENADO FEDERAL – CONORF/SF. *Nota Técnica Conjunta nº 4/2023 – Subsídios para a apreciação do projeto de lei do plano plurianual para o período de 2024 a 2027 – PLN nº 28/2023*. Brasília: Congresso Nacional, 2023, p. 4.

assumidos tanto no rol de objetivos estratégicos quanto de Agendas Prioritárias, tornando desafiadora a efetivação do monitoramento intensivo para entrega das prioridades, como previsto no texto da lei.

De outra banda, outro fator que historicamente prejudica o planejamento por meio do PPA é a falta de padronização de metodologias, métricas e critérios para sua elaboração e acompanhamento. Como mencionado, a Constituição determina que lei complementar deve versar normas para a edição das leis do PPA, da LDO e da LOA¹⁸⁹. Entretanto, após mais de trinta e cinco anos de vigência da Carta de 1988, essa lei complementar ainda não foi editada. No projeto que deu origem à LRF houve veto a dispositivo que trazia um detalhamento mínimo para o projeto de PPA¹⁹⁰.

Por isso, ao longo dos anos, os PPAs foram aprovados seguindo diferentes modelos e metodologias¹⁹¹. Essa circunstância traz empecilhos para o monitoramento

¹⁸⁹ Cf. Art. 165, §9º, I, da CF. Diferentemente ocorre em relação à LDO e à LOA, que contam com um considerável detalhamento sobre seu conteúdo e forma de elaboração, por meio da Constituição (art. 167), da Lei nº 4.320/1964, recepcionada pela CF/1988 como lei complementar, e da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).

¹⁹⁰ O art. 3º do projeto que deu origem à LRF (PL nº 4/2000) disciplinava o projeto de lei do PPA. Mas, o dispositivo foi vetado, com base no interesse público (veto político). O dispositivo previa que o projeto de lei do PPA deveria ser apresentado até o dia trinta de abril do primeiro ano do mandato e ser devolvido para sanção até o encerramento do primeiro período da sessão legislativa (dezessete de julho – art. 52 da CF). Sobre esse ponto, justificou-se o veto com base na alegação de que tal regra traria “não só um reduzido período para a elaboração dessa peça, por parte do Poder Executivo, como também para a sua apreciação pelo Poder Legislativo, inviabilizando o aperfeiçoamento metodológico e a seleção criteriosa de programas e ações prioritárias de governo”. Ademais, o §1º do dispositivo vetado também previa que o projeto de lei do PPA deveria ser acompanhado de um Anexo de Política Fiscal, “em que serão estabelecidos os objetivos e metas plurianuais de política fiscal a serem alcançados durante o período de vigência do plano, demonstrando a compatibilidade deles com as premissas e objetivos das políticas econômica nacional e de desenvolvimento social”. Sobre o ponto, nas razões de veto, justificou-se que a supressão desse anexo “não ocasiona prejuízo aos objetivos da Lei Complementar, considerando-se que a lei de diretrizes orçamentárias já prevê a apresentação de Anexo de Metas Fiscais, contendo, de forma mais precisa, metas para cinco variáveis – receitas, despesas, resultados nominal e primário e dívida pública -, para três anos, especificadas em valores correntes e constantes”.

¹⁹¹ Vale mencionar que a elaboração do Plano Plurianual 2000-2003 da União foi precedida de regulamentação pelo Decreto nº 2.829/1998. Por se tratar de ato unilateral do Executivo, parece-nos que o Decreto é instrumento inadequado, diante do protagonismo que o Legislativo detém em matéria orçamentária diante da sistemática estabelecida na Constituição de 1988. De todo modo, foi salutar, ao menos, a existência de alguma base normativa para orientar a elaboração da proposta de PPA. Tal ato regulamentar previa que, no PPA 2000-2003, toda ação finalística do Governo Federal deveria ser estruturada em programas orientados para a consecução dos objetivos estratégicos definidos para o período do plano. Cada programa deveria conter: a) objetivo; b) órgão responsável; c) valor global; d) prazo de conclusão; e) fonte de financiamento; f) indicador que quantifique a situação que o programa tenha por fim modificar; g) metas correspondentes aos bens e serviços necessários para atingir o objetivo; h) ações não integrantes do Orçamento Geral da União necessárias à consecução do objetivo, e; i) regionalização das metas por estado. ademais, os programas constituídos predominantemente de ações continuadas deverão conter metas de qualidade e de produtividade, a serem atingidas em prazo definido. No entanto, os PPAs seguintes não contaram com semelhante norma regulamentadora. O referido Decreto foi integralmente revogado pelo Decreto nº 10.179/2019. Para o PPA 2020-2023, não houve decreto para regulamentar, de forma prévia, sua elaboração; apenas foi editado um posterior, para regulamentar sua aplicação (Decreto nº 10.321/2020). O PPA 2024-2027 também não foi precedido de decreto regulamentador prévio, embora o Ministério do Planejamento e Orçamento tenha publicado um manual técnico com a exposição dos pilares metodológicos para sua elaboração

e a fiscalização sobre a observância do que foi planejado. Gera-se uma grave dificuldade de avaliação do cumprimento das diretrizes, objetivos e metas de médio prazo da Administração. Isso prejudica a atuação tanto de órgãos de gestão e de controle interno, como também de órgãos de controle externo, como os tribunais de contas, e de agentes de controle social, como organizações da sociedade civil e a imprensa jornalística.

As consultorias legislativas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal¹⁹² chamam a atenção para esse aspecto da seguinte forma:

Por exemplo, o PPA 2000-2003 continha a totalidade das ações orçamentárias, com a previsão de dotações para cada uma delas aberta para os seus quatro anos de vigência. O PPA 2012-2015 já não trazia as ações orçamentárias, mas uma turva sombra delas, denominadas 'iniciativas'. O PPA 2016-2019, em vigência, também não explicita as ações orçamentárias, mas seus 54 programas temáticos se desdobram em 304 objetivos e 1.136 metas, dando certo grau de transparência à ação do Governo.

Em relação à sua metodologia, o PLPPA 2020-2023 optou pela simplificação. Dessa forma, diferentemente do PPA 2016-2019, não são explicitados vários objetivos e metas para cada um dos programas finalísticos. Ao contrário, cada programa traz apenas uma unidade responsável, um objetivo e uma meta. Dessa forma, seus 66 programas trazem, respectivamente 66 objetivos e 61 metas quantificáveis, considerando que cinco programas possuem 'metas qualitativas'.

O TCU, em diferentes oportunidades¹⁹³, apontou que essa inexistência de critérios gerais para elaboração dos PPAs é uma das principais falhas do modelo de planejamento do Estado brasileiro, submetendo-o a mudanças acentuadas a cada novo plano. Compreende que essa lacuna compromete a relevância, a coesão e a coerência da atuação do Estado, com especial impacto negativo sobre o planejamento dos investimentos públicos, selecionados e elencados sem critérios qualitativos, esvaziando os objetivos da norma do art. 167, §1º, da Constituição, acima analisada.

(cf. MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO E ORÇAMENTO – MPO. *Manual Técnico do Plano Plurianual 2024-2027*. Brasília: Ministério do Planejamento e Orçamento, 2023).

¹⁹² CONSULTORIA DE ORÇAMENTO E FISCALIZAÇÃO FINANCEIRA DA CÂMARA DOS DEPUTADOS – CONOF/CD; CONSULTORIA DE ORÇAMENTO E FISCALIZAÇÃO FINANCEIRA DO SENADO FEDERAL – CONORF/SF. *Nota Técnica Conjunta nº 3/2019 – Subsídios para a apreciação do projeto de lei do plano plurianual para o período de 2020 a 2023 – PLN nº 21/2019*. Brasília: Congresso Nacional, 2019, p. 16.

¹⁹³ Cf. Acórdão nº 132/2024, Plenário, relator Min. Jorge Oliveira, julgado em 31 de janeiro de 2024; Acórdão nº 2.516/2023, Plenário, relator Min. Jorge Oliveira, julgado em 6 de dezembro de 2023, e; Acórdão nº 3.090/2020, Plenário, relator Min. Vital do Rêgo, julgado em 18 de novembro de 2020.

Por isso, para que o PPA reflita de forma adequada as prioridades do Estado para alcançar os objetivos constitucionais, é premente a necessidade de edição da lei complementar a que se refere o art. 165, §9º, I, da CF, a fim de disciplinar metodologias, critérios e parâmetros padronizados para a elaboração, acompanhamento e avaliação das diretrizes, dos objetivos e das metas plurianuais.

1.4.3 Planejamento e a LDO

Também na seara da integração entre planejamento e orçamento, a lei de diretrizes orçamentárias – LDO visa a orientar a elaboração da LOA, com a definição de metas e prioridades das ações estatais para determinado exercício. Ademais, deve estabelecer diretrizes e metas da política fiscal, em conformidade com uma trajetória sustentável da dívida pública. Cabe-lhe, ainda, dispor sobre mudanças na legislação tributária, como ocorre com a criação de incentivos tributários¹⁹⁴.

Um tema que também deve estar disciplinado por meio da LDO – e que possui grande relevância para o planejamento em projetos em infraestrutura – é o direcionamento da política de aplicação das *agências financeiras oficiais de fomento*. Tratam-se de instituições financeiras com objetivo principal de financiar empreendimentos e projetos estabelecidos em programas de desenvolvimento¹⁹⁵.

Uma das principais agências financeiras de fomento é o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, com forte atuação na área de infraestrutura. A título ilustrativo, a LDO 2024¹⁹⁶ estabeleceu como uma das prioridades do Banco o apoio a projetos de infraestrutura sustentável¹⁹⁷, principalmente nos segmentos de energia, de logística e transportes e de mobilidade urbana.

Nessa linha, cabe à lei de diretrizes orçamentárias indicar o planejamento de curto prazo, com o escopo de direcionar a Administração para as prioridades daquele ano, que devem estar em harmonia com as diretrizes quadrienais do plano plurianual.

¹⁹⁴ Art. 165, §2º, da CF.

¹⁹⁵ É o caso do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, da Caixa Econômica Federal – CEF, do Banco do Brasil S.A. – BB, da Financiadora de Estudos e Projetos – FINEP, do Banco da Amazônia S.A., do Banco do Nordeste do Brasil – BNB e o Banco do Brasil S.A – BB.

¹⁹⁶ Art. 130 da Lei nº 14.791/2023.

¹⁹⁷ Sobre o conceito e parâmetros de controle baseados na infraestrutura sustentável, ver item 4.7.

Para cumprir com tal finalidade, a Lei de Responsabilidade Fiscal traz o detalhamento do conteúdo obrigatório da LDO, aplicável a todos os entes da federação. Prevê que o projeto da LDO deve ser acompanhado de anexo específico com as metas fiscais, que estabelecerão metas anuais, em valores correntes e constantes, relativas a receitas, despesas, resultados nominal e primário e montante da dívida pública¹⁹⁸.

Destaque-se que a LDO, por meio do anexo de riscos fiscais, também fortalece o planejamento ao dispor sobre elementos como¹⁹⁹: a) avaliação do cumprimento das metas relativas ao ano anterior; b) demonstrativo das metas anuais, instruído com memória e metodologia de cálculo que justifiquem os resultados pretendidos, comparando-as com as fixadas nos três exercícios anteriores, e evidenciando a consistência delas com as premissas e os objetivos da política econômica nacional; c) evolução do patrimônio líquido, também nos últimos três exercícios, destacando a origem e a aplicação dos recursos obtidos com a alienação de ativos; d) avaliação da situação financeira e atuarial de fundos públicos e programas estatais de natureza atuarial, inclusive de fundos do regimes geral de previdência social e próprio dos servidores públicos, e; e) demonstrativo da estimativa e compensação da renúncia de receita e da margem de expansão das despesas obrigatórias de caráter continuado²⁰⁰.

Uma das principais problemáticas para a efetividade das LDOs federais é a falta de detalhamento das suas prioridades e de metas – notadamente de metas operacionais, relacionadas à entrega de bens e serviços. Foi o que identificou o TCU, por exemplo, na LDO 2022. Segundo a Corte²⁰¹,

como não houve previsão de metas de produto na LDO, que teriam o papel de balizar a elaboração do orçamento pela indução de bens e serviços a serem efetivamente entregues por meio das alocações de recursos públicos, a norma deixou de cumprir plenamente a função que lhe é conferida pela Constituição Federal.

¹⁹⁸ Art. 4º, §1º, da LRF.

¹⁹⁹ Art. 4º, §2º, da LRF.

²⁰⁰ Segundo o art. 17 da LRF, “considera-se obrigatória de caráter continuado a despesa corrente derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixem para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios”.

²⁰¹ por tudo, ver: TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. *Relatório e Parecer Prévio sobre as contas do Presidente da República 2022*. Brasília: TCU, 2023, p. 298.

Por outro lado, a LRF também traz preocupação com eventuais despesas imprevistas, aptas a causar embaraços ao planejamento orçamentário. Obriga que a LDO contenha um anexo próprio de *riscos fiscais*, que demonstre a avaliação dos passivos contingentes²⁰² e outros riscos capazes de afetar as contas públicas, bem como que informe as providências a serem tomadas, caso tais contingências se concretizem. Ou seja, *o incerto também deve ser submetido ao planejamento*. Isso porque despesas imprevistas podem comprometer substancialmente a implementação de ações e programas já previstos no orçamento.

Com base nisso, entende-se que foi acertada a decisão da União que, em 12 de janeiro de 2023, criou o *Conselho de Acompanhamento e Monitoramento de Riscos Fiscais Judiciais*²⁰³, a fim de traçar estratégias de aprimoramento da gestão sobre os impactos financeiros decorrentes de decisões judiciais.

Essa gestão de riscos judiciais ganha especial relevância diante da escalada, nos últimos anos, dos impactos às contas públicas federais decorrentes de demandas em tramitação no Poder Judiciário. Para a elaboração do projeto de lei de diretrizes orçamentárias de 2024 (PLDO 2024), foi identificado pela AGU que, em 2022, o risco total de demandas judiciais, somando o risco provável e o possível, atingiu R\$ 3,76 trilhões, um crescimento de 76,3% em relação ao ano de 2021.

Entre os riscos judiciais, merece destaque o conjunto de gastos federais com precatórios e requisições de pequeno valor (RPVs) – cujos montantes são incertos e independem de decisão do Executivo, já que são processados pelo Poder Judiciário, obedecidas as ordens preferenciais de pagamento previstas na Constituição. De 2021 para 2022, o estoque de precatórios e RPVs da União, identificado no último dia do respectivo exercício, aumentou de R\$ 100,3 bilhões para R\$ 141,8 bilhões, um crescimento de 41,4%²⁰⁴.

²⁰² A LDO 2024 considera como *passivos contingentes* as possíveis novas obrigações cuja confirmação depende da ocorrência de um ou mais eventos futuros, ou cuja probabilidade de ocorrência e magnitude dependam de condições exógenas imprevisíveis. São também considerados passivos contingentes as obrigações que surgem de eventos passados, mas que ainda não são reconhecidas no corpo das demonstrações contábeis por ser improvável a necessidade de liquidação ou porque o valor ainda não pode ser mensurado com suficiente segurança (cf. Anexo V da Lei nº 14.791/2023).

²⁰³ O referido Conselho, que possui caráter consultivo, é composto pelos titulares da Advocacia-Geral da União, do Ministério da Fazenda e do Ministério do Planejamento e Orçamento e foi instituído e regulamentado pelo Decreto nº 11.379/2023.

²⁰⁴ MINISTÉRIO DA FAZENDA. *Balanço Geral da União 2022 – Demonstrações Contábeis Consolidadas da União*. Brasília: Ministério da Fazenda, 2023, p. 359.

O Conselho criado representa um mecanismo que, se bem implementado, contribui para a defesa do que foi planejado, de forma a atenuar a imprevisibilidade dos impactos financeiros decorrentes de decisões do Poder Judiciário. Inclusive, entende-se como pertinente e recomendável a criação de tal espécie de instância coletiva para gerenciamento de riscos fiscais também na seara de estados e municípios – cuja dívida de precatórios, ao fim de 2019, segundo o CNJ²⁰⁵, atingiu o montante de R\$ 138 bilhões.

Ainda no que se refere às disposições da LRF sobre a LDO, estipula-se regra específica para a União, que, em outro anexo específico, deve explicitar os objetivos das políticas monetária, creditícia e cambial, os parâmetros e as projeções para seus principais agregados e variáveis, bem como as metas de inflação. Trata-se de elementos fundamentais não só para o Poder Público traçar seus programas governamentais, como também para o setor privado visualizar o cenário macroeconômico projetado para o curto e médio prazo.

Importante inovação foi implementada pela EC nº 102/2019 quanto ao planejamento para investimentos em infraestrutura. A partir dela, a Constituição passou a prever que integrará a LDO, para o exercício a que se refere e, pelo menos, para os dois exercícios subsequentes, anexo com previsão de agregados fiscais e a proporção dos recursos para investimentos que serão alocados na LOA para a continuidade daqueles em andamento²⁰⁶.

Com isso, por determinação constitucional, a Administração deve reservar parte do orçamento para evitar a interrupção de investimentos em andamento, especialmente projetos de infraestrutura ainda em execução. Embora prevista exclusivamente para a LDO e a LOA da União²⁰⁷, entende-se que a referida reserva de recursos para evitar a paralisação de investimentos é medida que se impõe a todos os entes, como consequência do dever fundamental do adequado planejamento estatal – estudado em item anterior – e, também, para atender o art. 45 da LRF²⁰⁸.

²⁰⁵ Cf. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. *Mapa Anual dos Precatórios – 2019 – Por Ente Devedor*. Brasília: CNJ, 2023.

²⁰⁶ Art. 165, §12, da CF.

²⁰⁷ Nos termos do art. 165, §13º, da CF (incluído pela EC nº 102/2019), “o disposto no inciso III do § 9º e nos §§ 10, 11 e 12 deste artigo aplica-se exclusivamente aos orçamentos fiscal e da seguridade social da União”.

²⁰⁸ Segundo o art. 45 da LRF, “a lei orçamentária e as de créditos adicionais só incluirão novos projetos após adequadamente atendidos os em andamento e contempladas as despesas de conservação do patrimônio público, nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias”.

Em observância à referida disposição constitucional, na LDO 2024 (Lei nº 14.791/2021), houve a fixação, para a elaboração da LOA 2024, de proporção de 9,2% do valor total de despesas primárias discricionárias do Poder Executivo para a continuidade e finalização dos investimentos em andamento – percentual superior ao previsto na LDO 2023 (Lei nº 14.436/2022), que foi de 8,8%. A LDO 2024²⁰⁹ também deixou explícito que essa proporção mínima para investimentos em andamento deveria ser observada pelas propostas orçamentárias de todos os órgãos setoriais do Poder Executivo federal antes de serem enviadas, para exame e compilação, ao Ministério do Planejamento e Orçamento.

Indo mais além, a LDO 2024 representou importante avanço no planejamento da infraestrutura, ao determinar expressamente a prioridade da Administração para evitar paralisações de obras e serviços de engenharia, principalmente na área da educação. Assim, determinou que, na execução da lei orçamentária, a Administração Federal “deve dar prioridade às programações relacionadas a obras ou serviços de engenharia cuja execução física esteja atrasada ou paralisada, especialmente as que se encontrem sob a responsabilidade do Ministério da Educação”²¹⁰.

Além disso, dada a ausência da edição de uma lei complementar para padronizar a elaboração e o acompanhamento dos instrumentos de planejamento orçamentário (art. 165, §9º, I, da CF), como estudado em item anterior, a LDO da União tem assumido, gradativamente, a função de uma espécie de “código federal de finanças públicas”, porém temporário, pois com vigência anual. Passou a esmiuçar, com cada vez mais abrangência, as normas federais sobre receitas, despesas, endividamento, transferências financeiras, metas fiscais etc. Enquanto a LDO da União do ano de 1989²¹¹ possuía 59 dispositivos, a LDO 2024 prevê 187, com um nível de detalhamento das regras fiscais muito mais profundo.

Por fim, a LC nº 200/2023, que institui o chamado Regime Fiscal Sustentável e regulamenta o art. 6º da EC nº 126/2022, trouxe importantes alterações para a elaboração da LDO da União, ampliando ainda mais sua abrangência.

A partir de então, o Anexo de Metas Fiscais da LDO da União deve prever, entre outros novos elementos: i) as metas anuais para o exercício a que se referir e

²⁰⁹ Art. 19, §1º, da Lei nº 14.791/2023.

²¹⁰ Art. 19, §2º, da Lei nº 14.791/2023.

²¹¹ Lei nº 7.800/1989.

para os três seguintes, com o objetivo de garantir sustentabilidade à trajetória da dívida pública; ii) o marco fiscal de médio prazo, com projeções para os principais agregados fiscais que compõem os cenários de referência, distinguindo-se as despesas primárias das financeiras e as obrigatórias daquelas discricionárias; iii) o efeito esperado e a compatibilidade, no período de dez anos, do cumprimento das metas de resultado primário sobre a trajetória de convergência da dívida pública, evidenciando o nível de resultados fiscais consistentes com a estabilização da relação dívida/PIB, e; iv) a estimativa do impacto fiscal dos instrumentos de revisão e avaliação de políticas públicas.

Como se percebe, essas mudanças objetivam estender o âmbito de incidência da LDO, conferindo-lhe mecanismos que refletem uma visão de futuro de médio prazo, superior a um exercício financeiro. Isso contribui para a sustentabilidade fiscal de despesas públicas plurianuais, notadamente grandes projetos em infraestrutura, com o estabelecimento de um planejamento orçamentário mais sólido e estável.

1.4.4 Planejamento e a LOA

A lei orçamentária anual – LOA dispõe sobre a previsão de receitas e a autorização de despesas para determinado exercício. No entanto, jamais pode ser visualizada como uma mera planilha contábil-financeira para disciplinar as entradas e saídas de recursos do Estado.

O orçamento público é elaborado por meio de um processo de interação do Poder Executivo, com programa de governo referendado pelas urnas, e do Poder Legislativo, com representantes do povo, também democraticamente eleitos. O orçamento formaliza o planejamento, revelando estratégias e ações concretas, para o alcance dos objetivos constitucionais (prioridades vinculantes) em determinado período. Por isso, descumprir o orçamento é esvaziar o planejamento e retirar a credibilidade dos próprios governantes e representantes eleitos, erodindo as bases de uma democracia republicana.

A LOA deve ser encarada, fundamentalmente, como mecanismo de viabilização de políticas públicas, por meio da distribuição de recursos públicos para o desenvolvimento e manutenção de políticas, programas e ações nas diversas funções sob responsabilidade do Estado (educação, saúde, segurança etc.). De nada

adianta um objetivo ser declarado como prioritário em planos nacionais, regionais, setoriais, no PPA ou na LDO, se o orçamento anual não dispor de dotações para seu alcance.

Assim, a LOA possui função essencial na implementação do planejamento governamental e no atendimento das prioridades constitucionais. Não por outra razão a Constituição atribui ao orçamento anual a finalidade de reduzir as desigualdades inter-regionais, em consonância com o plano plurianual²¹². Ademais, o projeto da LOA deve ser acompanhado de anexo com a demonstração da compatibilidade da programação do orçamento com os objetivos e metas da lei de diretrizes orçamentárias, conforme determina a LRF²¹³. A LOA, portanto, concretiza o que realmente é prioritário para determinado exercício.

Por outro lado, a LOA, como visto, passou a ter autorização constitucional expressa para também versar sobre *despesas para exercícios seguintes*, com descrição dos investimentos plurianuais e daqueles em andamento, conforme alteração realizada pela EC nº 102/2019²¹⁴. Trata-se de uma clara vinculação entre o orçamento anual e o planejamento governamental, com vistas a explicitar o panorama orçamentário dos projetos de médio e longo prazo, especialmente na área de infraestrutura.

Outra importante função do orçamento anual na área do planejamento é conferir transparência aos impactos da concessão de benefícios fiscais e creditícios. A LOA deve apresentar, de forma regionalizada, os efeitos sobre as contas públicas decorrentes de incentivos financeiros, tributários e creditícios, como isenções, anistias, remissões e subsídios²¹⁵.

No entanto, como será melhor analisado item posterior, ao longo das últimas décadas, houve um estrangulamento dos investimentos públicos na LOA causado, entre outras razões, pelo aumento substancial dos incentivos fiscais. Em muitos casos, isso ocorreu por meio da concessão de forma desproporcional e descontrolada

²¹² Art. 165, § 7º, da CF.

²¹³ Art. 5º, I, da LRF.

²¹⁴ A referida emenda constitucional incluiu o § 14º ao art. 165 da Constituição, o qual prevê que “a lei orçamentária anual poderá conter previsões de despesas para exercícios seguintes, com a especificação dos investimentos plurianuais e daqueles em andamento”.

²¹⁵ Art. 165, § 6º, da CF.

de regimes tributários privilegiados, sem medidas de compensação, o que tem sido objeto de reiterados apontamentos pelo TCU²¹⁶.

Esse panorama contribuiu para o constrangimento fiscal que tanto aflige o planejamento do país e, em especial, os investimentos em infraestrutura. Vai de encontro ao disposto na LRF, que prevê que a LOA deve apresentar as medidas de compensação às renúncias de receitas. Quanto à vigência, pela mesma razão que não se admite o contrato administrativo por prazo indeterminado²¹⁷ também não se poderia aceitar a concessão de benefício fiscal sem um prazo-limite – ao menos, para ser revisto e avaliada sua eventual prorrogação. Sobre o tema, pertinente o entendimento de Élica Graziane Pinto²¹⁸, ao defender que nenhuma desoneração tributária deveria ser inicialmente fixada com vigência superior a três anos, já que a LRF determina que sua implementação depende de “estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes”²¹⁹. Por isso, a LOA precisa evidenciar o mapeamento adequado dos benefícios fiscais, apresentando elementos para a fiscalização quanto a sua temporariedade e às respectivas contrapartidas, de modo a cumprir objetivos econômicos e sociais específicos.

²¹⁶ Tal como narrado no parecer prévio sobre as contas do exercício de 2021 do Presidente da República. Na ocasião, o TCU concluiu por “alertar o Poder Executivo acerca das irregularidades reiteradas na concessão ou ampliação de benefícios tributários que importaram em renúncia de receita, em descumprimento às disposições dos arts. 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), 14 da Lei Complementar 101/2000 (LRF) e 125 a 129 e 137, da Lei 14.116/2020, alterada pela Lei 14.143/2021 (LDO 2021) uma vez que, no momento da edição da Lei 14.257/2021, das Medidas Provisórias 1.034/2021 e 1.094/2021, da Portaria-ME 15.224/2021, da sanção das Leis 14.126/2021 e Lei 14.288/2021, bem como da implementação pelo Poder Executivo dos benefícios, não foram observados integralmente os respectivos requisitos constitucionais e legais necessários para conferir eficácia às normas aprovadas, como: projeção do impacto orçamentário-financeiro; atendimento ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias; consideração da renúncia na estimativa de receita da lei orçamentária e não afetação das metas dos resultados fiscais ou, alternativamente, apresentação de medidas de compensação; fixação de vigência máxima de cinco anos; indicação do órgão responsável pela supervisão, acompanhamento e avaliação do benefício; (seção 4.1.2.9)” (Acórdão nº 1.481/2022, Plenário, relator Min. Ministro Aroldo Cedraz, julgado em 29 de junho de 2022).

²¹⁷ Segundo o art. 57, §3º, da Lei nº 8.666/1993, “é vedado o contrato com prazo de vigência indeterminado”. A Lei nº 14.133/2021 passou a admitir, excepcionalmente, em casos de contratação de serviços prestados em regime de monopólio (como o de fornecimento de energia elétrica), a vigência contratual por prazo indeterminado (art. 109).

²¹⁸ Em suas palavras, “a regra geral do art. 14 da LRF determina que o prazo máximo de vigência da renúncia de receita corresponde a três anos (exercício em que entrar em vigor e dois seguintes), conforme o próprio prazo de vigência das metas fiscais sobre as quais houve avaliação de impacto ou correspondente compensação. Quaisquer previsões temporais mais largas de vigência, aditamentos de prazo ou majorações de escopo da renúncia fiscal devem ser submetidos, individualmente, à reavaliação e à renovação das condições legais iniciais de validade que lhe autorizaram a existência” (PINTO, Élica Graziane. Processo legislativo orçamentário sob histórico e recorrente risco de arbitrariedade. In: MOREIRA, Bernardo Motta; BERNARDES JÚNIOR, José Alcione (coords.). *A elaboração legislativa em perspectiva crítica*. Belo Horizonte: ALMG – Escola do Legislativo – Núcleo de Estudos e Pesquisas, 2020, p. 294).

²¹⁹ Art. 14 da LRF.

Outra regra que demonstra que a LOA é elemento fundamental para a adequada execução do planejamento estatal é a prevista no art. 5º, §5º, da LRF, segundo o qual a lei orçamentária não consignará dotação para investimento com duração superior a um exercício financeiro que não esteja previsto no plano plurianual ou em lei que autorize a sua inclusão, conforme disposto no § 1º do art. 167 da Constituição.

Desse modo, não poderá o orçamento anual dispor sobre novos investimentos com duração superior ao respectivo exercício se não há suporte para essas novas despesas nos programas previstos no plano plurianual. Essa regra dialoga com aquela disposta no art. 45 da LRF, de acordo com o qual a inclusão de novos projetos ao orçamento depende da disponibilização de recursos para o atendimento daqueles já em andamento e para a manutenção do patrimônio público já existente – o que será melhor analisado em item seguinte.

Em relação à infraestrutura, desde o fim da década de 1990, a partir da atuação do TCU por meio do programa de fiscalização Fiscobras – estudado em item posterior –, a LOA da União tem apresentado a relação de obras e serviços de engenharia financiados com recursos federais com indícios de irregularidades graves. Em que pese a intenção de se evitar desperdícios de recursos, a LOA, nesse aspecto, limita-se a indicar inconsistências relacionadas à execução de contratações públicas – como eventuais sobrepreços em obras públicas – e não elementos que contribuam para mudanças estruturais na infraestrutura.

Em uma perspectiva de reforço ao planejamento, melhor seria que a LOA, fundamentada em diretrizes da LDO, trouxesse obras prioritárias para a infraestrutura brasileira, alicerçadas em mecanismos de proteção orçamentária em relação a eventuais necessidades de contingenciamentos e de incentivos a indicações de emendas parlamentares, para proporcionar seu adequado financiamento.

Além disso, como aponta o TCU, em que pese a LOA “ser organizada em programas de trabalho codificados em um conjunto de diversos classificadores, não há explicitamente um identificador que associe a previsão dos gastos com obras ou serviços de engenharia que estejam planejados nos investimentos em

infraestrutura”²²⁰. Essa ausência de uma identificação clara no orçamento anual das despesas destinadas à infraestrutura inviabiliza uma visão geral dos investimentos públicos no setor e prejudica a fiscalização quanto ao cumprimento do planejamento. Trata-se de mais um ponto de aprimoramento da LOA para contribuir para políticas, programas e ações mais eficientes em matéria de infraestrutura.

Pelo exposto até aqui, tem-se um conjunto de normas constitucionais e infraconstitucionais que regem o PPA, a LDO e a LOA e impõe aos gestores públicos o dever do planejamento orçamentário com vistas à execução de políticas públicas de forma eficiente e financeiramente sustentável.

Esse dever precisa estar submetido a instrumentos efetivos de controle, sob risco de ser substituído por critérios casuístas e imediatistas, que desconsideram objetivos de médio e longo prazo para o sólido desenvolvimento sustentável do país.

É nesse contexto que surge o papel dos tribunais de contas como órgão de controle para o fortalecimento do planejamento, principalmente na área de infraestrutura, como se passa a analisar a partir dos capítulos seguintes.

²²⁰ Diante da falta de identificação das ações em obras e serviços de engenharia, o TCU necessita executar um trabalho substancialmente artesanal para a avaliação da LOA da União. Conforme relato de suas equipes de auditoria, “para identificar as ações que são destinadas a obras e serviços de engenharia de forma anterior à execução do orçamento, a área técnica do TCU realiza busca, a partir da base de dados do autógrafo da LOA disponibilizada no portal da Câmara dos Deputados, após a aprovação da lei, por meio de algumas palavras-chave, como por exemplo: ‘construção’, ‘reforma’, ‘adequação de trecho’, ‘ampliação’, ‘conservação’, ‘adaptação’”. (Acórdão nº 2.695/2022, Plenário, relator Min. Aroldo Cedraz, julgado em 7 de dezembro de 2022). A sugestão de aperfeiçoamento da LOA sobre tal aspecto já havia sido registrada anteriormente (cf. Acórdão nº 2.579/2021, Plenário, relator Min. Augusto Nardes, julgado em 27 de outubro de 2021).

2 TRIBUNAL DE CONTAS E A CONSAGRAÇÃO DAS PRIORIDADES CONSTITUCIONAIS

2.1 Fortalecimento e ampliação das competências do tribunal de contas a partir da Constituição de 1988

Após a queda do regime ditatorial que se instaurou no país desde 1964, permeou os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, de forma preponderante, o sentimento de necessidade de limitações do Executivo, bem como de fortalecimento do Poder Legislativo e de instituições de controle. Uma reação aos *anos de chumbo*, marcado pelo autoritarismo do governo. Como constata André Rosilho, reforçar a atuação dos tribunais de contas “foi visto como uma maneira de reagir à então recém-extinta ditadura”²²¹.

A competência do Tribunal de Contas da União – TCU está estabelecida nos arts. 70 e 71 da Constituição de 1988 e regulamentada por meio da Lei nº 8.443/1992, que dispõe sobre sua Lei Orgânica. Assim, a TCU possui a competência de atuar no *controle externo*²²² da Administração, por iniciativa própria ou de forma a auxiliar ao Congresso Nacional, na fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade²²³.

²²¹ Cf. ROSILHO, André. *Tribunal de Contas da União – competências, jurisdição e instrumentos de controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 53-54. Nessa obra, o autor traz interessante pesquisa sobre os debates da Assembleia Nacional Constituinte quanto às atribuições do Tribunal de Contas da União – TCU.

²²² Utiliza-se, neste trabalho, o critério da origem a respeito da diferenciação dos tipos de controle da Administração. Assim, o controle interno é aquele exercido no âmbito do próprio Poder, para o controle de seus atos, de seus bens e de seus recursos. Por sua vez, o controle externo é aquele exercido por outros Poderes ou instituições. O Poder Executivo, por exemplo, submete-se ao controle externo do Poder Judiciário, do Poder Legislativo e de instituições autônomas e independentes, como o Ministério Público e os tribunais de contas.

²²³ Essa é a interpretação que se extrai da aplicação conjunta dos arts. 70 e 71, *caput* e IV, da CF:

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

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

[...] IV – realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II”.

Além disso, também possui a atribuição constitucional de: i) proferir parecer prévio sobre as contas do Presidente da República; ii) julgar as contas dos administradores de bens e verbas públicas federais; iii) apreciar a legalidade de atos de admissão de pessoal, bem como a concessão de aposentadorias e pensões; iv) imputar débitos, em caso de prejuízo ao erário federal, aplicando sanções em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade das contas, e; v) fixar prazo para a Administração afastar irregularidade, podendo, se não atendido tal prazo, sustar a execução do ato impugnado²²⁴.

No sistema de controle externo previsto pela Constituição, tem-se, no âmbito de cada estado e do Distrito Federal, um tribunal de contas da respectiva unidade federativa²²⁵. Possuem, basicamente, as mesmas competências do TCU, mas a nível estadual e distrital. Em regra, exercem o controle externo tanto da respectiva unidade federativa como dos municípios nela localizados.

Por outro lado, embora incomum, há ainda a possibilidade de existência de tribunal de contas dos municípios, órgão de natureza estadual, para o controle das contas dos municípios de determinado ente da federação. Por exemplo, o Tribunal de Contas dos Municípios da Bahia, vinculado ao Estado da Bahia, tem a competência de promover o controle externo dos municípios baianos.

Para o STF²²⁶, é constitucional a criação de novos tribunais estaduais de contas dos municípios ou a extinção dos hoje existentes, por ser matéria inserida na

²²⁴ Outras competências do TCU previstas na Constituição são: i) emitir parecer prévio sobre as contas do governo de territórios federais (art. 33º, §2º); receber denúncias de irregularidade ou ilegalidades decorrentes dos controles interno e social (art. 74, §§ 1º e 2º); regulamentar e calcular os coeficientes individuais de participação dos Estados e do Distrito Federal para a repartição dos recursos do Fundo Nacional de Desenvolvimento Regional, criado pela EC nº 132/2023, conhecida como Emenda da Reforma Tributária (art. 159-A, §5º); efetuar o cálculo das quotas referentes ao Fundo de Participação dos Estados – FPE e ao Fundo de Participação dos Municípios – FPM (art. 161, parágrafo único), e; calcular as alíquotas de referência a serem fixadas pelo Senado Federal do Imposto sobre Bens e Serviços – IBS e sobre a Contribuição sobre Bens e Serviços – CBS, com o objetivo de assegurar que a transição para as novas regras da reforma tributária não implique em queda de receitas aos entes ou em elevação da carga tributária (art. 130, §§ 1º, 8º e 10º, do ADCT).

²²⁵ Art. 75 da Constituição.

²²⁶ “A Constituição da República impede que os Municípios criem os seus próprios Tribunais, Conselhos ou órgãos de contas municipais (CF, art. 31, § 4º), mas permite que os Estados-Membros, mediante autônoma deliberação, instituem órgão estadual denominado Conselho ou Tribunal de Contas dos Municípios (RTJ 135/457, relator Min. Octavio Gallotti – ADI 445/DF, relator Min. Néri da Silveira), incumbido de auxiliar as Câmaras Municipais no exercício de seu poder de controle externo (CF, art. 31, § 1º). Esses Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios – embora qualificados como órgãos estaduais (CF, art. 31, § 1º) – atuam, onde tenham sido instituídos, como órgãos auxiliares e de cooperação técnica das Câmaras de Vereadores. A prestação de contas desses Tribunais de Contas dos Municípios, que são órgãos estaduais (CF, art. 31, § 1º), há de se fazer, por isso mesmo, perante o Tribunal de Contas do próprio Estado, e não perante a Assembléia Legislativa do Estado-Membro. Prevalência, na espécie, da competência genérica do Tribunal de Contas do Estado (CF, art. 71, II, c/c o art. 75)” (ADI nº 687/PA, Plenário, relator Min. Celso de Mello, julgado em 10 de fevereiro de 2006).

autonomia estadual. Mas, para tanto, é necessária emenda à respectiva Constituição Estadual. Nessa linha, o STF entendeu como constitucional emenda à Constituição do Estado do Ceará que extinguiu o Tribunal de Contas dos Municípios daquele Estado. Na mesma ocasião, decidiu que não há iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo para propor alteração na Constituição Estadual para a extinção de tribunal de contas dos municípios, de forma que a emenda pode decorrer de projeto de iniciativa parlamentar²²⁷.

Não se pode confundir esses tribunais de contas *dos municípios*, órgãos estaduais, com os tribunais de contas *de município*, órgãos municipais. A Constituição expressamente veda a criação de novo tribunal de contas de município (art. 31, §4º), o que não implicou na extinção daqueles criados antes da promulgação da Carta de 1988, como entende o STF²²⁸. Atualmente, esse tipo de instituição municipal apenas se verifica nos Municípios de São Paulo e do Rio de Janeiro.

Quanto à abrangência do controle externo exercido pelos tribunais de contas, na vigência das Constituições anteriores, identifica-se uma competência limitada ao controle de *legalidade* e que recaia sobre *aspectos exclusivamente financeiros* do Estado²²⁹.

Houve substancial ampliação do seu campo de atuação com a Constituição de 1988. Passou a abranger o controle de ordem contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, tendo como parâmetro, além da *legalidade*, também a *economicidade* e a *legitimidade* da gestão pública²³⁰.

O *controle da legalidade* incide com base no princípio segundo o qual o administrador público só pode fazer o que a lei permite. Do ponto de vista dos tribunais

²²⁷ ADI nº 5.763/CE, Plenário, relator Min. Marco Aurélio Mello, julgado em 10 de outubro de 2017. Embora não tenha sido objeto de julgamento pelo STF, entende-se que, diferentemente do que ocorre com sua extinção, a criação de tribunais de contas dos municípios por emenda à Constituição Estadual é matéria de iniciativa legislativa privativa do Chefe do Poder Executivo, por acarretar aumento de despesas. Esse tem sido o entendimento do STF a respeito da reserva de iniciativa das emendas às Constituições Estaduais que impliquem em elevação de gastos (cf. ADI nº 5.897/SC, Plenário, relator Min. Luiz Fux, julgado em 24 de abril de 2019, e ADI nº 6.275/MT, Plenário, relator Min. Alexandre de Moraes, julgado em 18 de agosto de 2020).

²²⁸ ADIs nº 346/SP e nº 4.776/SP, Plenário, relator Min. Gilmar Mendes, julgado em 3 de junho de 2020.

²²⁹ “Foi assim nas Constituições de 1891, de 1934, de 1937, de 1946, de 1967 e de 1969. A legislação historicamente associou o exercício de toda e qualquer competência e atribuição do TCU – tanto aquelas inseridas no seu campo de jurisdição direta como aquelas inseridas no seu campo de jurisdição indireta – à realização do controle de legalidade exclusivamente em matérias financeiras” (ROSILHO, André. *Tribunal de Contas da União – competências, jurisdição e instrumentos de controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 363).

²³⁰ Arts. 70 e 71, *caput* e IV, da CF. Sobre a ampliação das competências das cortes de contas diante da Constituição de 1988, ver: SIMÕES, Edson. *Tribunal de Contas*. In: MARTINS, Ives Granda da Silva; MENDES, Gilmar; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coords). *Tratado de direito financeiro*. Volume 2. São Paulo: Saraiva, 2013.

de contas, Ricardo Lobo Torres²³¹ aponta que a legalidade implica: i) no exame formal das contas, com avaliação de seus aspectos de certeza, exatidão e correção de números e cálculos; ii) na avaliação sobre a adequação da gestão financeira ao orçamento e às leis materiais dos tributos e da despesa pública, e; iii) no controle da superlegalidade, isto é, na adequação dos atos estatais com a Constituição Federal.

Sobre o controle de legalidade, vale destacar que, sem muitas polêmicas, poderá a Corte de Contas aferir se determinado *ato administrativo de efeitos concretos* está em conformidade ou não com a Constituição. Seria o caso, por exemplo, do controle de despesas sem prévia dotação orçamentária, o que viola diretamente o art. 167, I e II, da Constituição.

No entanto, objeto de debates desde a vigência da Carta de 1988 é o tema da possibilidade ou não de os tribunais de contas, em suas decisões, afastarem *leis e atos normativos* (de efeitos gerais e abstratos) que reputeem inconstitucionais, por meio de uma espécie de controle difuso de constitucionalidade.

As divergências têm se dado, especialmente, sobre a aplicação da Súmula nº 347 da Suprema Corte, que tem o seguinte enunciado: “o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público”.

Ocorre que a referida súmula foi editada antes da Constituição de 1988, tendo como único precedente uma decisão do STF no RMS 8.372/CE, em 1962, que entendeu que o TCE/CE poderia afastar a aplicação de lei local. Nessa oportunidade, a Suprema Corte pontuou que “não há que distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais, pois esta é obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos poderes do Estado”²³².

À época da edição daquela súmula, vivia-se um cenário em que apenas o Procurador-Geral da República detinha legitimidade para propor ações de controle de constitucionalidade sobre leis e atos normativos, o que incentivava interpretações ampliativas do STF sobre a competência para o exame de compatibilidade de normas com a Constituição. Porém, esse cenário foi modificado com a Carta de 1988, quando

²³¹ TORRES, Ricardo Lobo. A legitimidade democrática e o tribunal de contas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 149, p. 31-45, out./dez. 1993, p. 35-36.

²³² RMS nº 8.372/CE, Plenário, relator Min. Pedro Chaves, julgado em 11 de dezembro de 1962.

houve substancial ampliação do rol de legitimados ativos para propor ações perante o STF para o controle de constitucionalidade²³³.

Além disso, admitir o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos perante os tribunais de contas, ainda que isso ocorra em processo em que se discuta determinado caso concreto, seria conferir efeitos transcendentais a suas decisões, vinculando sujeitos não participantes do processo. Isto é, haveria a possibilidade de, em determinado caso concreto, os efeitos da decisão do tribunal de contas ter verdadeira eficácia vinculante e *erga omnes*, já que o julgamento pautaria a Administração Pública para situações semelhantes ao caso analisado. Imagine-se que o TCU decida que é inconstitucional uma lei que conferiu determinada gratificação a servidor público federal, impondo multa no caso de descumprimento de sua decisão. Na prática, a Administração Federal vai observar essa decisão para todos os casos a respeito da referida gratificação, conferindo um efeito abstrato e geral à deliberação do TCU, como ocorreria no controle de constitucionalidade exercido pelo STF.

Foi considerando esse contexto que a Suprema Corte, no julgamento do MS 35.410/DF²³⁴, em 12 de abril de 2021, entendeu que não cabe ao TCU a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Na decisão, o STF concedeu a segurança para determinar que aposentadorias e pensões de servidores da Receita Federal do Brasil sejam analisadas em conformidade com os dispositivos legais que preveem o pagamento da gratificação denominada de bônus de eficiência²³⁵, vedado o afastamento da eficácia de dispositivo legal por decisão administrativa da Corte de Contas federal.

Ocorre que, em agosto de 2023, a fim de reduzir a insegurança jurídica sobre a atuação dos tribunais de contas, a questão da compatibilidade da Súmula nº 347 com a Constituição de 1988 foi reanalisada de forma mais aprofundada pelo STF. Isso ocorreu ao se analisar agravo regimental no mencionado MS nº 25.888, referente ao aludido caso da Petrobrás.

²³³ A atual redação do art. 103 da Constituição prevê os seguintes legitimados ativos para a proposição de ADI e de ADC: i) o Presidente da República; ii) a Mesa do Senado Federal; iii) a Mesa da Câmara dos Deputados; iv) a Mesa de Assembleia Legislativa; iv) a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; v) o Governador de Estado ou do Distrito Federal; vi) o Procurador-Geral da República; vii) o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; viii) partido político com representação no Congresso Nacional, e; ix) confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

²³⁴ MS nº 35.410, Plenário, relator Min. Alexandre de Moraes, julgado em 6 de maio de 2021.

²³⁵ Previsto nos §§ 2º e 3º do art. 7º da Lei nº 13.464/2017 e inciso XXIII do § 1º do art. 4º da Lei nº 10.887/2004.

Nessa ocasião, a Suprema Corte concluiu que a súmula permanece válida, desde que interpretada no sentido de que os tribunais de contas podem reforçar a normatividade da Constituição, por meio da aplicação de precedentes da Suprema Corte sobre o assunto, ainda que sem caráter vinculante. Assim, atualmente, prevalece o entendimento de que cabe aos tribunais de contas afastar lei ou ato normativo que conflite com entendimento consolidado do STF sobre a matéria.

Isso porque, na medida em que cabe à Suprema Corte a guarda da Constituição, surge o poder-dever das instituições públicas de afastar lei em sentido oposto à jurisprudência do STF, sob pena de negar vigência à própria Constituição. Desse modo, os tribunais de contas, em sua atuação, ao analisarem questões de cunho constitucional, têm o dever de reforçar a normatividade constitucional. Por isso, como destacado no voto do relator, Ministro Gilmar Mendes, “da Corte de Contas espera-se a postura de cobrar da administração pública a observância da Constituição, mormente mediante a aplicação dos entendimentos exarados pelo Supremo Tribunal Federal em matérias relacionadas ao controle externo”²³⁶.

Noutro giro, a Carta de 1988 conferiu aos tribunais de contas o controle baseado na *economicidade*. Essa competência se relaciona à avaliação do custo-benefício das ações estatais. Trata-se do exame “da eficiência na gestão financeira e na execução orçamentária, consubstanciada na minimização de custos e gastos públicos e na maximização da receita e da arrecadação”²³⁷.

São exemplos de controle da economicidade exercido pelos tribunais de contas no âmbito das finanças públicas a identificação de sobrepreços em licitações (art. 170, §4º, da Lei nº 14.133/2021) ou a emissão de alerta quando a Administração se encontra próxima a atingir o limite máximo de despesa com pessoal (art. 59, §1º, II, da LRF).

Já em relação ao *controle de legitimidade*, o tema será detidamente analisado em capítulo posterior, dada sua relevância para o objeto do presente trabalho. No entanto, pode-se, desde logo, mencionar a visão tradicional sobre sua concepção a partir das lições de Ricardo Lobo Torres²³⁸, para quem o controle baseado na

²³⁶ MS nº 25.888, Plenário, relator Min. Gilmar Mendes, julgado em 22 de agosto de 2023.

²³⁷ TORRES, Ricardo Lobo. A legitimidade democrática e o tribunal de contas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 149, p. 31-45, out./dez. 1993, p. 35-36.

²³⁸ TORRES, Ricardo Lobo. A legitimidade democrática e o tribunal de contas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 149, p. 31-45, out./dez. 1993, p. 39-40.

legitimidade se trata de exame sobre a finalidade e os resultados das ações estatais, tendo como paradigma as normas e princípios constitucionais, como o da segurança jurídica e o da justiça social.

Na nossa visão, a ser melhor desenvolvida em momento posterior, a legitimidade se vincula ao controle que retroalimenta o planejamento, tanto no que se refere à elaboração dos instrumentos de planejamento (como o PPA e planos nacionais, regionais e setoriais), como quanto ao cumprimento das diretrizes, objetivos, metas e prioridades planejadas nesses instrumentos.

Relacionada ao controle de legitimidade, outra inovação substancial da Constituição de 1988 quanto à atuação das cortes de contas foi sua competência de realizar, inclusive por iniciativa própria, *auditorias operacionais*²³⁹. Esse tipo de auditoria, que será melhor estudada em item posterior, promove a análise conjuntural de desempenho das ações estatais, aferindo as metas e os resultados alcançados. Tem especial importância na apreciação do desempenho de políticas públicas.

Registre-se que, com a EC nº 19/1998, o art. 37 da Constituição passou a prever expressamente o princípio da eficiência como balizador da atuação da Administração e, conseqüentemente, como parâmetro do controle exercido pelos tribunais de contas. Como explica Odete Medauar, a função do controle de eficiência é aferir os resultados da atividade administrativa sob diferentes perfis, como a racionalidade de procedimentos, a funcionalidade das divisões de competência e racionalidade no uso de recursos públicos²⁴⁰.

Além do mais, a Carta de 1988 também fortaleceu a força vinculante das decisões do tribunal de contas. Três invasões demonstram isso. Primeiro, caso o tribunal de contas determine a sustação de determinado ato administrativo, foi excluída a possibilidade, prevista em Constituições anteriores, de que o Poder Executivo determinasse a execução desse ato. Assim, atualmente, havendo a sustação do ato pela corte de contas, não mais poderá o Poder Executivo ordenar sua execução²⁴¹.

Segundo, antes da Carta de 1988, em caso de contratos administrativos, se houvesse decisão do tribunal de contas sobre a necessidade de sua sustação e se o

²³⁹ Art. 71, IV, da CF.

²⁴⁰ MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 74.

²⁴¹ Art. 71, IX e X, da CF.

Parlamento não deliberasse a respeito no prazo de trinta dias, considerava-se insubsistente a referida decisão proferida pela corte de contas. Com isso, havia uma espécie de rejeição tácita da decisão do tribunal de contas pelo Parlamento.

Com a Constituição de 1988, tal regra foi eliminada. Atualmente, no caso de contrato administrativo, o tribunal de contas poderá decidir pela sua sustação, o que será adotado diretamente pelo Poder Legislativo, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis para tanto. Se o Poder Legislativo ou o Poder Executivo não promover as medidas necessárias à sustação do contrato no prazo de noventa dias, abre-se a competência para o tribunal de contas decidir a respeito, podendo determinar diretamente a sustação do contrato²⁴².

Terceiro, o fortalecimento das decisões também decorreu da previsão constitucional de que as deliberações do Tribunal de que resultem imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo²⁴³. Como consequência, foi facilitado o cumprimento coercitivo de decisão que impõe condenação pecuniária. Basta o ajuizamento de ação de execução de título extrajudicial, procedimento que, pelas normas processuais, dispensa a fase instrutória. Ajuizada a ação executória²⁴⁴, o agente executado é intimado para pagar a dívida no prazo de três dias²⁴⁵.

Outra questão que, a partir da Constituição de 1988, reforçou o controle externo exercido pelos tribunais de contas é o reconhecimento de sua competência para determinar *medidas cautelares*. Como visto, o art. 71, IX e X, da Constituição, previu expressamente a possibilidade de que o tribunal de contas aponte prazo para que o Poder Público adote providências para a regularização de ato reputado como ilegal e,

²⁴² Art. 71, §§ 1º e 2º, da CF, e art. 45, §§ 2º e 3º, da Lei nº 8.443/1992.

²⁴³ Art. 71, §3º, da CF.

²⁴⁴ Conforme decidiu o STF, a competência para o ajuizamento das ações de execução das decisões dos tribunais de contas é do ente público beneficiado pela decisão – e não ao próprio tribunal de contas ou ao Ministério Público a ele vinculado (AI nº 826.676 AgR, Plenário, relator Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 8 de fevereiro de 2011, e; ARE nº 823.347 RG, Plenário, relator Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 2 de outubro de 2014).

²⁴⁵ Art. 829 do CPC. Sobre o tema, destaque-se o STJ definiu que, via de regra, a execução da decisão do Tribunal de Contas não é feita mediante execução fiscal, mas sim conforme o rito do CPC, a menos que a Administração tenha optado por inscrever o crédito na dívida ativa, o que viabiliza a utilização do rito da Lei de Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/1980). Assim decidiu o STJ: “consoante a orientação jurisprudencial predominante nesta Corte, não se aplica a Lei n. 6.830/80 à execução de decisão condenatória do Tribunal de Contas da União quando não houver inscrição em dívida ativa. Tais decisões já são títulos executivos extrajudiciais, de modo que prescindem da emissão de Certidão de Dívida Ativa – CDA, o que determina a adoção do rito do CPC quando o administrador discricionariamente opta pela não inscrição” (REsp nº 1.390.993/RJ, relator Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 10 de setembro de 2013).

se não atendida tal determinação, a Corte de Contas poderá promover a sustação do ato.

Ocorre que, além dessa competência expressa, a jurisprudência do STF, sob a égide da Carta de 1988, tem reconhecido aos tribunais de contas poderes substancialmente abrangentes para a adoção de medidas acautelatórias, com fundamento na *teoria dos poderes implícitos*²⁴⁶, conforme exposto no paradigmático acórdão no Mandado de Segurança nº 24.510²⁴⁷. Assim, o STF, diante da amplitude das atribuições constitucionais das cortes de contas na Carta Cidadã, entende que tais instituições possuem um *poder geral de cautela*, que lhes autoriza adotar medidas urgentes para salvaguardar o erário e evitar a frustração de fiscalizações em andamento. Como exemplo, o STF passou a admitir a indisponibilidade de bens de particulares e a desconsideração da personalidade jurídica no âmbito de cautelares expedidas pelos tribunais de contas²⁴⁸.

Até mesmo em relação à sustação de contratos administrativos, em que pese a previsão constitucional de que tal decisão dependeria de deliberação do Parlamento²⁴⁹, o STF possui precedentes em que admite que também se trataria de competência abrangida no poder geral de cautela dos tribunais de contas. Assim, em fevereiro de 2022, o STF manteve medida cautelar proferida pelo Tribunal de Contas de Mato Grosso que determinara diretamente (sem apreciação da respectiva Assembleia Legislativa) a suspensão de todos os contratos administrativos firmados por determinada empresa com municípios do Estado, decorrentes de contratações diretas por inexigibilidade de licitação (serviços de monitoramento e acompanhamento de frota)²⁵⁰.

²⁴⁶ A teoria dos poderes implícitos, que tem origem no caso *McCulloch v. Maryland*, julgado em 1819 pela Suprema Corte americana, orienta que cada instituição, além das atribuições expressas no texto constitucional, também detém competências implícitas que se fazem necessárias para que executem seu papel institucional.

²⁴⁷ “O Tribunal de Contas da União tem competência para fiscalizar procedimentos de licitação, determinar suspensão cautelar (artigos 4º e 113, § 1º e 2º da Lei nº 8.666/93), examinar editais de licitação publicados e, nos termos do artigo 276 do seu Regimento Interno, possui legitimidade para a expedição de medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões” (MS nº 24.510/DF, Plenário, relatora Min. Ellen Gracie, julgado em 19 de novembro de 2003).

²⁴⁸ MS nº 35.506/DF, relator Min. Marco Aurélio, relator para acórdão Min. Ricardo Lewandowski, Plenário, julgado em 10 de outubro de 2022.

²⁴⁹ Segundo o art. 71, §1º, da Constituição, “no caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis”.

²⁵⁰ AgR na SS nº 5.505, Plenário, relator Min. Luiz Fux, julgado em 8 de fevereiro de 2022. Registre-se que há precedentes mais antigos da própria Suprema Corte que possuem um entendimento mais restritivo, embora com efeitos práticos similares. No MS nº 23.550, Plenário, de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, julgado pelo Plenário em 4 de abril de 2001, o STF reconheceu expressamente que o TCU não detém “poder para anular ou

Por fim, a Constituição de 1988 *vincula* o tribunal de contas ao Parlamento, ao inseri-lo no “Capítulo I – Do Poder Legislativo” do “Título IV – da Organização dos Poderes”. Também manteve a previsão, já existente em Constituições anteriores, de que lhe cabe *auxiliar* o Congresso no controle externo.

No entanto, atuar no auxílio ao Congresso Nacional no exercício do controle externo não afasta as competências próprias dos tribunais de contas. Não limita essas instituições a uma espécie de assessoria técnica subalterna ao Parlamento – para tanto, o Congresso Nacional detém órgãos internos de assessoramento próprio.

Há estruturação binária na arquitetura funcional dos tribunais de contas²⁵¹. Como visto, ora como auxiliar ao Parlamento, como ocorre com a emissão de parecer prévio sobre as contas do Chefe do Poder Executivo ou a produção de subsídios técnicos por solicitação do Congresso; ora com competências autônomas, como o julgamento das contas dos demais gestores públicos, a aplicação de sanções e a realização de auditorias operacionais sobre políticas públicas.

Diante de tais atribuições, essas instituições não se limitam a uma função exclusivamente de auxílio ao Parlamento. O STF tem definido o tribunal de contas “como órgão independente e autônomo”²⁵². Não como um “quarto Poder”, mas como órgão que não se encontra institucional, técnica e administrativamente subordinado a quaisquer dos Poderes da República, até porque sua jurisdição abrange a fiscalização desses Poderes. Tanto é assim que as contas do Poder Legislativo são julgadas pelo tribunal de contas²⁵³, o que seria impossível de se imaginar caso este fosse tão somente uma instituição com função auxiliar ao Parlamento.

sustar contratos administrativos”. No entanto, deixou claro que a Corte de Contas “tem competência, conforme o art. 71, IX, para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou”. Assim, segundo tal linha de raciocínio, embora não possa sustar ou anular contratos administrativos, o tribunal de contas poderia determinar que a Administração o faça.

²⁵¹ Também entendendo que os tribunais de contas exercem competências próprias e autônomas, em paralelo àquelas de auxílio ao Congresso Nacional, ver: WILLEMANN, Marianna Montebello. *Accountability democrática e o desenho institucional dos tribunais de contas no Brasil*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 270-274.

²⁵² ADIs nº 346/SP e nº 4.776/SP, Plenário, relator Min. Gilmar Mendes, julgado em 3 de junho de 2020; ADPF nº 272/SP, Plenário, relatora Min. Cármen Lúcia, julgado em 25 de março 2021, e; ADI nº 4.859/PI, relator Min. Roberto Barroso, julgado em 13 de março de 2023.

²⁵³ Art. 71, II, da CF. Esse também foi o entendimento do STF na ADI nº 6.984, ao concluir que, “no inc. II do art. 71 c/c o art. 75 da Constituição da República se estabelece a competência dos Tribunais de Contas estaduais para julgar as contas prestadas pela Mesa Diretora de órgão legislativo pelo princípio da simetria” e que identifica-se “inconstitucionalidade de norma de Constituição estadual que atribui a Assembleia Legislativa competência privativa para julgar as contas do Poder Legislativo daquele Estado Membro” (ADI nº 6.984, Plenário, relatora Min. Cármen Lúcia, julgado em 9 de março de 2022).

A ampliação dos poderes e competências dos tribunais de contas a partir da Carta de 1988 decorre também do *princípio republicano*, um dos elementos centrais do Estado Democrático de Direito por ela estabelecido. Esse princípio, como explica o Carlos Ayres Britto²⁵⁴, impõe-se a consolidação de um aparato orgânico-funcional de controle externo sobre todo aquele que tenha por competência (e consequente dever) cuidar de tudo que é de todos. E, como peça-chave desse aparato, as cortes de contas se apresentam como órgãos impeditivos do desgoverno e da desadministração.

O tribunal de contas é instituição fundamental na garantia do que Juarez Freitas²⁵⁵ denomina de *direito fundamental à boa administração pública*, norma implícita que deriva do conjunto de regras e princípios da Constituição de 1988²⁵⁶ e que impõe ao Estado a busca pelo interesse público de forma eficiente e socialmente justa. Para tanto, na interpretação das normas sobre suas atribuições constitucionais, o sistema das cortes de contas deve ser encarado como desenho institucional capaz de atuar como agente indutor de boas políticas públicas.

Dessa forma, a partir da Carta de 1988 e da interpretação que lhe é conferida pela Suprema Corte brasileira, tem-se caminhado na direção de contínuo fortalecimento institucional dos tribunais de contas, inclusive, com o reconhecimento de prerrogativas e competências que, a despeito de não estarem expressas no texto constitucional, foram-lhe concebidas, de forma implícita, para que alcancem suas missões constitucionais.

Esse fortalecimento, como será visto nos itens a seguir, insere os tribunais de contas como instituição central no debate sobre o aperfeiçoamento da Administração Pública e das políticas públicas, com especial atenção para o setor de infraestrutura, foco central deste trabalho.

²⁵⁴ BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos tribunais de contas. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 8, p. 8-21, jul./dez. 2014, p. 20.

²⁵⁵ FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 13.

²⁵⁶ Em especial, do art. 3º da Constituição, que prevê, como objetivos da República, a construção uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

2.2 Entre o micro e o macrocontrole externo

Os termos *micro* e *macro* são utilizados em diferentes áreas do conhecimento. Exemplo são as Ciências Econômicas, em que, de um lado, a macroeconomia se refere ao estudo de fatores econômicos gerais em perspectivas regionais, nacionais ou internacionais, como nível geral de preços, inflação e desemprego, enquanto, de outro lado, a microeconomia se relaciona ao comportamento de mercados específicos e de agentes econômicos (empresas, trabalhadores, consumidores etc.) e incide sobre questões como oferta e demanda, salários, preços de bens e serviços em determinado setor.

Nas Ciências Jurídicas, as ações do Estado e de suas instituições para a garantia das prioridades constitucionais e a consagração de direitos fundamentais podem ser analisadas por uma perspectiva de micro ou macrojustiça.

A microjustiça se refere aos pilares da justiça comutativa, que confere a cada um o que lhe cabe, em uma perspectiva de igualdade formal. É característica preponderante da atuação do Poder Judiciário, demandado para a garantia de direitos em casos concretos. Expressa-se, por exemplo, na efetivação do direito à saúde, quando um cidadão obtém decisão judicial para receber medicamentos gratuitos do Estado para determinado tratamento.

Por outro lado, a macrojustiça é a consagração das necessidades coletivas por meio de uma perspectiva ampla do problema social a ser resolvido. Relaciona-se à ideia de justiça distributiva, conferindo tratamentos diferenciados para indivíduos e comunidades em situações diferentes, em consonância com o primado da igualdade material. É tema afetado, precipuamente, ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo, na elaboração e implementação de políticas públicas para a melhoria da vida da coletividade. Valendo-se novamente do exemplo da saúde, pode-se citar os programas de vacinação da população abrangidos nas políticas de saúde pública.

Do ponto de vista da dogmática normativa, essas diferentes abordagens dão ensejo a normas jurídicas classificadas em dois níveis: microjurídico e macrojurídico. Scaff²⁵⁷ diferencia esses níveis a partir do critério do objeto sobre o qual a norma

²⁵⁷ O autor, sintetizando os critérios utilizados por Eros Roberto Grau, apontou que este “aprofundou sua análise, expondo a distinção entre o macro e o microjurídico apontando que não se trata de uma ‘simples variante’ entre os conceitos de interesse individual versus interesse social imediatamente protegidos, sendo algo diferente dessa imbricação, indicando três critérios distintivos: (1) quanto ao objeto ao qual se dirigem as normas, porquanto no

incide. Assim, se a norma recai sobre as relações jurídicas de indivíduos, tem-se o nível microjurídico. Por outro lado, se regula o exercício de uma atividade, inclui-se no âmbito macrojurídico.

A partir dessa visão, as políticas públicas seriam instrumento para a consagração de direitos fundamentais, sob uma perspectiva macrojurídica, a partir de normas que regulam programa governamental inserido dentro de um ciclo de planejamento, execução, monitoramento, avaliação e controle.

No Direito Financeiro, não é raro que temas inicialmente submetidos ao Poder Judiciário sob uma perspectiva microjurídica passem a ter um tratamento macrojurídico, diante de suas repercussões ao orçamento público. Assim, na medida em que o Poder Judiciário emana decisões em demandas individuais e repetitivas que impactam no orçamento público de forma global, será necessário retirar recursos de outras áreas, para atender a tais comandos judiciais. Desse modo, considerando que os recursos públicos são limitados, a consagração dos diferentes interesses coletivos sobre o tema sob litígio deve ser conduzida pela alocação adequada do orçamento público, conforme as prioridades constitucionais, como já estudado.

Assim, um tema inicialmente submetido à *microlitigância financeira*, no âmbito dos diversos órgãos judiciais do país, passa a ser objeto de uma *macrolitigância financeira*, cuja resolução, cada vez mais, tem sido submetida à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, especialmente por meio de ações diretas de controle de constitucionalidade ou por meio de temas submetidos à repercussão geral, com força vinculante às demais instâncias judiciais²⁵⁸.

âmbito micro, as normas se dirigem aos indivíduos, e no âmbito macro, a um conjunto de sujeitos, (2) também quanto ao elemento subjetivo da norma, pois no aspecto micro diz respeito aos sujeitos de direito, enquanto no macro diz respeito ao exercício de determinadas atividades, e (3) por fim, em relação à posição que os sujeitos adotam em relação à norma, pois, no âmbito micro supõe prévia definição do sujeito a cuja proteção se reportará, enquanto que no nível macro isso ocorre em razão da ordenação da atividade. Os três critérios apontados por Grau podem ser resumidos apenas no critério do objeto a ser regulado: se as relações jurídicas a serem normatizadas visam alcançar as relações entre indivíduos identificados, o âmbito será microjurídico; se for o exercício de uma atividade, o âmbito será macrojurídico. Os critérios de identificação dos sujeitos (critério 1, Grau) se confundem com o objeto normativo a ser regulado. E a posição que os sujeitos adotam em relação à norma (critério 3, Grau) é uma consequência do objeto normatizado” (SCAFF, Fernando Facury. Uma introdução à análise macro e microjurídica e as políticas públicas. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 21, n. 83, p. 89-108, jul./set. 2023, p. 92).

²⁵⁸ Ao analisar o tema objeto da ADI nº 5.595/DF, sobre o recálculo do piso federal em saúde para o ano de 2016, o protagonismo do STF na resolução da macrolitigância financeira foi destacado por Élica Graziane Pinto e Fernando Facury Scalf da seguinte forma: “Há quem entenda que a discussão judicial sobre a concessão de medicamentos ou procedimentos clínico-hospitalares a uma pessoa, ou a um grupo, se caracteriza como um debate sobre a efetivação dos direitos fundamentais. Há certa razão na análise, porém se trata de um enfoque microjurídico do tema, uma vez que seu alcance é restrito a quem pediu aquele remédio ou benefício. Por outro lado,

Por exemplo, nas últimas décadas houve um crescente número de ações individuais com o objetivo de determinar à União a utilização de índices realistas de correção monetária e remuneração dos valores depositados em benefício dos trabalhadores no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS. O Poder Executivo federal utilizava a taxa referencial – TR como parâmetro para atualização e remuneração dos valores depositados no FGTS. Ocorre que esse índice não condiz com as perdas inflacionárias verificadas ao longo das últimas décadas. Inclusive, sua aplicação já foi declarada inconstitucional pelo STF, por exemplo, para a correção de débitos trabalhistas²⁵⁹.

O assunto também se relaciona a políticas públicas de infraestrutura na medida em que o FGTS, além de constituir uma espécie de poupança obrigatória aos trabalhadores, possui grande relevância para o financiamento de obras em áreas como saneamento básico, infraestrutura urbana e habitação²⁶⁰.

O STF, no julgamento da ADI nº 5.090, decidiu, com efeitos *ex nunc* (não retroativos), que os reajustes de valores das contas vinculadas ao FGTS devem garantir atualizações mínimas equivalente ao índice oficial de inflação²⁶¹. A decisão afetou mais de duzentos mil processos judiciais individuais. Segundo a União, se fosse deferido integralmente o pedido da referida ADI, com efeitos retroativos, haveria um impacto estimado de mais de meio trilhão aos cofres federais, reduzindo os

considerando o debate sob o prisma do Direito Financeiro, é necessário ampliar o foco e observar a sociedade como um todo, e não apenas o interesse individual ou de determinada coletividade no litígio. Por exemplo, ao discutir questões de alocação de verbas orçamentárias para o pleno respeito a certos direitos fundamentais, a judicialização não atinge apenas certos indivíduos, mas toda a sociedade. Exatamente por essa característica são considerados como macrojurídicos. A análise macrojurídica pode ocorrer dentro ou fora do Poder Judiciário, seguindo a análise macro e microeconômica. A novidade é a subsunção e a aceitação pelo STF em decidir questões macrojurídicas, que se transformam em macrolitigância financeira, de caráter público e não privado, como o debate sobre planos econômicos” (PINTO, Élica Graziane; SCAFF, Fernando Facury. A macrolitigância financeira em defesa dos direitos fundamentais no Supremo. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 7 de novembro de 2018).

²⁵⁹ RE nº 1.269.353/DF, Plenário, relator Min. Luiz Fux, julgado em 16 de dezembro de 2021.

²⁶⁰ De acordo com o art. 9º, §2º, da Lei nº 8.036/1990, “os recursos do FGTS deverão ser aplicados em habitação, saneamento básico, infraestrutura urbana, operações de microcrédito e operações de crédito destinadas às entidades hospitalares filantrópicas, às instituições que atuem com pessoas com deficiência e às entidades sem fins lucrativos que participem do SUS de forma complementar, desde que as disponibilidades financeiras sejam mantidas em volume que satisfaça as condições de liquidez e de remuneração mínima necessárias à preservação do poder aquisitivo da moeda”.

²⁶¹ As teses fixadas pelo STF foram as seguintes: “a) Remuneração das contas vinculadas na forma legal (TR + 3% a.a. + distribuição dos resultados auferidos) em valor que garanta, no mínimo, o índice oficial de inflação (IPCA) em todos os exercícios; e b) Nos anos em que a remuneração das contas vinculadas ao FGTS não alcançar o IPCA, caberá ao Conselho Curador do Fundo (art. 3º da Lei nº 8.036/1990) determinar a forma de compensação” (ADI nº 5.090/DF, Plenário, relator Min. Flávio Dino, julgado em 12 de junho de 2024).

recursos disponíveis para o financiamento de projetos em infraestrutura²⁶². O caso ilustra a atuação do controle judicial sobre questões macrojurídicas, ainda quando decorrentes de questões repetitivas e individuais discutidas a nível microjurídico.

De acordo com tais perspectivas, o tema ganha especial relevância no âmbito do controle externo exercido sobre os tribunais de contas. Nessa linha, compreende-se que sua atuação ocorre em duas perspectivas, as quais aqui denominamos de *micro e macrocontrole*.

O microcontrole é o exercício das funções dos tribunais de contas sobre atos administrativos específicos, sobretudo a partir de aspectos jurídico-formais e financeiros. Uma atuação atomizada, em situações determinadas, sobre uma ou mais licitação, contratação ou despesa. É o caso dos registros de aposentadorias realizadas pela Administração. Ou a verificação da legalidade de uma cláusula de um edital de licitação. Ou, ainda, a avaliação sobre superfaturamento de determinado pagamento no âmbito de um contrato administrativo. Nessas hipóteses, a atuação das cortes de contas incide sobre a avaliação de situações individualizadas, numa perspectiva de microjurídica, sem necessariamente levar em conta o contexto global da atividade administrativa.

O microcontrole exercido pelos tribunais de contas se relaciona, em regra, com o *controle de conformidade*: a verificação se o ato praticado pela Administração está em observância com as regras que regem o tema. Predomina uma avaliação pautada pela legalidade estrita, processadas por meio de auditorias de conformidade²⁶³, das

²⁶² Conforme resumo da sustentação oral do Ministro da Advocacia-Geral da União, em sessão do Plenário do STF ocorrida em 20 de abril de 2023, “Messias afirmou ainda que o FGTS não é exclusivamente um bem pertencente ao trabalhador pois foi concebido com dupla finalidade: o de ser garantia à subsistência dos trabalhadores em caso demissão, mas também com o objetivo de fomentar políticas públicas por meio do financiamento de programas de habitação popular, de saneamento básico e de infraestrutura urbana. ‘Qualquer alteração na forma de correção das contas do FGTS pode inviabilizar esta finalidade social do fundo, e que é direcionada, precipuamente, à população mais carente,’ afirmou. ‘Para exemplificar, só em habitação, em 2021, o relatório de gestão do FGTS estimou que foram beneficiadas mais de 355 mil famílias e gerados ou mantidos cerca de 1,13 milhão de postos de empregos. De 1995 até 2022, R\$ 773 bilhões foram desembolsados, dos quais R\$ 718 bilhões foram direcionados para a área de habitação’, acrescentou o AGU. De acordo com Messias, eventual substituição da forma de correção do FGTS ocasionaria a exclusão das famílias com renda bruta mensal de até R\$ 4.400,00 do programa Minha Casa, Minha Vida, ‘já que aumentaria substancialmente o sinal para a aquisição dos imóveis e o custo das operações de mútuo’. Ainda segundo o AGU, caso o STF mude a forma de correção, financiamentos já concedidos também serão afetados. ‘Estamos falando num número de 5,3 milhões de contratos que deverão ser revistos a partir de uma eventual procedência da ação’” (MAIA, Flávia. Julgamento do FGTS no STF tem dois votos para equiparar correção à da poupança. *Jota*, São Paulo, 20 de abril de 2023).

²⁶³ De acordo com a NBASP 400, “a auditoria de conformidade é a avaliação independente para determinar se um dado objeto está em conformidade com normas aplicáveis identificadas como critérios” (INSTITUTO RUI BARBOSA – IRB. *NBASP 400 – Princípios de auditoria de conformidade*: norma correspondente à ISSAI 300 – *Compliance Audit Principles*. Brasília: IRB, 2021, p. 8).

quais comumente decorrem a anulação de atos administrativos, a aplicação de sanções e a imputação de débitos ao erário²⁶⁴. Como visto, era o formato de controle preponderante antes da Constituição de 1988.

Noutro giro, o macrocontrole é exercido quando os tribunais de contas examinam uma atividade do Estado, como ocorre na avaliação de políticas públicas. Ganhou especial relevância com a Carta de 1988, que ampliou substancialmente o espaço de atuação das cortes de contas, como analisado. Está ligado a um olhar sistêmico e holístico sobre a atividade estatal. Também se relaciona ao *controle operacional*, por meio do qual os tribunais de contas avaliam atividades de acordo com os efeitos produzidos, resultados alcançados, o custo-benefício da atividade.

O macrocontrole, assim, não se limita a um ato específico, mas a uma avaliação holística sobre o objeto examinado. Predominam critérios como eficiência, efetividade, eficácia e legitimidade da atividade estatal. É o que ocorre na avaliação de resultados de políticas públicas, como as de infraestrutura.

Já em 1955, Seabra Fagundes criticava a atuação à época do TCU sobre matérias estritamente formais, por meio do exercício do controle realizado individualmente sobre os contratos e atos sujeitos à registro pela Corte. Em suas palavras,

o controle de contas, como hoje se exerce, é puramente formal, o que vale dizer, nada significa em relação à legitimidade e moralidade da aplicação das dotações orçamentárias. Resulta apenas no coonestamento de tudo quanto se faz. [...] A jurisdição do Tribunal de Contas e o rito do seu funcionamento exigem reforma urgente e ampla, capaz de retirar ao controle financeiro o sentido de mera formalidade. Valeria a pena, talvez, conferir ao Tribunal, embora com reservas, o exame da moralidade dos contratos da Administração, admitido recurso para o Congresso das decisões denegatórias de registro. O atual controle, adstrito à legalidade, leva esse órgão a homologar contratos, cuja falta de lisura é manifesta, mas cuja exterioridade se afigura regular. É preciso que, de permeio com negócio prejudicial ao interesse da Fazenda, surja algum erro de forma para que se chegue à recusa do registro²⁶⁵.

²⁶⁴ Art. 71, III, VIII, IX, X e XI, da CF.

²⁶⁵ Texto republicado em: FAGUNDES, Seabra. Reformas essenciais ao aperfeiçoamento das instituições políticas brasileiras. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, edição especial, p. 87-109, dez. 2013, p. 100-101.

Atualmente, o macrocontrole na seara dos tribunais de contas é comumente executado por meio das chamadas auditorias operacionais²⁶⁶. Por exemplo, aquela examinada por meio do Acórdão nº 1.079/2019²⁶⁷, em que o TCU avaliou as causas e as possíveis soluções para o grande número de obras federais paralisadas, como será melhor analisada em item posterior.

No caso de avaliação das contas anuais, entende-se que também se trata de uma expressão do macrocontrole, seja diante do parecer prévio às contas do Chefe do Executivo ou do julgamento definitivo das contas dos demais administradores de recursos públicos. Isso porque, embora o resultado dessa avaliação influa na esfera jurídica do gestor julgado, os critérios de avaliação incidem preponderantemente sobre a atividade desempenhada pelo Estado durante a administração desses gestores. Assim, ao opinar pela não aprovação das contas de um governador que descumpra sistematicamente os pisos de despesa de educação e saúde, o respectivo tribunal de contas estadual exerce a fiscalização sobre a atividade estatal, o que demanda uma avaliação estrutural e holística da gestão da educação e saúde daquele ente.

Numa perspectiva comparativa com a atuação do Poder Judiciário, compreendemos que o controle externo exercido pelos tribunais de contas se revela dotado de melhores meios para a resolução de questões macrojurídicas, especialmente em relação a políticas públicas.

Vejam-se os dois exemplos acima citados sobre macrolitigância no âmbito judicial: pedidos de medicamentos ao SUS e atualização dos valores depositados no FGTS. No exercício da sua atividade de controle, o tribunal de contas, ao contrário do Poder Judiciário, tem competência para aferir os resultados e a governança da política pública de dispensação de medicamentos pelo SUS. Tem capacidade técnica, administrativa e operacional para realizar levantamentos e avaliar dados e evidências para examinar se a atual sistemática de incorporação de medicamentos do SUS tem apresentado resultados satisfatórios ao propósito a que se destina.

Sobre o FGTS, o tribunal de contas pode aferir a efetividade da atual sistemática de proteção aos trabalhadores e financiamento de projetos em

²⁶⁶ INSTITUTO RUI BARBOSA – IRB. *NBASP 3000 – Norma para auditoria operacional: norma correspondente à ISSAI 3000 – Standard for performance audit*. Brasília: IRB, 2021.

²⁶⁷ Acórdão nº 1.079/2019, Plenário, relator Min. Vital do Rêgo, julgado em 15 de maio de 2019.

infraestrutura. Pode perquirir, por meio da busca e análise de dados e evidências, se esse instrumento utilizado como poupança compulsória tem se mostrado eficiente ao propósito de proteger os trabalhadores em caso de desemprego e para possibilitar o financiamento da infraestrutura ou se há evidências de que a Administração também poderia dispor de outras alternativas mais eficientes para atingir esse objetivo.

Em relação ao aspecto jurídico-institucional, os tribunais de contas são competentes para exercer esse controle diante do extenso rol de atribuições definido pela Constituição de 1988, que abrange o controle operacional da economicidade e legitimidade das atividades estatais²⁶⁸.

Do ponto de vista pragmático, as instituições do controle externo são estruturadas em departamentos de diferentes áreas e são formadas por servidores de diferentes especialidades, como engenharia, economia, contabilidade, administração etc. Assim, os tribunais de contas são entidades aptas a realizar uma fiscalização multidisciplinar, capaz de apresentar avaliações sobre os resultados e impactos das políticas públicas que extrapolam a esfera jurídica.

Por isso, o sistema de controle externo dos tribunais de contas possui destacado papel na resolução de questões macrojurídicas. Isso ocorre não só por meio de um controle cogente-vinculante, por meio de comandos que impõem à Administração o dever de adotar uma rota em consonância com as prioridades constitucionais, porém, cada vez mais, de forma dialógica e cooperativa, com a apresentação de recomendações e soluções propositivas de aperfeiçoamento de políticas públicas.

Além disso, a existência de prioridades constitucionais pressupõe o estabelecimento de metas monitoráveis, cujo cumprimento também se insere no objeto do macrocontrole externo. Por meio dessa atuação, os tribunais de contas contribuem para formação de uma “administração pública preventiva, precavida e eficaz (não apenas economicamente eficiente), eis que comprometida com resultados compatíveis com os indicadores de qualidade de vida, em horizonte de longa duração”²⁶⁹. Na atualidade, não basta a Administração atuar conforme a mera *legalidade estrita* (fazer o que a lei permite). Como defende Diogo de Figueiredo

²⁶⁸ Art. 70, caput, e art. 71, IV e VII, da CF.

²⁶⁹ FREITAS, Juarez. As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 35, n. 1, p. 195-217, jan./jun. 2015, p. 199.

Moreira Neto²⁷⁰, a Carta de 1988 consolidou a ideia da *administração de resultados*, de modo que demanda que o Estado atue em uma base institucional direcionada pela *juridicidade finalística*.

Por fim, destaque-se que há casos em que o tribunal de contas, sobre o mesmo objeto, executa ao mesmo tempo o micro e o macrocontrole. É o caso das chamadas auditorias integradas, que abrange aspectos de conformidade e operacionais, podendo haver a predominância de um escopo sobre o outro.

Também é possível que esse fenômeno ocorra de forma indireta, quando decisões do TCU sobre atos específicos (microcontrole) têm o potencial de pautar a conduta da Administração sobre inúmeras outras situações similares, gerando impactos estruturantes na atividade estatal (macrocontrole).

Para ilustrar, imagine-se uma auditoria de conformidade realizada pelo TCU sobre um contrato específico de obra pública cuja execução depende de insumos a serem importados pela empreiteira contratada. Suponha-se, ainda, que essa empreiteira pleiteie a revisão contratual em virtude do aumento de preços diante da variação do câmbio, sob pena de abandonar a obra. Se a decisão do TCU, nesse caso, fixar a tese de que a legislação não permite a revisão contratual em virtude, por si só, do aumento de preços por elevação do câmbio, esse posicionamento, embora decorrente da análise de um contrato específico (microcontrole), regulará a postura da Administração em uma infinidade de contratos similares, tendo o potencial de impactar significativamente nos projetos e obras inseridas nas políticas e nos programas de infraestrutura do país (macrocontrole).

2.3 Prioridades constitucionais e a sindicabilidade da discricionariedade administrativa pelo tribunal de contas

A premissa de que a Constituição estabelece um dever fundamental do adequado planejamento que impõe ao Estado a persecução das prioridades constitucionais, por meio de políticas públicas eficientes, baseadas em dados e

²⁷⁰ Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Cidadania e administração de resultados: direito administrativo e o controle prospectivo no planejamento e nas ações do Estado. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *novas mutações juspolíticas*: em memória de Eduardo García de Enterría, jurista de dois mundos. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 79-80.

evidências, para alcance de resultados no curto, médio e longo prazo, provoca um forte impacto sobre a atuação discricionária da Administração e, em especial, sobre o atual papel do controle exercido pelos tribunais de contas.

A noção de discricionariedade administrativa se relaciona ao poder-dever do Poder Público de conformar um elemento normativo, geral e abstrato, com as necessidades dos casos concretos. Surge como uma margem de liberdade à Administração conferida pela lei dentro da qual há mais de uma decisão juridicamente válida²⁷¹. É comumente vinculada a normas dotadas de *cláusulas gerais* e *conceitos jurídicos indeterminados*, que só podem ser totalmente materializados a partir da opção por uma entre diferentes escolhas administrativas possíveis diante dos elementos fáticos da situação em concreto²⁷².

A discricionariedade administrativa, em última análise, pode representar um exercício de compartilhamento de poder entre o Executivo e o Legislativo. Como explica Sérgio Guerra²⁷³, por meio de leis que viabilizem decisões discricionárias, o legislador defere ao gestor o poder de determinação do interesse público e as formas de alcançá-lo, com a definição de instrumentos para atender as necessidades públicas do caso concreto.

No âmbito da infraestrutura, por exemplo, a Constituição impõe à União elaborar e executar planos nacionais e regionais de *desenvolvimento econômico e social*, o que abrange investimentos em infraestrutura e execução de obras públicas²⁷⁴. Mas, como instrumento para alcançar esse objetivo, a União precisa realizar procedimentos de contratações públicas, o que ocorre, normalmente, por meio de processos de licitação. E, segundo a Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/2021), os processos licitatórios devem promover um *ambiente íntegro e confiável*, bem como assegurar o alinhamento das contratações ao *planejamento*

²⁷¹ Nesse sentido: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 48, e; MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 20ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 138-139.

²⁷² Em linha semelhante, para Di Pietro, a discricionariedade administrativa pode decorrer das seguintes hipóteses: “1) de disposição expressa em lei conferindo à Administração a possibilidade do seu exercício; 2) da insuficiência da lei em prever todas as situações possíveis; 3) da previsão de determinada competência pela lei, sendo ausente à previsão da conduta a ser adotada, que é o que ocorre muitas vezes no exercício do Poder de Polícia; e 4) do uso pela lei dos chamados conceitos indeterminados (e.g. bem comum, urgência, moralidade pública)” (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 48).

²⁷³ GUERRA, Sergio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 5ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018. p. 89.

²⁷⁴ Art. 21, IX, da CF.

estratégico, com o escopo de gerar o *resultado de contratação mais vantajoso* para a Administração Pública²⁷⁵.

Percebe-se a grande abertura semântica das normas mencionadas. Que espécie de obra ou serviço poderia se enquadrar como fomentador do *desenvolvimento econômico e social*? Como se daria um *ambiente íntegro e confiável* de contratação? Que investimentos poderiam ser considerados como integrantes do *planejamento estratégico* em políticas de infraestrutura? Que tipo de resultado pode ser considerado *mais vantajoso* para contratações em infraestrutura?

Para a concretização dessas normas, o Poder Executivo poderá lançar mão de inúmeras alternativas, por meio do exercício da discricionariedade administrativa. Ao pretender a duplicação de rodovias federais, por exemplo, a Administração federal pode promover licitações para a contratação de empreiteiras para a execução das obras ou, alternativamente, para a concessão das rodovias, inserindo a obra de duplicação como obrigação contratual das futuras concessionárias. Essas alternativas de modelagem, por sua vez, abrem margem para diferentes modalidades de licitação, critérios de julgamento, modos de disputa etc. A Administração deve definir, ainda, se o investimento será feito com foco em determinada região ou se será direcionado a um conjunto de intervenções de âmbito nacional.

Quanto às competências dos tribunais de contas, numa mais visão restritiva, parte dos autores²⁷⁶ entende que escolhas discricionárias como essas estariam protegidas da atuação do controle dessas instituições sob o escudo da separação de Poderes, por serem alicerçadas em elementos do mérito administrativo, baseados na conveniência e oportunidade do gestor público.

Já em postura intermediária, outra parte dos autores defende que procedimentos que possam provocar julgamentos e atos de comando (sanções, imputações de ressarcimento, suspensão de atos administrativos, julgamento de contas etc.) não podem avaliar elementos discricionários, de modo que se limitam a um juízo de legalidade. Seria o caso, por exemplo, de uma contratação pública que, embora antieconômica e com menor custo-benefício diante de outras alternativas possíveis, tivesse obedecido todos os procedimentos legais para a celebração do

²⁷⁵ Art. 11, I e parágrafo único, da Lei nº 14.133/2021.

²⁷⁶ FERREIRA, Rodrigo Fernandes de Moraes. Os limites de competência e jurisdição dos Tribunais de Contas. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 20 de setembro de 2020.

contrato. Não poderia o tribunal de contas intervir sem apontar elementos estritamente jurídicos²⁷⁷.

Em nossa visão, de um lado, para decisões baseadas no poder discricionário, não cabe a qualquer órgão de controle – nem mesmo o Poder Judiciário – substituir o Poder Executivo em sua missão constitucional de definir e executar as escolhas que fazem parte do mérito administrativo. De outro lado, no entanto, embora discricionárias, essas escolhas não estão imunes à sindicabilidade do controle externo. Controlar o exercício do poder discricionário é diferente de substituir as escolhas discricionárias do gestor público.

Entende-se, então, que a competência das cortes de contas prevista na Constituição não deve se limitar à legalidade estrita, seja em quaisquer de suas vertentes de atuação (auditorias de conformidade, auditorias operacionais, emissão de pareceres prévios, apreciação de contas etc.)²⁷⁸. Como analisado, na Carta de 1988, o controle exercido por essas instituições, tanto no auxílio ao Congresso como mediante competências próprias, abrange a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Poder Público, e deve ter como parâmetros aspectos de legalidade, legitimidade e economicidade²⁷⁹.

Sobre o tema, Marcos Augusto Perez²⁸⁰ defende que não há imunidade do mérito administrativo aos órgãos de controle como o tribunal de contas. Propõe que a discricionariedade administrativa está submetida a *testes de legalidade*. Trata-se de

²⁷⁷ “A legislação não admite que o TCU emita todo e qualquer tipo de ordem, constituindo ou desconstituindo deveres em geral, mas apenas as expressamente previstas por normas constitucionais e legais (aplicar multas, imputar débito, suspender licitações etc.). Além do mais, esses comandos só podem ser emitidos caso se constate alguma ilegalidade em matéria financeira (outros motivos não podem licitamente ensejá-los)” (SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda; MONTEIRO, Vera; ROSILHO, André. O valor das decisões do Tribunal de Contas da União sobre irregularidades em contratos. *Revista Direito GV*, v. 13, n. 3, p. 866–890, set./dez. 2017, p. 872).

²⁷⁸ Em nossa visão, o fato de os incisos IX e X do art. 71 da CF possibilitarem a determinação de prazo à Administração para o exato cumprimento da lei, “se verificada ilegalidade”, autorizando-lhes a sustação se não atendido, apenas detalha atribuições que já estão claras no art. 70 e demais incisos do art. 71. Esses dispositivos, além da legalidade, abrangem também os parâmetros da legitimidade e economicidade. Assim, os tribunais de contas também poderiam adotar atos de comando baseados em tais parâmetros de controle, e não apenas em caso de ilegalidade. Até porque de nada adiantaria atribuir às cortes de contas a missão de fiscalizar programas governamentais se, para tanto, não lhes fossem conferidos também mecanismos para efetivar suas decisões.

²⁷⁹ Art. 70, *caput*, e art. 71, *caput* e IV, da CF.

²⁸⁰ “Daí falar nos testes mais simples e corriqueiros de (1) competência, (2) forma e (3) conteúdo (ou objeto) e nos que exigem maior dedicação das autoridades administrativas e de seus controladores, cuja aplicação ainda não se dá integralmente ou usualmente: (4) instauração efetiva do processo; (5) instrução completa e isenta do processo; (6) existência material e correção dos motivos e qualificação jurídica dos fatos; e, finalmente, (7) desvio de poder” (PEREZ, Marcos Augusto. *O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa: métodos para uma jurisdição ampla das decisões administrativas*. 2018. Tese (Livre Docência) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 325).

um conjunto de métodos centrados numa concepção ampla de legalidade, com a aferição da atividade administrativa discricionária a partir de sua conformidade com requisitos e condições para sua exteriorização (como competência, forma e processo administrativo) – *legalidade externa* – e, ao mesmo tempo, para seu conteúdo e profundidade (como impessoalidade e interesse público) – *legalidade interna*.

Além disso, o dever fundamental da Administração de, por meio do adequado planejamento, alcançar objetivos constitucionais, como já visto, também elimina espaços para invocações de que não seria possível controlar o mérito administrativo. Traz, como critério de sindicabilidade da discricionariedade administrativa, o dever de justificar e de demonstrar que as opções políticas estão de acordo com os objetivos prioritários da Constituição.

Assim, as cortes de contas, ao avaliarem matérias discricionárias, embora devam ter a cautela de não esvaziar a competência dos gestores, detêm o poder-dever de exigir que estes adotem medidas para reverter eventual diagnóstico de ausência ou deficiência no planejamento e na execução de políticas públicas, com vistas a recolocá-las numa rota harmônica com as prioridades da Constituição.

Por exemplo, no contexto do controle de políticas de infraestrutura, compete ao tribunal de contas aferir questões como: as escolhas combatem desigualdades regionais (art. 3º, III, da CF)? ii) Guiam-se pelo primado do desenvolvimento sustentável (arts. 225 e 170, VI, da CF)? iii) Estão justificadas em critérios objetivos, imparciais e isonômicos (art. 5º, I, da CF)? iv) Decorrem de avaliações, baseadas em dados e evidências, que demonstrem os melhores impactos, notadamente quando comparadas a outras alternativas existentes (art. 37, *caput*, da CF)?

A discricionariedade, quando exercida de forma imotivada e em descompasso com o ordenamento jurídico, transforma-se em arbitrariedade²⁸¹. Por um ângulo, quando a conduta da Administração pública se encontra desviada das finalidades constitucionais, tem-se a *discricionariedade excessiva* (arbitrariedade por ação). É o caso, por exemplo, de programas de obras públicas executadas por métodos e

²⁸¹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 208. No mesmo sentido e em interessante estudo sobre a intensidade do controle judicial sobre matérias discricionárias em diferentes países, em maior ou menor grau, ver: JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

parâmetros em desacordo com o equilíbrio ecológico, mesmo quando existem alternativas mais sustentáveis, por um custo semelhante.

De outra forma, quando o Poder Público age com inoperância no seu dever de implementar prioridades constitucionais, identifica-se a *discricionariedade insuficiente* (arbitrariedade por omissão). É o que ocorre quando não se observa o dever de aplicação dos recursos mínimos em educação e saúde.

Há a hipótese, ainda, do que aqui denominamos de *arbitrariedades mistas*, que abrangem simultaneamente ações e omissões inconstitucionais na seara da discricionariedade administrativa. É o caso, por exemplo, de cerca de 27% do total de municípios brasileiros que, ao tempo em que direcionam seus recursos em educação para o financiamento do ensino médio e superior (arbitrariedade por ação) descumprem as metas legais de matrículas para o ensino infantil (arbitrariedade por omissão) – área que deve ser priorizada pela rede municipal de ensino por expressa determinação constitucional (art. 211, §2º, da CF).

Por isso, num sistema constitucional aberto, pluralista e de poderes entrelaçados, não se poderia pleitear que o controle exercido pelos tribunais de contas se abstenha diante de violações crônicas a objetivos constitucionais e a direitos fundamentais, sob o véu da discricionariedade. O conteúdo de políticas públicas não pode ser definido de forma ilimitada por gestores públicos. As normas constitucionais devem ser compreendidas como um conjunto de prioridades duradouras que não podem ser ignoradas por preferências ocasionais de gestores transitórios.

Afinal, como explica Juarez Freitas²⁸², “a Constituição, por mais ambígua e contraditória, não é pacote onírico de promessas soltas ao vento, ao sabor da

²⁸² Além disso, o autor assim resume os diferentes sentidos do direito fundamental à boa administração pública: “(a) o direito à administração pública transparente, que supõe evitar a opacidade (salvo nos casos em que o sigilo se apresentar justificável, e ainda assim não-definitivamente), com especial destaque para o direito a informações¹² inteligíveis, inclusive sobre a execução orçamentária¹³ e sobre o processo de tomada das decisões administrativas que afetarem direitos; (b) o direito à administração pública sustentável, que implica fazer preponderar, inclusive no campo regulatório, o princípio constitucional da sustentabilidade, que determina a preponderância dos benefícios sociais, ambientais e econômicos sobre os custos diretos e indiretos (externalidades negativas), de molde a assegurar o bem-estar multidimensional das gerações presentes sem impedir que as gerações futuras alcancem o próprio bem-estar multidimensional; (c) o direito à administração pública dialógica, com amplas garantias de contraditório e ampla defesa – é dizer, do respeito ao devido processo, com duração razoável e motivação explícita, clara e congruente; (d) o direito à administração pública imparcial e o mais desviesada possível, isto é, aquela que, filtrando os desvios cognitivos, não pratica nem estimula discriminação negativa de qualquer natureza e, ao mesmo tempo, promove discriminações inversas ou positivas (reduzidoras das desigualdades iníquas); (e) o direito à administração pública proba, que veda condutas éticas não-universalizáveis ou a confusão entre o legal e o moral, uma vez tais esferas se vinculam, mas são distintas; (f) o direito à administração pública respeitadora da legalidade temperada, ou seja, que não se rende à ‘absolutização’ irrefletida

faculdade de querer dos líderes políticos”. Por isso, continua o autor, a discricionariedade não pode conspirar letalmente contra *direito fundamental à boa administração pública*, entendida como aquela “eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas”.

Diante de tais premissas, concorda-se com a reconceituação proposta pelo autor²⁸³ sobre a discricionária administrativa, que passa a ser entendida como o dever de, mediante justificativas explícitas, segundo critérios objetivos e imparciais, avaliar e eleger as melhores consequências diretas e indiretas (externalidades) para programas normativamente estabelecidos, em observância às prioridades constitucionais.

Desse modo, entende-se que, ainda que discricionária, a escolha administrativa deve resultar em benefícios líquidos: seus impactos positivos devem superar seus prejuízos, levando em conta não só a vantajosidade financeira (escolha menos onerosa), mas também de outras diferentes ordens, como a econômica, social e ambiental. O poder discricionário, principalmente em matéria de políticas públicas, representa um juízo que, para seu regular e válido exercício, demanda motivação racional, submetida a avaliações sobre seus custos-benefícios e impactos sistêmicos para o curto, médio e longo prazo.

Essa atual concepção da discricionariedade tem substancial impacto nos órgãos de controle da Administração, como os tribunais de contas. Não se pode admitir sua omissão leniente em relação a decisões sobre políticas públicas baseadas em excesso, desvio ou inoperância. Ao avaliarem se ações e programas governamentais estão justificadas e em harmonia com as prioridades constitucionais, assumem um papel de fomentadores da consagração do desenvolvimento sustentável, do bem-estar social e dos direitos fundamentais.

das regras; (g) o direito à administração pública preventiva, precavida e eficaz (não apenas economicamente eficiente), eis que comprometida com resultados compatíveis com os indicadores de qualidade de vida, em horizonte de longa duração” (Por tudo, ver: FREITAS, Juarez. As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 35, n. 1, p. 195-217, jan./jun. 2015, p. 198-201).

²⁸³ FREITAS, Juarez. O controle das políticas públicas e as prioridades constitucionais vinculantes. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, vol. 5, n. 8, p. 8-26, jan./jul. 2013, p. 14.

Trata-se de perspectiva que dialoga diretamente com a concepção de *controle de sustentabilidade*, defendida por Daniela Zago²⁸⁴, como umas das principais funções do sistema de tribunal de contas: a avaliação das políticas públicas a partir da lupa da sustentabilidade em suas diferentes dimensões (ambiental, social, econômica, fiscal, jurídico-política e ética), com vistas à garantia de direitos fundamentais das atuais e futuras gerações, numa ponderação sobre suas consequências e resultados a longo prazo.

Por exemplo, caberá a intervenção do controle em casos em que, na implementação de políticas de infraestrutura e mobilidade urbana, sejam privilegiadas, sem justificativas, ações em benefício exclusivo do transporte individual motorizado, em detrimento do transporte público coletivo – que deve ser priorizado não só pela prevalência do interesse público sobre o individual, mas por expressa determinação legal²⁸⁵.

Em políticas de infraestrutura, a possibilidade de intervenção do tribunal de contas também incide sobre determinadas matérias de regulação de serviços públicos no setor, como os de transporte ou o de energia. É a chamada discricionariedade *técnica*, exercida por agências reguladoras como a ANTT e a ANEEL. Embora não formulem diretamente políticas públicas, essas agências possuem a atribuição de intervir em setores estratégicos para garantir a concretização daquelas definidas pela Administração Direta²⁸⁶.

A discricionariedade técnica também se submete ao controle externo, quando descumpridas as prioridades constitucionais e o planejamento estatal. Por isso, concorda-se com o entendimento do TCU, quando assevera que “é sempre

²⁸⁴ “Entende-se por sustentabilidade o dever constitucional e fundamental que objetiva tutelar direitos fundamentais (com destaque ao ambiente ecologicamente equilibrado e aos direitos fundamentais sociais), também princípio instrumento a dar-lhes efetividade, ou seja, princípio que vincula o Estado (e suas instituições) e a sociedade, mediante responsabilidade partilhada, e redesenha as funções estatais, que deverão ser planejadas não apenas para atender demandas de curto prazo, mas também providenciar a tutela das futuras gerações. [...] Mesmo diante da impossibilidade fática de participação das futuras gerações nas decisões presentes, não há impedimento de que tenham ‘porta voz’, ou seja, que existam ‘provedores’ das gerações futuras. Neste cenário, as Cortes de Contas, na sindicabilidade das decisões administrativas, deverão atentar se os interesses futuros foram considerados na ponderação da tomada de decisões no presente” (CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da. *Controle de sustentabilidade pelos Tribunais de Contas*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016, p. 267-268).

²⁸⁵ Art. 6º da Lei nº 12.587/2012.

²⁸⁶ A respeito do controle do TCU sobre a discricionariedade técnica de agências reguladoras, ver: ZYMLER, Benjamin. O Tribunal de Contas da União e o controle das agências reguladoras. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (orgs). *Desenvolvimento nacional: por uma agenda propositiva e inclusiva*. Curitiba: Íthala, 2020, p. 37-50.

necessário, dessa forma, analisar se o ato regulatório viola o que se pode compreender como ordenamento jurídico, do qual fazem parte os princípios da economicidade da administração pública e da modicidade tarifária na prestação de serviços públicos”²⁸⁷.

Do ponto de vista do orçamento público, o exercício do poder discricionário também encontra limites que, se descumpridos, atraem o poder-dever de intervenção dos tribunais de contas. A chamada *discricionariedade orçamentária* se submete a requisitos e condições definidos expressamente tanto na Constituição, como os recursos mínimos para saúde e educação²⁸⁸, como na legislação infraconstitucional, em especial, a LRF, que veda, por exemplo, a criação de despesa obrigatória de caráter continuado sem medidas de compensação (aumento permanente das receitas ou redução permanente de outras despesas)²⁸⁹.

Mas, a discricionariedade orçamentária também deve observar limites derivados de normas implícitas da Constituição, inclusive o princípio da proibição do retrocesso. É o caso da inconstitucionalidade do contingenciamento das dotações do Fundo Clima, criado para o combate às mudanças climáticas, por significar afronta às prioridades constitucionais de promoção de proteção do meio ambiente e de promoção do desenvolvimento sustentável, conforme já decidiu o STF²⁹⁰.

Assim, as alocações e a execução do orçamento também devem atender às prioridades constitucionais cogentes. Nessa perspectiva, a discricionariedade orçamentária, como aponta Élide Graziane Pinto, “sem finalidades claras que lhe

²⁸⁷ Acórdão nº 644/2016, Plenário, de Relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues, julgado em 23 de março de 2016. O caso tratava do acompanhamento de leilão promovido pela ANEEL para a concessão de serviço de transmissão de energia elétrica. Discutia-se o critério para a estimativa do montante de investimento necessário pela concessionária. A agência havia utilizado a média das cotações, que é um critério utilizado para as contratações públicas em geral. No entanto, essa metodologia gerou impactos extremamente excessivos no preço da tarifa. Por isso, o Tribunal determinou a utilização do menor preço cotado, com uma tolerância de 20%. Para se chegar a essa conclusão, o Tribunal, além de avaliar os efeitos dos critérios de precificação na modicidade tarifária, considerou as peculiaridades do caso concreto, especialmente o fato de que havia poucos ofertantes de um equipamento significativamente específico – contexto muito diferente das demais contratações públicas em geral, que, normalmente, contam com um rol amplo de fornecedores interessados e, por isso, são submetidos a uma precificação baseada na média das cotações. Assim, não era possível adotar uma metodologia padrão para as especificidades do caso, sob pena de afronta ao dever de promover o amplo acesso ao serviço.

²⁸⁸ Não são raras as tentativas de criar mecanismos para, sob argumento de se garantir maior discricionariedade orçamentária, ampliar a liberdade na alocação de recursos e enfraquecer a garantia de financiamento de direitos sociais. Exemplo disso foi a PEC nº 188/2019, apresentada sob a articulação do então governo federal, que visava a trazer a chamada “liberdade orçamentária” como mote para a desvinculação de recursos do orçamento, inclusive com flexibilizações nos atuais pisos de saúde e educação (art. 198, §2º, e art. 212 da CF).

²⁸⁹ Art. 17, §2º, da LRF.

²⁹⁰ ADPF nº 708/DF, Plenário, relator Min. Luís Roberto Barroso, julgado em 4 de julho de 2022. O tema será analisado de forma mais detalhada no item 4.7.

justifiquem a existência tende, mais cedo ou mais tarde, a se corromper em arbitrariedade. O risco absolutamente consistente é de que o país abandone as vinculações orçamentárias para abrir espaço para o puro e simples fisiologismo fiscal”²⁹¹.

Ainda sobre a sindicabilidade da discricionariedade, um outro aspecto que merece reflexão é que o controle externo exercido pelos tribunais de contas possui características bastante diferentes daquele praticado pelo Poder Judiciário, especialmente quando se trata de controle de políticas públicas. Sem ter o objetivo de esgotar a análise de um tema tão abrangente, opta-se por apresentar algumas vantagens do controle pelos tribunais de contas com base em três critérios comparativos: (a) subjetivo (sobre quem incide); (b) objetivo (sobre o que incide) e; (c) temporal (quando incide).

Em primeiro lugar, sobre o *critério subjetivo*, a discussão judicial sobre a atuação do Estado em matéria de políticas e serviços públicos surge, de forma preponderante, para a proteção de interesses individuais. Na área da saúde pública, por exemplo, é conhecido o fenômeno de sua judicialização, por meio de ações judiciais que demandam do Estado a prestação de tratamentos médicos ou o fornecimento de medicamentos para determinados indivíduos. Embora possível a utilização de ações coletivas sobre saúde pública, através dos instrumentos do microsistema processual coletivo²⁹², há restrições legais sobre o objeto e sobre o rol de legitimados para a propositura dessas demandas, circunstâncias que geram uma natural limitação ao controle judicial sobre programas e ações estatais na área da saúde. Dados sobre judicialização da saúde divulgados pelo CNJ indicam que, no ano de 2022, em relação à União, foram ajuizadas 61,83 mil ações judiciais sobre saúde

²⁹¹ PINTO, Élide Graziane. Processo legislativo orçamentário sob histórico e recorrente risco de arbitrariedade. In: MOREIRA, Bernardo Motta; BERNARDES JÚNIOR, José Alcione (coords.). *A elaboração legislativa em perspectiva crítica*. Belo Horizonte: ALMG – Escola do Legislativo – Núcleo de Estudos e Pesquisas, 2020, p. 273.

²⁹² O microsistema de processo coletivo, perante o Judiciário, traz normas sobre as matérias que podem ser objeto de ação coletiva, bem como limitações ao rol de legitimados ativos. Essas normas estão previstas, em especial, na Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985), na Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/1965), em dispositivos legais sobre defesa coletiva dos consumidores em juízo (arts. 81 e seguintes da Lei nº 8.078/1990), sobre mandado de segurança coletivo (arts. 21 e seguintes da Lei nº 12.016/2009) e sobre mandado de injunção coletivo (arts. 12 e seguintes da Lei nº 13.300/2016).

pública²⁹³. Do total, 60,77 mil (98,29%) foram ações individuais e apenas 1,06 mil (1,71%) ações coletivas.

No âmbito dos tribunais de contas, porém, o controle pode recair sobre ações e programas governamentais de uma forma abrangente, embora, em alguns casos, também implique na avaliação de direitos de particulares (por exemplo, representações sobre disputas entre licitantes em processos licitatórios, revisão de atos de aposentadoria de servidores etc.). Mas, tem-se uma arena mais ampla para o controle da atividade administrativa. Inclusive, há instrumentos específicos, como as auditorias operacionais – como será estudado em item posterior –, para avaliar, com base em levantamentos estatísticos, métricas e indicadores, a qualidade e os resultados das políticas públicas em geral.

Por outro lado, quanto *critério objetivo*, o Poder Judiciário, nos casos de judicializações de políticas públicas, via de regra, promove um juízo de legalidade, a fim de verificar se, em determinado caso, há o descumprimento direto de imposição legal. Por exemplo, por meio da apreciação de negativa ilegal de fornecimento de remédio por determinado município, mesmo o medicamento esteja previsto na lista do SUS.

De todo modo, é possível identificar uma ampliação progressiva do controle do Judiciário sobre políticas públicas. Em casos excepcionais e de graves violações a direitos fundamentais, a Suprema Corte tem admitido uma intervenção judicial mais extensa. Foi o que ocorreu, em 2015, ao apreciar a ADPF nº 347. O STF entendeu que o sistema penitenciário nacional se caracterizava como um *estado de coisas inconstitucional*, uma vez que “presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária”²⁹⁴. Nessa oportunidade, então, a Suprema Corte expediu medidas abrangentes, que envolviam determinações aos tribunais e aos juízes sobre critérios e procedimentos, para prisões provisórias e audiências de custódia; à União, para a alocação dos adequados recursos orçamentários, e; aos estados, para a apresentação de informações sobre a gestão do sistema.

²⁹³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. *Estatísticas Processuais de Direito à Saúde*. Brasília: CNJ, 2023.

²⁹⁴ Por tudo, ver: ADPF-MC nº 347/DF, relator Min. Marco Aurélio, Plenário, julgado em 9 de setembro de 2015.

No mesmo sentido, ganhou força no país nos últimos anos a *teoria dos processos judiciais estruturantes (ou estruturais)*, que se refere aos casos caracterizados pela complexidade do seu objeto, abrangendo interesses transindividuais ou coletivos, com a existência de múltiplas soluções admitidas pelo Direito²⁹⁵. Nesses casos, a atuação judicial não se limitaria a medidas pontuais, em favor de uma ou outra parte na demanda, mas se destinaria a compreender as diferentes dimensões do problema posto sob sua apreciação e a mediar a construção de alternativas que perpassam pela colaboração entre os diferentes atores do processo.

Em junho de 2023, o STF, ao julgar o RE nº 684.612²⁹⁶, definiu que caberia ao Poder Judiciário a intervenção em políticas públicas em hipóteses de *ausência ou deficiência grave do serviço*. O caso que originou o referido precedente decorreu da falta de recursos humanos em hospital público, de forma que, na visão do STF, o Judiciário poderia exigir plano de ação para que o Executivo implementasse medidas saneadoras do problema, embora não pudesse impor medidas concretas e pontuais (como contratação de servidores, contratualização de serviços com organizações sociais etc.), porque isso faria parte da discricionariedade administrativa.

Assim, em que pese essa ampliação, a atuação judicial costuma ter lugar em um quadro consolidado de ineficiência da política pública. Busca remediar uma situação de afronta a direitos fundamentais, mas que, salvo exceções, não adentra numa análise estrutural da política pública. Não discute o planejamento governamental de curto, médio e longo prazo. Nem a efetividade de planos nacionais, regionais ou setoriais. Muito menos a avaliação dos resultados e do cumprimento das suas metas governamentais.

Por outro lado, essas questões podem ser objeto do controle exercido pelos tribunais de contas. Dadas as competências dos arts. 70 e 71 da Constituição, as cortes de contas devem avaliar, além de questões de legalidade em casos concretos

²⁹⁵ “Eis o que nos parece ser essencial à caracterização do processo estrutural: (i) o fato de nele se discutir um problema estrutural; (ii) o fato de ele buscar a implementação de um estado ideal de coisas, substituindo o estado de desconformidade que caracteriza o problema estrutural; (iii) o fato de ele precisar desenvolver-se num procedimento bifásico; (iv) a intrínseca flexibilidade do procedimento; e (v) a consensualidade, inclusive em relação à adaptação do processo” (DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 75, p. 101-136, jan./mar. 2020, p. 114).

²⁹⁶ RE nº 684.612, relator Min. Ricardo Lewandowski, redator para acórdão Min. Luís Roberto Barroso, julgado em sessão virtual encerrada em 30 de junho de 2023.

(cláusulas de contratos administrativos, por exemplo), a legitimidade, eficiência e a economicidade das ações estatais. Além disso, essa avaliação deve ser pautada por elementos de ordem contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial. Portanto, o controle exercido pelos tribunais de contas sobre políticas públicas, quando comparado ao judicial, detém uma amplitude mais abrangente, possibilitando uma visão holística e aprofundada sobre questões de mérito e sobre boas práticas da gestão pública.

Para tanto, outro fator relevante que favorece os tribunais de contas no exercício do controle de políticas públicas é sua capacidade técnico-institucional. Formados por alguns dos mais qualificados quadros técnicos do país, bem remunerados e com boa estrutura para o exercício de suas funções, os tribunais de contas detêm carreiras de estado multidisciplinares, relacionadas a diversificadas especialidades, como contabilidade, economia, direito, engenharia, programação, processamento de dados entre outras. Essa estrutura técnico-institucional lhes confere aptidão de promover sólidos diagnósticos e prognósticos sobre a gestão pública avaliada e, assim, realizar um controle de forte embasamento técnico sobre as políticas públicas em criação ou já em implementação.

Por último, quanto ao *critério temporal*, o controle judicial das políticas públicas ocorre, geralmente, *a posteriori*, quando já implementado um cenário de inércia ou insuficiência da atuação administrativa. Não cabe ao Judiciário, de modo geral, uma atuação prévia, com escopo de evitar o surgimento do problema social ou de intervir na etapa de desenho e estruturação das políticas públicas. Também não são comuns hipóteses de controle judicial concomitante, isto é, aqueles que acompanham *pari passu* a atividade administrativa, com o monitoramento e a avaliação dos resultados progressivamente alcançados.

Por outro lado, nesse aspecto temporal, o controle de políticas públicas pelos tribunais de contas pode ocorrer de forma prévia, concomitante e posterior à atuação da Administração. De forma prévia, pode incidir sobre a etapa de elaboração de políticas públicas e de formação das respectivas ações estatais. Na área de infraestrutura, por exemplo, projetos de parcerias de investimento (como parcerias público-privadas) contam com a análise prévia do TCU, que possui a oportunidade de apresentar aperfeiçoamentos aos projetos antes da publicação dos editais licitatórios, como será abordado em item posterior. Além disso, como se defende ao longo deste

trabalho, os tribunais de contas possuem competência para exigir a elaboração do adequado planejamento estatal, o que, naturalmente, abarca uma etapa anterior à execução das políticas públicas.

Ainda numa atuação prévia, as cortes de contas podem colaborar para apresentação de dados, estudos e informações em caráter orientativo, pedagógico e colaborativo, com vistas a auxiliar a Administração a delinear e implementar boas políticas públicas. Isso ocorre de diferentes modos, como na resposta a consultas formuladas pelos próprios gestores, na publicação de manual de boas práticas em diversas áreas da gestão pública²⁹⁷, na apresentação de diagnósticos em auditorias operacionais²⁹⁸ ou na disponibilização de capacitação técnica para agentes públicos em matéria de políticas públicas²⁹⁹.

O controle externo dos tribunais de contas também ocorre de forma concomitante, isto é, *pari passu* à execução de políticas públicas. É o que frequentemente se observa no setor da infraestrutura, em especial sobre contratações de grandes obras públicas, a fim de afastar irregularidades na execução dos respectivos contratos. Citem-se, por exemplo, as obras de mobilidade urbana e de equipamentos esportivos para a Copa do Mundo de 2014. Nessa oportunidade, embora a execução das obras tenha ficado, em regra, a cargo dos entes municipais e estaduais, o TCU instaurou procedimento específico para o acompanhamento contínuo dos repasses federais e determinou que sua área técnica adotasse “ações coordenadas, tempestivas, preventivas e proativas, nos termos dos Acordos de Cooperação já assinados com os diversos órgãos públicos e entidades no âmbito dos estados e municípios onde ocorrerão os jogos”³⁰⁰.

Também atua de forma concomitante quando fiscaliza o cumprimento do que foi planejado, bem como quando monitora e avalia a eficiência de políticas públicas, de forma a verificar o alcance dos objetivos e metas definidas pela própria

²⁹⁷ Vide, por exemplo: TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. *Obras Públicas: Recomendações Básicas para a Contratação e Fiscalização de Obras de Edificações Públicas*. 4ª ed. Brasília: TCU, 2014.

²⁹⁸ Veja, a título ilustrativo, a auditoria operacional julgada por meio do Acórdão nº 1.079/2019, de relatoria do Ministro Vital do Rêgo, por meio do qual o TCU apresentou amplo diagnóstico sobre as obras paralisadas no país, de forma a indicar as principais causas e recomendar as possíveis soluções para o problema.

²⁹⁹ O TCU, por exemplo, oferece diversas capacitações em formato virtual para agentes públicos das diferentes esferas da Administração. O rol de cursos disponíveis se encontra no sítio eletrônico da Escola Única de Governo, plataforma que unifica os diversos cursos organizados pelos órgãos federais (disponível em: < <https://www.escolavirtual.gov.br/>>. Acesso em: 11 mar. 2024).

³⁰⁰ Acórdão nº 678/2010, Plenário, relator Min. Valmir Campelo, julgado em 7 de abril de 2010.

Administração em planos nacionais, regionais ou setoriais³⁰¹. Eis um dos principais caminhos para o aperfeiçoamento de políticas públicas por meio do controle externo e que, ao longo deste trabalho, será melhor analisado.

Por essas razões, compreende-se que o controle exercido no âmbito do tribunal de contas – dada seu foco sobre a atividade da Administração (critério subjetivo), sua incidência sobre matérias mais amplas (critério objetivo) e maior possibilidade de atuar de forma prévia e concomitante (critério temporal) – tem aptidão de contribuir de forma mais estrutural com o aperfeiçoamento de políticas públicas do que aquele exercido pelo Poder Judiciário.

No entanto, alguns aspectos do controle exercido pelo tribunal de contas não estão imunes a críticas, especialmente quando comparados ao rito do processo judicial. Por exemplo, a atuação do Judiciário depende que as partes ajuízem ações judiciais (princípio da inércia da jurisdição) e as diversas instâncias são formadas por diferentes julgadores (princípio do duplo grau de jurisdição). Isso não ocorre com o tribunal de contas. Ele próprio instaura seus processos e define a abrangência de seu objeto, o que pode ser ampliado ao longo da instrução processual. Ele mesmo decide. Os mesmos julgadores apreciam eventuais recursos. Tudo isso sem um procedimento que viabilize integralmente o contraditório e a ampla defesa³⁰² (por exemplo, é rara a possibilidade de produção de prova testemunhal ou pericial³⁰³), garantias que são fundamentais não só nos procedimentos de aplicação de sanções por atos irregulares, mas também naqueles capazes de afetar a implementação de políticas públicas.

São questões que já foram objeto de nulidades reconhecidas pelo STF³⁰⁴ e que poderiam ser atenuadas por meio da aprovação de um código nacional de processo

³⁰¹ Sobre o tema ver: CABRAL, Dafne Reichel. *Os tribunais de contas e o direito à boa administração pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 179-185.

³⁰² Sobre as deficiências nas garantias processuais nos procedimentos administrativos perante o TCU, ver: NETO, Giuseppe Giamundo. *As garantias do processo no Tribunal de Contas da União: princípios constitucionais, Código de Processo Civil/2015 e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: LINDB*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

³⁰³ Corroborando as restrições à produção de provas testemunhais, periciais e de outras modalidades, sob a alegação de que o ônus da prova cabe à gestão (e não ao Tribunal), ver: Acórdão nº 1.599/2007, Plenário, relator Min. Ubiratan Aguiar, julgado em 15 de agosto de 2007; Acórdão nº 611/2007, Primeira Câmara, relator Min. Marcos Vinícios Vilaça, julgado em 20 de março de 2007, e; Acórdão nº 1.098/2008, Segunda Câmara, relator Min. Benjamin Zymler, julgado em 29 de abril de 2008.

³⁰⁴ O STF reconheceu a nulidade de procedimento que imputou sanção a determinada empresa que contratou com a União, após indeferimento de provas periciais e testemunhais requeridas pela empresa. Para a Suprema Corte, “mostra-se claramente lesiva à cláusula constitucional do ‘due process’ a supressão, por exclusiva deliberação

do controle externo, conferindo às partes processuais, inclusive à Administração, de instrumentos mais amplos para garantir o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal e a segurança jurídica. É possível observar iniciativas semelhantes já adotadas no âmbito dos estados³⁰⁵.

De toda forma, embora demande aprimoramentos no aspecto processual, o controle exercido pelos tribunais de contas tem se tornado cada vez mais importante para a ampliar a eficiência e a efetividade de diversas políticas públicas no Brasil. Se bem exercido, pode tornar as cortes de contas uma espécie de *hub* indutor e fomentador de boas políticas públicas. Uma plataforma institucional, aberta e cooperativa, de *cases* de sucesso sobre diagnósticos e prognósticos de programas governamentais estratégicos. Um importante ator de defesa das prioridades constitucionais e da boa administração pública, retroalimentando, como será visto, o planejamento do Estado brasileiro no curto, médio e longo prazo, principalmente em matéria de infraestrutura.

2.4 Repercussões do paradigma do Estado digital no controle externo de políticas públicas

O paradigma do Estado digital, estudado em capítulo anterior, também provoca inúmeras consequências sobre o controle da Administração Pública, seja no âmbito do *controle social*, exercido por toda a sociedade, ou do *controle público*, exercido por instituições estatais.

Quanto ao *controle social*, como pontuam Scaff e Campilongo³⁰⁶, a Carta de 1988 representa um avanço histórico. Reconhecendo que todo poder emana do povo,

administrativa, do direito à prova, que, por compor o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, deve ter o seu exercício plenamente respeitado pelas autoridades e agentes administrativos, que não podem impedir que o administrado produza os elementos de informação por ele considerados imprescindíveis e que sejam eventualmente capazes, até mesmo, de infirmar a pretensão punitiva da Pública Administração” (RMS nº 28.517 AgR, Segunda Turma, relator Min. Celso de Mello, julgado em 25 de março de 2014).

³⁰⁵ A Lei Complementar Estadual nº 752/2022 instituiu o Código de Processo de Controle Externo do Mato Grosso.

³⁰⁶ “Por controle social deve-se entender o controle exercido diretamente por toda a sociedade, e não por meio do Estado. Uma dessas fórmulas se dá pela inserção de pessoas representativas da sociedade nos órgãos decisórios para que o povo esteja inserido nessas deliberações e no controle dos atos do Estado. Em diversos âmbitos foram determinados controles sociais pela Constituição, como pode ser visto: a) No artigo 204, II, quando possibilita a participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações referentes à seguridade social, em todos os níveis; b) No artigo 216-A, X, quando estabelece a democratização dos processos decisórios referentes às atividades culturais, com participação e controle social; c) No artigo 173, §1º, I, quando determina que a lei tratará do estatuto jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista e menciona que deverá ser abordada a forma de sua fiscalização pelo Estado e pela sociedade.

consagra em diversos dispositivos o fortalecimento de instrumentos de fiscalização a serem exercidos pelos cidadãos, seja diretamente, como no direito fundamental ao acesso à informação, ou indiretamente, como ocorre com a abertura de espaços de poder de fiscalização por meio de conselhos sociais (como os Conselhos Nacionais de Saúde e de Educação)³⁰⁷.

No entanto, mesmo após a Constituição de 1988, a implementação no Brasil de mecanismos de controle social não observa uma rota linear de progresso. Submete-se a instabilidades e, por vezes, alguns retrocessos. Exemplo disso foi a revogação, em 2019, da Política Nacional de Participação Social – PNPS, que disciplinava a atuação de representantes da sociedade em diversos conselhos relacionados à atividade pública, sem que tenha sido substituída por qualquer outra política de controle social, como lembram os mencionados autores³⁰⁸. Outro exemplo são episódios de decretação indiscriminada de sigilo a informações governamentais (“sigilo de 100 anos”), em contraposição ao seu caráter excepcional estabelecido na Lei de Acesso à Informação³⁰⁹.

A já analisada Lei do Governo Digital reacendeu a importância do controle social sobre o Estado e sobre suas políticas públicas, prevendo-o, inclusive, como um de seus princípios norteadores. O diploma estabelece garantias para o fortalecimento da *transparência ativa* de dados e informações públicas, a qual tem sido fundamental para o desenvolvimento de inovações tecnológicas de controle social no Brasil. Por exemplo, o robô Rosie, desenvolvido por agentes da sociedade civil, processa dados

Esses são alguns exemplos, que podem ser acrescidos de vários outros, espalhados pelo ordenamento jurídico. Nem sempre a inclusão de membros da sociedade civil funciona no sistema de controle, pois a atomização dessa participação acaba por acarretar o enfraquecimento de sua atuação para as finalidades perseguidas. É usual que haja também a captura desses indivíduos pelo aparato estatal, o que a regulamentação deve dar conta de evitar” (SCAFF, Fernando Facury; CAMPILONGO, Celso. Os sentidos de controle público e de controle social no Brasil. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 24 de outubro de 2023).

³⁰⁷ De todo modo, adverte Scaff, “nem sempre a inclusão de membros da sociedade civil funciona no sistema de controle, pois a atomização dessa participação acaba por acarretar o enfraquecimento de sua atuação para as finalidades perseguidas. É usual que haja também a *captura* desses indivíduos pelo aparato estatal” (SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento Republicano e Liberdade Igual – Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 491).

³⁰⁸ SCAFF, Fernando Facury; CAMPILONGO, Celso. Os sentidos de controle público e de controle social no Brasil. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 24 de outubro de 2023.

³⁰⁹ “[...] de 2019 a 2022, foram registrados recordes de uso indevido da restrição de acesso por até 100 anos como argumento para negar acesso a informações de interesse público. O primeiro ano da gestão Bolsonaro foi o pico, com 140 casos. Em 2020, foram verificados 135 casos de uso indevido do que ficou conhecido como ‘sigilo de 100 anos’ (gráfico 1). No total, foram 413 casos de uso indevido do art. 31 da LAI para negativas nos últimos quatro anos – o correspondente a 80% do total das 513 negativas indevidas identificadas de 2015 a 2022” (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. “*Sigilos de 100 anos*”: o uso do art. 31 da LAI em negativas. São Paulo: Transparência Brasil, 2022, p. 9).

disponibilizados via transparência ativa pela Câmara dos Deputados a fim de identificar gastos irregulares decorrentes das cotas parlamentares³¹⁰.

Esse fortalecimento da transparência ativa pela Lei do Governo Digital é observado, como visto, pelo dever jurídico do Poder Público de disponibilizar dados acessíveis, abertos e legíveis por máquinas e sistemas de processamentos de dados, sendo tratado o sigilo como absoluta exceção. Além disso, a mencionada Lei traz como um dos objetivos principais dos laboratórios de inovação, acima analisados, o incentivo à participação social e à transparência pública.

Outras diretrizes determinadas pela Lei para a ampliação da transparência ativa são: a) priorização de disponibilização de dados da forma mais pormenorizada possível (granularidade das informações) e, quando divulgados de forma agregada, deve-se referenciar as fontes de dados primárias; b) completude e atualização periódica dos dados e informações disponibilizadas; c) evidenciação do histórico de dados, permitindo comparações entre o cenário atual e os momentos passados, e; d) dever de fomento ao desenvolvimento de novas tecnologias destinadas à gestão participativa e democrática para a melhoria dos serviços públicos³¹¹.

Noutro giro, em relação ao *controle público*, a Lei do Governo Digital e a transformação digital dos tempos atuais também têm produzido substanciais efeitos sobre o controle exercido por instituições estatais. O tema pode ser visualizado sob uma perspectiva do *controle público interno*, aqui compreendido como aquele que ocorre dentro da mesma esfera de Poder, e do *controle público externo*, assim denominado neste trabalho aquele exercido por instituições de fora da esfera do Poder objeto de controle, como o controle dos tribunais de contas sobre o Poder Executivo.

No entanto, uma questão preliminar relevante sobre o controle público (interno ou externo) é identificar se há aplicação obrigatória ou não da Lei do Governo Digital para os estados, Distrito Federal e municípios. O art. 2º, III, da Lei nº 14.129/2021, prevê a aplicabilidade desse diploma normativo para entes estaduais e municipais que

³¹⁰ Como descrito em reportagem sobre o tema, “Rosie analisa tudo, nota por nota, e alerta os eleitores quando encontra valores suspeitos. Automaticamente, ela recorre ao Twitter para que seus seguidores peçam explicações ao deputado que encaminhou a nota. Trabalhando sem descanso, Rosie já denunciou 629 reembolsos suspeitos solicitados por 216 deputados diferentes à Câmara. Os gastos superam R\$ 378 mil. No caso de gastos com alimentação, a robô considera o valor médio de R\$ 32 para uma refeição e já encontrou uma nota fiscal de R\$ 6.205 reembolsados por um prato individual” (LARA, Lorena. Controle social: como fiscalizar o poder a partir do sofá de casa. São Paulo: *Estadão*. Disponível em: <<https://infograficos.estadao.com.br/focas/politico-em-construcao/materia/controle-social-como-fiscalizar-o-poder-a-partir-do-sofa-de-casa>>. Acesso em: 24 abr. 2024).

³¹¹ Art. 29, §1º, da Lei nº 14.129/2021.

tenham adotado “os comandos desta Lei por meio de atos normativos próprios”³¹². Num raciocínio apressado, poderia ser concluído que a Lei do Governo Digital seria obrigatória para a União, mas facultativa aos demais entes. Logo, um município, ao descumprir alguma norma da Lei nº 14.129/2021, não poderia ser submetido à atuação de órgãos de controle (interno ou externo).

Castellan e Pedra³¹³ defendem a inconstitucionalidade dessa norma da Lei do Governo Digital, por entenderem como uma restrição incompatível com o primado do controle social garantido na Constituição. De acordo com os autores, por viabilizar o exercício do poder-dever constitucional de todos os cidadãos de fiscalizar a Administração Pública na era de um mundo cada vez mais digital, suas normas seriam de aplicabilidade obrigatória a todos os entes. Por isso, o art. 2º, III, da Lei nº 14.129/2021, padeceria de inconstitucionalidade e deveria ser objeto de ação de controle abstrato perante o STF.

No entanto, entende-se que a questão pode ser resolvida por meio de uma interpretação sistemática da Constituição: todas as diretrizes, princípios e instrumentos gerais acima aludidos da Lei nº 14.129/2021 em prol de um Estado digital para a melhoria da eficiência e do controle da Administração Pública são cogentes para todas as esferas da federação. Isso porque exercem o papel de normas gerais nacionais em matéria de transparência pública, de participação dos usuários dos serviços públicos no controle da Administração e de reclamações e de avaliação periódica externa de serviços públicos. Esses assuntos, de acordo com a Constituição, devem ser regulamentados por meio de *lei nacional*, conforme dispõem o art. 5º, XXXIII – que prevê o direito fundamental ao acesso a informações públicas –, bem como o art. 37, §3º, I e II, da CF – que estipula que “a lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta”, lei esta que deve, ainda segundo a norma constitucional, disciplinar matérias como: a) reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa

³¹² Art. 2º, III, da Lei nº 14.129/2021.

³¹³ CASTELLAN, Felipe Amorim; PEDRA, Adriano Sant'Ana. As contribuições da nova Lei do Governo Digital para a fiscalização da Administração Pública e a (in)constitucionalidade da restrição de aplicação a Estados, Municípios e Distrito Federal. *Revista Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 24, n. 133, p. 151-172, maio/jun. 2022, p. 161-169.

e interna, da qualidade dos serviços, e; b) o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos da Administração.

Esse é justamente o escopo da Lei do Governo Digital. Ela representa a “lei nacional” prevista nos referidos dispositivos constitucionais para viabilizar os direitos fundamentais por eles garantidos. Portanto, as normas da Lei nº 14.129/2021 são, preponderantemente, de caráter nacional e não apenas federal – tal como ocorre com a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011), também destinada à transparência pública e cuja força vinculante a todos os entes não é questionada.

Assim, a interpretação que deve se dar ao art. 2º, III, da Lei do Governo Digital é que apenas as normas específicas da Lei em questão têm aplicabilidade restrita à União, a exemplo da norma que prevê as redes de conhecimento a serem criadas pelo Poder Executivo federal³¹⁴. As normas gerais da Lei nº 14.129/2021 devem ser observadas também por estados, distrito federal e municípios. É o caso, por exemplo, das normas sobre: diretrizes e princípios do Governo Digital, abertura de dados, governança, gestão de riscos, controle e auditoria e preceitos para a prestação digital de serviços públicos.

A partir dessas premissas, as normas gerais da Lei nº 14.129/2021 são obrigatórias não só para o Poder Executivo de todos os entes, mas também para todos os órgãos de controle do país (interno ou externo).

No que se refere especificamente ao *controle público interno*, a Lei do Governo Digital impõe que os órgãos e entidades públicas adotem sistemas capazes de identificar, avaliar e propor soluções para riscos na prestação digital de serviços públicos que possam impactar na eficiência, efetividade e legitimidade dos seus objetivos institucionais e das políticas públicas sob sua competência³¹⁵. Esses sistemas devem estar integrados ao processo de planejamento estratégico das respectivas organizações. Também devem estar em harmonia com a proporcionalidade na criação de mecanismos de controles internos, ou seja, o controle deve se justificar de acordo com uma relação de custo-benefício. Nessa avaliação, é necessário levar em conta as causas e consequências dos riscos envolvidos, bem como os impactos, positivos e negativos, dos instrumentos de controle.

³¹⁴ Art. 17 da Lei nº 14.129/2021.

³¹⁵ Art. 48 da Lei nº 14.129/2021.

A partir dos resultados obtidos por meio da avaliação e monitoramento dos riscos, os processos de governança, de gestão de riscos e de controle devem ser periodicamente reavaliados, com vistas à melhoria contínua de seu desempenho. As auditorias internas não devem ser um fim em si mesmo, mas devem demonstrar capacidade de aprimorar a eficiência das atividades do órgão ou entidade auditada para o cumprimento de suas missões institucionais. O controle interno deve ser pautado em padrões de auditoria e ética profissional internacionalmente aceitos, em planejamento de atividades para delinear o escopo, natureza, época e extensão dos procedimentos de controle e em instrumentos de prevenção, detecção e investigação de ilícitos praticados por agentes públicos e privados na utilização de recursos públicos.

Em relação ao *controle público externo*, especialmente no que se refere ao sistema de controle dos tribunais de contas, a concepção do Estado digital também tem provocado fortes mudanças na atuação dessas instituições. O art. 2º, I, da referida Lei expressamente estipula que suas normas se aplicam ao Tribunal de Contas da União.

Por impactar diretamente no controle de políticas públicas pelos tribunais de contas, especialmente o controle da infraestrutura pelo TCU, o assunto será discutido de forma mais detalhada a seguir a partir de três perspectivas: a) *novos parâmetros de controle*: balizas do controle do tribunal de contas para que a Administração implemente mecanismos eficientes de transformação digital; b) *novos mecanismos para as ações de controle*: os impactos da transformação digital na forma como o tribunal de contas exerce sua atividade de controle, e; c) *riscos da transformação digital e o papel do controle externo*: possíveis consequências indesejáveis (externalidades negativas) devem ser devidamente mapeadas e combatidas pelo tribunal de contas.

2.4.1 Novos parâmetros de controle

Sobre o primeiro aspecto, quanto aos impactos às balizas do controle, o paradigma do Estado digital atrai aos tribunais de contas a função de avaliar a observância do dever da Administração de promover a transformação digital quanto ao acesso a informações e serviços públicos.

Não é recente a atuação do TCU para fiscalizar o desenvolvimento e a implantação de inovações tecnológicas por órgãos e entidades federais. As diretrizes que formam a ideia de “governo como plataforma de dados”, tal como prevista na Lei do Governo Digital, já haviam sido incentivadas pelo TCU no controle da Administração Federal antes mesmo da edição da referida Lei.

Desde 2014, ao menos, decisões do Tribunal instam órgãos e entidades federais a fomentar a abertura dos grandes volumes de dados (*big data*) sob sua posse e a implantação de um ecossistema de negócios em torno desses dados, a fim de potencializar a geração de produtos, serviços, emprego e renda³¹⁶. A partir de 2016, o Tribunal passou a realizar um contínuo acompanhamento sobre as ações estruturantes de transformação digital da Administração Federal³¹⁷.

No aspecto do orçamento público, o TCU tem provocado o Executivo para ampliar ou, ao menos, manter a alocação orçamentária necessária para financiar os mecanismos de transformação digital da Administração Federal. No Acórdão nº 3.145/2020³¹⁸, identificou que, no ano de 2020, a União havia reduzido os recursos da Secretaria do Governo Digital, vinculada ao então Ministério da Economia e órgão central do Sistema de Administração dos Recursos de Tecnologia da Informação – SISP. Os recursos destinados à transformação digital foram reduzidos em 70%, quando comparados com os valores do ano anterior.

Diante do princípio da continuidade do serviço público e o da atualidade dos serviços digitais³¹⁹, o TCU entendeu que, no tema da transformação digital, vige o postulado da *vedação ao retrocesso*, de modo a afastar posturas que impliquem em desmontes aos avanços conquistados. Por isso, apenas em caráter excepcional e devidamente identificadas soluções alternativas, poderia haver a redução das verbas já consignadas no orçamento para a promoção da transformação digital do Estado.

³¹⁶ Acórdão 2.569/2014, Plenário, julgado em 1 de outubro de 2014, Acórdão nº 2.904/2016, Plenário, julgado em 16 de novembro de 2016, ambos de relatoria do Min. Benjamin Zymler, e Acórdão nº 2.726/2021, Plenário, relator Min. Aroldo Cedraz, julgado em 17 de novembro de 2021.

³¹⁷ Principalmente a partir do Processo nº 010.638/2016-4, de relatoria do Min. Benjamin Zymler, que trata de relatório de auditoria sobre avaliação do uso de tecnologias digitais no provimento de serviços públicos. Outras decisões que indicam a necessidade de priorização, no planejamento da União, para a transformação digital dos serviços e políticas públicas são: Acórdão nº 1.469/2017, relator Min. Benjamin Zymler, julgado em 12 de julho de 2017; Acórdãos nº 1.103/2019, julgado em 15 de maio de 2019, e nº 1.784/2021, julgado em 28 de julho de 2021, ambos de relatoria do Min. Vital do Rêgo, e; Acórdão nº 3.145/2020, relator Min. Aroldo Cedraz, julgado em 25 de novembro de 2020 – todos do Plenário.

³¹⁸ Acórdão nº 3.145/2020, Plenário, relator Min. Aroldo Cedraz, julgado em 25 de novembro de 2020.

³¹⁹ Art. 24, II, da Lei nº 14.129/2021.

De todo modo, naquele acórdão, por entender que a matéria está enquadrada na conveniência e oportunidade dos gestores, limitou-se a proferir *recomendação* para que a Administração Federal avaliasse a de garantir a manutenção de dotações orçamentárias destinadas às iniciativas de transformação digital dos órgãos e entidades integrantes.

Ocorre que, a partir da Lei nº 14.129/2021, novas obrigações legais de transformação digital foram impostas ao controlado, de modo que houve uma ampliação do campo de atuação do controlador sobre o tema. O dever de inovação, representado por meio dos mecanismos estabelecidos pela Lei do Governo Digital, passa balizar de forma mais intensa o sistema de tribunais de contas³²⁰.

Essa diretriz incide também sobre o controle quanto ao planejamento e execução de políticas públicas e deve ser compatibilizada com os parâmetros tradicionais de controle, como os aspectos legais e financeiros. Por isso, o TCU passa a ter a obrigação de acompanhar a adequada implementação dos instrumentos previstos na Lei nº 14.129/2021, como a digitalização de serviços públicos (art. 5º), utilização de plataforma digital única para acesso a serviços digitais e a informações (art. 3º, II) e a abertura dos bancos de dados governamentais e a interoperabilidade dos sistemas (art. 3º, XIV).

O Acórdão nº 2.279/2021 representou uma expressa intervenção do TCU para a consagração dos instrumentos da Lei do Governo Digital. Nessa decisão, a Corte de Contas federal avaliou especificamente a gestão de plataformas de dados de diferentes órgãos e entidades federais. Como visto, o desenvolvimento de bancos de dados digitais, com interoperabilidade, integração e transparência é um dos principais

³²⁰ Como efeito da Lei do Governo Digital, “os agentes públicos não mais poderão optar pela manutenção do *status quo* (não agir), com base em conveniência e oportunidade, caso a prestação de serviços mostre-se ineficiente. O grau de liberdade ficará com a valoração das possíveis soluções inovadoras para os casos concretos, mas não haverá discricionariedade quanto à busca e aplicação ou não de alguma inovação. Aqui a testagem e o experimentalismo passam a ser incorporados à rotina do planejamento estatal, com significativa importância. Obviamente que caberá ao controle externo analisar essas atividades, o grau de comprometimento da estrutura de governança, por exemplo, em seus aspectos financeiros (recursos reservados e empregados), operacionais e de desempenho (capacidades estratégica, tática e operacional, consistente na conjugação de esforços humanos, ferramentas e recursos em prol do resultado planejado). Nesse aspecto, o controle externo deverá adaptar-se à análise do esforço, não apenas dos resultados, uma vez que o grau de incerteza nos resultados é ínsito à atividade experimental da inovação” (GODINHO, Heloísa Helena Antonácio M.; MARINOT, Márcio Batista; VAZ, Wesley. Impactos da Lei do Governo Digital no controle externo. In: MOTTA, Fabrício; VALLE, Vanice Regina Lírio do (coords.). *Governo digital e a busca por inovação na Administração Pública*: a Lei nº 14.129, de 29 de março de 2021. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 227-228).

instrumentos da Lei nº 14.129/2021³²¹. A gestão de forma isolada dos bancos dados evidencia o desperdício de oportunidades de aprimoramento de políticas públicas. A integração e a interoperabilidade viabilizam políticas públicas baseadas em evidências e análises preditivas.

Por isso, nessa decisão, compreende-se como acertado o entendimento do TCU, ao considerar tais iniciativas como obrigatórias aos gestores, diante de sua relevância ao aperfeiçoamento de políticas públicas. Como expressado no voto do Ministro Aroldo Cedraz, “a utilização de bases de dados integradas para fins de planejamento, gestão e controle de políticas públicas consiste em conduta mandatária, sujeita à discricionariedade dos gestores somente quanto aos aspectos técnicos e institucionais para sua implementação”³²².

Diante disso, ao contrário do Acórdão 3.145/2020, acima citado, que havia implicado em mera *recomendação* para provocar uma avaliação discricionária da Administração, o Acórdão nº 2.279/2021, já fundamentado na norma Lei do Governo Digital, suscitou *determinação* do TCU para que a Administração apresentasse planos de ação para efetivar mecanismos de interoperabilidade e integração de sistemas para fins de aprimoramento da gestão de políticas públicas, bem como para garantir alocação de recursos orçamentários suficientes a para viabilizar a continuidade dos serviços digitais já implementados.

Outra contribuição do TCU para conferir efetividade às normas da Lei do Governo Digital ocorreu por meio do Acórdão nº 1.784/2021³²³. O procedimento tratava de avaliar a *gestão de riscos* referentes à transformação digital dos serviços públicos, a qual é uma das principais diretrizes da Lei nº 14.129/2021. A Corte constatou a inexistência de um plano federal de gestão de riscos, bem como a insuficiência de ferramentas de identificação dos principais riscos comuns a órgãos e entidades federais, como é o caso de ataques cibernéticos. Na referida decisão, recomendou à Presidência da República e ao Ministério da Economia o estabelecimento, ao menos, de mecanismos para a identificação, tratamento e monitoramento dos riscos referentes à transformação digital dos serviços públicos, o que abrange a definição de responsabilidades e competências para sua mitigação. A

³²¹ Art. 2º, IV e V, da Lei nº 14.129/2021.

³²² Acórdão nº 2.279/2021, Plenário, relator Min. Aroldo Cedraz, julgado em 22 de setembro de 2021.

³²³ Acórdão nº 1.784/2021, Plenário, relator Min. Vital do Rêgo, julgado em 28 de julho de 2021.

decisão foi proferida poucos meses após a edição da Lei nº 14.129/2021 e, naturalmente, pressupõe-se que a Administração ainda se encontrava em uma fase inicial de adaptação da Administração.

No entanto, atualmente, a inexistência de mecanismos de gestão de riscos alusivos à transformação digital em órgão ou entidade pública federal deve ser considerada falha grave de gestão apta a gerar, em vez de mera recomendação, a expedição de determinações pelo TCU. Isso porque a criação, o monitoramento e o aprimoramento de sistema de gestão de riscos diante da prestação digital de serviços é obrigação legal prevista na Lei nº 14.129/2021 e seu descumprimento deve ser resolvido diretamente pelo crivo da legalidade. A premente necessidade de reforço aos mecanismos gestão de riscos digitais se revela de forma ainda mais intensa após as recentes notícias de ataques cibernéticos no Sistema Integrado de Administração Financeira – SIAFI, com indícios de desvios de milhões em verbas federais, o que ensejou a abertura de auditoria do TCU³²⁴.

Em relação à área da infraestrutura, objeto principal deste trabalho, também se identificam recentes esforços do TCU para induzir a transformação digital quanto ao planejamento e implementação de políticas públicas eficientes no setor.

Em primeiro lugar, o TCU tem sido indutor do desenvolvimento pela Administração Federal de ferramentas tecnológicas para promover a sistematização, confiabilidade e a transparência ativa sobre dados e informações concernentes a projetos de infraestrutura financiados com recursos federais. No Acórdão nº 1.079/2019³²⁵, diagnosticou que uma das principais razões da paralisação dos projetos é a falta de uma plataforma digital, acessível e unificada para o monitoramento atualizado da situação das obras públicas no país.

A partir dessa atuação do TCU, importantes avanços foram implementados pela Administração Federal. Houve a criação do Painel de Obras³²⁶ e do Cadastro Integrado de Projetos de Investimento – CIPi³²⁷ como instrumentos digitais destinados

³²⁴ LIMA, Daniela. Apuração indica que fraude no SIAFI usou CPFs de laranjas para desviar dinheiro. *GI*, São Paulo, 24 de abril de 2024.

³²⁵ Acórdão nº 1.079/2019, Plenário, Rel. Min. Vital do Rêgo, julgado em 15 de maio de 2019.

³²⁶ MINISTÉRIO DA GESTÃO E DA INOVAÇÃO EM SERVIÇOS PÚBLICOS – MGISP. *Painel de obras*. Brasília: MGISP, 2024. Disponível em: <<https://obras.paineis.gov.br/>>. Acesso em: 29 mar. 2024.

³²⁷ MINISTÉRIO DA GESTÃO E DA INOVAÇÃO EM SERVIÇOS PÚBLICOS – MGISP. *Painel do obrasgov.br – Cadastro Integrado de Projetos de Investimento*. Brasília: MGISP, 2024. Disponível em: <<https://obrasgov.sistema.gov.br/>>. Acesso em: 28 abr. 2024.

a conferir aos órgãos e entidades federais, aos órgãos de controle e à população em geral a visão geral das obras públicas financiadas com recursos da União. Embora esses sistemas ainda necessitem de substanciais aprimoramentos para garantir uma transparência efetiva e baseada em dados atualizados e fidedignos – como será analisado em item posterior –, fortaleceram a governança e os controles público e social da Administração quanto ao planejamento e execução de políticas e ações na área de infraestrutura.

Além disso, o TCU tem atuado para melhorar a eficiência na utilização de recursos descentralizados a estados e municípios – inclusive os destinados à execução de obras e serviços de engenharia –, seja por meio de transferências voluntárias, de transferências fundo a fundo ou de emendas parlamentares. Para tanto, tem reiteradamente cobrado da Administração Federal a criação e o fortalecimento de mecanismos digitais de acompanhamento da execução dos recursos transferidos, a fim de que sejam capazes aprimorar a gestão de riscos, o controle dos saldos financeiros, o acompanhamento da execução física, o mapeamento de fornecedores e a identificação de possíveis irregularidades na aplicação das verbas³²⁸. Absorvendo os pontos de aperfeiçoamento apontados pelo TCU, a Administração Federal criou, no fim de 2022, uma nova plataforma para o controle dos repasses federais: o [transferegov.br](https://portal.transferegov.br)³²⁹.

Em outra ocasião, ao emitir parecer prévio das contas do Presidente da República de 2021, o TCU³³⁰ destacou a habitual falta de transparência nos PPAs da União em relação aos investimentos plurianuais federais, em desarmonia com o art.

³²⁸ Cf. Acórdão nº 539/2016, relator Min. Benjamin Zymler, julgado em 9 de março de 2016; Acórdão nº 544/2016, relator Min. Raimundo Carreiro, julgado em 9 de março de 2016; Acórdãos nº 2.551/2017, julgado em 14 de novembro de 2017, e nº 2.796/2019, julgado em 20 de novembro de 2019, ambos de relatoria do Min. Augusto Sherman Cavalcanti – todos do Plenário.

³²⁹ O [transferegov.br](https://portal.transferegov.br) substituiu a Plataforma Mais Brasil, criada em 2019, que, por sua vez, havia substituído o Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse – SICONV, instituído em 2008. Para acessar o sistema, ver: MINISTÉRIO DA GESTÃO E DA INOVAÇÃO EM SERVIÇOS PÚBLICOS – MGISP. *Transferegov*. Brasília: MGISP, 2024. Disponível em: <<https://portal.transferegov.sistema.gov.br/portal/home>>. Acesso em: 26 mar. 2024.

³³⁰ Conforme manifestação do TCU, “revela-se oportuno recomendar ao Poder Executivo a adoção de medidas de gestão com vistas a registrar, em plataforma digital centralizada mantida pelo órgão central do Sistema de Planejamento e Orçamento Federal previsto nos arts. 3º e 4º da Lei 10.180/2001, os dados atualizados referentes à integralidade dos investimentos plurianuais, segregados por programa finalístico e por exercício, com a finalidade de possibilitar o efetivo monitoramento e avaliação das políticas públicas contempladas no PPA 2020-2023, assim como a comparabilidade das informações, nos termos dos arts. 37, § 16, 163-A e 165, § 16, da Constituição Federal, observadas as diretrizes da Política de Dados Abertos do Poder Executivo estabelecidas pelo Decreto 8.777/2016, em especial o disposto no art. 5º, § 2º, inciso II, no que tange à potencial utilização e reutilização dos dados tanto pelo Governo quanto pela sociedade civil” (Acórdão nº 1.481/2022, Plenário, relator Min. Aroldo Cedraz, julgado em 29 de junho de 2022).

167, §1º, da CF. Essa realidade impede uma efetiva fiscalização, por parte de órgãos de controle, do Congresso Nacional e da sociedade em geral, dos principais investimentos do país, que são relacionados, principalmente, a projetos de infraestrutura. Para endereçar solução à questão, o TCU apontou a necessidade de a Administração utilizar instrumentos digitais para viabilizar a transparência ativa e abertura dos dados sobre tais investimentos. As proposições da Corte nesse parecer prévio contribuíram diretamente, como reconhecido por integrantes do próprio Ministério do Planejamento e Orçamento, para aperfeiçoar e modernizar a elaboração do projeto de PPA 2024-2027³³¹. Pela primeira vez, o plano plurianual abrange e detalha todos os investimentos plurianuais federais, o que ocorre por meio da sua vinculação direta às plataformas digitais de dados geridas pelo SIOF, que consistem na maior base de dados existente sobre investimentos federais.

Também na área da infraestrutura, o TCU pode contribuir para a transformação digital em relação a serviços públicos executados sob o regime de concessões e PPPs, como ocorre nas áreas de transportes e logística, como rodovias, portos e aeroportos.

O TCU não fiscaliza diretamente a execução dos serviços, mas tem o dever de examinar, principalmente via auditorias operacionais, se a Administração tem realizado essa fiscalização de forma efetiva e eficiente. Deve, por exemplo, avaliar se o Poder Executivo tem atuado para garantir a observância, pelo concessionário, do princípio da atualidade do serviço. É o que determina o art. 6º, §2º, da Lei de Concessões (Lei nº 8.987/1995), segundo o qual “a atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço”.

Do ponto de vista de inovações em tecnologia, como aponta Gasparini, “esse requisito obriga a uma constante atualização tecnológica dos serviços públicos. O prestador, em razão disso, vê-se obrigado a oferecer à coletividade de usuários o que há de melhor, dentro das possibilidades da outorga”³³². Como exemplo, pode-se citar a substituição de praças físicas de pedágios por pedágios eletrônicos (*free flow*) em

³³¹ PEREIRA, Flávia Pedrosa; SILVA, Eduardo Rodrigues da; PAVANI, Ismael. Investimentos plurianuais: planejando a infraestrutura para o desenvolvimento. In: LEMOS, Leany; MENEZES, Daiane; SERVO, Luciana (orgs.). *Reconstrução do planejamento nacional*. Brasília: Ministério do Planejamento e Orçamento, 2024, p. 227-228.

³³² GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 303.

rodovias federais, o que tem o potencial de reduzir custos ao concessionário e, com isso, de diminuir o preço das tarifas cobradas dos usuários.

De todo modo, o dever de inovação precisa ser compatibilizado com outras diretrizes igualmente importantes para o atendimento ao interesse público. A Lei do Governo Digital não impõe uma busca por modernização irracional, desproporcional e irrazoável.

E os serviços em infraestrutura sob o regime de concessão ou PPP também são um bom exemplo para demonstrar isso. Nesses casos, a inovação para a atualidade dos serviços deve ser equilibrada com o dever legal de promover a modicidade tarifária, princípio que impõe a utilização de tarifas em valores acessíveis, possibilitando sua fruição a todos os usuários³³³.

Ao se exigir inovação do concessionário, deve-se ter a cautela de não gerar aumento de tarifa que inviabilize a utilização do serviço público pelos usuários. Como adverte Dal Pozzo³³⁴, a alteração no modo de prestação do serviço que elevar as tarifas do serviço deve ser submetida a uma prévia ponderação da Administração sobre os impactos negativos e positivos da mudança pretendida.

Por isso, em serviços de infraestrutura concedidos, cabe ao TCU intervir se identificar que a Administração é negligente em exigir do concessionário inovações tecnológicas para a melhoria dos serviços, mas também se verificar que eventuais alterações na forma da execução dos serviços, embora implementadas por avanços tecnológicos, promovem custos insustentáveis à Administração ou aos usuários.

2.4.2 Novos mecanismos para as ações de controle

Por outro lado, um segundo aspecto relevante a ser analisado sobre o tema do Estado digital e o controle externo sobre políticas públicas são as mudanças provocadas no modo como se exercem as atividades de controle, isto é, os instrumentos de inovação a serem adotados pelos tribunais de contas.

³³³ Art. 6º, §1º, da Lei nº 8.987/1995.

³³⁴ DAL POZZO, Augusto Neves. Ensaio sobre a visão contemporânea do princípio da atualidade nos serviços públicos. In: CARVALHO, Leonardo Henrique de; CLEMENTINO, Marco Bruno de Miranda; BEZERRA NETO, Bianor Arruda; LINS, Robson Maia (coords.). *O futuro do direito administrativo: estudo em homenagem ao prof. Edilson Nobre*. São Paulo: Noeses, 2023, p. 309.

Essas mudanças têm ocorrido a partir de um ponto em comum: a crescente quantidade de dados à disposição das instituições de controle externo. O principal desafio é a execução de estratégias para a eficiente utilização dessas volumosas fontes de dados (*big data*). Já em 2013, foi criada a Rede Nacional de Informações Estratégicas para o Controle Externo – InfoContas, à qual atualmente já aderiram todos os tribunais de contas brasileiros, inclusive o TCU. O objetivo é viabilizar a cooperação técnica em atividades de inteligência, por meio do intercâmbio de dados e de técnicas relacionadas ao tratamento desses dados.

A transformação digital torna mais célere e abrangente a atuação dos tribunais de contas na *mineração de dados* relevantes ao controle, isto é, análise e exploração de grandes quantidades de dados, com a identificação de elementos como: i) padrões e tendências que apontem irregularidades; ii) transações contábeis ou financeiras suspeitas; iii) aumentos desproporcionais de patrimônios de agentes públicos, e; iv) inconsistências decorrente do cruzamento de informações entre os diferentes bancos de dados.

A maior celeridade e abrangência no processamento de dados têm especial efeitos no *microcontrole externo* exercido pelos tribunais de contas – por meio do qual, como analisado, se realizam auditorias e fiscalizações, de forma atomizada, sobre despesas, licitações ou contratos, especialmente por meio de um controle de conformidade, a fim de fiscalizar a legalidade e a regularidade no uso dos recursos públicos em situações específicas.

Com isso, cria-se maior capacidade para técnicos e julgadores alocarem seu foco em atividades do *macrocontrole externo*, de forma a priorizar atuação do controle externo sobre problemas complexos e estruturais do ponto de vista social, econômico, financeiro ou ambiental, com o objetivo de ajudar a construir as possíveis soluções para o aperfeiçoamento de políticas públicas.

Em relação ao TCU, diferentes iniciativas demonstram que a transformação digital das atividades de controle tem sido uma de suas prioridades³³⁵. A Corte intensificou o desenvolvimento e o uso de robôs e de sistemas de inteligência artificial.

³³⁵ Cf. SILVA, Wesley Vaz. Os pilares da estratégia de análise de dados e consumo de informações no TCU. *Revista do TCU*, Brasília, ano 48, n. 137, p. 13-16, set./dez. 2016.

Desde 2018, três robôs são utilizados para promover o processamento, checagem e cruzamento de dados constantes em mais de uma centena de bases de dados do setor público: Alice, Mônica e Sofia.

O Robô Alice atua na análise de editais de licitação processadas pelos órgãos federais. Os resultados das análises, baseadas em dados publicados no diário oficial da União e portais eletrônicos de compras públicas, são enviados diariamente para os auditores do TCU, com apontamento de indícios de fraudes.

Já o Robô Mônica possibilita à equipe de auditoria um panorama sobre compras públicas a nível federal, evidenciando os serviços e bens mais frequentemente adquiridos pela Administração e os fornecedores mais frequentemente contratados.

Por sua vez, o Robô Sofia realiza revisões dos trabalhos da auditoria, com sugestões de aprimoramento e indicação de possíveis erros nos relatórios e documentos técnicos elaborados por auditores³³⁶.

Em junho de 2023, a Corte implementou o ChatTCU, baseado no conhecido ChatGPT (desenvolvido pelo laboratório OpenAI)³³⁷, para apoiar os técnicos e julgadores na produção de manifestações e decisões, adaptações de linguagem, traduções e análises das ações da Administração. Em 2024, publicou guia próprio para uso de IA pelos servidores do Tribunal³³⁸.

Do ponto de vista do macrocontrole, a transformação digital tem possibilitado uma performance mais eficiente do TCU na fiscalização de políticas públicas, sobretudo em matéria de infraestrutura. Exemplo disso ocorreu já em 2015, por meio do Acórdão nº 1.421/2015³³⁹. Trata-se de um caso paradigmático na atuação do TCU para o controle à distância de projetos de engenharia vinculados ao Projeto de

³³⁶ GOMES, Helton Simões. Como as robôs Alice, Sofia e Monica ajudam o TCU a caçar irregularidades em licitações. *GI*, São Paulo, 18 de março de 2018.

³³⁷ Esses sistemas representam modelos de linguagem de grande escala (*large language models* – LLMs), que são formas de inteligência artificial que captam grandes volumes de dados disponíveis na internet, de modo a assimilar padrões comuns de linguagem para a geração e alteração de textos.

³³⁸ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. *Guia de uso de inteligência artificial generativa no Tribunal de Contas da União*. Brasília: TCU, 2024.

³³⁹ Acórdão nº 1.421/2015, Plenário, relator Min. Benjamin Zymler, julgado em 10 de junho de 2015.

Integração do Rio São Francisco – PISF, espinha dorsal das políticas públicas federais para combater a insuficiência hídrica no interior da região Nordeste³⁴⁰.

Nessa ocasião, para avaliar a execução de obras de saneamento associadas ao PISF, o TCU utilizou uma metodologia de fiscalização até então inovadora baseada na programação em linguagem de consulta estruturada (*structured query language – SQL*). Essa metodologia se destina a gerenciar de forma conjunta diferentes sistemas de bancos de dados. Possibilitou à Corte o acompanhamento à distância da execução de uma elevada quantidade de obras de saneamento executadas por meio de 142 convênios, abrangendo obras executadas simultaneamente em 399 municípios, com valores aproximados de R\$ 734 milhões.

A apuração realizada pelo TCU revelou ineficiência na implementação da referida política pública, em particular diante da incapacidade dos órgãos federais de fiscalizar adequadamente da execução das ações planejadas e o uso dos recursos federais repassados a outros entes, o que implicou em paralisações, atrasos e falhas na execução das obras³⁴¹. Inspeções *in loco* das equipes de auditoria contribuíram para confirmar os achados identificados por meio do uso de sistemas de gerenciamento de dados. Diante disso, o TCU determinou à Administração Federal a apresentação de um plano de ação para aperfeiçoar a governança no acompanhamento das obras e sanar os problemas identificados, o que foi cumprido pelos órgãos federais envolvidos³⁴².

O mencionado caso foi destacado pelo Ministro do TCU Aroldo Cedraz, em livro sobre o tema, como um modelo inovador de utilização de sistemas de tecnologia da informação para análise e processamento de dados no âmbito da fiscalização pelo

³⁴⁰ O Projeto de Integração do Rio São Francisco – PISF é um programa atualmente vinculado ao Ministério da Integração e do Desenvolvimento Regional e tem por objetivo a oferta de água para 12 milhões de habitantes do Nordeste, com a construção de dois canais que, a partir do Rio São Francisco, distribuem água para municípios no interior dos Estados de Pernambuco, da Paraíba, do Rio Grande do Norte e do Ceará.

³⁴¹ Na auditoria do TCU, com uso de sistema de gerenciamento de dados, dos 142 convênios fiscalizados, foram identificadas “obras não iniciadas, em ritmo lento ou paralisadas (em 78 convênios); convênios com objetos não concluídos com vigência vencida (55 convênios); obras com licença ambiental de instalação vencida (42 convênios); empresas com capacidade operacional incompatível com a execução da obra (18 convênios); movimentações atípicas nas contas específicas dos convênios (13 convênios) e; risco das águas do PISF serem poluídas pelo lançamento de esgoto (66 municípios)” (Acórdão nº 1.421/2015, Plenário, relator Min. Benjamin Zymler, julgado em 10 de junho de 2015).

³⁴² Conforme se extrai de consulta no Portal ConectaTCU ao Processo nº 010.945/2014-8, relator Min. Benjamin Zymler, que originou o Acórdão nº 1.421/2015.

TCU sobre políticas públicas e ações governamentais na área de infraestrutura, de modo fortalecer os seguintes aspectos do controle externo:

(i) eficácia do TCU, na medida em que é possível o acompanhamento de elevado número de convênios de obras; (ii) qualidade dos trabalhos, visto que se obtém informações de diversas fontes e empreendimentos, possibilitando uma melhor análise crítica dos resultados, além de viabilizar maior integração entre as Secexs Regionais; (iii) tempestividade, tendo em vista que os sistemas de informações são periodicamente atualizados, permitindo uma atuação mais tempestiva do TCU; (iv) com a ampla divulgação dos resultados da auditoria e a expectativa de controle gerada junto aos jurisdicionados, espera-se que o TCU sirva como indutor da conclusão das obras, impulsionando o andamento e/ou conclusão das mesmas. Dessa forma, tem-se alta repercussão social, contribuindo diretamente com a gestão pública e atendimento às necessidades da sociedade, materializadas com a conclusão das obras³⁴³.

Noutro aspecto, a grande quantidade de dados e informações no âmbito do sistema dos tribunais de contas também cria a possibilidade de adoção de estratégias para garantir o custo-benefício das ações de controle. Por meio de uma análise preditiva, a partir de dados históricos, permite-se a seleção de objetos de controle relativos a transferências voluntárias com maiores impactos e riscos, sobretudo a execução de obras públicas com recursos federais por parte de estados e municípios.

Ainda na seara da infraestrutura, inovações tecnológicas possibilitam que o controle externo atue não apenas para identificar, mas, notadamente, para *evitar* o surgimento de problemas no planejamento, no monitoramento e na implementação de ações e políticas públicas. Para tanto, os tribunais de contas têm acentuado a atuação preventiva por meio do emprego da inteligência artificial³⁴⁴. Exemplo disso é o sistema desenvolvido pelo TCE-ES para identificar obras que apresentam riscos de paralisação, a partir da análise automatizada de dados e informações sobre todos os projetos em execução em cada município, como os valores inicialmente previstos, a quantidade de obras em andamento, recursos alocados e diferenças entre cronograma físico e financeiro³⁴⁵.

³⁴³ OLIVEIRA, Aroldo Cedraz de. *O controle da Administração Pública na Era Digital*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 405.

³⁴⁴ Um panorama dos sistemas de inteligência artificial adotado até 2020 em diferentes tribunais de contas pelo país pode ser visto em: INSTITUTO RUI BARBOSA – IRB. *Uso de robôs pelos Tribunais de Contas*. IRB, Brasília, 10 de julho de 2020.

³⁴⁵ VENTURIN, Mariana Natalli Montenegro. Painel do TCE-ES que usa IA na identificação de obras que tendem a paralisar é apresentado em Cuiabá. *Portal do TCE-ES*, Espírito Santo, 23 de junho de 2023.

Ao contribuir para evitar a paralisação de empreendimento em infraestrutura, o controle externo produz resultados mais efetivos que o mero diagnóstico das obras já paralisadas – em que, normalmente, as soluções são muito mais complexas, sendo bastante comum que o contrato de execução da obra já não possua mais vigência ou que a empreiteira já tenha abandonado o empreendimento, o que dificulta sua retomada. Por isso, esse tipo de ferramenta tecnológica, que permite uma postura inovadora e preventiva do controle, deve ser estimulada e disseminada, inclusive para alcançar o controle do TCU sobre obras federais, que ainda é mercado pela avaliação de paralisações já consolidadas.

De todo modo, buscando avançar nesse tema, o TCU, em abril de 2024, iniciou procedimento para celebrar contrato público de solução inovadora – CPSI³⁴⁶ que possibilite à Corte a fiscalização em larga escala de obras públicas. Essa contratação, em seu início, abrange obras de pavimentação e calçamento, por serem executadas em locais abertos e com maior facilidade de acesso e captura de imagens. Mas, o TCU anunciou que a intenção é expandir para outros tipos de obras. O objetivo é que o Tribunal seja alertado por sistema de informação a respeito de eventuais irregularidades durante a execução de obras públicas “sem a necessidade de deslocamento de um auditor até o local, o que poupará tempo e dinheiro público, tendo em vista que muitos desses empreendimentos são realizados em municípios cujo acesso nem sempre é fácil”³⁴⁷.

Noutro giro, a transformação digital perante o sistema dos tribunais de contas também lhes permite atuar de forma colaborativa com outras instituições públicas para o alcance de objetivos comuns.

Já no ano de 2015, seis anos antes da Lei do Governo Digital que regulamenta o tema, o TCU instituiu um laboratório de inovação destinado a estabelecer um ecossistema de cooperação, de parcerias e de criatividade. Trata-se do Laboratório de Inovação do Tribunal de Contas da União – coLAB-i, que tem apresentado estudos

³⁴⁶ Disciplinado na LC nº 182/2021, conhecida como Marco Legal das *Startups* e do Empreendedorismo Inovador – MLSEI, o Contrato Público De Solução Inovadora – CPSI decorre de uma modalidade especial de licitação em que se permite à Administração testar alternativas tecnológicas desenvolvidas ou em desenvolvimento. Por meio dele, busca-se, ao mesmo tempo, resolver demandas públicas que exijam solução inovadora com emprego de tecnologia e promover a inovação no setor produtivo por meio do uso do poder de compra do Estado (art. 12, I e II, da LC nº 182/2021).

³⁴⁷ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. TCU lança licitação especial para contratação pública de solução inovadora. *Portal TCU*, Brasília, 1 de abril de 2024.

e propostas para estimular a inovação no setor público em geral. Exemplo é a criação, em 2022, da Plataforma de Compras Públicas Para Inovação – CPIN, em parceria com o Ministério do Desenvolvimento, Indústria, Comércio e Serviços – MDIC e a Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial – ABDI, com apoio do Porto Digital – laboratório pernambucano de inovação acima mencionado –, e da organização não-governamental Instituto Tellus.

A mencionada Plataforma traz orientações para a utilização de instrumentos de contratações públicas inovadoras, a exemplo da encomenda tecnológica, instituída pela Lei nº 13.243/2016 (Marco Legal da Ciência, Tecnologia e Inovação), do diálogo competitivo, previsto na Lei nº 14.133/2021 (Lei Geral de Licitações e Contratos), e dos contratos públicos para solução inovadora – CPSIs, disciplinados pela Lei Complementar nº 182/2021 (Marco Legal das Startups).

Além disso, com vistas a estabelecer relações cooperativas com outras instituições de controle, o TCU desenvolveu o LabContas, regulamentado pela Portaria TCU nº 102/2020. De acordo com o ato normativo, trata-se de “plataforma composta de bases de dados internalizadas em quaisquer de suas plataformas computacionais, catálogo de informações, ferramentas e soluções para tratamento e análise de dados destinada ao exercício das atividades de controle externo”³⁴⁸. O instrumento contém uma diversidade de base de dados que são compartilhados com os demais tribunais de contas e órgãos de controle, como o Ministério Público.

Como se percebe, constata-se uma profunda mudança na forma do exercício do controle diante da era do Estado digital. Esse fenômeno tende a ser cada vez mais intensificado. O desenvolvimento de mecanismos de transformação digital foi elencado como prioridade das atividades de controle do TCU, conforme previsto no seu plano de gestão aprovado pela Portaria nº 80/2023³⁴⁹. Essa diretriz também guia

³⁴⁸ Art. 1º, parágrafo único, da Portaria TCU nº 102/2020.

³⁴⁹ O Plano de Gestão do TCU para o período de abril de 2023 a março de 2025 previu, como uma das sete diretrizes de atuação, a transformação digital do seguinte modo: “Diretriz 5 – Transformação Digital. A transformação digital tem se mostrado uma estratégia importante para a administração pública em um cenário de restrição orçamentária e redução de quadro de pessoal, principalmente por permitir a automação de processos e a melhoria da eficiência e efetividade dos serviços prestados internamente e à população e ao Estado. Ela possibilita a simplificação de processos burocráticos, que muitas vezes são ineficientes e consomem tempo e recursos dos servidores públicos. Com a utilização de tecnologias, como inteligência artificial e automação de processos, é possível reduzir o tempo gasto em atividades repetitivas e de baixo valor agregado, liberando os servidores para atividades mais estratégicas e complexas. Para nós, órgãos de controle, a transformação digital é fundamental para garantir a transparência e a efetividade das ações governamentais. Com a utilização de tecnologias de análise de dados, por exemplo, é possível identificar possíveis irregularidades e fraudes de forma mais eficiente e rápida, contribuindo para uma maior qualidade do gasto público” (Anexo Único da Portaria TCU nº 80, de 12 de abril de 2023).

o planejamento de atuação das instituições do sistema de controle externo dos demais entes³⁵⁰.

2.4.3 Riscos da transformação digital e o papel do controle externo

Por último, um terceiro aspecto é que, a despeito dos diversos impactos positivos, o uso das novas tecnologias também pode trazer consequências indesejáveis ao interesse público (externalidades negativas) que devem ser adequadamente mapeadas e contingenciadas pelas instituições estatais, inclusive em relação ao controle externo.

Tome-se como exemplo o tema do financiamento da seguridade social no Brasil. A disseminação de sistemas automatizados (robôs) leva à extinção de empregos com funções repetitivas (como a de empacotamento de produtos) ou executadas por condutas parametrizadas (como a de atendimentos por *call center*). Embora criem outros tipos de empregos (como desenvolvedores de *softwares*), a quantidade de novas atividades não acompanha a de empregos extintos. Um *software*, desenvolvido por meia dúzia de profissionais, pode implicar na extinção de centenas de empregos de uma indústria. Some-se a isso a necessidade de maior qualificação – mais complexa, demorada e custosa – para essas novas funções.

Redução de emprego gera diminuição da arrecadação tributária, notadamente de receitas da seguridade social. Mais desemprego também aumenta a necessidade de amparo do Estado via benefícios sociais. Com isso, diminui-se a receita ao tempo em que se aumenta a despesa da seguridade social³⁵¹. Eis um dos inúmeros desafios que envolvem os pilares do Estado Social na era digital.

Por outro lado, sistemas de informação, diante de sua capacidade de executar comandos de forma rápida e em larga escala e, no caso de inteligência artificial, de

³⁵⁰ Conforme noticiado no Encontro Nacional das Corregedorias e Ouvidorias dos Tribunais de Contas – ENCO de 2022 (TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE – TCE-RN. Uso de inteligência artificial pelos tribunais faz parte do plano de trabalho definido no ENCO. *TCE-RN*, Natal, 20 de setembro de 2023).

³⁵¹ Uma reação a ser endereçada para mitigar o risco da insuficiência de sustentação financeira da previdência social, na visão de Hugo de Brito Machado Segundo, seria a criação ou aumento da tributação sobre agentes ou setores econômicos em que a substituição do trabalho humano pela IA gerasse uma lucratividade tão grande a ponto de alterar o nível de capacidade contributiva no contexto econômico desses agentes ou setores (SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. *Direito e inteligência artificial: o que os algoritmos têm a ensinar sobre interpretação, valores e justiça*. Itaituba: Editora Foco, 2023, p. 88-89).

também se desenvolver de acordo com suas próprias experiências, podem gerar efeitos socialmente indesejáveis (externalidades negativas), que vão desde a disseminação descontrolada de informações falsas e falseadas (as chamadas alucinações artificiais) à manipulação de massas para objetivos eleitorais³⁵².

O Fórum Econômico Mundial, por meio do Relatório de Riscos Globais de 2021, incluiu como alguns dos riscos de maior probabilidade e de maior impacto à sociedade global na atualidade a desigualdade digital, a concentração de poder digital e as falhas de governança em tecnologia (cibersegurança)³⁵³.

No Brasil, o tema ganhou ainda mais relevância a partir da edição, em 2021, pela Administração Federal, da Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial – EBIA, que traz diretrizes e ações para ampliar o uso de IA na Administração Federal. Some-se a isso o fato de que, conforme levantamento divulgado em 2022 pelo TCU, dos 263 órgãos e entidades federais consultados, 28% deles já utilizam alguma solução com tecnologia de IA³⁵⁴.

Quanto às atividades das instituições públicas, um dos riscos que se apresenta é a utilização de inteligência artificial baseada em algoritmos *enviesados*. Com efeito, vieses são premissas tendenciosas. Contrapõem-se à neutralidade na análise de informações. Na adoção de ferramentas de IA, vieses podem representar, por exemplo, a repetição de erros do passado, a consolidação de preconceitos ou a aversão a novas perspectivas sobre o problema analisado. Na seara do Poder Público, podem levar à prática de atos ou à tomada de decisões administrativas

³⁵² Ponderando sobre os efeitos positivos e negativos do uso de sistemas de inteligência artificial, Lavouras explica que, “por um lado, representam uma marca evolutiva da capacidade humana em criar novos mecanismos cada vez mais evolutiva da capacidade humana em criar novos mecanismos cada vez mais avançados e que permitem implementar melhorias significativas na qualidade de vida; por outro lado, entram de rompante em todas as áreas, alterando a forma como trabalhamos, como nos divertimos, os livros que lemos ou a música que ouvimos mas também as decisões de investimento que tomamos ou as escolhas relacionados com a governação política dos Estados. Estamos a falar de uma evolução verdadeiramente disruptiva, que tem a potencialidade – ainda não comprovada – de tornar o trabalho humano redundante, podendo mesmo representar ‘a última invenção humana’” (LAVOURAS, Maria Matilde. A inteligência artificial e os robôs inteligentes: emergência de um novo índice de capacidade contributiva? *Revista JULGAR*, Lisboa, n. 45, p.139-157, set./dez. 2021, p. 140).

³⁵³ FÓRUM ECONÔMICO MUNDIAL – FEM. *The global risks – Report 2021*. Genebra: FEM, 2021, p. 7.

³⁵⁴ Conforme levantamento divulgado no Acórdão nº 1.139/2022, Plenário, relator Min. Aroldo Cedraz, julgado em 25 de maio de 2022. Outras constatações interessantes do mencionado levantamento foram as seguintes: “a grande maioria das aplicações de IA desenvolvidas tiveram o objetivo de atendimento ao público interno das organizações; o principal dificultador para a implementação de soluções de IA é o baixo número de colaboradores com conhecimentos na área; outro dificultador ressaltado foi a ausência de clareza dos gestores a respeito das oportunidades de uso e dos benefícios da Inteligência Artificial; 65% das soluções de IA foram desenvolvidas por equipes próprias das organizações, e; as áreas jurídicas (Tribunais e Ministério Público) e administrativas da APF são as que mais implementaram soluções de IA” (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. *Utilização de inteligência artificial na Administração Pública Federal*. Brasília: TCU, 2022, p. 1).

equivocadas e injustas, prejudicando a efetivação de políticas públicas de forma aderente às prioridades constitucionais.

Ganha cada vez mais relevância o papel do sistema de tribunais de contas para examinar se a Administração, ao desenvolver ferramentas de IA para gestão pública, tem adotado soluções *desenviesadas* e *desenviesantes*: capazes ao, mesmo tempo, de operar sem vieses e também de auxiliar para eliminar vieses humanos já consolidados no uso de informações e nas tomadas de decisão³⁵⁵.

Sobre esse ponto, já há experiências recentes de atuação do TCU que identificaram avaliações enviesadas de dados e informações por meio de sistemas tecnológicos da Administração Federal, de modo a prejudicar as contas públicas, o atendimento a direitos dos cidadãos e a eficiência de políticas públicas.

Foi o que se verificou em auditoria do TCU sobre as atividades do Instituto Nacional de Seguro Social – INSS referentes à análise inicial de requerimentos para reconhecimento de direito a benefícios assistenciais e previdenciários. Embora o processo de auditoria do TCU tenha se iniciado em virtude da situação crônica de descumprimento dos prazos legais para a análise dos requerimentos, durante o aprofundamento das apurações, houve a constatação pelo TCU de que o INSS, ao implementar sistema de inteligência artificial para análise dos pedidos de benefícios, valeu-se de sistema dotado de algoritmo substancialmente enviesado, com forte tendência ao indeferimento diante de falhas pouco relevantes e sanáveis nos pedidos.

Para combater o problema do alto estoque de pedidos pendentes de apreciação – a chamada *fila do INSS*, que tem sido objeto de diversos procedimentos e deliberações do TCU nos últimos anos³⁵⁶ –, a Administração Federal tem substituído grande parte do trabalho de servidores por sistemas de tecnologia da informação.

A solução, por si só, não é equivocada, uma vez que tentativas recentes de ampliação do trabalho humano, inclusive com pagamento de bônus de produtividade

³⁵⁵ Assim, “não basta que a IA seja desenviesada, permanecendo imune, o mais possível, à pressão estressante das armadilhas que reproduzem, em certa medida, a psicologia humana. Dessa maneira, imprescindível a segunda parte do movimento, que consiste em tornar a IA um valioso instrumento para detectar os desvios humanos, com função desenviesante. Assim, a IA é preordenada, arquitetonicamente, a detectar e a retificar enviesamentos insidiosos, desproporcionais e iníquos, na senda da imparcialidade factível” (FREITAS, Juarez; FREITAS, Thomas Bellini. *Direito e inteligência artificial: em defesa do humano*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 98-99).

³⁵⁶ Cf. Acórdão nº 2.894/2018, julgado em 5 de dezembro de 2018, e Acórdão 2.960/2019, julgado em 4 de dezembro de 2019, ambos de relatoria do Min. André de Carvalho, e Acórdão nº 2.768/2020, relator Min. Bruno Dantas, julgado em 14 de dezembro de 2020, todos do Plenário.

para servidores, não foram suficientes para resolver o grave problema da fila do INSS³⁵⁷. Portanto, investimentos em transformação digital, sem dúvida, podem ser alternativa eficiente a ser adotada pela Administração para a entrega de melhores serviços na área da seguridade social. O próprio TCU já havia recomendado ao INSS a adoção de medidas para aumentar o uso de sistemas tecnológicos na análise de documentos sobre requerimentos e recursos administrativos sobre benefícios sociais e previdenciários – oportunidade em que o Tribunal também alertou que “a IA deve ser usada de forma cuidadosa e transparente, garantindo a proteção dos direitos dos solicitantes e a justiça nas decisões previdenciárias”³⁵⁸.

Ocorre que o INSS promoveu a implementação de sistemas de informação sem adequado planejamento e gestão. Houve uma larga abrangência das análises automatizadas de pedidos ao mesmo tempo em que se verificou a gradativa queda dos recursos aplicados em tecnologia de informação no âmbito do INSS: de R\$ 547 milhões, em 2017, para R\$ 363 milhões, em 2021³⁵⁹. Essa queda de recursos na área de TI se deu justamente em período que demandava a necessidade de ampliação dos serviços digitais diante do contexto de distanciamento social causado pela pandemia da Covid-19.

Foi nesse contexto que o TCU identificou uma análise enviesada dos sistemas de informação utilizados pelo INSS, que tendem a realizar indeferimentos mesmo quando há o direito de concessão de benefícios. O sistema supervaloriza falhas formais e com pouca relevância e desconsidera informações cadastrais que poderiam ser completadas ou corrigidas diretamente pela Administração por consultas a outros bancos de dados públicos ou por meio de solicitações de diligências aos requerentes.

Diante disso, a Corte de Contas federal constatou elevado número de indeferimentos desnecessários, de modo a submeter indevidamente os requerentes à necessidade de interpor recursos administrativos, de renovar pedidos ou de judicializar a questão.

³⁵⁷ MARTELLO, Alexandro. Para reduzir fila do INSS, governo institui gratificação a servidores por processo analisado. *GI*, Brasília, 26 de abril de 2022.

³⁵⁸ Acórdão nº 514/2023, Plenário, relator Min. Aroldo Cedraz, julgado em 22 de março de 2023.

³⁵⁹ Acórdão nº 2.150/2023, Plenário, relator Min. Aroldo Cedraz, julgado em 25 de outubro de 2023.

O 28º Boletim Estatístico da Previdência Social indica que, em janeiro de 2023, a cada quatro benefícios solicitados, três foram indeferidos³⁶⁰. O cenário sugere que o INSS substituiu *uma análise demorada* de pedidos por uma espécie de *indeferimento automático* de requerimentos.

Esse uso sem planejamento de sistemas de informática trouxe impactos negativos não só ao cidadão e às políticas assistenciais e previdenciárias, como ao caixa do próprio INSS. Conforme constatou o TCU, os indeferimentos desnecessários aumentaram os juros a serem pagos pela Autarquia diante da concessão intempestiva, bem como os custos com condenações judiciais, comprometendo ainda mais os recursos destinados ao financiamento de benefícios sociais e previdenciários.

Por isso, a Corte de Contas federal, embora tenha reconhecido a potencialidade do uso de inteligência artificial e de sistemas de análises de dados para amenizar as deficiências administrativas na análise dos pedidos de benefícios assistenciais e previdenciários, apontou que os sistemas de IA e os robôs “atualmente responsáveis por análise de parte dos pedidos de concessão de benefícios devem ter sua lógica alterada para buscar sanar, sempre que possível, eventuais faltas de informações com a devida busca dos dados necessários em sistemas próprios do INSS e de outros órgãos”³⁶¹.

Dessa forma, no contexto de um Estado digital, é preciso que haja auditabilidade e adaptabilidade de algoritmos e das bases de dados que conduzem sistemas de informação automatizados ou de inteligência artificial. E, nesse tema, instituições de controle como os tribunais de contas detêm importante desafio. Devem ser capazes de verificar e avaliar não apenas os resultados obtidos pelos mecanismos de transformação digital, mas também a sua estrutura e a forma como operam, de forma a induzir e – em casos mais graves – determinar que a Administração realize os aprimoramentos necessários.

A partir dessa nova perspectiva para as atividades do controle externo, uma boa prática implementada pelo TCU foi a disponibilização para seus membros e servidores do Tribunal e de outros tribunais de contas de cursos de especialização

³⁶⁰ MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL – MPS. *Boletim Estatístico da Previdência Social – Janeiro 2023 – Volume 28 – Número 01*. Brasília: MPS, 2023.

³⁶¹ Acórdão nº 2.150/2023, Plenário, relator Min. Aroldo Cedraz, julgado em 25 de outubro de 2023.

(pós-graduação *lato sensu*) em “análise de dados para o controle”³⁶² e em controle sobre “tecnologias para inovação”³⁶³. A qualificação técnica nessas áreas dos julgadores e das equipes de auditoria é fundamental para que o sistema de tribunais de contas contribua para o aperfeiçoamento dos mecanismos de transformação digital do Estado brasileiro.

Juarez Freitas e Thomas Bellini Freitas³⁶⁴ apresentam uma interessante proposta de protocolo ético-jurídico sobre a gestão de riscos no uso de inovações tecnológicas pela Administração Pública e que podem servir de balizas para a atuação do controle externo sobre o tema. Segundo os autores, esse protocolo é representado pelas seguintes diretrizes: i) indelegabilidade da decisão intrinsecamente humana; ii) dignidade da vida; iii) diversidade e privacidade; iv) bem-estar multidimensional, ecossistêmico, intergeracional; v) escrutínio de impactos diretos e indiretos (externalidades); vi) transparência (ativa e passiva) e explicabilidade; vii) segurança preventiva e precavida; viii) responsabilidade e proporcionalidade (legitimidade, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito); ix) instrumentalidade teleológica e identificabilidade; x) sustentabilidade, e; xi) supervisão humana e reversibilidade.

Inclusive, assimilando grande parte dessas diretrizes para mitigar os riscos da transformação digital ao direito dos cidadãos e à eficiência de políticas públicas, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei – PL nº 2.338/2023, que se destina a criar um ambiente regulatório para o desenvolvimento e utilização segura da inteligência artificial no Brasil. O projeto, que já foi objeto de audiências públicas e de contribuições de comissão especial de juristas, tem como objetivo estabelecer normas para proteger “direitos fundamentais e garantir a implementação de sistemas seguros

³⁶² TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. *Programa de Pós-Graduação – Especialização em Análise de Dados para o Controle*. Brasília: Instituto Serzedello Corrêa – Escola Superior do TCU, 2018. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/ead/course/info.php?id=696>>. Acesso em: 7 abr. 2024.

³⁶³ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. *Programa de Pós-Graduação – Especialização em Controle Governamental: Tecnologias para Inovação*. Brasília: Instituto Serzedello Corrêa – Escola Superior do TCU, 2024. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/educacao-corporativa/pos-graduacao-e-pesquisa/cursos/especializacao-em-controle-governamental-tecnologias-para-inovacao.htm>>. Acesso em: 7 abr. 2024.

³⁶⁴ FREITAS, Juarez; FREITAS, Thomas Bellini. *Direito e inteligência artificial: em defesa do humano*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 73-92.

e confiáveis, em benefício da pessoa humana, do regime democrático e do desenvolvimento científico e tecnológico”³⁶⁵.

O PL nº 2.338/2023 garante a todas as pessoas impactadas por sistemas de IA, por exemplo, os direitos: i) à informação prévia quanto às suas interações com sistemas de inteligência artificial; ii) à explicação sobre a decisão, recomendação ou previsão tomada por sistemas de inteligência artificial; iii) a contestar decisões ou previsões de sistemas de inteligência artificial que produzam efeitos jurídicos ou que impactem de maneira significativa os interesses do afetado; iv) à determinação e à participação humana em decisões de sistemas de inteligência artificial, levando-se em conta o contexto e o estado da arte do desenvolvimento tecnológico; v) à não-discriminação e à correção de vieses discriminatórios diretos, indiretos, ilegais ou abusivos; e vi) à privacidade e à proteção de dados pessoais, conforme a legislação sobre a matéria³⁶⁶.

O TCU também tem revelado movimentos para lidar com o tema internamente, diante das próprias atividades de controle. Em maio de 2023, anunciou a criação do seu Núcleo de Inteligência Artificial – NIA, com o objetivo de fomentar, mas também de estabelecer condições para o uso responsável e ético da utilização da inteligência artificial no âmbito daquele Tribunal³⁶⁷.

Desse modo, a transformação digital, especialmente após a Lei do Governo Digital, parece ser caminho sem retorno no contexto da Administração Pública e dos órgãos de controle. Por meio dela, políticas públicas podem ser melhor planejadas e executadas, com o alcance de resultados mais eficientes e transparentes.

No entanto, como toda mudança de rota, instrumentos de transformação digital como robôs e a inteligência artificial devem ser implementados com um adequado planejamento, que abranja o mapeamento, o contingenciamento de riscos e a própria

³⁶⁵ Art. 1º do PL nº 2.338/2023. O seu art. 4º, I, conceitua sistema de inteligência artificial como “sistema computacional, com graus diferentes de autonomia, desenhado para inferir como atingir um dado conjunto de objetivos, utilizando abordagens baseadas em aprendizagem de máquina e/ou lógica e representação do conhecimento, por meio de dados de entrada provenientes de máquinas ou humanos, com o objetivo de produzir previsões, recomendações ou decisões que possam influenciar o ambiente virtual ou real”. Com objetivo similar, tramita na Assembleia Legislativa do Estado de Alagoas, o Projeto de Lei nº 604/2023, de iniciativa do Chefe do Poder Executivo Estadual, que “estabelece os princípios e diretrizes para o uso da inteligência artificial no âmbito da Administração Pública estadual”.

³⁶⁶ Art. 5º do PL nº 2.338/2023.

³⁶⁷ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. Núcleo de Inteligência Artificial vai enfrentar os novos desafios da era digital. *Portal TCU*, Brasília, 5 de maio de 2023.

auditabilidade dos algoritmos que lhes servem de guia. O sistema de tribunais de contas, notadamente o TCU, assume papel fundamental para a consagração, de forma eficiente, transparente e ética, do Estado digital brasileiro.

3 INFRAESTRUTURA E TCU:

INSTRUMENTOS DE CONTROLE SOB ENFOQUES ATUAIS

3.1 Infraestrutura pública

3.1.1 Conceito, características e termos correlatos

O termo *infraestrutura* tem origem latina e advém da união do prefixo *infra*, que significa uma posição ou lugar abaixo, inferior, de suporte, com o verbo *struere*, que corresponde ao ato de reunir, erguer, criar. O dicionário *Michaelis* o define como “base necessária e indispensável para uma edificação se erguer e se manter erguida”³⁶⁸. A expressão, assim, está intimamente vinculada a um suporte para que algo possa se sustentar.

No contexto da esfera pública, Gilberto Bercovici³⁶⁹ caracteriza a infraestrutura como um dos principais meios para o cumprimento de objetivos da coletividade. Não se trata de um fim em si mesmo. São pré-condições para que atividades fundamentais possam se desenvolver no seio da sociedade.

Sob um prisma econômico, autores como Hirschman³⁷⁰ entendem a infraestrutura como *capital fixo social* (CFS), que corresponde à parcela da riqueza que confere base ao desenvolvimento das demais atividades produtivas, especialmente os investimentos privados (atividades diretamente produtivas – ADPs). Na mesma linha, nas palavras de Luís Fernando Massonetto, a infraestrutura detém “íntima relação com o capital industrial, constituindo-se em um insumo importante para o aumento da produtividade de fatores, para o crescimento econômico e como parte da estratégia de desenvolvimento nacional”³⁷¹.

³⁶⁸ MICHAELIS DICIONÁRIO BRASILEIRO DA LÍNGUA PORTUGUESA. *Infraestrutura*. São Paulo: Editora Melhoramento, 2022.

³⁶⁹ BERCOVICI, Gilberto. *Infraestrutura e Desenvolvimento*. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael (coords.). *Elementos de Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015, p. 17-26.

³⁷⁰ HIRSCHMAN, Albert Otto. *Estratégia do desenvolvimento econômico*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961, p. 132-135.

³⁷¹ MASSONETTO, Luís Fernando. Aspectos macrojurídicos do financiamento da infraestrutura. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael (coords.). *Elementos de Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015, p. 35.

Como esclarece Igor Rocha³⁷², de modo geral, a infraestrutura é dividida em duas espécies principais: a econômica e a social. De um lado, a *infraestrutura econômica* se relaciona aos projetos destinados a fornecer uma base para o desenvolvimento de atividades econômicas e circulação de bens e pessoas. É o caso dos empreendimentos em rodovias, ferrovias, portos e aeroportos. De outro, a *infraestrutura social* se destina ao bem-estar da população, por meio de estruturas para a prestação de serviços públicos. São, por exemplo, as obras de construção de escolas, de hospitais e de parques³⁷³.

Todas essas concepções convergem para um elemento central na caracterização da infraestrutura: a *artificialidade*. A infraestrutura se revela por alterações humanas realizadas na natureza, com vistas a viabilizar a execução de atividades e serviços de interesse da coletividade. Por isso, um rio não é infraestrutura. Mas, o transporte hidroviário e suas estruturas o são. O ar não é infraestrutura. Mas, o transporte aéreo e suas estruturas sim.

Do ponto de vista jurídico-normativo, não há uma definição expressa na legislação brasileira da infraestrutura. Dal Pozzo propõe um conceito jurídico segundo o qual a infraestrutura se divide, de um lado, nos *meios físicos* de infraestrutura (como pontes, rodovias, ferrovias), que correspondem a ativos públicos, e, por outro lado, na *atividade infraestrutural*, entendida como as iniciativas do Estado ou de seu delegatário que detêm o propósito de desenvolvimento econômico-social, por meio de um regime administrativo próprio (como contratações de obras e exploração de serviços públicos). Em suas palavras,

os meios físicos em que a atividade de infraestrutura se desenvolve são havidos como 'ativos públicos', cuja finalidade é a de permitir que se realize a atividade de infraestrutura. Essa atividade detém outro propósito: a de promover concretamente o desenvolvimento econômico-social, sob um regime jurídico administrativo próprio.

Na medida em que essa atividade tem finalidades próprias, métodos de avaliação peculiares, princípios e regras jurídicas específicos que conformam um sistema harmônico e coerente, pensamos que tal constatação não mais permite uma *visão binária*, que descola essas

³⁷² ROCHA, Igor. Infraestrutura: diagnóstico e propostas. In: SALTO, Felipe; VILLAVERDE, João; KARPUSKA, Laura (orgs.). *Reconstrução: o Brasil nos anos 20*. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 435.

³⁷³ Numa perspectiva diversa, pode-se falar também em *infraestrutura humana*, entendida como o conjunto de condições mínimas para a subsistência e desenvolvimento das pessoas. É o que ocorre com programas de proteção social como o bolsa-família. Essa visão da infraestrutura, embora dotada de grande relevância para objetivos fundamentais da República, sobretudo a eliminação da miséria e o combate à pobreza, não será objeto da análise neste trabalho, que tem como foco políticas, programas e investimentos relacionados às infraestruturas econômica e social.

realidades jurídicas, sem que isso anule suas mútuas inter-relações e interferências.

[...] Infraestrutura é a atividade administrativa que o Estado ou quem lhe faça as vezes, tem o dever de realizar, consistente em prover, manter e operar ativos públicos de modo a oferecer um benefício à coletividade, tendo em vista a finalidade de promover concretamente o desenvolvimento econômico e social, sob um regime jurídico-administrativo³⁷⁴.

Detalhando esse entendimento, o autor³⁷⁵ explica que o conceito jurídico de infraestrutura está apoiado em quatro elementos centrais: a) subjetivo; b) objetivo; c) teleológico, e; d) formal. O *elemento subjetivo* consiste na caracterização de que a infraestrutura é atividade administrativa desempenhada sempre pelo Estado, ainda que com auxílio ou delegação a particulares. O *elemento objetivo* consiste na adoção de medidas para que os meios físicos e todo o potencial de serviços e benefícios socioeconômicos sejam alcançados pela sociedade. O *elemento teleológico* aponta para a ideia de que a infraestrutura não se limita a ampliar ativos estatais, mas se destina a, por meio deles, promover o desenvolvimento econômico e social de nossa sociedade – objetivo fundamental da República, previsto no art. 3º, II, da Constituição. Por fim, o *elemento formal* significa que a infraestrutura está submetida ao regime jurídico-administrativo, isto é, deve observar os princípios e regras inerentes ao Direito Administrativo, em busca do interesse público.

A complexidade das relações jurídicas e do quadro normativo relacionado ao tema faz alguns autores defenderem o surgimento de uma nova área de especialidade das Ciências Jurídicas: o *Direito da Infraestrutura*. Para André Castro Carvalho³⁷⁶, “seria um ramo de estudo relacionado a qualquer tipo de relação jurídica que envolva as infraestruturas públicas, seja por meio de investimentos públicos e privados”. Desse modo, tem como objeto de estudo não só o arcabouço jurídico para alocação de recursos públicos (investimentos públicos diretos), mas também para captação e aplicação de recursos privados (como ocorre por meio das concessões comuns e parcerias público-privadas).

³⁷⁴ DAL POZZO, Augusto Neves. *O Direito Administrativo da Infraestrutura*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020, p. 68-69.

³⁷⁵ DAL POZZO, Augusto Neves. *O Direito Administrativo da Infraestrutura*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020, p. 69-109.

³⁷⁶ CARVALHO, André Castro. *Direito da infraestrutura: perspectiva pública*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 109.

Do ponto de vista orçamentário, os recursos aplicados em infraestrutura podem ser caracterizados de diferentes modos. No entanto, a principal óptica utilizada neste trabalho parte de uma classificação de despesas segundo sua categoria econômica. Conforme a Lei nº 4.320/1964, as despesas orçamentárias para a execução de obras públicas são consideradas como *investimentos públicos*. Fazem parte do gênero *despesas de capital*, que são os gastos para a geração de novos bens ou serviços que integrarão o patrimônio público, isto é, que contribuem para a formação de bens de capitais. De todo modo, construída a estrutura pública, como um novo aeroporto, os gastos com seu custeio também podem ser entendidos como despesas com infraestrutura. Nesse caso, a Lei nº 4.320/1964 classifica tais dispêndios como *despesa corrente*, que são os gastos de manutenção e funcionamento dos serviços públicos³⁷⁷.

Diante dessas características, neste trabalho, entende-se infraestrutura como *o conjunto de estruturas, instalações e serviços, executados diretamente pelo Poder Público ou pela iniciativa privada sob ordem ou regulação daquele, que representa alterações nos meios físicos com o objetivo de fornecer as bases e as condições para o desenvolvimento e a formação de novos bens, serviços e atividades de interesse público nas mais diferentes ópticas (como a social, a econômica e a ambiental)*.

Perceba-se que o conceito aqui utilizado possui uma perspectiva notoriamente pública, isto é, versa sobre a *infraestrutura pública*, planejada, conduzida e regulada para atender o interesse público. Difere da infraestrutura privada, que é de iniciativa e de interesse preponderante de particulares e agentes econômicos, como seria o caso da construção de condomínios residenciais e obras em propriedades particulares – embora essas ações também possam ser induzidas por meio de políticas públicas, como ocorre com os incentivos fiscais para a construção civil de forma geral.

Sob esse prisma público, a infraestrutura se particulariza por, normalmente, demandar projetos complexos, que envolvem investimentos de grandes vultos durante longos períodos. Por isso, requer o desenho de políticas públicas a partir de uma percepção ampla e estratégica das necessidades do país e que resistam a uma visão casuística de curto prazo. Essa condução estatal envolve planejamento e execução de medidas que reclamam “arranjos regulatórios, crédito de longo prazo complexo,

³⁷⁷ Cf. arts. 12, 13 e 20 da Lei nº 4.320/1964.

recursos humanos especializados, longo prazo de instalação e maturação”, os quais “exigem alta capacidade de coordenação e gestão pública de infraestrutura”³⁷⁸. Por isso, o conceito de infraestrutura aqui estudado está diretamente vinculado ao adequado planejamento estatal.

De forma mais específica, a expressão *projetos de infraestrutura*, utilizada neste trabalho, abrange as diferentes ações e serviços na área da infraestrutura pública, como atividades de: execução, estudo, projeto, fiscalização de obras públicas e serviços de engenharia, bem como execução, exploração, requalificação e ampliação de serviços públicos na área da infraestrutura. A expressão abrange tanto os projetos executados diretamente pelo Poder Público, por investimentos públicos, como aqueles concretizados por particulares sob delegação e regulação estatal, por meio da captação de recursos privados, como no caso das concessões de serviços públicos.

Por sua vez, o conceito adotado neste trabalho de *obras* é mais restrito. Utiliza-se aquele estabelecido pela Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/2021): toda atividade estabelecida, por força de lei, como privativa das profissões de arquiteto e engenheiro que implica intervenção no meio ambiente por meio de um conjunto harmônico de ações que, agregadas, formam um todo que inova o espaço físico da natureza ou acarreta alteração substancial das características originais de bem imóvel³⁷⁹.

3.1.2 Infraestrutura, planejamento e desenvolvimento: reflexões sobre o Brasil perante conjunturas atuais

No prisma do *dever constitucional do adequado planejamento*, estudado em capítulo anterior, o Estado tem na infraestrutura um dos principais instrumentos para atingir sua missão de estabelecer uma visão de futuro apta a conectar todos os setores envolvidos para o processo de desenvolvimento³⁸⁰.

³⁷⁸ BRANDÃO, Carlos; WERNER, Deborah. Infraestrutura e produção social do espaço: anotações sobre suas principais mediações teóricas. *Revista Brasileira de Gestão e Desenvolvimento Regional*, Taubaté, v. 15, n. 5, p. 287-301, set-dez/2019, p. 289-290.

³⁷⁹ Art. 6º, XII, da Lei nº 14.133/2021.

³⁸⁰ LÜBKE, Mariane Yuri Shiohara. *Planejamento multidimensional e desenvolvimento sustentável*. Curitiba: Íthala, 2022, p. 175.

Ao mesmo tempo, a infraestrutura, para efetivamente transformar a realidade socioeconômica da sociedade, depende de elevados investimentos e de ações sistematizadas para o alcance de resultados no curto, médio e longo prazo³⁸¹. Assim, desenvolvimento, planejamento e infraestrutura caminham por estradas muito próximas, que possuem no Estado o principal ponto de interseção.

Para compreender a interrelação entre esses elementos, é preciso ter em mente que o Estado é imprescindível ao capitalismo. Mostra-se necessário à criação e ao regular desenvolvimento de atividades econômicas³⁸². Isso se revela, por exemplo, diante de sua função de emitir e estabilizar a moeda, zelar por um sistema financeiro sólido, eficiente e competitivo, preservar contratos, dirimir litígios, proteger a segurança jurídica, a previsibilidade e a estabilidade das relações, combater monopólios e outras falhas de mercado e, em determinados casos, induzir a ordem econômica, como faz ao conceder benefícios fiscais, creditícios e financeiros.

No setor da infraestrutura, essa relevância do Estado para o desenvolvimento ganha especiais contornos: revela-se como mola propulsora das atividades econômicas. Não há exagero nas palavras de Gilberto Bercovici³⁸³, ao afirmar que “toda e qualquer decisão sobre infraestrutura é uma decisão política, inserida na estratégia estatal de promoção do desenvolvimento”. Como consequência, conclui o autor, a infraestrutura se caracteriza como um “monopólio natural controlado pelo Estado”.

O significado de infraestrutura, segundo Scaff³⁸⁴, “encontra-se vinculado ao conceito de *estratégia política e econômica*, e deve ser determinado de acordo com o país e o momento histórico em que se analisa”. Assim, políticas públicas de infraestrutura dependem de um planejamento nacional permanente e duradouro, mas com estratégias dinâmicas.

³⁸¹ GABARDO, Emerson; CORCOVADO, João Miguel França. Infraestrutura e planejamento como instrumentos da promoção do desenvolvimento econômico sustentável. In: BROCHADO, Maria; BATISTA JÚNIOR, Onofre (orgs.). *Direito administrativo entre tradição e transformação: os desafios da gestão pública no Estado de Direito contemporâneo – uma homenagem a Cristiana Fortini*. Belo Horizonte: Dialética, 2023, p. 287-300.

³⁸² GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 30-32.

³⁸³ Por tudo, ver: BERCOVICI, Gilberto. *Infraestrutura e Desenvolvimento*. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael (coords.). *Elementos de Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015, p. 21-22.

³⁸⁴ SCAFF, Fernando Facury. O controle público de projetos de infraestrutura. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael (coords.). *Elementos de Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015, p. 278.

Também são instrumentos decisivos de planejamento regional e setorial, sobretudo para implementar o pioneirismo do Estado que se faz necessário, em muitos casos, para desenvolver determinada localidade ou setor econômico. Por isso, o Estado, quando atua na infraestrutura, como complementa o mencionado autor³⁸⁵, “não é um *tertius* agindo onde a iniciativa privada não quer, mas é um *títere* da iniciativa privada, agindo onde ela determina que ele ingresse antes, desbastando fronteiras econômicas e integrando mercados”.

As políticas públicas de infraestrutura possuem relevância central para criar condições para o desenvolvimento da iniciativa privada, alterando a realidade de regiões e setores até então pouco atrativos economicamente. Essa atuação desbravadora e fomentadora do Estado por meio da infraestrutura já se revelou sob diferentes formas no Brasil. Tem contribuído para, diante de um mundo globalizado e de economias interligadas, viabilizar a competitividade de produtos brasileiros no mercado internacional, de modo a favorecer o aumento do PIB e a balança comercial.

Foi o que ocorreu diante do hoje potente setor de agronegócio brasileiro, especialmente no Centro-Oeste, região que, até décadas atrás, marcava-se por suas localidades isoladas e de baixa produtividade. A importância atual do setor e da região na economia do Brasil foi construída, entre outras ações estatais, por agressivos projetos de infraestrutura, que abrangeram desde a construção da capital federal à implantação da logística de escoamento da produção, a exemplo de estradas, ferrovias e portos, embora ainda existam gargalos a serem resolvidos³⁸⁶.

Outro exemplo é a área de petróleo e gás. O Estado brasileiro, por meio do pioneirismo da Petrobrás, desenvolveu infraestrutura e eficientes processos de exploração, que têm criado oportunidades para novos agentes econômicos atuarem o setor³⁸⁷.

Investimentos em infraestrutura produzem efeitos diretos e indiretos, bem como presentes e futuros, em prol do desenvolvimento³⁸⁸. De forma imediata, no curto

³⁸⁵ SCAFF, Fernando Facury. O controle público de projetos de infraestrutura. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael (coords.). *Elementos de Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015, p. 279.

³⁸⁶ Cf. FREITAG, Patricia; FARIA, Rodrigo Santos de. O planejamento regional no Centro-Oeste brasileiro: ações da SUDECO e a região geoeconômica de Brasília. *Risco – Revista de Pesquisa em Arquitetura e Urbanismo do Instituto de Arquitetura e Urbanismo – IAU-USP*, São Carlos, v. 19, p. 1-21, 2021.

³⁸⁷ Cf. LEÃO, Rodrigo; NOZAKI, William. A Petrobras no mar: uma história de incertezas e sucessos orientados pelo Estado Nacional. In: SILVA, Mauro Santos; SCHMIDT, Flávia de Holanda; KLIASS, Paulo (orgs.). *Empresas estatais: políticas públicas, governança e desempenho*. Brasília: IPEA, 2019, p. 297-365.

³⁸⁸ Sobre os efeitos de investimentos de infraestrutura na estratégia de desenvolvimento econômico, ver:

prazo, projetos de infraestrutura, como uma rodovia ou um aeroporto, por utilizarem grandes quantidades de materiais e serviços, estimulam diretamente a criação e ampliação de uma cadeia de fornecedores de insumos e de prestadores de serviços para a execução dos empreendimentos. Essa cadeia produtiva, naturalmente, é acompanhada de contratações de mão de obra direta ou indiretamente vinculadas aos projetos, gerando empregos e incrementos à economia da região.

No médio e longo prazo, após sua efetiva implementação, projetos e equipamentos de infraestrutura tornam mais eficiente a exploração de atividades econômicas, a exemplo de melhorias e ampliação na circulação de pessoas e mercadorias, o que contribui para um horizonte de crescimento econômico e geração de empregos.

Quando comparados a nações desenvolvidas, os países em desenvolvimento, como o Brasil, verificam impactos sociais e econômicos positivos ainda mais intensos em decorrência dos investimentos públicos em infraestrutura.

Essa conclusão foi evidenciada em estudo publicado pelo FMI³⁸⁹, em 2021, baseado num conjunto de dados de quase duas décadas, referentes a mais de 5.600 empresas da área de infraestrutura de 41 países com diferentes níveis de desenvolvimento. Por exemplo, na área de saneamento básico, para cada U\$ 1 milhão de investimento público, são criados cerca de 54 empregos em países subdesenvolvidos, 35 empregos em nações emergentes e 8 empregos em países já desenvolvidos.

Ainda sobre o contexto global atual, impulsionadas pela emergencialidade da atual crise climática vivenciada pelo planeta³⁹⁰, crescem as iniciativas ao redor do mundo para incentivar setores vinculados à economia verde como instrumento de desenvolvimento econômico sustentável. Sob essa perspectiva, investimentos em infraestrutura sustentável passam a ser encarados não apenas como mecanismos

HIRSCHMAN, Albert. *The Strategy of Economic Development*. New Haven: Yale University Press, 1958.

³⁸⁹ FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL – FMI. *IMF Working Paper – The Direct Employment Impact of Public Investment*. FMI: Washington DC., 2021, p. 10.

³⁹⁰ Impactos antropogênicos têm gerado condições meteorológicas e climáticas extremas, especialmente diante do aquecimento da temperatura do planeta. Conforme relatório do Painel Intergovernamental sobre Mudança do Clima (IPCC, da sigla em inglês), vinculado à ONU e à Organização Meteorológica Mundial (OMM), entre 2011-2020, a temperatura da superfície global foi em média 1,1°C mais quente do que a média pré-industrial entre 1850 e 1900 (INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE – IPPC. *Climate Change 2023: Synthesis report – Summary for policymakers*. Genebra: IPPC, 2023).

para frear as mudanças climáticas; têm ganhado protagonismo, cada vez maior, para a geração de riqueza para as nações.

O estudo do FMI, acima mencionado, também demonstrou que investimentos públicos em infraestrutura sustentável são uma das principais formas dos países gerarem empregos, com resultados muito superiores a investimentos na infraestrutura tradicional – por meio de estruturas e serviços com altos efeitos poluidores³⁹¹.

Esse aspecto intensificou debates recentes nos Estados Unidos para a criação de um *New Green Deal*³⁹², em alusão às medidas econômicas implementadas após a Crise de 1929. Em 2021, um conjunto de estratégias foi anunciado pelo governo americano para ampliar investimentos em projetos sustentáveis como forma de impulsionar a economia americana para as próximas décadas³⁹³.

O plano divulgado, ao total, envolve a alocação de US\$ 2 trilhões em investimentos na infraestrutura e representa o maior incentivo econômico estatal do país desde a Segunda Guerra Mundial. Algumas das áreas prioritárias são transporte e energia. As medidas planejadas envolvem desde a aplicação de investimentos públicos em obras construídas com métodos e materiais sustentáveis (pontes, estradas, portos e aeroportos), como a utilização das compras governamentais como indutor das indústrias da economia verde, por meio, por exemplo de aquisições de carros elétricos e de energia limpa para as repartições governamentais.

Na mesma linha, a União Europeia criou o *Pacto Ecológico Europeu*³⁹⁴, tendo como meta zerar as emissões de gases de efeito estufa até o ano de 2050

³⁹¹ FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL – FMI. *IMF Working Paper – The Direct Employment Impact of Public Investment*. FMI: Washington DC., 2021, p. 14.

³⁹² WHYTE, Chelsea. Green New Deal proposal includes free higher education and fair pay. *Newscientist*, Londres, 12 de fevereiro de 2019.

³⁹³ Em discurso sobre o planejamento dos Estados Unidos para impulsionar a liderança econômica do país, o então Conselheiro de Segurança Nacional, Jake Sullivan, assim abordou a questão “demasiadas pessoas acreditavam que tínhamos de escolher entre o crescimento econômico e o cumprimento dos nossos objetivos climáticos. O presidente Biden viu as coisas de forma totalmente diferente. Como costuma dizer, quando ouve ‘clima’, pensa em ‘empregos’. Ele acredita que a construção de uma economia de energia limpa do século XXI é uma das oportunidades de crescimento mais significativas do século XXI – mas que, para aproveitar essa oportunidade, a América precisa de uma estratégia de investimento deliberada e prática para impulsionar a inovação, reduzir custos e criar bons empregos” (ESTADOS UNIDOS. Remarks by National Security Advisor Jake Sullivan on Renewing American Economic Leadership at the Brookings Institution. *Casa Branca*, Washington DC, 27 de abril de 2023, tradução livre).

³⁹⁴ UNIÃO EUROPEIA. *Concretizar o Pacto Ecológico Europeu: rumo a uma Europa com impacto neutro no clima até 2050*. Bruxelas: Comissão Europeia, 2024.

(neutralidade carbônica). O plano abrange um amplo pacote de incentivos para reduzir o impacto ambiental em áreas como indústria, transporte e energia.

Por exemplo, foram estabelecidos parâmetros vinculantes para diminuir progressivamente o uso de combustíveis fósseis em automóveis e para garantir eficiência energética em imóveis residenciais, comerciais e industriais. Na área de mobilidade urbana, planeja-se ampliar de maneira significativa a instalação, ao longo das estradas europeias, de infraestruturas de abastecimento para automóveis movidos a energia elétrica e a hidrogênio.

O Pacto abrange, ainda, um Fundo Social para o Clima, com a previsão de mais de 150 bilhões de euros para serem destinados aos cidadãos mais vulneráveis e a pequenas empresas, como forma de auxílio para sua adaptação à transição ecológica.

No Brasil, no fim de 2023, como será melhor analisado em capítulo posterior, o governo brasileiro lançou o *Plano de Transformação Ecológica*. Trata-se de um plano nacional a ser executado principalmente por meio de projetos em infraestrutura, como investimentos e obras para ampliar a produção de energia com recursos renováveis, para conferir maior sustentabilidade ao setor de transporte e para conter desastres naturais decorrentes de mudanças climáticas³⁹⁵.

Ocorre que, num contexto geral, a infraestrutura do Brasil, nos dias atuais, depara-se com sensíveis desafios, que demandam a retomada da importância do planejamento estatal para suas soluções. Representa uma área marcada, como regra, por sua incapacidade de atender as demandas sociais e econômicas do país. Não sem razão, tem se tornado lugar-comum a ideia de que o atual cenário da infraestrutura constitui um dos principais fatores de elevação do *custo-Brasil* e um obstáculo ao desenvolvimento socioeconômico do país.

³⁹⁵ Cf. MÁXIMO, Wellton. Entenda o Plano de Transformação Ecológica lançado na COP28. *Agência Brasil – EBC*, Brasília, 7 de dezembro de 2023.

Esse diagnóstico, quase um clichê, tem sido corroborado não só por levantamentos divulgados por atores públicos³⁹⁶ e privados³⁹⁷ brasileiros, como também por estudos, relatórios e comparativos de fóruns e organismos internacionais.

Por exemplo, no Relatório de Competitividade Global 2017-2018³⁹⁸, publicado pelo Fórum Econômico Mundial³⁹⁹, o Brasil ficou na 80ª posição no *ranking* de competitividade global, de um total de 144 países, atrás de nações latino-americanas como Chile (33º), Costa Rica (47º), Panamá (50º), México (51º), Colômbia (66º), Jamaica (70º), Peru (72º) e Uruguai (76º). Um dos principais pilares na medição do referido índice é a infraestrutura do país. Segundo o Relatório, o Brasil ocupa a 108ª posição em qualidade da infraestrutura geral. Quando analisado seu desempenho em setores específicos, o Brasil figura na 103ª posição em qualidade de rodovias, 88ª de ferrovias, 106ª de portos, 95ª de aeroportos e 84ª de fornecimento de energia elétrica.

Por sua vez, o Banco Mundial⁴⁰⁰, por meio do Relatório *Doing Business* de 2020, classificou o Brasil na 108ª posição de 190 países quanto à facilidade de comércio internacional. Um dos principais gargalos identificados é a infraestrutura insuficientemente desenvolvida no país, o que afasta investimentos estrangeiros.

Em análise do referido relatório, a *International Trade Administration* – ITA⁴⁰¹, agência do Departamento de Comércio dos Estados Unidos para o incentivo das

³⁹⁶ Como em diferentes publicações do IPEA, em especial em: INSTITUTO DE PESQUISAS ECONÔMICAS APLICADAS – IPEA. *Infraestrutura econômica no Brasil: diagnósticos e perspectivas para 2025*. Brasília: IPEA, 2010, e; ROCHA, Igor Lopes. RIBEIRO, Rafael Saulo Marques. *Infraestrutura no Brasil: contexto histórico e principais desafios*. In: SILVA, Mauro Santos (org.). *Concessões e parcerias público-privadas: políticas públicas para provisão de infraestrutura*. Brasília, IPEA, 2022, p. 23-43;

³⁹⁷ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INFRAESTRUTURA E INDÚSTRIAS DE BASE – ABDIB. *Livro azul da infraestrutura: uma radiografia dos projetos de infraestrutura no Brasil* – Edição 2023. São Paulo: ABDIB, 2023.

³⁹⁸ Como explica o sítio eletrônico da Secretaria-Geral da Presidência da República, “o Relatório de Competitividade Global (*The Global Competitiveness Index*) é uma publicação anual do Fórum Econômico Mundial. Desde 2004, o Relatório de Competitividade Global classifica os países com base no Índice de Competitividade Global. O índice está organizado em 12 pilares: Instituições; Infraestrutura; Tecnologia, Informação e Comunicação; Estabilidade Macroeconômica; Saúde; Habilidades; Mercado de Produtos; Mercado de Trabalho; Sistema Financeiro; Tamanho do Mercado; Dinamismo Empresarial; e Capacidade de Inovação. O relatório do Fórum Econômico Mundial (FEM/WEF) sobre competitividade global tem como objetivo identificar quais fatores determinam crescimento econômico e desenvolvimento e tenta oferecer explicação acerca das razões que levam alguns países a serem mais bem-sucedidos do que outros na elevação dos níveis de renda” (SECRETARIA-GERAL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Índice de Competitividade Global – Sobre o GCI. *Portal Gov.br*, Brasília, Brasília, 31 de outubro de 2022).

³⁹⁹ FÓRUM ECONÔMICO MUNDIAL. *The Global Competitiveness Index 2017-2018 edition*. Genebra: Fórum Econômico Mundial, 2017.

⁴⁰⁰ BANCO MUNDIAL. *Doing Business 2020: comparing business regulation in 190 economies*. Washington D.C.: Banco Mundial, 2020.

⁴⁰¹ INTERNATIONAL TRADE ADMINISTRATION – ITA. *Brazil – Country commercial guide – market challenges, 2023*. Washington D.C.: ITA, 2023, tradução livre.

exportações das empresas americanas, aponta que tal circunstância significa que “levar produtos a um destino pode ser um processo mais demorado do que muitos exportadores estão acostumados a experimentar. As empresas devem estar preparadas para enfrentar altos custos e atrasos na colocação de mercadorias no mercado”.

As principais causas desse quadro se referem a uma progressiva redução do fluxo de investimentos e, conseqüentemente, do estoque de capital de infraestrutura do país, principalmente nos últimos quarenta anos. Por isso, um panorama do financiamento da infraestrutura será melhor analisado a partir do item a seguir.

3.1.3 Financiamento da infraestrutura brasileira: um cenário desafiador

A infraestrutura é formada por projetos que, via de regra, dependem, para sua instalação, de grandes aportes financeiros aplicados por longos períodos. E, depois de finalizados, esses projetos geram custos de manutenção que, se não atendidos, provocam a depreciação das estruturas instaladas a ponto de tornar inviável sua utilização para o fim a que se destinam. Então, quanto maior a infraestrutura já construída, mais despesas de manutenção.

Esse volume de recursos a ser empregado de forma permanente em cada projeto caracteriza o setor da infraestrutura nacional como um dos mais dependentes do Estado: ora diretamente, por investimentos públicos, ora indiretamente, por meio de delegações de serviços, com a captação de investimentos privados.

Ocorre que, no Brasil, é desafiador o panorama constatado nas últimas décadas para o financiamento da infraestrutura pública. Em diagnóstico divulgado pelo IPEA, Frischtak e Mourão⁴⁰² apontam que o estoque da infraestrutura pública no

⁴⁰² “O estoque é, por definição, uma agregação de diversos fluxos: a cada período um fluxo de entrada o expande, enquanto outro de saída o reduz. Ao longo dos anos, esse processo se repete de forma que ele é o resultado líquido acumulado dos fluxos. No caso de infraestrutura, a entrada são os investimentos feitos (rodovias, hidrelétricas, portos etc.) e a saída, a depreciação dos ativos existentes”. Os autores ainda esclarecem que, “ao longo da década de 1980, os aportes caíram quase dois pontos percentuais (p.p.) de produto para 3,1%, com isso, o estoque cresceu em velocidade menor do que o PIB. Apesar do cenário adverso, o estoque ainda representava 52,7% do PIB em 1990. A grande retração se deu entre o final do século passado e com um pequeno soluço no início dos anos 2000. Nesse período (1990-2016), enquanto o PIB mais do que dobrou, a infraestrutura teve um incremento de apenas 27%” (Por tudo, ver: FRISCHTAK, Cláudio. R; MOURÃO, João. Uma estimativa do estoque de capital de infraestrutura no Brasil. In: DE NEGRI, João Alberto; ARAÚJO, Bruno César; BACELETTE, Ricardo (orgs.). *Desafios da nação: artigos de apoio – volume 1*. Brasília: IPEA, 2018, p. 99 e 112-113).

Brasil atingiu seu auge em 1983, quando representava quase 60% do PIB nacional, após décadas de grandes investimentos no setor (superiores a 6% do PIB por ano).

No entanto, o estoque da infraestrutura sofreu contínua queda nas décadas seguintes diante da progressiva redução dos investimentos na área. Em 2016, o estoque foi reduzido para 36% do PIB⁴⁰³, como demonstra a Figura 2.

Figura 2 – Estoque da infraestrutura brasileira – 1970-2016 (em % do PIB)



Fonte: IPEA

Elaboração: Frischtak e Mourão (2018).

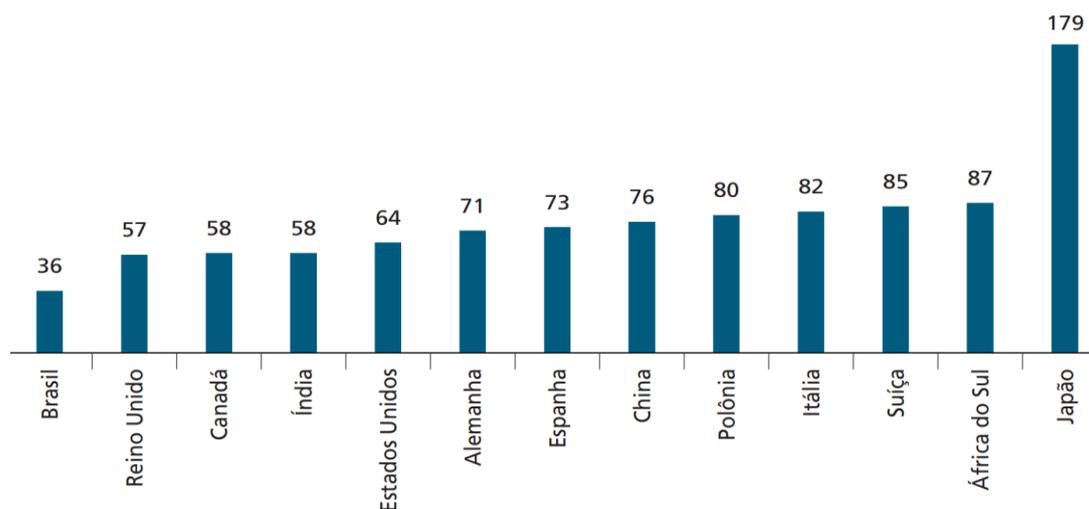
O baixo nível do estoque da infraestrutura brasileira é evidenciado, de forma ainda mais clara, quando comparado com dados de outras nações, inclusive de economias emergentes, como Índia e África do Sul. É o que demonstram Rocha e Ribeiro⁴⁰⁴, conforme comparativo exposto na Figura 3, baseado em subsídios do IPEA e em atualização de dados de demais países⁴⁰⁵.

Figura 3 – Estoque de infraestrutura de diferentes países (% do PIB)

⁴⁰³ FRISCHTAK, Cláudio. R; MOURÃO, João. Uma estimativa do estoque de capital de infraestrutura no Brasil. In: DE NEGRI, João Alberto; ARAÚJO, Bruno César; BACELETTE, Ricardo (orgs.). *Desafios da nação: artigos de apoio – volume 1*. Brasília: IPEA, 2018, p. 113.

⁴⁰⁴ Os autores utilizaram dados atualizados para 2016 (ROCHA, Igor Lopes. RIBEIRO, Rafael Saulo Marques. *Infraestrutura no Brasil: contexto histórico e principais desafios*. In: SILVA, Mauro Santos (org.). *Concessões e parcerias público-privadas: políticas públicas para provisão de infraestrutura*. Brasília, IPEA, 2022, p. 10).

⁴⁰⁵ Cf. DOBBS, Richard; POHL, Herbert. *Infrastructure productivity: how to save \$1 trillion a year*. Chicago: McKinsey Global Institute, 2013.



Fonte: IPEA; Dobbs e outros.
Elaboração: Rocha e Ribeiro (2022).

Para se ampliar o estoque de infraestrutura, há diferentes formas de investimentos. Não só por meio de investimentos públicos, para execução de obras e projetos de infraestrutura, mas também através de investimentos privados, como ocorrem em parcerias de investimentos (concessões e PPPs), e de medidas de fomento, especialmente subsídios financeiros, creditícios e tributários em prol de agentes econômicos que atuam no setor⁴⁰⁶.

Em relação às parcerias de investimentos, principalmente via concessões e PPPs, o tema será melhor avaliado no item 3.4. Quanto às medidas de fomento via subsídios financeiros e creditícios, destaque importante possuem as agências nacionais de fomento, principalmente o BNDES. Mas, além da tradicional atuação por políticas de empréstimos com taxas subsidiadas, essas agências têm ampliado sua participação no setor através da estruturação técnica de projetos de infraestrutura junto a estados e municípios⁴⁰⁷.

⁴⁰⁶ De acordo com o Ministério da Fazenda, “são três modalidades de subsídios praticados pela União: benefícios tributários, caracterizados pela renúncia de receitas; benefícios financeiros, caracterizados pela execução de despesas diversas; e ainda, benefícios creditícios, quando recursos da União são aplicados em fundos ou programas e geram taxa de retorno inferior à taxa de captação do governo federal” (MINISTÉRIO DA FAZENDA. Gastos com subsídios, subvenções e incentivos fiscais. *Portal Tesouro Nacional Transparente*, Brasília, 20 de abril de 2024).

⁴⁰⁷ “Em 2021, o BNDES detinha 167 projetos em sua carteira, o que totaliza investimentos previstos da ordem de R\$ 383 bilhões. Desses projetos, 19 já foram leiloados, o que representa R\$ 109 bilhões em investimentos. Número que levaram o Banco a ser apontado pela provedora de dados Infralogic como o maior estruturador de PPPs, concessões e privatizações em infraestrutura entre seus pares, ultrapassando o IFC (Banco Mundial), o Banco de Investimentos Europeu (EIB) e o Banco Europeu Para Reconstrução e Desenvolvimento (ERDB)” (BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL – BNDES. Maior estruturador de projetos

Quanto aos incentivos fiscais, desde que com critérios objetivos, prazos determinados e devidamente justificados, podem representar relevantes meios para o alcance do interesse público⁴⁰⁸. Em especial, como apontam Torres e Melo⁴⁰⁹, correspondem a “um campo propício ao fomento dos setores de infraestrutura, considerados sensíveis ao desenvolvimento do país”. É que, “ao proporcionarem uma maior qualidade de vida aos cidadãos, em um processo de expansão das liberdades reais, devem ser alvo de uma atuação promocional do Direito”.

Podem ser citados, como relevantes medidas de desoneração fiscal no setor, o Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento de Infraestrutura – REIDI⁴¹⁰, e os diferentes regimes aduaneiros especiais, como o Regime Tributário para Incentivo à Modernização e à Ampliação da Estrutura Portuária – REPORTO⁴¹¹.

No entanto, para os fins deste trabalho, a perspectiva dos investimentos públicos, sem dúvida, é a mais importante e, assim, receberá maior foco. Isso porque são a principal fonte de financiamento da infraestrutura pública no contexto do planejamento estatal e das políticas públicas no setor. Por meio deles, o Estado, para a promoção do desenvolvimento, muitas vezes, desbrava fronteiras que a iniciativa privada é incapaz ou não quer assumir o risco de descobrir, mesmo incentivada por subsídios.

Ademais, a execução de investimentos públicos em infraestrutura em desarmonia com um adequado planejamento é identificada pelo TCU como um dos grandes gargalos para a eficiência das políticas no setor, de forma a gerar um quadro de 41% de obras paralisadas com recursos federais⁴¹².

O foco na análise do financiamento da infraestrutura via investimento público também se justifica porque, em período recente (2016-2021), apesar da ampliação de

do mundo, BNDES registra lucro líquido recorde em 2021. *Agência BNDES de Notícias*, Rio de Janeiro, 25 de fevereiro de 2022).

⁴⁰⁸ Sobre a utilização de incentivos fiscais para o progresso socioeconômico, ver: SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, e; RIBEIRO, Maria de Fátima; VINHA, Thiago Degelo. Efeitos socioeconômicos dos tributos e sua utilização como instrumento de políticas governamentais. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FERNANDES, Edison Carlos (coords.). *Tributação, justiça e liberdade*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 658-662.

⁴⁰⁹ Por tudo, ver: TORRES, Heleno Taveira; MELO, Suzana Soares. Concessões de serviços públicos e PPPs: aspectos financeiros e tributários. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael (coords). *Elementos de Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015, p. 156-158.

⁴¹⁰ Lei nº 11.488/2007.

⁴¹¹ Arts. 13 a 16 da Lei nº 11.033/2004, regulamentados pelos arts. 471 a 475 do Decreto nº 6.759/2009.

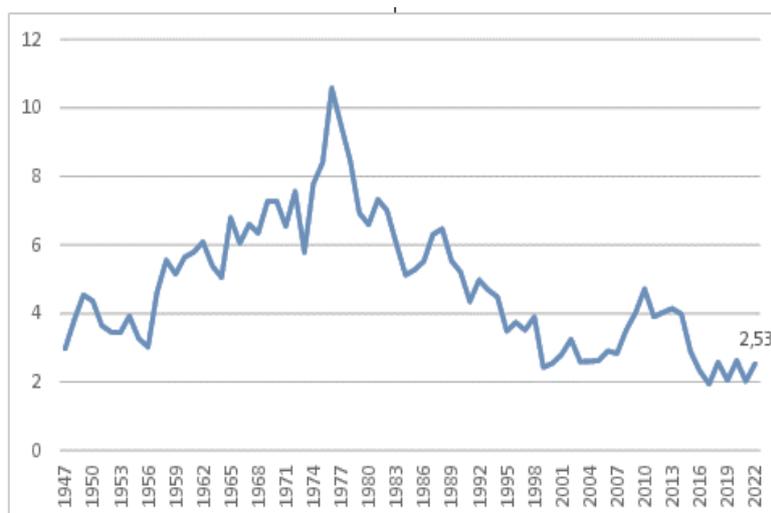
⁴¹² TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. *Fiscobras 2023 – Fiscalização de obras públicas pelo TCU – 27º Ano*. Brasília: TCU, 2023, p. 16.

programas de concessões e PPPs, “a expansão do investimento privado não foi suficiente para compensar a forte retração do investimento público, resultando em uma contração substancial dos investimentos no setor”, conforme levantamento da ABDIB⁴¹³, utilizado pelo próprio governo federal para o planejamento das atuais políticas em infraestrutura⁴¹⁴.

Com efeito, os investimentos públicos em infraestrutura foram uma das mais importantes estratégias do auge do planejamento estatal verificado no Brasil entre as décadas de 1930 e 1980.

Entretanto, desde então, o país tem se deparado com progressivo constrangimento no orçamento para esse setor. Em 2021, o Brasil atingiu o *menor nível já registrado de investimento público*, diante da série histórica iniciada em 1947, divulgada pela pelo Observatório de Política Fiscal⁴¹⁵.

Figura 4 – Série histórica dos investimentos públicos – 1947-2022 (% do PIB)



* Inclui Governo Central, Estados, Municípios Empresas Públicas da União.

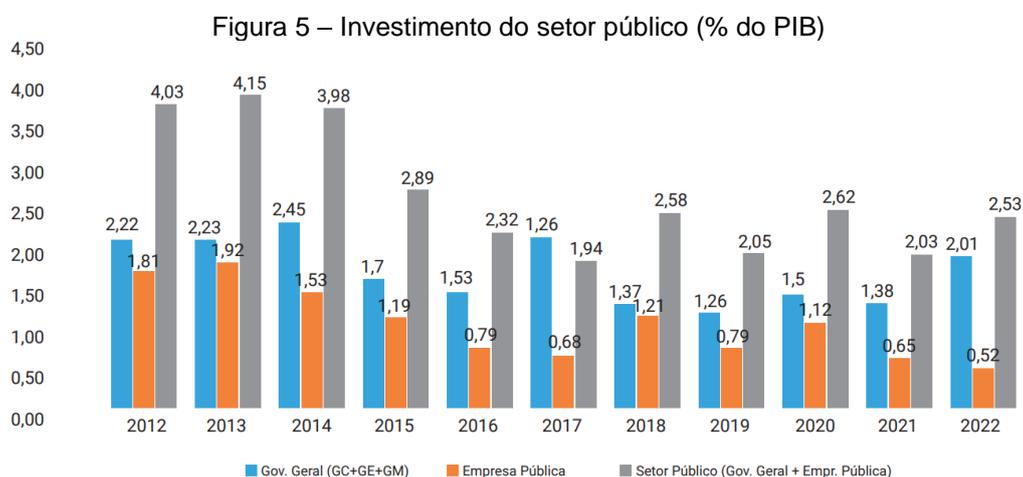
Fonte: Observatório de Política Fiscal – FGV/IBRE (2023).

⁴¹³ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INFRAESTRUTURA E INDÚSTRIAS DE BASE – ABDIB. *Livro azul da infraestrutura: uma radiografia dos projetos de infraestrutura no Brasil* – Edição 2022. São Paulo: ABDIB, 2022, p. 9.

⁴¹⁴ PEREIRA, Flávia Pedrosa; SILVA, Eduardo Rodrigues da; PAVANI, Ismael. Investimentos plurianuais: planejando a infraestrutura para o desenvolvimento. In: LEMOS, Leany; MENEZES, Daiane; SERVO, Luciana (orgs.). *Reconstrução do planejamento nacional*. Brasília: Ministério do Planejamento e Orçamento, 2024, p. 227-228.

⁴¹⁵ FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS – FGV; INSTITUTO BRASILEIRO DE ECONOMIA – IBRE. Observatório de Política Fiscal – Investimentos Públicos: 1947-2022. *Portal IBRE*, Rio de Janeiro, 8 de agosto de 2023.

A avaliação desses dados com detalhamento sobre os anos mais recentes (2012-2022)⁴¹⁶ demonstra que, embora haja oscilações, a tendência ainda é de queda dos investimentos públicos, como se demonstra na Figura 5.



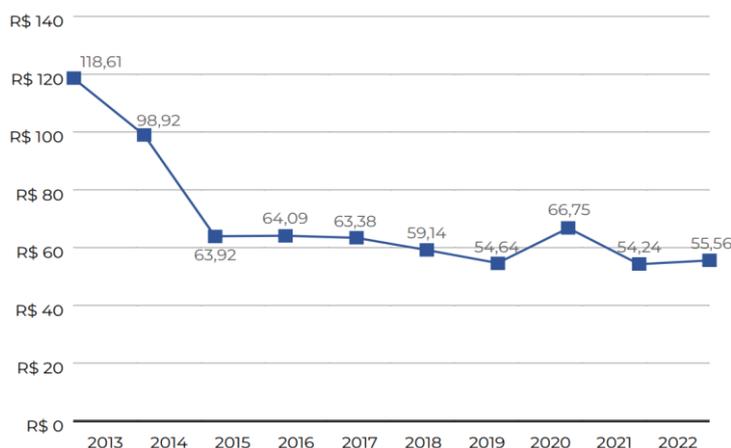
Fonte: FGV; IBRE; Tesouro Nacional.
Elaboração: ABDIB (2023).

Em relação ao orçamento federal, a contínua queda dos investimentos é identificada quando se consideram tanto os valores do Orçamento Fiscal e da Seguridade Social – OFSS⁴¹⁷ (Figura 6), como os índices que agregam os investimentos federais por meio de empresas públicas da União (Figura 7).

Figura 6 – Investimentos no OFSS – 2013-2023 (bilhões de reais)

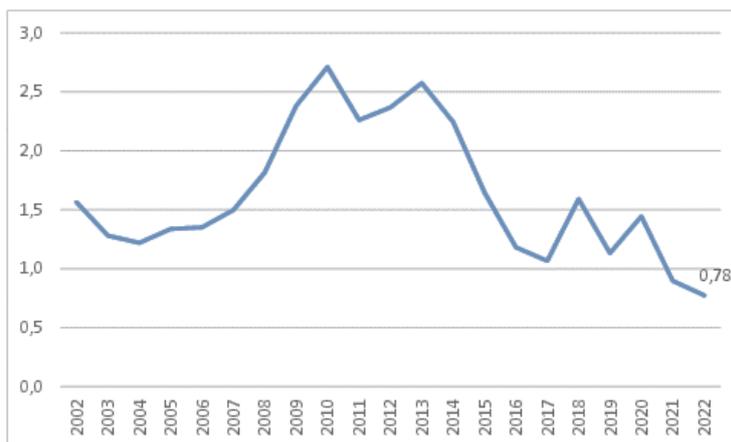
⁴¹⁶ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INFRAESTRUTURA E INDÚSTRIAS DE BASE – ABDIB. *Livro azul da infraestrutura: uma radiografia dos projetos de infraestrutura no Brasil* – Edição 2023. São Paulo: ABDIB, 2023, p. 15.

⁴¹⁷ Grupo de Natureza de Despesa – GND nº 4.



Fonte: SIOP
Elaboração: SEPLAN/MPO (2023)

Figura 7 – Investimentos – Governo central e empresas públicas federais (% do PIB)

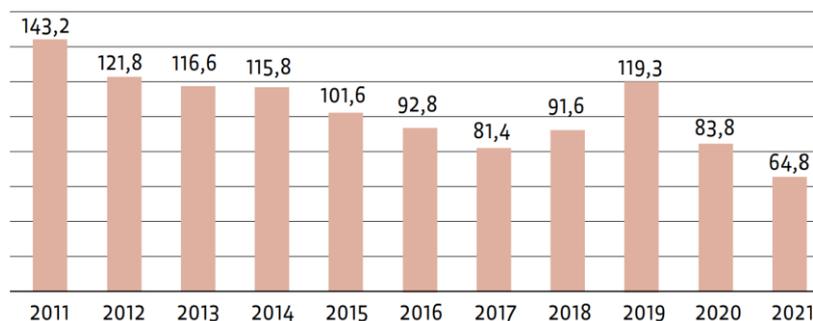


Fonte: Observatório de Política Fiscal – FGV/IBRE (2023).

Em relação especificamente à infraestrutura, diagnóstico do TCU⁴¹⁸ demonstra que, entre 2011 a 2021, a alocação orçamentária para *obras públicas* federais caiu largamente. A dotação no orçamento federal de 2021 foi cerca de 55% menor que a de 2011 para obras federais, como demonstra a Figura 8.

Figura 8 – Dotação na LOA da União referente a obras públicas – 2011-2021 (bilhões)

⁴¹⁸ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. *Fiscobras 2021 – Fiscalização de obras públicas pelo TCU – 25º Ano*. Brasília: TCU, 2021, p. 11.



Fonte: Coinfra/Sedinfra.
Elaboração: TCU (2021).

Diante desse cenário, no tema da infraestrutura, de acordo com a publicação do IPEA acima mencionada, para o Brasil retomar o estoque equivalente a 60% do PIB, meta razoável quando comparada ao presente cenário internacional, estima-se que os investimentos médios no setor precisam crescer de forma substancial nas próximas décadas. Frischtak e Mourão⁴¹⁹, levando em conta taxas regulares de depreciação, trazem os seguintes cenários, tendo como ano-base o exercício de 2018:

Caso seja investido nos próximos anos o mesmo que nos últimos dezesseis anos, ou seja, 2,03% do PIB em média, o país não alcançaria em nenhum horizonte de tempo o patamar de 60% do PIB. Na realidade, seria necessário investir no mínimo 3,5% do PIB anualmente para o estoque se estabilizar em 59,1% do PIB em 2096. Um esforço de 4% do PIB levaria, contudo, ao estoque de 60% do PIB em 2044, 24 anos após o início da nova trajetória. Se o esforço chegasse a 5% do PIB, o alvo seria atingido já em 2032. Desses resultados é possível inferir que é imperativo investir significativamente mais do que nos últimos anos para alcançar um patamar satisfatório de serviços de infraestrutura. Para tal, serão necessárias mudanças estruturais na organização da economia e no papel do Estado.

Em sentido semelhante, estudo da ABDIB⁴²⁰ registra que os investimentos em infraestrutura no Brasil, para atender a necessidade atual do país, precisariam ser de R\$ 462,3 bilhões por ano (4,31% do PIB). Diante disso, apesar de ter havido crescimento em relação a 2022, os dados de 2023 demonstram que, no Brasil, “o hiato

⁴¹⁹ FRISCHTAK, Cláudio. R; MOURÃO, João. Uma estimativa do estoque de capital de infraestrutura no Brasil. In: DE NEGRI, João Alberto; ARAÚJO, Bruno César; BACELETTE, Ricardo (orgs.). *Desafios da nação: artigos de apoio – volume 1*. Brasília: IPEA, 2018, p. 117.

⁴²⁰ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INFRAESTRUTURA E INDÚSTRIAS DE BASE – ABDIB. *Livro azul da infraestrutura: uma radiografia dos projetos de infraestrutura no Brasil – Edição 2023*. São Paulo: ABDIB, 2023, p. 9.

de investimentos ainda alcança cerca de 2,32 % do PIB, algo em torno de R\$ 250 bilhões por ano”, de modo que “não conseguimos, sequer, cobrir a depreciação dos ativos públicos de infraestrutura”.

Assim, para se reforçar o planejamento estatal diante desse grave cenário de insuficiência de investimentos públicos em infraestrutura, é preciso compreender causas e condições que trouxeram o país para essa realidade de significativo constrangimento fiscal e de achatamento do orçamento para o setor. No item a seguir, sem pretender esgotar o tema, expõem-se alguns desses principais fatores.

3.1.4 Limitações ao investimento público e ao planejamento da infraestrutura: da austeridade fiscal à captura parlamentar do orçamento

O primeiro fator para a sensível queda das taxas de investimentos públicos no Brasil nas últimas décadas, prejudicando a efetividade de instrumentos de planejamento estatal em áreas que demandam projetos de longo prazo, sobretudo a infraestrutura, decorre de uma herança de *dogmas de austeridade fiscal*, implantados no país a partir do fim das últimas décadas do século XX, que limitam o papel do Estado para a condução socioeconômica da nação.

Naquele momento, o Brasil vivenciava um cenário econômico impactado pela segunda crise do petróleo, crescimento dos juros internacionais, elevação da dívida externa brasileira, desvalorização da moeda e estouro da inflação.

Esse quadro, acompanhado da necessidade de captação de mais recursos externos, levou o país a sofrer forte influência do movimento neoliberal baseado nos primados do Consenso de Washington. Tratava-se de medidas de políticas econômicas e fiscais destinadas, essencialmente, a nações em desenvolvimento, como uma receita para seu progresso socioeconômico. Foram difundidas por instituições financeiras internacionais, como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial, sob a liderança política de chefes de Estado como Ronald Reagan, dos EUA, e Margaret Thatcher, do Reino Unido.

O receituário dessas prescrições neoliberais impõe que o Estado restrinja sua função de agente planejador e indutor do desenvolvimento socioeconômico, de modo a desestruturar a integração entre as ordens política, econômica e financeira. Assim,

entre as principais medidas, destacam-se a redução do financiamento público e da atuação do Estado na economia, seja de forma direta, por meio de empresas estatais, ou indireta, por meio de incentivos e subsídios.

Passaram a ser fortemente atacados os paradigmas de movimentos constitucionalistas que embasavam o Estado Social, bem como padrões de financiamento de políticas públicas e arranjos institucionais que possibilitavam o alcance de objetivos nacionais e de metas estruturantes de longo prazo. Como explicam Bercovici e Massonetto, foram retomadas “questões que já pareciam superadas – a cisão entre a economia e as finanças públicas, a abstenção do Estado no domínio econômico e a pretensa neutralidade financeira propugnada pelos liberais”⁴²¹.

Ocorre que tais diretrizes neoliberais, sobretudo aquelas advindas do Consenso de Washington, foram alçadas como soluções uniformes para países com realidades sociais, econômicas e culturais substancialmente distintas. Além disso, são contraditórias com as práticas de nações desenvolvidas, cujas histórias econômicas são marcadas por políticas de intervenção econômica, como medidas protecionistas, substanciais despesas em infraestrutura e subsídios estatais para elevar a competitividade, complexidade e diversidade de sua indústria. Apesar disso, nações ricas, como Reino Unido e os Estados Unidos, foram as principais propagadoras daquela ortodoxia econômica para países pobres e emergentes – estratégia que ficou conhecida, na expressão de Ha-Joon Chang⁴²², como *chutar a escada*: chegar ao topo e não permitir que os demais alcancem o mesmo patamar de desenvolvimento.

De todo modo, naquele momento, exigidas como contrapartidas à obtenção de financiamentos internacionais por instituições como o FMI e o Banco Mundial, as proposições do Consenso de Washington repercutiram de forma significativa – embora em maior ou menor grau – em países em desenvolvimento, como se verificou

⁴²¹ Complementam os autores que, “como consequência, a integração estruturante do paradigma dirigente foi substituída por um novo fenômeno, apto a organizar o processo sistêmico de acumulação na fase atual do capitalismo. O que se viu então foi o recrudescimento dos aspectos instrumentais da constituição financeira e o acaso da constituição econômica, invertendo o corolário programático do constitucionalismo dirigente” (BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. A Constituição Dirigente invertida: a blindagem da Constituição Financeira e a agonia da Constituição Econômica. *Boletim de Ciências Econômicas da Universidade de Coimbra*, Coimbra, vol. XLIX, p. 57-77, 2006, p. 59-60)

⁴²² CHANG, Ha-Joon. *Chutando a escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica*. Trad. Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Editora UNESP, 2004.

no Leste Europeu, após a dissolução da União Soviética em 1991, e na América Latina, a exemplo da Argentina e do Brasil.

Como consequência, em grande parte dos países que absorveram as medidas neoliberais da década de 1990, na visão de Isabella Weber⁴²³, verificou-se uma *terapia de choque*: uma repentina e não planejada eliminação de medidas protecionistas e de incentivos estatais que desarticulou e enfraqueceu as forças econômicas dessas nações.

O resultado foi a perda da governança econômica e da capacidade de planejamento dos Estados para o alcance de objetivos de desenvolvimento nacional. As indústrias desses países aderentes começaram a se dissolver, com perda de competitividade diante de *players* estrangeiros que, ao contrário do que pregava a então cartilha neoliberal, eram financiados e apoiados por meio de fortes subsídios de seus países (normalmente, aqueles já desenvolvidos).

Além da profunda desindustrialização, verificaram-se nesses países aderentes, de forma geral, enfraquecimento da moeda, alta nos índices inflacionários e colapso de indicadores de bem-estar, como educação, saúde e combate à pobreza.

Por outro lado, significativa parcela dos países em desenvolvimento que não assumiram os dogmas neoliberais ou que implementaram suas premissas de forma parcial, racional, gradativa e planejada apresentou ciclos de elevado crescimento.

Têm-se como exemplos a China e a Coreia do Sul. Países que, embora progressivamente integrados ao mercado global, não abdicaram de manter e executar um planejamento econômico de longo prazo, especialmente por meio de investimentos públicos em infraestrutura e do fortalecimento de suas respectivas indústrias nacionais – caracterizadas, atualmente, por sua dinamicidade, complexidade, eficiência e inovação⁴²⁴.

Em relação ao Brasil, um dos principais efeitos desse movimento neoliberal foi o enfraquecimento de investimentos em infraestrutura como instrumento de execução de planejamentos de longo prazo. Tais investimentos, antes inseridos na centralidade

⁴²³ WEBER, Isabella M. *Como a China escapou da terapia de choque: o debate da reforma de mercado*. Trad. Diogo Fernandes. Revisão técnica: Elias Jabbour. São Paulo: Boitempo, 2023, p. 19-28.

⁴²⁴ Sobre a planejada e estratégica abertura econômica da China a partir da década de 1990, ver: WEBER, Isabella M. *Como a China escapou da terapia de choque: o debate da reforma de mercado*. Trad. Diogo Fernandes. Revisão técnica: Elias Jabbour. São Paulo: Boitempo, 2023, p. 29-32, 377-390.

de grandes estratégias nacionais de desenvolvimento, passaram a se subordinar a dogmas quase intocáveis de austeridade fiscal.

Embora a busca por responsabilidade fiscal seja salutar para a sustentabilidade financeira de políticas públicas no longo prazo, no Brasil, criou-se um cenário em que metas fiscais⁴²⁵, principalmente de resultados primários⁴²⁶, muitas vezes são tratadas sob o *status* de pedra angular da atuação Estado, como se nada mais importasse para o desenvolvimento nacional.

Discutir a flexibilidade, alteração ou adaptação dessas metas, tornou-se um tema capaz de abarrotar os noticiários nacionais por semanas e, até mesmo, de motivar graves sanções a gestores eleitos. Por exemplo, uma das razões para fundamentar a denúncia do *impeachment* de 2016 foi a tentativa de alteração da meta fiscal e o abatimento, no cálculo dessa meta, de investimentos em infraestrutura vinculados ao PAC – mesmo que tal abatimento já estivesse autorizado em lei⁴²⁷.

Essa prioridade quase intransponível das metas fiscais também ficou clara durante o processo legislativo da LDO de 2022⁴²⁸. O projeto aprovado pelo Congresso estabeleceu um anexo de metas operacionais, para a entrega de bens e serviços (Anexo VIII). Várias delas se referiam à infraestrutura, como: i) apoio a 10 projetos de sistemas de transporte público coletivo urbano; ii) apoio a 100 áreas urbanas para execução de projetos e obras de contenção de encostas em áreas urbanas, e; iii) construção de 17 novos trechos rodoviários. No entanto, o Presidente da República vetou *integralmente* o referido anexo, sob a justificativa de que prejudicaria o alcance da meta de resultado primário⁴²⁹.

Esse contexto demonstra a forte pressão que a herança das medidas fiscalistas implantadas desde a década de 1990 provocam sobre o Estado e seus gestores para a redução de despesas primárias. Como consequência, investimentos

⁴²⁵ De acordo com o art. 4º, §1º, da LRF, “integrará o projeto de lei de diretrizes orçamentárias Anexo de Metas Fiscais, em que serão estabelecidas metas anuais, em valores correntes e constantes, relativas a receitas, despesas, resultados nominal e primário e montante da dívida pública, para o exercício a que se referirem e para os dois seguintes”.

⁴²⁶ Diferença entre todas as receitas primárias e despesas primárias, isto é, receitas e despesas não financeiras (com exclusão da arrecadação e dos custos decorrentes da dívida pública).

⁴²⁷ Conforme exposto na Decisão da Presidência da Câmara dos Deputados, elaborada em 2 de dezembro de 2015 e publicada no Diário da Câmara dos Deputados em 4 de dezembro de 2015.

⁴²⁸ Lei nº 14.194/2021.

⁴²⁹ Conforme justificativas de veto constantes na Mensagem nº 408, de 20 de agosto de 2021, da Presidência da República.

em infraestrutura, desde então, foram continuamente comprimidos, de forma a reduzir a capacidade do Estado brasileiro de custear e de implementar grandes projetos nacionais no setor.

Na mesma diretriz, em 2016, a situação foi agravada com a criação do chamado *teto de gastos*, instituído pela EC nº 95/2016, que achatou ainda mais o espaço orçamentário para investimentos em infraestrutura no país. Por meio dele, houve o congelamento por vinte anos das despesas primárias – que abrangem gastos para o giro da máquina pública, a prestação de serviços essenciais e investimentos públicos. Essas despesas teriam como limite, a cada exercício, o valor referente ao exercício imediatamente anterior, apenas acrescido da variação da inflação, medida pelo IPCA.

Porém, mesmo após ser sucessivamente flexibilizada nos anos seguintes⁴³⁰, a regra se mostrou de inviável aplicação, por impossibilitar o custeio das atividades administrativas e de serviços e despesas essenciais, como o bolsa-família, responsável por garantir a segurança alimentar de mais de vinte milhões de brasileiros.

Assim, a EC nº 126/2022, aprovada durante a transição de governos, além de flexibilizar o mencionado teto de gastos para o ano de 2023, previu expressamente a substituição da sistemática da EC nº 95/2016 por um novo regime fiscal⁴³¹. Diante disso, por meio da LC nº 200/2023, foi estabelecido o chamado *regime fiscal sustentável* (também denominado de *novo arcabouço fiscal*).

A LC nº 200/2023 também estabelece um teto de despesas, mas de forma mais sustentável. O crescimento anual real das despesas primárias passou a ser vinculado à variação anual da receita primária real (e não à inflação). Ademais, quanto ao cumprimento da meta fiscal, fixou-se um intervalo de tolerância (bandas): 0,25% do PIB para mais e para menos. Assim, meta descumprida significa resultado fiscal abaixo da banda de tolerância.

⁴³⁰ ECs nº 102/2019, 108/2020, 113/2021, 114/2021, 126/2022 e 127/2022.

⁴³¹ “Art. 6º O Presidente da República deverá encaminhar ao Congresso Nacional, até 31 de agosto de 2023, projeto de lei complementar com o objetivo de instituir regime fiscal sustentável para garantir a estabilidade macroeconômica do País e criar as condições adequadas ao crescimento socioeconômico, inclusive quanto à regra estabelecida no inciso III do caput do art. 167 da Constituição Federal” (EC nº 126/2022).

A partir da avaliação sobre o cumprimento ou não da meta fiscal (consideradas as bandas de tolerância), estabelece-se o limite para o crescimento das despesas primárias em cada ano (em relação à variação real das receitas primárias): 70%, se a Administração atingir a meta fiscal, ou 50%, se não cumprir a meta fiscal.

Se comparadas com a âncora fiscal anterior (teto de gastos da EC nº 95/2016), as novas regras, embora também tenham limitado as despesas, conferiram maior proteção aos investimentos públicos, especialmente as obras em infraestrutura. Primeiro, determinou um piso de 0,6% do PIB para a programação orçamentária destinada a investimentos em cada ano. Assim, independentemente dos resultados fiscais, a Administração Federal deve elevar anualmente despesas com investimentos, a exemplo das obras de infraestrutura.

Segundo, incentiva-se a obtenção de melhores resultados fiscais com maior liberdade para alocação de recursos na infraestrutura. Isso porque a Administração disporá de mais dotações para essa finalidade se conseguir superar a meta fiscal (resultado primário acima da banda superior). Se isso ocorrer, 70% do excedente do resultado fiscal poderá ser alocado em investimentos públicos, “prioritariamente para obras inacabadas ou em andamento”. De todo modo, a regra só se aplica se o referido excedente ocorrer num contexto de superávit primário e desde que se observe o limite de 0,25% do PIB.

Assim, por exemplo, em um ano com PIB projetado em R\$ 12 trilhões, os limites de tolerância (bandas) para a meta fiscal serão de R\$ 30 bilhões para mais e para menos (0,25% do PIB). Para o referido exercício, suponha-se que a meta fiscal da LDO foi fixada em um superávit primário de R\$ 100 bilhões. Por fim, imagine-se que, na apuração do resultado fiscal daquele ano, foi identificado superávit primário de R\$ 150 bilhões. Considerando a meta da LDO (R\$ 100 bilhões) e sua banda superior (R\$ 30 bilhões), houve um excedente de R\$ 20 bilhões. Com isso, 70% desse excedente, isto é, R\$ 14 bilhões, poderão ser aplicados *em obras inacabadas ou em andamento*.

Embora o novo regime decorrente da LC nº 200/2023 represente um relativo avanço em relação ao regime da EC nº 95/2016, ainda inviabiliza a aplicação dos investimentos públicos suficientes na infraestrutura. Em verdade, a submissão desses investimentos a regras de teto de gastos, limitando o desenvolvimento socioeconômico do país, precisa ser repensada perante a estratégia fiscal brasileira.

Além das sucessivas regras de tetos de gastos, também é fator relevante para o constrangimento fiscal do financiamento da infraestrutura pública a *ampliação das despesas obrigatórias*, compreendidas como aquelas cuja execução é mandatória para o Poder Público, por determinação legal ou contratual.

Em relação às *despesas obrigatórias financeiras*, a capacidade orçamentária da União é amplamente limitada diante do *elevado custo da dívida pública* vivenciado nas últimas décadas. Grande parte da dívida pública brasileira está atrelada à taxa SELIC, utilizada como a taxa básica de juros da economia⁴³². A política monetária brasileira tem apostado na alta taxa de juros como principal e quase absoluto instrumento de controle da inflação. Os índices da taxa SELIC, há algum tempo, colocam o Brasil entre as nações com maiores juros reais do mundo em matéria de dívida pública⁴³³.

Se o Estado se submete a remunerar seus credores por meio de juros altos, por consequência, precisa reduzir os recursos públicos disponíveis para alocar em áreas essenciais à população, como a infraestrutura. A partir de dados apurados pelo Banco Central em 2023, constata-se que “a cada 1 ponto percentual na Selic mantido por 12 meses, o país gasta cerca de R\$ 43 bilhões a mais com a dívida bruta – que abrange o total dos passivos de responsabilidade do governo federal, além de estados e municípios”⁴³⁴.

Entre as *despesas obrigatórias primárias*, é preciso destacar o permanente crescimento das despesas com a seguridade social, em especial, com previdência, mesmo após a reforma realizada pela EC nº 103/2019. Tanto na iniciativa privada como na pública, tem sido verificado um progressivo déficit nos balanços dos regimes, ocasionado, entre outros motivos, por uma redução da proporção entre trabalhadores na ativa quando comparados aos beneficiários da previdência, o que desafia a sustentabilidade financeira dos sistemas⁴³⁵.

⁴³² A taxa do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC representa a taxa de juros média praticada nas operações compromissadas com títulos públicos federais com prazo de um dia útil.

⁴³³ NASCIMENTO, Houldine; BENEVIDES, Gabriel. Brasil segue com 2º maior juro real após corte de 0,25 p.p na Selic. *Poder 360*, Brasília, 8 de maio de 2024.

⁴³⁴ PEREIRA, Vinicius. Juros altos no Brasil podem custar até R\$ 182 bilhões a mais por ano ao país. *CNN Brasil*, São Paulo, 4 de julho de 2023.

⁴³⁵ VINÍCIUS, Lisboa. Informalidade e maior tempo de contribuição dificultam aposentadoria. *Agência Brasil*, Rio de Janeiro, 1 de maio de 2023.

Assim, os elevados custos da dívida pública e da previdência provocam grande erosão dos espaços orçamentários do Estado, constringendo recursos para áreas como a infraestrutura. Em números aproximados, na LOA federal de 2024, do total das despesas previstas (R\$ 5,5 trilhões), a rolagem da dívida representa mais de R\$ 1,7 trilhão e a previdência social lidera entre as despesas primárias, com previsão de quase R\$ 1 trilhão⁴³⁶.

Além de sofrer limitações no momento da alocação dos recursos no orçamento, a infraestrutura também é impactada durante a execução do orçamento. A LRF prevê que, caso o Poder Executivo identifique, por meio dos relatórios bimestrais de execução orçamentária, que há riscos de se descumprir as metas fiscais de resultado primário ou nominal, deverá realizar o contingenciamento de recursos (limitação de empenho, no termo utilizado pela lei⁴³⁷). Por expressa determinação legal, o contingenciamento não poderá incidir sobre despesas legalmente obrigatórias, ou seja, “obrigações constitucionais e legais do ente”⁴³⁸. Com isso, a limitação de empenho não pode recair sobre despesas como, por exemplo, benefícios assistenciais criados por lei (como o bolsa-família), salário de servidores e aposentadorias.

Ocorre que as despesas obrigatórias têm crescido ao longo dos anos, oscilando entre 90% e 95% dos orçamentos anuais federais⁴³⁹. Por outro lado, via de regra, os investimentos públicos em infraestrutura se inserem no rol de despesas discricionárias, isto é, gastos não obrigatórios. Por isso, durante a execução orçamentária, estão entre os principais alvos dos atos de contingenciamento para evitar o descumprimento das metas fiscais.

⁴³⁶ NASCIMENTO, Houldine. Entenda como será gasto o Orçamento de R\$ 5,5 trilhões em 2024. *Poder 360*, Brasília, 28 de outubro de 2023.

⁴³⁷ Segundo o art. 9º da LRF, “se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subsequentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias”.

⁴³⁸ Art. 9º, §2º, da LRF.

⁴³⁹ Cf. ELIAS, Juliana. Investimento em infraestrutura está no menor nível desde 1947 – e deve cair mais. *CNN Brasil*, Brasília, 28 de janeiro de 2021, e; NASCIMENTO, Houldine. Entenda como será gasto o Orçamento de R\$ 5,5 trilhões em 2024. *Poder 360*, Brasília, 28 de outubro de 2023.

Nesse contexto, a grave restrição ao financiamento da infraestrutura em decorrência de regras de teto de gastos e da ampliação das despesas obrigatórias foi relatado pelo Ministério do Planejamento e Orçamento⁴⁴⁰ da seguinte forma:

Alguns estudos estimam que a necessidade de investimentos em infraestrutura na América Latina e Caribe deve estar entre 4% e 7% do PIB. No período de 2010 a 2015, o Brasil investiu em infraestrutura, em média, 2,3% do PIB, sendo que o setor público foi responsável por 0,90% para o mesmo período. No entanto, entre 2016 e 2021, em face do Novo Regime Fiscal e do aumento das despesas obrigatórias, que são aquelas que a União tem a obrigação legal ou contratual de realizar e cuja execução é mandatória, houve redução na disponibilidade de recursos para os investimentos públicos federais, e a média de investimento em infraestrutura ficou em 1,7% do PIB, sendo que a média do setor público caiu quase pela metade, para um valor de 0,48% do PIB.

Outra causa relevante de achatamento dos investimentos públicos em infraestrutura decorre das *emendas parlamentares impositivas* ao orçamento, tanto as individuais (EC nº 86/2015) como as de bancada estadual (EC nº 100/2019). O tema já foi analisado em item anterior⁴⁴¹, mas aqui é preciso fazer algumas complementações.

É que, agravando o cenário de subfinanciamento da infraestrutura nos últimos anos, em 2020, ganhou relevância a prática do *orçamento secreto*. Tratava-se de inclusão de despesas novas no orçamento da União indicadas pelo parlamentar relator-geral do orçamento, distribuídas, como o próprio nome sugere, entre congressistas sem critérios objetivos e transparentes.

Os gastos eram incluídos genericamente em rubrica orçamentária única (RP 9⁴⁴²), de modo a ocultar o parlamentar que indicou a despesa e seu beneficiário. O relator-geral do orçamento atuava como figura interposta de outros congressistas que indicavam as despesas. Esses parlamentares eram, principalmente, aqueles que apoiavam as pautas do Poder Executivo nas votações no Parlamento.

⁴⁴⁰ PEREIRA, Flávia Pedrosa; SILVA, Eduardo Rodrigues da; PAVANI, Ismael. Investimentos plurianuais: planejando a infraestrutura para o desenvolvimento. In: LEMOS, Leany; MENEZES, Daiane; SERVO, Luciana (orgs.). *Reconstrução do planejamento nacional*. Brasília: Ministério do Planejamento e Orçamento, 2024, p. 218.

⁴⁴¹ Ver item 1.4.2.

⁴⁴² Código utilizado por estar relacionada à programação Resultado Primário 9, que identifica as verbas das emendas de relator.

Assim, o orçamento secreto foi utilizado como instrumento de obtenção ampliação da base governista, inclusive como ferramenta para evitar a tramitação de processos de *impeachment*. Além disso, em muitos casos, foram identificados indícios de desvios e mau uso desses recursos, como compras com sobrepreços⁴⁴³ e fraudes no SUS⁴⁴⁴. Por tais razões, a prática foi objeto de intensas críticas de autores como Fernando Facury Scaff⁴⁴⁵ e Élica Graziane Pinto⁴⁴⁶.

Em dezembro de 2022, por seis votos a cinco, o STF declarou inconstitucional a prática do orçamento secreto. Entre os argumentos invocados, a Corte⁴⁴⁷ pontuou que representa “captura do orçamento público federal em favor das prioridades eleitoreiras e interesses paroquiais dos congressistas”, o que, como consequência, gera “grave risco à capacidade institucional do Estado de realizar seus objetivos fundamentais (CF, art. 3º), especialmente em decorrência da pulverização dos investimentos públicos” – o que agrava, em especial, a boa implementação de políticas em infraestrutura. De todo modo, o orçamento secreto esteve em vigor até o fim de 2022 e, na LOA daquele ano, correspondeu a aproximadamente R\$ 16,8 bilhões.

O Congresso imediatamente reagiu a essa decisão do STF. Dias após ao julgamento da Corte, por meio da EC nº 126/2022, elevou o patamar das emendas individuais impositivas de 1,2% para 2% da receita corrente líquida⁴⁴⁸. Além disso, o

⁴⁴³ PIRES, Breno. O orçamento secreto bilionário de Bolsonaro banca trator superfaturado em troca de apoio no Congresso. *Estadão*, São Paulo, 8 de maio de 2021.

⁴⁴⁴ PIRES, Breno. Farra ilimitada: depois dos tratores e das escolas *fakes*, o orçamento secreto patrocina um festival de fraudes no SUS. *Revista Piauí*, São Paulo, Edição nº 190, julho de 2022.

⁴⁴⁵ Scaff assim resumiu o funcionamento da prática e a dificuldade de controle desses gastos: “Funciona assim: é indicado um relator para um projeto de lei, que pode ser sobre casamento entre pessoas do mesmo sexo ou reforma tributária ou calote nos precatórios. Os parlamentares sopram no ouvido do relator que desejam dirigir uma parcela dos recursos do orçamento para uma determinada instituição ou obra em seu reduto eleitoral. O relator então sopra no ouvido do Presidente o interesse daquele parlamentar. A verba então é empenhada pelo Executivo na rubrica orçamentária RP9. No passo seguinte ocorre a votação no Congresso: se o parlamentar vota conforme determina o relator, a verba empenhada é liberada para a finalidade eleitoral pretendida. Caso não vote conforme a orientação do relator, há o cancelamento do empenho, e a verba volta aos cofres públicos. A expressão ‘sopra no ouvido’ demonstra que o ‘rastros’ orçamentário é de difícil controle, pois não se consegue identificar qual parlamentar votou por convicção, acreditando naquele projeto, e qual foi comprado pelo uso do dinheiro público. Os órgãos de controle (TCU, Ministério Público etc.) não conseguem controlar ‘sopros’, só o que fica escrito” (SCAFF, Fernando Facury. As emendas de relator e a isonomia republicana na ADPF 85. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 7 de dezembro de 2020).

⁴⁴⁶ PINTO, Élica Graziane. Orçamento secreto é sintoma de arbitrariedade e descontinuidade estruturais. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 19 de abril de 2022.

⁴⁴⁷ Por tudo, ver: ADPF nº 850, Plenário, relatora Min. Rosa Weber, julgado em 19 de dezembro de 2022.

⁴⁴⁸ O art. 166, §9º, da CF passou a prever que “as emendas individuais ao projeto de lei orçamentária serão aprovadas no limite de 2% (dois por cento) da receita corrente líquida do exercício anterior ao do encaminhamento do projeto, observado que a metade desse percentual será destinada a ações e serviços públicos de saúde”.

Parlamento tem anualmente apresentado emendas durante a tramitação do PLOA para alocar recursos a indicações de comissões parlamentares – ao que se denomina de *emendas de comissão*.

Os graves efeitos do conjunto dessas diferentes emendas parlamentares para o adequado financiamento da infraestrutura ficaram ainda mais evidentes durante a tramitação do PLOA 2024. Isso porque o Congresso aprovou o orçamento de 2024 com a previsão de R\$ 53 bilhões em emendas parlamentares (individuais, de bancada e de comissão), com cortes diretamente em investimentos em obras para o Programa de Aceleração do Crescimento – PAC⁴⁴⁹.

Após veto parcial quanto às emendas de comissão, o valor total das emendas parlamentares passou para R\$ 47,4 bilhões na LOA 2024 (Lei nº 14.822/2024). De todo modo, esse montante é 27% superior ao valor das emendas no ano anterior e representa mais de três vezes toda a dotação prevista para investimentos do Ministério dos Transportes na LOA 2024 (R\$ 14,5 bilhões).

Cada vez maior parcela do orçamento federal tem saído da esfera decisória do Poder Executivo e tem sido destinada a indicações parlamentares. De 2014 para 2024, a representação das emendas parlamentares nas despesas discricionárias federais subiu de 3,95% para 20,03%⁴⁵⁰, agravando o cerceamento dos recursos disponíveis para investimentos em infraestrutura.

Não há sinais de que haja uma contenção sobre esse fenômeno. Pelo contrário. Mesmo após a ampliação das emendas parlamentares na LOA 2024, o Presidente da Câmara de Deputados voltou a cobrar a ampliação do poder do Parlamento sobre a formação e a execução do orçamento⁴⁵¹.

⁴⁴⁹ “As emendas parlamentares passaram a ocupar, ao longo dos últimos anos, o espaço de investimentos que em outros tempos eram atos discricionários do poder executivo. Em outros termos, com a desativação do PAC a partir de 2016, o volume de investimentos do OGU passou paulatinamente para as mãos dos parlamentares. Nada mais simbólico que a discussão em torno dos valores destinados a emendas em 2024 tenha se comparado aos valores do Novo PAC, em que o governo teria algo em torno de R\$ 55 bilhões e os parlamentares cerca de R\$ 53 bilhões em emendas impositivas e discricionárias” (COUTO, Leandro Freitas; JR CARDOSO, José Celso. Planejamento, governança orçamentária e emendas parlamentares: como conciliar racionalidade técnica, participação social e legitimidade política. *Fundação Getúlio Vargas – Cadernos Gestão Pública e Cidadania – Blog Gestão, Política & Sociedade*, São Paulo, 28 de março de 2024).

⁴⁵⁰ SCHYMURA, Luiz Guilherme. Carta do Ibre: aumento de emendas sinaliza necessidade de nova cultura orçamentária. *Revista Conjuntura Econômica – FGV Ibre*, Rio de Janeiro, vol. 78, n. 4, p. 8-13, abril 2024, p. 8.

⁴⁵¹ Na tramitação do PLOA 2024, o Congresso anulou despesas primárias do Poder Executivo para alocar R\$ 16,6 bilhões para as emendas de comissão. Foi sobre esse ponto que recaiu o único veto do Chefe do Poder Executivo ao PLOA aprovado pelo Congresso, com a redução para R\$ 11 bilhões – que representa um aumento de 80% do valor consignado na LOA do ano anterior. Foi o suficiente para provocar forte reação de parcela do Parlamento,

Como já visto, a reserva de grande parcela do orçamento para emendas parlamentares, além de restringir as demais despesas discricionárias, provoca distorções entre o planejamento e o orçamento. As indicações parlamentares tendem a financiar projetos e ações para atender necessidades exclusivamente locais – muitas vezes, apenas para captar apoio eleitoral de gestores locais – e imediatistas – com resultados dentro dos quatro anos de mandato. Forma-se um contexto incompatível com a necessidade do país de programas de infraestrutura nacionais e cujos principais resultados apenas apareceriam no longo prazo. Por isso, como constatou o TCU⁴⁵², há uma baixa efetividade dos recursos endereçados por meio de emendas parlamentares a obras e projetos de infraestrutura.

Ainda sob o ponto das restrições das despesas discricionárias, verifica-se uma verdadeira concorrência entre os diferentes Ministérios para a utilização das verbas federais para investimentos. Nessa competição, a escolha dos projetos é pautada, muitas vezes, em cenários circunstanciais e decisões casuísticas. Não há, de um modo geral, critérios transparentes e objetivos para a priorização de quais investimentos serão priorizados, o que fragiliza a efetividade de projetos e obras de infraestrutura, como já apontado pelo TCU⁴⁵³.

É preciso registrar ainda, que, em anos eleitorais, o constrangimento fiscal dos recursos para investimentos se acentua também diante do anseio dos congressistas para a ampliação de verbas do Fundo Especial de Financiamento de Campanhas Eleitorais – FEFC (Fundo Eleitoral)⁴⁵⁴. Para as eleições municipais de 2024, o Parlamento incluiu no orçamento o valor de R\$ 4,9 bilhões, mais de cinco vezes o valor proposto no PLOA 2024 (R\$ 939,3 milhões) e mais que o dobro dos R\$ 2 bilhões utilizados nas eleições municipais de 2020.

representada pelo então presidente da Câmara dos Deputados, Arthur Lira, para quem o orçamento “não é e nem pode ser de autoria exclusiva do Poder Executivo e muito menos de uma burocracia técnica que, apesar do seu preparo, não foi eleita para escolher as prioridades da nação e não gasta a sola de sapato percorrendo os pequenos municípios brasileiros” (PIMENTEL, Carolina. Lira diz que Câmara não será inerte em ano eleitoral e cobra acordos. *Agência Brasil – EBC*, Brasília, 5 de fevereiro de 2024).

⁴⁵² Acórdão nº 2.704/2019, Plenário, relator Min. Vital do Rêgo, julgado em 6 de novembro de 2019. O controle do TCU sobre despesas decorrentes de emendas parlamentares em matéria de infraestrutura é analisado de forma mais detalhada no capítulo 4.

⁴⁵³ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. *Fiscobras 2021 – Fiscalização de obras públicas pelo TCU – 25º Ano*. Brasília: TCU, 2021, p. 26.

⁴⁵⁴ Instituído pela Lei nº 13.487/2017, como uma reação do universo político à proibição do financiamento empresarial de campanha, após o julgamento do STF na ADI nº 4.650, em 17 de setembro de 2015, sob relatoria do Min. Luiz Fux.

De outra banda, em relação à arrecadação, uma circunstância que reduz a capacidade de investimentos públicos na área se refere a equivocadas políticas de incentivos fiscais adotadas nas últimas décadas. Houve, em diferentes gestões federais, uma ampliação dos chamados *gastos tributários*, que geram a erosão da base tributária e reduzem as fontes de financiamento público de políticas públicas estruturantes, como os planos nacionais, regionais e setoriais na área de infraestrutura⁴⁵⁵. De 2003 a 2018, as renúncias de receitas passaram de 2% para 4,3% do PIB⁴⁵⁶. Conforme avaliações do TCU⁴⁵⁷, esses incentivos, muitas vezes, não trouxeram a contrapartida social e econômica esperada. Grande parte foi concedida a determinados segmentos por prazo indeterminado e sem um controle efetivo sobre o alcance dos resultados pretendidos. Cite-se, como exemplo, o caso das desonerações de tributos federais da indústria automobilística⁴⁵⁸: recursos orçamentários, que poderiam ser aplicados em infraestrutura e transporte público, foram substituídos por renúncias de receitas em prol do mercado de transporte individual de passageiros, sem que tal medida tenha trazido o impacto esperado em

⁴⁵⁵ De todo modo, no âmbito dos estados e do Distrito Federal, registre-se o possível impacto positivo para os investimentos públicos em infraestrutura diante da reforma tributária realizada pela EC nº 123/2023. Foi prevista a criação do Fundo Nacional de Desenvolvimento Regional, para compensar perdas de arrecadação daqueles entes diante das novas regras. Esse Fundo poderá financiar a *realização de estudos, projetos e obras de infraestrutura*. Ademais, os recursos desse Fundo serão aplicados prioritariamente em projetos que contemplem *ações de sustentabilidade ambiental e redução das emissões de carbono*, o que favorece investimentos em projetos na área da infraestrutura sustentável (art. 159-A da CF).

⁴⁵⁶ Cf. MINISTÉRIO DA ECONOMIA. *Boletim mensal sobre os subsídios da União: uma análise dos subsídios (gastos) tributários da União: evolução e comparação internacional*. Brasília: Ministério da Economia, 2019.

⁴⁵⁷ Entre as variadas fiscalizações realizadas pelo TCU sobre o tema, cite-se a decorrente do Acórdão 1.270/2018, que, além de outras determinações, impôs ao Poder Executivo a publicação da “descrição sintética do mecanismo, legislação instituidora, tributo sobre o qual incide a desoneração ou regime especial, prazo de vigência, estimativa de perda de arrecadação por exercício e indicação sobre o enquadramento do mecanismo no conceito de gasto tributário, com o respectivo embasamento, e atualize a publicação anualmente, a fim de assegurar a publicidade e a transparência sobre essas informações, em atenção ao disposto no art. 37 da Constituição Federal e no § 1º do art. 1º da Lei Complementar 101/2000” (Acórdão nº 1.270/2018, Plenário, de relatoria do Min. José Múcio Monteiro, julgado em 6 de junho de 2018).

⁴⁵⁸ “Setor que tradicionalmente recebe atenção especial do governo por conta do valor agregado à economia e do impacto sobre o emprego, a indústria automotiva foi beneficiada com R\$ 69,1 bilhões em incentivos fiscais da União entre 2000 e 2021, em valores corrigidos pela inflação. Levantamento feito pela Folha a partir de dados da Receita Federal mostra que, embora tenha um número reduzido de empresas em atuação no país, o setor aparece na lista dos maiores gastos tributários do governo federal” (CARAM, Bernardo. *Incentivos da União a montadoras somam R\$ 69 bilhões de 2000 a 2021*. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 12 de janeiro de 2021).

termos de geração de empregos⁴⁵⁹, o que, inclusive, é objeto de auditoria específica no TCU⁴⁶⁰.

Por fim, ainda quanto à arrecadação, esta também é prejudicada diante do quadro de baixo crescimento do país nas últimas décadas, o que reduz a base tributária (como patrimônio, renda e consumo). E isso também reduz a capacidade de investimentos do Estado – ou, ao menos, impede sua ampliação.

De 2003 a 2013, mesmo diante dos impactos da crise de 2008 – a maior derrocada da economia global até então desde a crise de 1929 –, o Brasil manteve um patamar médio de crescimento do PIB razoável, de 4,05% por ano. A partir de 2014, porém, o país vivenciou grave crise econômica e financeira. Já naquele ano, o crescimento do PIB foi praticamente nulo, de 0,5%.

Em 2015 e 2016, o Brasil se deparou com forte recessão, com variação negativa do PIB de 6,8% acumulados. Nos anos de 2017, 2018 e 2019, houve crescimento de pouquíssima expressão, respectivamente, de 1,3%, 1,8% e 1,1%.

Em 2020, diante de um cenário de crise econômica global causada pela pandemia da Covid-19, o PIB brasileiro recuou 4,1%. No ano seguinte, com o arrefecimento da pandemia, a economia global voltou a pulsar. O país acompanhou esse movimento e o seu PIB, naquele ano, cresceu 4,6%⁴⁶¹. Em 2022, o crescimento foi de 3% e, em 2023, de 2,9%.

O Brasil, assim, depara-se com taxas de crescimento que apresentam melhoras nos últimos anos, mas que não têm sido suficientes para alterar o ritmo da arrecadação a ponto de transformar a realidade do subfinanciamento da infraestrutura. São indicadores de crescimento que se encontram em patamares substancialmente inferiores àqueles verificados no período entre 1930-1980 (que chegavam a ultrapassar os 10%), momento em que, como anteriormente analisado, o

⁴⁵⁹ Sobre a ineficiência da política de desoneração tributária da indústria automobilística para a geração de empregos, ver: GERACY, Igor Vinícius de Souza. *Desonerações do imposto sobre produtos industrializados: impactos sobre o mercado de trabalho*. 2018. Dissertação (mestrado). Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas e Desenvolvimento. Brasília, 2018.

⁴⁶⁰ Por meio do Processo nº 007.210/2022-1, de relatoria do Ministro Antonio Anastasia, o TCU apura deficiências nas Políticas Automotivas de Desenvolvimento Nacional, especialmente a ausência do retorno socioeconômico esperado a partir das concessões de subsídios e benefícios tributários.

⁴⁶¹ Em que pese o crescimento, naquele ano, o país voltou ao Mapa da Fome da ONU, tendo passado de 3,9 milhões (durante o período de 2014 a 2016) para 15,4 milhões (no período de 2019 a 2021) de habitantes acometidos de insegurança alimentar grave (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA ALIMENTAÇÃO E AGRICULTURA – FAO. *The state of food security and nutrition in the world 2022: repurposing food and agricultural policies to make healthy diets more affordable*. Roma: FAO/ONU, 2022, p. 157).

Estado brasileiro conduzia grandes planos de desenvolvimento, tendo a infraestrutura como alicerce.

Todo esse contexto atual do orçamento público e das normas de gestão fiscal demonstra circunstâncias que acarretam uma significativa limitação dos investimentos públicos em infraestrutura. É preciso fazer mais com menos.

O quadro aumenta o desafio do Estado para o adequado planejamento no setor. E também revela ainda mais importância do papel dos tribunais de contas no controle sobre a infraestrutura, contribuindo para tornar cada vez mais eficientes as políticas públicas e ações estatais na área.

3.2 Controle das obras públicas

3.2.1 Licitações e contratações administrativas para obras públicas

Tema com forte impacto na implementação de projetos em infraestrutura é a atuação dos tribunais de contas em relação às contratações públicas. Por isso, é relevante compreender alguns aspectos relevantes do controle exercido pelo TCU em matéria de licitações e contratações administrativas em infraestrutura, sobretudo de obras públicas.

Não é exagero afirmar que, nas últimas décadas, o TCU se transformou em uma espécie de “tribunal superior” de interpretação das normas federais sobre licitações e contratos administrativos. Suas decisões e precedentes servem de parâmetros – quase como dogmas – para os setores de compras públicas de todos os entes.

Isso está representado expressamente pela sua Súmula nº 222 do TCU, segundo a qual “as decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”, que deve ser interpretada com a ressalva de se

aplicar a contratações financiadas com recursos federais, sob pena de inconstitucionalidade⁴⁶².

No dia a dia dos setores governamentais de contratações públicas, seja no âmbito federal, estadual ou municipal, entendimentos do TCU, na prática, ganham relevância maior, até mesmo, do que aqueles do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Em alguns casos, inclusive, o TCU assume deliberadamente posicionamentos contrários aos do STJ sobre a interpretação de normas sobre contratações públicas⁴⁶³, o que nos parece uma evidente disfuncionalidade, diante da atribuição constitucional do STJ de interpretar a legislação federal (art. 105, III, da CF), inclusive as normas gerais sobre licitações e contratos públicos.

O protagonismo do TCU na seara das licitações e contratos administrativos produz singular impacto sobre infraestrutura, principalmente sobre as obras públicas. É uma das matérias mais presentes nas atividades do Tribunal. Isso é identificado desde o controle da legalidade de instrumentos jurídicos (editais de licitação, contratos, termos aditivos, convênios etc.) à expedição de manuais de orientação à Administração Pública. Portanto, não há como se avaliar o controle exercido pelo TCU na infraestrutura sem considerar seu papel perante as contratações de obras públicas.

Diversas regras da atual Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/2021) decorreram diretamente da jurisprudência do TCU na matéria. Em relação a obras públicas, por exemplo, o diploma previu que os órgãos da Administração devem instituir sistema informatizado de acompanhamento de obras,

⁴⁶² Defende-se o entendimento de que essa súmula apenas está em harmonia com a Constituição se aplicada apenas aos casos abrangidos pela competência da Corte de Contas federal, isto é, quando envolver políticas públicas e despesas financiadas com recursos federais. Do contrário, violam-se o pacto federativo e a autonomia dos entes municipais e estaduais (art. 1º da CF), vinculados a tribunais de contas locais, sem qualquer submissão hierárquica ao TCU, que não é órgão nacional, mas apenas federal.

⁴⁶³ Como na conhecida divergência sobre a abrangência dos efeitos da sanção de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, prevista no art. 87, III, da Lei nº 8.666/1993. O TCU reconhece essa divergência sem qualquer reflexão crítica sobre as competências fixadas pela Constituição. No Acórdão nº 269/2019, pontuou, com estranha naturalidade, que “realmente, há interpretação distinta entre o TCU e o STJ quanto à abrangência dos efeitos da pena de suspensão temporária disciplinada pelo art. 87, III, da Lei 8.666/93. Para o TCU, a sanção produz efeitos apenas em relação ao órgão ou entidade sancionadora. Para o STJ, a sanção aplica-se a toda Administração Pública” (Acórdão nº 269/2019, Plenário, relator Min. Bruno Dantas, julgado em 13 de fevereiro de 2019). A divergência deve ser superada com a Lei nº 14.133/2021, que deixa claro que essa sanção se aplica “no âmbito da Administração Pública direta e indireta do ente federativo que tiver aplicado a sanção” (art. 156, §3º, da Lei nº 14.133/2021).

inclusive com recursos de imagem e vídeo⁴⁶⁴, absorvendo orientações há muito já realizadas pela Corte de Contas federal⁴⁶⁵.

Em relação a procedimentos de contratações públicas, destaque-se que, apesar de haver previsão legal de que qualquer pessoa física ou jurídica, inclusive licitantes e contratados, podem representar aos tribunais de contas contra o descumprimento das normas legais⁴⁶⁶, o TCU manifesta uma correta postura de autocontenção, evitando se tornar uma instância recursal durante a tramitação de licitações ou a execução de contratos⁴⁶⁷. Do mesmo modo, entende que não possui competência para a revisão de penalidade administrativa imputada a licitantes ou a contratados, por caracterizar a tutela de interesses privados⁴⁶⁸.

Mencione-se que o TCU contribui para a economicidade de contratações públicas em matéria de infraestrutura ao estabelecer contínua avaliação sobre as tabelas de preços referenciais das obras e projetos de infraestrutura, tais como aquelas disciplinadas no Decreto nº 7.983/2013 – a tabela SINAPI⁴⁶⁹, mais voltada a edificações, e a tabela SICRO⁴⁷⁰, relacionada a projetos mais estruturantes (rodovias, estradas etc.)⁴⁷¹.

Além disso, como será detalhado em item posterior, a Corte tem intensificado o uso de auditorias operacionais para apresentar contínuos diagnósticos sobre o tema e também para propor alternativas para o problema do elevado número de projetos de infraestrutura paralisados no Brasil. Por meio do Acórdão nº 2.134/2023⁴⁷², de um total de 21.007 obras federais, identificou que 8.603 (41%) estavam paralisadas. Nessa decisão, o TCU caracteriza a falta de planejamento da gestão pública como um dos fatores responsáveis pela frustração na execução das obras, o que abrange o caráter aleatório e improvisado na seleção de projetos e a insuficiência de instrumentos para monitoramento e avaliação das carteiras de obras federais.

O TCU também realiza procedimentos denominados de *levantamentos*, de caráter informativo, a respeito da execução de obras públicas. Trata-se de expediente

⁴⁶⁴ Art. 19, III, da Lei nº 14.133/2021.

⁴⁶⁵ Acórdão nº 194/2014, Plenário, relator Min. Walton Alencar Rodrigues, julgado em 5 de fevereiro de 2014.

⁴⁶⁶ Art. 113, §1º, da Lei nº 8.666/1993 e art. 170, §4º, da Lei nº 14.133/2021.

⁴⁶⁷ Acórdão nº 2.620/2013, Plenário, relator Min. Marcos Bemquerer, julgado em 25 de setembro de 2013.

⁴⁶⁸ Acórdão nº 4.801/2013, Segunda Câmara, relator Min. Aroldo Cedraz, julgado em 13 de agosto de 2013.

⁴⁶⁹ Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil – SINAPI.

⁴⁷⁰ Sistema de Custos Referenciais de Obras – SICRO.

⁴⁷¹ Cf. Acórdão nº 2.695/2022, Plenário, relator Min. Aroldo Cedraz, julgado em 7 de dezembro de 2022.

⁴⁷² Acórdão nº 2.134/2023, Plenário, relator Min. Vital do Rêgo, julgado em 18 de outubro de 2023.

para a Corte conhecer o funcionamento dos órgãos e entidades jurisdicionadas, incluindo suas atividades em seus aspectos contábeis, financeiros, orçamentários, operacionais e patrimoniais⁴⁷³.

Em outubro de 2023, por meio de procedimento de levantamento, apresentou informações coletadas sobre um dos principais gargalos para a adequada execução das obras no país: a necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro. Indicou boas práticas para a análise de pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro em contratos de obras públicas, principalmente diante da variação extraordinária de preços de insumos em decorrência da crise econômica e desarranjo da cadeia produtiva causada pela pandemia da Covid-19⁴⁷⁴.

No aspecto de orientação a órgãos e entidades, entre os diversos materiais divulgados, destaca-se o manual “Obras Públicas: Recomendações Básicas para a Contratação e Fiscalização de Obras de Edificações Públicas”⁴⁷⁵, que contém diretrizes e a consolidação de precedentes do TCU a respeito das contratações de obras públicas. Nesse documento, há instruções que abrangem: i) a fase interna da licitação (estudos de viabilidade, projetos, pesquisa de preços para formação do orçamento, minuta de edital, pareceres técnicos e jurídicos etc.); ii) a fase externa da licitação (desde a publicação do edital até a homologação e adjudicação); iii) a fase de fiscalização contratual; iv) a fase pós-contratual (garantia dos serviços e manutenção), e; v) as principais irregularidades constatadas em obras públicas.

Para fins deste trabalho, é relevante o destaque conferido no referido manual à necessidade de reforçar o planejamento orçamentário e a observância das regras para a execução do orçamento. São elencadas como duas das principais deficiências na contratação de obras públicas: i) não inclusão da obra no plano plurianual ou em lei que autorize sua inclusão, no caso de sua execução ser superior a um exercício financeiro e ii) ausência de previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das etapas a serem executadas no exercício financeiro.

⁴⁷³ Art. 238 do Regimento Interno do TCU.

⁴⁷⁴ Acórdão nº 2.135/2023, Plenário, relator Min. Benjamin Zymler, julgado em 18 de outubro de 2023.

⁴⁷⁵ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. *Obras Públicas: Recomendações Básicas para a Contratação e Fiscalização de Obras de Edificações Públicas*, 4ª ed. Brasília: TCU, 2014. Mais recentemente, em 2021, houve a publicação da cartilha “Obras Públicas em 10 Passos” em que o TCU traz informações resumidas destinadas aos gestores públicos sobre as principais etapas de planejamento, execução e fiscalização das contratações de obras públicas (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. *Obras Públicas em 10 Passos*. Brasília: TCU, 2021).

A matéria de licitações e contratos administrativos continuará como prioritária para a Corte nos próximos anos, como previsto no Objetivo 2 de seu Plano Estratégico 2023-2028: “contribuir para a regularidade e a economicidade de atos e contratos administrativos”. E haverá especial atenção para projetos de concessões e parcerias público-privadas, modelagens de contratação com grande impacto no setor de infraestrutura, como se verá em item posterior⁴⁷⁶.

3.2.2 Plano de fiscalização anual – Fiscobras: características relevantes e resultados

No tema do controle externo de obras públicas, um ponto que merece especial destaque são as contribuições do TCU por meio do programa Fiscobras. Trata-se de um plano de fiscalização conduzido pelo TCU, com interação com o Poder Executivo e com o Poder Legislativo, que incide sobre as principais obras executadas pela Administração Federal.

O plano de fiscalização, realizado em ciclos anuais, é pautado por regras previstas na Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO de cada ano. O primeiro Fiscobras foi previsto na LDO 1998⁴⁷⁷. Já a partir da LDO 2001 (Lei nº 9.995/2000), houve a previsão de que a LOA apresente em anexo próprio obras com indícios de irregularidades graves identificadas pelo TCU, cuja continuidade ficaria condicionada à adoção de medidas saneadoras pelo órgão responsável e sujeita à prévia deliberação do Congresso Nacional. O procedimento do Fiscobras foi aperfeiçoado nas LDOs subsequentes⁴⁷⁸. Atualmente, além da LDO, a Resolução nº 280/2016 disciplina os procedimentos do programa no âmbito interno do TCU.

⁴⁷⁶ Vinculado ao referido Objetivo 2, tem-se como resultado-chave 2.3. pretendido: “Até o final de 2028, acompanhar todos os processos de desestatização selecionados com base na IN 81/2018, alcançando o cumprimento de 80% das determinações de medidas corretivas” (por tudo, ver: TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. *Plano estratégico do Tribunal de Contas da União 2023-2028*. Brasília: TCU, 2024, p. 23).

⁴⁷⁷ A LDO 1998 (Lei nº 9.473/1997) tratou do tema em apenas um dispositivo, prevendo o seguinte: “Art. 69. O Tribunal de Contas da União enviará à comissão mista permanente prevista no § 1º do art. 166 da Constituição Federal, até 30 de setembro de 1997:

I – relação das obras em execução com recursos oriundos dos orçamentos fiscal e da seguridade social da União, nas quais tenham sido identificados indícios de irregularidades em sua gestão, ainda que os processos se encontrem em tramitação, incluídas ou não na proposta orçamentária, indicando a classificação institucional e funcional-programática do subprojeto ou subatividade correspondente, o órgão executante, a localização da obra, os indícios verificados e outros dados julgados relevantes para sua apreciação, pela comissão”

⁴⁷⁸ As sucessivas LDOs da União promoveram aprimoramentos no procedimento do programa Fiscobras, como, por exemplo: i) a previsão de manifestação preliminar do gestor público antes de o Tribunal concluir que uma obra tem “indício de irregularidade grave”; ii) estabelecimento de prazo máximo (40 dias) para manifestação do TCU

O programa, no seu início, tinha como foco o exercício do que anteriormente denominamos de *microcontrole externo*, limitado a situações individualizadas (contratos específicos), a partir do parâmetro da legalidade. Porém, nos últimos anos, o TCU também passou a apresentar no Fiscobras um balanço geral da situação da infraestrutura no país, com a evidenciação dos principais desafios para cada setor (transporte, saneamento, energia, recursos hídricos etc.). Assim, o programa, progressivamente, tem adotado características do *macrocontrole externo*, com uma avaliação sistêmica da infraestrutura brasileira e das políticas públicas no setor.

De todo modo, sob ambos os prismas, é possível afirmar que, por meio do Fiscobras, o TCU exerce sua competência prevista no art. 59, §1º, V, da LRF, que atribui ao Tribunal a emissão de alertas quanto a fatos que comprometam os custos ou os resultados dos programas ou indícios de irregularidades na gestão orçamentária. Tais alertas podem se referir ao micro (contratações específicas) ou macrocontrole (políticas públicas e programas governamentais) e representam relevante contribuição do Tribunal para o desenvolvimento da infraestrutura do país, em especial, na execução de obras federais.

Do ponto de vista do *macrocontrole*, o Fiscobras tem detalhado diferentes falhas de planejamento em parte das obras federais. É o caso do histórico de ausência de especificação no orçamento federal sobre as obras públicas. Como explicou a Corte⁴⁷⁹, “não se sabe se as ações preveem o custeio de uma obra, de várias obras ou, até mesmo, de objetos que não se vinculam à infraestrutura”. Essa circunstância naturalmente prejudica não só o planejamento orçamentário, como o controle sobre a execução orçamentária. Além disso, viola o *princípio da especificação (ou da discriminação orçamentária)*, segundo o qual o orçamento deve dispor sobre as despesas públicas com nível satisfatório de detalhamento, sem prever gastos sem precisão ou de termos ambíguos, de modo a demonstrar a especificação dos recursos públicos desde sua origem até sua destinação final⁴⁸⁰.

para fins de classificação de uma obra com “indício de irregularidade grave”; iii) criação de diferentes tipos de “indício de irregularidade grave”, prevendo diferentes situações, a depender da necessidade ou não de paralisação e de retenção de valores; iv) o Congresso, ao analisar as obras classificadas com indícios de irregularidade grave, passou a ter o dever de considerar os impactos sociais, econômicos e financeiros relacionados à suspensão da obra.

⁴⁷⁹ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. *Fiscobras 2021 – Fiscalização de obras públicas pelo TCU – 25º Ano*. Brasília: TCU, 2021, p. 26.

⁴⁸⁰ De acordo com o artº 2 da Lei nº 4.320/1964, “a Lei do Orçamento conterà a discriminação da receita e despesa de forma a evidenciar a política econômica financeira e o programa de trabalho do Governo, obedecidos os princípios de unidade universalidade e anualidade”. Além disso, conforme o art. 15 do referido diploma legal, “na

Na mesma linha, em relação às emendas parlamentares ao orçamento destinadas a obras públicas, o TCU, no Fiscobras, evidencia a baixa execução financeira dos recursos a elas referentes, especialmente pela falta de projetos apropriados e condições técnicas para o implemento das obras indicadas, causando o empocamento de recursos. Por isso, a Corte tem orientado que o Poder Executivo, antes da aprovação da LOA, apresente aos parlamentares um rol de projetos e obras já dotado de um planejamento maduro e viável e que represente prioridades nas políticas de infraestrutura do país. Com isso, viabiliza-se a execução de obras de acordo com o planejamento estatal a partir de verbas decorrentes das indicações parlamentares⁴⁸¹.

Por outro lado, no *microcontrole*, o TCU, por meio do Fiscobras, atua como órgão de auxílio técnico do Parlamento, atendendo à previsão constitucional de que as sustações dos contratos devem ocorrer, via de regra, pelo Congresso Nacional, e não diretamente pela Corte de Contas⁴⁸². Assim, nesse programa, apesar de o TCU recomendar a paralisação da obra em casos de indícios de irregularidades graves, a LDO prevê que, ao final do procedimento, cabe ao Congresso deliberar sobre a suspensão ou não do contrato, com base nos impactos sociais, econômicos, financeiros e ambientais do caso.

Também sob o aspecto do microcontrole se identifica relevante contribuição do Fiscobras para a governança de obras públicas federais. Por meio dela, de 2012 a 2021, foram realizadas 1.051 fiscalizações de obras, abarcando R\$ 275,83 bilhões em dotação orçamentária. Foi possível identificar que as principais causas das irregularidades graves decorrem de deficiência no planejamento, notadamente diante de projetos de baixa qualidade (20,98%) e da incompatibilidade entre as dotações orçamentárias e os recursos necessários para a execução do projeto (17,07%)⁴⁸³.

Para os fins deste trabalho, é importante compreender alguns aspectos relevantes do Fiscobras sob o aspecto do microcontrole, principalmente porque o

Lei de Orçamento a discriminação da despesa far-se-á no mínimo por elementos”. E o §1º desse dispositivo estabelece que se entende “por elementos o desdobramento da despesa com pessoal, material, serviços, obras e outros meios de que se serve a administração pública para consecução dos seus fins”.

⁴⁸¹ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. *Fiscobras 2021 – Fiscalização de obras públicas pelo TCU – 25º Ano*. Brasília: TCU, 2021, p. 26.

⁴⁸² Uma vez que, “no caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis” (art. 71, §1º, CF).

⁴⁸³ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. *Fiscobras 2022 – Fiscalização de obras públicas pelo TCU – 26º Ano*. Brasília: TCU, 2022, p. 5-6.

tema tem ganhado cada vez mais espaço nas LDOs federais. No âmbito interno do TCU, a Resolução nº 280/2016 regulamenta o programa e dispõe que o Plenário do TCU, no mês de setembro de cada ano, deve deliberar sobre seu escopo, a seleção das obras a serem fiscalizadas e o cronograma de atividades.

Segundo o que costuma estabelecer a LDO⁴⁸⁴, a escolha das obras objeto de fiscalização no Fiscobras deve considerar, entre outros, os seguintes elementos: i) valor autorizado e empenhado nos exercícios anterior e atual; ii) regionalização do gasto; iii) histórico de irregularidades pendentes obtido a partir de fiscalizações anteriores e a reincidência de irregularidades cometidas, tanto do órgão executor como do ente beneficiado, e; iv) obras classificadas na lei orçamentária em vigor como irregulares e que não foram objeto de deliberação posterior do TCU pela regularidade.

Ocorre que possuem caráter sigiloso as sessões do Plenário do TCU, assim como respectivos relatórios técnicos e votos, para deliberação sobre as obras objeto do plano de fiscalização do Fiscobras⁴⁸⁵. No entanto, não é possível identificar as justificativas do Tribunal para o caráter sigiloso dessas decisões. Uma hipótese é a de que o caráter reservado das deliberações do TCU, enquanto não aprovado o respectivo acórdão, garantiria maior imparcialidade e evitaria que fatores externos (como pressões políticas e econômicas) influenciassem nas escolhas das obras a serem objeto da fiscalização. No entanto, na ordem constitucional brasileira⁴⁸⁶, a transparência e a publicidade de atos e informações públicas são a regra, de modo que cabe ao TCU apresentar à sociedade, de forma expressa, justificativas razoáveis e proporcionais, fundamentadas no interesse público, para o sigilo em relação às deliberações da Corte na escolha das obras que farão parte do plano de fiscalização do Fiscobras, o que até o momento não se identifica.

Com base na fiscalização empregada por meio do programa Fiscobras, o TCU pode chegar às seguintes conclusões para cada obra fiscalizada: i) ausência de irregularidade; ii) falhas ou impropriedades – F/I; iii) indícios de irregularidade grave – IG. Este último grupo divide-se em: iii.i) IG com recomendação de paralisação – IGP;

⁴⁸⁴ Art. 146 da LDO 2024.

⁴⁸⁵ Art. 7º da Resolução TCU nº 280/2016.

⁴⁸⁶ Art. 5º, XXXIII, e art. 37, *caput*, da CF. Além disso, a Lei nº 9.784/1999, que rege o processo administrativo no âmbito da União, vige a regra da divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição (art. 2º, V).

iii.ii) IG com recomendação de retenção parcial de valores – IGR, e; iii.iii) IG que não prejudique a continuidade – IGC.

A compreensão desses conceitos é relevante para se visualizar a forma do controle exercido pelo TCU por meio do programa Fiscobras e a importância de seus subsídios técnicos para a atuação do Congresso em relação à fiscalização das obras federais.

São consideradas *falhas ou impropriedades – F/I* aquelas irregularidades de natureza formal, as que não configuram indício de débito ou, ainda, as que não ensejam a aplicação de multa aos responsáveis, mas tão somente determinação de medidas corretivas ou a expedição de ciência aos responsáveis⁴⁸⁷. Seria o caso, por exemplo, de insuficiência da garantia contratual pela empresa contratada, o que poderia ser sanado durante a execução do contrato.

Ademais, o *indício de irregularidade grave que não prejudique a continuidade – IGC* é entendido como aquele que, embora apresente importância diante dos valores e da gravidade da inconformidade envolvida, de modo a gerar a necessidade de citação ou audiência do agente responsável, não apresenta elementos justificadores de eventual paralisação ou retenção de valores⁴⁸⁸.

Por outro lado, os achados de *indício de irregularidade grave com recomendação de paralisação – IGP* se refere a fato que, cumulativamente: i) seja materialmente relevante em relação ao valor total contratado; ii) apresente potencialidade de ocasionar prejuízos ao erário ou a terceiros; iii) possa ensejar nulidade de procedimento licitatório ou de contrato ou, ainda, configure grave desvio dos princípios constitucionais a que está submetida a Administração Pública Federal⁴⁸⁹.

Os indícios de irregularidades classificados como IGP são os mais críticos entre os que se podem identificar nas obras públicas. São hipóteses em que o TCU recomenda a suspensão da execução do empreendimento, por entender que as irregularidades afetam de forma estrutural a higidez do contrato⁴⁹⁰. É o caso, por

⁴⁸⁷ Art. 2º, VII, da Resolução TCU nº 280/2016.

⁴⁸⁸ Art. 2º, VI, da Resolução TCU nº 280/2016.

⁴⁸⁹ Art. 2º, IV, da Resolução TCU nº 280/2016.

⁴⁹⁰ Apenas podem ser caracterizadas como IGP os indícios de irregularidades que tenham sido assim expressamente classificados por decisão do TCU. Não basta a proposta de classificação por meio da área técnica do Tribunal. Nesse caso, a Resolução TCU nº 280/2016 conceitua como *proposta de indício de irregularidade*

exemplo, de identificação de execução de obra com graves erros no projeto de engenharia, de indícios de crime fraude ao processo licitatório ou de atos de corrupção para o direcionamento da licitação.

Outra possível conclusão do TCU se refere à classificação do achado como *indício de irregularidade grave com recomendação de retenção parcial de valores – IGR*. São casos em que, embora apresentem os elementos da conceituação de IGP, permitem a continuidade da obra, desde que haja, com autorização do contratado, a retenção de pagamentos ou a apresentação de garantia suficiente para prevenir o eventual prejuízo ao erário, até a decisão de mérito sobre o indício identificado⁴⁹¹. Imagine-se, por exemplo, que houve a identificação de possíveis valores recebidos a maior pelo contratado diante de sobrepreço ou de superfaturamento. Em tal caso, é possível a continuidade da obra, desde que apresentada garantia referente aos valores supostamente recebidos a maior ou se o contratado anuir com a retenção desses valores nas próximas faturas.

Aspecto relevante é que, para classificar achados como IGP ou IGR, o TCU deve garantir a ampla defesa e o contraditório, com a concessão de prazo de quinze dias para prévia manifestação das entidades e dos órgãos aos quais foram atribuídas as supostas ilegalidades. Apenas após a análise fundamentada das manifestações, o TCU poderá remeter os apontamentos ao Congresso Nacional, caso confirmada a classificação de IGP ou de IGR⁴⁹².

Ocorre que, sobre a questão, há autores que defendem que a recomendação de paralisação da obra pelo TCU não estaria condicionada à prévia análise das manifestações dos órgãos interessados. Frederico Carvalho Dias⁴⁹³ entende que “é importante questionar sobre os riscos de se dificultar a recomendação de bloqueio, vinculando-a a uma necessária análise das manifestações”. Ainda segundo o autor,

grave com recomendação de paralisação – pIGP aquela que, em tese, também se enquadra no conceito de IGP, porém ainda se encontra pendente de confirmação pelos julgadores do TCU, por meio de decisão monocrática ou colegiada (Art. 2º, VIII, da Resolução TCU nº 280/2016).

⁴⁹¹ Art. 2º, V, da Resolução TCU nº 280/2016.

⁴⁹² A classificação, pelo TCU, das constatações de fiscalização nas modalidades de IGP e IGR ocorrerá por decisão monocrática ou colegiada, que deve ser proferida no prazo máximo de quarenta dias corridos, contado da data de conclusão da auditoria pela unidade técnica, dentro do qual deverá ser assegurada a oportunidade de manifestação preliminar, em quinze dias corridos, aos órgãos e às entidades aos quais forem atribuídas as supostas irregularidades (art. 19, §1º, da Resolução TCU nº 280/2016).

⁴⁹³ Por tudo ver: DIAS, Frederico Carvalho. *Avaliação dos impactos causados pela fase de manifestação das partes no processo de fiscalização de obras públicas realizado pelo Tribunal de Contas da União*. Brasília: Biblioteca Digital – TCU, 2011, p. 26.

essa vinculação “daria aos responsáveis a possibilidade de dificultar a apreciação do caso (por meio de protelação do processo), inviabilizando eventual paralisação da obra”.

No entanto, na sistemática do Fiscobras, compreendemos como elemento central para a para a indicação do TCU de suspensão da obra a prévia manifestação do órgão ou entidade pública contratante ou interessada. Primeiro, a observância do contraditório e ampla defesa aos órgãos interessados é requisito legal que vem sendo previsto de forma expressa nas LDOs⁴⁹⁴. Sua inobservância caracterizaria vício de ilegalidade, apto a ensejar, inclusive, a revisão judicial do ato administrativo. Segundo, caso eventual manifestação ou ato dos órgãos interessados seja manifestamente protelatório, o TCU pode simplesmente desconsiderá-lo, de forma fundamentada, como autoriza a legislação e seu regimento interno⁴⁹⁵. Não há, pois, prejuízo à efetividade da avaliação da Corte de Contas. Em casos graves e urgentes, o Tribunal poderá se valer do seu poder geral de cautela – como visto, reconhecido pelo STF⁴⁹⁶ – para determinar que o Poder Público promova medidas para salvaguardar o interesse público. Terceiro, essa etapa do procedimento garante uma dialeticidade necessária para a formação dos subsídios para que o Parlamento emita sua decisão, de forma a avaliar tanto as razões do órgão do controle externo (TCU) como as do órgão responsável pela execução da obra (ministérios, autarquias etc.).

Afinal, a decisão do Congresso sobre suspensão da obra detém forte viés discricionário, tomada com base em diversos elementos de ordem pública (consequências sociais, econômicas, ambientais etc.). Quem mais legitimado para expor os benefícios ao interesse da coletividade que o órgão responsável pela obra? Foi ele que realizou a etapa de planejamento do empreendimento, com a identificação da necessidade pública e os impactos desejados. Também é esse órgão que, via de regra, promove a fiscalização e o acompanhamento da execução do contrato. Por isso, é a parte mais apta, em tese, para justificar as causas da suposta irregularidade,

⁴⁹⁴ Como no art. 143, §9º, da LDO 2024, que, reproduzindo regra de LDO anteriores, previu que “deverá ser assegurada a oportunidade de manifestação preliminar, no prazo de quinze dias corridos, aos órgãos e às entidades aos quais forem atribuídas as supostas irregularidades”.

⁴⁹⁵ Conforme o art. 38, §2º, da Lei nº 9.784/1999, prevê que “somente poderão ser recusadas, mediante decisão fundamentada, as provas propostas pelos interessados quando sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias”. Também é o que dispõe o art. 162, § 2º, do Regimento Interno do TCU, segundo o qual “o relator, em decisão fundamentada, negará a juntada de provas ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias”.

⁴⁹⁶ AgR na SS nº 5.505, Plenário, Rel Min. Luiz Fux, julgado em 8 de fevereiro de 2022.

para apresentar as eventuais medidas saneadoras ou, até mesmo, para demonstrar a insubsistência dos apontamentos do TCU.

Ao final do procedimento perante o TCU, o plano anual de fiscalização do Fiscobras tem seus achados consolidados em relatório final, que indica a relação atualizada das obras com indícios de irregularidades graves (IGP, IGR ou IGC). As informações são, então, submetidas ao Congresso Nacional, especificamente para a Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização – CMO, a quem caberá deliberar sobre a suspensão ou continuidade das obras elencadas pelo TCU. O rol de obras com indícios de irregularidades graves, então, integra anexo do projeto de lei orçamentária anual (normalmente, o Anexo VI).

Dependerá de decisão fundamentada da CMO a continuidade das obras com indícios de irregularidades graves – mesmo aquelas que não foram objeto de recomendação de paralisação ou retenção de valores pela Corte de Contas. Essa deliberação pode ocorrer a qualquer momento, seja tão logo que receber a lista do TCU, durante a tramitação do PLOA ou após a edição da LOA. Caso a CMO não autorize a continuidade da obra, o Poder Executivo, até deliberação posterior da Comissão, deve realizar a suspensão de sua execução física, orçamentária e financeira⁴⁹⁷.

A LDO traz parâmetros consequencialistas para a decisão do Parlamento sobre a continuidade da obra. Deve ser tomada com base na classificação da gravidade do indício (IGP, IGR ou IGC), bem como nas razões apresentadas pelos órgãos e entidades responsáveis pelas obras, que devem versar sobre:

- a) impactos sociais, econômicos e financeiros decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do empreendimento pela população;
- b) riscos sociais, ambientais e à segurança da população local, decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do empreendimento;
- c) motivação social e ambiental do empreendimento;
- d) custo da deterioração ou perda de materiais adquiridos ou serviços executados;

⁴⁹⁷ Art. 143, *caput* e §2º, da LDO 2024.

- e) despesas necessárias à preservação das instalações e dos serviços já executados;
- f) despesas inerentes à desmobilização e ao posterior retorno às atividades;
- g) medidas efetivamente adotadas pelo titular do órgão ou da entidade para o saneamento dos indícios de irregularidades apontados;
- h) custo total e o estágio de execução física e financeira de empreendimentos, contratos, convênios, obras ou parcelas envolvidas;
- i) empregos diretos e indiretos perdidos em razão da paralisação;
- j) custos para realização de nova licitação ou celebração de novo contrato, e;
- k) custo de oportunidade do capital durante o período de paralisação⁴⁹⁸.

Na avaliação dos achados de irregularidades graves apontados pelo TCU, a CMO poderá realizar audiências públicas para subsidiar suas deliberações sobre a suspensão ou continuidade da obra, podendo ser convidados representantes da Corte de Contas e da Administração. Porém, a audiência pública prévia é obrigatória para as deliberações da Comissão que impliquem na continuidade de empreendimento para o qual haja indício classificado pelo TCU como irregularidade grave com recomendação de paralisação – IGP. A critério da CMO, a suspensão do empreendimento também poderá ser evitada, caso sejam apresentadas medidas corretivas para o saneamento das possíveis falhas por parte dos órgãos executores ou, ainda, se forem oferecidas garantias suficientes à cobertura integral dos prejuízos potenciais ao erário⁴⁹⁹.

Destaque-se que a deliberação de bloqueio ou de desbloqueio da execução da obra com indícios de irregularidades graves ocorre sem prejuízo da continuidade das ações de fiscalização e da apuração de responsabilidades dos agentes públicos que lhes deram causa. Trata-se, pois, de uma decisão de cunho eminentemente político, que avalia as peculiaridades de cada situação, de acordo com os interesses da coletividade que estão sendo afetados pelo caso, sem eliminar a competência dos

⁴⁹⁸ Vide art. 144, II, da LDO 2024. Esses critérios estão em harmonia com a perspectiva consequencialista prevista no sistema de nulidades regulamentado pelos arts. 147 a 150 da Lei nº 14.133/2021 (Lei Geral de Licitações e Contratos) e pela Lei nº 13.655/18, que introduziu novos artigos ao Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB).

⁴⁹⁹ Art. 143, §8º, e art. 147, §2º, da LDO 2024.

órgãos de controle, inclusive do TCU, para apurar a responsabilidade de agentes que derem causa a eventual conduta ilegal ou prejudicial ao erário.

Desse modo, o programa Fiscobras representa grande potencial de colaboração do TCU para a governança de políticas e ações de infraestrutura, sobretudo por meio das obras públicas, tanto no macro como no microcontrole externo. Opera-se por um processo de fiscalização que envolve controlado (Poder Executivo) e controladores (Poder Legislativo, com auxílio do TCU). É dialético e transversal, com regulamentação aperfeiçoada anualmente, a partir das sucessivas LDOs, e traz notável observância ao sistema de freios e contrapesos.

Por tais razões, inclusive, em vez de ser disciplinado em LDOs, lei de caráter transitório e destinada a outros propósitos, é importante torná-lo, por meio de lei específica, programa permanente de controle externo.

3.3 Concessões, PPPs e outras parcerias de investimentos perante o TCU

3.3.1 Parcerias de investimentos: tendências diante das restrições orçamentárias

No Brasil, há mais de trinta anos⁵⁰⁰, existe um arcabouço legal que disciplina a transferência da atividade estatal para atores privados em setores econômicos, inclusive na infraestrutura pública. Ocorre de diversos modos e com diferentes propósitos. Pode se dar pela alienação de direitos sobre empresas estatais (privatizações), especialmente quando o Estado perde o interesse de atuar diretamente em determinada área, como ocorreu no setor de telecomunicações nos anos 1990.

No entanto, também pode ocorrer quando o Estado, sem abrir mão da titularidade do patrimônio público, pretende aumentar investimentos em determinado setor e entende que a participação privada confere maior eficiência ao atendimento do interesse público. Em tais casos, a Administração concede, permite ou autoriza a

⁵⁰⁰ Principalmente, com a criação do Programa Nacional de Desestatização – PND, por meio da Lei nº 8.031/1990, revogada pela Lei nº 9.491/1997. A privatização (uma das modalidades de desestatizações) da Usiminas, em 1991, foi o marco inicial do PND.

execução de serviço de interesse público ou a utilização de bens públicos por particulares.

Entre tais instrumentos, cada vez mais, têm se destacado as concessões de serviços públicos, tanto as concessões comuns como as especiais, por meio de parcerias público-privadas – PPPs. O progressivo constrangimento fiscal dos investimentos públicos dos últimos anos contribui para que esses mecanismos passem a ter uma importância estratégica para políticas e projetos de infraestrutura. Se bem planejados e estruturados, possibilitam a captação de consideráveis investimentos por parte de agentes privados, a serem aplicados para a execução de obras e aquisição de equipamentos, com vistas a realizar melhoramentos e ampliações dos serviços.

A Lei nº 8.987/1995 disciplinou as chamadas *concessões comuns*, apropriadas para projetos superavitários, em que os investimentos do particular para ampliação e manutenção dos serviços possam ter um retorno econômico exclusivamente por meio da exploração dos serviços, sem aportes públicos. Possuem presença marcante em setores como energia elétrica e aeroportos.

Posteriormente, a Lei nº 11.079/2004 criou as chamadas *parcerias público-privadas – PPPs*, modalidade especial de concessão de serviço público em que o particular é remunerado total ou parcialmente por contraprestação pecuniária do parceiro público. São utilizadas, normalmente, para serviços e atividades que não são de exploração superavitária. Têm crescido em áreas como saneamento básico⁵⁰¹. As PPPs dividem-se em: (a) concessão patrocinada, quando a concessão envolver, além da tarifa cobrada dos usuários, contraprestação de recursos públicos à concessionária, e; (b) concessão administrativa, quando a Administração Pública for a usuária direta ou indireta dos serviços concedidos, de modo que as tarifas serão arcadas exclusivamente com recursos públicos.

As concessões, sejam as comuns ou as PPPs, são celebradas por contratações públicas precedidas de licitação⁵⁰². Ao final do contrato, os bens vinculados aos serviços públicos são convertidos ao patrimônio público (bens reversíveis). O retorno econômico ao particular advém a longo prazo. De todo modo,

⁵⁰¹ TADEU, Erivelto. PPPs: recuperação a toda força. *Valor econômico*, São Paulo, 28 de março de 2024.

⁵⁰² De acordo com o art. 175 da Constituição, “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

os concessionários podem obter receitas alternativas, como forma de ampliar a sustentabilidade financeira do contrato, de reduzir os custos das tarifas ou de financiar os investimentos necessários, conforme disciplina o edital da licitação. Poderá haver remuneração variável por desempenho, com vistas a incentivar a eficiência e a qualidade na execução dos serviços.

Mais recentemente, houve a criação de novos institutos pela Lei nº 13.448/2017 aplicáveis às concessões dos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário, como uma forma de ampliar os investimentos privados e endereçar soluções para a viabilidade econômico-financeira de contratos realizados nessas áreas em anos anteriores.

De um lado, criou-se a figura da *relicitação*, regulamentada pelo Decreto nº 9.957/2019 e conceituada como o procedimento para a extinção amigável do contrato de parceria e a celebração de novo ajuste negocial para o empreendimento, em novas condições contratuais e com novos contratados, mediante licitação promovida para esse fim. A partir desse mecanismo, então, as partes realizam a rescisão contratual amigável e o Estado realiza nova licitação para o empreendimento. É uma alternativa à caducidade da concessão, quando se identifica que o contratado não demonstra capacidade de executar suas obrigações contratuais e a Administração reassume a execução dos serviços. Tem sido utilizada com cautela⁵⁰³ pelo Poder Público, especialmente diante do receio de se transformar o procedimento em mera complacência com descumprimentos contratuais.

De outro, a Lei nº 13.448/2017 também criou o instituto da *prorrogação contratual antecipada*, que ocorre quando há ampliação da vigência do contrato de parceria mediante a implementação de novas contrapartidas pelo contratado. Nesse caso, negocia-se a alteração do prazo de vigência do contrato de parceria, quando expressamente admitida a prorrogação contratual no respectivo edital ou no instrumento contratual original, realizada a critério do órgão ou da entidade competente e de comum acordo com o contratado. Esse instituto foi desenhado para conferir ao particular maior prazo de contrato em troca de novas contrapartidas, como

⁵⁰³ A primeira relicitação apenas ocorreu em maio de 2023, seis anos após a vigência da Lei nº 13.448/2017 e quatro anos após a regulamentação realizada pelo Decreto nº 9.957/2019. Tratou-se da relicitação do Aeroporto de São Gonçalo do Amarante, na região metropolitana de Natal – RN.

o aporte de novos recursos para obras para a melhoria dos serviços. Sua constitucionalidade foi reconhecida pelo STF⁵⁰⁴.

Uma das principais causas para a criação da relicitação e da prorrogação antecipada foi a frustração na execução dos contratos celebrados na 3ª Etapa de Concessões de Rodovias Federais, ocorrida entre os anos de 2013 e 2015. Essa frustração decorreu de falhas no planejamento das concessões, a exemplo de equívocos em estudos e diagnósticos para projeções do volume tráfego, que foi verificado em patamar muito inferior ao projetado pela Administração, o que prejudicou a arrecadação de receitas suficientes para a execução contratual pelo particular⁵⁰⁵.

Englobando os mecanismos acima aludidos, utilizaremos, no presente trabalho, a expressão *parcerias de investimentos* para se referir a todos instrumentos disponíveis ao Poder Público para ampliar investimentos do setor privado em projetos em infraestrutura, delegando-lhe, total ou parcialmente, a execução ou a utilização de serviços, atividades ou bens públicos em infraestrutura.

A fim de incentivar a atração de investimentos privados para políticas públicas de infraestrutura, a União editou a Lei nº 13.334/2016, que cria o Programa de Parcerias de Investimentos – PPI. Assim, instituído no âmbito da Presidência da República, o PPI tem como objetivo a ampliação e fortalecimento da interação entre o Estado e a iniciativa privada por meio da celebração de contratos de parceria para a execução de empreendimentos públicos de infraestrutura e de outras medidas de

⁵⁰⁴ O instituto da prorrogação antecipada dos contratos de concessão foi objeto de questionamento pela Procuradoria-Geral da República – PGR, por meio da ADI nº 5.991. O principal argumento foi o de que o aumento do prazo da concessão e a previsão de novos investimentos violariam duplamente a regra constitucional da licitação. Primeiro, porque alteraria o objeto inicial da concessão, em afronta às regras iniciais da licitação que lhe deu origem. Segundo, porque os novos investimentos, ao invés de serem executados pelo Poder Público, são transferidos ao particular, que não observa as regras de contratação pública, inclusive a prévia licitação. Em dezembro de 2020, o STF por maioria, julgou improcedente a ação. Entendeu que o instituto não poderia ser interpretado como uma presunção de desnaturação do objeto inicial do contrato, de forma a justificar sempre um novo processo licitatório. Eventual irregularidade de transmutação do objeto contratual deve ser verificada caso a caso. O voto vencedor da relatora, Min. Cármen Lúcia, ainda registrou que “a imutabilidade do objeto da concessão não impede alterações no contrato para adequar-se às necessidades econômicas e sociais decorrentes da dinâmica do serviço público concedido e do longo prazo contratual estabelecido, observados o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e os princípios constitucionais pertinentes” (ADI nº 5.991, Plenário, relatora Min. Cármen Lúcia, julgado em 7 de dezembro de 2020).

⁵⁰⁵ Registre-se que outros fatores daquele período também prejudicaram a sustentabilidade econômico-financeira dos contratos e inviabilizaram os investimentos previstos na melhoria das estradas federais. Como visto, houve forte crise fiscal, acompanhada de recessão econômica. Ademais, boa parte das empresas contratadas foi envolvida na conhecida Operação Lava Jato, que trouxe impactos na sua capacidade de investimento e de obtenção de crédito junto ao mercado financeiro.

desestatização⁵⁰⁶. Desde sua criação, destacam-se vários projetos que foram executados no âmbito do PPI, tais como rodadas de concessão de aeroportos, de portos, de ferrovias, de rodovias, leilão da tecnologia 5G, além de diversos outros que foram qualificados para o Programa e estão em fase de implementação.

As restrições fiscais, com a queda de investimentos públicos, levam a uma tendência de ampliação, cada vez maior, das parcerias de investimentos no setor da infraestrutura⁵⁰⁷. Atualmente, é diretriz do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC III, um dos principais programas de infraestrutura executados pela União, a execução de grandes projetos por meio de concessões e PPPs⁵⁰⁸. A União também tem estimulado parcerias de investimentos no âmbito de estados e municípios, com apoio na estruturação técnica de projetos e disponibilização de fundos públicos federais, por meio de bancos públicos como o BNDES e a Caixa⁵⁰⁹.

Na mesma linha, o TCU, diante da insuficiência dos atuais níveis de investimentos e dos preocupantes indicadores da infraestrutura brasileira, reconhece que as parcerias de investimentos podem reposicionar o país em direção ao caminho das nações mais economicamente competitivas. Diante desse cenário, o Tribunal apontou ao Poder Executivo federal que é necessário “continuar estudando formas alternativas para atrair investimentos privados nos diversos setores da infraestrutura nacional”⁵¹⁰.

⁵⁰⁶ Segundo o art. 2º da Lei nº 13.334/2016, podem ser inseridos no Programa de Parcerias de Investimentos: i) empreendimentos públicos de infraestrutura em execução ou a serem executados por meio de contratos de parceria celebrados pela administração pública direta e indireta da União; ii) empreendimentos públicos de infraestrutura que, por delegação ou com o fomento da União, sejam executados por meio de contratos de parceria celebrados pela administração pública direta ou indireta dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios; iii) demais medidas do Programa Nacional de Desestatização a que se refere a Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997; e; iv) obras e os serviços de engenharia de interesse estratégico.

⁵⁰⁷ Partindo dessa premissa, o IPEA publicou obra com vistas a avaliar boas práticas e oportunidades de aperfeiçoamento em matéria de concessões e PPPs na infraestrutura. Ver: SILVA, Mauro Santos (org.). *Concessões e parcerias público-privadas: políticas públicas para provisão de infraestrutura*. Brasília, IPEA, 2022.

⁵⁰⁸ CRAIDE, Sabrina. Governo lança Novo PAC e triplica investimentos em infraestrutura. *Agência Brasil – EBC*, Brasília, 11 de agosto de 2023.

⁵⁰⁹ Ver item 3.1.3.

⁵¹⁰ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. *Fiscobras 2021 – Fiscalização de obras públicas pelo TCU – 25º Ano*. Brasília: TCU, 2021, p. 7. No mesmo sentido, ver: Acórdão nº 2.711/2020, Plenário, relator Min. Bruno Dantas, julgado em 7 de outubro de 2020, e; Acórdão nº 2.207/2023, Plenário, relator Min. Jorge Oliveira, julgado em 1 de novembro de 2023.

3.3.2 Controle externo nas parcerias de investimentos

Desde meados da década de 1990, o TCU tem editado atos normativos com vistas a regulamentar o controle externo sobre as parcerias de investimentos, principalmente diante de serviços de infraestrutura. A forma de atuação do TCU acompanha as sucessivas alterações do cenário legislativo na matéria⁵¹¹.

Após a criação, pela União, do Programa de Parcerias de Investimentos – PPI (Lei nº 13.334/2016) e dos institutos da prorrogação antecipada e da relicitação (Lei nº 13.448/2017), acima analisados, o TCU editou a IN nº 81/2018. O ato normativo disciplina procedimentos para fiscalização dos processos de parcerias de investimentos realizados pela Administração Federal, compreendendo privatizações de empresas, concessões e permissões de serviço público, PPPs e outorgas de atividades econômicas reservadas ou monopolizadas pelo Estado⁵¹².

A IN nº 81/2018 tem substancial impacto em grandes projetos de infraestrutura do país na atualidade, como ocorreu em relação ao leilão da tecnologia 5G e, mais recentemente, diante de novas etapas do Programa de Concessões de Rodovias Federais – PROCOFE. Ademais, a IN nº 81/2018 influenciou a edição de atos normativos de outros tribunais de contas brasileiros, de modo a impactar também contratações em infraestrutura pelos estados e municípios⁵¹³. Por tais razões, faz-se oportuno, para os fins do presente trabalho, tratar de relevantes aspectos do referido ato normativo.

⁵¹¹ Após a edição da Lei Geral das Concessões (Lei nº 8.987/1995), o TCU editou seu primeiro ato normativo específico em matéria de infraestrutura, a IN nº 10/1995. Posteriormente, após a EC nº 19/1998 inserir na Constituição o princípio da eficiência (art. 37) e o dever de prestação de contas (art. 70, parágrafo único), o TCU substituiu a IN nº 10/1995 pela IN nº 27/1998, tendo como objeto regras para uma fiscalização mais ampla em relação a desestatizações realizadas pela União. Após os apagões no setor energético ocorridos entre os anos 2001 e 2002, o TCU editou a IN nº 43/2002, com regras sobre o acompanhamento dos processos de revisão tarifária periódica dos contratos de concessão dos serviços de distribuição de energia elétrica. Depois, com a IN nº 46/2004, disciplinou procedimentos de fiscalização dos processos de concessão de rodovias federais. Após a edição da lei das PPPs (Lei nº 11.079/2004), a IN nº 52/2007 regulamentou os procedimentos do controle sobre esse tema.

⁵¹² Também se aplica a IN nº 81/2018, de acordo com seu art. 11, aos *processos de outorga de subconcessão de serviços públicos*, previstos no art. 26 da Lei nº 8.987/1995, autorizados pelo órgão ou pela entidade federal concedente”. E, segundo o seu art. 7º, a referida IN também incide sobre as *autorizações precedidas de processo licitatório*, conforme regulamentado pela Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/1997). A Lei nº 8.987/1995 prevê que a regra é a inexistência de restrições para as autorizações de serviços de telecomunicações. Porém, excepcionalmente, poderá haver limite ao número de autorizações, em caso de impossibilidade técnica ou quando o excesso de competidores puder comprometer a prestação de uma modalidade de serviço de interesse coletivo (arts. 136 e 164).

⁵¹³ A título de exemplo, o Tribunal de Contas do Município de São Paulo editou a Resolução nº 13/2022, que incorporou grande parte das normas previstas na IN nº 81/2018 para a análise de processos de concessões, permissões, PPPs e privatizações.

A norma tem o escopo de contribuir para o aperfeiçoamento da fase preparatória das parcerias. A IN nº 81/2018 impõe ao Poder Executivo a remessa, com antecedência mínima de cento e cinquenta dias da publicação do edital, do “planejamento da desestatização”, documento que indicar a descrição do objeto, previsão do valor dos investimentos sua relevância, localização e respectivo cronograma licitatório⁵¹⁴. No prazo de noventa dias da data prevista para a publicação do edital, o Poder Executivo deverá disponibilizar, para acompanhamento do procedimento pelo TCU, estudos de viabilidade e as minutas do instrumento convocatório e respectivos anexos, incluindo minuta contratual e rol de encargos da futura contratada, já consolidados com os resultados decorrentes de eventuais consultas e audiências públicas realizadas⁵¹⁵.

A norma dispõe que os estudos de viabilidade a serem enviados ao TCU devem conter, entre outros, elementos como: a) análise econômico-financeira do empreendimento; b) estudo de demanda do serviço (como, por exemplo, o volume do tráfego de veículos por dia em determinada rodovia); c) projeção das receitas operacionais (como os valores a serem arrecadados com as tarifas de pedágio); d) relação de possíveis receitas alternativas (como os valores a serem recebidos pela exploração de serviços de publicidade na rodovia); e) previsão das obras e dos investimentos obrigatórios a serem executados pela delegatária (por exemplo, duplicação da rodovia a ser concedida); f) definição de critérios para a aferição e recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato (como a metodologia da revisão contratual); g) licenças ambientais exigíveis; h) análise das questões suscitadas durante audiência pública, e; i) descrição da matriz de repartição de riscos⁵¹⁶.

Nos casos em que a contratação envolver PPPs, além dos documentos mencionados, faz-se necessário que o Poder Executivo também apresente ao TCU elementos como: a) justificativa fundamentada sobre o mérito do objeto; b) autorização legislativa, nos casos exigidos pela lei⁵¹⁷; c) laudo de viabilidade das garantias emitido pela instituição financeira responsável pela administração do Fundo

⁵¹⁴ Art. 2º, §2º, da IN nº 81/2018.

⁵¹⁵ Art. 3º, *caput*, da IN nº 81/2018.

⁵¹⁶ Art. 3º, I a XXI, da IN nº 81/2018.

⁵¹⁷ As concessões patrocinadas em que mais de 70% (setenta por cento) da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração Pública dependerão de autorização legislativa específica (art. 10, §3º, da Lei nº 11.079/2004).

Garantidor das Parcerias Público-Privadas – FGP; d) estudo com a descrição da matriz de repartição de riscos; e) estudo de impacto orçamentário-fiscal; f) aprovação do edital da licitação pelo Comitê Gestor de Parceria Público-Privada – CGP; g) termo de repasse, em caso de PPP das esferas estadual e municipal que utilizem recursos do Orçamento Geral da União – OGU, e; h) os projetos básicos das obras e respectivo cronogramas físico-financeiros, caso seja previsto o aporte de recursos do Orçamento Geral da União⁵¹⁸.

Em caso de privatização de empresas estatais, serão exigidos documentos que demonstrem a fundamentação legal, o recibo do depósito das ações ou cotas da União no Fundo Nacional de Desestatização – FND, o processo licitatório e contratos de serviços de consultorias, inclusive aquelas contratadas para definição do preço mínimo de alienação dos ativos⁵¹⁹, cópia da ata da assembleia de acionistas que aprovou o preço mínimo de venda, minuta do edital de privatização, entre outros.

De todo modo, há pontos da norma que merecem aprimoramentos. Primeiro, deve ser melhor detalhada a regra que dispõe que o objeto do controle do TCU, em tais contratações, deve ser exercido segundo o *princípio da significância*, de acordo com critérios de materialidade, relevância, oportunidade e risco. Inclusive, o relator poderá invocar o referido princípio para determinar monocraticamente o arquivamento do procedimento⁵²⁰.

Verifica-se, no entanto, que não há critérios claros do que se poderia considerar significativo ou insignificante. Isto é, não existem parâmetros claros para definir quais projetos serão apreciados pelo TCU. Também não são apontadas quais seriam as diretrizes a serem observadas pelo relator para se decidir monocraticamente pelo arquivamento do processo. A concessão de uma única ponte seria insignificante? E se a ponte se situa entre duas grandes cidades, como a Ponte Rio-Niterói? Existe alguma privatização de empresa estatal que se poderia entender como insignificante?

⁵¹⁸ Art. 5º da IN nº 81/2018.

⁵¹⁹ O preço mínimo se refere ao valor mínimo de venda dos ativos no procedimento de privatização. É um dos temas mais sensíveis no procedimento de privatização. No âmbito da União, de acordo com o Decreto nº 2.594/1998, a determinação do preço mínimo levará em consideração os estudos elaborados com base na análise detalhada das condições de mercado, da situação econômico-financeira e das perspectivas de rentabilidade da sociedade (art. 30). O preço mínimo será fixado com base em estudos de avaliação, elaborados por duas empresas contratadas mediante licitação pública (art. 31, *caput*).

⁵²⁰ Art. 2º, §§ 1º e 5º, da IN nº 81/2018.

Outro tema que merece atenção é a questão do prazo para a análise prévia do TCU. A IN nº 81/2018 prevê que a unidade técnica do Tribunal deve remeter a análise dos documentos e informações enviados pelo Poder Executivo – inclusive as minutas de editais e contratos – no prazo de setenta e cinco dias a contar da data do seu recebimento⁵²¹. No entanto, também é prevista a possibilidade de o relator estender tal prazo, sem qualquer limitação, “em casos excepcionais, nos quais a magnitude e a complexidade do empreendimento assim o exijam”⁵²². No entanto, quais seriam esses casos excepcionais? Quais os critérios para definir a magnitude e complexidade do empreendimento?

É bastante comum, inclusive, que o TCU demore muito mais que os setenta e cinco dias previstos no art. 9º da IN nº 81/2018. A título exemplificativo, no caso do leilão da tecnologia 5G, entre a instauração do processo⁵²³, em 18 de janeiro de 2021, e a decisão do Plenário do TCU⁵²⁴, em 25 de agosto de 2021, houve o transcurso de duzentos e vinte dias corridos, prazo muito superior ao previsto na norma do TCU.

Vale registrar que no ato normativo anterior, a IN nº 27/1998, havia a estipulação de um prazo máximo para a análise da unidade técnica de trinta dias úteis⁵²⁵. Não havia previsão expressa de prorrogação. Portanto, o que se observa é que, com a IN nº 81/2018, o TCU ampliou de forma excessiva os poderes do controle externo no processo de contratação em infraestrutura, inclusive podendo decidir indefinidamente o prazo em que o procedimento será suspenso. Não julgar ou demorar a julgar também é uma forma de intervir nos processos de contratações públicas.

Destaque-se que a Corte de Contas federal, ao editar a Resolução nº 349/2022, passou a priorizar o julgamento de processos considerados de “alto risco e relevância”, entendidos como tais os processos de parcerias, sejam concessões comuns, PPPs ou privatizações⁵²⁶, conforme regulamentação da IN nº 81/2018. Ao

⁵²¹ Art. 9º, *caput*, da IN nº 81/2018.

⁵²² Art. 9º, §7º, da IN nº 81/2018.

⁵²³ TC nº 000.350/2021-4.

⁵²⁴ Acórdão nº 2.032/2021, de relatoria do Ministro Raimundo Carneiro.

⁵²⁵ Segundo o art. 9º da IN nº 27/1998, “a Unidade Técnica responsável pela instrução do processo de fiscalização de que trata o art. 7º deverá autuá-lo e analisar, com a urgência requerida, em prazo não superior a 30 (trinta) dias úteis, os elementos remetidos, encaminhando-os, após findo o terceiro estágio, ao respectivo Relator”.

⁵²⁶ Conforme a Resolução nº 349/2022, em tais casos, aplica-se um rito mais célere de instrução e julgamento. Além disso, suprime-se a instância das Câmaras, e são apreciados diretamente pelo Plenário do TCU. Outra peculiaridade é que o mérito deve ser apreciado de forma unitária, ou seja, evitam-se decisões parciais de mérito, de forma que o acórdão que julgar o caso resolverá todas as questões de mérito de uma única vez.

justificar a importância da norma, o ministro Benjamin Zymler registrou que é preocupante “a situação do elevado estoque de processos em tramitação, notadamente nas unidades técnicas especializadas em infraestrutura”⁵²⁷.

Por outro lado, é tema objeto de frequentes divergências o limite do poder regulamentar dos tribunais de contas. Na visão de Barroso⁵²⁸, esse poder regulamentar se restringe à edição de normas internas, que impactem apenas a organização e os procedimentos internos das cortes de contas. Por isso, defende que o tribunal de contas não tem competência para editar atos normativos genéricos e abstratos, vinculantes para a Administração, nem para invadir a esfera legislativa, estabelecendo direitos e obrigações não contemplados no ordenamento⁵²⁹.

Com base nessa visão, parte dos autores⁵³⁰ pontua que a IN nº 81/2018, além de criar obrigações à Administração não previstas em lei, invade a competência do Poder Executivo para estruturar e executar modelos de contratações para a execução de políticas em infraestrutura, em afronta ao sistema de freios e contrapesos previsto na Constituição.

Ocorre que, não bastasse ser um poder implícito para o exercício de suas competências constitucionais e legais, o poder regulamentar do TCU possui expressa previsão legal no art. 3º da sua Lei Orgânica (Lei nº 8.443/1992)⁵³¹. Segundo esse dispositivo, ao Tribunal cabe “o poder regulamentar, podendo, em consequência, expedir atos e instruções normativas sobre matéria de suas atribuições e sobre a organização dos processos que lhe devam ser submetidos, obrigando ao seu cumprimento, sob pena de responsabilidade”.

⁵²⁷ Acórdão nº 2.781/2022, Plenário, relator Min. Benjamin Zymler, julgado em 13 de dezembro de 2022.

⁵²⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Tribunais de contas: algumas incompetências*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 203, p. 131-140, jan./mar. 1996, p. 137.

⁵²⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Tribunais de contas: algumas incompetências*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 203, p. 131-140, jan./mar. 1996, p. 137.

⁵³⁰ DUTRA, Pedro; REIS, Thiago. *O soberano da regulação: o TCU e a infraestrutura*. São Paulo: Singular, 2020, p. 53-66. Ainda sobre uma visão crítica do exercício do poder regulamentar do TCU nos últimos anos, ver: ALVES, Francisco Sérgio Maia. O ativismo na atuação jurídico-administrativa do Tribunal de Contas da União: estudo de casos. *Revista de Informação Legislativa (RIL) do Senado Federal*, Brasília, ano 53, n. 209, p. 303-328, jan./mar. 2016, e; CABRAL, Flávio Garcia. O ativismo de contas do Tribunal de Contas da União (TCU). *Revista de Direito Administrativo, Infraestrutura, Regulação e Compliance*, São Paulo, n. 16, ano 5, p. 215-257, jan./mar. 2021, p. 229-230.

⁵³¹ O preâmbulo da IN nº 81/2018 aduz expressamente: “considerando o poder regulamentar que lhe confere o art. 3º da Lei 8.443, de 16 de julho de 1992 [...]”.

Assim, apesar de haver situações pontuais em que, nos últimos anos, houve a extrapolação pelo TCU do seu poder regulamentar⁵³², não se pode chegar a essa conclusão em relação à IN nº 81/2018.

O referido ato não atribui nova obrigação à Administração nem confere ao TCU a competência para escolher a modelagem da contratação e a forma de execução de políticas públicas. Tão somente regulamenta procedimentos de fiscalização em matérias cujo regime jurídico se encontra insculpido na legislação. Exige a apresentação de evidências e justificativas das escolhas discricionárias da Administração, com a demonstração de que a contratação obedece a requisitos previstos em diplomas normativos como a Lei de Geral de Concessões (Lei nº 8.987/1995) e a Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/2021).

Assim, os documentos exigidos pelo TCU são, via de regra, de elaboração obrigatória nos procedimentos licitatórios destinados à celebração de contratos de concessões comuns e PPPs. Não há, em nossa visão, inovação jurídica ou invasão de competências do Poder Executivo, mas apenas regras procedimentais para a demonstração da conformidade da contratação com a legislação – com a ressalva, acima explicitada, da necessidade de revisão da regra que permite a suspensão dos processos de forma indefinida.

Por fim, entende-se que a IN nº 81/2018 necessita ser aprimorada, com a inclusão de regras que fortaleçam o *controle de legitimidade*, baseado no planejamento estatal – por instrumentos como o PPA, a LDO e os planos nacionais, regionais e setoriais da infraestrutura – , no exercício do que se denomina de macrocontrole externo. Respeitando as competências discricionárias do Poder Executivo, deve-se incluir uma apreciação da aderência do projeto ao planejado, inclusive de seus efeitos estruturantes do ponto de vista social, econômico, fiscal e ambiental para o cumprimento do planejamento – tema que será analisado em capítulo posterior.

⁵³² Cite-se a IN nº 65/2011, editada pelo TCU para impor, como requisito para a posse em cargos públicos, autorização de acesso do TCU às declarações anuais de imposto de renda, mesmo que tal requisito não tivesse previsão legal, conforme examinado em: CABRAL, Flávio Garcia. O ativismo de contas do Tribunal de Contas da União (TCU). *Revista de Direito Administrativo, Infraestrutura, Regulação e Compliance*, São Paulo, n. 16, ano 5. p. 215-257, jan./mar. 2021, p. 229-230).

3.4 TCU e a atividade regulatória em temas de infraestrutura

A partir dos 1990, diversas agências reguladoras foram criadas para normatizar, direcionar, conduzir e fiscalizar a atuação do setor privado em várias áreas da infraestrutura, principalmente após o movimento de desestatização em áreas como energia, transporte e telecomunicações.

Desde então, muito se tem debatido sobre a abrangência da competência do TCU sobre agências reguladoras. Embora não seja o propósito deste trabalho esgotar o tema, cumpre aqui assimilar alguns dos diferentes posicionamentos acerca das atribuições do controle externo no tema. Uma abordagem importante para, em momento posterior, apreciar o aperfeiçoamento dessa fiscalização em relação ao fortalecimento dos instrumentos de planejamento estatal por meio do controle de legitimidade.

Há muitos anos, com o objetivo de afastar críticas sobre uma indevida intervenção na discricionariedade administrativa, o próprio TCU tem exposto uma premissa de que “não atua diretamente formulando políticas públicas ou direcionando a regulação, mas sobretudo fiscaliza a atuação das agências em face de suas competências legais, de modo que estas não ultrapassem os marcos legais do setor”⁵³³. Decisões da Corte reiteram a alegação de que, nos casos de atos regulatórios em matéria de infraestrutura, a instituição exerce um *controle de segunda ordem*, não avaliando, em casos concretos específicos, a correção dos atos praticados pelas agências reguladoras⁵³⁴. Com esse raciocínio, o TCU não exerceria um controle sobre as atividades finalísticas da agência reguladora, respeitando os limites de atuação e a autonomia funcional dessas entidades.

Esse posicionamento é explicitado, em obra acadêmica, pelo Ministro Benjamin Zymler, para quem seria indesejável a superposição de atividades entre o TCU e as agências reguladoras na fiscalização dos contratos de concessão. Por isso, apontou que cabe ao sistema de controle externo a “fiscalização de segundo grau, buscando identificar se as agências estão cumprindo bem e fielmente seus objetivos

⁵³³ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. *Regulação de serviços públicos e controle externo*. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008, p. 14.

⁵³⁴ Acórdão nº 2.071/2015, Plenário, relator Min. Vital do Rêgo. No mesmo sentido: Acórdãos nºs 909/2015, 617/2015, 2.314/2014 e 210/2013, todos do Plenário.

institucionais, entre os quais avulta o de fiscalizar a prestação de serviços públicos, sem se imiscuir indevidamente na área de competência privada das agências”⁵³⁵.

No entanto, ao se analisar precedentes do Tribunal, percebe-se uma recorrente invocação de critérios semanticamente vagos que justificam intervenções em atividades de regulação de agências no exercício de suas funções finalísticas. Não se identifica um parâmetro claro sobre quais os critérios ou limites do controle externo nessa intervenção. Há uma postura oscilante, ora mais ora menos abrangente.

Assim, também se constata na jurisprudência do TCU⁵³⁶ a ideia de que o dito controle de segunda ordem não impossibilita que o controle externo “determine a adoção de medidas corretivas a ato praticado na esfera discricionária dessas entidades, quando houver violação ao ordenamento jurídico, do qual fazem parte os princípios da finalidade, da economicidade e da modicidade tarifária na prestação dos serviços públicos”.

A título ilustrativo, na área de telecomunicações, o TCU⁵³⁷, sob a alegação da necessidade de aferir a “efetividade”, “eficácia” e “satisfação do interesse público”, determinou a instauração de procedimento para fiscalizar atos da Administração “no que tange à regulação do serviço de banda larga fixa de *internet*, notadamente em relação à possibilidade de que as empresas que prestam o serviço venham a limitar a quantidade de dados que os usuários possam utilizar”. Uma matéria intrinsecamente vinculada à atividade finalística da Agência Nacional de Telecomunicações – ANTT.

A respeito do controle da regulação pelo TCU, o Ministro Walton Alencar Rodrigues⁵³⁸ invoca princípios como os da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade, para justificar que a atuação da Corte demanda “em alguma medida, o exame do mérito da atuação administrativa”. Aponta, ainda, que as

escolhas ‘técnicas’, derivadas da ‘discricionariedade técnica’, podem, também, revelar-se inteiramente impróprias, inadequadas, desarrazoadas, custosas, contrárias ao interesse público e à finalidade

⁵³⁵ ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. *O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 171-173.

⁵³⁶ Acórdão 1.166/2019, Plenário, relator Min. Augusto Nardes, julgado em 22 de maio de 2019.

⁵³⁷ Como o tema foi solucionado pela ANATEL, que suspendeu a possibilidade de limitação de dados em serviços de *internet* de banda larga, o processo foi arquivado pelo TCU sem uma decisão sobre o mérito da matéria.

⁵³⁸ Por tudo, ver: RODRIGUES, Walton Alencar. O controle da regulação no Brasil. *Revista do TCU*, Brasília, n. 104, p. 5-16, abril/jun. 2005, p. 5 e 14.

legal, o que ensejaria a adoção de medidas corretivas, exatamente nos mesmos termos da discricionariedade administrativa.

Pereira⁵³⁹ esclarece que os diferentes precedentes do TCU em serviços na infraestrutura sujeitos à regulação demonstram reiteradas posturas de interferência nas atividades finalísticas das agências. Na mesma linha, para Dutra e Reis⁵⁴⁰, nas contratações em infraestrutura em áreas reguladas, o Tribunal interfere na modelagem e direcionaria as regras contratuais, de modo que teria se transformado em uma espécie de *figurante oculto* do contrato, sobretudo nas concessões de serviços públicos.

No entanto, não faltam vozes que reforçam a necessidade de uma atuação substancialmente abrangente dos tribunais de contas sobre atos regulatórios em matéria de infraestrutura.

Na visão de Bemerguy⁵⁴¹, esse o controle seria “fator mitigador das diversas imperfeições do ambiente regulatório”. Defende o autor que o controle externo contribui para a compreensão, por parte das agências, dos interesses de diferentes grupos de interesses (como consumidores e empresas reguladas). Assim, a Corte de Contas providenciaria maior pluralismo à visão sobre os interesses envolvidos, de forma a influenciar atos regulatórios com vistas a reduzir distorções em vantagens adquiridas por capturas realizadas por grupos com maior capacidade de organização.

Outros autores admitem o controle, pelos tribunais de contas, da atuação finalística das agências reguladoras sempre que haja, especificamente, algum potencial *impacto financeiro* ao Estado⁵⁴². Desse modo, admitem, por exemplo, a incidência do controle externo sobre atos de agências reguladoras que causem efeitos sobre as contas públicas, como atos autorizativos de aumento de tarifa, de aplicação

⁵³⁹ PEREIRA, Gustavo Leonardo Maia. O Tribunal de Contas da União como regulador de segunda ordem: um estudo de casos sobre o controle da regulação de infraestrutura. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (orgs.). *Tribunal de Contas da União no Direito e na Realidade*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 238-239.

⁵⁴⁰ Expressão utilizada por Pedro Dutra e Thiago Reis, ao avaliarem a intervenção do TCU em contratos de concessão de rodovias federais (DUTRA, Pedro; REIS, Thiago. *O soberano da regulação: o TCU e a infraestrutura*. São Paulo: Singular, 2020, p. 18).

⁵⁴¹ BEMERGUY, Marcelo. O papel do controle externo na regulação de serviços de infra-estrutura no Brasil. In: TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. *Regulação de serviços públicos e controle externo*. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008, p. 102-103.

⁵⁴² Trata-se de uma concepção baseada na premissa de que cabe aos tribunais de contas apenas o controle sobre o aspecto financeiro dos atos administrativos, o que não se compatibiliza com a amplitude das missões institucionais atribuídas aos tribunais de contas tanto na Carta de 1988 como na legislação infraconstitucional, como estudado no capítulo 2.

de sanções pecuniárias ou de reequilíbrio econômico-financeiro de contratos sobre concessões.

Expondo essa visão, Alexandre Santos Aragão⁵⁴³ aponta que

o Tribunal de Contas pode realmente controlar tais atos de regulação, uma vez que, imediata ou mediatamente, os atos de regulação e de fiscalização sobre os concessionários de serviços públicos se refletem sobre o Erário. Por exemplo, uma fiscalização equivocada pode levar à não aplicação de uma multa; a autorização indevida de um aumento de tarifa leva ao desequilíbrio econômico-financeiro favorável à empresa, o que, entre outras alternativas, deveria acarretar na sua recomposição pela majoração do valor da outorga devida ao Poder Público etc.

No âmbito do STF, a extensão da competência do TCU em matéria de regulação foi debatida em agosto de 2021, no julgamento do MS nº 35.715/DF⁵⁴⁴. Uma concessionária de rodovia federal questionou decisão do TCU que determinou à ANTT a revisão tarifária do pedágio na rodovia concedida. O prazo de vigência do contrato se encontrava próximo do fim sem que a Administração conseguisse finalizar a nova licitação. Houve, então, acordo entre a ANTT e a concessionária, para evitar a descontinuidade dos serviços, como permite o art. 32 da Lei nº 13.448/2017⁵⁴⁵.

No acordo, estipulou-se que o contrato seria prorrogado por mais doze meses, prazo previsto para a finalização da nova licitação e assunção dos serviços pela nova concessionária. Nesse período, a concessionária realizaria serviços de manutenção da rodovia e a concessão se submeteria a uma redução tarifária, com a utilização do pedágio apenas para cobrir os custos operacionais do agente particular.

Ocorre que o TCU identificou que, para fins da prorrogação contratual, os custos da concessionária (despesas) estariam superdimensionados e o fluxo de veículos (receitas) estaria subdimensionado. Além disso, haveria investimentos a cargo da concessionária ainda não totalmente executados. Com isso, o preço do pedágio, mesmo com a redução tarifária acordada entre as partes, geraria uma

⁵⁴³ Por tudo, ver: ARAGÃO, Alexandre Santos. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 339-341.

⁵⁴⁴ MS nº 35.715, Primeira Turma, relator Min. Marco Aurélio, redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, julgado em 3 de agosto de 2021.

⁵⁴⁵ Segundo o art. 32 da Lei nº 13.448/2017, “nos casos em que houver estudo ou licitação em andamento para substituição de contrato em vigor e não haja tempo hábil para que o vencedor do certame assumira o objeto do contrato, o órgão ou a entidade competente fica autorizado a estender o prazo do contrato, justificadamente, por até 24 (vinte e quatro) meses, a fim de que não haja descontinuidade na prestação do serviço”.

remuneração a maior indevida ao particular⁵⁴⁶. Então, subsidiado por estudos e sugestões de sua área técnica, o TCU determinou, por medida cautelar, à ANTT a efetivação de nova revisão tarifária, que leve em conta os elementos técnicos identificados pela Corte de Contas aptos diminuir o preço do pedágio no período de prorrogação contratual, bem como a devida compensação de valores até então pagos a maior pelos usuários⁵⁴⁷.

Diante disso, o mandado de segurança impetrado no STF debatia duas principais questões: i) teria o TCU competência para determinar a revisão tarifária em sede de medida cautelar? ii) Poderia o TCU determinar essa cautelar sem garantir a ampla defesa e o contraditório à concessionária?

O primeiro ponto é o que mais interessa à presente análise. Sobre ele, o Ministro Marco Aurélio, relator da demanda, entendeu que o TCU estaria realizando uma inconstitucional substituição da agência reguladora, em afronta à separação de Poderes. Assim, a Corte de Contas, de forma geral, não teria competência para determinar à Administração a realização de revisões tarifárias, matéria de competência do órgão regulador. Caso algum ato de regulação extrapole os limites legais, caberia a intervenção judicial, e não do TCU.

No entanto, conduzido pelo voto-vista do Ministro Alexandre de Moraes, os demais integrantes da Primeira Turma entenderam que o TCU teria a competência para proferir o referido comando, inclusive em sede de cautelar. Invocaram a jurisprudência do próprio Supremo que reconhece os poderes implícitos dos tribunais de contas para o exercício de suas competências expressas na Constituição, o que abrange o poder geral de cautela para intervir em revisões tarifárias, em casos graves e urgentes.

⁵⁴⁶ Entre os documentos que embasaram essa conclusão, estavam elementos de prova compartilhados com o TCU a partir da Operação “Cancela Livre”, deflagrada pela Polícia Federal, e que tinha como objetivo apurar possíveis fraudes e desvios de recursos públicos na execução de obras BR-290/RS.

⁵⁴⁷ A decisão do TCU determinou “à ANTT que, no prazo de 10 (dez) dias, além de outras medidas, proceda à revisão da tarifa-base de pedágio hoje em vigor na rodovia, considerando as seguintes premissas: a.1) no cálculo da estimativa de tráfego, levar em conta a parcela de indução, com base nos percentuais de 13%, 14% e 21%, nas praças de pedágio nº 1, 2 e 3, respectivamente, conforme peça 55 destes autos; a.2) no cálculo da estimativa de custos de operação e manutenção, levar em conta o valor de R\$ 59,819 milhões, conforme peça 29 destes autos; a.3) com base na tarifa obtida a partir das premissas indicadas nos itens a.1 e a.2, compensar ainda os valores pagos a maior pelos usuários da rodovia desde o início da vigência do 14º termo aditivo” (Acórdão nº 1.098/2018, Plenário, relator Min. Augusto Nardes, julgado em 16 de maio de 2018).

Assim, o precedente da Primeira Turma do STF indica o reconhecimento da competência do TCU, inclusive por meio de decisão cautelar, de determinar que a Administração revise atos de regulação que não tenham sido tecnicamente justificados ou que tenham se embasado em elementos técnicos equivocados.

Concorda-se com a conclusão do STF nesse ponto⁵⁴⁸. Embora não possa o TCU criar normas tarifárias, compete-lhe garantir a aplicação das regras e critérios já existentes. Nota-se que, na situação analisada, o TCU não substituiu a agência reguladora. Não alterou as regras tarifárias previstas na legislação, em atos normativos da agência ou no contrato de concessão. Apenas apontou a necessidade de a Administração aplicar essas regras levando em consideração elementos fáticos identificados pela área técnica do TCU, determinando o afastamento de custos superestimados e de receitas subestimadas⁵⁴⁹. Acrescente-se também que revisões tarifárias fundamentadas em motivações equivocadas são ilegais. O vício de motivação é causa de nulidade do ato administrativo⁵⁵⁰.

Registre-se que, a partir da Instrução Normativa nº 91/2022 do TCU, os dirigentes máximos das agências reguladoras dispõem da prerrogativa de solicitar à Corte de Contas a intervenção em matérias de sua competência para resolver ou prevenir controvérsias em matéria regulatória, por meio do procedimento de solução consensual de conflitos – SSC, o qual será melhor analisado em item posterior.

Por fim, não se vê razão para o TCU continuar a negar a sindicabilidade de atividades finalísticas de agências reguladoras, inclusive aquelas sob o manto do mérito administrativo, como já analisado⁵⁵¹, embora, na prática, assim o faça. Seria

⁵⁴⁸ Apesar de reconhecer a competência do TCU, o STF concedeu a ordem, para anular a decisão da Corte de Contas, sob a alegação de que não teria observado a ampla defesa e o contraditório. Segundo o STF, apesar de ter havido a coleta de informações da ANTT e da concessionária, não foi disponibilizada a íntegra dos elementos e documentos técnicos que embasaram a decisão do TCU sobre a necessidade de nova revisão tarifária. Como constou do voto-vista do Ministro Alexandre de Moraes, “para afastar o ato jurídico perfeito – consubstanciado no contrato de concessão – determinando a fixação de novas cláusulas, há necessidade de oportunizar ao concessionário o exercício de contraditório e ampla defesa por imposição constitucional” (MS nº 35.715, Primeira Turma, relator Min. Marco Aurélio, redator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, julgado em 3 de agosto de 2021).

⁵⁴⁹ Nem mesmo o potencial do aumento do fluxo de veículos pelo barateamento do preço da tarifa foi considerado no cálculo da ANTT. Assim, o TCU atuou para fazer incidir um elemento básico de relações de mercado: a indução ao aumento da demanda em decorrência da queda do preço. Caso a ANTT e a concessionária identificassem elementos que, por alguma razão, demonstrassem o afastamento, na situação concreta, dessa consequência natural das leis de mercado, poderiam ter justificado tecnicamente nos autos do processo de revisão tarifária ou no próprio procedimento instaurado no TCU, o que não se identificou no caso.

⁵⁵⁰ Como determina o art. 2º, parágrafo único, “d”, da Lei nº 4.717/1965.

⁵⁵¹ Ver item 2.3.

melhor que essa competência fosse clara e expressamente assumida, mas com aperfeiçoamento de métodos e critérios para seu exercício.

Assim, um importante parâmetro pode ser o exame da aderência das atividades de regulação com os instrumentos de planejamento estatal, principalmente a partir dos planos nacionais, regionais e setoriais na infraestrutura. Com isso, aplica-se também sobre a atividade regulatória o controle da legitimidade na concepção aqui defendida, como será abordado em capítulo posterior.

3.5 Auditoria operacional: aspectos controversos e impactos sobre a infraestrutura

Auditoria operacional, conforme definição da *International Organization of Supreme Audit Institutions – INTOSAI*⁵⁵² é o exame independente, objetivo e confiável que analisa empreendimentos, sistemas, operações, programas, atividades ou organizações do governo com o objetivo de: i) contribuir para o aperfeiçoamento de processos, planos, programas e ações; ii) colaborar para a boa governança, *accountability* e transparência; iii) fornecer novas informações, análises e percepções, e; iv) quando necessário, apresentar considerações para melhorias.

No Brasil, a competência para o tribunal de contas realizar auditorias operacionais está expressamente prevista pela Constituição de 1988. O art. 70, *caput*, dispõe que o controle externo exercido pelo Parlamento abrange a *fiscalização operacional* quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receita. Por sua vez, o art. 71 prevê que compete ao tribunal de contas a realização de *auditorias de natureza operacional* nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como nas demais entidades responsáveis por recursos públicos.

Por meio desse instrumento, promove-se uma análise sistêmica da atividade administrativa, com foco no resultado e no desempenho. Trata-se da principal

⁵⁵² INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SUPREME AUDIT INSTITUTIONS – INTOSAI. *ISSAI 3000 – Norma para Auditoria Operacional*. Trad. TCU. Copenhagen: INTOSAI, 2017, p. 6. A INTOSAI é uma organização não-governamental internacional de entidades fiscalizadoras superiores, que agrega quase duzentas instituições de controle da Administração Pública, sejam tribunais de contas, auditorias-gerais ou entidades semelhantes. O TCU tem publicado versões traduzidas para a língua portuguesa das normas da INTOSAI.

expressão do macrocontrole externo anteriormente analisado⁵⁵³. Assim, ao contrário do que ocorre nas auditorias de conformidade, focadas em aspectos jurídico-formais de atos específicos – e, portanto, relacionadas ao microcontrole externo –, nas auditorias operacionais representam o que Willeman denomina de *accountability* de performance ou auditoria de desempenho. Seu objetivo principal, segundo a autora, “não é a regularidade de determinada conduta em face de normas legais ou regulamentares preestabelecidas; muito ao contrário, seu objetivo está na identificação de fatores e circunstâncias que podem estar prejudicando o desempenho da Administração Pública”⁵⁵⁴.

Em nosso país, como explica Conrado Tristão⁵⁵⁵, os tribunais de contas possuem posição privilegiada para realizar esse tipo de controle, uma vez que devem ser instituições equidistantes em relação ao Poder Executivo e Legislativo e dispõem de corpo técnico qualificado e estável. Com isso, a estrutura institucional dos tribunais de contas permite avaliações a longo prazo do Estado brasileiro, independente da vontade e da transitoriedade dos governos.

Numa perspectiva de sustentabilidade financeira do Estado a longo prazo, Ricardo Lobo Torres⁵⁵⁶ aduz que, por meio da fiscalização operacional, a Corte de Contas exerce função de alta relevância na proteção das garantias normativas ou principiológicas da liberdade, isto é, no *controle da segurança dos direitos fundamentais*. Estes – os direitos fundamentais – possuem uma relação intrínseca com as finanças públicas, uma vez que, de um lado, sua consagração depende da saúde e do equilíbrio da atividade financeira estatal e, de outro, fornecem os elementos para o controle das ações do Estado.

Reconhecendo a relevância desse instrumento para a boa gestão pública, Locken⁵⁵⁷ defende que os resultados das auditorias operacionais sejam refletidos no

⁵⁵³ Item 2.2. Relembre-se que também é possível que um mesmo procedimento abranja aspectos de conformidade e operacionais, quando é classificado pelo TCU como *auditoria integrada* – a esta se aplicam, no que se referem aos seus atributos operacionais, os comentários aqui expostos sobre as auditorias operacionais de forma geral.

⁵⁵⁴ WILLEMANN, Marianna Montebello. *Accountability democrática e o desenho institucional dos tribunais de contas no Brasil*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 139.

⁵⁵⁵ TRISTÃO, Conrado. Tribunais de contas e controle operacional da Administração. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (orgs.). *Tribunal de Contas da União no Direito e na Realidade*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 99-100.

⁵⁵⁶ TORRES, Ricardo Lobo. A legitimidade democrática e o tribunal de contas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 149, p. 31-45, out./dez. 1993, p. 33-35.

⁵⁵⁷ “28. Hoje há um distanciamento entre a avaliação das políticas públicas e o conteúdo do parecer prévio (relativo às contas de governo), que é o principal instrumento de avaliação da responsabilidade política. Ainda que as auditorias operacionais tenham significado um avanço introduzido pela Constituição de 1988, uma verdadeira

parecer prévio dos tribunais de contas a respeito do julgamento das contas do Chefe do Poder Executivo. Em sua visão, hoje em dia, o instituto do parecer prévio, na grande parte das cortes de contas do país, limita-se tão somente a realizar uma análise das dotações e do balanço orçamentário, desperdiçando a oportunidade de contribuir para o aperfeiçoamento das políticas públicas, diante das constatações identificadas nas auditorias operacionais.

Ocorre que nem a Constituição⁵⁵⁸ nem a legislação infraconstitucional trazem um delineamento claro sobre diretrizes, parâmetros e procedimentos para a adoção de auditorias operacionais pelos tribunais de contas. Não há, por exemplo, qualquer detalhamento desse tipo de controle na Lei Orgânica (Lei nº 8.443/1992) ou no Regimento Interno do TCU (Resolução TCU nº 155/2002). Em verdade, como explicam Floriano de Azevedo Marques Neto e Juliana Bonacorsi de Palma⁵⁵⁹, desde a Constituição de 1988, o TCU tem construído de forma própria as características da fiscalização operacional. Um movimento de autodeterminação de competências.

O próprio TCU formula orientações internas que determinam o sentido, o alcance, as prerrogativas e os limites do controle operacional. O principal documento editado pelo TCU sobre o tema é o Manual de Auditoria Operacional – MAO⁵⁶⁰, inspirado na já mencionada ISSAI 3000 da INTOSAI. Dada sua importância para a matéria aqui analisada, destacam-se alguns de seus aspectos centrais.

O documento indica que as auditorias operacionais examinam a atuação estatal mediante a avaliação de cinco parâmetros (os cinco “Es”). Primeiro, a

porta de entrada para a avaliação das políticas públicas, constatou-se que tais resultados não são considerados, na maioria das vezes, para o exame das contas de governo. Isso se deve tanto à inexistência de uma matriz normativa que estabeleça regras-padrão para o exame do parecer prévio, quanto à dificuldade em se traduzir uma avaliação realizada por um processo específico de auditoria (abrangência temporal maior e setorizada), numa análise que é própria das contas de governo (abrangência de um exercício e mais ampla). 29. Assim, o que se apresenta como resultado na apreciação do parecer prévio é um exame, na grande maioria dos Tribunais, restrito à análise de dotações orçamentárias relativas a despesas e receitas, deixando sem resposta o questionamento social da eficiência e efetividade das políticas públicas adotadas no exercício” (IOCKEN, Sabrina Nunes. *Controle compartilhado das políticas públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 258).

⁵⁵⁸ Tramita no Senado Federal a PEC nº 26/2017, já aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça, e tem o objetivo de criar um sistema de avaliação de políticas públicas. Uma das alterações pretendidas é o acréscimo de um parágrafo ao art. 71 da Constituição para deixar expressa a atribuição do TCU de realizar, “mediante auditorias operacionais, o acompanhamento de longo prazo de políticas públicas especificadas no plano plurianual”, avaliando “sua economicidade, efetividade, eficácia e eficiência”, bem como fornecendo “subsídios técnicos aos órgãos formuladores e executores para o seu aperfeiçoamento”.

⁵⁵⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Diálogos fora de esquadro: o controle das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 120, p. 203-236, jan./jun. 2020, p. 224-225.

⁵⁶⁰ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. *Manual de auditoria operacional*. 4ª ed. Brasília: TCU, 2020.

economicidade, que, como visto, refere-se à minimização dos custos da atividade, sem prejudicar padrões de qualidade. Segundo, a *eficiência*, que denota a relação entre os benefícios (bens e serviços gerados) e os custos dos insumos utilizados (despesa pública). Terceiro, a *eficácia*, que se relaciona ao grau de produção dos efeitos desejados, independentemente dos seus custos⁵⁶¹. Quarto, tem-se a *efetividade*, de modo a examinar se os resultados identificados foram realmente causados pela política pública desenvolvida. E, em quinto, tem-se o critério da *equidade*, de forma a se avaliar se a política pública objeto da auditoria operacional está em harmonia com a igualdade material, isto é, se está tratando os indivíduos de acordo com suas diferenças (como geográficas, sociais ou econômicas)⁵⁶².

Segundo o documento, o ciclo da auditoria operacional abrange diferentes etapas: seleção de temas, planejamento da auditoria, execução, relatório preliminar, recebimento e análise de comentários dos gestores, divulgação do relatório final, monitoramento sobre o atendimento das deliberações⁵⁶³.

Um dos pontos centrais nas auditorias operacionais é a etapa de seleção do objeto de auditoria, isto é, a escolha sobre a atividade ou políticas públicas cujo desempenho será avaliado. Os temas devem possuir *materialidade* e *relevância*. Embora não seja fator exclusivo para indicar essas duas características, o *volume de recursos* disponíveis no orçamento é um forte indicativo. Políticas públicas que envolvam substanciais parcelas de recursos públicos têm grandes chances de oferecer boas oportunidades para que as auditorias operacionais agreguem valor no aperfeiçoamento das ações estatais.

Além do aspecto financeiro, deve ser considerado, também, o *grau de riscos*, de modo a indicar atividades estatais expostas a eventos adversos que inviabilizam o alcance dos resultados esperados. Ademais, na seleção de temas, é preciso identificar a *auditabilidade* da atividade estatal, isto é, a existência de abordagens, metodologias e critérios de auditoria aptos para aquele objeto, de sorte a aferir

⁵⁶¹ Abordando esses três critérios da auditoria operacional, ver: FERRAZ, Luciano. Modernização da Administração Pública e auditorias de programas. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, vol. 57, p. 297-304, 2003, p. 302.

⁵⁶² Cf. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. *Manual de auditoria operacional*. 4ª ed. Brasília: TCU, 2020, p. 16-19.

⁵⁶³ Cf. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. *Manual de auditoria operacional*. 4ª ed. Brasília: TCU, 2020, p. 54-56.

também se estão disponíveis informações suficientes para uma avaliação de desempenho.

Outros critérios para a seleção de expressamente previstos pelo MAO são: i) manifestação de parlamentares, técnicos de institutos de pesquisa ou das casas legislativas, figuras proeminentes na sociedade; ii) opinião de representantes da sociedade civil organizada; iii) declarações de prioridades nos planos e orçamentos públicos como o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias, os planos setoriais; iv) relatos reiterados de desperdícios, erros ou desobediência a procedimentos, e; v) presença do tema na mídia, que indica que o assunto está em debate perante a opinião pública.

Em relação ao último ponto, entende-se que é preciso cautela, a fim de evitar pressões externas e busca por aprovação popular no exercício do controle, principalmente em auditorias operacionais, em que há uma avaliação mais abrangente que a mera legalidade da ação estatal. É a população a destinatária das políticas públicas, de modo que a opinião majoritária não há como ser ignorada numa avaliação de desempenho da ação estatal. Ocorre que, tal como ocorre com o Poder Judiciário, o TCU precisa ser imparcial, racional e sóbrio, o que demanda, não raras vezes, preferir deliberações naturalmente antimajoritárias e antipopulares. Nem sempre a defesa da eficiência da gestão pública está em harmonia com desejos imediatos da maior parcela da população.

Por outro lado, em relação à *abrangência* das auditorias operacionais, é preciso que se observem limites necessários à separação dos Poderes. Não poderá o TCU substituir o administrador público. A atual falta de definição normativa dos limites das auditorias operacionais não pode gerar insegurança jurídica e desvirtuamento dos propósitos do instituto. Porém, isso não significa que o TCU não poderá avançar na análise de elementos discricionários quando em desconformidade com a ordem jurídica, inclusive quando se afastam das prioridades constitucionais, como estudado em capítulo anterior.

Um bom exemplo se deu por meio do Acórdão 2.693/2018⁵⁶⁴, decorrente de auditoria operacional que identificou ausência de acessibilidade em prédios e serviços públicos federais, bem como inexistência de um planejamento mínimo de diversos

⁵⁶⁴ Acórdão nº 2.693/2018, Plenário, relatora Min. Ana Arraes, julgado em 21 de novembro de 2018.

órgãos para a resolução do problema. Entre os achados, a decisão cita a falta de sinalização para deficientes visuais ou físicos, a ausência de material de divulgação em braile e em fonte ampliada, bem como a insuficiência de servidores habilitados para realizar atendimento em libras. Assim, elencou determinações a variados órgãos do Poder Executivo, entre as quais, a apresentação de planos internos de acessibilidade. Durante o monitoramento do cumprimento da decisão, os órgãos apresentaram seus respectivos planos internos de acessibilidade, que foram individualmente avaliados pelo TCU. A maioria deles atendeu a condições e a requisitos mínimos de planejamento, mas uma parcela, segundo a Corte⁵⁶⁵, teria apresentado documentos meramente protocolares, substancialmente simplificados e incompletos, sem a indicação de metas razoáveis, de cronograma, de indicadores, bem como de designação de responsáveis pela sua implementação. Assim, houve novas determinações do TCU, que continuam sendo monitoradas, para o aperfeiçoamento da acessibilidade em órgãos federais.

Em tal caso, como se percebe, medidas determinadas pelo TCU, embora atinentes a questões discricionárias, respeitaram a competência da Administração para elaborar seus próprios planos de implementação de ações de acessibilidade, desde que demonstrados requisitos mínimos de planejamento para se alcançar os fins pretendidos. Desse modo, o TCU, por meio de auditoria operacional, ultrapassando o mero controle formal de legalidade, atuou para a implementação efetiva de uma clara prioridade constitucional: acessibilidade a pessoas portadoras de necessidades especiais. Inclusive, sobre o tema, a Constituição expressamente prevê o dever de se adotar normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência (art. 227, §2º, da Constituição).

Na área de infraestrutura, as auditorias operacionais possuem especial relevância. Têm se apresentado como instrumentos eficazes para a realização de diagnósticos, identificação de problemas estruturais e para a propositura de medidas de aperfeiçoamento de políticas públicas e da governança da gestão pública no setor – marcado por gargalos e indicadores inferiores a grande parte dos países em desenvolvimento, como já estudado.

⁵⁶⁵ Acórdão nº 2.609/2022, Plenário, relator Min. Jorge Oliveira, julgado em 30 de novembro de 2022.

Durante o ano de 2013, auditoria operacional do TCU verificou elevada frustração do planejamento orçamentário dos programas e ações do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT, sobretudo diante da contínua queda na execução das dotações orçamentárias da entidade: 53%, em 2010; 45%, em 2011 e; 20%, em 2012. Essa circunstância gerou também a baixa execução das obras a cargo do DNIT, inviabilizando serviços de manutenção de rodovias federais. Identificou que algumas das principais causas para a situação eram falhas de governança que implicavam em projetos inadequados, equipe insuficiente para análise e aprovação de projetos, obstáculos para a obtenção de licenças e a falta de integração entre os órgãos de gestão do DNIT e as superintendências localizadas nas unidades da federação. Dado o caráter inovador da auditoria à época, houve apenas a expedição de recomendações, conforme o Acórdão nº 194/2014⁵⁶⁶. Elas se referiram a medidas como: i) melhorias na gestão de riscos nos projetos e ações do DNIT; ii) implantação de sistemas de informação para acompanhamento dos contratos de obras, e; iii) definição clara de atribuições, competências e responsabilidades dos órgãos e agentes responsáveis pelo planejamento e pelo acompanhamento de obras.

Foi em 2019 que a principal auditoria operacional em matéria de obras públicas ocorreu no âmbito do TCU. Suas conclusões se encontram no Acórdão 1.079/2019⁵⁶⁷, já mencionado. A Corte diagnosticou os principais gargalos que ocasionavam o grande número de obras financiadas por recursos federais que se encontravam paralisadas. Constatação relevante foi a falta de sistematização e uniformidade das informações a respeito das obras executadas pelo governo federal, o que, como já apontado deliberações anteriores do Tribunal, impossibilita o efetivo acompanhamento e fiscalização das obras federais⁵⁶⁸.

Por isso, o TCU orientou que o Poder Executivo federal aprimore os sistemas de gestão para registrar e disponibilizar, de forma ágil, confiável e contínua: i) a situação da obra, especialmente em relação ao ritmo de execução e às causas das eventuais paralisações; ii) parâmetros relacionados à metodologia de contratação de projetos e à qualidade dos produtos entregues; iii) casos de sucesso e boas práticas

⁵⁶⁶ Acórdão nº 194/2014, Plenário, relator Min. Walton Alencar Rodrigues, julgado em 5 de fevereiro de 2014.

⁵⁶⁷ Acórdão nº 1.079/2019, Plenário, relator Min. Vital do Rêgo, julgado em 15 de maio de 2019.

⁵⁶⁸ A necessidade da sistematização das informações referentes às obras em fase de execução já vinha sendo apontada pelo TCU nos Acórdãos 1.188/2007, 617/2010 e 148/2014, ambos do Plenário e de relatoria do Ministro Valmir Campelo.

que possam ser replicados. Como decorrência, a Administração Federal criou o Cadastro Integrado de Projetos de Investimento – CIPI, instituído pelo Decreto nº 10.496/2020 e regulamentado pela portaria SEGES/ME nº 25.405, de 23 de dezembro de 2020, embora sua implementação tenha sido iniciada apenas no início de 2022, como será melhor analisado em capítulo posterior.

Por meio do processo nº 036.106/2019-4, de relatoria do Ministro Vital do Rêgo, o TCU realiza o monitoramento da implementação do CIPI. O Acórdão nº 871/2022⁵⁶⁹, proferido no referido processo, aponta a falta de efetividade no CIPI como um registro centralizado de informações de projetos de infraestrutura, ao constatar dificuldades para o acompanhamento adequado da evolução física e financeira das obras públicas federais, especialmente sobre aquelas executadas fora do Sistema Integrado de Administração Financeira – SIAFI⁵⁷⁰, o que tem implicado em necessários ajustes do sistema pela Administração Federal.

Em 2023, também em monitoramento sobre os achados da referida auditoria operacional, o TCU atualizou o diagnóstico sobre as obras federais. Por meio do Acórdão nº 2.134/2023⁵⁷¹, constatou que, de um total de 21.007 obras federais, 8.603 (41%) ainda se encontravam paralisadas. Nessa decisão, observou que o problema continuou se agravando diante da falta de planejamento na escolha das obras e na alocação dos recursos, bem como de falhas na gestão e no monitoramento da execução dos contratos.

Por outro lado, mais uma relevante contribuição decorrente das auditorias operacionais é o auxílio que se pode conferir ao Congresso Nacional no momento da apreciação dos projetos das leis orçamentárias. Assim, o planejamento orçamentário da Administração, a ser aprovado pelo Parlamento, pode ser fortalecido a partir das conclusões das auditorias operacionais⁵⁷². Sobre o tema, não se pode esquecer que

⁵⁶⁹ Acórdão nº 871/2022, Plenário, relator Min. Vital do Rêgo, julgado em 20 de abril de 2022.

⁵⁷⁰ O SIAFI é o principal sistema para registro, acompanhamento e controle da execução orçamentária, financeira e patrimonial do Poder Executivo federal, gerido pela Secretaria do Tesouro Nacional – STN.

⁵⁷¹ Acórdão nº 2.134/2023, Plenário, relator Min. Vital do Rêgo, julgado em 18 de outubro de 2023.

⁵⁷² Analisando o tema, André Rosilho aponta que “as experiências nacional e internacional revelam que inspeções e auditorias desse tipo estão preocupadas com a qualidade de despesas do Estado e em produzir, por meio de relatórios de orientação direcionados ao Legislativo, subsídios para o aprimoramento de políticas públicas e práticas administrativas. Assim, há espaço para que o Congresso busque em seu auxiliar, o TCU, apoio para avaliar, quanto à eficácia e eficiência – isto é, por meio de inspeções e auditorias de natureza operacional – a execução de programas governamentais de alto impacto orçamentário, assim definidos pelo Legislativo, de modo a subsidiar a discussão de projetos de leis orçamentárias ou de planos plurianuais” (ROSILHO, André. TCU pode colaborar para a edição de leis orçamentárias mais realistas. *Jota*, São Paulo, 6 de outubro de 2021).

a EC nº 109/2021 estabeleceu que o PPA, a LDO e a LOA levem em consideração os resultados do monitoramento da avaliação das políticas públicas (art. 165, §16, da Constituição).

Para tanto, as auditorias operacionais, ao apreciarem a atividade estatal a partir de parâmetros para a boa governança de políticas públicas, mostram-se como importantes instrumentos para auxiliar essa atribuição do Parlamento na formulação das leis orçamentárias, inclusive de suas diretrizes, metas, objetivos e prioridades no setor da infraestrutura.

Vale registrar que a possibilidade de *determinações* em auditorias operacionais não é matéria livre de polêmica, por envolver a discricionariedade administrativa. Embora utilizadas pelo TCU e previstas expressamente no seu Manual de Auditoria Operacional⁵⁷³ –, a Norma para Auditoria Operacional editada pela INTOSAI não prevê a utilização de determinações nesse tipo de procedimento⁵⁷⁴. Conrado Tristão⁵⁷⁵ registra que, em países como Itália, Bélgica e França, não se identifica a possibilidade de que as respectivas instituições superiores de controle realizem comandos obrigatórios em auditorias operacionais.

Ocorre que, como visto em item anterior, discricionariedade é diferente de arbitrariedade. A atual ordem constitucional impõe condições e limites ao mérito administrativo, que deve se pautar, sobretudo, pelas prioridades constitucionais, inclusive os direitos fundamentais. Além disso, a discricionariedade é preservada quando o controle externo determina a revisão de ações governamentais que, sem qualquer justificativa, destoam do que foi planejado pela própria Administração. Assim, não se pode ignorar o potencial de, por meio de auditorias operacionais, o TCU reforçar o planejamento previsto em diferentes instrumentos como em leis orçamentárias e em políticas, planos e programas nacionais, regionais e setoriais.

De todo modo, a possibilidade de decisões obrigatórias em auditorias operacionais não pode justificar uma intervenção ampla e irrestrita, banalizando a

⁵⁷³ Segundo o item 41 do MAO, “os produtos da auditoria são documentados no relatório da auditoria. São os achados, as avaliações, as opiniões e conclusões e as recomendações e *determinações* propostas” (grifo nosso) (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. *Manual de auditoria operacional*. 4ª ed. Brasília: TCU, 2020, p. 22).

⁵⁷⁴ Cf. INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SUPREME AUDIT INSTITUTIONS – INTOSAI. *ISSAI 3000 – Norma para Auditoria Operacional*. Trad. TCU. Copenhagen: INTOSAI, 2017.

⁵⁷⁵ TRISTÃO, Conrado. Tribunais de contas e controle operacional da Administração. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (orgs.). *Tribunal de Contas da União no Direito e na Realidade*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 99-11.

emissão de comandos de cumprimento obrigatório pela Administração, como já reconheceu o TCU⁵⁷⁶. Como explica Regis Fernandes de Oliveira⁵⁷⁷, embora suas decisões possam ser poderoso instrumento para colaborar com políticas públicas, a Corte de Contas não tem competência para ditá-las. Também nessa linha, o Ministro Bruno Dantas⁵⁷⁸ manifesta a ideia de que, nas auditorias operacionais, “justamente por navegar nos mares da eficiência, e não no controle estrito da legalidade, é preciso resistir à tentação de substituir o gestor público nas escolhas que cabem ao Poder Executivo”.

Portanto, embora sejam admitidas decisões obrigatórias em sede de auditorias operacionais, os comandos com tal natureza devem ser reservados a casos excepcionalmente graves ou urgentes, em que não haja espaços para se permitir o aperfeiçoamento por meio de recomendações. Situações em que se comprovam elevados prejuízos ao interesse público ou a prática reiterada de condutas antijurídicas graves.

Exatamente porque pode provocar comandos obrigatórios em determinados casos, também é preciso que o TCU reveja o posicionamento de que manifestações prévias da Administração não são imprescindíveis para a elaboração do relatório final das auditorias operacionais. A Corte de Contas⁵⁷⁹ revela a posição de que “a inobservância da fase de apresentação do relatório preliminar ao gestor para fins de comentários em auditoria operacional, prevista em normativo do TCU, não representa afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa”. No voto do relator, consignou-se, ainda, que a “auditoria realizada pelo TCU, por não apresentar litigância, não possui natureza dialética”.

A oitiva do órgão ou entidade sob fiscalização operacional nos parece de fundamental importância para a efetividade do processo de auditoria operacional.

⁵⁷⁶ No Acórdão nº 600/2019, o TCU mostrou uma postura de autocontenção em relação às auditorias operacionais, privilegiando o caráter colaborativo desse procedimento. Tratavam-se de orientações sobre a redução de consumo de papel, energia elétrica e água na Administração. O TCU, dando provimento a recurso do órgão controlado, converteu determinações em recomendações, sob a alegação as orientações poderiam ser cumpridas segundo critérios de conveniência e oportunidade, não havendo razões para, no caso, possuírem natureza de imposição (Acórdão nº 600/2019, Plenário, relator Min. Augusto Nardes, julgado em 20 de março de 2019).

⁵⁷⁷ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 825.

⁵⁷⁸ DANTAS, Bruno. O risco de “infantilizar” a gestão pública. *O Globo*, Rio de Janeiro, 6 de janeiro de 2018.

⁵⁷⁹ Acórdão nº 2.466/2019, Plenário, relator Min. Vital do Rêgo, julgado em 9 de outubro de 2019.

Trata-se de mecanismo que promove a Administração Dialógica e que permite ao Tribunal uma visão mais ampla dos efeitos de sua atuação sobre o interesse público.

Entende-se como frágil o argumento invocado de que não haveria dialeticidade nos processos de auditoria operacional. Na medida em que há possibilidade de entendimentos diferentes sobre o mesmo objeto, a dialeticidade se impõe como medida de troca de informações, de contraposição de argumentos, de ampliação de perspectivas e de visualização das melhores alternativas para o atendimento ao interesse público.

Além do mais, a atividade administrativa ou, até mesmo, a política pública objeto da auditoria operacional deve ser avaliada em conformidade com o planejamento da Administração Pública. Diante da natural escassez de recursos perante a infinidade de necessidades públicas, a escolha pela política pública em questão e sua forma de execução são naturalmente de competência do Poder Executivo, de modo que se mostra imprescindível avaliar suas razões e perspectivas.

Entender que a Administração Pública, em procedimento em que se discute alterações de políticas públicas relevantes, não possui garantia de se manifestar previamente à decisão do Tribunal é fragilizar o próprio procedimento de controle externo. As conclusões das auditorias operacionais correm o risco de serem de impossível implementação ou, até mesmo, ineficientes, tornando-se, respectivamente, inócuas ou prejudiciais ao interesse público.

Acrescente-se que o argumento de que a auditoria operacional não demanda procedimento dialético está em desarmonia com as melhores práticas internacionais. A citada ISSAI 3000 – Norma para Auditoria Operacional, da INTOSAI, prevê expressamente, como requisito para auditoria operacional, que o auditor deve dar à entidade auditada a oportunidade de comentar sobre os achados, as conclusões e as recomendações de auditoria, antes que a instituição de fiscalização superior emita seu relatório ou decisão final⁵⁸⁰.

⁵⁸⁰ Conforme item 133, da ISSAI 3000. O documento também explica que “os comentários da entidade auditada sobre os achados, as conclusões e as recomendações de auditoria contribuem para a elaboração de um relatório de auditoria equilibrado e ajudam o auditor a resolver quaisquer discordâncias e corrigir erros materiais antes que o relatório seja finalizado. O relatório de auditoria deve refletir os pontos de vista do auditor, mas também mostrar as perspectivas da entidade auditada” (INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SUPREME AUDIT INSTITUTIONS – INTOSAI. *ISSAI 3000 – Norma para Auditoria Operacional*. Trad. TCU. Copenhague: INTOSAI, 2017, p. 17).

Compreende-se, inclusive, que, nas auditorias operacionais que gerem efeitos sobre serviços públicos regulados, como os de energia, o relatório preliminar deve ser submetido à prévia consulta pública, para que todas as partes impactadas tenham a oportunidade de expor suas perspectivas sobre as mudanças apontadas no relatório do TCU.

Para tanto, entende-se que o TCU pode utilizar procedimento semelhante ao estabelecido na Lei nº 13.848/2019, que dispõe sobre o instituto da análise de impacto regulatório – AIR⁵⁸¹, que deve ser submetida à consulta pública⁵⁸², a fim de identificar os efeitos das decisões e atos que alterem o ambiente regulatório. Por meio de tais instrumentos dialógicos, garante-se maior equilíbrio e segurança jurídica às auditorias operacionais.

Assim, as visões dos responsáveis pela formulação, planejamento e execução da atividade estatal sobre os impactos das conclusões da auditoria operacional, bem como a concessão de oportunidade para contribuições da sociedade civil, contribuem para a capacidade de o TCU agregar valor ao aperfeiçoamento da política pública por meio de auditorias operacionais. Essa visão dialógica das auditorias operacionais está em harmonia com novos instrumentos de controle focados em bases consensuais e cooperativas, conforme se extrai do item a seguir.

3.6 Controle consensual em infraestrutura: experiências e novas perspectivas

3.6.1 Administração dialógica e governança democrática

A mediação de diferentes interesses é inerente ao que se espera da atividade estatal. A própria noção do Estado moderno foi reforçada a partir das visões de autores contratualistas como Hobbes⁵⁸³, Locke⁵⁸⁴ e Rousseau⁵⁸⁵, que o entendiam

⁵⁸¹ Dispõe o art. 6º da Lei nº 13.848/2019 que “a adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo”.

⁵⁸² Prevê o art. 9º da Lei nº 13.848/2019 que “serão objeto de consulta pública, previamente à tomada de decisão pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada, as minutas e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados”.

⁵⁸³ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Trad. Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2004.

⁵⁸⁴ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. Trad. Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2002.

⁵⁸⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004.

como fruto de um acordo social. Essas concepções influenciaram as revoluções liberais no século XVII e XVIII e o *constitucionalismo moderno*, que ensejou as Constituições norte-americana (1787) e francesa (1791), caracterizadas pela limitação do poder estatal e pela proteção de direitos e liberdades individuais.

A partir do século XX, especialmente com o fim da Segunda Guerra Mundial, ganha força o *constitucionalismo democrático*, que adota o modelo de Estado Democrático de Direito⁵⁸⁶. Nessa concepção, o Estado não é ator neutro na vida em sociedade. Além do respeito a garantias individuais, o Estado possui o dever de atuar como agente de transformação da sociedade, o que se dá, primordialmente, por meio da implementação de políticas públicas.

Nesse papel de agente transformador na busca do interesse coletivo, ao planejar e implementar políticas públicas, o Estado deve se pautar por instrumentos de governança democrática, que tem como uma de suas expressões mais marcantes o desenvolvimento de soluções que conciliam ao máximo os interesses legítimos envolvidos.

A construção de consensos pressupõe uma relação de respeito e de confiança na interação entre diversos agentes, órgãos e entidades. A governança democrática demanda um Estado aberto e incentivador do diálogo transparente e republicano, que deve ser estimulado na base do ambiente político e também das instituições. Como explica Conrado Hübner Mendes, esse diálogo

é uma imagem fecunda e expressiva para a política. É signo de igualdade, respeito mútuo e reciprocidade. Denota uma relação horizontal e não hierárquica. Carrega, portanto, um valor sedutor para justificar decisões de autoridade. Indivíduos dialogam em ambientes formais e informais da política. No interior das instituições, decisões não costumam ser tomadas sem um mínimo de diálogo⁵⁸⁷.

⁵⁸⁶ Como explica José Luis Bolzan de Moraes, “o *Estado Democrático de Direito* tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública quando o democrático qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e, pois, também sobre a ordem jurídica”. O autor ainda destaca como objetivo inerente ao Estado Democrático de Direito a promoção da justiça social, que se materializa por meio de mecanismos corretivos das desigualdades (MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 87).

⁵⁸⁷ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 97.

No Brasil, essa mediação de interesses pelo Estado deve ser direcionada ao alcance de objetivos centrais da sociedade, como a promoção do bem de todos, a justiça social, o combate às desigualdades e o desenvolvimento sustentável, como determina a Constituição de 1988. Desse modo, é papel do Estado desenvolver a cultura de cooperação entre os diferentes atores sociais – públicos e privados – para o alcance de prioridades constitucionais.

O processo de formação e execução do orçamento público é um bom exemplo de instrumento estatal de composição dos variados interesses sociais. Diante da natural impossibilidade fiscal do Estado de atendê-los por completo, o orçamento público requer um procedimento prévio para definição de prioridades e construção, tanto quanto possível, de soluções acordadas. Esse procedimento se inicia no Poder Executivo, com a mediação entre os diferentes órgãos e entidades, que continuamente disputam mais recursos. Em seguida, tramita no Congresso, onde é marcado pelas negociações entre representantes eleitos para o atendimento de aspirações de diferentes regiões, estados, municípios e grupos sociais.

O processo orçamentário é, assim, uma expressão do consensualismo, embora sobre ele alguns grupos, por sua mobilização e capacidade de pressão, tenham maior poder de influência do que outros. Com essa perspectiva, Scaff⁵⁸⁸ esclarece que o orçamento é formado por um processo em que são *mediadas as decisões políticas* – ou escolhas trágicas – a respeito de onde vem e para onde vão os recursos públicos. No entanto, defende o autor, para que o orçamento obedeça ao princípio republicano, essas mediações devem ter como critério as capacidades financeiras, isto é, a progressiva arrecadação dos mais ricos (capacidade contributiva) e a priorização de despesas públicas com os mais pobres, especialmente por meio de políticas públicas eficientes voltadas para grupos vulneráveis (capacidade receptiva).

A cultura da cooperação adquire especial relevo diante da atuação das instituições estatais para o planejamento e execução de políticas públicas. Requer que o espírito da litigiosidade seja substituído pelo diálogo interinstitucional. E que sejam evitadas soluções construídas de forma unilateral e monológica, principalmente em questões complexas e com múltiplas alternativas legítimas. A partir da formação desse ambiente, promove-se a *governança democrática*, caracterizada por Juarez

⁵⁸⁸ SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento Republicano e Liberdade Igual – Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 289-291.

Freitas⁵⁸⁹ como o “jogo cooperativo do tipo *win-win*”, de modo que a ideia do tudo ou nada é deixada de lado em favor da construção de consensos desarmados.

O dever do Estado de encarar os problemas sociais com espírito colaborativo também repercute no *controle de políticas públicas*. Sobre o tema, Iocken⁵⁹⁰ explica que vivenciamos um movimento de reformulação da prática administrativa, baseada em um sistema de *sharing control* (controle compartilhado). Isso significa um novo modelo de controle, fundamentado em um *pacto de partilha*, por meio do qual os órgãos atuam numa relação de horizontalidade para a promoção do bem-estar comum. Nesse modelo, as decisões são tomadas a partir da interação de ideias novas e velhas, do conhecimento científico e da experiência de vida, dos interesses de minorias e de majorias. Assim, os problemas não são resolvidos por uma generalidade imposta, de cima para baixo, numa relação hierárquica entre os órgãos ou entre controlador e controlado.

Um ambiente negocial que propicie o envolvimento das partes interessadas indica uma abordagem inovadora, que permita um diagnóstico compartilhado por parte dos diferentes atores que se relacionam com os problemas sociais que se pretende solucionar. Com isso, ampliam-se as perspectivas sobre a política pública e sobre seus impactos, em busca de um bem-estar sustentável.

Diante de tais perspectivas, pode-se definir *Administração Pública dialógica* como um modelo de governança pública baseada na relação horizontal, cooperativa e prospectiva entre os diversos atores relacionados entre si por meio de determinada questão que envolva o interesse público. É o resultado da interação de diversas instâncias, cada qual atuando de acordo com sua capacidade institucional e com sua

⁵⁸⁹ O autor ainda traça barreiras que, ainda hoje, dificultam a construção de uma cultura de cooperação, a saber “(a) o adversarismo exacerbado e polarizante do ‘nós contra eles’ e a dificuldade de compartilhar experiências e manter abertura ao inesperado de posições diversas e (b) o encarceramento sombrio nos jogos de soma zero, nos quais a cooperação resta bloqueada. Adicionalmente, na negociação de direito público, surgem óbices específicos, entre os quais: (a) o descuido com *accountability* e transparência radical; (b) a opção inercial pelos afazeres burocráticos irreflexivos e atrasados controles *a posteriori*; (c) a presença avassaladora de milhares de ocupantes de cargos de confiança (sem a estabilidade do art. 41, da CF), por indicação político-partidária, em postos de direção, chefia e assessoramento; (d) a volúpia plutocrática de agentes (públicos e privados) inclinados a escapular das malhas da moralidade; e (e) a fragilidade de instituições ‘extrativistas’, expostas à captura e à miopia de programas governamentais imediatistas” (FREITAS, Juarez. Direito Administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 275, p. 25-46, maio/ago. 2017, p. 31 e 39).

⁵⁹⁰ IOCKEN, Sabrina Nunes. *Controle compartilhado das políticas públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 259-260.

competência constitucional, em torno do objetivo de, diante de problemas estruturantes, buscar alternativas para a melhor concretização do interesse coletivo.

Compromissos internacionais do Estado brasileiro também afastam a possibilidade de que a adoção de instrumentos pacificadores e não adversariais seja encarada como mera faculdade. Trata-se de postura necessária para atender, por exemplo, a Agenda 2030 da ONU, assinada pelo Brasil, em 2015, na Cúpula das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável. Em especial, para cumprir o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) nº 16, que demanda medidas para “promover de sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis”⁵⁹¹.

No âmbito administrativo, a busca por procedimentos que impliquem em soluções consensuais, mais do que mera possibilidade, passa a ser compreendida como um dever da Administração. Por isso, tornam-se cada vez mais relevantes para a atuação do Poder Público os acordos administrativos. Sobre o tema, Onofre Alves Batista Júnior explana que “a persecução coordenada de diferentes interesses públicos atrai a necessidade de decisões administrativas programáticas, o que realça, por sua vez, a importância do papel do procedimento administrativo enquanto instrumento de interesses antagônicos”⁵⁹².

O Direito Público do Século XXI precisa estar integrado com sistema de justiça multiportas⁵⁹³. Nesse sistema, tão relevante quanto o direito ao acesso à Justiça é a obtenção da tutela administrativa efetiva derivada de soluções obtidas por meio do incentivo ao consensualismo na Administração Pública⁵⁹⁴. Esse cenário demanda a

⁵⁹¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Objetivos de Desenvolvimento Sustentável*. Brasília: ONU Brasil, 2024.

⁵⁹² BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 251.

⁵⁹³ “[...] os tribunais são nosso principal, talvez o mais importante, local de resolução de disputas. Assim, pode-se argumentar que o sistema de justiça de várias portas deve estar conectado com os tribunais. [...] É um pouco como a história de Willie Sutton, o ladrão de bancos, que, quando perguntado por que roubava bancos, disse: ‘É onde está o dinheiro’. O tribunal é onde estão os casos, então, é natural ter o tribunal como uma porta do sistema de justiça de várias portas – essa é a ideia” (SANDER, Frank; GONSTEAD, Mariana Hernandez-Crespo. A dialogue between professors Frank Sander and Mariana Hernandez Crespo: exploring the evolution of the multi-door courthouse. *University of St. Thomas Law Journal*, Mineápolis, vol. 5, p.665-674, 2008, p. 671, tradução livre).

⁵⁹⁴ Sobre a justiça multiportas e a Fazenda Pública, ver: CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 639-670. Sobre amplo estudo do consensualismo no âmbito do Poder Público, ver: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A Administração Pública consensual: mutações do Direito Administrativo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

busca, na própria arena administrativa, por alternativas para a adequada resolução de conflitos públicos, especialmente por meio da autocomposição⁵⁹⁵.

A partir da Lei Federal nº 13.140/2015, há autorização ampla e geral para que seja utilizada a autocomposição em conflitos que envolvam a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Diante disso, vários entes têm instituído canais diretos de negociação com vistas a resolver litígios formados entre si, com particulares e até entre seus próprios órgãos.

No âmbito de cada esfera federativa, esses procedimentos de soluções consensuais, normalmente, são conduzidos pela instituição da Advocacia Pública do respectivo ente. É o caso, em relação à União, da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF, vinculada à Advocacia Geral da União – AGU⁵⁹⁶. Na esfera estadual, tem-se o exemplo da Câmara de Negociação, Conciliação e Mediação da Administração Pública Estadual – CNCM, conduzida pela Procuradoria-Geral do Estado de Pernambuco – PGE-PE⁵⁹⁷. E, em relação aos entes municipais, pode-se mencionar a Câmara de Mediação e Conciliação da Central de Conciliação do Município de Porto Alegre⁵⁹⁸, no âmbito da Procuradoria-Geral daquele Município – PGM-POA.

No âmbito federal, por meio do Decreto nº 12.091/2014, tendo como órgão central a AGU, foi instituída a Rede Federal de Mediação e Negociação – RESOLVE, uma estratégia de atuação da Administração Federal para organizar, promover e aperfeiçoar o uso da autocomposição de conflitos por meio da mediação e da negociação como ferramentas de gestão e de melhoria da execução de políticas públicas.

O ato normativo trouxe importantes regras de divisão de competências e fixação de responsabilidades para estimular a atuação consensual da Administração Federal. Foi determinado, por exemplo, que cada órgão deve designar servidores, com o adequado poder de decisão, como pontos focais em procedimentos de

⁵⁹⁵ OLIVEIRA, Gustavo Justino; RAZZINI, Felipe. Em busca da desjudicialização dos litígios públicos. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 18 de novembro de 2020.

⁵⁹⁶ Criada pelo Ato Regimental nº 5, de 27 de setembro de 2007.

⁵⁹⁷ Instituída pela Lei Complementar Estadual nº 417/2019.

⁵⁹⁸ Prevista na Lei Municipal nº 12.003/2016.

mediação ou negociação, cabendo-lhes adotar medidas para conferir celeridade e efetividade às soluções consensuais.

Além do mais, a postura dialógica para a tomada de decisões pelo Poder Público também pode ser verificada pela adoção de instrumentos de participação democrática, como audiências e consultas públicas. São mecanismos que, se bem implementados, conferem maior dialeticidade ao procedimento administrativo e reforçam a legitimidade das escolhas administrativas.

Ocorre que, via de regra, consultas e audiências públicas são de utilização facultativa pela Administração⁵⁹⁹. Apenas em alguns casos, como na legislação urbano-ambiental, tem-se a obrigação legal de se promover audiências ou consultas públicas como etapa prévia do ato ou decisão administrativa. É o que ocorre na Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (Lei nº 9.985/2000), no que se refere à criação de novas unidades de conservação⁶⁰⁰, e no Estatuto das Cidades (Lei nº 10.257/2001), quanto às decisões relacionadas à política urbana⁶⁰¹.

De todo modo, mesmo quando obrigatórias, é preciso garantir a efetividade das consultas e audiências públicas, de forma a assegurar que o Poder Público levou em consideração as contribuições recebidas. Do contrário, esses importantes instrumentos de participação democrática se tornam meros atos protocolares.

Tem-se, nessa questão, uma oportunidade de atuação de órgãos de controle, como os tribunais de contas, para aperfeiçoamento de processos decisórios em prol da governança democrática e da Administração dialógica. Exemplo dessa atuação foi a decisão do TCE-PR⁶⁰², por meio do Acórdão nº 3.843/2020, que aplicou multa a prefeito que, em descumprimento à legislação municipal, desrespeitou o prazo mínimo de dez dias para agendamento de audiências públicas sobre a elaboração das propostas do PPA, da LDO e da LOA municipal – no caso, a audiência pública havia sido convocada no dia anterior à sua realização, em claro indicativo de que o ato seria apenas destinado ao cumprimento de formalidade da legislação.

⁵⁹⁹ Vide arts. 31 a 34 da Lei nº 9.784/1999.

⁶⁰⁰ Conforme o art. 22, §2º, da Lei nº 9.985/2000, “a criação de uma unidade de conservação deve ser precedida de estudos técnicos e de consulta pública que permitam identificar a localização, a dimensão e os limites mais adequados para a unidade, conforme se dispuser em regulamento”.

⁶⁰¹ Segundo o art. 40, §4º, I, da Lei nº 10.257/2001, no processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, será garantida “a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade”.

⁶⁰² Acórdão nº 3.843/2020, Plenário, relator Cons. Artagão de Mattos Leão, julgado em 16 de dezembro de 2020.

Em 2021, foi estabelecido outro instituto que expressa o espírito dialógico no âmbito dos processos administrativos da União: a *decisão coordenada*. Criado por meio da Lei nº 14.210/2021⁶⁰³, trata-se de mecanismo que possibilita a tomada de decisões através de uma construção conjunta de alternativas por diferentes órgãos e instituições da Administração Federal para a resolução de matérias complexas. Ao invés de atuarem de forma sucessiva e, muitas vezes, antagônicas no mesmo procedimento administrativo, esses diferentes atores passam a avaliar a questão de forma concomitante, o que, além de coesão institucional, confere maior simplicidade e celeridade para a tomada de decisões⁶⁰⁴.

Além disso, também se percebe o avanço de procedimentos não adversariais em questões sobre políticas públicas que incidem em mercados regulados. São cada vez mais comuns a formulação de termos de ajustamento de conduta – TACs, a serem firmados entre agências reguladoras e os agentes econômicos regulados. Por meio deles, é possível, por exemplo, a conversão de penalidades em investimentos para a melhoria dos serviços públicos⁶⁰⁵.

No mesmo norte, o Poder Judiciário, que atua numa arena de natural litigiosidade, tem implementado diversos instrumentos de resolução consensual de conflitos, em bases dialógicas e cooperativas. Os avanços das últimas décadas foram expressivos, como o incentivo à mediação e a conciliação. Inclusive, o Código de Processo Civil – CPC prevê expressamente o *princípio da cooperação* a incidir na

⁶⁰³ Segundo o art. 49-A, §1º, da Lei nº 9.787/99, incluído pela Lei nº 14.210/2021, “considera-se decisão coordenada a instância de natureza interinstitucional ou intersetorial que atua de forma compartilhada com a finalidade de simplificar o processo administrativo mediante participação concomitante de todas as autoridades e agentes decisórios e dos responsáveis pela instrução técnico-jurídica, observada a natureza do objeto e a compatibilidade do procedimento e de sua formalização com a legislação pertinente”.

⁶⁰⁴ Na perspectiva de Maria Coeli Simões Pires, a decisão coordenada “abre à Administração Pública a possibilidade de redesenho da arquitetura de processos complexos, valorizando a processualidade administrativa, não como rito, mas como meio de consecução da finalidade pública. Nesse sentido, a modelagem permite antecipar resultados pretendidos, assim como tende a estabelecer maior racionalidade nos fluxos comunicativos e no processo decisório. Estimula os gestores a apropriarem conhecimentos acerca de metodologia de solução de problemas e sobre consensualização em torno de objetos de elevada complexidade e relevância. Ademais, a adoção do mecanismo caminha no sentido de maior legitimação do exercício do poder, em contraposição aos clássicos mecanismos sustentados sobre pilares da hierarquia, da verticalidade e da legalidade estrita, que resistem, desde o sopro seminal do Direito Administrativo, a despeito dos esforços de assimilação do paradigma democrático” (PIRES, Maria Coeli Simões. *Decisão coordenada como instrumento de governança democrática na administração pública federal: reflexões a partir da experiência mineira de conferência de serviços*. In: BROCHADO, Maria; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Direito Administrativo entre tradição e transformação: os desafios da gestão pública no Estado de Direito contemporâneo – uma homenagem a Cristiana Fortini*. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2023, p. 207).

⁶⁰⁵ Cf. SADDY, André; GRECO, Rodrigo Azevedo. Termo de Ajustamento de Conduta em procedimentos sancionatórios regulatórios. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 52, n. 206, p. 165-203, abr./jun. 2015.

relação entre todos os atores processuais, a fim de que se alcance, em tempo razoável, uma decisão de mérito justa e efetiva (art. 6º). Além disso, o Código estipula, como regra, a tentativa de conciliação no início do processo (art. 334).

A cultura da consensualidade no âmbito judicial tem crescido também nos processos relacionados à Administração Pública⁶⁰⁶. Aparece com grande potencial na resolução de questões debatidas nos chamados *processos estruturais*, que se referem a casos marcados por envolver interesses coletivos e pela complexidade do seu objeto, com multiplicidade de soluções juridicamente possíveis.

Em tais situações, inclusive, a cooperação pode extrapolar os sujeitos processuais, para abranger também a colaboração entre diferentes órgãos do Poder Judiciário. Ilustra isso um pioneiro caso em Pernambuco, em litígio sobre tema relacionado à infraestrutura e à habitação. Trata-se do acordo de cooperação judiciária firmado em junho de 2023 entre as Varas da Fazenda Pública de Olinda e o Tribunal Regional Federal da 6ª Região – TRF-6. A cooperação incide sobre ações civis públicas para combater deslizamentos de barreiras em áreas de risco naquela cidade. Foi acordada entre os sujeitos processuais a atuação do desembargador federal Edilson Vitorelli, do TRF-6, como consultor⁶⁰⁷ na mediação da questão, diante de sua notável experiência em litígios estruturais sobre deslizamentos em áreas de risco, como nas conhecidas tragédias ocorridas nos municípios de Mariana, em 2015, e Brumadinho, em 2019, em virtude do rompimento de barragens.

Ainda em relação, especificamente, à judicialização de assuntos sobre a infraestrutura, diante de um diagnóstico de crescente número de processos dotados de alta complexidade na matéria, a Presidência do Conselho Nacional de Justiça –

⁶⁰⁶ O CPC, em seu art. 174, determina que a obrigatoriedade da instituição de órgãos de mediação e conciliação no âmbito da Administração Pública, da seguinte forma:

“Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:

I – dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;

II – avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;

III – promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta”.

⁶⁰⁷ A partir de maio de 2023, a possibilidade de convites a magistrado de outra jurisdição para atuar como consultor está expressamente prevista no art. 6º, XXI, da Resolução nº 350/2020, do CNJ, segundo o qual o ato de cooperação nacional pode consistir “na formulação de consulta dirigida a outro magistrado ou órgão do Poder Judiciário (incluindo comitês, comissões e grupos de trabalho instituídos em seu âmbito) ou, ainda, no caso de cooperação interinstitucional, a pessoa, órgão, instituição ou entidade externa ao Judiciário, solicitando manifestação ou opinião em resposta, facultada a participação do consultor no processo, a critério do juízo consulente” (incluído pela Resolução n. 499/2023).

CNJ publicou a Portaria nº 7, de 14 de janeiro de 2022. O ato normativo instituiu grupo de trabalho para a elaboração de estudos e de propostas para a melhoria da atuação do Poder Judiciário no ambiente de infraestrutura brasileira, com os seguintes objetivos: i) desenvolver ações que ampliem e garantam o debate intersetorial para prevenção e tratamento adequado de litígios relacionados à infraestrutura; e ii) realizar estudos e sugerir a utilização de métodos para conferir celeridade e eficiência na solução de conflitos relacionados à infraestrutura.

O CNJ também criou, por meio da Portaria nº 142, de 29 de abril de 2022, o Comitê de Resolução de Disputas Judiciais de Infraestrutura – CRD-Infra, responsável pelo tratamento adequado de conflitos judiciais referentes a projetos qualificados no Programa de Parcerias de Investimentos – PPI (concessões comuns, parcerias público-privadas, desestatizações de empresas etc.), previsto na Lei no 13.334/2016. Batista⁶⁰⁸ esclarece que a razão da criação do Comitê é a busca de autocomposição, sob a coordenação do CNJ, entre as partes litigantes do processo judicial, com vistas a evitar prejuízos econômicos e sociais causados pelo tempo de tramitação processual até um julgamento definitivo sobre disputas sobre projetos de infraestrutura. Também é uma forma de equacionar os riscos dos impactos em decisões sobre pedidos liminares, notadamente aqueles requeridos para a retomada ou para a suspensão de empreendimentos perante o STF e o STJ.

Do mesmo modo, os órgãos de controle também não estão alheios às mudanças de perspectivas dos últimos anos em prol da consensualidade. O Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP editou a Resolução nº 118/2014, que dispõe sobre a *Política Nacional de Incentivo à Autocomposição* no âmbito do Ministério Público em todo o país, com o objetivo de promover a boa qualidade dos serviços, a disseminação da cultura de pacificação, a redução da litigiosidade, a satisfação social, o empoderamento social e o estímulo de soluções consensuais.

No que se refere ao papel colaborativo dos órgãos de controle em políticas públicas, merece destaque a recomendação do CNMP durante a pandemia da Covid-19, em um contexto histórico que demandou decisões urgentes em questões extremamente complexas por parte dos gestores públicos. A Presidência e a Corregedoria do CNMP editaram a Recomendação Conjunta nº 2/2020, que orientou

⁶⁰⁸ BATISTA, Joana Paula. Portaria 142 do CNJ: comitê de resolução de disputas judiciais de infraestrutura. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 24 de junho de 2022.

aos membros do Ministério Público que, “na fiscalização de atos de execução de políticas públicas, seja respeitada a autonomia administrativa do gestor e observado o limite de análise objetiva de sua legalidade formal e material”⁶⁰⁹.

Além do mais, diante das incertezas sobre os impactos da pandemia, o CNMP estimulou uma postura de autocontenção e respeito às atribuições constitucionalmente definidas a cada Poder. Também foi pontuado, na referida Recomendação, que, “diante da falta de consenso científico em questão fundamental à efetivação de política pública, é atribuição legítima do gestor a escolha de uma entre as posições díspares e/ou antagônicas”, havendo o reconhecimento expresso de que não cabe “ao Ministério Público a adoção de medida judicial ou extrajudicial destinadas a modificar o mérito dessas escolhas”⁶¹⁰.

Dessa forma, é possível perceber a evolução institucional das diversas esferas do Estado brasileiro para a adoção de mecanismos que possibilitem soluções construídas com base no diálogo e na mútua cooperação. Essa postura colaborativa será estudada de forma mais detalhada a seguir, a partir do prisma dos tribunais de contas.

3.6.2 Consensualismo e tribunais de contas: possibilidades e ressalvas

O paradigma da Administração dialógica, quando aplicado à seara dos tribunais de contas, confere cada vez mais destaque a instrumentos colaborativos e consensuais, em complemento às tradicionais ferramentas de controle, que, comumente, implicam em sanções e de imputação de débitos.

Inclusive, exercer um papel cooperativo no aperfeiçoamento na Administração e das políticas públicas é missão institucional das cortes de contas que também decorre da Lei de Responsabilidade Fiscal. O art. 59, §1º, V, da LRF, atribui ao tribunal de contas a emissão de *alertas* à Administração diante de circunstâncias que comprometam o *custo* ou *resultados* dos programas governamentais ou indícios de irregularidades na *gestão orçamentária*. Ora, alertar não é punir. É um dever de

⁶⁰⁹ Art. 2º, *caput*, da Recomendação Conjunta PRESI-CN nº 2, de 18 de junho de 2020.

⁶¹⁰ Art. 2º, parágrafo único, da Recomendação Conjunta PRESI-CN nº 2, de 18 de junho de 2020.

colaborar, de forma proativa e preventiva, com o Poder Público, para evitar prejuízos ao interesse público.

Sobre o tema, Willeman⁶¹¹ defende que, no âmbito do controle externo, a noção de uma Administração dialógica demanda a priorização de “diagnóstico célere e tempestivo de equívocos e inconsistências, acompanhado da formulação das respectivas sugestões de aprimoramentos e possíveis soluções”. Assim, conclui a autora, “em um contexto em que se valorizam os intercâmbios institucionais, a visão do Tribunal de Contas pode favorecer a melhoria das escolhas orçamentárias e das opções administrativas”.

Além disso, o controle da atividade administrativa, como adverte Amaro⁶¹², deve considerar o dinamismo que a sociedade necessita para a entrega de resultados pelo Estado. Essa visão direciona o controle da Administração para a priorização dos fins sobre os meios; do conteúdo sobre a forma; da avaliação dos impactos positivos sobre o exame de requisitos jurídico-formais da atividade administrativa. Por isso, para Cunda⁶¹³, são necessários e urgentes o incentivo e a efetiva utilização de instrumentos de resolução de demandas que possibilitem uma composição célere e não adversarial. Isso deve se dar por meio de uma atuação procedimental cooperativa, que requer atuação conjunta e preordenada à prevenção e solução da litigiosidade por parte dos gestores públicos, dos julgadores dos tribunais de contas, dos membros do Ministério Público de Contas e da Advocacia Pública, bem como das respectivas equipes técnicas envolvidas.

Essa perspectiva está em consonância com as alterações da LINDB decorrentes da Lei nº 13.665/2018, que estabeleceu normas que fortalecem a busca por resultados e a segurança jurídica na gestão pública⁶¹⁴. O exercício da atividade de controle deverá levar em consideração:

⁶¹¹ Por tudo, ver: WILLEMANN, Marianna Montebello. *Accountability democrática e o desenho institucional dos tribunais de contas no Brasil*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 307.

⁶¹² FERRAZ, Luciano. *Controle e consensualidade: fundamentos para o controle consensual da Administração Pública (TAG, TAC, SUSPAD, acordos de leniência, acordos substitutivos e instrumentos afins)*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 208-209 e 235-237.

⁶¹³ CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da. Termo de ajustamento de gestão, um instrumento essencial em processos de controle externo não adversariais. In: LIMA, Luiz Henrique; SARQUIS, Alexandre Manir Figueiredo (coords). *Processos de controle externo: estudos de ministros e conselheiros substitutos dos tribunais de contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 238.

⁶¹⁴ A postura dialógica protege a segurança jurídica, como exemplifica Maffini, ao evitar que órgãos federais, estaduais, municipais e demais destinatários da atividade de controle das cortes de contas sejam “surpreendidos com a imposição de atos que lhe são prejudiciais ou com a extinção de condutas que lhe são benéficas, de modo

i) as consequências práticas de suas decisões, com o cotejo das diferentes alternativas possíveis para a adequação do ato analisado (art. 20);

ii) as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais (art. 21, parágrafo único), e;

iii) os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados (art. 22).

Além disso, cabe a modulação de efeitos pelos tribunais de contas em decisões que promovam mudança de interpretação sobre norma legal, de modo que deve ser avaliada a criação de um regime de transição para a aplicação do novo entendimento (art. 23).

Sob esse prisma, a atividade de controle deve privilegiar uma atuação preventiva⁶¹⁵ antes de processos sancionadores, embora sem substituir a atribuição do agente quanto à definição de políticas públicas, como dispõe Decreto nº 9.830/2019, que regulamenta as novas normas da LINDB na esfera da Administração Federal⁶¹⁶.

Ainda quanto ao aspecto do controle dialógico, outro aspecto importante é a capacidade dos tribunais de contas de servirem como mediadores de soluções benéficas ao interesse público em questões debatidas entre a Administração e terceiros.

Muitas vezes, por exemplo, a Administração nega pedidos de reequilíbrios contratuais, por entender que não estariam presentes seus requisitos legais; a empreiteira contratada, por outro lado, submete a questão ao Poder Judiciário, alegando que, por fatores alheios a sua vontade, houve o desequilíbrio econômico-

abrupto, sem que se lhes assegurem tanto a ciência quanto à iminência de ocorrência de tais eventos danosos, quanto a efetiva participação tendente a evitar que eventuais prejuízos lhes sejam ocasionados” (MAFFINI, Rafael. Administração pública dialógica (proteção procedimental da confiança): em torno da Súmula Vinculante nº 3, do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 253, p. 159-172, jan./abr. 2010, p. 165).

⁶¹⁵ Principalmente quando incide sobre o planejamento, a execução ou o monitoramento de políticas públicas, o controle dos tribunais de contas, na visão de Maieto, traz mais vantagens quando ocorre de forma preventiva ou concomitante, quando comparado a sua função punitiva (controle posterior) – em geral tardia e pouco efetiva (MAIETO, Rosano Pierre. Administração Pública dialógica e tribunais de contas: novas perspectivas do controle externo prospectivo. *Revista Simetria*, São Paulo, v. 1, n. 8, p. 64-74, 2021, p.72).

⁶¹⁶ “Art. 13. A análise da regularidade da decisão não poderá substituir a atribuição do agente público, dos órgãos ou das entidades da administração pública no exercício de suas atribuições e competências, inclusive quanto à definição de políticas públicas. §1º A atuação de órgãos de controle privilegiará ações de prevenção antes de processos sancionadores”.

financeiro do contrato, e muitas vezes obtém respaldo judicial para suspender a execução de obras públicas⁶¹⁷.

Enquanto discussões como essa podem perdurar por anos no Judiciário, em prejuízo ao interesse público, os tribunais de contas possuem capacidade institucional para mediar soluções que evitem, ao menos até a resolução definitiva da questão, a suspensão da obra ou do serviço público.

Além do mais, em grandes projetos de infraestrutura, a dinamicidade, a imprevisibilidade e a mutabilidade em relação às circunstâncias iniciais das contratações também reforçam a relevância do papel do controle dialógico e consensual dos tribunais de contas.

Cite-se o exemplo do controle sobre o cumprimento de metas e indicadores em concessões e PPPs nos diversos setores da infraestrutura. São contratos de longo prazo. É natural a mudança nas circunstâncias endógenas e exógenas durante a execução ao longo das décadas. De um lado, tem-se a possível mutabilidade dos meios para a adequada execução dos serviços contratados, como o surgimento novas tecnologias (circunstâncias endógenas). De outro, alterações na conjuntura em que o contrato foi firmado, com mudanças econômicas, culturais e sociais (circunstâncias exógenas).

Por isso, como pontua Carvalho, “o que há de mais certo durante um contrato de concessão é que ele vai mudar... em 20, 30 anos, tudo muda. Os contratos de telefonia, por exemplo, originalmente estabeleciam como metas de universalização a instalação de orelhões públicos”⁶¹⁸.

Em linha similar, para Flávio Amaral Garcia, é preciso “partir do reconhecimento pragmático da incapacidade dos contratos de longa duração em regularem rigidamente *ex ante* todos os aspectos e circunstâncias que gravitam em torno do seu objeto e condições de execução”⁶¹⁹.

⁶¹⁷ Veja-se o comum exemplo de litígios sobre reequilíbrios contratuais em contratos de obras de saneamento básico. Grande parte das intervenções previstas nesse tipo de contratação é realizada embaixo do solo, o que pode ensejar imprevistos que demandem alterações contratuais, como a readequação do projeto. Tais questões podem gerar controvérsias entre as partes contratuais, a fim de identificar o responsável por arcar com os ônus dessas alterações.

⁶¹⁸ CARVALHO, Fábio Rogério. A era do consensualismo – uma oportunidade de não caminhar em círculos. *Agência iNFRA*, Brasília, 15 de setembro de 2023.

⁶¹⁹ GARCIA, Flávio Amaral. Regulação por contrato e a função integrativa das agências. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, Edição Especial – Em homenagem a Lucia Léa Guimarães Tavares, p. 90-

Desse modo, é comum que as mudanças nas circunstâncias durante a execução contratual em grandes projetos de longo prazo acarretem complexos litígios entre Administração e o particular ou, até mesmo, entre algum destes e os órgãos de controle, como os tribunais de contas.

O TCU, com vistas a absorver em seus procedimentos os ditames do consensualismo, aprovou a Portaria nº 80/2023, que aprova o plano de gestão daquela Corte até 2025. Nesse plano, foi prevista como diretriz da gestão a “Resolução Consensual e Prevenção de Conflitos” (Diretriz 2). Estabeleceu ainda, como objetivo a ser alcançado com essa diretriz, a ampliação de medidas para “contribuir com a efetividade das políticas públicas e a segurança jurídica de soluções tempestivas construídas de modo colaborativo e célere com a sociedade e os entes públicos” (Objetivo 1)⁶²⁰.

No entanto, há uma premissa inafastável para construção de um ambiente dialógico na relação entre controlador e controlado: de nada adianta o tribunal de contas direcionar sua atuação para uma postura colaborativa, se o Poder Público não se mostrar disponível a assimilar as críticas como oportunidades de efetivo aperfeiçoamento da atividade estatal. Experiências recentes sobre o controle de políticas públicas demonstram que nem sempre isso acontece.

Veja-se o caso analisado pelo TCU, em sede de auditoria operacional, por meio do Acórdão nº 1.079/2019. Nesse procedimento, como já mencionado, a Corte de Contas identificou mais de 14 mil obras federais paralisadas e, numa postura colaborativa e pedagógica, expediu *recomendações* no sentido de que a centralização do registro e informações sobre as obras federais é fundamental para acompanhamento e controle, de maneira a evitar sua paralisação. Vale mencionar que a mesma recomendação tinha sido reiteradamente expedida desde, pelo menos, o ano de 2007⁶²¹.

115, 2017, p. 91. Diante dessas peculiaridades, esses contratos devem ser estruturados por regras dotadas de maior flexibilidade, que evitem a necessidade de infundáveis rodadas de negociações para alterações contratuais, gerando às partes custos não planejados e insegurança jurídica. Isto é, cláusulas *incompletas* e *inacabadas*, aptas a acomodar as naturais adaptações que se fazem necessárias ao longo do tempo. Sobre o tema, ver: ALBUQUERQUE, Caio. O futuro dos contratos de concessão: entre a flexibilidade e segurança jurídica. *Jota*, São Paulo, 23 de abril de 2024.

⁶²⁰ Por tudo, ver o Anexo Único da Portaria TCU nº 80/2023 – Plano de Gestão do Tribunal de Contas da União – Período de abril de 2023 a março de 2025.

⁶²¹ Acórdão nº 1.188/2007, Plenário, relator Min. Valmir Campelo, julgado em 20 de junho de 2007.

Ocorre que o Poder Executivo, no início de 2019, adotou linha inversa, ao promover medidas para a descentralização da competência de alimentar os sistemas informatizados com dados das obras paralisadas, o que piorou as condições de uniformização e de confiabilidade das informações⁶²². Conforme identificado pelo TCU⁶²³, com as mudanças, houve retrocessos para o monitoramento das obras paralisadas e mais de onze mil obras desapareceram dos bancos de dados federais. O registro centralizado de obras federais apenas começou a ser implementado com a *determinação* de um prazo improrrogável pelo TCU, por meio do Acórdão nº 468/2020⁶²⁴.

Outro caso de frustração da relação dialógica ocorreu no acordo firmado entre o TCE-MG e o Estado de Minas Gerais sobre a aplicação dos recursos mínimos obrigatórios em manutenção e desenvolvimento do ensino – MDE previstos no art. 212 da Constituição⁶²⁵.

Em 2012, após descumprimento da regra constitucional pelo Estado, a Corte de Contas adotou uma postura dialógica e firmou com o ente termo de ajuste de gestão – TAG (instrumento que será melhor estudado a seguir), por meio do qual este se comprometeu a observar o percentual mínimo de recursos em MDE a partir de 2014⁶²⁶.

Ocorre que, em anos posteriores, como em 2015⁶²⁷, em 2017⁶²⁸, em 2018⁶²⁹ e em 2019⁶³⁰, o Estado também não observou o mínimo de recursos em MDE e, assim,

⁶²² O Decreto nº 9.722/2019 extinguiu o SisPAC, que realizava, de forma centralizada, por meio do então Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MPOG, os registros sobre a execução das obras do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC.

⁶²³ Acórdão nº 1.228/2021, Plenário, relator Min. Vital do Rêgo, julgado em 26 de maio de 2021.

⁶²⁴ Acórdão nº 468/2020, Plenário, relator Min. Benjamin Zymler, julgado em 11 de março de 2020.

⁶²⁵ Conforme art. 212 da Constituição, “a União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino”.

⁶²⁶ O TAG foi homologado pelo acórdão do Plenário proferido no Processo nº 832943, sob relatoria do Conselheiro Mauri Torres, no qual foi destacado que “a proposta de Termo de Ajustamento de Gestão sob exame efetivamente representa um prudente comprometimento do Governo do Estado para o gradual cumprimento dos índices mínimos constitucionais de aplicações de recursos em ações e serviços públicos de saúde e na manutenção e desenvolvimento do ensino, à luz da legislação vigente, em destaque a Lei Complementar n. 141/2012 e a Instrução Normativa n. 13/2008 com suas alterações”.

⁶²⁷ TRIBUNAL DE CONTAS DE MINAS GERAIS – TCE-MG. *Balanço geral do Estado nº 77590. Parecer prévio. Exercício 2015*. Belo Horizonte: TCE-MG, 2016.

⁶²⁸ TRIBUNAL DE CONTAS DE MINAS GERAIS – TCE-MG. *Balanço geral do Estado nº 1040601. Parecer prévio. Exercício 2017*. Belo Horizonte: TCE-MG, 2018.

⁶²⁹ TRIBUNAL DE CONTAS DE MINAS GERAIS – TCE-MG. *Balanço geral do Estado nº 1066559. Parecer prévio. Exercício 2018*. Belo Horizonte: TCE-MG, 2020.

⁶³⁰ TRIBUNAL DE CONTAS DE MINAS GERAIS – TCE-MG. *Balanço geral do Estado nº 1088786. Parecer prévio. Exercício 2019*. Belo Horizonte: TCE-MG, 2021.

descumpriu não só seu dever constitucional como a obrigação acordada com a Corte de Contas mineira.

O consensualismo, nesse caso, embora tenha contribuído para, de um lado, afastar a responsabilização dos gestores – todas as contas dos mencionados exercícios foram objeto parecer prévio favorável do TCE-MG –, de outro, não promoveu a retomada do financiamento mínimo da educação. A abertura dialógica do controlador não foi suficiente para afastar o inconstitucional cenário de subfinanciamento dos serviços públicos educacionais.

Por isso, não se pode conceber o consensualismo como uma bala de prata no âmbito do controle externo da Administração. Detém caráter complementar; não substitutivo das ações de fiscalização. Em determinados casos, mostra-se insuficiente e ineficaz e, nessas situações, medidas cogentes e punitivas podem se apresentar como inevitáveis para atrair a Administração para uma rota de implementação das prioridades constitucionais.

Assim, a consensualidade na atuação dos tribunais de contas deve ser vista como uma alternativa para o alcance de resultados com eficiência. Não pode ser confundida com complacência. Controle dialógico e consensual é diferente de controle inócuo e inefetivo.

Compreendidas tais ressalvas, passa-se a abordar, a seguir, dois importantes instrumentos dos quais o TCU pode lançar mão para a construção de soluções dialógicas, com vistas a criar caminhos para que o Estado entregue bons resultados à sociedade, especialmente em litígios complexos sobre matérias atinentes à infraestrutura. Trata-se dos termos de ajuste de gestão – TAGs e do procedimento de solução consensual de conflitos – SSCs.

3.6.3 Termo de ajuste de gestão – TAG: alternativa para a correção de rotas em políticas em infraestrutura

Dentro do contexto do consensualismo perante os tribunais de contas, possuem papel de destaque os chamados *termos de ajuste de gestão* – TAGs. São acordos, negócios jurídicos bilaterais ou multilaterais, firmados entre o controlador e os controlados para o aperfeiçoamento da gestão pública, com foco na obtenção de

melhores resultados. Em outras palavras, trata-se de “instrumento legal que tem a pretensão de possibilitar a atuação efetiva do controle externo no campo da prevenção, de forma ordenada e com contornos claros, para evitar a má gestão”⁶³¹.

A celebração de TAGs é procedimento baseado em três princípios principais: i) *priorização da consensualidade*, de modo que, sempre que possível, os conflitos no âmbito da Administração sejam solucionados mediante soluções consensuais; ii) *voluntariedade*, no sentido de que pressupõe que as partes envolvidas tenham agido de forma livre, voluntária e autônoma, e; iii) *boa-fé*, de forma que o TAG não se aplica para casos em que se identificam condutas fraudulentas ou desonestas⁶³².

Quanto à fundamentação legal, em nossa visão, até 2018, a celebração de TAGs pelo sistema de tribunais de contas já seria possível diante do conjunto de normas então vigentes de estímulo ao consensualismo e ao diálogo institucional, em especial:

i) a Lei nº 13.140/2015, que versa sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública;

ii) o Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), aplicado subsidiariamente aos processos no TCU⁶³³, que incentiva mecanismos de mediação e conciliação (art. 3º, §§ 2º e 3º, e art. 174);

iii) o art. 71, IX, da Carta de 1988, que atribui ao TCU a competência de fixar prazo para a Administração sanar irregularidades, e, ainda;

iv) o art. 59, §1º, V, da LRF, que permite aos tribunais de contas a expedição de alertas caso identificadas circunstâncias que causem riscos aos resultados dos programas governamentais ou que representem indícios de irregularidades⁶³⁴.

⁶³¹ ARAÚJO, Cláudia Costa; ALVES, Marília Souza Diniz. Termo de Ajustamento de Gestão: resgate do pensamento tópico pelo Direito Administrativo pós-moderno. *Revista TCEMG*, Belo Horizonte, v. 84, n. 3, p. 81-92, jul./set. 2012, p. 82.

⁶³² ARAÚJO, Cláudia Costa; ALVES, Marília Souza Diniz. Termo de Ajustamento de Gestão: resgate do pensamento tópico pelo Direito Administrativo pós-moderno. *Revista TCEMG*, Belo Horizonte, v. 84, n. 3, p. 81-92, jul./set. 2012, p. 87.

⁶³³ Conforme art. 298 do Regimento Interno do TCU, “aplicam-se subsidiariamente no Tribunal as disposições das normas processuais em vigor, no que couber e desde que compatíveis com a Lei Orgânica”.

⁶³⁴ Na mesma linha, ver: FERRAZ, Luciano. Termo de ajustamento de gestão e o alerta previsto no art. 59, § 1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal: dez anos depois. *Revista Técnica dos Tribunais de Contas*, Belo Horizonte, ano 1, p. 205-214, set. 2010; ARAÚJO, Cláudia Costa; ALVES, Marília Souza Diniz. Termo de Ajustamento de Gestão: resgate do pensamento tópico pelo Direito Administrativo pós-moderno. *Revista TCEMG*, Belo Horizonte, v. 84, n. 3, p. 81-92, jul./set. 2012, p. 84, e; CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da. Termo de ajustamento de gestão, um instrumento essencial em processos de controle externo não adversariais. In: LIMA, Luiz Henrique;

Já em 2014, uma das diretrizes da Associação dos Membros dos tribunais de contas do Brasil – ATRICON⁶³⁵ para o exercício do controle externo era a “regulamentação dos termos de ajustamento de gestão” no âmbito de cada tribunal de contas do país, o que pressupunha já existir fundamento legal apto a ser regulamentado por ato infralegal.

Ocorre que, em 2018, uma das principais novidades da Lei nº 13.655/2018 foi a inclusão do art. 26 da LINDB, que expressamente permite que, quando presentes razões de relevante interesse geral, seja celebrado compromisso entre a Administração Pública e os interessados, para eliminar irregularidade, *incerteza jurídica* ou *situação contenciosa* na aplicação do Direito Público⁶³⁶.

De acordo com o §1º do mesmo art. 26 da LINDB, o compromisso a ser firmado deve ter como objetivo alcançar solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais. Ademais, o acordo não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral. Por fim, deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

Concorda-se com autores como Ferraz⁶³⁷, Guerra e Palma⁶³⁸, que defendem que o art. 26 da LINDB, atualmente, apresenta-se como permissivo amplo e geral à celebração de acordos pela Administração Pública para sanar e evitar irregularidades e incertezas jurídicas. É o fundamento geral de validade da consensualidade administrativa, aplicável a todos os órgãos públicos, em qualquer assunto de Direito

SARQUIS, Alexandre Manir Figueiredo (coords.). *Processos de controle externo: estudos de ministros e conselheiros substitutos dos tribunais de contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 240-241.

⁶³⁵ ASSOCIAÇÃO DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL – ATRICON. *Anexo Único da Resolução ATRICON 02/2014. Diretrizes de Controle Externo ATRICON 3202/2014. Controle externo concomitante: instrumento de efetividade dos tribunais de contas do Brasil*. Fortaleza: ATRICON, 2014.

⁶³⁶ Segundo o art. 26 da LINDB, “para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial”.

⁶³⁷ FERRAZ, Luciano. LINDB consagra controle consensual da administração pública. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 7 de junho de 2018.

⁶³⁸ GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB – Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 136-169, nov. 2018, p. 146-148.

Público. Pode ser utilizado tanto para fins de controle interno⁶³⁹ como externo, especialmente perante os tribunais de contas.

Como explicam Valiati e Ferreira⁶⁴⁰, a inovação da alteração na LINDB é justamente superar de vez a ideia de um Poder Público autoritário, não igualitário, fechado ao diálogo, na defesa cega de um conceito abstrato de indisponibilidade do interesse público. Com isso, na contramão dessa mentalidade ultrapassada, a LINDB passa a prestigiar uma relação baseada no consenso entre a Administração e os administrados, demandando que as relações públicas sejam pautadas na boa-fé, na confiança e na segurança jurídica.

Ainda quanto ao embasamento legal, ao contrário do que aponta parte dos autores⁶⁴¹, adota-se o posicionamento de que a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985), que prevê os termos de ajustamento de condutas – TACs em seu art. 5º, §6º⁶⁴², não pode ser invocada diretamente como fundamento legal para os termos de ajuste de gestão – TAGs. Os institutos, embora semelhantes, não se confundem.

De um lado, os TACs são destinados fundamentalmente a sanar ilegalidades. São celebrados apenas pelos sujeitos expressamente previstos na lei (Ministério Público, Defensoria, entes políticos, autarquia, empresa pública, fundações, sociedade de economia mista e associação que observe as condicionantes previstas legalmente).

⁶³⁹ O art. 11 do Decreto nº 9.830/2019 dispõe expressamente sobre o TAG a ser firmado pelos agentes públicos e os órgãos de controle interno Administração Federal:

“Art. 11. Poderá ser celebrado termo de ajustamento de gestão entre os agentes públicos e os órgãos de controle interno da administração pública com a finalidade de corrigir falhas apontadas em ações de controle, aprimorar procedimentos, assegurar a continuidade da execução do objeto, sempre que possível, e garantir o atendimento do interesse geral.

§ 1º A decisão de celebrar o termo de ajustamento de gestão será motivada na forma do disposto no art. 2º.

§ 2º Não será celebrado termo de ajustamento de gestão na hipótese de ocorrência de dano ao erário praticado por agentes públicos que agirem com dolo ou erro grosseiro.

§ 3º A assinatura de termo de ajustamento de gestão será comunicada ao órgão central do sistema de controle interno”.

⁶⁴⁰ VALIATI, Thiago Priess; FERREIRA, Pedro Henrique. LINDB, consensualidade e seus impactos na aplicação da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021). In: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael (coords.). Nova LINDB: proteção da confiança, consensualidade, participação democrática e precedentes administrativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 94.

⁶⁴¹ ARAÚJO, Cláudia Costa; ALVES, Marília Souza Diniz. Termo de Ajustamento de Gestão: resgate do pensamento tópico pelo Direito Administrativo pós-moderno. *Revista TCEMG*, Belo Horizonte, v. 84, n. 3, p. 81-92, jul./set. 2012, p. 84.

⁶⁴² Segundo o art. 5º, §6º, da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985), “os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial” (parágrafo incluído pela Lei nº 8.078/1990).

Ademais, os TACs devem versar sobre as mesmas matérias que poderiam ser objeto de ACPs, isto é, violação de direitos difusos, coletivos e outros bens jurídicos previstos na Lei da ACP. É o caso, por exemplo, de TAC firmado por um órgão de proteção ambiental, como o IBAMA, com uma empresa com o compromisso de execução de medidas compensatórias diante da identificação de condutas que resultaram em degradação ambiental.

No entanto, os TAGs detêm objeto mais abrangente: destinam-se também a afastar incertezas jurídicas e corrigir falhas que comprometam o resultado da gestão pública, ainda que não se identifique propriamente alguma ilegalidade. Assim, os TAGs são alternativas não só para superar irregularidades, mas para conferir segurança jurídica e possibilitar melhores resultados na gestão pública. Além disso, podem ser formalizados por qualquer órgão ou entidade estatal (inclusive, os tribunais de contas).

Os TAGs podem acarretar acordos de duas espécies: os *integrativos* e os *substitutivos*. O *acordo integrativo* é aquele que tem por função adequar a futura conduta da Administração às peculiaridades da situação concreta, com vistas a afastar incertezas jurídicas e prevenir conflitos. Nessa vertente, o TAG tem o potencial de incidir, principalmente, no controle prévio ou concomitante que recai sobre os atos ou atividades da Administração.

Em matéria de infraestrutura, seria o caso, por exemplo, de acordo firmado entre o TCU e o Poder Executivo para afastar incertezas jurídicas na contratação de uma grande obra ou uma concessão de determinada rodovia. Por meio de um processo transparente, baseado na lealdade, boa-fé e segurança jurídica, o controlador e o controlado podem chegar a consensos a respeito das características da contratação, em mútua colaboração, e, ao final, firmar acordo integrativo na forma de TAG, com base no art. 26 da LINDB.

Esses acordos integrativos via TAG podem ser úteis para trazer segurança jurídica em relação à atuação do próprio controle externo sobre a questão controversa envolvendo contratações públicas. Isso se demonstra na medida em que: i) não há previsibilidade sobre o tempo de tomada de decisão pelo tribunal de contas; ii) há possibilidade de que o conteúdo da decisão resolva a questão controversa em sentido contrário à solução adotada pela Administração, demandando o refazimento de

procedimentos administrativos; iii) a incerteza jurídica existente pode prejudicar a atratividade do respectivo processo licitatório e, conseqüentemente, restringir a competitividade da contratação⁶⁴³.

Assim, a Administração tem a possibilidade de antecipar, junto com o tribunal de contas, soluções negociadas para dirimir incertezas jurídicas, de modo a criar um ambiente de maior previsibilidade e segurança jurídica para grandes projetos. Nesse caso, firmado o acordo integrativo, o Poder Executivo se obriga a executar o procedimento de contratação em conformidade com a solução negociada, e, de outro, o Tribunal se compromete a permitir a continuidade do procedimento dentro dos limites do que fora acordado. Por óbvio, diante da superveniência de fatos relevantes no caso concreto, é possível que o acordo seja renegociado; caso identificada ilegalidade ou má-fé na sua celebração, caberá sua anulação.

Por outro lado, os TAGs também podem formar *acordos substitutivos*, a serem adotados para substituir decisões já tomadas no caso concreto. Como explica Palma⁶⁴⁴, “caracterizam-se pelo efeito terminativo do processo administrativo no qual são celebrados. Quando firmados, estes acordos substituem a decisão unilateral e imperativa da Administração Pública ou findam o processo instaurado para conformação do provimento administrativo”. Seria o caso de se substituir uma sanção por uma obrigação de fazer com o objetivo de gerar maiores benefícios sociais.

No âmbito da infraestrutura, esse tipo de acordo tem sido utilizado entre as agências reguladoras e os agentes econômicos regulados: sanções pecuniárias são substituídas por investimentos nos serviços públicos, como telefonia, energia elétrica e gestão de rodovias. É o caso do acordo substitutivo firmado entre a ANATEL e a operadora TIM, que converteu mais de R\$ 600 milhões de multas em investimentos setoriais para melhorias na qualidade da rede, nos canais digitais para atendimento aos usuários e na implantação da tecnologia 4G ou superior em 369 municípios que, até então, possuíam apenas banda larga móvel em tecnologia 2G ou 3G⁶⁴⁵.

⁶⁴³ GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB – Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 136-169, nov. 2018, p. 153.

⁶⁴⁴ PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 252.

⁶⁴⁵ O acordo foi avaliado e chancelado pelo TCU por meio do Acórdão nº 548/2020, Plenário, sob relatoria do Ministro Bruno Dantas.

No prisma dos tribunais de contas, os acordos substitutivos por meio de TAGs se aplicam, sobretudo, no controle posterior. Podem substituir sanções a agentes públicos ou particulares – principalmente, nas auditorias de conformidade. Por exemplo, identificado o sobrepreço em determinada obra, é possível, desde que justificada em razões de interesse público, a substituição de eventual sanção por uma obrigação de fazer, consistente em novos investimentos naquele ou em outro empreendimento, sem novos custos à Administração. O fundamental é se demonstrar que, na ponderação dos interesses envolvidos, o acordo substitutivo via TAG resulta na otimização do benefício geral, de forma a gerar impactos positivos superiores à eventual penalidade sobre os agentes responsáveis⁶⁴⁶.

Apesar dessas diversas possibilidades, o termo de ajuste de gestão tem sido pouco explorado pelo TCU. A começar pelo seu regramento: não há, até o momento, regulamentação na sua Lei Orgânica, no seu regimento interno ou em outros atos normativos da própria Corte a respeito das regras sobre celebração e execução de TAGs. Em verdade, sequer há previsão regulamentar expressa sobre a possibilidade de utilização desse instrumento perante o TCU.

Há, no entanto, pontuais decisões que admitiram a formalização de TAG em processos em trâmite naquele Tribunal. Uma delas versa justamente sobre a infraestrutura: a atuação do TCU para a adequada destinação do legado de complexos esportivos construídos para os Jogos Olímpicos de 2016, na cidade do Rio de Janeiro.

Nesse caso, desde 2013, por meio de diferentes decisões⁶⁴⁷, o Tribunal alertava a Administração Federal sobre a necessidade de elaboração de um plano para a utilização dos grandes equipamentos esportivos das Olimpíadas do Rio. No entanto, segundo a Corte, o Poder Executivo federal não atendeu às referidas decisões nem apresentou justificativas para esse descumprimento. Passado o evento internacional, o TCU voltou a analisar a destinação conferida aos equipamentos públicos construídos com recursos federais, notadamente os complexos esportivos da

⁶⁴⁶ GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB – Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 136-169, nov. 2018, p. 145.

⁶⁴⁷ Acórdãos nº 2.596/2013, nº 2.758/2014, nº 706/2015, nº 1.856/2015, nº 3.315/2015 e nº 1.527/2016, todos do Plenário.

Barra da Tijuca e de Deodoro. Conforme o Acórdão nº 494/2017⁶⁴⁸, a Corte de Contas identificou riscos de desuso e de sucateamento, bem como a ausência do plano para o aproveitamento dessas estruturas.

Diante disso, na mesma decisão, determinou que as entidades públicas envolvidas realizassem audiência pública, para subsidiar a celebração de um possível termo de ajuste de gestão – TAG, na busca de uma solução efetiva para o futuro dos mencionados complexos esportivos. O comando para a tentativa de negociação se destinou a diversos órgãos e instituições, de diferentes esferas da federação⁶⁴⁹.

Ocorre que não foi possível avançar nas tratativas, porque, segundo a Corte⁶⁵⁰, houve ausência de colaboração de algumas das partes. Diante disso, as consequências do caso perante o TCU têm se limitado à fixação de penalidades aos agentes públicos responsáveis⁶⁵¹. Houve judicialização da controvérsia central, entre a União e o Município do Rio de Janeiro, para se definir as respectivas responsabilidades para a adequação das estruturas esportivas⁶⁵².

No entanto, o que se percebe é que o próprio comando genérico da decisão do TCU, para que as partes envolvidas realizassem uma audiência pública para subsidiar um futuro termo de ajuste de gestão, pode ter inviabilizado os resultados pretendidos. A Corte apenas sinalizou, sem critérios e parâmetros claros, a possível celebração de um TAG, orientando que órgãos federais e municipais – já em constantes controvérsias entre si sobre o tema – construíssem alternativas para a resolução da questão. Nesse caso, o TCU não tomou para si a condução da mediação dos interesses envolvidos nem apontou diretrizes concretas para a resolução consensual.

Ocorre que não basta o TCU apontar às partes a necessidade de diálogo, sem contribuir efetivamente para a identificação de soluções, sob pena de tornar ineficaz o consensualismo perante os processos daquela Corte, como ocorreu no caso mencionado. O TCU não pode ser mero coadjuvante nas tentativas de celebração de

⁶⁴⁸ Acórdão nº 494/2017, Plenário, relator Min. Augusto Nardes, julgado em 22 de março de 2017.

⁶⁴⁹ Os Ministérios da Casa Civil, da Fazenda, do Planejamento, do Esporte, da Defesa e da Educação; a Comissão do Esporte da Câmara dos Deputados; a Comissão de Educação, Cultura e Esporte do Senado Federal; os Comitês Olímpico e Paralímpico do Brasil; o Município do Rio de Janeiro; o Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro, e; o Ministério Público junto ao TCU.

⁶⁵⁰ Acórdão nº 393/2018, Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes, julgado em 28 de fevereiro de 2018.

⁶⁵¹ Vide o Acórdão de Relação nº 2.245/2022, Plenário, relator Min. Augusto Nardes, julgado em 11 de outubro de 2022.

⁶⁵² COELHO, Gabriela. União pede condenação do Rio por problemas nas obras das Olimpíadas. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 20 de abril de 2019.

TAGs. Como esclarece Ferraz⁶⁵³, por meio desse mecanismo, o controle externo “contrata” com os admiradores obrigações e metas para o aperfeiçoamento da gestão pública. Em suas palavras “este ‘contrato’, por assim dizer, assumiria contornos de verdadeiro ‘contrato de gestão’ e o Tribunal de Contas desempenharia o papel de árbitro entre a sociedade e os agentes encarregados de lidar com a *res publica*”.

De todo modo, o baixo número de experiências de termos de ajuste de gestão impossibilita um exame sobre a efetividade ou não desse instrumento no âmbito dos processos perante o TCU, principalmente para a solução de problemas na área de infraestrutura. É preciso que o Tribunal, assumindo a mediação dos interesses envolvidos, conceda novas oportunidades para que o TAG seja utilizado na tentativa de se construir alternativas consensuais que sejam mais consentâneas com o interesse público do que a mera punição dos responsáveis por eventuais irregularidades ou por ineficiência na gestão pública.

Por outro lado, em diversos tribunais de contas estaduais e municipais, já há previsão e regulamentação expressa do instituto⁶⁵⁴. No TCE/PE, por exemplo, desde 2012, há previsão na sua Lei Orgânica de que “através do Conselheiro Relator, a qualquer momento, poderá propor ao representante do jurisdicionado Termo de Ajuste de Gestão, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, de ambas as partes, entender que atende aos interesses protegidos por lei”⁶⁵⁵. Regulamentando o dispositivo legal, a Resolução TCE/PE nº 201/2023 conceitua o termo de ajustamento de gestão como “o instrumento de controle consensual que objetiva assinalar prazo para o saneamento de falhas identificadas em atos e procedimentos de gestão de órgãos ou entidades jurisdicionadas do TCE-PE” (art. 2º, *caput*). Ainda prevê que a formalização do TAG “não prejudica o devido processo legal de instrução e julgamento das contas de gestão ou de outros atos e fatos não abrangidos na solução consensual nem a definição de responsabilidades remanescentes” (art. 2º, §1º).

⁶⁵³ Por tudo, ver: FERRAZ, Luciano. *Controle e consensualidade: fundamentos para o controle consensual da Administração Pública (TAG, TAC, SUSPAD, acordos de leniência, acordos substitutivos e instrumentos afins)*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 227.

⁶⁵⁴ Pode-se citar diversos exemplos, como o TCE-AC, nos termos da Lei Estadual Complementar nº 259/2013; o TCE-AL, conforme a Lei Estadual nº 8.790/2022 e Resolução Normativa nº 3/2022; o TCM-SP, de acordo com a Resolução nº 02/2023; o TCE-RJ, conforme Deliberação TCE-RJ 329/2021, e; TCE-ES, nos termos da Instrução Normativa nº 82/2022.

⁶⁵⁵ Art. 48-A da Lei Estadual nº 12.600/2004, incluído pela Lei Estadual nº 14.725/2012.

O normativo do TCE-PE também traz o detalhamento sobre o procedimento para formalização e homologação dos TAGs. Estipula, como conteúdo obrigatório do termo, a identificação precisa: do gestor responsável e do respectivo Poder, órgão ou entidade envolvidos; das obrigações do jurisdicionado, de maneira clara e objetiva; dos respectivos prazos de atendimento, e; das sanções a serem aplicadas em caso de inadimplemento, total ou parcial das obrigações. Ademais, estabelece hipóteses que não admitem o acordo, como no caso de indício de atos de improbidade administrativa.

Em comparação com o TCU, além de maior regulamentação, nos tribunais de contas estaduais e municipais se verifica uma utilização muito mais recorrente dos TAGs como mecanismo de solução alternativa de conflitos. Apenas para ilustrar, o mencionado TCE-PE realizou quarenta e três termos de ajuste de gestão tão somente nos dois primeiros anos após implementar o referido instituto (de 2012 a 2014)⁶⁵⁶.

Por sua vez, o TCE-ES, em 2023, firmou TAGs com mais de cinquenta municípios, que se comprometeram a elaborar planos de ações e de reordenamento escolar – em assimilação de prática adotada na exitosa política educacional do Município de Sobral, no Ceará. Os planos deveriam ter como objetivos, entre outros: i) a eliminação da concorrência entre as redes de ensino municipal e estadual; ii) a definição de critérios mínimos exigidos para a escolha do gestor escolar, e; iii) a criação de câmaras regionais de compensação para disponibilização de servidores entre as redes de educação básica⁶⁵⁷.

Experiências como essas podem servir de inspiração para que TCU finalmente se disponha a utilizar os TAGs em seus procedimentos. Para tanto, embora não seja necessária aprovação de legislação específica, diante da atual previsão do art. 26 da LINDB, mostra-se relevante, para garantir uma maior segurança jurídica e estimular a cultura do consensualismo no âmbito do controle externo federal, que a Corte de Contas federal edite regulamentação específica, com a previsão de regras claras sobre formalização, trâmite, homologação e formas de execução dos TAGs.

⁶⁵⁶ TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE PERNAMBUCO – TCE-PE. Compromissos com o TCE são formalizados por Termos de Ajuste de Gestão. *Portal TCE-PE*, Recife, 10 de março de 2014.

⁶⁵⁷ DEVENS, Natalia. Com contribuições dos municípios e Estado, TCE-ES aprova novo texto TAG para as redes de educação capixaba. *Portal TCE-ES*, Vitória, 15 de março de 2023.

3.6.4 Solicitação de Solução Consensual – SSC: novo paradigma do consensualismo perante o TCU

Em dezembro de 2022, o TCU criou mecanismo que representa uma mudança de paradigma na sua atuação consensual para a resolução de conflitos, com especial relevância para controvérsias sobre projetos em infraestrutura. Trata-se da Instrução Normativa (IN) nº 91/2022, que criou o procedimento denominado de *solicitação de solução consensual – SSC*. A seguir, faz-se uma análise crítica sobre aspectos relevantes relacionados a esse procedimento, que tem se mostrado cada vez mais importante em projetos de infraestrutura da União, com a apresentação de algumas propostas para seu aperfeiçoamento.

3.6.4.1 Constatações após pedido de informações para análise do processo que originou a IN nº 91/2022

De início, registre-se que este pesquisador formulou ao TCU pedido de acesso à informação, nos termos da Lei nº 12.527/2011, com solicitação de acesso integral ao processo que originou a IN nº 91/2022, com vistas a compreender suas origens, justificativas e processo de elaboração. Após deferir o pedido, o TCU disponibilizou, em 1 de setembro de 2023, a íntegra do procedimento (Processo TC nº 031.569/2022-6).

Da análise dos documentos, foi possível identificar, primeiro, que o ato normativo foi editado com o objetivo expresso de operacionalizar a atuação de recente unidade técnica criada para propor soluções consensuais em processos perante aquela Corte, qual seja, a Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos – SecexConsenso⁶⁵⁸.

Segundo, além do procedimento de solicitação de solução consensual – SSC, o processo consultado também se destinou a justificar a criação de regras sobre outro

⁶⁵⁸ Conforme documento constante nos autos de justificação da minuta do ato normativo, emitido pelo Secretário-Geral de Controle Externo Substituto, “a solução consensual e prevenção de conflitos foi positivada no TCU com a publicação da Resolução-TCU 347/2022 que, entre outras medidas, criou a Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso). Assim, com o intuito de instrumentalizar os trabalhos desta nova unidade é necessário a edição de alguns normativos, entre eles, uma instrução normativa (IN) para estabelecer os parâmetros e o processo de trabalho para esse novo procedimento” (Processo TC nº 031.569/2022-6).

novo tipo de processo no TCU, denominado de solicitação de apuração de dano para fins de celebração de acordo de não persecução civil – ANPC, também a ser conduzido pela SecexConsenso. Porém, até o momento, ainda não foi editado ato normativo para a regulamentação desse procedimento⁶⁵⁹.

Terceiro, não há registros nos autos das eventuais análises ou debates internos, seja entre a área técnica ou entre os Ministros. A minuta do ato normativo foi inserida nos autos desacompanhada de eventuais discussões, avaliações, justificativas técnicas ou estudos prévios que a precederam.

Quarto, também não se identifica no processo que o ato normativo foi previamente submetido a manifestações externas, seja por meio de consultas ou audiências públicas, para a coleta de contribuições de representantes da sociedade ou de entidades públicas.

Ao ser submetido à homologação Plenário, o ato normativo, que já havia sido publicado, recebeu sugestões por parte do Ministro Benjamin Zymler, para deixar expresso que o procedimento se limitava a matérias sujeitas à competência do TCU, e não a qualquer controvérsia que envolva a Administração Federal – como a redação originária da norma poderia sugerir. Acolhida a sugestão, foi editada a IN nº 92/2023, que alterou a redação do art. 1º e incluiu o inciso I ao art. 5º da IN nº 91/2022, de modo a restringir expressamente o procedimento às questões de competência do TCU.

Embora fosse desnecessária uma longa e complexa instrução processual para o tema, entende-se que um maior aprimoramento do texto normativo que ensejou a IN nº 91/2022 poderia ter sido possibilitado por meio de uma tramitação processual: a) que registrasse expressamente as opiniões e análises da equipe técnica; b) que viabilizasse uma prévia análise dos demais Ministros e, principalmente; c) que fosse aberta a sugestões da comunidade externa. Esse aprimoramento poderia, por exemplo, ter afastado os pontos que agora aparentam merecer revisão e ajustes, conforme se analisa a seguir.

⁶⁵⁹ Por meio da Resolução TCU nº 350/2022, houve a inclusão, na Resolução TCU nº 259/2014, de uma nova classificação de procedimentos na Corte, denominada de “solicitações de apuração de dano para fins de celebração de acordo de não persecução civil” (art. 59, VIII, da Resolução TCU nº 259/2014). No entanto, ainda não houve a edição das normas regulamentadoras desse procedimento. Conforme consta em documento no processo consultado, emitido pelo Secretário-Geral de Controle Externo Substituto, “o TCU está em tratativas com o Ministério Público Federal para a celebração de um acordo de celebração técnica entre os dois órgãos para definir o trâmite mais adequado para esses processos” (Processo TC nº 031.569/2022-6).

De todo modo, entende-se como uma substancial evolução do papel do TCU no exercício do controle externo. O procedimento dialógico é capaz de conferir resultados positivos ao interesse público, de forma a contribuir para destravar gargalos de grandes projetos de infraestrutura nacional.

3.6.4.2 Análise do procedimento de SSC e propostas de aperfeiçoamento

Como visto, o novo instrumento prevê a possibilidade de adoção de procedimentos para a resolução e prevenção de controvérsias relacionadas à Administração Federal em relação a matérias sujeitas à fiscalização do TCU.

Tem como objetivo principal a formação de acordo entre controlador, controlado e “terceiros” (negócio jurídico multilateral)⁶⁶⁰. Diante das características das matérias analisadas pelo TCU, compreendemos que esses “terceiros” a fazerem parte dos acordos podem ser, por exemplo, empresas contratadas pela Administração (como empreiteiras para execução de obras) ou sujeitas à regulação do Poder Público (como aquelas que atuam em mercados regulados, como o de energia, o de telefonia e o de transporte).

A instauração de procedimento de solicitação de solução consensual – SSC poderá ser requerida por relator de processo em trâmite, pelos agentes públicos com competência para formular consultas, como os Chefes dos Poderes da República⁶⁶¹ ou por dirigentes máximos das agências reguladoras. O pedido de abertura de SSC deve ser instruído com a indicação dos órgãos, entidades da Administração e eventuais particulares envolvidos, bem como com o detalhamento da controvérsia a ser solucionada, de modo a demonstrar o risco e a relevância da matéria. Também

⁶⁶⁰ A criação de procedimento específico para a negociação de soluções consensuais pelo TCU tem incentivado iniciativas similares no âmbito das demais Cortes de Contas do país. Cite-se, como exemplo, a edição pelo TCE-PE da Resolução TC nº 204/2023, de 26/06/2023, que instituiu “Mesa de Mediação e Conciliação (MMC) do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, destinada a promover o consensualismo, a autocomposição, a mediação, a eficiência, a cooperação e o pluralismo na solução de conflitos e de temas e processos complexos, estruturais ou controvertidos, relacionados à administração pública e ao controle externo, utilizando-se, inclusive, de instrumentos de mediação, conciliação, cooperação e celebração de negócios jurídicos processuais” (art. 2º).

⁶⁶¹ Segundo o art. 264 do Regimento Interno do TCU (Resolução TCU nº 155/2022), são competentes para suscitar consulta à Corte: os presidentes da República, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal; o Procurador-Geral da República; o Advogado-Geral da União; o presidente de comissão do Congresso Nacional ou de suas casas; os presidentes de tribunais superiores; os ministros de Estado ou autoridades do Poder Executivo federal de nível hierárquico equivalente, e; os comandantes das Forças Armadas.

deve estar acompanhado de pareceres técnicos e jurídicos sobre a controvérsia, com esclarecimentos sobre as dificuldades existentes para a construção da solução.

Caso seja formulada por relator de processo no TCU, a solicitação precisa conter concordância expressa do representante do órgão ou entidade da Administração relacionada à controvérsia⁶⁶². Assim, percebe-se que o procedimento consensual é sempre facultativo à Administração. Não pode ser sequer instaurado sem sua expressa anuência.

Aspecto relevante é que o *juízo de admissibilidade* da SSC é realizado de forma monocrática pela Presidência do TCU, com base em uma avaliação de conveniência e oportunidade. Essa decisão deve levar em conta critérios de competência, de materialidade e de operacionalidade.

Isso significa, primeiro, que a SSC apenas pode abranger temas afetos à competência do TCU, conforme a já mencionada alteração implementada em janeiro de 2023⁶⁶³. Segundo, deve se referir a assuntos dotados de relevância e urgência. Terceiro, deve haver capacidade operacional da Corte, isto é, a decisão de admissibilidade deve observar a quantidade de procedimentos de SSC já em trâmite e a disponibilidade de recursos humanos, físicos e tecnológicos no Tribunal para atuar em novos procedimentos dessa natureza.

Porém, entende-se que melhor seria que essa etapa de admissibilidade fosse apreciada pelo colegiado da Corte. Trata-se de um juízo discricionário, fundado na conveniência e na oportunidade. É embasado em elementos bastante abstratos, como a “relevância” e a “urgência”. Há inegavelmente elementos subjetivos na avaliação sobre a admissibilidade.

Diante dessas características e da alta capacidade de impacto desse procedimento nos projetos de infraestrutura federais, transferir tal decisão de admissibilidade para o Plenário do TCU contribuiria para fortalecer as justificativas de intervenção do controle externo em cada caso.

Acrescente-se que não é previsto qualquer recurso em face de eventual de decisão da Presidência pela inadmissibilidade da instauração da SSC – nesse caso,

⁶⁶² Art. 3º da IN nº 91/2022.

⁶⁶³ Art. 5º da IN nº 91/2021, com redação dada pela Instrução Normativa TCU nº 92, de 25 de janeiro de 2023.

o pedido será imediatamente arquivado⁶⁶⁴. Nesse ponto, caso mantida a previsão de decisão unipessoal da Presidência do TCU, caberia o aprimoramento da norma, para, ao menos, permitir às partes a possibilidade de recurso ao Plenário.

Outro ponto relevante sobre a admissibilidade é que o procedimento de solução consensual pode ser instaurado sobre tema submetido ou não a processo já em trâmite da Corte. Nesse caso, o critério que repercutirá no juízo de admissibilidade da SSC é a existência ou não de *decisão mérito* sobre a matéria: se já houver processo em trâmite no TCU sobre o tema, mas sem decisão de mérito, a instauração da SSC é possível. Nessa situação, depende-se de concordância do relator do respectivo processo (caso não tenha sido ele mesmo que tenha solicitado a SSC). Se conferir essa anuência, o relator suspenderá a apreciação das questões submetidas à SSC, podendo dar prosseguimento ao processo caso existam outros pontos a serem avaliados pelo TCU⁶⁶⁵.

No entanto, não poderá ser instaurada SSC se já houver decisão de mérito sobre o tema proferida em procedimento no TCU⁶⁶⁶. A norma impede, sem prever qualquer exceção, o controle consensual sobre questões já submetidas a uma avaliação de mérito da Corte.

No entanto, essa regra também merece ser revista. Em determinados casos, a controvérsia pode se instaurar especificamente em relação à forma de execução das decisões de mérito do TCU. Ou seja, a divergência pode se dar sobre o modo de implementação da decisão de mérito; não sobre o tema que já foi objeto da decisão propriamente dito.

Situação similar a essa ocorreu no caso do diagnóstico apresentado pelo TCU sobre as obras paralisadas, por meio do Acórdão nº 1.079/2019. A Corte, em decisão sobre mérito da questão, reiterou a necessidade de elaboração de um sistema nacional para a governança e transparência dos projetos em infraestrutura executados com recursos federais.

Como visto, o Poder Executivo, a pretexto de cumprir tal decisão, instituiu um sistema nacional, porém alterou a forma de apresentação das informações, que passou a ser descentralizada aos diversos órgãos federais executores de obras

⁶⁶⁴ Art. 5º, §2º, da IN nº 91/2022.

⁶⁶⁵ Art. 6º da IN nº 91/2022.

⁶⁶⁶ Art. 5º, §1º, da IN nº 91/2022.

públicas. Essa medida agravou a inconsistência e a incompletude dos dados apresentados pela Administração Federal, o que foi objeto de novos apontamentos pelo TCU (como ocorreu no Acórdão nº 1.228/2021).

Ademais, imagine-se que o TCU identifique nocivos impactos ambientais no âmbito de um grande investimento em infraestrutura executado por órgão federal, por meio de uma empreiteira por ele contratada. Não poderiam as partes, por exemplo, em vez de rediscutir o mérito do caso (existência ou não desses impactos), chegar a uma alternativa consensual para a revisão e adaptação do projeto com vistas à redução e à compensação dos danos ambientais? Por que inviabilizar o procedimento de solução consensual em tais circunstâncias apenas por que houve uma decisão sobre o mérito da questão?

Com a referida regra, parece-nos que a preocupação do TCU é evitar o abuso na utilização da SSC pelos sujeitos processuais, que poderiam transformar o procedimento em uma espécie de “nova instância” para a rediscussão do mérito de questões já decididas pelo Tribunal.

No entanto, essa preocupação não justificaria impedir, de forma absoluta, alternativas consensuais e dialógicas em casos em que já há decisão da Corte. A existência ou não de decisões de mérito poderia ser apenas um critério a ser levado em consideração para a admissibilidade da SSC. Caso se identifique a mera pretensão protelatória para o cumprimento de uma decisão de mérito do TCU, pode-se, por esse motivo, não admitir a SSC. Mas, outros elementos poderiam justificar o trâmite de SSC em uma questão já submetida à decisão de mérito da Corte.

Destaque-se que, no Poder Judiciário, há muito já se consolidou, até mesmo por regra expressa no Código de Processo Civil – CPC, a possibilidade de realização de acordos na fase processual de cumprimento de sentença, ou seja, em relação a decisões de mérito transitadas em julgado⁶⁶⁷.

Diante dessas razões, nesse ponto, parece-nos mais adequada a alteração da referida regra da IN nº 91/2022, a fim de possibilitar a solução consensual ainda que haja prévia decisão de mérito do TCU sobre o tema.

⁶⁶⁷ Segundo o CPC, “convindo as partes, o juiz declarará suspensa a execução durante o prazo concedido pelo exequente para que o executado cumpra voluntariamente a obrigação” e, nesse caso, “findo o prazo sem cumprimento da obrigação, o processo retomará o seu curso” (art. 922, *caput* e parágrafo único).

Avançando na análise, cada procedimento de SSC será conduzido por uma Comissão de Solução Consensual, formada, no mínimo, por um representante da SecexConsenso (secretaria técnica vinculada ao TCU), um representante dos órgãos públicos envolvidos e um representante da unidade de auditoria especializada responsável pela matéria tratada – como, por exemplo, a SeinfraUrbana, responsável pelas auditorias em matéria de infraestrutura. Também é possível a participação de representantes de particulares para colaborar a dirimir as controvérsias, bem como o convite a especialistas na matéria objeto da solução consensual⁶⁶⁸.

O prazo para a apresentação, pela Comissão de Solução Consensual, de proposta de solução consensual é de noventa dias, prorrogável por mais trinta, a critério do Presidente do TCU. Não obtida a solução consensual nesse período, o Presidente arquivará o procedimento⁶⁶⁹.

Por outro lado, encontrada solução que seja de concordância de todos os membros da Comissão de Solução Consensual, a proposta será encaminhada ao Ministério Público junto ao TCU, para manifestação opinativa, e, em seguida, será sorteado um relator entre os ministros do o TCU. No prazo de trinta dias, prorrogável por igual período, o relator designado deve submeter os termos da proposta à apreciação do Plenário, que poderá sugerir alterações, recusá-la ou aprová-la integralmente. Caso aprovada a solução, sua formalização ocorrerá por termo a ser firmado pelo Presidente do TCU. Após a celebração do acordo, seu cumprimento será acompanhado pelo TCU por meio do procedimento de monitoramento⁶⁷⁰.

Outro aspecto marcante da IN nº 91/2022 é a vedação a qualquer recurso das decisões proferidas nos autos de SSC, “tendo em vista a natureza dialógica desses processos”⁶⁷¹.

Porém, deve-se afastar um tratamento de “tudo ou nada” em relação ao procedimento consensual. Consensualidade é diferente de unanimidade. É possível que a decisão homologatória não reflita exatamente a vontade das partes no momento em que aceitaram o acordo. Ademais, a decisão pode causar impactos indiretos a

⁶⁶⁸ Art. 7º, *caput* §§ 1º e 2º, da IN nº 91/2022.

⁶⁶⁹ Art. 7º, §§ 4º e 5º, da IN nº 91/2022.

⁶⁷⁰ Arts. 8º a 12 da IN nº 91/2022. Segundo o Regimento Interno do TCU, “monitoramento é o instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para verificar o cumprimento de suas deliberações e os resultados delas advindos” (art. 243).

⁶⁷¹ Art. 15 da IN nº 91/2022.

terceiros, o que provocaria seu interesse em eventual recurso. Além disso, o Ministério Público de Contas junto ao TCU pode ter interesse em recorrer quanto à decisão homologatória de acordo que reputa que cause prejuízos ao erário ou que esteja eivado de ilegalidade. Da mesma forma, caberia também ser garantido recurso para o exercício de alguma espécie de controle social, ainda que por meio de organizações da sociedade civil, especialmente para a defesa de direitos difusos.

Além do mais, a irrecorribilidade desse tipo de decisão é incompatível com a Lei nº 9.784/1999 – aplicável subsidiariamente aos processos do TCU⁶⁷². O diploma normativo prevê que, no âmbito de processos administrativos federais, garante-se o direito de recurso: a) aos titulares de direitos e interesses que forem parte no processo; b) àqueles cujos direitos ou interesses forem indiretamente afetados pela decisão recorrida; c) às organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos, e d) aos cidadãos ou associações, quanto a direitos ou interesses difusos⁶⁷³.

Em decisão de dezembro de 2023, identifica-se um exemplo de relevantes divergências em solução consensual que evidenciam a problemática da irrecorribilidade das decisões em tais procedimentos.

Tratou-se do primeiro acordo no âmbito do TCU firmado no setor ferroviário: o caso da concessão da Ferrovia Malha Paulista (Acórdão nº 2.472/2023⁶⁷⁴). Por conectar o Centro-Oeste com o Porto de Santos, a ferrovia é um dos principais canais de transporte terrestre de escoamento da produção agrícola brasileira. O contrato de concessão foi o primeiro do país a ter a renovação antecipada, assinada em maio de 2020, nos termos da Lei nº 13.488/2017.

No entanto, em decorrência de descumprimentos de contrapartidas obrigatórias por parte da concessionária, foi previsto, no termo de acordo elaborado no âmbito do TCU, um “adicional de vantajosidade”, para fins de reequilíbrio econômico-financeiro em favor da União, no valor de R\$ 670 milhões.

⁶⁷² Conforme o art. 298 do Regimento Interno do TCU, “aplicam-se subsidiariamente no Tribunal as disposições das normas processuais em vigor, no que couber e desde que compatíveis com a Lei Orgânica”.

⁶⁷³ O mesmo entendimento possui Mariana Carnaes, para quem deveria ser admitida a possibilidade de recursos para os titulares de direitos e interesses envolvidos no processo e aqueles que fossem atingidos indiretamente pelo acordo firmado, ver: CARNAES, Mariana. A Instrução Normativa 91: a solução consensual na pauta do TCU. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 26 de março de 2023.

⁶⁷⁴ Acórdão nº 2.472/2023, Plenário, relator Min. Vital do Rêgo, julgado em 29 de novembro de 2023.

Ocorre que parte dos ministros do TCU divergiu sobre a natureza e a exatidão da quantia indicada. O Ministro Jorge Oliveira chegou a indicar voto contrário à celebração do acordo, por entender que os elementos contidos nos autos não evidenciavam que as alterações contratuais não implicariam em prejuízos ao erário, notadamente quanto à legalidade e ao cálculo do mencionado “adicional de vantajosidade”. Apesar desse posicionamento em contrário, o acordo foi homologado por decisão do TCU, que previu que o “adicional de vantajosidade” não elimina obrigações da concessionária previstas no contrato para fins de investimentos em melhoria da ferrovia.

De todo modo, a natureza e os critérios de cálculo do referido “adicional de vantajosidade”, ao serem homologados pelo TCU, podem impactar outros contratos firmados pela União com outras concessionárias.

Assim, seria possível que outras concessionárias na área ferroviária sofressem efeitos, ainda que indiretos, do acordo firmado no caso da Malha Paulista, uma vez que, em eventual negociação para alterações contratuais, a forma de cálculo de eventual “adicional de vantajosidade” naturalmente seria a mesma já ratificada pelo TCU sem sua prévia participação.

Dessa forma, entende-se que não se poderia conferir à decisão homologatória do acordo um escudo intransponível e inquestionável. É preciso admitir hipóteses e legitimados para a interposição de recursos. Portanto, mais um ponto de necessário aprimoramento para a IN nº 91/2022.

3.6.4.3 Primeiros resultados e algumas reflexões

A partir de meados do ano de 2023, o procedimento de solicitação de solução consensual apresentou seus primeiros resultados. Em junho, o TCU homologou o primeiro acordo de solução consensual de conflitos (Acórdão nº 1.130/2023⁶⁷⁵).

O caso envolveu o setor de energia elétrica, especificamente disputas sobre contratações pela ANEEL para aquisição de energia de reserva por diferentes fontes, inclusive por meio da instalação de novas usinas termelétricas. Tais contratações,

⁶⁷⁵ Acórdão nº 1.130/2023, Plenário, relator Min. Benjamin Zymler, julgado em 7 de junho de 2023.

precedidas de seleção simplificada pela Agência⁶⁷⁶, tiveram o objetivo de ampliar o abastecimento de energia diante da crise hídrica ocorrida entre os anos de 2020 e 2021, na qual se constataram os piores níveis de água em mais de noventa anos, de modo a reduzir sensivelmente a energia gerada por hidrelétricas.

Ocorre que, em 2022, houve uma substancial reversão do cenário hídrico, com a recuperação da capacidade de fornecimento de energia nos reservatórios hidrelétricos. Com isso, as contratações de energia de reserva não mais se justificariam na forma do inicialmente planejado em 2021. Caso mantidas, representariam uma significativa e desnecessária elevação de custos aos consumidores.

Então, em dezembro de 2022, o TCU⁶⁷⁷, diante dessa melhoria do cenário hidrológico e do poder-dever de autotutela da Administração, determinou ao Ministério de Minas e Energia a avaliação individualizada dos contratos decorrentes da seleção simplificada, comparando-se as vantagens e desvantagens quanto às possibilidades de manutenção dos contratos, rescisão ou solução negociada.

Em seguida, adotando uma postura mais conservadora, a ANEEL, então, instaurou procedimento administrativo para promover rescisões contratuais e, nos casos em que identificados indícios de descumprimentos contratuais pela empresa contratada, apuração de eventuais responsabilidades.

No entanto, uma das empresas contratadas, a Karpowership Brasil Energia Ltda (KPS), para evitar prejuízos e possíveis responsabilizações, ingressou com demanda judicial. Obteve liminar que suspendeu o procedimento administrativo instaurado pela ANEEL e que determinou o pagamento mensal das receitas contratualmente devidas à KPS⁶⁷⁸.

Foi nesse contexto que, em março de 2023, por solicitação do Ministro de Minas e Energia, foi instaurado procedimento de solução consensual junto ao TCU, com vistas a se construir alternativa para compatibilizar a execução das cláusulas do

⁶⁷⁶ Procedimento Competitivo Simplificado para Contratação de Reserva de Capacidade – PCS nº 1/2021, elaborado de acordo com as diretrizes da Portaria Normativa nº 24/GM/MM, de 17 de setembro de 2021, editada pelo Ministro de Estado de Minas e Energia.

⁶⁷⁷ Acórdão nº 2.699/2022, Plenário, relator Min. Benjamin Zymler, julgado em 7 de dezembro de 2022.

⁶⁷⁸ Conforme decisão proferida no Mandado de Segurança nº 1013469-13.2023.4.01.3400, que tramitou perante a 4ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal.

contrato com o interesse público, especialmente para a redução do impacto da contratação no preço das tarifas.

Entre as medidas pactuadas nas negociações, houve o afastamento da obrigação de geração de energia de forma inflexível. Assim, ao contrário do previsto inicialmente no contrato, passou-se a admitir a redução gradual da geração de energia pelo particular, de forma a diminuir sua remuneração e, com isso, os impactos nas tarifas aos consumidores. Conforme estimativa do TCU, o acordo gerou uma economia de mais de R\$ 579 milhões aos consumidores⁶⁷⁹.

Um dos elementos centrais que estimulam a realização de acordos perante órgãos de controle é a segurança jurídica aos partícipes em relação ao afastamento de eventuais responsabilizações pelos termos do acordo.

Por isso, desde esse primeiro acordo firmado com fundamento na IN nº 91/2022, o TCU faz constar expressamente cláusula que estabelece que “os agentes envolvidos no processo de negociação do termo de autocomposição não estão sujeitos à responsabilização perante o TCU pelas decisões tomadas no processo de negociação, salvo fraude ou dolo”, bem como cláusula que dispõe que “os processos de controle externo em tramitação no TCU cujo objeto em apuração for tratado e objetivamente consensuado entre as partes serão arquivados por perda de objeto”, conforme explicitado no Acórdão nº 1.130/2023⁶⁸⁰.

No entanto, apesar da celebração do acordo, a atuação do TCU nesse caso não esteve imune a críticas. Juliana Palma⁶⁸¹ aponta que “a competência do TCU para promover o acordo não foi justificada, nem houve a comparação com alternativas (teria sido a solução administrativa mais eficiente e econômica?)”. Numa visão geral sobre a IN nº 91/2022, defende que esse procedimento de solicitação de solução consensual do TCU se trata de “nova estratégia de expansão das competências controladoras”.

Ocorre que, em nosso entendimento, a questão da competência do TCU para atuar no caso parece não ser problemática. A Corte tem competência para exercer

⁶⁷⁹ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. Aprovado acordo de solução consensual com economia de R\$ 579 milhões para os brasileiros em 2023. *Portal TCU*, Brasília, 7 de junho de 2023.

⁶⁸⁰ Acórdão nº 1.130/2023, Plenário, relator Min. Benjamin Zymler, julgado em 7 de junho de 2023.

⁶⁸¹ Por tudo, ver: PALMA, Juliana Bonacorsi de. O TCU e sua consensualidade controladora. *Jota*, São Paulo, 28 de junho de 2023.

um juízo sobre a *eficiência* e a *economicidade* da Administração (arts. 70, *caput*, 71 e 37, *caput*, da CF), o que está diretamente vinculado ao custo-benefício de contratações, inclusive em setores regulados. Assim, ainda que, na hipótese da energia contratada pela ANEEL, os custos sejam arcados pelos consumidores – e não diretamente pela Administração –, promover a eficiência e a economicidade nessa relação contratual é dever do Poder Executivo e, portanto, a matéria está submetida ao controle das cortes de contas.

Ademais, por se tratar de política pública, como se defende em capítulo a seguir, compete ao tribunal de contas atuar para seu fortalecimento, de forma a adotar medidas para sua revisão e aperfeiçoamento pela Administração sempre que as circunstâncias demonstrarem ineficazes o planejamento inicialmente desenhado. Assim, o *controle de legitimidade* das cortes de contas (arts. 70 e 71 da CF) deve ser concretizado pela avaliação da adequada formulação e execução do planejamento do Estado em matéria de políticas públicas.

Por outro lado, concorda-se com a mencionada autora no ponto em que defende que as soluções consensuais acordadas no âmbito do TCU dependem, de forma geral, de uma avaliação comparativa entre todas as alternativas possíveis. É preciso demonstrar que, entre perdas e ganhos, a solução escolhida é a mais adequada ao interesse público. Ocorre que, no caso analisado, entende-se que essa cautela foi, ao menos, parcialmente observada, embora se reconheça que há oportunidade de aperfeiçoamento.

Como visto, tratava-se de energia de reserva contratada por termoelétricas e a atuação do TCU incidiu no replanejamento do Estado diante da oferta de energia após mudança substancial na situação hídrica. Cumprindo determinação do próprio TCU em decisão anterior (Acórdão nº 2.699/2022⁶⁸²), o Poder Executivo identificou que, diante do retorno à normalidade do cenário hídrico, os custos gerados aos consumidores naquela contratação seriam excessivos e desnecessários. Assim, a Administração realizou a avaliação individualizada de cada contrato, comparando as vantagens e desvantagens das diferentes soluções possíveis para cada situação, com base em fatores como o impacto nas tarifas no curto, médio e longo prazos e a segurança energética do país.

⁶⁸² Acórdão nº 2.699/2022, Plenário, relator Min. Benjamin Zymler, julgado em 7 de dezembro de 2022.

Dessa forma, diante das alternativas possíveis, em vez de se optar por decisão mais abrupta, de rescisão contratual, houve a proposta pela própria Administração de readaptação do objeto contratual, o que ocorreu com a concordância da empresa contratada e das equipes técnicas do TCU. Some-se a isso o fato de que a energia de termoelétricas, além de mais cara, é mais poluente que outras fontes, como as de energia hidrelétrica, o que violaria o dever fundamental de proteção ecológica (art. 225 da CF).

Por isso, no caso examinado, entende-se não ser possível afirmar que, para a celebração do acordo no âmbito do TCU, não foram consideradas outras alternativas juridicamente viáveis, como a continuidade do contrato em seus termos originais (com custos excessivos aos consumidores) ou a própria rescisão contratual (com riscos de prejuízos aos investimentos já em andamento).

No entanto, ao se analisar o acórdão homologatório do acordo do TCU e o relatório da Comissão de Solução Consensual⁶⁸³ que o embasou, identifica-se que não houve uma explicitação detalhada da mencionada análise das alternativas viáveis. O relatório apresenta as propostas de soluções e aponta que foram avaliadas as opções possíveis para harmonizar, de um lado, o interesse público, concretizado pela redução dos custos tarifários e pela segurança energética, e, de outro, as cláusulas contratuais firmadas entre a Administração e a empresa contratada⁶⁸⁴. Todavia, o relatório poderia ter exposto de forma mais clara e detalhada os impactos que poderiam decorrer das demais possibilidades. Assim, as alternativas viáveis e seus impactos em relação a cada contrato firmado em decorrência da seleção pública para a contratação de reserva de capacidade foram avaliados no âmbito da própria

⁶⁸³ Em tal caso, conforme determina a IN nº 91/2022, a Comissão de Solução Consensual foi formada por representantes da empresa (KPS), do Ministério de Minas e Energia, da ANEEL e do TCU, por meio das suas unidades técnicas SecexEnergia e SecexConsenso.

⁶⁸⁴ Ao relatar o procedimento para a identificação das sugestões de solução, a Comissão apontou que “as discussões iniciais no âmbito da comissão buscaram identificar alternativas para compatibilizar a execução contratual com o interesse público relacionado, no caso concreto, à redução do impacto tarifário decorrente da contratação emergencial e à segurança jurídica dos contratos celebrados. Realizadas as reuniões em 23, 26 e 29/5/2023, em comum acordo, todos os membros da comissão entenderam de forma consensual que é possível celebrar um termo de autocomposição (ANEXO I), visando reduzir a geração inflexível das usinas entre 1/7 e 31/12/2023 e suspender as discussões administrativas e judiciais com a concentração dos esforços das partes na busca da solução consensual tratada no TC 006.253/2023-7. O termo dispõe sobre condições que permitem a redução de custos no período de sua vigência que seriam pagos pelo consumidor de energia na forma de execução atual dos contratos” (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. *Relatório da Comissão de Solução Consensual, de 5 de junho de 2023*. Processo nº 006.253/2023-7. Brasília: TCU, 2023).

Administração, embora não tenham sido explicitadas de forma satisfatória na decisão homologatória do acordo ou nos documentos que a embasaram.

Todavia, por se tratar do primeiro acordo homologado pelo TCU decorrente da IN nº 91/2022, compreende-se como natural a existência de pontos de aperfeiçoamento. E um deles é essa demonstração analítica dos impactos das diversas alternativas levadas em consideração nas negociações entre as partes. A partir dessa evidenciação, possibilita-se uma compreensão das justificativas a serem levadas em consideração para a homologação do acordo.

A título de sugestão, o TCU pode adotar, em acordos sobre litígios em mercados e serviços regulados, parâmetros semelhantes aos do instituto da análise de impacto regulatório – AIR, previsto no art. 5º da Lei nº 13.874/2019 e no art. 6º da Lei nº 13.848/2019, com regulamentação dada pelo Decreto nº 10.411/2020.

O instituto, aplicável no âmbito de atos normativos a serem editados por agências reguladoras, poderia, com as adaptações necessárias ao ambiente do consensualismo, servir de inspiração para que o TCU exija uma espécie de *avaliação de impacto para solução consensual – AISC*.

Com isso, essa avaliação, que pode ser atribuída à Comissão de Solução Consensual, já disciplinada na IN nº 91/2022 do TCU, seria etapa integrante na instrução processual e abrangeria, com as adaptações necessárias para cada caso, os elementos do art. 6º do Decreto nº 10.411/2020, tais como:

- a) definição dos objetivos a serem alcançados;
- b) descrição das alternativas possíveis ao enfrentamento do problema regulatório identificado;
- c) exposição dos possíveis impactos das alternativas identificadas, inclusive quanto aos seus custos regulatórios;
- d) mapeamento da experiência internacional quanto às medidas adotadas para a resolução do problema regulatório identificado;
- e) comparação das alternativas consideradas para a resolução do problema regulatório identificado, acompanhada de análise fundamentada que contenha a metodologia específica escolhida para o caso concreto e a alternativa ou a

combinação de alternativas sugerida, considerada mais adequada à resolução do problema regulatório e ao alcance dos objetivos pretendidos;

f) descrição da estratégia para implementação da alternativa sugerida, acompanhada das formas de monitoramento e de avaliação a serem adotadas e, quando couber, avaliação quanto à necessidade de alteração ou de revogação de normas vigentes, e;

g) considerações referentes às informações e às manifestações recebidas em eventuais processos de participação social ou de outros processos de recebimento de subsídios de interessados na matéria em análise.

De todo modo, em que pesem tais propostas de aperfeiçoamento, observa-se que, no caso analisado, o TCU demonstrou uma postura dialógica e colaborativa que contribuiu para a identificação de alternativa compatível com os diferentes interesses envolvidos. Uma solução que, preservando o contrato firmado com o particular, promoveu ajustes necessários para atender ao interesse público, que versava ao mesmo tempo sobre proteger a segurança energética, evitar custos desnecessários para consumidores e incentivar alternativas energéticas ambientalmente mais sustentáveis.

Posteriormente, no seu Boletim de Jurisprudência nº 463, o TCU divulgou nova decisão proferida também em litígio sobre contratação de energia de reserva pela ANEEL (Acórdão nº 1.797/2023⁶⁸⁵), mas, desta vez, em relação a contratos firmados com fundos de investimentos do grupo BTG Pactual para a implantação de três usinas termelétricas (Linhares Geração, Termelétrica Viana e Povoação Energia). Essa decisão, tal como a primeira analisada, homologa acordo para revisão das cláusulas contratuais sobre a energia contratada, com o objetivo de evitar impactos tarifários excessivos.

Outro aspecto relevante nesse Acórdão nº 1.797/2023 foram as reflexões explicitadas pelo TCU sobre sua atuação em procedimentos de solicitações de solução consensual regulamentados pela IN nº 91/2022. Em primeiro lugar, chama a atenção o posicionamento expresso na decisão de que o TCU não se reconhece como

⁶⁸⁵ Acórdão nº 1.797/2023, Plenário, Min. Benjamin Zymler, julgado em 30 de agosto de 2023.

parte integrante do acordo, isto é, como um dos participantes da transação, mas apenas como mero “interveniente anuente”, conforme se extrai do voto do relator⁶⁸⁶.

Porém, de acordo com a atual sistemática da IN nº 91/2022, editada pelo próprio TCU, este órgão de controle faz, sim, parte do acordo formalizado. Não só porque seus termos são expressamente assinados pelo Presidente do TCU, após deliberação e aprovação pelo Plenário, mas, principalmente, porque a Corte participa diretamente das negociações.

Conforme visto, a Comissão responsável por conduzir as negociações é formada por representantes da unidade técnica SecexConsenso do TCU, bem como da unidade de auditoria relacionada ao tema objeto do litígio – nos casos acima, a Secretaria de Controle Externo de Energia e Comunicações do TCU – SecexEnergia.

A Corte, assim, não se limita a homologar uma solução acordada pelas partes, mas participa diretamente das negociações e assume obrigações – como, por exemplo, a de arquivar outros procedimentos sobre a mesma matéria ou a de se abster de responsabilizar os agentes públicos que participaram do acordo.

Com isso, o TCU se vincula aos termos do acordo e integra a relação jurídica decorrente da solução consensual. Até mesmo porque, em determinados casos, o conflito pode se estabelecer diretamente entre uma de suas unidades técnicas e um órgão público ou um particular. O TCU, então, ao firmar a solução consensual, torna-a obrigatória para si próprio – tanto para os ministros julgadores da Corte, como para as suas diversas unidades técnicas.

Além disso, também no referido Acórdão nº 1.797/2023, o TCU reconhece que o acordo firmado deve conferir a segurança jurídica almejada com a norma do art. 24 da LINDB⁶⁸⁷. Por isso, em relação a futuras ações do controle externo, o acordo firmado tem o caráter de “orientação geral vigente à época” prevista nessa norma.

⁶⁸⁶ Essa atuação do TCU, como apontado no voto do relator, “trata-se, em verdade, de um controle concomitante excepcionalíssimo, *pari passu*, com o ato controlado, necessário para conferir a estabilidade da emanção de vontades, em direito material. A participação do TCU nesses atos, assim, seria uma posição de “interveniente anuente”, porque não participa propriamente da transação, pois a eficácia do acordo não depende exatamente da participação do Tribunal. Existe, porém, um interesse direto da Corte como controladora e, apesar de não participar da formação de vontades propriamente dita, delibera amplificando exponencialmente a segurança jurídica do negócio, catalisando o apaziguamento da relação entre as partes” (Acórdão nº 1.797/2023, Plenário, relator Min. Benjamin Zymler, julgado em 30 de agosto de 2023).

⁶⁸⁷ Segundo o art. 24 da LINDB, “a revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas”.

Isso significa, conforme explicitado no voto do relator, que o acordo, quanto à esfera controladora, “materializa, ao tempo da decisão e de acordo com as nuances do caso concreto, as orientações gerais da época, servindo de marco para eventual análise posterior de validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado”⁶⁸⁸. Com isso, evitam-se futuras responsabilizações dos agentes responsáveis pela celebração do acordo, salvo comprovada fraude ou dolo.

Diante dessas considerações, conclui-se que, embora com pontos a serem aperfeiçoados, os primeiros procedimentos de solicitação de solução consensual no âmbito do TCU apresentaram resultados positivos, de modo a revelar seu potencial de promoção de um ambiente não adversarial para dirimir conflitos em matéria de infraestrutura, inclusive no ambiente regulatório – potencial este que foi destacado em recente obra publicada pelo Ministro Bruno Dantas⁶⁸⁹.

Essa postura dialógica e cooperativa do controle representa substancial relevo para o reforço do planejamento estatal, de maneira a contribuir para a consagração de políticas públicas eficientes, inclusivas, e sustentáveis nos aspectos social, financeiro, econômico e ambiental. É o que representa o exercício do que denominamos de *controle de legitimidade*, como se expõe no capítulo a seguir.

⁶⁸⁸ Acórdão nº 1.797/2023, Plenário, Min. Benjamin Zymler, julgado em 30 de agosto de 2023.

⁶⁸⁹ DANTAS, Bruno. *Consensualismo na Administração Pública e regulação: reflexões para um Direito Administrativo do século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

4 POR UM CONTROLE DO TCU PARA FORTALECER O PLANEJAMENTO E OS IMPACTOS NA INFRAESTRUTURA

Neste capítulo, aborda-se a concepção de controle externo sob o prisma de sua função de fortalecer o planejamento estatal, especialmente na área da infraestrutura. Essa abordagem é realizada após a análise das premissas, estudadas nos capítulos anteriores, de que: (i) há um dever fundamental do Estado de adequado planejamento de políticas públicas para a consagração das prioridades constitucionais, (ii) tribunais de contas devem conduzir sua atuação para, dentro de suas competências, consagrar essas prioridades constitucionais, (iii) há importantes instrumentos de controle da infraestrutura pelo TCU, mas ainda com proeminência do microcontrole, que recai sobre situações individualizadas, sob critérios de regularidade jurídica (legalidade) e financeiros (economicidade).

Então, a seguir, examinam-se as características e os fundamentos jurídico-normativos de uma função dos tribunais de contas destinada a fortalecer o planejamento estatal, propondo-se seu enquadramento dentro de uma nova concepção de *controle de legitimidade*. Posteriormente, abordam-se algumas das repercussões para o exercício das atribuições do TCU em matéria de infraestrutura, com um foco para um controle redirecionado a fortalecer o planejamento estatal.

4.1 Nova concepção do controle de legitimidade pelos tribunais de contas

4.1.1 Conceito proposto

Como já mencionado, o trabalho adota uma concepção ampla de *controle* pelos tribunais de contas, compreendendo-o como a verificação da conformidade da atividade administrativa a determinados parâmetros pré-estabelecidos⁶⁹⁰.

⁶⁹⁰ MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 31-32.

A *legitimidade* é um desses parâmetros, conforme expressamente tanto na Carta de 1988⁶⁹¹, desde sua promulgação, como na Lei Orgânica do TCU⁶⁹², editada no ano de 1992.

Ocorre que, até o momento, ainda não há consenso sobre a definição do *controle de legitimidade* a ser exercido pelos tribunais de contas. Apresenta-se, neste trabalho, uma oportunidade de suprir tal lacuna, vinculando o controle de legitimidade a atividades de controle voltadas para fortalecer o planejamento estatal.

De um lado, há autores que vinculam o controle de legitimidade à observância de princípios constitucionais explícitos ou implícitos. É o caso de Ricardo Lobo Torres⁶⁹³, para quem “o aspecto da legitimidade, por conseguinte, engloba os princípios constitucionais orçamentários e financeiros derivados da ideia de segurança jurídica ou de justiça, que simultaneamente são princípios informativos do controle”. De forma similar, José Nagel⁶⁹⁴ defende que a legitimidade representa conformidade não apenas com as prescrições legais, mas o “atendimento aos princípios e fins da norma jurídica e, em tese, da moralidade e da finalidade pública, ou seja, a despesa pública para ser legítima precisa estar direcionada no sentido da concretização do bem comum”.

De outro, há autores que relacionam o controle de legitimidade à possibilidade de o sistema de tribunais de contas incidirem sobre a qualidade políticas públicas. Willeman⁶⁹⁵ defende que essa espécie de controle recai sobre “matérias sensíveis no campo das escolhas orçamentárias e da alocação de recursos para a implementação de políticas públicas”.

Em linha semelhante, Antônio França da Costa⁶⁹⁶ entende que o controle de legitimidade é aquele que autoriza o sistema de tribunais de contas a avaliar, de forma ampla, a discricionariedade administrativa, de modo que torna possível “a análise da economicidade do gasto, da adequação do motivo invocado à finalidade pública, da

⁶⁹¹ Art. 70, caput, e 71, IV, da CF.

⁶⁹² Art. 1º, §1º, art. 8º, art. 16, I e II, “b” e “c”, art. 43, II, art. 58, III, da Lei nº 8.443/1992.

⁶⁹³ TORRES, Ricardo Lobo. A legitimidade democrática e o tribunal de contas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 149, p. 31-45, out./dez. 1993, p. 39-40.

⁶⁹⁴ NAGEL, José. Normas gerais sobre fiscalização e julgamento a cargo do TCU. *Revista do TCU*, Brasília, v. 28, n. 74, p. 31-49, out/dez. 1997, p. 32.

⁶⁹⁵ WILLEMAN, Marianna Montebello. *Accountability democrática e o desenho institucional dos tribunais de contas no Brasil*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 302-303.

⁶⁹⁶ COSTA, Antônio França da. *Controle de legitimidade do gasto público pelos tribunais de contas no Brasil*. Belo Horizonte: Dialética, 2020, edição *ebook*.

razoabilidade das estratégias adotadas, da denominada discricionariedade técnica, da razoabilidade e da eficiência do gasto público”.

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁶⁹⁷, no paradigma da legitimidade, a ação estatal deve se pautar nos limites e nas orientações decorrentes da garantia e da maximização dos direitos fundamentais. O autor divide os deveres constitucionais do Estado em dois grandes grupos. Primeiro, têm-se os *deveres de prestação*, que trazem limites à ação do Estado, seja na execução de atividades jurídicas (defesa, justiça e polícia) ou socioeconômicas (serviços públicos, regulação, assistência social). Segundo, há os *deveres de propulsão*, que forçam o Estado a atuar para o fomento de transformações sociais – tal como o combate às desigualdades sociais. Assim, serão legítimos os exercícios das funções estatais de *prestação* e de *propulsão* se, respectivamente, observarem os *limites* e as *orientações* dos direitos fundamentais. A referência de validade de qualquer ação do Estado, portanto, é a máxima consagração dos direitos fundamentais.

O atributo da legitimidade, na visão de Jacoby⁶⁹⁸, entrelaça o elemento ético ao exercício da atividade administrativa. Com isso, a legitimidade “intersecciona as esferas do interesse público e da moralidade”, de modo que, segundo o autor, “desde a preparação do ato administrativo até a sua consumação, devem operar, em plenitude, os vetores da impessoalidade e da supremacia do interesse público”. Já a visão Meirelles⁶⁹⁹ é no sentido de tratar a legitimidade como um *plus* à legalidade, de modo que a “Administração legítima só é aquela que se reveste de legalidade e probidade administrativas”.

Por sua vez, Fernando Gonçalves⁷⁰⁰, ex-Ministro do TCU, define a legitimidade como o parâmetro de controle de despesas públicas que afere sua compatibilidade com os propósitos institucionais do órgão ou entidade. Destina-se, em suas palavras,

⁶⁹⁷ A partir disso, o autor conclui que, “sob o prisma da legitimidade serão constitucionais as ações públicas de prestação que respeitem os limites impostos pelos direitos fundamentais. Ao revés, serão inconstitucionais as ações públicas de prestação que não respeitem esses limites. Por outro lado, sob o mesmo critério, serão constitucionais as ações públicas de propulsão que se norteiem pela realização otimizada dos direitos fundamentais e, ao revés, serão inconstitucionais as ações públicas de propulsão que por eles não se orientem” (por tudo, ver: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade – finalidade – eficiência – resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 43-47).

⁶⁹⁸ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Tribunais de contas do Brasil*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 53.

⁶⁹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 83.

⁷⁰⁰ GONÇALVES, Fernando. A função do controle diante da nova realidade do Estado. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, n. 67, p. 51-71, jan./mar. 1996, p. 54.

a “averiguar se, a despeito da legalidade da despesa, ela fora ilegítima, estranha às finalidades institucionais do órgão ou entidade”.

Como se percebe, esses diferentes posicionamentos sobre o conceito de legitimidade têm, como ponto em comum, sua vinculação, em maior ou menor grau, a parâmetros de controle e princípios jurídicos próprios. Ora se equipara o conceito a outros critérios de controle exercido pelo tribunal de contas, como o da eficiência e o da economicidade (arts. 37 e 70 da CF); ora a princípios próprios norteadores da ordem jurídica, como a segurança jurídica, a moralidade, a impessoalidade e a supremacia do interesse público.

Regis Fernandes de Oliveira apresenta uma noção de legitimidade que requer uma avaliação dos *resultados* da conduta administrativa. Em suas palavras:

A legitimidade tem a ver com a eficiência na aplicação dos recursos. Difere da mera legalidade, que é conformidade vertical com a norma constitucional. A legitimidade é muito mais que isso. Diz respeito à circunstância de estar ou não o dispêndio público sendo aplicado onde ele se faz necessário. É a consagração da seriedade e da correção da eleição dos valores estampados no ordenamento jurídico. Não pode o administrador público ter qualquer conduta. Válida é apenas aquela aferida como a melhor. Dentre as opções que tem o agente político, ele não pode escolher a pior. Nem a apenas razoável, mas aquela através da qual irá atingir os interesses públicos. Daí se pode aferir a legitimidade de seu comportamento. Não é qualquer conduta, mas apenas aquela exigida pela norma⁷⁰¹.

O conceito apresentado pelo autor, apesar de também possuir forte relação com a eficiência e a observância à finalidade pública, dialoga com a ideia de se garantir o dever do adequado planejamento das políticas públicas, conforme aqui defendido. Apesar disso, ainda entendemos necessário um melhor desenvolvimento sobre critérios de aplicação da legitimidade na atuação do controle externo, sobretudo dos tribunais de contas.

Em diferente perspectiva, Gustavo Lanna Murici⁷⁰² conceitua a legitimidade como o princípio constitucional específico que impõe a “criação de procedimentos

⁷⁰¹ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 825.

⁷⁰² Ainda segundo o autor, “legitimidade se difere da legalidade, porquanto o exercício do poder com base em apenas em lei, mas sem a concretização de meios para que a população compreenda, examine e apoie esse exercício não pode ser considerado legítimo” (por tudo, ver: MURICI, Gustavo Lanna. *A legitimidade financeira no controle de incentivos fiscais*. 2024. 409 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2024, p. 77 e 384).

para justificar e motivar a atuação estatal em todas as suas esferas e Poderes”. Considera que haverá legitimidade na medida em que “a população aceita, avaliza as regras políticas, sociais, econômicas e jurídicas estabelecidas pelo Estado não somente ou porque previstas em lei, mas porque estabelecidas mediante um processo previamente estabelecido”. Compreende que o art. 70 da CF confere uma previsão expressa para a aplicação desse princípio em matéria de finanças públicas, caracterizando o que denomina de *legitimidade financeira*. Ao avaliar o tema sob o prisma dos incentivos fiscais, defende que esse princípio demanda a criação de procedimentos, com critérios objetivos, para a criação e monitoramento de incentivos fiscais.

Apesar da importância dessa concepção para combater a criação de incentivos fiscais injustos e não razoáveis, em nossa visão, não se poderia estendê-la de forma geral ao controle de políticas públicas pelos tribunais de contas. A vinculação da legitimidade ao objetivo de criar procedimentos de justificação de decisões e normas, ainda que para obter a aceitação da população, pode direcionar o controle externo a mais se preocupar com os meios do que com os fins das políticas públicas. Essa preponderância da *forma* sobre os *resultados* já tem sido verificada, notadamente, em matéria de controle da infraestrutura pelos tribunais de contas, o que já foi objeto de críticas em capítulos anteriores.

Além disso, a aceitação da maioria popular nem sempre está em harmonia com as prioridades constitucionais, cuja promoção, muitas vezes, depende de políticas públicas contramajoritárias. É o caso das políticas em infraestrutura cujos projetos privilegiam regiões mais pobres e menos habitadas quando comparadas àquelas mais ricas e com maior população.

Mencione-se o exemplo da transposição do Rio São Francisco, que possibilitou acesso à água em localidades do semiárido nordestino. O projeto atende, a um só tempo, às prioridades constitucionais de: i) combate às desigualdades regionais e à pobreza⁷⁰³; ii) planejamento da União para o enfrentamento das secas; iii) aproveitamento econômico e social dos rios nas regiões de baixa renda sujeitas a secas periódicas⁷⁰⁴, e; iv) alocação de recursos destinados à irrigação no semiárido

⁷⁰³ Art. 3º, III, da CF.

⁷⁰⁴ Art. 43, §2º, IV, da CF.

nordestino⁷⁰⁵. O projeto não poderia ser considerado *ilegítimo* apenas diante de eventual inexistência de procedimentos de aceitação da população ou de ocasional rejeição da maioria popular (principalmente, considerando que as regiões mais populosas são as mais ricas, como o Sul ou Sudeste do país)⁷⁰⁶.

Essa breve exposição dos posicionamentos de diferentes autores evidencia a insuficiência de bases conceituais claras, características e métodos específicos para a aplicação da legitimidade prevista no art. 70 da CF. Tal circunstância tem repercutido numa indefinida e imprecisa aplicação do controle de legitimidade pelos tribunais de contas, notadamente no TCU.

No Acórdão nº 2.320/2010, ao identificar a ausência de documentos comprobatórios da regularidade fiscal de determinada empresa contratada por órgão federal, o TCU⁷⁰⁷ entendeu que, “mesmo que se possa propugnar a ilegitimidade, os atos impugnados não foram contrários ao interesse público”. Assim, a Corte de Contas utilizou a ideia ilegitimidade como um parâmetro de controle destinado a aferir a aderência do ato administrativo ao atendimento do interesse público ao qual as normas legais buscam proteger.

Por outro lado, ao instaurar procedimento para acompanhar a legitimidade dos atos de gestão da Administração Federal quanto à regulação do setor de telecomunicações, o TCU⁷⁰⁸ expressou que os trabalhos da equipe de auditoria deveriam realizar análise “dos aspectos de eficácia e efetividade dos atos praticados pelos respectivos gestores, tendo por norte, respeitada a jurisdição desta Corte, a satisfação dos interesses da população brasileira”, conforme se extrai do Acórdão nº 1.637/2020. Novamente, houve uma equiparação da legitimidade com outros parâmetros de controle; desta vez, a eficácia e a efetividade.

⁷⁰⁵ Art. 42, II, do ADCT.

⁷⁰⁶ Outro exemplo pode ser citado na seara da infraestrutura urbana: a notória resistência de grande da população a medidas que incentivam a substituição de faixas de transporte individual por faixas de transporte público coletivo ou por ciclovias; ou que determinam a diminuição do limite de velocidade de tráfego em vias com altos índices de mortes no trânsito em metrópoles como São Paulo. Decisões que, embora possam ser não avalizadas e aceitas pela maioria, mostram-se efetivas para, respectivamente, melhorar mobilidade urbana da camada mais pobre da população e para diminuir a mortalidade no trânsito. A criação de procedimentos prévios, ainda que elevassem a transparência das decisões governamentais, não necessariamente afastariam as resistências de setores majoritários da sociedade.

⁷⁰⁷ Acórdão nº 2.320/2010, Primeira Câmara, relator Min. Walton Alencar Rodrigues, julgado em 11 de maio de 2010.

⁷⁰⁸ Acórdão nº 1.637/2020, Plenário, relator Min. Bruno Dantas, julgado em 24 de junho de 2020.

Também no Acórdão nº 8.006/2020, ao evidenciar falhas de governança em Superintendência do INCRA, a Corte⁷⁰⁹ caracterizou a legitimidade como “conceito distinto da pura conformidade legal, sendo portador de conteúdo próprio representado principalmente pelos atributos da eficiência, de eficácia, de razoabilidade, de moralidade e da supremacia do interesse público demandando, pois, apreciação e julgamento valorativos”, conforme voto do relator, Ministro Augusto Sherman. Como se percebe, embora mencionada a existência de “sentido próprio”, a concepção de legitimidade foi remetida a outros critérios de controle e princípios jurídicos.

Mais recentemente, de acordo com voto de relatoria do mesmo julgador, ao invocar a legitimidade como parâmetro de controle para o exame de empréstimos concedidos pelo BNDES, o Tribunal entendeu que a legitimidade seria representada por dois elementos: “o interesse empresarial do banco (em perfazer ganho financeiro, como investidor); e o interesse do agente governamental responsável pela política pública”, conforme Acórdão nº 630/2024⁷¹⁰.

Desse conjunto de decisões, verifica-se que o TCU, replicando posicionamentos semelhantes aos de autores acima mencionados, promove uma parcial ou total coincidência de tratamento da legitimidade com outros parâmetros de controle, como a legalidade, eficiência, eficácia e efetividade.

Essa constatação também foi apontada por Murici, após pesquisa sobre acórdãos do TCU entre os anos de 2022 e 2023. O autor indica que a jurisprudência do TCU direciona sua atenção a princípios como o “da legalidade e eficiência, com foco na análise da finalidade em que foi empregada a verba pública, sendo que no princípio da legitimidade financeira, quando apreciado, tal verificação ocorre de maneira não individuada e atrelada aos princípios citados anteriormente⁷¹¹.

Ocorre que, se a legitimidade fosse equiparada aos demais parâmetros de controle, como legalidade, eficiência e economicidade, não haveria razão para que a Constituição (art. 70) ou a Lei Orgânica do TCU, em diferentes dispositivos⁷¹²,

⁷⁰⁹ Acórdão nº 8.006/2020, Primeira Câmara, relator Min. Augusto Sherman, julgado em 21 de julho de 2020.

⁷¹⁰ Acórdão nº 630/2024, Plenário, relator Min. Augusto Sherman, julgado em 9 de abril de 2024.

⁷¹¹ MURICI, Gustavo Lanna. *A legitimidade financeira no controle de incentivos fiscais*. 2024. 409 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2024.

⁷¹² Art. 1º, §1º, art. 8º, art. 16, I e II, “b” e “c”, art. 43, II, e art. 58, III, da Lei nº 8.443/1992.

estabelecesse previsão específica da legitimidade como baliza própria para a atividade do controle externo.

Há que se conferir sentido e critérios, minimamente, transparentes, objetivos e previsíveis para sua aferição quando da análise das atividades do Estado, especialmente das políticas públicas. Não se pode conceber a legitimidade como uma carta branca para ser invocada em situações em que não é possível a utilização de outros parâmetros com significados mais sedimentados na doutrina e na jurisprudência, como a legalidade, a economicidade e a eficiência.

A confusão de conceitos e critérios de atuação torna a atividade de controle imprecisa e incerta, tanto para o tribunal de contas (controlador) como para o administrador público (controlado). Essa circunstância fragiliza a segurança jurídica, que reclama que as partes conheçam previamente as balizas do controle da ação estatal – até mesmo para poderem melhor pautarem suas condutas⁷¹³. Por isso, é preciso afastar, tanto quanto possível, qualquer ambiguidade no exercício do controle de legitimidade.

Assim a ideia defendida neste trabalho, quanto à função do tribunal de contas de fortalecer o planejamento estatal, mostra-se como uma oportunidade de preenchimento da lacuna na concepção do controle de legitimidade no exercício das atividades da corte de contas.

A vinculação, aqui proposta, entre a legitimidade e o adequado planejamento estatal como parâmetro de controle, favorece que as cortes de contas alcancem sua missão constitucional, como analisado, de defesa das prioridades constitucionais e de contribuição para políticas públicas modernas e que apresentem os melhores resultados.

⁷¹³ Sobre o fenômeno da insegurança jurídica que marca a atividade de controle no Brasil, Marcos Augusto Perez registra que “os órgãos de controle não raro possuem concepções diversas sobre um mesmo tema, e não somente se decidem diferentemente as mesmas causas, o que faz com que o comportamento de um administrador público considerado, por exemplo, legal em Minas Gerais seja considerado ilegal no Rio de Janeiro, ou vice-versa, como também se permite que o mesmo órgão de controle modifique suas concepções, passando a tratar como ilegal um comportamento que anteriormente considerava legal, sem qualquer preocupação com a coerência (ínsita a qualquer sistema de precedentes) ou com a segurança jurídica” (PEREZ, Marcos Augusto. O mundo que Hely não viu: governança democrática e fragmentação do Direito Administrativo. Diálogo entre a teoria sistêmica de Hely e os paradigmas atuais do Direito Administrativo. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (orgs.). *O Direito Administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles*. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 867).

Embora dialogue com parte das visões dos autores e dos precedentes do TCU acima expostos, o conceito defendido neste trabalho sobre o controle de legitimidade possui um claro ponto de diferenciação: o planejamento estatal como sua espinha dorsal. Para tanto, parte-se da premissa central, já analisada no primeiro capítulo, de que a Carta de 1988 estabeleceu um dever fundamental do Estado de realizar o adequado planejamento.

Desse modo, define-se como controle de legitimidade *aquela destinado à avaliação do cumprimento do dever fundamental do Estado de realizar o adequado planejamento, retroalimentando-o com vistas ao atendimento das prioridades constitucionais, especialmente por meio de políticas públicas eficientes, inclusivas, e sustentáveis no aspecto social, financeiro, econômico e ambiental.*

Esse conceito é construído diante de pressupostos normativos, jurisprudenciais e teóricos analisados em capítulos anteriores. Retomando aos principais deles, as características, funções e repercussões do controle de legitimidade exercido pelo TCU são analisadas nos itens a seguir, com foco na área da infraestrutura⁷¹⁴.

4.1.2 Características e funções

Na concepção acima exposta, o controle de legitimidade é baseado na ideia de uma necessária *retroalimentação constitucional* entre o planejamento e o controle externo.

Por um lado, diz-se *retroalimentação* porque o planejamento não pode ser bem desenhado sem compreender falhas, riscos e pontos de aperfeiçoamento identificados pelo controle ao longo do tempo. A gestão pública, ao definir suas estratégias e ações para o alcance dos objetivos almejados, deve percorrer caminhos que evitem equívocos do passado e que apresentem os melhores resultados.

Ao mesmo tempo, o controle deve se desprender de uma atuação mecanizada, de fiscalizar por fiscalizar, como um fim em si mesmo. Deve visualizar em suas auditorias, levantamentos, monitoramentos e decisões oportunidades para cooperar

⁷¹⁴ Apesar do foco na infraestrutura, a concepção de controle de legitimidade aqui defendida poderá ser explorada em outras áreas (saúde, educação, segurança etc.), tendo como norte o papel dos tribunais de contas de fortalecer o adequado planejamento estatal para o desenho e implementação de políticas públicas que apresentem os melhores resultados possíveis, e, conseqüentemente, para a consagração das prioridades constitucionais no Estado Democrático de Direito brasileiro.

para o alcance de diretrizes, objetivos, prioridades e metas definidas pelo planejamento, compreendendo, também, as dificuldades reais da gestão pública.

Além do mais, diz-se *constitucional*, porque nessa relação retroalimentada, controlador e controlado devem ter como guia maior a Constituição e suas prioridades, de modo que cada qual, dentro de suas competências, contribui para a transformação social e o bem-estar coletivo que caracterizam o Estado Democrático de Direito consagrado na Carta de 1988.

Essa relação de reforço mútuo baseada nas prioridades constitucionais entre os sistemas de planejamento e controle externo favorece um ambiente institucional de boas práticas, de decisões baseadas em evidências e de gestão de riscos. Com isso, viabiliza-se a implementação de estratégias e ações para o desenvolvimento da nação, promovendo a sustentabilidade em suas diversas concepções (como social, econômico, fiscal e ambiental).

Para isso, no entanto, é preciso que os resultados de um dos sistemas impactem efetivamente na condução do outro. A indiferença ou a aversão entre a gestão pública e tribunal de contas pode tornar inócua ou, pior, contraproducente a relação entre planejamento e controle externo. É preciso uma postura proativa e de valorização mútua, para que cada um deles busque no outro alternativas para aperfeiçoar suas práticas e alcançar suas finalidades. Por isso, fala-se em retroalimentação, e não apenas em intercomunicação entre esses sistemas.

Ao se falar de controle baseado no planejamento, não basta, para a caracterização da legitimidade, mera a criação pela Administração de planos e estratégias sem se identificar o comprometimento dos órgãos e entidades para seu atendimento no dia a dia das atividades administrativas. Da mesma forma, não é suficiente qualquer planejamento, elaborado de forma tão aberta, genérica e flexível que praticamente toda conduta estatal possa ser considerada harmônica com ele.

A esse respeito, Élide Graziane Pinto⁷¹⁵ registra o baixo nível de cumprimento dos instrumentos de planejamento no Brasil. Na execução da ação governamental, normalizou-se a substituição de resultados para transformações estruturantes por

⁷¹⁵ PINTO, Élide Graziane. *Ciclo das políticas públicas e legitimidade compartilhada das escolhas alocativas: um estudo em busca da vinculação à força normativa do planejamento*. In: PINTO, Élide Graziane; SARLET, Ingo Wolfgang; PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; OLIVEIRA, Odilon Cavallari de. *Política Pública e Controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 105-112.

demandas pontuais do curto prazo. A Administração que planeja é a mesma que descumpre o planejado, direcionando seu foco para resolver o incêndio do dia.

Essa fragilidade do planejamento fica ainda mais evidente na área da infraestrutura. Como esclarece Sousa⁷¹⁶, os planos nacionais, regionais e setoriais são elaborados sem o acompanhamento contínuo das ações executadas. Há a elaboração de novos planos sem levar em conta a existência de planos anteriores, gerando a descontinuidade do planejamento. Diante de novas circunstâncias, há pouca prática de revisão dos planos, de atualização de diagnósticos e de reavaliação das necessidades públicas. Há também uma multiplicidade de bases de dados na Administração para o mesmo objeto, o que prejudica o monitoramento de indicadores. Também não se costuma fazer uma interligação entre os diferentes planos: um elaborado para o transporte rodoviário, por exemplo, pode não dialogar, em muitos aspectos, com outro destinado ao transporte portuário. Tais questões geram disfuncionalidades na execução das ações estatais e frustrações dos objetivos, resultados e metas planejadas.

Assim, detalhando a concepção aqui apresentada de controle de legitimidade exercido pelos tribunais de contas, é preciso compreender sua função bivalente: incide sobre a *elaboração do planejamento* (criação de políticas, planos, estratégias etc.), de forma a se avaliar se demonstra elementos capazes de conduzir o Estado para a entrega dos resultados esperados, e, ao mesmo tempo, recai sobre a *execução da atividade estatal diante do planejamento*, de modo a se examinar se as ações da Administração executadas ou em execução estão em aderência ao que foi planejado.

Dessa maneira, quanto à *elaboração do planejamento*, retoma-se à concepção dos principais requisitos para o *adequado* planejamento tratado no início deste trabalho (item 1.3).

Resumidamente, esse planejamento deve ser desenvolvido a partir de elementos como:

i) diagnósticos dos problemas sociais que se pretende enfrentar, baseados, sempre que existentes, em dados e evidências;

⁷¹⁶ SOUSA, Diego Carvalho. *Avaliação da correlação entre o planejamento de transportes nacional e os projetos de concessão de infraestrutura: comparação entre os estudos de mercado da concessão da Autoridade Portuária de Santos e o Plano Nacional de Logística*. Brasília: Instituto Serzedello Corrêa – Escola Superior do TCU, 2023, p. 35-36.

ii) diretrizes e estratégias de ação, levando em conta, quando houver, erros e acertos de experiências anteriores, a nível nacional ou internacional, para a solução dos problemas sociais enfrentados;

iii) divisões claras de atribuições e competências entre todos os atores envolvidos; iv) previsão das fontes de financiamento;

v) objetivos prioritários, baseados nas prioridades constitucionais; vi) metas detalhadas em camadas de curto, médio e longo prazo;

vii) indicadores fidedignos, que reflitam os reais impactos da política pública para a transformação social;

viii) formas e métodos para o monitoramento contínuo das ações estatais e dos resultados alcançados;

ix) mecanismos para a revisão do planejamento, possibilitando seu aperfeiçoamento periódico para atender aos objetivos pretendidos;

x) sempre que possível, participação social, por meio de ferramentas como audiências e consultas públicas, e;

xi) instrumentos de transparência, com ampla disponibilização de dados e informações, inclusive via plataformas digitais e dos métodos de transparência previstos da Lei nº 14.129/2021 (Lei do Governo Digital), com vistas a fortalecer o controle pelas instituições competentes e pela própria sociedade.

Além do mais, o planejamento estatal, a ser retroalimentado pelo controle externo, pode se materializar por diferentes instrumentos e roupagens jurídicas.

Pode estar estabelecido em leis em matéria financeira, como aquelas de caráter orçamentário, como o PPA, ou aquelas de macrogestão fiscal, como a LRF e a LC nº 200/2023.

Também pode ser disciplinado em leis que versam sobre políticas e planos nacionais, regionais e setoriais, como o Plano Nacional de Educação (Lei nº 13.005/2014).

Além disso, também pode ser previsto em atos infralegais. Seja em decretos, como a Estratégia Federal de Desenvolvimento – EFD 2020-2031 (Decreto nº 10.531/2020), ou em documentos e relatórios aprovados por atos de Ministérios e

demais órgãos formuladores de políticas públicas, como o Planejamento Integrado de Transportes – PIT, aprovado pela Portaria nº 123/2020, do então Ministério da Infraestrutura.

Há vantagens e desvantagens nessas diferentes formas jurídicas. De um lado, a *previsão em lei* fortalece a continuidade do planejamento, principalmente diante de troca de gestões. Mas, o excesso de detalhamento em diploma legal pode dificultar sua capacidade de sofrer adaptações e correções necessárias, de modo a prejudicar sua credibilidade e efetividade com o passar dos anos.

A título de exemplo, a meta da Política Nacional sobre Mudança do Clima – PNMC (Lei nº 12.187/2009)⁷¹⁷ foi elaborada a partir de prognósticos que apresentaram grandes equívocos nas projeções de crescimento econômico e da necessidade de ampliação da matriz energética por combustível fóssil nos anos subsequentes. Esses erros no planejamento tornaram inevitável o atingimento da meta estabelecida, independentemente de qualquer esforço estatal, de modo que ela perdeu sua credibilidade e sua função de produzir resultados ao objetivo planejado de combater as mudanças climáticas⁷¹⁸. O projeto de lei para a alteração da meta se encontra em tramitação desde 2019 no Congresso Nacional⁷¹⁹.

De outro lado, a adoção de instrumentos *infralegais* causa riscos de interrupção do planejamento, o que produz potenciais impactos negativos principalmente em setores como o da infraestrutura, que dependem de investimentos contínuos de longo prazo.

Foi o que ocorreu no Plano Integrado de Longo Prazo da Infraestrutura – PILPI. Suas diretrizes haviam sido estabelecidas pelo Decreto nº 10.526/2020, que, inclusive, criou, para seu gerenciamento, o Comitê Interministerial de Planejamento da Infraestrutura – CIP-Infra⁷²⁰. No entanto, após a troca de gestão federal, o referido decreto foi integralmente revogado pelo Decreto nº 11.632/2023, destinado a

⁷¹⁷ Redução das emissões então projetadas até 2020 entre 36,1% e 38,9% (art. 12 da Lei nº 12.187/2009).

⁷¹⁸ Como estudado no item 4.7.

⁷¹⁹ Trata-se do Projeto de Lei nº 6.539/2019, aprovado no Senado Federal em 2021, e atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados. Prevê a meta de neutralização dos gases de efeito estufa no Brasil até 2050.

⁷²⁰ Comitê Interministerial de Planejamento da Infraestrutura – CIP-Infra (arts. 1º e 2º do Decreto nº 10.526/2020, integralmente revogado pelo Decreto nº 11.632/2023).

disciplinar do Programa de Aceleração de Crescimento – PAC III, de modo a extinguir o CIPI-Infra e enfraquecer a efetividade do PILPI⁷²¹.

Já quanto à *execução da atividade estatal diante do planejamento*, o controle de legitimidade exerce uma função fundamental de, ao ser identificado o desvio de rotas, redirecionar a Administração para o caminho do planejado. Isso significa examinar se a gestão pública tem executado ações para alcançar objetivos e metas por ela mesmo estabelecidas por meio dos diferentes instrumentos de planejamento, desde o PPA a planos nacionais, regionais e setoriais.

A concepção aqui exposta de controle de legitimidade é conduzida pela ideia desenvolvida no primeiro capítulo deste trabalho: a otimização da implementação de políticas públicas e da consagração de direitos fundamentais perpassa por um planejamento estatal bem estruturado para guiar as ações da gestão pública em busca de resultados. O planejamento não pode ser tratado como mero ato protocolar, como se viu em situações anteriores⁷²².

A partir disso, o controle de legitimidade exercido deve incidir sobre políticas públicas para averiguar questões como: há planejamento definido? O planejamento está embasado em escolhas baseadas em evidências? Há a estipulação de metas e prazos para o alcance dos objetivos? A execução das ações governamentais se compatibiliza com o planejamento?

Não se trata de substituir gestores públicos, incumbidos de desenhar e executar a política governamental, por órgão de controle e suas estruturas burocráticas. Defende-se aqui o planejamento como função essencialmente política, mas cuja racionalidade pode ser retroalimentada pelo tribunal de contas.

Por meio do controle de legitimidade, a gestão pública não perde espaço. Pelo contrário. Cortes de contas passam a fortalecer – e, de certa forma, a defender – as

⁷²¹ De todo modo, Araújo avalia que o PILPI, ao menos na sua primeira versão, “não reflete um planejamento integrado do setor de infraestrutura, por apenas apresentar uma lista de projetos que já estavam em andamento sem ter envolvido o debate ampliado acerca das demandas dos setores” (ARAÚJO, Andréa Naritza Silva Marquim de. *Estratégias de integração e coordenação governamental: propostas para superar os desafios inerentes à implementação do investimento público em infraestrutura no Brasil – XII Prêmio SOF – 3º Lugar*. Brasília: Secretaria de Orçamento Federal – SOF, 2023, p. 17).

⁷²² Relembre-se, como visto no item 1.4.2 deste trabalho, que, em entrevista a equipes de auditoria do TCU, técnicos do Ministério da Educação reconheceram que “indicadores do PPA eram elaborados somente para cumprir uma obrigação formal” e que “indicador ainda não é utilizado, no âmbito do Ministério, como informação para tomada de decisão” (ver: Acórdão nº 102/2009, Plenário, relator Min. Augusto Nardes, julgado em 4 de fevereiro de 2009).

políticas escolhidas e desenhadas pelos gestores públicos, preservando tais políticas, inclusive, após as naturais trocas de gestões governamentais, até que venham a ser revisadas ou, até mesmo, substituídas por outras políticas formuladas por novos gestores. Assim, a consequência dessa espécie de controle é evitar casuísmos e improvisos, com a aderência do executado ao que fora planejado. O controle serve ao reforço – e não à negação – da política.

No desempenho dessa função, os tribunais de contas devem se valer de métodos de atuação efetivos, modernos e, sempre que possível, inovadores. Dessa forma, como estudado em capítulo anterior⁷²³, no paradigma do Estado digital e diante dos instrumentos da Lei nº 14.129/2021, podem lançar mão de ferramentas de inteligência artificial e de processamento de dados para aferição de métricas e dados, bem como pautar as atividades do controle com foco em resultados e na avaliação de riscos.

O planejamento, porém, não deve conter uma rigidez absoluta, mas uma adaptabilidade racional. É dizer que as alterações do planejado são admissíveis, e até esperadas para políticas e planos de longo prazo. Mas, não podem ser banalizadas. Diante do paradigma da legitimidade, devem ser acompanhadas de justificativas explícitas e comprovadas, baseadas nas circunstâncias supervenientes ou anteriormente desconhecidas que ensejam sua reformulação.

Essas modificações e adaptações do planejamento devem ocorrer através de *motivação sustentável*, típica das decisões de alto impacto ao interesse público. Sobre o tema, nas palavras de Juarez Freitas⁷²⁴,

a motivação sustentável serve como anteparo contra a erupção de patológicos desvios arbitrários, sem inibir aquelas inovações saudáveis. Acresce que, para afastar os erros grosseiros, o gestor público deve saber fundamentar com base em evidências cientificamente confiáveis, tendo em mente a eficácia conjunta dos critérios de sustentabilidade. Pode soar utópico, mas não é. Bem manejadas, as ferramentas de avaliação de impactos e de análise de riscos favorecem a prospecção de riscos sociais e ambientais (inclusive climáticos), não apenas econômicos. Permitem a sintonia fina com as maiores demandas do nosso tempo, na transição para o novo Direito Administrativo, que haverá de ser fecunda e gradualmente reconstruído sob a égide do princípio constitucional da sustentabilidade.

⁷²³ Ver item 2.4.

⁷²⁴ FREITAS, Juarez. Interpretação sustentável de leis de elevado impacto nas relações administrativas. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 23, n. 127, p. 17-33, maio/jun. 2021, p. 31.

Deve-se ter em mente que, ao se compreender na função dos tribunais de contas a atividade de retroalimentar o planejamento, isso não corresponde a admitir que tais instituições criem, escolham ou rejeitem políticas e planos do Poder Público. Cabe-lhes verificar o cumprimento do exercício de um autocontrole da Administração em relação à execução dessas políticas e planos e ao alcance de resultados e metas. Assim, controlar resultados é diferente de aferir a atividade administrativa de buscar os melhores resultados⁷²⁵. O controle externo deve verificar se a Administração tem adotado os arranjos jurídicos, institucionais e financeiros capazes de alcançar os resultados a que ela se propôs.

O controle de legitimidade também deve ser precavido e colaborativo, pautado na visão da Administração dialógica estudada anteriormente. Com isso, sempre que possível, deve cooperar para evitar a frustração do planejamento, e não aguardar a consolidação da gestão em afronta à legitimidade. Até porque, como visto, há o dever jurídico dos tribunais de contas de emitirem alertas sempre que identificadas circunstâncias capazes de comprometer a execução de programas ou a gestão orçamentária⁷²⁶.

A propósito, do ponto de vista orçamentário, como forma de impedir a execução de despesas sem dotação no orçamento, já em 1890, Rui Barbosa⁷²⁷ propôs a caracterização do TCU como instituição defensora da *credibilidade orçamentária*. Nas justificativas para a criação da Corte de Contas federal, o autor⁷²⁸ reconheceu a lei

⁷²⁵ Em obra sobre controle jurisdicional da discricionariedade, Marcos Augusto Perez entende que “está, sim, sob revisão jurisdicional a efetiva execução do controle de resultados; a verificação da presença dos elementos de legalidade na concepção, deliberação e execução tanto das ações administrativas, como das políticas e planos públicos; e também, por fim, a fiscalização do próprio controle de resultados enquanto atividade específica de autocontrole desenvolvida pela Administração” (PEREZ, Marcos Augusto. *O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa: métodos para uma jurisdição ampla das decisões administrativas*. 2018. Tese (Livre Docência) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 228).

⁷²⁶ Art. 59, §1º, V, da LRF.

⁷²⁷ Diante da importância de Rui Barbosa para a criação das Cortes de Contas no Brasil, foi denominada de “Instituto Rui Barbosa – IRB” a associação civil, criada em 1973, pelo conjunto dos tribunais de contas brasileiros, que se destina a aperfeiçoar as atividades dessas instituições, sendo hoje conhecida como o braço acadêmico do sistema de controle externo brasileiro.

⁷²⁸ Por tudo, ver: RUI BARBOSA. A exposição de motivos de Rui Barbosa sobre a criação do TCU. *Revista do TCU*, Brasília, v. 30, n. 82, p. 253-262, out/dez 1999. Trata-se da exposição de motivos ao Decreto nº 966-A, de 7 de novembro de 1890, editado um ano após a proclamação da República e durante o governo de Deodoro da Fonseca. De todo modo, o TCU apenas foi efetivamente instalado em 17 de janeiro de 1893 – por essa razão, nesse dia, comemora-se o Dia dos Tribunais de Contas do Brasil. Sua sede inicial foi no terceiro andar do prédio onde funcionavam o Ministério da Fazenda e o Tesouro Nacional, localizado na atual Avenida Passos, na cidade do Rio de Janeiro.

orçamentária como “lei das leis”, de modo que o TCU, ao protegê-lo, representaria “pedra fundamental para a edificação da República”. Essa instituição representa um aparato para que “o orçamento deixe de ser uma simples combinação formal, como mais ou menos tem sido sempre, entre nós, e revista o carácter de uma realidade segura, solene, inacessível a transgressões impunes”.

Afinal, em suas palavras, “nenhuma instituição é mais relevante, para o movimento regular do mecanismo administrativo e político de um povo, do que a lei orçamentaria. Mas em nenhuma também ha maior facilidade aos mais graves e perigosos abusos”. Ainda segundo o autor, “si não pudermos chegar a uma vida orçamentaria perfeitamente equilibrada, não nos será dado presumir que hajamos reconstituído a pátria, e organizado o futuro”⁷²⁹.

Mais de 130 anos depois, embora muito se tenha avançado quanto à necessidade de dotações orçamentárias como pressuposto da execução de despesas, o descumprimento ao planejado no orçamento ainda é um dos grandes desafios da nação e a relevância dos sistemas de controle para combater o problema ainda tem sido pouco compreendida no Brasil⁷³⁰. É preciso ressignificar a ideia de Rui Barbosa sobre o TCU como defensor da credibilidade orçamentária para proteger, também, as ferramentas de planejamento previstas nas peças orçamentárias, tais como as diretrizes, objetivos, metas e prioridades do PPA.

⁷²⁹ Reforce-se que a atribuição pretendida por Rui Barbosa ao TCU para a credibilidade orçamentária se referia ao controle individual de cada despesa, aferindo sua compatibilidade com as dotações do orçamento, caracterizando o que temos denominado neste trabalho de microcontrole externo. Neste trabalho, propõe-se uma visão mais ampla, menos formalista e mais holística, para a avaliação da aderência das ações estatais não só com dotações, mas com os instrumentos de planejamento de forma geral, notadamente diretrizes, objetivos e metas das peças orçamentárias (PPA, LDO e LOA).

⁷³⁰ Em análise sobre as contribuições do controle interno, especialmente da Controladoria-Geral da União, para fortalecer o PPA como instrumento efetivo de planejamento, Machado e Braga compreendem que “a retroalimentação do controle para o planejamento no momento da formulação do PPA tem sido precária, inclusive por uma questão de cultura de baixa interação entre as funções controle e planejamento no Brasil. Porém, além da formulação, em todo o ciclo da política pública é necessária a participação do controle enquanto fomentador do planejamento, da gestão de riscos e facilitador do atingimento dos objetivos das políticas públicas. Sendo assim, é necessária uma ação sistemática que possibilite a inclusão de informações do controle nas reflexões da construção do PPA, de dados sobre o funcionamento de sistemas específicos – por exemplo, do Sistema Único de Saúde (SUS) –, o que colaboraria com uma visão globalizante dos problemas nacionais e regionais, e a relação com as soluções gestadas para estes, permitindo grande aprendizagem organizacional” (MACHADO, Carlos Maurício Ruivo; BRAGA, Marcus Vinicius de Azevedo. Desafios na retroalimentação do planejamento: obstáculos e sinergias com as ações dos órgãos de controle. In: CARDOSO JÚNIOR, José Celso (org.). *Planejamento Brasil Século XXI: inovação institucional e refundação administrativa elementos para o pensar e o agir*. Brasília: IPEA, 2015, p. 352-353).

Avaliando essa função do controle externo na atualidade, Regis Fernandes de Oliveira⁷³¹ explica que, “se a reprimenda popular não é suficiente para assegurar o cumprimento das diretrizes previamente traçadas, o controle externo do orçamento deve ter a intensidade suficiente para reconduzir o governo a níveis aceitáveis de subordinação à lei e de credibilidade financeira”.

Por outro lado, ainda com base no atributo da legitimidade, também cumpre ao tribunal de contas avaliar o grau de aderência das políticas desenhadas e implementadas com os compromissos internacionalmente assumidos pelo Brasil, em especial os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, da Agenda 2030 da ONU. Já é possível identificar iniciativas nesse sentido⁷³². O tema será analisado em item posterior, a partir da óptica do controle externo diante do atual dever do Estado de planejar e promover infraestrutura sustentável.

Diante de tais considerações, se o TCU almeja cumprir com sua autoproclamada missão de “aprimorar a Administração Pública em benefício da sociedade por meio do controle externo” e sua visão de “ser referência na promoção de uma Administração Pública efetiva, ética, ágil e responsável”⁷³³, precisará fortalecer cada vez mais seu papel como instituição indutora da legitimidade na gestão pública, o que perpassa pelo fortalecimento do planejamento estatal para o alcance dos melhores resultados.

Por fim, esclareça-se que, no âmbito do TCU, também com certa ambiguidade e imprecisão, já houve a invocação da ideia de “eficácia” para se referir ao estabelecimento de metas quantitativas de ações governamentais. No Acórdão nº

⁷³¹ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 593.

⁷³² Schier e Baéz narram que os ODSs da Agenda de 2030 serviram de parâmetro de atuação do TCE-PR no julgamento das contas do Chefe do Poder Executivo estadual referente ao exercício de 2017, tendo resultado em proposições de aperfeiçoamento de políticas públicas de combate à miséria, especialmente por meio da avaliação dos seguintes elementos: “(i) o grau de maturidade de componentes de mecanismos de Governança do Centro de Governo, ou seja, das instâncias estratégicas do Poder Executivo para exercer as tarefas de planejamento de longo prazo, coordenação sinérgica de políticas para o desenvolvimento sustentável e monitoramento dos esforços e resultados das políticas públicas, entre outros componentes; (ii) a vinculação dos Programas Finalísticos do PPA 2016-2019 com os ODS e o volume de recursos da LOA 2017 associado a essas ações; e (iii) a qualidade dos indicadores de monitoramento oficiais” (SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; BÁEZ, Saúl Hercán Kritski. O dever de erradicar a pobreza e o direito ao desenvolvimento como parâmetro de avaliação dos Tribunais de Contas: acórdão de parecer prévio n. 287/18 – TCE-PR. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (orgs). *Desenvolvimento nacional: por uma agenda propositiva e inclusiva*. Curitiba: Íthala, 2020, p. 32).

⁷³³ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. *Plano estratégico do Tribunal de Contas da União 2023-2028*. Brasília: TCU, 2023, p. 9.

2.043/2010⁷³⁴, afirmou-se que “o estabelecimento de metas fomenta o controle social sobre a efetividade das políticas. A clareza dos valores quantitativos auxilia a população na avaliação da eficácia dos serviços prestados”.

Para afastar qualquer confusão entre os termos, percebe-se que o conceito de legitimidade aqui adotado tem um sentido muito mais abrangente. Não se limita ao estabelecimento de metas – este é apenas um entre tantos outros elementos para se identificar o adequado planejamento. É o que foi visto acima em relação à Política Nacional sobre Mudança do Clima – PNMC (metas quantificáveis, porém mal formuladas e inócuas). Logo, legitimidade não se confunde com eficácia. É possível que uma política possua eficácia, com alcance de metas quantificáveis, mas não legitimidade, por deficiência da elaboração do planejamento ou por execução em desconformidade com planejamento.

4.1.3 Principais fundamentos jurídico-normativos

Os fundamentos jurídico-normativos do controle de legitimidade pelos tribunais de contas, sob o prisma aqui apresentado, encontram-se tanto na Constituição Federal como na legislação infraconstitucional.

Primeiro, extrai-se seu alicerce constitucional quando a Constituição atribui ao Congresso Nacional o exercício do controle externo, com auxílio do TCU. Um dos parâmetros expressos desse controle é a legitimidade (art. 70). Como visto em capítulo anterior, o “auxílio” ao Congresso não elimina competências próprias do TCU para exercer o controle externo, inclusive mediante o paradigma da legitimidade.

De todo modo, ao versar especificamente sobre as competências do tribunal de contas, o art. 71, I e II, da CF, prevê a atribuição de analisar as contas dos administradores públicos. Essa atuação pressupõe uma avaliação de metas e resultados da gestão (seja por parecer prévio ou julgamento definitivo).

Para tanto, tal avaliação deve abranger um exame de compatibilidade das ações executadas durante o exercício com diretrizes, metas, objetivos e prioridades previstos em instrumento de planejamento orçamentário (como o PPA e a LDO), de planejamento da gestão fiscal (como LRF e na LC nº 200/2023), de planejamento

⁷³⁴ Acórdão nº 2.043/2010, Plenário, relator min. Benjamin Zymler, julgado em 18 de agosto de 2010.

setorial (como políticas e planos na área da saúde pública, educação, infraestrutura), bem como em normas de gestão fiscal, como aquelas disciplinadas na LRF e na LC nº 200/2023. Logo, identifica-se que esse exame também corresponde ao exercício do controle de legitimidade nos moldes aqui propostos.

Também é fundamento constitucional dessa visão do controle de legitimidade dos tribunais de contas o art. 71, IV, da CF, ao tratar das auditorias operacionais, que, como visto, incidem sobre aspectos abrangentes e estruturais da atividade administrativa, sobretudo das políticas públicas, de forma a indicar falhas e oportunidades de aperfeiçoamento para o alcance de suas finalidades.

Todo o fundamento constitucional invocado no item 1.3 deste trabalho sobre o *dever fundamental do planejamento estatal* também pode ser empregado para indicar a base constitucional da definição aqui adotada para o controle de legitimidade. Relembre-se, de modo especial, que o art. 174 da Constituição prevê que o planejamento é indicativo ao setor privado, mas *vinculante* para o Poder Público, o que, em nossa visão, torna-o parâmetro obrigatório para a legitimidade das condutas estatais implementadas.

Fundamenta o controle de legitimidade, ainda, o arcabouço constitucional a respeito das finanças públicas e do orçamento que fundamentam o dever da adequada alocação do orçamento, o que foi estudado no item 1.4 deste trabalho. Como visto, por diferentes normas, o dever do adequado planejamento se materializa em todas as três espécies de peças orçamentárias, mas ganha especial relevância por meio do PPA, por contemplar diretrizes, objetivos e metas de caráter plurianual.

Mais recentemente, também como já analisado, a relevância da relação entre planejamento, orçamento e controle adquiriu ainda mais importância diante da EC nº 100/2019. Primeiro, ao estabelecer a obrigatoriedade de que as peças orçamentárias sejam elaboradas com base no resultado das atividades de avaliação e monitoramento de políticas públicas, que abrangem, além dos exames do controle interno da Administração, os diagnósticos e as decisões do controle externo, como o TCU (art. 37, § 16, e art. 165, §16, da CF). Segundo, ao afastar de vez o caráter meramente autorizativo do orçamento público, de modo que cabe ao TCU identificar se a União tem cumprido seu “dever de executar as programações orçamentárias,

adotando os meios e as medidas necessários, com o propósito de garantir a efetiva entrega de bens e serviços à sociedade” (art. 165, § 10, da CF).

Além do mais, o critério da legitimidade na avaliação das contas públicas também está expresso na Constituição, quando esta trata das contas anuais a serem prestadas pelos municípios. O art. 31, §3º, da Carta de 1988, estabelece que as contas anuais dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a *legitimidade*, nos termos da lei.

No âmbito infraconstitucional a Lei Orgânica do TCU (Lei nº 8.443/1992)⁷³⁵ prevê expressamente o controle de legitimidade em diversos de seus dispositivos, embora não explicita sua definição. Mas, também é possível desenvolver seu conteúdo e seus critérios a partir de outras normas legais relacionadas à governança pública e gestão fiscal.

Segundo o art. 81 da Lei nº 4.320/1964, recepcionada pela Carta de 1988 como lei complementar, o controle externo deve ter por objetivo verificar a probidade da administração, a guarda e legal uso dos recursos públicos e o *cumprimento da lei orçamentária*. Assim, o tribunal de contas também se apresenta como órgão de controle da execução do orçamento – o que abrange não só as dotações, mas as ferramentas orçamentárias de planejamento acima aludidas.

Alinhado essa perspectiva, o art. 75, III, da Lei nº 4.320/1964, embasa o controle em prol do planejamento, ao estipular que a execução orçamentária se submeterá ao controle sobre o cumprimento dos programas governamentais, tanto em termos monetários (execução das dotações previstas) como em termos de resultados à sociedade (finalização de obras e efetiva prestação de serviços, por exemplo). Em acréscimo, lembre-se do dever dos tribunais de contas de alertarem à Administração circunstâncias que comprometam os custos, os resultados dos programas e a regularidade na gestão orçamentária (art. 59, §1º, V, da LRF). Como consequência, não há como negar que o TCU deve zelar pelo cumprimento do planejado.

Sobre o planejamento orçamentário, está sujeita ao crivo do controle externo a observância do que determinam os arts. 15 e 16 da LRF a respeito da criação e

⁷³⁵ Cf. art. 1º, §1º, art. 8º, art. 16, I e II, “b” e “c”, art. 43, II, e art. 58, III, da Lei nº 8.443/1992.

expansão de despesas. Os dispositivos estabelecem que serão consideradas não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público a geração de despesa ou assunção de obrigação, como a criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa, que não estiver acompanhada de declaração de *compatibilidade* com o PPA e com a LDO. Por isso, a título ilustrativo, cabe ao tribunal de contas avaliar, no controle das obras e projetos de infraestrutura, além da existência de dotação (adequação orçamentária e financeira com a LOA), a *compatibilidade* das despesas com as diretrizes, objetivos, metas e prioridades do PPA e da LDO, instrumentos de planejamento orçamentário.

Outro exemplo da importância do controle de legitimidade se extrai da aplicação do art. 9º da LRF, que prevê como necessária a limitação de empenho quando se identificar que a frustração da receita pode prejudicar as metas fiscais previstas na LDO. Esse contingenciamento de despesa é temporário e, uma vez equilibrada a arrecadação, com o afastamento do risco de descumprimento das metas fiscais, deve-se retomar a execução das programações orçamentárias para a implementação das políticas públicas planejadas no orçamento. Comentando tal dispositivo, Élica Graziane Pinto⁷³⁶ explica que é preciso observar os pressupostos de direito previstos na norma, que devem estar explicitados diante de cada situação concreta, “para que a inexecução de políticas públicas previstas no orçamento não decorra apenas da ineficiência alocativa do Estado, ou de omissão deliberada do gestor público no cumprimento de seus deveres constitucionais”. A limitação de empenho do art. 9º da LRF, pois, não pode ser utilizada de forma indiscriminada para frustrar o planejamento e flexibilizar as obrigações do Poder Público.

As regras do Decreto nº 200/1967 também colocam o dever do planejamento estatal como baliza para o controle da legitimidade. Estabeleceu que *planejamento* e *controle* são *princípios fundamentais* das atividades da Administração (art. 6º, I e V). Determinou que a ação governamental *obedecerá a planejamento* que vise a promover o *desenvolvimento econômico-social* do país e a segurança nacional, *norteando-se segundo planos e programas elaborados* – que são, como elenca de

⁷³⁶ PINTO, Élica Graziane. *Ciclo das políticas públicas e legitimidade compartilhada das escolhas alocativas: um estudo em busca da vinculação à força normativa do planejamento*. In: PINTO, Élica Graziane; SARLET, Ingo Wolfgang; PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; OLIVEIRA, Odilon Cavallari de. *Política Pública e Controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 128.

forma exemplificativa, o plano geral de governo, os planos gerais, setoriais e regionais de duração plurianual, o orçamento anual e a programação financeira de desembolso.

Além disso, desde a LDO 2020⁷³⁷ (Lei nº 13.898/2019), com alterações promovidas pela Lei nº 13.983/2020, há expressa disposição legal de que as inexecuções das programações orçamentárias discricionárias do exercício anterior devem ser submetidas a justificativas pelos gestores responsáveis, o que demonstra, igualmente, o necessário compromisso com a execução do planejamento estatal.

Acrescente-se que o PPA 2024-2027 (Lei nº 14.802/2024) estabelece a obrigatoriedade de que, anualmente, o Poder Executivo envie relatório anual de monitoramento do PPA para avaliação do Congresso (art. 16). Esse relatório deve abranger informações e dados sobre: i) acompanhamento da evolução das metas e dos indicadores-chave nacionais, previstos na dimensão estratégica; ii) desempenho, por programa finalístico, dos indicadores dos objetivos específicos e das entregas, indicando os pontos de atenção para o cumprimento do objetivo do programa e apresentando justificativa em caso de descumprimento, e; iii) demonstrativo da execução orçamentária e financeira dos investimentos plurianuais. Com tal regramento, cria-se um espaço de atuação do TCU em auxílio ao Congresso para a avaliação desse relatório, possibilitando que forneça contribuições para que o Poder Executivo adote medidas para permanecer ou retornar à rota de execução do PPA vigente ou, caso justificado por razões de interesse público, revise as estratégias, valores e metas previstas no plano.

Por fim, do ponto de vista infralegal, pode-se citar o Decreto nº 9.203/2017, que versa sobre a política de governança da Administração Federal. Nele, são previstas diversas diretrizes e ferramentas necessárias ao bom planejamento das políticas e das ações estatais, o que abrange: a) processo decisório fundamentado em evidências; b) sistema de gestão de riscos, para a identificação, à avaliação, ao tratamento, ao monitoramento e à análise crítica de riscos que possam impactar a implementação da estratégia e a consecução dos objetivos da organização, e; b)

⁷³⁷ Art. 62-B da LDO 2020 (incluído pela Lei nº 13.983/2020). Regra semelhante tem sido replicada nas LDOs seguintes. O art. 75 da LDO 2024 (Lei nº 14.791/2023) prevê que “as justificativas para a inexecução das programações orçamentárias primárias discricionárias serão elaboradas pelos gestores responsáveis pela execução das respectivas programações, nos órgãos setoriais e nas unidades orçamentárias, e comporão os relatórios de prestação de contas anual dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, do Ministério Público da União e da Defensoria Pública da União”.

monitoramento do desempenho e avaliar a concepção, a implementação e os resultados das políticas e das ações prioritárias para assegurar que as diretrizes estratégicas sejam observadas.

4.2 Precedentes do TCU em infraestrutura: aperfeiçoamentos necessários em prol do planejamento

Foi visto que, no âmbito do TCU, não há uma aplicação coesa, clara e sistematizada do controle de legitimidade, sendo uma expressão, normalmente, invocada em conjunto com outros termos, como a “eficiência”, “economicidade”, “eficácia”, “razoabilidade” ou “finalidade”, como visto.

Mas, embora sem mencionar expressamente a legitimidade como parâmetro de controle, há precedentes em que o TCU tem adotado a ideia aqui defendida, numa atuação para retroalimentar o planejamento, embora, como será visto, haja a necessidade de aperfeiçoamentos. Boa parte dessas decisões se refere à análise dos planos plurianuais da União. No item 1.4.2 deste trabalho, foi visto que, pelo menos desde 2009⁷³⁸, a Corte tem contribuído para aperfeiçoar a metodologia e os elementos de planejamento do PPA federal.

Em matéria de infraestrutura, a importância do controle de legitimidade ganha especial destaque. Fragilidades na implementação de políticas públicas no setor por meio do descompasso entre a execução das ações governamentais e o planejamento estatal de curto, médio e longo prazo prejudicam o desenvolvimento nacional e inviabilizam melhorias na qualidade de vida e no ambiente de negócios do país.

A deficiência da atividade de planejamento, que abrange desde a falta de planos setoriais de qualidade à elaboração de bons projetos de infraestrutura, é um dos principais obstáculos para o desenvolvimento do setor no Brasil⁷³⁹. Essa conclusão é corroborada por diagnósticos do TCU⁷⁴⁰, que demonstraram, por exemplo, uma realidade de 41% de obras federais paralisadas e reiteradas práticas

⁷³⁸ Acórdão nº 102/2009, Plenário, relator Min. Augusto Nardes, julgado em 4 de fevereiro de 2009.

⁷³⁹ ARAÚJO, Andréa Naritza Silva Marquim de. *Estratégias de integração e coordenação governamental: propostas para superar os desafios inerentes à implementação do investimento público em infraestrutura no Brasil – XII Prêmio SOF – 3º Lugar*. Brasília: Secretaria de Orçamento Federal – SOF, 2023, p.15).

⁷⁴⁰ Acórdão nº 2.207/2023, Plenário, relator Min. Jorge Oliveira, julgado em 1 de novembro de 2023.

de se iniciar obras novas sem a previsão de recursos para o término daquelas em andamento.

Além disso, o TCU tem verificado a falta de especificação, no orçamento da União, dos programas de trabalho para os quais são destinadas dotações orçamentárias. No Fiscobras, seu plano de fiscalização anual de obras, a Corte⁷⁴¹ registrou que se trata de um problema histórico do processo orçamentário e que há dificuldades para a identificação das obras que estão sendo contempladas pelas dotações. Não há detalhamento das obras abrangidas pelas ações orçamentárias. Isso inviabiliza um adequado planejamento orçamentário, bem como um efetivo exercício do controle sobre a execução orçamentária.

Assim, no tema da infraestrutura, mais do que nunca, é preciso fortalecer a atuação do Tribunal na fiscalização quanto à formação e à execução do planejamento, exercendo o que temos aqui denominado de macrocontrole externo⁷⁴².

A partir disso, não se pretende excluir a atividade do microcontrole. Identificar se uma empresa executora de obra de duplicação de rodovia federal mantém as condições de habilitação da licitação, tal como a regularidade fiscal, é um ponto de interesse a ser apreciado pelo controle externo. Mas, verificar os impactos daquela obra para a logística nacional, de modo a avaliar, por exemplo, a existência de recursos orçamentários suficientes para sua finalização (planejamento orçamentário) ou a integração dessa obra rodoviária com a melhoria também de outros modais interligados, como portos e aeroportos (intermodalidade), contribui para viabilizar impactos sociais mais abrangentes na área de infraestrutura. Eis uma vocação do controle externo, ao se basear no controle da legitimidade de ações governamentais previsto na Constituição.

Ocorre que, diante de limitações de recursos humanos, técnicos e operacionais, uma atuação focada no microcontrole prejudica a capacidade do controle externo de realizar análises sistêmicas da Administração. Essa foi a conclusão de Olivieri, em estudo que aborda decisões do TCU entre os anos de 2010 e 2015 em relação a algumas das grandes obras do PAC.

⁷⁴¹ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. *Fiscobras 2021 – Fiscalização de obras públicas pelo TCU – 25º Ano*. Brasília: TCU, 2021, p. 26.

⁷⁴² Sobre micro e macrocontrole externo, ver item 2.2.

O autor observou que há sobrecarga de trabalhos da Corte federal em atividades de levantamentos procedimentais e verificação de regularidades legais e formais na contratação e execução de obras e empreendimentos. Essa constatação caracteriza um foco no que a autora denomina de “controle de varejo”, típico do controle de legalidade, em contraposição à tendência verificada em países europeus e nos Estados Unidos, cada vez mais direcionados ao controle de desempenho. Desse modo, o autor conclui que o TCU concentra sua análise em “detalhes da contratação e da execução das obras, em vez de realizar uma análise global sobre seus resultados, por meio da qual se pudesse identificar problemas sistêmicos da administração pública ou da legislação, cuja solução teria impacto ‘no atacado’, ou seja, no conjunto das ações do Executivo”⁷⁴³.

Assim, o sentido aqui proposto para o controle de legitimidade favorece um redirecionamento do foco do TCU para avaliações sistêmicas que tornem mais eficientes o planejamento, sobretudo em áreas que demandam investimentos e monitoramento de longo prazo, como a infraestrutura. Intensifica uma missão do controle externo destinada à fiscalização da aderência da execução das ações estatais para o cumprimento desse planejamento, bem como à identificação de riscos e problemas que podem afetar o alcance dos objetivos e resultados planejados.

Essa atividade de controle, então, contribui para retroalimentar o planejamento, de modo a fortalecer o desempenho na formulação e no alcance de diretrizes, objetivos, metas da área de infraestrutura identificadas em instrumentos como leis orçamentárias (PPA, LDO e LOA); planos nacionais, a exemplo da Estratégia Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – ENDES; planos regionais, como o Plano Regional de Desenvolvimento do Nordeste – PRDNE, e; planos setoriais, a exemplo do Plano Setorial de Transportes Terrestres – PSTT.

⁷⁴³ Num comparativo internacional, a autora esclarece que “o desenvolvimento recente das instituições de controle nos países europeus e nos Estados Unidos tem ocorrido em dois sentidos: o da preponderância do controle sobre o desempenho em detrimento do controle de legalidade, e o da conseqüente politização da ação dos órgãos de controle. No caso das instituições superiores de auditoria (como as cortes, os tribunais de contas e as auditorias gerais), que constituem o controle externo e geralmente estão ligadas ao Parlamento, esse tipo de desenvolvimento é decorrente da adaptação da forma e dos instrumentos de atuação desses órgãos aos novos arranjos e critérios de desempenho da administração pública, definidos a partir das reformas administrativas dos anos 1970 e 1980. Os órgãos de controle externo tiveram que se adaptar aos novos critérios de definição do desempenho da gestão pública para poder fiscalizá-la, e estes critérios deixaram de se referir apenas ao cumprimento da lei, passando a incluir padrões de qualidade em termos econômicos (eficiência) e de efetividade e impacto da ação pública” (por tudo, ver: OLIVIERI, Cecília. *A atuação dos controles interno e externo ao executivo como condicionante da execução de investimento em infraestrutura no Brasil*. Brasília: IPEA, 2016, p. 10-14).

Sobre esse aspecto, em relação ao setor de infraestrutura, é possível identificar, no âmbito do TCU, precedentes que demonstram uma postura oscilante quanto à atuação da Corte destinada ao reforço ao planejamento do Estado, principalmente sobre a natureza de sugestão ou de comando dessas decisões – isto é, se seriam de caráter recomendatório ou obrigatório. Além disso, também são identificados importantes pontos a serem aperfeiçoados no exercício desse controle.

(a) Programa de Investimentos em Logística – Ferrovias: postura contida e premissas equivocadas

Em 2015, o TCU identificou falhas no planejamento do Programa de Investimentos em Logística – PIL no setor ferroviário – PIL Ferrovias, lançado em 2012, que previa investimentos de cerca de R\$ 100 bilhões para construção e melhoramento de 11 mil km de linhas férreas.

Por meio do Acórdão nº 1.205/2015⁷⁴⁴, o TCU diagnosticou fragilidades no desenho daquele plano, diante da: a) ausência de mecanismos de institucionalização e formalização dos atos relativos ao programa; b) não indicação de metas e indicadores de eficiência e efetividade; c) inexistência de motivação e de critérios objetivos a respeito da escolha do modelo de operação e da seleção e priorização dos trechos a serem concedidos, e; d) incompatibilidade do planejamento do PIL Ferrovias com a malha ferroviária existente e com outros modais de transporte.

Durante o referido processo de auditoria, os órgãos federais envolvidos na elaboração e implementação não apresentaram quaisquer estudos, ainda que levantamentos técnicos preliminares, que demonstrassem a viabilidade econômica, técnica e ambiental e os critérios de escolhas dos projetos a serem executados no âmbito daquele plano

No entanto, embora a área técnica do TCU tenha sugerido impor determinações para o aperfeiçoamento do planejamento PIL Ferrovias, o Plenário da Corte, seguindo voto do ministro relator, acolheu-as como meras recomendações. Entendeu que não havia nenhum ato antieconômico efetivamente consumado, porque nenhuma licitação baseada no PIL Ferrovias havia ido adiante.

⁷⁴⁴ Acórdão nº 1.205/2015, Plenário, relator Min. Augusto Nardes, julgado em 20 de maio de 2015.

O TCU se limitou a recomendar ações para aprimorar a governança no Programa, tais como as seguintes sugestões: a) elaboração de estudos técnico-econômicos que contemplem avaliações de alternativas possíveis e análise custo-benefício a fim de justificar a adoção do novo modelo para as concessões ferroviárias; b) justificativa e estudos para embasar a seleção dos trechos que integram o PIL Ferrovias e os critérios a serem utilizados para a priorização de investimentos no âmbito desse programa; c) fundamentação, por meio de processo administrativo específico, das tomadas de decisão relativas ao PIL Ferrovias com base em pareceres jurídicos, estudos técnicos, atas de reunião e outros instrumentos formais de registro; d) elaboração de estudos capazes de comprovar que existe compatibilidade entre a capacidade ociosa das ferrovias existentes e a demanda prevista para os novos trechos do PIL Ferrovias, e; e) demonstração de medidas para a integração entre o planejamento do PIL Ferrovias, por meio da malha ferroviária existente e futura, com os demais modos de transporte.

Um primeiro aspecto a ser destacado é que, embora reconhecendo inobservância ao princípio da motivação em relação a elementos básicos para escolha e estruturação dos projetos, demonstrando a grave fragilidade no planejamento da política pública, o TCU adotou uma postura contida, de pouco efeito prático, limitando-se a apresentar meras recomendações. E, na decisão, deixou expressa e clara a possibilidade de a Administração apresentar “justificativa sobre a decisão de não implementar tais recomendações”⁷⁴⁵.

Outro aspecto é que, diante da justificativa identificada no acórdão, a falta de prejuízos ao erário impediria uma postura mais intensa do controle externo. É como se o TCU reconhecesse sua competência apenas quando verificado algum tipo de dano aos cofres públicos.

Essa premissa é equivocada por mais de uma razão. Primeiro, porque, como já analisado, o controle externo exercido pelo sistema dos tribunais de contas possui o dever de, respeitadas as competências de cada instituição desse sistema, atuar para a consagração das políticas públicas em prol das prioridades constitucionais. Políticas públicas ineficientes, tais como projetos frustrados no setor de transportes, causam prejuízos à sociedade em geral. O necessário controle de legitimidade exercido pelos

⁷⁴⁵ Acórdão nº 1.205/2015, Plenário, relator Min. Augusto Nardes, julgado em 20 de maio de 2015.

tribunais de contas não pode ignorar os impactos negativos de caráter social, econômico e ambiental de projetos com graves falhas de planejamento.

Ademais, em momento algum a Constituição sugere que o controle externo aguarde prejuízos se concretizarem para poder adotar uma postura cogente; mesmo os contratos administrativos, cuja suspensão total seria de competência do Congresso (art. 71, §1º, da CF), podem ser objeto de medidas cautelares, conforme precedentes já analisados do STF. Por isso, não se poderia concluir pela inviabilidade de intervenção da Corte de Contas sob a alegação de que nenhuma licitação havia sido finalizada.

Assim, a atuação do TCU se afastou da sua função de retroalimentar o planejamento, ao admitir a implementação de programa de ferrovias sem elementos básicos de planejamento, sob a equivocada premissa de que não caberia maior intervenção porque não teria sido identificado prejuízo ao erário, como se o impacto financeiro fosse o único critério a ser analisado pelo controle externo.

Ao consolidar o controle de legitimidade como um parâmetro próprio de desempenho das atividades do tribunal de contas, a ideia aqui proposta contribui para evitar falhas graves de planejamento, maximizando-se os impactos positivos de políticas públicas, principalmente aquelas que dependem de estratégias e projetos de longo prazo, como a infraestrutura.

(b) Estratégia Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social: contribuições sem efeitos práticos

Em 2017, por meio do Acórdão nº 2.127/2017, o TCU apresentou diagnóstico sobre falhas no planejamento estatal decorrentes da ausência de mecanismos de institucionalização para a boa governança de políticas que visam ao desenvolvimento econômico e social de longo prazo.

A Corte constatou a inexistência de indicadores adequados para o monitoramento e avaliação dos resultados obtidos; ausência de alocação orçamentária condizente com as metas e prioridades delineadas em diversos planos setoriais e; gestão de riscos deficiente nos órgãos e entidades da administração envolvidas.

Como forma de endereçar soluções aos apontamentos do TCU, que também foram de caráter recomendatório, o Executivo, primeiro, apresentou o PL nº 9.163/2017, para dispor sobre normas sobre a política de governança da Administração Federal, que, até o momento, pende de apreciação pelo Congresso Nacional⁷⁴⁶.

Em seguida, em 2018, publicou relatório com a apresentação da Estratégia Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – ENDES⁷⁴⁷, com o objetivo de conceber um planejamento de médio e longo prazo para o desenvolvimento nacional, durante o período 2020-2031.

No entanto, a atuação do TCU, nesse caso, não foi suficiente para a solução integral do problema. É que, embora detenha o aspecto positivo de prever indicadores de desempenho em diferentes eixos, inclusive na área de infraestrutura, o relatório da ENDES 2020-2031 carece de elementos essenciais de planejamento.

Num primeiro aspecto, porque não há metas objetivamente aferíveis para a identificação dos resultados ao longo do tempo. A título de exemplo, no eixo de infraestrutura, tem-se como diretriz “fomentar o desenvolvimento integrado da infraestrutura com foco no ganho de competitividade e na melhoria da qualidade de vida, assegurando a sustentabilidade ambiental e propiciando a integração nacional e internacional”. Para medir o alcance desse objetivo, um dos indicadores é o percentual de participação dos investimentos em infraestrutura no PIB – à época, identificado em 2%, inferior ao de outras nações emergentes, como China (8,5% do PIB), Índia (4,7% do PIB), e a média do conjunto dos países do Oriente Médio e África (3,6% do PIB)⁷⁴⁸.

⁷⁴⁶ Em anexo ao PL nº 9.163/2017, justifica-se que o projeto foi elaborado a partir de recomendação do TCU, por meio do Ministro João Augusto Nardes, para a edição de lei com estabelecimento da política de governança pública no âmbito da União. Pontua-se ainda que absorveu-se a sugestão de propositura de uma Lei de Governança Pública, que “pode ter um papel importante no desafio de elevar a confiança da população e do mercado em relação à gestão e à governança pública, orientando e instando os gestores a valorizarem questões como acompanhamento de resultados, melhoria do desempenho, processo decisório baseado em evidências, estratégia de longo prazo consistente e construção de procedimentos para monitoramento e avaliação das ações de governo. [...] Nessa seara, a partir das recomendações do Tribunal de Contas da União, em especial do seu Referencial Básico de Governança Pública e de boas práticas de organizações internacionais, realizou-se o debate do conteúdo proposto, acolhendo-se as contribuições e proposições advindas de diversos interlocutores, destacando-se entre eles a Casa Civil da Presidência da República e o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União” (cf. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 9163/2017 – Inteiro teor*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2023, p. 6).

⁷⁴⁷ MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO – MPDG. *Estratégia Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – ENDES 2020-2031*. Brasília: MPDG, 2018.

⁷⁴⁸ MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO – MPDG. *Estratégia Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – ENDES 2020-2031*. Brasília: MPDG, 2018, p. 68.

No entanto, não há detalhamento sobre as metas que devem ser alcançadas no período da referida Estratégia nem a especificação das ações a serem executadas pela Administração para o cumprimento da referida diretriz do eixo de infraestrutura.

Num segundo aspecto, a ENDES 2020-2031 sofre um esvaziamento de seu papel como instrumento de planejamento na medida em que foi prevista por meio de mero relatório. A ausência de força legal ou, ao menos, de alguma institucionalização por meio de norma infralegal (decreto, portaria etc.), prejudica sua observância pela própria Administração e, também, pelo Poder Legislativo.

É possível que, por isso, pouco tenha repercutido na elaboração dos planos plurianuais seguintes. Para a elaboração do PPA 2020-2023, o Poder Executivo se limitou a alegar que a divisão dos eixos da referida Estratégia foi utilizada como parâmetro⁷⁴⁹; já para a construção do PPA 2024-2027, elaborado a partir de mudança substancial de metodologia – como estudado no primeiro capítulo deste trabalho –, a ENDES e suas diretrizes sequer foram citadas como parâmetros⁷⁵⁰. Assim, a Estratégia, embora tenha sido elaborada para se aplicar ao período 2020-2031, não tem servido de baliza das políticas públicas nacionais na atualidade.

Trata-se de mais um exemplo em que o TCU poderia ter atuado para retroalimentar o planejamento estatal em matéria de infraestrutura. Nesse caso, não apenas para recomendar, mas também para determinar que a referida Estratégia – publicada pelo Poder Executivo por meio de relatório – fosse acrescida de metas objetivamente aferíveis, para possibilitar seu acompanhamento ao longo dos anos. Ao mesmo tempo, cabia-lhe apresentar seu diagnóstico ao Poder Legislativo, estimulando-o a editar legislação que apresentasse elementos necessários de planejamento para uma estratégia nacional de desenvolvimento de longo prazo.

(c) Transparência dos investimentos plurianuais em infraestrutura no PPA

Em relação aos investimentos plurianuais da União – que devem ser previstos no PPA, sob pena de crime de responsabilidade (art. 167, §1º, da CF), e cuja grande

⁷⁴⁹ MINISTÉRIO DA ECONOMIA. *Manual Técnico do Plano Plurianual 2020-2023*. Brasília: Ministério da Economia, 2020.

⁷⁵⁰ MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO E ORÇAMENTO – MPO. *Manual Técnico do Plano Plurianual 2024-2027*. Brasília: Ministério do Planejamento e Orçamento, 2023.

parte se relaciona a projetos de infraestrutura –, o TCU tem identificado graves falhas de planejamento e, também, tem apresentado alternativas para a governança nesse tema.

No Acórdão nº 1.481/2022⁷⁵¹, ao emitir parecer prévio sobre as contas do Presidente da República do exercício de 2021, a Corte reforçou que é incompatível com o adequado planejamento estatal a prática tradicionalmente adotada nos PPAs federais de não especificar de forma integral e transparente os investimentos plurianuais.

Como visto no item 1.4.2 deste trabalho, os PPAs da União costumam dispor de forma vaga e incompleta sobre os investimentos federais que ultrapassam um exercício. Delegam às leis orçamentárias os seus detalhamentos e permitem ao Poder Executivo, por ato próprio, alterar o rol de investimentos plurianuais no PPA, seus valores e eventuais metas a eles vinculadas. Além disso, estipulam, de modo genérico, que os investimentos plurianuais estão inseridos nos valores globais dos programas do PPA.

Além de divergir do dever de planejamento previsto no art. 167, §1º, da CF, essa prática, ao inviabilizar uma visão transparente sobre os maiores investimentos federais, principalmente sobre grandes projetos de infraestrutura, também dificulta seu monitoramento e seu controle.

Para minimizar tal problemática, o Poder Executivo, acolhendo as ponderações do TCU naquela decisão, elaborou o projeto de PPA 2024-2027 com base em todos os investimentos plurianuais cadastrados no âmbito do Sistema de Planejamento e Orçamento Federal – SIOP, que detém ampla plataforma de dados e informações sobre os investimentos federais.

⁷⁵¹ “A mensuração dos programas finalísticos previstos no PPA 2020-2023 pelo valor global, todavia, não reflete a noção de transparência, uma vez que a sociedade e até mesmo os órgãos de controle, pelo texto do PPA e de seus anexos, não dispõem de meios de amplo acesso público com as informações necessárias para verificar o fiel cumprimento do art. 167, § 1º da Carta Política, no sentido de assegurar a previsão, na integralidade, dos investimentos plurianuais de cada programa e por exercício. O art. 16, inciso II da LRF exige ainda que a criação, expansão ou aperfeiçoamento da despesa seja compatível com o PPA (e com a LDO). Já o § 1º, inciso II desse artigo diz que é compatível com o PPA (e com a LDO) a despesa que se conforme com as diretrizes, objetivos e metas previstos nesses instrumentos e não infrinja qualquer de suas disposições” (por tudo, ver: Acórdão nº 1.481/2022, Plenário, relator Min. Aroldo Cedraz, julgado em 29 de junho de 2022).

A partir dessa mudança, integrantes do Ministério do Planejamento e Orçamento⁷⁵² explicam que, durante o processo de elaboração do projeto de PPA, após o Executivo acolher as proposições do TCU expostas no referido Acórdão nº 1.481/2022,

diferentemente do PPA 2020-2023, cujo anexo de investimentos plurianuais foi restrito a 30 investimentos definidos como prioritários, a ideia foi que no PPA 2024-2027 constasse um Anexo de Investimentos mais completo, com um rol representativo de investimentos com previsão orçamentária. São 412 investimentos plurianuais constantes no Anexo VII, dos programas de gestão e manutenção do Poder Executivo e dos demais poderes [...].

Já o Anexo VIII, das empresas estatais não dependentes, traz 151 investimentos plurianuais relacionados à nove programas e agrupados em 20 empresas, dentre as quais a Petrobrás, o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal. É uma carteira que prevê R\$ 209,2 bi no período do PPA.

O parecer do TCU sobre as contas presidenciais de 2021 demonstra a capacidade do controle exercido pela Corte, no paradigma aqui compreendido como controle de legitimidade, de reforçar o planejamento do Estado brasileiro, sobretudo para aperfeiçoar a governança sobre investimentos em infraestrutura.

A propósito, como será avaliado em item próprio⁷⁵³, o processo de análise das contas anuais do Chefe do Poder Executivo, ainda que detenha caráter opinativo – já que o julgamento final cabe ao Congresso Nacional –, representa um relevante espaço de atuação do TCU para retroalimentar o planejamento e, assim, exercer o controle de legitimidade ora defendido.

(d) Uma postura oscilante no caso do Plano Nacional de Logística – PNL 2035

Em outro precedente sobre políticas públicas na infraestrutura, em junho de 2022, no Acórdão nº 1.472/2022⁷⁵⁴, o TCU avaliou o Plano Nacional de Logística – PNL 2035, aprovado em 2021, pelo então Ministério da Infraestrutura⁷⁵⁵. O plano

⁷⁵² PEREIRA, Flávia Pedrosa; SILVA, Eduardo Rodrigues da; PAVANI, Ismael. Investimentos plurianuais: planejando a infraestrutura para o desenvolvimento. In: LEMOS, Leany; MENEZES, Daiane; SERVO, Luciana (orgs.). *Reconstrução do planejamento nacional*. Brasília: Ministério do Planejamento e Orçamento, 2024, p. 227-228.

⁷⁵³ Vide item 4.9.

⁷⁵⁴ Acórdão nº 1.472/2022, Plenário, relator Min. Antonio Anastasia, julgado em 22 de junho de 2022.

⁷⁵⁵ O PNL 2035 foi aprovado pelo Comitê Estratégico de Governança do então Ministério da Infraestrutura, por meio da Resolução nº 6/2021.

aponta o planejamento da Administração Federal para o setor de transportes até o ano de 2035.

A Corte reconheceu aspectos positivos do PNL 2035, tal como a previsão de fortalecimento do uso de inovações tecnológicas pela Administração Federal para a implementação de políticas públicas. Podem ser citadas, por exemplo, ferramentas de tratamento de dados de notas fiscais eletrônicas e de dados de telefonia móvel para definir origens e destinos de cargas e pessoas e, assim, identificar a demanda para a ampliação da infraestrutura de transportes.

Por outro lado, o TCU verificou novamente falhas graves no planejamento estatal, especialmente a ausência de metas e objetivos claros para orientação do ciclo da política pública referente ao PNL 2035. Também constatou a falta de instrumentos para a aferição do custo-benefício dos projetos de infraestrutura e de critérios de priorização de investimentos. Por fim, apontou a alocação de investimentos em projetos sem a demonstração de sua viabilidade econômico-financeira, inclusive prejudicando a captação de recursos privados para sua execução, por meio de concessões ou parcerias público-privadas.

No entanto, o TCU, mais uma vez, adotou uma postura que enfraquece o exercício do que aqui denominamos de controle de legitimidade, ao se limitar a expedir recomendações, a serem adotadas a critério exclusivo da gestão federal.

Ocorre que, ainda em relação ao PNL 2035, posteriormente, em dezembro de 2023, o TCU deu sinais de avanço quanto à utilização do potencial de sua atuação para, na origem, eliminar graves falhas de planejamento e fortalecer a harmonia entre a execução dos programas governamentais e o planejamento estatal.

No Acórdão nº 2.519/2023⁷⁵⁶, o TCU apreciou diferentes obras e projetos de infraestrutura em execução, financiados com recursos federais, a partir de sua compatibilidade com a política pública planejada nos respectivos planos estatais.

Nesse caso, além do PNL 2035, as obras e projetos foram avaliados sob a perspectiva de sua aderência também ao Planejamento Integrado de Transportes – PIT, instituído em 2020 pela Administração Federal. Assim, a decisão representou, de

⁷⁵⁶ Acórdão nº 2.519/2023, Plenário, relator Min. Antonio Anastasia, julgado em 6 de dezembro de 2023.

forma ainda mais clara, uma atuação da Corte no exercício do que aqui denominamos de controle de legitimidade: a aferição do executado em relação ao planejado.

Nessa nova decisão, o TCU identificou três grandes problemas na execução dos empreendimentos: i) deficiência de critérios de governança no processo de tomada de decisões para priorização de investimentos; ii) ausência de motivação para seleção e inclusão de projetos nos planos orçamentários, no Novo PAC e no Programa de Parcerias e Investimentos – PPI, sendo constatada a priorização de projetos com baixo impacto social, e; iii) inexistência de uma sistematização investimentos para a integração entre projetos em diferentes modais de transportes, especialmente em virtude do baixo nível de coordenação entre o Ministério dos Transportes, o Ministério de Portos e Aeroportos e a empresa estatal Infra S.A, vinculada ao Ministério dos Transportes.

Outra constatação do TCU nesse acórdão se referiu a um problema de planejamento: esse Programa foi lançado com projetos de infraestrutura que dependem de recursos orçamentários por mais de um exercício (projetos plurianuais), mas que não estavam previstos no plano plurianual da União. Essa falta de integração entre o planejamento das obras e o planejamento orçamentário causa riscos à sustentabilidade financeira dos projetos, além de ineficiência no uso de recursos públicos.

Todavia, o que chamou a atenção nessa decisão foi que, ao contrário do precedente anterior sobre o PNL 2035, o TCU, além de recomendações, também elencou *determinações* à Administração. Assim, falhas identificadas numa execução em descompasso com o planejamento deram ensejo a comandos que obrigavam os órgãos federais envolvidos a retomar a rota das prioridades e dos objetivos planejados pela própria gestão pública.

O TCU determinou ao Ministério de Transportes e ao Ministério de Portos e Aeroportos, em articulação com a Casa Civil, a apresentação, no prazo de 180 dias, de justificativas expressas e motivadas para a inclusão de cada um dos investimentos logísticos do Novo PAC, detalhando os custos, prazos, impactos positivos e negativos e riscos considerados na tomada da decisão. No mesmo prazo de 180 dias, determinou aos mencionados órgãos federais, com o escopo de eliminar lacunas ou gargalos nos corredores logísticos, uma reavaliação dos projetos abrangidos pelo

Novo PAC sob a ótica da intermodalidade, isto é, da integração entre os diferentes modais de transportes, uma das principais diretrizes do Plano Nacional de Logística 2035.

Note-se que o acórdão do TCU não impôs mudanças de escolhas políticas a cargo do administrador público, mas apenas exigiu que essas decisões fossem embasadas em justificativas aptas a demonstrar seus impactos, positivos e negativos, bem como a pertinência com o que fora anteriormente planejado.

Com isso, reforça a Corte de Contas federal que o planejamento não é imutável, porém não pode ser equiparado a uma mera carta de intenções, sem qualquer força normativa. Em caso de mudança de rota da política pública, cabe à Administração apresentar justificativas fundamentadas, com motivações sustentáveis⁷⁵⁷, indicando novas soluções que atendam melhor o interesse público quando comparadas com aquelas inicialmente desenhadas nos instrumentos de planejamento estatal.

Assim, no exercício do controle de legitimidade, também é cabível a atribuição de caráter cogente aos comandos das decisões dos tribunais de contas que obriguem aos órgãos e entidades controladas a apresentação de avaliações e motivações baseadas em diretrizes, objetivos e metas planejadas pela própria Administração. A postura cooperativa e dialógica do controle externo, necessária em processos sensíveis envolvendo políticas públicas, não significa uma limitação de decisões com meras recomendações, a serem cumpridas sob crivo exclusivo da Administração, principalmente quando identificadas falhas graves de planejamento, capazes de inviabilizar a boa implementação de políticas públicas.

De todo modo, compreende-se que ainda há um grande espaço para aprimoramentos no exercício do controle da legitimidade de políticas públicas pelo TCU, principalmente para conferir maior efetividade a decisões em tais casos.

Por exemplo, ainda no mencionado Acórdão nº 2.519/2023⁷⁵⁸, a Corte reconheceu expressamente que ferramentas de planejamento custeadas com recursos públicos foram deixadas de lado para a execução das ações governamentais. Assim, identificou que a estatal Infra S.A “investiu tempo e dinheiro para desenvolver ferramentas técnicas de Estado que permitiriam avaliar a rede de

⁷⁵⁷ Sobre motivação sustentável, ver item 4.1.2.

⁷⁵⁸ Acórdão nº 2.519/2023, Plenário, relator Min. Antonio Anastasia, julgado em 6 de dezembro de 2023.

transportes de forma integrada, porém o Governo Federal não comprovou utilizá-las para influenciar efetivamente as decisões de investimento do novo PAC”. Por isso, continua a decisão, “não existem evidências de que o planejamento foi utilizado para otimização dos recursos, o que reduz a oportunidade de que investimentos de baixo retorno social sejam identificados previamente e aumenta a probabilidade de desperdícios e ineficiência logística”.

No entanto, nesse ponto, a decisão se limitou a *recomendar* que a Administração avalie a proposição de aperfeiçoamentos para adoção de critérios de escolha de projetos que conectem o planejamento com as efetivas decisões estatais em matéria de infraestrutura. Sobre o ponto, retornando à uma postura de excessiva autocontenção, o acórdão registrou que é preciso respeitar “o espaço de discricionariedade a ser conferido ao gestor para priorizar as demandas que serão atendidas, em ambiente orçamentário via de regra restrito”⁷⁵⁹.

Dessa forma, a Administração, por meio de empresa estatal, desenvolveu ferramentas técnicas específicas que evidenciavam os projetos dotados de maior retorno social para serem inseridos no PAC III – o maior programa de infraestrutura no Brasil na atualidade. Porém, as ferramentas foram desconsideradas na tomada de decisão pela Administração, não havendo critérios claros e objetivos para a inclusão das obras no referido Programa. Além de desperdício de recursos públicos, a conduta aparenta ter privilegiado o improvisado sobre planejamento, mas, mesmo assim, o TCU entendeu que se trataria de matéria discricionária do gestor público, de forma que lhe caberia apenas expedir recomendações.

Ocorre que a elaboração, custeada com recursos públicos, de ferramentas de planejamento em infraestrutura por um órgão, mas ignorada por outro, sem qualquer motivação expressa para tanto, não pode ser entendida como um legítimo exercício da discricionariedade administrativa. A nosso ver, no caso, caberia ao TCU impor à Administração, ao menos, a apresentação de justificativas pela não adoção dos mecanismos desenvolvidos pela estatal Infra S.A para aperfeiçoar as decisões sobre a seleção de investimentos estruturantes.

Como se percebe dos precedentes analisados, há casos em que o próprio TCU fragiliza o impacto de sua atuação para retroalimentar o planejamento e aperfeiçoar

⁷⁵⁹ Acórdão nº 2.519/2023, Plenário, relator Min. Antonio Anastasia, julgado em 6 de dezembro de 2023.

políticas públicas de infraestrutura, admitindo-se planos e estratégias com falhas graves de estruturação e com ausência de elementos básicos para seu gerenciamento e monitoramento.

Isso ocorre, sobretudo, pela ideia de que tais falhas não admitiriam uma maior intervenção do tribunal de contas, inclusive por meio de determinações (decisões cogentes), porque (i) deve-se respeitar a discricionariedade administrativa e (ii) há uma preferência pela utilização de outros parâmetros de controle.

Porém, de um lado, discricionariedade é diferente de arbitrariedade, como já visto em capítulo anterior. Escolhas discricionárias devem ser precedidas de avaliações e justificativas expressas. A gestão pública deve demonstrar que sopesou as diferentes alternativas possíveis para o atendimento da determinada demanda social, optando por aquela que maximize os benefícios positivos líquidos das políticas públicas.

Ademais, não desrespeita a discricionariedade o TCU determinar aos responsáveis pelo planejamento estatal o estabelecimento de requisitos elementares para o desenho e implementação de políticas públicas. Assim, não se afronta a separação de Poderes quando a Corte de Contas estipula prazo para que, conforme a discricionariedade administrativa, sejam definidos critérios para a priorização de projetos ou que sejam definidas metas objetivamente aferíveis, quando tais elementos forem inexistentes em determinado instrumento de planejamento (como no mencionado Programa de Investimentos em Logística – PIL Ferrovias). Com isso, na verdade, reforça-se o exercício da discricionariedade pelos gestores públicos.

A violação à discricionariedade seria evidenciada apenas se o TCU substituísse as decisões dos agentes políticos sobre os elementos balizadores do planejamento. Mas, a discricionariedade não confere o direito da gestão pública de ser inerte ou de transformar os planos e estratégias em meros instrumentos decorativos, sem requisitos essenciais para sua efetiva implementação e acompanhamento.

Por outro lado, também haverá pouca efetividade do papel do tribunal de contas de reforçar o planejamento e aprimorar políticas públicas – no exercício do que aqui denominados de controle de legitimidade –, se tal instituição não compreender que essa atribuição se exerce por meio de parâmetros próprios, que extrapolam outros critérios de controle.

A legitimidade não se trata de uma baliza a ser adotado de forma isolada. Naturalmente, uma avaliação sistêmica da política pública depende da aferição de outros critérios, como a economicidade e legalidade. Porém, falhas graves no planejamento, como a inexistência de estudos para a escolha e elaboração de projetos no âmbito de um programa de infraestrutura de longo prazo, não podem ser tidas como menos importantes para o êxito da política pública.

O país se encontra repleto de obras públicas que, apesar de licitadas por um preço econômico (economicidade) e de acordo com procedimentos legais (legalidade), estão paralisadas justamente pela falta de planejamento, seja diante da ausência de recursos suficientes para seu término, da inexistência de mecanismos de monitoramento ou da desconsideração da falta de capacidade técnica, operacional e administrativa dos órgãos que foram designados para sua execução.

Por isso, caracterizar o controle de legitimidade como um critério próprio destinado a reforçar o planejamento contribui para que seja desenvolvida uma atuação mais proativa e abrangente do tribunal de contas na avaliação do desenho e da implementação de políticas públicas, sobretudo aquelas destinadas a produzir impactos de longo prazo.

Evita que a não identificação de desrespeito a outros parâmetros de controle (como economicidade e legalidade) seja motivo suficiente para que o tribunal de contas admita a existência de planos e programas governamentais destituídos de requisitos básicos de planejamento (como a definição de competências, indicadores, metas e fontes de financiamento).

Por meio da concepção de legitimidade aqui defendida, consolida-se o dever do adequado planejamento estatal como baliza própria da atuação do tribunal de contas, como condição para que exerçam um controle voltado à melhoria do desenho e da implementação de políticas públicas necessárias ao alcance de prioridades constitucionais.

4.3 Evolução do controle pelo TCU de concessões, PPPs e parcerias de investimentos

Para efetivar o controle de legitimidade, um aspecto que deve ser melhor desenvolvido pelo TCU é sua atuação perante as parcerias de investimentos, sobretudo concessões comuns e parcerias público-privadas – PPPs. São instrumentos que possuem tendência de maior utilização pela Administração para captação de investimentos privados na infraestrutura diante do constrangimento fiscal dos investimentos públicos, como estudado em capítulo anterior.

O adequado planejamento também é requisito fundamental para o alcance de melhorias na infraestrutura por meio dessas parcerias. Relembre-se que falhas no planejamento levaram à frustração de concessões realizadas pela União, o que motivou, inclusive, a criação dos institutos da relicitação e da prorrogação antecipada pela Lei nº 13.448/2017, com o objetivo de recuperar a viabilidade de diversos projetos nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário.

A atuação do TCU nesses casos ocorre por meio de procedimento específico, regulamentado pela IN nº 81/2018, estudada em item anterior. Ocorre que a fiscalização do TCU sobre o tema ainda carece de regras que fortaleçam seu papel na retroalimentação do planejamento estatal, com a aferição do cumprimento de diretrizes, objetivos e metas do Poder Público, no exercício do controle de legitimidade, inserido na esfera do macrocontrole externo.

A atual redação da IN nº 81/2018 ainda demonstra uma preocupação preponderante do TCU no controle da regularidade jurídico-formal dos grandes projetos de concessões e PPPs, na lógica do microcontrole externo⁷⁶⁰.

Embora preveja o envio pela Administração do “extrato do planejamento da desestatização”, a norma foca na verificação de elementos destinados a evidenciar a regularidade jurídico-formal da contratação. Faz-se uma análise individualizada a respeito de cada contratação, a partir do exame de documentos como minutas do edital da licitação e do contrato, estimativas de custos operacionais, orçamentos de obras e investimentos obrigatórios a cargo do concessionário e projeções de receitas tarifárias⁷⁶¹.

Não se constata um efetivo exame pelo TCU sobre a aderência dos projetos em relação aos mecanismos de planejamento estatal, tais como os planos nacionais,

⁷⁶⁰ Sobre o macro e microcontrole externo, ver o item 2.2.

⁷⁶¹ Art. 2º, §2º, e 3º da IN nº 81/2018.

regionais e setoriais que impactam na infraestrutura. Ilustram isso recentes decisões sobre parcerias na área de rodovias.

Em abril de 2024, em duas decisões, uma sobre a relicitação de trecho da BR-040/GO/MG e outra sobre a concessão da BR-381/MG, a Corte realizou apurada análise da regularidade e da economicidade do modelo adotado. Como resultado, no primeiro caso, por exemplo, determinou à ANTT a revisão dos custos de desapropriação necessários para a realização das obras da concessão e o aperfeiçoamento das metodologias de aferição dos parâmetros de desempenho contratual⁷⁶². No segundo caso, determinou àquela Agência a revisão de regras do edital da licitação, com o propósito de ampliar a competitividade e a atratividade da licitação, sobretudo porque em dois leilões anteriores não houvera a apresentação de propostas⁷⁶³.

Ocorre que, nas referidas decisões, não se realizou qualquer avaliação da compatibilidade das parcerias aos planos setoriais de transporte, a exemplo do Planejamento Integrado de Transportes – PIT e do Planejamento Integrado de Transportes – PIT. Também não houve apreciação da aderência dos projetos com as diretrizes, objetivos e metas das políticas e dos programas planejados nas peças orçamentárias, notadamente no PPA 2024-2027.

Especificamente quanto ao planejamento orçamentário, de acordo com a IN nº 81/2018, apenas em relação às PPPs (concessões em que há contrapartida financeira da Administração para a remuneração do particular) é que se exige a demonstração da aderência do projeto às peças orçamentárias⁷⁶⁴. De todo modo, nessa hipótese, o TCU avalia apenas se as despesas públicas possuem dotação na LOA, compatibilidade com a LDO e previsão no PPA. As únicas metas invocadas como parâmetro da fiscalização da Corte são as metas fiscais previstas na LDO (resultado nominal, resultado primário e montante de dívida). Não há nenhuma referência a metas de resultados de programas governamentais constantes no PPA ou em outros instrumentos de planejamento.

O ato normativo do TCU, aparentemente, parte do pressuposto de que o arcabouço orçamentário se limita a disciplinar a vida contábil-financeira do Estado. No

⁷⁶² Acórdão nº 762/2024, Plenário, relator Min. Aroldo Cedraz, julgado em 17 de abril de 2024.

⁷⁶³ Acórdão nº 768/2024, Plenário, relator Min. Antonio Anastasia, julgado em 17 de abril de 2024.

⁷⁶⁴ Art. 5º, VI, da IN nº 81/2018.

entanto, como visto anteriormente, a Constituição impõe que o PPA, a LDO e a LOA sejam considerados como efetivos instrumentos de planejamento estatal para a implementação de boas políticas públicas, apontando para a construção do futuro da sociedade, a fim de viabilizar o atendimento das prioridades e das metas do Poder Público no curto, médio e longo prazo.

Além disso, mesmo nas concessões comuns, em que a remuneração do particular decorre da exploração dos serviços, sem aportes públicos, há diversos encargos ao poder concedente, inclusive com impactos financeiros, que demandam um adequado planejamento estatal. Citem-se eventuais desapropriações, servidões administrativas e a necessidade de criação ou ampliação de estruturas administrativas para a fiscalização, normatização e regulação do serviço, conforme o art. 29, I, VIII e IX, da Lei nº 8.987/1995.

Em relação a tais contratações, Santoro⁷⁶⁵ chama a atenção para riscos fiscais que, até o momento, não têm sido adequadamente mapeados nos projetos desenvolvidos no Brasil. Aponta como exemplo as responsabilidades decorrentes da alocação de riscos contratuais à Administração. São capazes de gerar impactos fiscais no longo prazo, como no caso de previsão de aportes públicos para cobrir eventos extraordinários de elevação de preços dos insumos ou de queda de receitas com tarifas que extrapolam o risco atribuído contratualmente ao concessionário. Passivos contingentes que deveriam estar evidenciados, de forma transparente, desde o início da execução dos projetos, com indicação nas leis orçamentárias, inclusive no Anexo de Riscos Fiscais da LDO.

Além do mais, na IN nº 81/2018, não há nenhuma exigência explícita de comprovação de que o projeto de infraestrutura está em harmonia com os planos nacionais, regionais e setoriais das diferentes áreas da infraestrutura. Por exemplo, não se encontra dentro dos elementos elencados para a avaliação do TCU regra que imponha à Administração a comprovação da integração de eventuais projetos de transportes rodoviários com outros modais, como o aéreo, o ferroviário e o aquaviário, com vistas a implementar de forma efetiva o Plano Nacional de Logística 2035.

Além de prejudicar a boa execução de políticas públicas, a falta de compatibilidade de concessões e PPPs com os mecanismos de planejamento do

⁷⁶⁵ SANTORO, George. Concessões e PPPs: desvendando os riscos fiscais. *Jota*, São Paulo, 25 de abril de 2024.

Estado também reduz a previsibilidade e, conseqüentemente, a segurança jurídica na relação com o parceiro privado. Isso gera efeitos antieconômicos ao Poder Público e aos usuários dos serviços. Sem a confiança de que a Administração se planejou para cumprir com suas contrapartidas (financeiras ou não) no curto, médio e longo prazo, naturalmente, o particular absorverá esses riscos na precificação de suas propostas na licitação.

Objeto de estudos da Análise Econômica do Direito – AED⁷⁶⁶, a *teoria dos jogos* indica que os agentes econômicos (jogadores), ao traçarem suas estratégias perante um determinado mercado, em busca de resultados mais eficientes, atêm-se não apenas aos movimentos dos jogadores concorrentes, mas também de jogadores externos, como o Estado⁷⁶⁷. A influência do Estado sobre as estratégias dos jogadores ocorre principalmente pelo estabelecimento de normas jurídicas que incidem sobre o mercado em disputa.

Essa formulação de estratégias baseadas nas *jogadas e movimentações* do Estado tem especial relevância perante o mercado de contratações públicas⁷⁶⁸, principalmente na área de infraestrutura pública, que normalmente envolve grande volume de recursos. Nesse setor, o principal consumidor (Estado) detém poder de império, que lhe confere, por exemplo, prerrogativas para, unilateralmente, alterar contratos e criar novas obrigações para o particular (cláusulas exorbitantes).

Imagine-se que uma licitação para concessão comum na área de transportes preveja que, durante a exploração dos serviços, o particular deve aplicar investimentos para a duplicação de uma estrada, o que será precedido de desapropriações dos imóveis particulares às margens da rodovia pelo poder concedente, nos termos do art. 29, VIII, da Lei nº 8.987/1995⁷⁶⁹. Caso não se

⁷⁶⁶ A metodologia da Análise Econômica do Direito (AED), ou *Law and Economics*, como é chamada nos Estados Unidos, guia-se pela ideia de que os fenômenos econômicos podem ser parâmetros para a resolução de problemas jurídicos e, ao mesmo tempo, reconhece a importância do Direito para influenciar a economia. Com isso, a relação Direito e Economia deve se pautar, principalmente, pela eficiência, de modo que normas jurídicas devem ser elaboradas, interpretadas e aplicadas de modo a conferir a maior eficiência econômica possível. Autores como Richard Posner vinculam a própria noção de justiça à eficiência econômica (cf. POSNER, Richard Allen. *The Problems of Jurisprudence*. Cambridge: Harvard University Press, 1990).

⁷⁶⁷ ULEN, Thomas; COOTER, Robert. *Direito & Economia*. 5ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 56.

⁷⁶⁸ Sobre a aplicação da teoria dos jogos em contratações públicas, ver: CAMELO, Bradson; NÓBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Charles L. de. *Análise econômica das licitações e contratos*: de acordo com a Lei nº 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2022, p. 79-93.

⁷⁶⁹ O art. 29, VIII, da Lei nº 8.987/1995, prevê que incumbe ao poder concedente “declarar de utilidade pública os bens necessários à execução do serviço ou obra pública, promovendo as desapropriações, diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis”.

demonstre um planejamento adequado para a execução dessas desapropriações – como a garantia de recursos orçamentários suficientes –, é natural que o particular compense esse risco de inadimplemento do Estado na formulação de sua proposta durante a licitação – o que, normalmente, ocorre por meio da redução do valor de outorga e/ou do aumento do valor da tarifa oferecida.

Além disso, também é o Estado que decide as metas de desempenho a serem atingidas pelos particulares durante a execução de uma concessão ou PPP. Essas metas, geralmente, impactam na remuneração do concessionário, que costuma ser variável para o estímulo a uma melhor performance na execução do contrato. Por isso, a definição das metas precisa ser equalizada perante diversos fatores, como: estágio da qualidade dos serviços antes da concessão; identificação de métricas e estabelecimento indicadores fidedignos para aferição de resultados durante a concessão, e; avaliação das capacidades financeira e operacional mínimas a serem exigidas dos licitantes para a boa execução dos serviços. Isso só é possível por meio de um adequado planejamento do poder concedente.

Metas mal calibradas e indicadores de baixa qualidade geram ineficiência e esvaziam o propósito das concessões e PPPs. Por exemplo, considere-se uma concessão em que um dos indicadores para o cálculo da remuneração do particular é o índice de satisfação dos usuários do serviço. A fixação de meta muito baixa (imagine-se em torno 10% de satisfação) afastaria o objetivo da concessão de obter a melhoria dos serviços. Mas, por outro lado, a fixação de meta inalcançável (imagine-se 99% de satisfação) também iria contra a eficiência dos serviços, uma vez que não haveria incentivo para que a concessionária adotasse medidas para uma maior satisfação dos usuários. Nesse caso, já durante o procedimento licitatório, os licitantes poderiam formular suas propostas com base na inviabilidade de se atingir essa meta mal calibrada pelo Poder Público, o que reduziria a vantajosidade da futura contratação.

Por isso, ao fim e ao cabo, o fortalecimento do planejamento estatal em concessões e PPPs, além de contribuir para a melhoria e expansão dos serviços concedidos, maximiza a atratividade e o retorno socioeconômico da licitação, com a seleção de propostas mais vantajosas (como a maior outorga e/ou menor tarifa), em um jogo de ganha-ganha, com benefícios para o Estado, para os usuários e para os concessionários.

Com isso, quanto às parcerias de investimentos, não se nega a importância de se manter a fiscalização do TCU sobre a instrução processual em conformidade com as exigências legais (controle de legalidade) e sobre o dimensionamento dos custos e receitas do projeto (controle de economicidade), no exercício do *microcontrole externo*.

Ocorre que é preciso que, nesses casos, a Corte, por meio do controle de legitimidade, avance na perspectiva do *macrocontrole externo*. Para tanto, o TCU deve passar a averiguar se a concessão comum ou a PPP, normalmente projeto estruturante e de longo prazo, se amolda ao planejamento estatal. Isso requer a congruência do projeto, bem como de suas metas e indicadores de desempenho contratuais, com diretrizes, objetivos, metas, prioridades de instrumentos como PPA e planos nacionais, regionais, setoriais.

Não é exagero afirmar que um projeto mais custoso e com irregularidades sanáveis, mas que produza impactos positivos de curto, médio e longo prazo necessários para o alcance dos objetivos e resultados planejados pode ser mais benéfico ao interesse público que outro projeto com preço financeiramente vantajoso e com absoluta regularidade jurídico-formal, porém totalmente desconexo com as estratégias e metas definidas no planejamento estatal.

Apesar dessas falhas hoje identificadas na forma de fiscalização do TCU sobre parcerias de investimentos (em virtude da atual redação da IN nº 81/2018), é preciso reconhecer que a Corte, mais recentemente, sinalizou importante progresso quanto ao controle de legitimidade sobre esses projetos.

Tal avanço se refere à fiscalização da Corte, especificamente, no setor portuário, a partir da edição da Portaria nº 1, de 9 de fevereiro de 2024, pela unidade AudPortoFerrovia do TCU⁷⁷⁰. O ato disciplina o procedimento interno do TCU para análise de processos de desestatização, através do acompanhamento de licitações para arrendamentos e concessões portuárias.

Um dos elementos de maior destaque estabelecido na Portaria é a previsão de que o TCU deve avaliar, em cada projeto, o cumprimento do art. 6º do Decreto nº 8.033/2013. Esse dispositivo determina que arrendamentos e concessões de bens públicos destinados à atividade portuária devem ser precedidos de estudos de

⁷⁷⁰ Unidade técnica de auditoria do TCU especializada em infraestrutura portuária e ferroviária.

viabilidade técnica, econômica e ambiental que demonstrem a observância “das diretrizes do planejamento do setor portuário, de forma a considerar o uso racional da infraestrutura de acesso aquaviário e terrestre e as características de cada empreendimento”.

De acordo com referida Portaria do TCU, a título de exemplo, entre as mais de sessenta questões elencadas para aferir o cumprimento do art. 6º do Decreto nº 8.033/2013, estabelece-se que a auditoria da Corte deve avaliar a seguinte questão: “o estudo de demanda é compatível com o plano mestre do complexo portuário, os planos setoriais e o plano nacional de logística?”

A partir disso, consolida-se o controle de legitimidade do TCU sobre arrendamentos e concessões portuárias. A Corte deve realizar o cotejo entre a execução do projeto e o planejamento nacional e setorial que impacta o setor portuário, tal como o Plano Nacional de Logística 2035. Ademais, o projeto será avaliado de acordo com o uso racional da infraestrutura de acesso a outros modais de transporte, o que demanda sua integração com outros planos setoriais, e não apenas o portuário.

A Portaria abrange expressamente apenas o setor de portos. Mas, entende-se que tais parâmetros decorrem do próprio exercício do controle de legitimidade de competência do TCU. Por isso, em nossa visão, o prisma da aderência ao planejamento nacional, regional e setorial deveria pautar todas as parcerias de investimentos submetidas à fiscalização do TCU.

Esse contexto demonstra a necessidade de ajustes na IN nº 81/2018 – ainda focada na regularidade jurídico-formal –, para absorver critérios de fiscalização destinados a retroalimentar o planejamento da Administração Federal em relação a parcerias de investimentos, principalmente na área da infraestrutura.

4.4 Combate às obras paralisadas por meio do controle de legitimidade

4.4.1 Um problema de consequências multifacetadas

Ainda que haja uma tendência de ampliação de captação de recursos privados por meio das parcerias de investimentos (como concessões e PPPs), a principal forma de execução de projetos em infraestrutura do país ocorre por meio das obras públicas.

No entanto, há muitos anos, um dos principais desafios do setor no Brasil é resolver o grave problema das obras públicas paralisadas.

Trata-se de seara em que o controle de legitimidade possui alto potencial de impactar positivamente para o aperfeiçoamento de políticas, programas e ações na área da infraestrutura, dado que falhas no planejamento são algumas das principais causas da paralisação de obras no país. Essas falhas se revelam diante da incapacidade tanto de se elaborar como de se monitorar projetos de infraestrutura do país. Não há critérios para a seleção de projetos, nem estratégias claras para que, uma vez iniciados, esses projetos sejam efetivamente concluídos, como indicam diagnósticos do TCU⁷⁷¹, da OCDE⁷⁷² e do Banco Mundial⁷⁷³.

A própria expressão “obra paralisada” carece de uma definição unificada na legislação nacional. Esse fator, por si só, dificulta uma visão geral e o monitoramento sobre a real situação do conjunto de obras públicas no Brasil, prejudicando diretamente o planejamento no setor da infraestrutura. Para os fins do presente trabalho, adota-se a definição utilizada pelo TCU⁷⁷⁴, que considera como paralisada aquela obra que preencha um dos seguintes critérios: a) declaração pelo órgão como paralisada; b) declaração da empresa contratada de que não dará continuidade à obra; c) reduzida execução física do contrato, entendida como tal aquela que, em três meses, progride menos que 10% da evolução física prevista inicialmente; d) inexistência de novas medições de serviços em período superior a 90 dias.

Uma obra paralisada provoca efeitos negativos à sociedade sob diversos ângulos: i) não são gerados os benefícios esperados à coletividade, sejam diretos (melhoria da infraestrutura e dos serviços públicos) ou indiretos (como empregos e crescimento econômico); ii) desperdícios de recursos públicos, com gastos

⁷⁷¹ Acórdão nº 1.079/2019, Plenário, relator Min. Vital do Rêgo, julgado em 15 de maio de 2019.

⁷⁷² Cf. ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. *OECD Economic Surveys: Brazil 2018*. Paris: OCDE, 2018.

⁷⁷³ Cf. BANCO MUNDIAL. *De volta ao planejamento: como preencher a lacuna de infraestrutura no Brasil em tempos de austeridade*. Washington D.C.: Banco Mundial, 2017.

⁷⁷⁴ Acórdão nº 1.079/2019, Plenário, relator Min. Vital do Rêgo, julgado em 15 de maio de 2019. Após a referida decisão, o então Ministério da Economia editou a Portaria SEGES/ME nº 25.405/2020, com conceito semelhante ao adotado pelo TCU, mas com acréscimo de que também será considerada paralisada a obra “interrompida por decisão judicial ou determinação de órgão de controle interno ou externo” (art. 2º, §1º, IV, “d”). De todo modo, ainda não se identifica uma uniformidade de conceitos em âmbito federal. Para obras do Ministério da Educação, por exemplo, há critérios mais amplos previstos na Lei nº 14.719/2023, de modo que será considerada paralisada, por exemplo, a obra com “evolução de execução física inferior a 5% (cinco por cento) nos últimos 120 (cento e vinte) dias” (art. 2º, I, “c”). A referida lei também diferencia as obras paralisadas das “inacabadas”, que são aquelas com contrato com vigência encerrada e não concluídas (art. 2º, II).

executados sem o retorno social esperado; iii) prejuízos que aumentam a cada dia que passa, já que a obra se deteriora continuamente, muitas vezes de maneira irreversível, de maneira a demandar, para ser finalizada, a reconstrução de toda sua estrutura inicial; iv) represamento do orçamento, dado que a inexecução física da obra impede sua execução financeira, mantendo-se dotações sem utilização; v) danos e inconvenientes à rotina da população da localidade da obra, e; vi) perda da credibilidade da Administração e das políticas públicas, de modo a favorecer discursos populistas antipolíticos⁷⁷⁵.

Além do mais, a infraestrutura não é um fim em si mesmo. Tem como principal objetivo oferecer meios para viabilizar o desenvolvimento econômico e social e o alcance dos objetivos prioritários da coletividade. Por isso, a falta do adequado planejamento das obras federais, com o acúmulo de empreendimentos paralisados, gera problemáticas que extrapolam o âmbito da infraestrutura, com prejuízo a outras áreas essenciais para a sociedade.

Exemplo disso é a situação das obras paralisadas e seu prejuízo à educação infantil no país. O Plano Nacional de Educação – PNE, aprovado pela Lei nº 13.005/2014, é um dos mais importantes instrumentos de planejamento de políticas públicas educacionais no Brasil. O PNE está estruturado em vinte metas, que devem ser perseguidas por meio de estratégias específicas, a serem adotadas, em regime de colaboração, pela União, estados, o distrito federal e municípios.

De acordo com a meta 1 do PNE, no prazo de dez anos, a oferta de educação infantil em creches deveria ser ampliada para atender, no mínimo, metade das crianças de até três anos. Para isso, o Plano estabeleceu como estratégias, entre outras, o levantamento da demanda de vagas em creches e a colaboração entre os entes de todas as esferas para a expansão das respectivas redes públicas de educação infantil.

No entanto, alcançado o prazo-limite, identifica-se que a meta de cobertura de vagas em creches (50% para crianças de até três anos) esteve longe de ser cumprida.

⁷⁷⁵ Alguns estudos de casos sobre os impactos negativos da paralisação de obras públicas podem ser conferidos em: CÂMARA BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO – CBIC. *Impacto econômico e social da paralisação das obras públicas*. Brasília: CBIC, 2018.

Em relatório de monitoramento divulgado em junho de 2022, o INEP⁷⁷⁶ indicou que, no Brasil, a taxa de cobertura ainda se encontrava em 37% – mesmo que tenha havido, nos anos anteriores, queda da população em idade pré-escolar, o que facilitaria o cumprimento da meta. Quando se observam os dados por estados, evidencia-se que a falta de vagas em creches agrava ainda mais as desigualdades regionais. Enquanto a taxa de cobertura na Região Sul foi de 44,0%, na Região Norte foi de apenas 18,7%.

A deficiência no planejamento em infraestrutura tem forte relação com a frustração desses objetivos da educação infantil. O diagnóstico apresentado pelo TCU no Acórdão nº 1.079/2019 demonstrou que, em virtude da paralisação de obras federais vinculadas ao Programa Proinfância, pelo menos 75 mil vagas em creches deixaram de ser criadas no país. Assim, falhas no desenho e na implementação da infraestrutura prejudicaram diretamente o cumprimento de metas em educação estabelecidas pela própria Administração.

Além disso, como membro da ONU, o Brasil se obrigou ao cumprimento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODSs da Agenda 2030. O ODS nº 4 é o de “assegurar a educação inclusiva e equitativa e de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todas e todos”. Em relação à educação pré-escolar fixa-se, para o alcance desse objetivo, a meta de, “até 2030, garantir que todos as meninas e meninos tenham acesso a um desenvolvimento de qualidade na primeira infância, cuidados e educação pré-escolar, de modo que eles estejam prontos para o ensino primário” (meta 4.2). Assim, o grande número de obras paralisadas para a construção de creches também vai de encontro à meta internacionalmente assumida pelo Estado brasileiro.

De todo modo, nesse cenário de frustração da meta 1 do PNE e do risco de não atingimento da meta 4.2 da Agenda 2030, o controle do TCU tem apresentado alguns resultados efetivos para o aprimoramento do planejamento e das ações de retomada das obras paralisadas, principalmente na educação. Em virtude das sucessivas fiscalizações da Corte sobre o tema, foi editada a Lei nº 14.719/2023, com objetivo de promover medidas para a “retomada de obras e de serviços de engenharia

⁷⁷⁶ INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA – INEP. *Relatório do 4º Ciclo de Monitoramento das Metas do Plano Nacional de Educação 2022*. Brasília: INEP, 2022, p. 34-35.

destinados à educação básica e profissionalizante e à saúde”. Na justificativa da Medida Provisória nº 1.174/2023, posteriormente convertida na referida lei, o Poder Executivo expressou que o objetivo é de endereçar soluções para os apontamentos do TCU, que “reconheceu que a ausência de um plano central para gestão das obras paralisadas, inacabadas e canceladas e a ausência de atualização técnica e financeira dos projetos encontram-se entre as principais causas para a existência do alto número de obras paralisadas e inacabadas”⁷⁷⁷.

Além disso, reforçando a priorização das obras na educação, a LDO 2024 trouxe, pela primeira vez, a regra de que na execução do orçamento “o poder Executivo deve dar prioridade às programações relacionadas a obras ou serviços de engenharia cuja execução física esteja atrasada ou paralisada, especialmente as que se encontrem sob a responsabilidade do Ministério da Educação”⁷⁷⁸.

Como se percebe, há um grande espaço para que o controle de legitimidade produza benefícios não apenas para o setor da infraestrutura, mas também para outras áreas essenciais da sociedade. A partir dele, sem substituir o papel do gestor, cabe ao tribunal de contas retroalimentar o planejamento na gestão das obras federais para evitar paralisações.

Desse modo, apresentam-se, a seguir, dois relevantes aspectos do exercício do controle de legitimidade que denotam seu potencial de contribuir para o enfrentamento do problema das obras paralisadas: i) fiscalização para a implementação de sistemas eficientes de gestão e monitoramento das obras, e; ii) avaliação sobre o início de novas obras sem a existência de recursos para garantir a continuidade daqueles em andamento.

4.4.2 Fiscalização para o monitoramento eficiente de obras públicas

Uma das causas para as recorrentes paralisações de obras públicas no país é a incapacidade da Administração de realizar seu adequado monitoramento. O Poder Público não compreende qual o conjunto de obras sob sua gestão. Há um histórico de deficiência de instrumentos para a contínua coleta, sistematização e divulgação de

⁷⁷⁷ PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Exposição de motivos – Medida Provisória nº 1.174, de 12 de maio de 2023*. Brasília: Presidência da República, 2023.

⁷⁷⁸ Art. 19, §2^a, da Lei nº 14.791/2023.

dados e informações sobre a carteira de projetos da Administração – como o valor estimado, localização, programação orçamentária, situação atual, execução física e financeira. Sem esse acompanhamento, impede-se que a gestão pública formule planos e estratégias para: i) selecionar projetos prioritários; ii) realizar uma gestão de riscos eficiente; iii) adotar medidas preventivas para evitar interrupções e; iv) identificar soluções para a rápida retomada das que sofrerem paralisações.

No âmbito federal, avanços recentes ocorreram, principalmente, diante das reiteradas atuações do TCU sobre o tema. Trata-se, pois, de mais um exemplo que indica que o desenvolvimento de uma concepção de controle de legitimidade baseada em fortalecer ferramentas de planejamento traz impactos positivos para políticas públicas estratégicas para o país.

Já em 2007, o TCU realizou levantamento sobre obras federais paralisadas. No Acórdão nº 1.118/2007, indicou, entre os principais gargalos que causam o problema, a ausência de informações mínimas para o acompanhamento dos projetos. Assim, apontou a necessidade de criação de “um sistema de informações para registro de dados das obras públicas executadas com recursos federais que consubstancie um Cadastro Geral de Obras e permita o controle e acompanhamento dos empreendimentos, bem como a ampla consulta pela sociedade”⁷⁷⁹. No entanto, o Poder Executivo requereu sucessivas vezes a dilação do prazo para a implementação desse sistema unificado⁷⁸⁰.

A ausência desse efetivo monitoramento agravou o problema da paralisação das obras federais nos anos seguintes. Foi o que reconheceu o TCU por meio do Acórdão nº 1.079/2019. Nessa oportunidade, constatou que, entre 38 mil obras federais verificadas, mais de 14 mil estavam paralisadas. Em termos de recursos, R\$ 10 bilhões já haviam sido aplicados nas obras paralisadas. Novamente, reiterou, como mecanismo de gestão de riscos e de apoio à tomada de decisões para a priorização de projetos, a necessidade de criação de plataforma centralizada para registro e acompanhamento da carteira de projetos⁷⁸¹.

⁷⁷⁹ Acórdão nº 1.188/2007, Plenário, relator Min. Valmir Campelo, julgado em 20 de junho de 2007.

⁷⁸⁰ Acórdãos nºs 617/2010, 148/2014 e 699/2014, todos de relatoria do Min. Valmir Campelo, e Acórdão nº 2.451/2017, de relatoria do Min. Vital do Rêgo.

⁷⁸¹ O cenário encontrado sinalizava ser ainda pior, uma vez que, como registrado pelo TCU, essa “consolidação não relaciona a totalidade de obras paralisadas existentes, tendo em conta que não foi possível acessar as informações pulverizadas em uma infinidade de órgãos e instituições. Assim, optou-se por listar os bancos de

Aquele diagnóstico do TCU chamou a atenção da sociedade e do Congresso Nacional, que, alguns meses depois, promulgou a EC nº 102/2019. Entre as novidades, foi incluído o §15 ao art. 166 da Constituição, com a previsão de que “a União organizará e manterá registro centralizado de projetos de investimento contendo, por Estado ou Distrito Federal, pelo menos, análises de viabilidade, estimativas de custos e informações sobre a execução física e financeira”.

Em 2020, por meio do Acórdão nº 468/2020⁷⁸², a Corte fixou o prazo improrrogável de 31 de julho de 2020 para o Poder Executivo disponibilizar o sistema de cadastro geral de obras da União, ainda que em uma versão inicial de testes. Também concedeu prazo até 1º de janeiro de 2021 para a efetiva implementação do referido cadastro.

Diante dessas exigências, três dias antes da finalização do prazo fixado pelo TCU, o Poder Executivo federal publicou a Portaria nº 17.951, de 28 de julho de 2020, que institui o *Painel de Obras* como uma “ferramenta mantida e sob gestão do Ministério da Economia, voltada à transparência das informações e dados correlatos aos empreendimentos executados com recursos da União” (art. 1º, §1º). No entanto, o Painel de Obras foi criado para divulgar informações apenas sobre empreendimentos até então vinculados ao antigo PAC⁷⁸³ e daqueles executados por transferências voluntárias para os demais entes⁷⁸⁴. Portanto, o mencionado sistema já nasceu com caráter provisório, enquanto não criado um mecanismo definitivo de monitoramento do conjunto global de obras federais.

No fim de setembro daquele ano, então, foi editado o Decreto 10.496/2020, que criou o *Cadastro Integrado de Projetos de Investimento – CIPI*, com o objetivo de centralizar, de forma ampla e geral, as informações sobre as obras custeadas com os recursos federais dos orçamentos fiscal e da seguridade social. Tal cadastro começou a ser utilizado a partir de 31 de janeiro de 2021 e, gradativamente, passa a abranger os pulverizados bancos de dados federais responsáveis por registrar obras públicas.

Assim, o Painel de Obras, em caráter provisório, e o CIPI, em caráter definitivo, atualmente, são os dois principais instrumentos para o cumprimento das orientações

dados considerados mais representativos” (por tudo, ver: Acórdão nº 1.079/2019, Plenário, relator Min. Vital do Rêgo, julgado em 15 de maio de 2019).

⁷⁸² Acórdão nº 468/2020, Plenário, relator Min. Benjamin Zymler, julgado em 11 de março de 2020.

⁷⁸³ Obras executadas com base no Decreto nº 6.025/2007, que regulamenta a antiga versão do PAC.

⁷⁸⁴ Atualmente, operacionalizadas pela Plataforma Transferegov.br, criada pelo Decreto nº 11.271/2022.

do TCU, reiteradas desde 2007 (primeiro como recomendações, depois como determinações), para que a União cumpra seu dever de monitorar e divulgar informações sobre a execução dos projetos de infraestrutura.

Por outro lado, para não se tornarem cadastros protocolares e de pouca efetividade, o TCU, além de ter contribuído para sua criação, também tem atuado para que as informações disponibilizadas por esses sistemas sejam apresentadas de forma fidedigna, confiável e completa.

Em relação ao Painel de Obras, destaque-se que, em sua versão inicial, não havia informações sobre a situação do empreendimento (se paralisado, em execução, concluído etc.). Nos anos seguintes, houve um aprimoramento nesse ponto em decorrência de exigências do TCU, especialmente por meio do Acórdão nº 1.228/2021⁷⁸⁵, de modo a ampliar a transparência e a capacidade de monitoramento das obras paralisadas por parte da Administração, de órgãos de controle e da sociedade.

Em relação ao CIPI, foi previsto, em sua versão originária, que apenas havia obrigatoriedade de registro de novos projetos de engenharia. Os projetos já iniciados, notadamente as obras paralisadas, só seriam inseridos no cadastro a partir da sua retomada, quando houvesse emissão de novos empenhos⁷⁸⁶. Desse modo, se uma obra anterior ao CIPI permanecesse paralisada, sem emissão de novos empenhos, ela nunca seria registrada e, portanto, estaria fora do alcance do monitoramento implementado pelo CIPI.

Diante disso, também no Acórdão nº 1.228/2021, o TCU concluiu que, “ao não incluir todas as obras no Cadastro Integrado de Projetos de Investimentos, o risco de prejuízos associados a esses empreendimentos paralisados aumenta significativamente, pois dificulta o acompanhamento adequado, pelo Ministério, da evolução física e financeira dessas obras públicas”⁷⁸⁷. No mesmo sentido, por meio do Acórdão nº 2.555/2022⁷⁸⁸, embora tenha reconhecido avanços no monitoramento

⁷⁸⁵ Acórdão 1.228/2021, Plenário, relator Min. Vital do Rêgo, julgado em 26 de maio de 2021.

⁷⁸⁶ Segundo a redação originária do art. 8º do Decreto nº 10.496/2020, “após a implantação do CIPI, os projetos de investimento em infraestrutura que já estavam em execução serão registrados no referido Cadastro quando da emissão de novos empenhos de despesa”.

⁷⁸⁷ Acórdão 1.228/2021, Plenário, relator Min. Vital do Rêgo, julgado em 26 de maio de 2021.

⁷⁸⁸ Acórdão nº 2.555/2022, Plenário, relator Min. Vital do Rêgo, julgado em 23 de novembro de 2022.

das obras federais a partir de 2019, o TCU voltou a pontuar a necessidade de se incluir todas as obras federais no CIPI, inclusive as iniciadas antes de sua implementação.

Como consequência dos apontamentos do TCU, foi editado o Decreto nº 11.272/2022, que passou a prever a inserção no CIPI de todas as obras paralisadas antes de 31 de janeiro de 2021⁷⁸⁹. Assim, o TCU, novamente, contribuiu diretamente para o aperfeiçoamento da governança das obras federais.

Além do mais, a Corte identificou que, entre 2018 e 2020, a Administração Federal promoveu a descentralização aos órgãos setoriais dos ministérios da atribuição de alimentar os referidos cadastros, o que gerou falta de uniformização das informações apresentadas e prejudicou a credibilidade dos dados divulgados. Segundo examinou o TCU no Acórdão nº 1.228/2021, naquele período, “mais de onze mil obras desapareceram dos bancos de dados consultados”. Assim, dos 38 mil contratos identificados até 2018, apenas 27 mil estavam disponíveis para avaliação do TCU ao final de 2020. Novas quedas no número de obras totais mapeadas (paralisadas e em andamento) foram registradas em 2022 (de 27.126 para 22.559)⁷⁹⁰ e em 2023 (de 22.559 para 21.007)⁷⁹¹.

Por outro lado, nesse período, o TCU identificou aumento no volume de recursos envolvidos nas obras paralisadas (de R\$ 27,22 bilhões para 32,23 bilhões) e na sua proporção em relação ao número total de obras mapeadas (de 38,5% para 41%), o que indica que o problema da paralisação de obras tem se agravado. Reiterou que inconsistências e falta de uniformização das informações são um dos graves entraves para o planejamento das obras federais. O TCU⁷⁹² concluiu que

há insuficiência na coordenação, planejamento, priorização, monitoramento e avaliação da gestão das carteiras de obras paralisadas por parte do Centro de Governo. Há disparidade, fragmentação e insuficiência de ações realizadas pelas pastas setoriais na gestão da carteira de obras paralisadas no período de 2019 a 2022. Tampouco foram identificados estudos ou providências relacionados à destinação das obras paralisadas consideradas inviáveis de serem retomadas.

⁷⁸⁹ Com o Decreto nº 11.272/2022, o art. 8º do Decreto nº 10.496/2020 passou a ter a seguinte redação: “a Secretaria de Gestão da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia estabelecerá cronograma para que os órgãos e as entidades da União registrem no Cipi os projetos de investimento em infraestrutura cuja execução tenha sido iniciada antes de 31 de janeiro de 2021”.

⁷⁹⁰ Acórdão nº 2.555/2022, Plenário, relator Min. Vital do Rêgo, julgado em 23 de novembro de 2022.

⁷⁹¹ Acórdão nº 2.134/2023, Plenário, relator Min. Vital do Rêgo, julgado em 18 de outubro de 2023.

⁷⁹² Acórdão nº 2.134/2023, Plenário, relator Min. Vital do Rêgo, julgado em 18 de outubro de 2023.

Além dos elementos já apontados pelo TCU, ao se avaliar o atual cenário de implementação do CIPI, é possível visualizar pontos que ainda devem ser aprimorados para garantir um adequado monitoramento sobre os projetos em infraestrutura da Administração Federal.

Primeiro, o cadastro, além de obras públicas, deveria também demonstrar as informações atualizadas e regionalizadas dos projetos de infraestrutura executados por meio de parcerias de investimentos firmadas pela União, como concessões comuns e as parcerias público-privadas. Embora executados por concessionários, são projetos submetidos às políticas e programas da Administração Federal. Normalmente, são contratos de grande vulto, com significativo impacto econômico e social, com vigência por longos períodos. É o caso das concessões rodoviárias federais, que geralmente são acompanhadas de contrapartidas do concessionário para elevados investimentos para recuperação, manutenção e melhoria das rodovias e possuem prazo de vigência de mais de vinte anos. Um bom exemplo de monitoramento das parcerias de investimentos é realizado pelo TCE/SP, que lançou, em 2023, o “Painel de Concessões de Rodovias”⁷⁹³.

Segundo, diante da atual regulamentação do CIPI, mesmo quando totalmente implementado, o cadastro não irá necessariamente abranger todas as obras financiadas com recursos federais. Por expressa determinação do art. 1º do Decreto nº 10.496/2020, apenas abarca de forma obrigatória apenas os projetos de infraestrutura do Poder Executivo federal. O art. 1º, §2º, do Decreto nº 10.496/2020, com a redação dada pelo Decreto nº 10.899/2021, dispõe que “os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e os órgãos do Poder Judiciário e do Poder Legislativo da União poderão utilizar o Cipi para o acompanhamento de projetos de investimento em infraestrutura financiados com recursos próprios”.

Compreende-se que o CIPI deveria ser ajustado para também integrar, ao menos, empreendimentos custeados com recursos federais dos Poderes Legislativo e Poder Judiciário, bem como de instituições autônomas como a Defensoria Pública

⁷⁹³ TRIBUNAL DE CONTAS DE SÃO PAULO – TCE/SP. *Painel Concessões de Rodovias*. São Paulo: TCE/SP. Disponível em: <<https://painel.tce.sp.gov.br/pentaho/api/repos/%3Apublic%3Aconcessoes%3Aconcessoes.wcdf/generatedContent?userid=anony&password=zero>>. Acesso em: 28 abr. 2024).

da União e o próprio TCU. Hoje, essas obras podem ser inseridas em caráter facultativo no sistema⁷⁹⁴. Embora normalmente sejam destinados para uso próprio da Administração, esses projetos também podem ser caracterizados como obras federais e possuem os mesmos riscos de, por falta da adequada governança, serem paralisados, o que, igualmente, gera os problemas já abordados no início deste tópico, como o desperdício de recursos e a retirada de verbas de áreas prioritárias.

Também seria importante que a União apoiasse tecnicamente os municípios e estados para aderirem ao CIPI em relação a obras financiadas com seus recursos próprios. Relembre-se que a Lei nº 14.133/2021 (Lei de Licitações e Contratos) prevê a obrigação de todos os entes instituírem e publicarem sistema informatizado de acompanhamento de obras, inclusive com recursos de imagem e vídeo (art. 19, III).

A União já criou o Portal Nacional de Compras Públicas – PNCP (art. 174 da Lei nº 14.133/2021). Poderia, na mesma direção, transformar o CIPI em uma espécie de portal nacional de obras públicas. Para tanto, é preciso que haja uma padronização nos critérios para o preenchimento das informações, a fim de não prejudicar a coerência do cadastro. Por exemplo, o conceito de obra paralisada não pode ser um para a União e outro para os demais entes, sob pena de prejudicar uma visão global das informações registradas.

De todo modo, apesar dessas circunstâncias, o Painel de Obras e o CIPI são avanços que corroboram o que aqui se defende: a capacidade do controle de legitimidade do TCU, destinado a retroalimentar o planejamento, de contribuir para o aprimoramento das políticas e ações em matéria de infraestrutura.

O CIPI, inclusive, foi reconhecido pela Transparência Internacional e pelo Conselho Nacional de Controle Interno – CONACI⁷⁹⁵ como uma boa prática em matéria de transparência ativa em projetos de infraestrutura, que poderia ser replicado nos demais entes, conforme publicação conjunta em dezembro de 2022.

⁷⁹⁴ O art. 1º, §2º, do Decreto nº 10.496/2020, com a redação dada pelo Decreto nº 10.899/2021, dispõe que “os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e os órgãos do Poder Judiciário e do Poder Legislativo da União poderão utilizar o Cipi para o acompanhamento de projetos de investimento em infraestrutura financiados com recursos próprios”.

⁷⁹⁵ TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL – BRASIL; CONSELHO NACIONAL DE CONTROLE INTERNO – CONACI. *Guia de transparência ativa – obras de infraestrutura*. São Paulo: Transparência Internacional – Brasil, 2022, p. 43.

Com isso, o TCU, então, colaborou para colocar a Administração numa rota de acompanhamento mínimo do conjunto da carteira de projetos federais, o que é um requisito indispensável para a formulação do planejamento na infraestrutura. Essa contribuição da Corte de Contas é reconhecida expressamente na própria página de apresentação da plataforma eletrônica do CIPI, denominada de Painel do Obrasgov.br. Nela, a Administração deixa claro que, além de conferir transparência aos projetos federais de infraestrutura, o sistema visa a “atender a diversos acórdãos do Tribunal de Contas da União”⁷⁹⁶.

Destaque-se que o avanço na governança das obras federais a partir desses sistemas informatizados pode viabilizar também uma atuação preventiva do próprio TCU para evitar paralisações de novas obras. A partir deles, a Corte pode desenvolver instrumentos de inteligência artificial como o adotado pelo TCE-ES, que identifica obras que possuem probabilidade de paralisação, a partir da análise automatizada de dados e informações a respeito de cada projeto em execução nos municípios capixabas, como os valores originalmente estipulados, o número de obras em andamento, as dotações orçamentárias disponíveis, e o comparativo entre cronograma de execução da obra e o cronograma de pagamento⁷⁹⁷.

Veja-se que, no tema analisado (cadastro unificado de obras federais), a atuação do TCU não afrontou a competência do Poder Executivo. Em um primeiro momento, em 2007, recomendou a implantação de instrumento efetivo para planejamento e monitoramento das obras federais. Em seguida, diante da inércia administrativa, mesmo após reiteradas orientações do TCU ao longo dos anos, transformou a recomendação em determinação. A partir disso, o Poder Executivo criou, em 2020, o Painel de Obras e, em seguida, o CIPI, que foram aprimorados em anos seguintes.

A discricionariedade dos órgãos federais, com a escolha das diversas soluções possíveis, não foi suplantada pelo controle externo, mas este agiu em conformidade com suas competências ao exigir a observância de *standards* mínimos para o exercício das escolhas administrativas. Não há direito dos gestores públicos de não

⁷⁹⁶ MINISTÉRIO DA GESTÃO E DA INOVAÇÃO EM SERVIÇOS PÚBLICOS – MGISP. *Conheça o Cadastro Integrado de Projetos de Investimento – Obrasgov.br*. Portal Brasília: MGISP, 2023. Disponível em: <<https://www.gov.br/transferegov/pt-br/obrasgov/sobre>>. Acesso em: 28 abr. 2024.

⁷⁹⁷ VENTURIN, Mariana Natalli Montenegro. Painel do TCE-ES que usa IA na identificação de obras que tendem a paralisar é apresentado em Cuiabá. *Portal do TCE-ES*, Vitória, 23 de junho de 2023.

monitorar e de não divulgar dados sobre os projetos em infraestrutura do país, notadamente quando existe um grave histórico de paralisações de obras públicas.

Desse modo, ao atuar em prol da governança das obras federais, compreende-se que o TCU exerce sua missão institucional de exercer o juízo de legitimidade no controle da Administração, fundamentado no dever fundamental do adequado planejamento, em prol de políticas públicas eficientes e transparentes.

4.4.3 A prioridade de projetos em andamento sobre novos projetos

Boas políticas públicas para a consagração de direitos fundamentais possuem custos e, por isso, demandam uma alocação planejada de recursos públicos⁷⁹⁸. Porém, em matéria de infraestrutura, outra causa relevante para a paralisação de obras no país, como identificam os diagnósticos do TCU acima mencionados, é a ausência de um planejamento orçamentário eficiente para financiar projetos até sua finalização.

Na mesma linha, em 2018, em relatório sobre investimentos em infraestrutura no Brasil, o FMI⁷⁹⁹ identificou que “o financiamento dos investimentos públicos é bastante imprevisível. Há uma grande incerteza em relação à disponibilidade de recursos para implementar projetos ao longo de seu ciclo de vida e até mesmo durante o exercício financeiro”.

Esse quadro é motivado, entre outras razões, pela reiterada prática de início de novos projetos de infraestrutura sem a garantia de recursos para aqueles já existentes. Por isso, o tema também se insere no campo do controle de legitimidade pelo tribunal de contas: retroalimentar o planejamento, por meio da fiscalização sobre a criação desorganizada de novas obras sem conferir sustentabilidade financeira aos projetos em andamento. Ao cumprir essa missão, o controle externo contribui para afastar escolhas imediatistas e mal planejadas que têm comprometido a infraestrutura do Brasil.

Há parâmetros de ordem constitucional e infraconstitucional, explícitos e implícitos, que fundamentam o controle de legitimidade dos tribunais de contas para

⁷⁹⁸ Sobre o tema, ver item 1.4.1.

⁷⁹⁹ FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL – FMI. *Brasil – Avaliação da gestão do investimento público*. Washington D.C.: FMI, 2018, p. 55.

o combate à paralisação de obras públicas no país sob essa óptica de priorização dos projetos em andamento.

Um desses parâmetros é o art. 167, §1º, da Constituição, que impede o início de investimento que ultrapasse um exercício financeiro sem prévia inclusão no plano plurianual, sob pena de crime de responsabilidade. De forma mais específica, no âmbito da União, o art. 31 do Decreto nº 93.872/1986 proíbe a celebração de contrato, convênio, acordo ou ajuste, para investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro, sem a comprovação de que os recursos para atender as despesas em exercícios seguintes estejam assegurados por sua inclusão no orçamento plurianual de investimentos, ou por prévia lei que o autorize e fixe o montante das dotações que anualmente constarão do orçamento, durante o prazo de sua execução.

Além do mais, a EC nº 109/2021 também evidenciou de forma clara a prioridade dos investimentos em relação ao início de novos projetos. A partir dela, a Constituição passou a exigir que a LDO preveja anexo com a especificação de recursos que serão alocados no orçamento para dar continuidade aos *investimentos em andamento*, ao menos, em relação ao exercício a que se refere a LDO e aos dois posteriores⁸⁰⁰.

De todo modo, o principal dos parâmetros normativos a ser utilizado pelos tribunais de contas diante do início não planejado de obras novas é o art. 45 da LRF⁸⁰¹, que determina expressamente que o orçamento só poderá incluir novos projetos se já tiverem sido garantidos recursos para o atendimento *adequado* dos *projetos já existentes* e das despesas necessárias para a *conservação do patrimônio público*⁸⁰². Assim, embora a alocação orçamentária seja matéria dotada de significativa discricionariedade, não se pode admitir a definição arbitrária e casuística de dotações orçamentárias que impliquem na interrupção de projetos em andamento para a criação de novas despesas, sob pena de violação direta ao mencionado art. 45 da

⁸⁰⁰ Art. 165, §12, da CF.

⁸⁰¹ Eis a redação integral do referido dispositivo legal:

“Art. 45. Observado o disposto no § 5º do art. 5º, a lei orçamentária e as de créditos adicionais só incluirão novos projetos após adequadamente atendidos os em andamento e contempladas as despesas de conservação do patrimônio público, nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias.

Parágrafo único. O Poder Executivo de cada ente encaminhará ao Legislativo, até a data do envio do projeto de lei de diretrizes orçamentárias, relatório com as informações necessárias ao cumprimento do disposto neste artigo, ao qual será dada ampla divulgação”.

⁸⁰² A conservação do patrimônio público se refere à execução de despesas para manter condições originalmente previstas de operação dos ativos de infraestrutura que integrem o patrimônio do ente ou de despesas que resultem em aumento da vida útil de tais ativos (MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO E ORÇAMENTO. *Manual Técnico de Orçamento – MTO 2024*. Brasília: MPO, 2024, p. 137).

LRF⁸⁰³, além do esvaziamento do planejamento e de prejuízos à sustentabilidade fiscal da infraestrutura.

Ademais, quando se trata da ampliação de serviços públicos permanentes na área de infraestrutura, como seria o caso da instalação de um novo aeroporto sob gestão da União, têm-se as chamadas despesas obrigatórias de caráter continuado – DOCC. Essa espécie de despesa é regulamentada pelo art. 17 da LRF, que requer, para sua criação, a adoção de medidas compensatórias (aumento de receita ou redução de outras despesas), além de demonstração de que ela não afetará as metas fiscais previstas na LDO. Esses requisitos também servem de guia para a ação dos tribunais de contas no controle externo da infraestrutura quanto a novos projetos de infraestrutura.

Acrescente-se que as LDOs da União têm reproduzido a regra de que a LOA apenas incluirá projetos e ações novas se tiverem sido suficientemente contemplados aqueles em andamento – considerado como “em andamento”, na LDO 2024, o projeto cuja execução financeira tenha ultrapassado 20% do seu custo total estimado ou R\$ 10 milhões, desde que tenha sido iniciada sua execução física⁸⁰⁴.

É preciso esclarecer que esse conjunto normativo não se limita ao legislador, no momento da formação do orçamento. Também deve pautar a gestão fiscal, como norte para a execução das despesas públicas. Com isso, o Poder Público tem, via de regra, a obrigação de apenas alocar no orçamento e executar despesas com novos projetos de infraestrutura quando garantidos recursos para o término daqueles em andamento.

Reforçando essa visão, a LDO 2024 trouxe importante inovação. Além de priorizar a alocação orçamentária para projetos em andamento, conferiu expressamente preferência na execução orçamentária às despesas destinadas à retomada de obras ou serviços de engenharia paralisados, sobretudo na área da

⁸⁰³ “[...] a LRF dispõe não só sobre a gestão orçamentária, mas também a fiscal; e realizando uma interpretação teleológica dessas normas; entende-se adequado considerar que os artigos em comento vedam o início de nova obra sem que haja recursos orçamentários e financeiro suficientes para sua regular execução e para atender adequadamente as obras em andamento” (Acórdão nº 2.707/2018, Plenário, relator Min. Vital do Rêgo, 21 de novembro de 2018).

⁸⁰⁴ Art. 20, I, “b”, §1º, da LDO 2024 (Lei nº 14.791/2023).

educação⁸⁰⁵, o que também deve ser objeto de fiscalização do TCU durante a execução do orçamento.

Por outro lado, a EC nº 128/2022 também criou parâmetro de atuação dos tribunais de contas para o reforço ao planejamento orçamentário. Foi inserido o §7º no art. 167 da Constituição, para estabelecer que a lei não criará encargo financeiro decorrente da prestação de serviço público sem a previsão de fonte orçamentária e financeira necessária à realização da despesa ou sem a previsão da correspondente transferência de recursos financeiros necessários ao seu custeio. O objetivo da alteração é combater a recorrente aprovação de leis que criam ou ampliam serviços e ações governamentais sem considerar a existência ou não de recursos para atender à finalidade pretendida.

Diante disso, em relação ao controle externo, de acordo com o entendimento do STF⁸⁰⁶, como visto em item anterior, é poder-dever do tribunal de contas afastar, na avaliação de casos concretos, a aplicação de leis quando manifestamente inconstitucionais, seja por violação direta à Constituição ou à jurisprudência do STF.

Diante desse novo parâmetro constitucional inserido pela EC nº 128/2022, é possível concluir que o TCU deverá, nas questões concretas submetidas a seu exame, realizar o controle da Administração com base na proibição constitucional de que lei imponha a criação ou expansão obra ou serviço em infraestrutura sem a indicação da fonte de custeio. Assim, mesmo que a LOA federal preveja a criação de uma estrada ou de um novo aeroporto, caso não identificada a respectiva fonte de custeio, a norma será, nesse ponto, inconstitucional, o que pode ser reconhecido diretamente pelo TCU.

Dessa forma, há uma evidente prioridade constitucional e legal para projetos em andamento em relação a novos projetos. Ao fiscalizar tal aspecto das despesas com infraestrutura, o tribunal de contas também está a exercer o controle de legitimidade para reforçar o planejamento orçamentário na área da infraestrutura. Foi

⁸⁰⁵ Conforme o art. 19, §2º, da LDO 2024 (Lei nº 14.791/2023, “na execução dos recursos constantes da Lei Orçamentária de 2024, o poder Executivo deve dar prioridade às programações relacionadas a obras ou serviços de engenharia cuja execução física esteja atrasada ou paralisada, especialmente as que se encontrem sob a responsabilidade do Ministério da Educação”.

⁸⁰⁶ “Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal: compatibilidade com a ordem constitucional de 1988: o verbete confere aos Tribunais de Contas – caso imprescindível para o exercício do controle externo – a possibilidade de afastar (*incidenter tantum*) normas cuja aplicação no caso expressaria um resultado inconstitucional (seja por violação patente a dispositivo da Constituição ou por contrariedade à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria)” (MS nº 25.888, Plenário, relator Min. Gilmar Mendes, julgado em 22 de agosto de 2023).

o que ocorreu, por exemplo, no Acórdão nº 502/2017⁸⁰⁷, em que a Corte caracterizou como falha de planejamento a conduta do DNIT de alocar recursos para, injustificadamente, iniciar obra nova sem garantir dotações necessárias para o adequado andamento das obras já iniciadas no estado de Santa Catarina.

No entanto, no exercício desse controle, o tribunal de contas deve partir da premissa de que essa priorização dos projetos em andamento não é absoluta, mas apenas relativa. Poderá ser afastada, de forma justificada e excepcional, diante das razões de interesse público do caso concreto.

Assim, o conjunto normativo analisado não significa que uma obra de restauração de uma estrada apenas possa ser iniciada se houver, necessariamente, recursos suficientes para custear todas as demais obras rodoviárias que estão em andamento. Significa que a Administração, caso pretenda afastar a preferência das obras em andamento, possui o ônus de evidenciar que a nova obra atende de forma mais efetiva o interesse público em suas diversas concepções (como social, econômico, fiscal e ambiental). Pode, por exemplo, comprovar que a nova obra é medida emergencial diante de enchentes que prejudicaram a estrutura daquela estrada. Ou pode demonstrar que a nova obra cumpre, de forma mais eficiente, as metas e resultados pretendidos nos planos setoriais de transporte rodoviário e que, portanto, deve ser tratada como prioridade na alocação e execução do orçamento.

4.5 Regulação: limites e possibilidades ao controle de legitimidade

Embora as cortes de contas não possam substituir as agências reguladoras em suas funções finalísticas, é possível o exercício do controle de legitimidade, em reforço ao planejamento estatal, também em relação a condutas do Estado que impactam em mercados regulados. Isso porque atos de cunho regulatório desprovidos do adequado planejamento podem frustrar diretrizes, metas e objetivos de políticas públicas, inviabilizando o alcance de prioridades constitucionais.

Um exemplo recente no setor aeroportuário ilustra esse aspecto. Trata-se da pretensão da Administração Federal, especialmente do Ministério de Portos e Aeroportos – MPor, de remanejar o fluxo de passageiros entre os dois grandes

⁸⁰⁷ Acórdão nº 502/2017, Plenário, relator Min. Augusto Sherman, julgado em 22 de março de 2017.

aeroportos do Rio de Janeiro: o Aeroporto Santos Dumont – SDU e Aeroporto Internacional do Galeão – GIG (também conhecido como Aeroporto Internacional Tom Jobim).

De um lado, o Aeroporto Santos Dumont – SDU se localiza numa região central e mais próxima das áreas turísticas da zona sul da cidade, como Copacabana, Pão de Açúcar e Cristo Redentor. Possui uma estrutura física menor, com pista de pouso em curta faixa de terra sobre as águas da Baía de Guanabara – o que lhe rende o título de “um dos pousos mais bonitos do mundo”⁸⁰⁸.

Por outro lado, o Aeroporto Internacional do Galeão – GIG detém grande capacidade operacional, com maior pista de pouso e melhor estrutura logística. Porém, além de se localizar em região mais distante das áreas mais valorizadas da cidade, o trajeto para a chegada e saída desse aeroporto (via expressa conhecida como “linha vermelha”) é marcado por eventos de violência⁸⁰⁹.

Essas são algumas das circunstâncias que têm impactado na atratividade dos dois aeroportos. Nos últimos anos, o Aeroporto SDU tem elevado seu tráfego, inclusive superando os fluxos anteriores ao da pandemia da Covid-19, que afetou substancialmente o setor aéreo. Enquanto isso, o Aeroporto GIG tem sofrido uma diminuição no interesse do mercado, com forte redução no fluxo de voos – isso levou, inclusive, a respectiva concessionária a solicitar a devolução amigável da concessão, o que foi revisto após negociação com governo federal e admissão pelo TCU da possibilidade de desistência da relicitação⁸¹⁰. No período 2015-2022, o fluxo de passageiros do Aeroporto GIG diminuiu de 16,65 para 5,8 milhões, enquanto o do Aeroporto SDU aumentou de 9,67 para 10,2 milhões⁸¹¹.

Ocorre que os governos do Estado do Rio de Janeiro e da capital carioca alegam que a redução de voos no Aeroporto GIG, por ser projetado como um

⁸⁰⁸ BUCKLEY, Julia. Os mais espetaculares locais de pouso ao redor do mundo; conheça 15 deles. *Uol*, São Paulo, 24 de outubro de 2021.

⁸⁰⁹ A gravidade dos eventos de violência, inclusive, gerou a proposta do Estado do Rio de Janeiro para a construção de um grande muro a prova de balas ao longo da via expressa (MARIANA, Andrade. Rio: governo construirá muros de 30 cm de espessura na Linha Vermelha. *Metrópoles*, Brasília, 10 de agosto de 2023).

⁸¹⁰ Em resposta à consulta formulada pela Administração Federal, o TCU concluiu que “uma vez firmado o termo aditivo de relicitação, o Poder Concedente não pode revogá-lo unilateralmente, o que não afasta a possibilidade de as partes convencionarem a desistência da relicitação” (Acórdão nº 1.593/2023, Plenário, relator Min. Vital do Rêgo, julgado em 2 de agosto de 2023).

⁸¹¹ QUINTELLA, Marcus; SUCENA, Marcelo. *Análise científica da situação dos Aeroportos Galeão e Santos Dumont*. Rio de Janeiro: FGV Transportes, 2023, p. 1-3.

aeroporto internacional, destinado a servir como *hub* de voos internacionais e domésticos, prejudica a atratividade econômica da cidade do Rio de Janeiro, seja em relação a passageiros de turismo e de negócios ou a transporte de cargas. O Aeroporto SDU não possui estrutura para receber voos internacionais, o que limita a malha aérea na capital fluminense. Por isso, os gestores têm defendido medidas para a restrição de voos no SDU, para serem remanejados para o Aeroporto GIG⁸¹².

Após negociações com os governos estadual e municipal, o Ministério de Portos e Aeroportos anunciou que o Aeroporto Santos Dumont sofreria limitação de voos a partir de 2024. Instaurou-se, no entanto, uma divergência sobre a forma de executar essa alteração. Enquanto o MPor sugeriu, inicialmente, o envio de projeto de lei ou de medida provisória para a implementação da medida com vistas a evitar questionamentos judiciais, a gestão municipal advogava que a cautela seria desnecessária e atrasaria o cronograma já acordado com as concessionárias para a readaptação dos voos, previsto a partir de 2024⁸¹³.

De todo modo, após embates públicos para a resolução da questão⁸¹⁴, o MPor adotou uma curiosa alternativa para intervir no setor: realizar obra no Aeroporto SDU e, com isso, reduzir sua capacidade operacional, com a diminuição do número de voos nesse aeroporto, o que gera o natural remanejamento do tráfego aéreo para o Aeroporto GIG.

Na condição de Presidente do Conselho de Aviação Civil – CONAC, o Ministro de Portos e Aeroportos editou unilateralmente (*ad referendum* do colegiado) a Resolução CONAC-MPOR nº 1, de 10 de agosto de 2023. O ato estabeleceu que, a partir de 2 de janeiro de 2024, as operações regulares no Aeroporto Santos Dumont deverão ser planejadas observando a distância máxima de 400 km de seu destino ou origem. Assim, cidades localizadas em percurso superior a 400 km não mais poderiam

⁸¹² MENEZES, Maiá. Castro e Paes pedem que Santos Dumont tenha voos só para SP e Brasília. *Veja*, São Paulo, 25 de abril de 2023.

⁸¹³ LANNOY, Carlos de. Ministro diz que restrição de voos no Santos Dumont será por projeto de lei, e Paes cobra agilidade. *GI*, São Paulo, 7 de agosto de 2023.

⁸¹⁴ “Paes esperava uma conversa já com contornos de definição da questão. Afinal, o próprio Lula, num encontro com o prefeito em 14 de junho, concordou com a proposta. Mas ouviu do ministro que não seria possível publicar uma portaria determinando a restrição dos voos do Santos Dumont. A alteração teria que ser por meio de um projeto de lei — o que significa dizer que será um processo demorado e sujeito a lobbies de todos os tipos. A prefeitura tem em mãos pareceres jurídicos afirmando que não é necessário que a medida seja implantada via projeto de lei. A conversa entre Paes e França terminou bastante tensa. Para o prefeito, o ministro ‘está enrolando’, conforme ele disse a políticos com quem conversou sobre o assunto nos últimos dias” (JARDIM, Lauro. Clima de tensão crescente entre Paes e o governo Lula por causa do Galeão. *O Globo*, São Paulo, 7 de agosto de 2023).

estar na rota dos voos do Aeroporto SDU. Nas motivações do ato, invocou-se o objetivo de promover “a consecução de relevante obra de infraestrutura aeroportuária do Novo PAC com a necessidade de garantia da segurança do Aeroporto do Rio de Janeiro – Santos Dumont”.

Diante desse contexto, o imbróglio foi submetido ao TCU, por meio de representação apresentada pelos prefeitos do Município de Guarulhos e de outros municípios próximos, uma vez que nessa região se localiza o principal aeroporto internacional do país (GRU), o qual sofrerá impactos com a perda de voos internacionais para o Aeroporto Internacional do Galeão. No entanto, o relator indeferiu a cautelar, sob a alegação de que “a decisão administrativa de restringir a quantidade de passageiros a serem atendidos para a melhoria da qualidade da prestação de serviços tem inegável caráter de política pública”⁸¹⁵.

No entanto, como esclarece Valiati⁸¹⁶, em relação ao ato do Ministério de Portos e Aeroportos, “o pretexto (não declarado) da medida consistia em migrar parcela da demanda do Santos Dumont para o aeroporto do Galeão e, assim, tentar dar ‘sobrevida’ à concessão deste aeroporto”. O ato do Ministério, assim, possuía nítido viés regulatório, e não de formulação de política pública, como alegou a referida decisão do TCU.

Ademais, essa decisão monocrática do TCU desconsiderou outros diversos vícios do ato praticado pelo Ministério, sobretudo em afronta ao planejamento estatal. É que uma diretriz expressa no Plano Nacional de Logística – PNL 2035⁸¹⁷, aplicável ao setor aeroportuário, é a “flexibilidade regulatória”. Indica que se deve permitir, tanto quanto possível, a expansão da oferta de serviços por agentes econômicos como forma de proporcionar impactos positivos no setor de transportes. Assim, a referida diretriz deve ser uma das balizas das ações governamentais para atingir as metas de desenvolvimento da infraestrutura brasileira.

Na mesma linha, a Lei nº 11.182/2005, que criou a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, confere às empresas prestadoras de serviços aéreos a

⁸¹⁵ Despacho de cautelar na Representação nº 033.542/2023-6, relator Min. Benjamin Zymler, decidido em 30 de dezembro de 2023.

⁸¹⁶ VALIATI, Thiago Priess. A decisão de restringir voos no aeroporto Santos Dumont: uma política pública ou atividade regulatória? *Agência iNFRA*, Brasília, 12 de março de 2024.

⁸¹⁷ MINISTÉRIO DA INFRAESTRUTURA. *Plano Nacional de Logística 2035 – Resumo do relatório executivo*. Brasília: Ministério da Infraestrutura, 2019, p. 30.

liberdade de exploração de qualquer linha aérea, observada a capacidade operacional de cada aeroporto⁸¹⁸. Trata-se do princípio conhecido como o da *liberdade de voo*, que visa a estimular a ampliação da oferta e a competitividade no setor. Com base nesse dispositivo, o TCU já determinou à ANAC, por exemplo, que se absteresse de considerar aspectos relativos à eventual excesso de oferta de voos na análise de novos pedidos de exploração de linhas aéreas⁸¹⁹. Do mesmo modo, o Estado não poderia limitar as operações de um aeroporto com o objetivo apenas de aumentar a demanda em outro.

Além disso, a referida lei ainda prevê que compete à União, *por intermédio da ANAC*, a regulação das atividades de aviação civil e de infraestrutura aeroportuária (art. 2º). Portanto, apenas a ANAC (órgão de regulação) poderia intervir no setor econômico por meio de ato regulatório que afetasse a oferta e a demanda. Porém, o MPor (órgão de formulação da política pública) substituiu indevidamente a agência reguladora, de forma a implementar medida regulatória com vistas a criar artificialmente demandas no Aeroporto Internacional do Galeão, o que representa, inclusive, uma conduta anti-isonômica diante do setor aeroportuário⁸²⁰.

Outro grave vício identificado é a utilização de obra pública como aparente pretexto de intervenção econômica no setor aéreo. Uma solução improvisada em termos de política pública: invoca-se repentinamente a necessidade de uma obra que, em tese, reduziria a capacidade operacional e compatibilizaria a pretensão da Administração com comando do art. 48, §1º, da Lei nº 11.182/2005, que permite a liberdade de tráfego às prestadoras de serviços aéreos, respeitada a capacidade operacional de cada aeroporto. Ocorre que, diante de um possível desvio de

⁸¹⁸ Segundo o art. 48, §1º, da Lei nº 11.182/2005, “fica assegurada às empresas prestadoras de serviços aéreos domésticos a exploração de quaisquer linhas aéreas, mediante prévio registro na Anac, observadas exclusivamente a capacidade operacional de cada aeroporto e as normas regulamentares de prestação de serviço adequado editadas pela Anac.” (redação dada pela Lei nº 14.368, de 2022)

⁸¹⁹ Acórdão nº 346/2008, Plenário, relator Min. Raimundo Carreiro, julgado em 5 de março de 2008.

⁸²⁰ “[...]a redução artificial da capacidade do Santos Dumont, como escolha unicamente política, sem a devida e completa consideração de todos os aspectos econômicos e sociais envolvidos, possui um caráter discriminatório e atentatório à isonomia, já que a decisão não é igualitária para todos os aeroportos de uma mesma localidade, como os aeroportos do Galeão e o Santos Dumont, gerando, assim, um cenário regulatório confuso e assimétrico. Isto é, de um lado, tem-se o aeroporto do Galeão, um aeroporto concedido e repassado à gestão de particulares, que pode operar em sua capacidade operacional máxima, e, de outro o Santos Dumont, administrado pela Infraero, que tem sua capacidade artificialmente restrita não efetivamente por razões de capacidade, mas sim por valores históricos impostos como limite pelo governo federal, sob o pretexto de elevação do nível do serviço” (VALIATI, Thiago Priess. A decisão de restringir voos no aeroporto Santos Dumont: uma política pública ou atividade regulatória? *Agência iNFRA*, Brasília, 12 de março de 2024).

finalidade, a própria necessidade dessa intervenção na infraestrutura do aeroporto precisa ser melhor apurada pelo TCU.

Acrescente-se que não foram apresentados pelo MPor elementos básicos de planejamento da ação estatal, como avaliações técnicas para aferir os impactos, positivos e negativos, da nova medida, a exemplo do estudo de impacto regulatório, como determina o art. 6º, *caput*, da Lei nº 13.848/2019⁸²¹. Não se possibilitou o debate prévio e aberto entre Estado, sociedade e agentes econômicos, inclusive por meio de consultas e audiências públicas, nos termos do art. art. 10 da Lei nº 13.848/2019⁸²².

Destaque-se, ainda, que o ato foi editado monocraticamente pelo Ministro de Portos e Aeroportos enquanto Presidente do Conselho Nacional de Aviação Civil, a ser submetido *ad referendum* do colegiado do Conselho, o que demonstra que não houve debates e votações do Conselho de forma prévia à edição de um ato relevante para o sistema de aviação civil brasileiro.

Não fossem essas questões, o ato editado pelo Poder Executivo pode provocar substanciais efeitos nas contas públicas federais. Primeiro, em relação à perda de receitas da INFRAERO, que atualmente administra o Aeroporto SDU, em virtude da queda do número de passageiros. Segundo, diante das possíveis obrigações financeiras geradas em face da União em relação a reequilíbrios econômico-financeiros em favor de agentes econômicos que administram outros aeroportos. Isso porque os tráfegos nas malhas aéreas são profundamente interligados e a alteração provocada nos aeroportos do Rio de Janeiro poderá ensejar impactos em contratos com concessionárias de aeroportos em diversas regiões do país. Estima-se, por exemplo, que o Aeroporto Internacional de Guarulhos sofrerá uma queda de 7% no fluxo de passageiros⁸²³.

Todos esses elementos atraem a competência do TCU para, além impor a observância da legalidade e da economicidade, exercer o controle de legitimidade para exigir o cumprimento do adequado planejamento da ação estatal, com a

⁸²¹ Dispõe o art. 6º da Lei nº 13.848/2019 que “a adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterà informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo”.

⁸²² De acordo com o art. 10 da Lei nº 13.848/2019, “a agência reguladora, por decisão colegiada, poderá convocar audiência pública para formação de juízo e tomada de decisão sobre matéria considerada relevante”.

⁸²³ MUNICÍPIO DE GUARULHOS. Guti obtém o apoio de vereadores em ação no TCU contra restrição de voos entre Guarulhos e Santos Dumont. *Portal da Prefeitura de Guarulhos*, Guarulhos, 18 de setembro de 2023.

observância da referida diretriz de flexibilidade regulatória prevista no PNL 2035, bem como da necessidade de que o Poder Público, ao tomar decisões de alto impacto, apresente explícitas *motivações sustentáveis* do ponto de vista jurídico, financeiro, econômico, social e ambiental⁸²⁴. Isso não representa a substituição do gestor público ou da agência reguladora pelo controle externo.

4.6 Controle de legitimidade sobre emendas parlamentares destinadas à infraestrutura

Quando se trata de fortalecimento do planejamento em matéria de infraestrutura, o controle de legitimidade, exercido pelo TCU, também é capaz de impactar e aperfeiçoar as atividades do Poder Legislativo.

De um lado, em caráter colaborativo, cabe ao TCU a apresentação ao Congresso Nacional de subsídios para a revisão e para a elaboração de novos instrumentos de planejamento, como o PPA e planos nacionais, regionais e setoriais. Nessa atividade, compete ao TCU, por exemplo, a demonstração de evidências para que o Parlamento crie ou revise legislações sobre metas e indicadores para a implementação de políticas públicas.

O Congresso Nacional também pode se valer dos subsídios do TCU para verificar a aderência entre as ações executadas ou em execução do Poder Executivo com os mecanismos de planejamento. É o que ocorre no plano de fiscalização anual de obras, o Fiscobras, em que o TCU apresenta diagnósticos e avaliações ao Congresso para a deliberação sobre a continuidade ou a suspensão de obras públicas que contenham irregularidades.

Por outro lado, em determinados casos, mais do que uma atividade auxiliar, o TCU fiscaliza diretamente o Poder Legislativo, tal como no julgamento das contas anuais do Parlamento.

Essa fiscalização direta do Congresso Nacional também deve ocorrer no que se refere à alocação de recursos via emendas parlamentares ao orçamento. Cabe ao

⁸²⁴ FREITAS, Juarez. Interpretação sustentável de leis de elevado impacto nas relações administrativas. *Revista Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, a. 23, n. 127, p. 17-33, mai./jun. 2021, p. 25.

TCU inserir o controle de legitimidade como parâmetro destinado a aferir a conformidade dessas emendas com os instrumentos de planejamento vigentes.

Como estudado, tais emendas são uma forma de descentralização de recursos da União⁸²⁵, por indicação dos membros do Poder Legislativo, que cada vez possui maior impacto no orçamento federal⁸²⁶.

No orçamento da União de 2024 (Lei nº 14.822/2024), o montante destinado às diferentes emendas atualmente existentes (individuais, de bancada e de comissões) foi de R\$ 47,4 bilhões. Valor pouco inferior ao total previsto para o principal programa de infraestrutura da União na atualidade, o PAC III (em torno de R\$ 55 bilhões). É significativamente superior aos montantes previstos para investimentos das principais pastas em matéria de infraestrutura, como o Ministérios dos Transportes (R\$ 14,5 bilhões), de Portos e Aeroportos (R\$ 1,1 bilhão), de Integração e Desenvolvimento Regional (R\$ 6,5 bilhões) e das Cidades (R\$ 8,7 bilhões).

Além de agravar o constrangimento fiscal dos investimentos públicos, as emendas possuem pouca aderência ao planejamento de políticas públicas. As indicações parlamentares tendem a ser utilizadas para atender a demandas específicas, sejam de municípios sob gestão de correligionários ou de determinados grupos de interesse. Além disso, costumam financiar projetos de curto prazo, que apresentam resultados dentro do período de mandato parlamentar, aspecto que reduz a qualidade das despesas públicas⁸²⁷. O orçamento, que deveria ser enxergado por uma óptica pública, republicana e coletiva, em prol das presentes e futuras gerações, passa a ser pautado, em grande parte, por interesses individualizados e imediatistas.

O resultado é a baixa aderência das destinações de emendas parlamentares com planos nacionais, regionais e setoriais, e com o planejamento orçamentário

⁸²⁵ Louzada resume as principais modalidades de transferências interfederativas de recursos federais da seguinte forma: “i) as definidas constitucionalmente, entendidas como de cunho obrigatório ou vinculadas ; ii) as denominadas voluntárias, cuja forma mais comum se materializa sob a forma convênios ou contratos de repasse, nada obstante haja outras modalidades do gênero ; iii) as de gestão tripartite (SUS/ SUAS); iv) as de transferências de renda (Bolsa Família, p. ex.); e, v) excepcionalmente , as realizadas para atender a calamidades ou emergências” (LOUZADA, José Ricardo Tavares. As transferências governamentais obrigatórias da união para os estados, distrito federal e municípios: fontes, aplicação e fiscalização. *Revista Organização Sistêmica*, Curitiba, vol.2, n.1, p. 119-139, jul./dez. 2012, p. 121).

⁸²⁶ Sobre os impactos das emendas ao planejamento orçamentário, ver item 1.4.2. Quanto aos seus efeitos para o agravamento da situação de subfinanciamento da infraestrutura, ver item 3.1.3.

⁸²⁷ Cf. HARTUNG, Paulo; MENDES, Marcos; GIAMBIAGI, Fabio Giambiagi. As emendas parlamentares como novo mecanismo de captura de orçamento. *Revista Conjuntura Econômica – FGV Ibre*, v. 75, n. 9, p. 20-22, set. 2021.

federal, representado, sobretudo, pelas diretrizes, objetivos, prioridades e metas dos programas do PPA. Forma-se, então, um contexto de governança orçamentária incompatível com a necessidade do país por programas de infraestrutura amplos e de longo prazo, pautados por uma visão estratégica das demandas nacionais e pela necessária integração entre os diversos setores da infraestrutura.

Além disso, em muitos casos, verifica-se a ausência de condições técnicas, operacionais ou administrativas para possibilitar a execução do recurso. Com isso, as emendas parlamentares são uma das principais causas do empoçamento orçamentário: recursos com dotações e, até mesmo, com empenhos, mas que permanecem represados, diante de fatores como projetos de engenharia deficientes ou incapacidade administrativa para a estruturação de procedimentos licitatórios para a execução de obras públicas. Segundo o Tesouro Nacional⁸²⁸, no 2º quadrimestre 2023, dos 27,4 bilhões em valores represados, R\$ 3,5 bilhões decorriam apenas de emendas parlamentares impositivas (individuais e de bancada).

Na mesma linha, o TCU concluiu que “investimentos propostos pelo Poder Executivo, com observância das premissas do planejamento governamental, têm maior grau de execução financeira, enquanto investimentos decorrentes de emendas parlamentares apresentam baixo índice de execução financeira”⁸²⁹.

Além de realizar diagnósticos, o TCU tem apresentado sugestões para a questão. A Corte⁸³⁰, em relatório do Fiscobras⁸³¹, apontou que, antes das indicações das despesas por meio das emendas parlamentares, é importante que haja uma avaliação prévia pelos órgãos setoriais da Administração Federal sobre o custo-benefício dos projetos e investimentos em obras públicas. O Tribunal orienta que se estabeleça uma priorização do orçamento pelo Poder Executivo, que, em seguida, poderá apresentar aos parlamentares um cardápio de ações em infraestrutura, em todas as regiões do país, com indicadores que apontem o grau de prioridade de cada projeto, sob a óptica de seus impactos sociais, econômicos, ambientais e de uma maturidade mínima para receber recursos públicos.

⁸²⁸ MINISTÉRIO DA FAZENDA. *Relatório de avaliação do cumprimento das metas fiscais – 3º quadrimestre de 2023*. Brasília: Tesouro Nacional, 2023, p. 13.

⁸²⁹ Acórdão nº 1.481/2022, Plenário, relator Min. Aroldo Cedraz, julgado em 29 de junho de 2022.

⁸³⁰ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. *Fiscobras 2021 – Fiscalização de obras públicas pelo TCU – 25º Ano*. Brasília: TCU, 2021, p. 26.

⁸³¹ Sobre o Fiscobras, o plano anual de fiscalização de obras federais do TCU, ver o item 3.2.2.

Trata-se, assim, de uma interessante alternativa dialógica que, de um lado, garante o caráter obrigatório das emendas parlamentares, de forma a respeitar as decisões políticas dos parlamentares sobre a execução de parcela do orçamento, e, de outro lado, contribui para que os recursos em infraestrutura sejam alocados de forma eficiente, de acordo com o planejamento estratégico dos órgãos da Administração Federal.

Ocorre que, em relação às emendas, principalmente aquelas relacionadas a obras públicas, além de levantamentos de informações e recomendações, é preciso que a Corte avance no desempenho de medidas efetivas para a retroalimentação do planejamento da infraestrutura, como expressão do controle de legitimidade. Faz-se necessário intensificar uma fiscalização próxima e preventiva em relação às indicações parlamentares, cujos valores crescem ano a ano.

Porém, o próprio TCU tem realizado uma autocontenção nesse papel, especialmente no que se referem aos recursos de emendas individuais na modalidade *transferências especiais*, conhecidas como “emendas PIX”, que não dependem de qualquer convênio ou instrumento de cooperação entre a União e o ente beneficiário⁸³².

O Tribunal, por meio do Acórdão nº 518/2023⁸³³, entendeu que “a fiscalização sobre a regularidade das despesas efetuadas na aplicação de recursos obtidos por meio de transferência especial pelo ente federado é de competência do sistema de controle local”. Assim, o controle preponderante sobre o uso de tais recursos caberia aos tribunais de contas locais, enquanto ao TCU competiria um controle limitado, apenas quanto à “fiscalização sobre o cumprimento, pelo ente beneficiário da transferência especial, das condicionantes que a legitimam”, estabelecidas no art. 166-A, § 1º, I e II, § 2º, inciso III, e § 5º, da CF.

Com isso, quanto às emendas via transferências especiais, o TCU se restringiria a identificar o cumprimento das seguintes regras: i) não podem ser destinadas para custear despesas com pessoal e encargos sociais relativas a ativos e inativos, com pensionistas e encargos referentes ao serviço da dívida do ente beneficiário (art. 166-A, § 1º, I e II, da CF); ii) devem ser aplicadas em programações

⁸³² Art. 166-A, I e §2º, da CF, incluído pela EC nº 105/2019.

⁸³³ Acórdão nº 518/2023, Plenário, relator Min. Vital do Rêgo, julgado em 22 de março de 2023.

finalísticas das áreas de competência do Poder Executivo do ente federado beneficiado (art. 166-A, §2º, III, da CF), e; iii) pelo menos 70% devem ser aplicadas em despesas de capital.

Limitando-se a avaliar tais condições, o TCU editou a Instrução Normativa nº 93/2024, que regulamenta sua fiscalização sobre as mencionadas “emendas pix”. A norma nada menciona sobre necessidade de aderência aos instrumentos de planejamento políticas públicas federais, concentrando-se em disciplinar procedimentos para a inserção de informações e documentos na plataforma transferegov.br⁸³⁴ – como visto, sistema destinado à gestão e controle dos repasses financeiros a título de cooperação a estados e municípios.

De um lado, concorda-se com o entendimento da Corte de Contas federal no ponto em que reconhece ser de competência dos tribunais de contas locais a apreciação da regularidade da execução da despesa, como, por exemplo, aferir a legalidade do processo licitatório para a contratação de empreiteira para a execução de obras públicas.

Mas, por outro lado, entende-se como equivocada interpretação do TCU em relação à limitação dos parâmetros para o exercício do seu controle. As emendas parlamentares, ainda que de execução impositiva, são enquadradas como transferências voluntárias, decorrentes de recursos federais e submetidas a condicionantes para seus repasses, como já reconheceu o próprio TCU⁸³⁵. Veja-se também que a Constituição prevê que essas emendas “pertencerão ao ente federado no ato da efetiva transferência financeira”⁸³⁶. Isso significa que, antes do efetivo repasse, o recurso ainda pertence à União. Assim, a previsão de aplicação em “programações finalísticas das áreas de competência do Poder Executivo do ente

⁸³⁴ Criada pelo Decreto nº 11.271/2022, após decisões do TCU que apontaram a necessidade de a Administração aprimorar os sistemas digitais de gestão de riscos e de controle, para identificar saldos financeiros, execução física, identificação de fornecedores e de aplicações de recursos com suspeitas de irregularidades. Sobre o tema, ver: Acórdãos nº 539/2016, relator Min. Benjamin Zymler, nº 544/2016, relator Min. Raimundo Carreiro, nº 2.551/2017 e nº 2.796/2019, relator Min. Augusto Sherman Cavalcanti, todos do Plenário.

⁸³⁵ Conforme entendimento do TCU, “os recursos oriundos de emendas parlamentares individuais, embora possuam relativa obrigatoriedade de execução orçamentária e financeira, não constituem transferências obrigatórias, tais como as relativas aos fundos de participação dos estados e municípios e outras afins, mas sim transferências voluntárias, pois sua execução depende de condicionantes (inexistência de impedimentos de ordem técnica e de contingenciamento)” (Acórdão nº 287/2016, Plenário, relator Min. José Múcio Monteiro, julgado em 17 de fevereiro de 2016).

⁸³⁶ Art. 166-A, §2º, II, da CF.

federado beneficiado”⁸³⁷ não exclui a necessidade de, cumulativamente, observarem o planejamento de políticas públicas federais, a exemplo do PPA.

Ademais, como prevê a LDO federal de 2024, o orçamento, abrangidas as dotações das emendas, deve ser elaborado com o “estabelecimento da relação entre a despesa pública e o resultado obtido, de forma a priorizar a análise da eficiência na alocação dos recursos e permitir o acompanhamento das gestões orçamentária, financeira e patrimonial”⁸³⁸.

Desse modo, é preciso que a dotação vinculada a uma emenda parlamentar esteja em harmonia com os mecanismos de planejamento estatal da Administração Federal, o que atrai o controle de legitimidade do TCU sobre as emendas parlamentares. Assim, está no âmbito de competência da Corte de Contas a aferição da alocação do recurso com base nos instrumentos de planejamento elaborados e debatidos no âmbito do Poder Executivo e do Poder Legislativo, como, por exemplo, o PPA 2024-2027 ou o Plano Nacional de Logística 2035.

Deve-se partir da premissa que o poder tem seu bônus e seu ônus. Da mesma forma que o Poder Executivo federal não possui liberdade ilimitada para a destinação de recursos discricionários, o Poder Legislativo federal também não detém uma liberdade orçamentária irrestrita. Ambos devem se submeter ao direcionamento fixado pelos instrumentos de planejamento.

Isso não significa conceber os congressistas como ordenadores de despesas, aptos a responderem pelas falhas na execução dos recursos. Mas, deve-se exigir um ônus de justificação que impeçam indicações parlamentares desvirtuadas do planejamento federal. Uma vez que se referem a decisões de alto impacto, as escolhas quanto aos elevados gastos incluídos na LOA por meio das emendas parlamentares requerem que os congressistas apresentem motivações sustentáveis⁸³⁹, com base nos diversos aspectos do interesse público (econômico, financeiro, social, ambiental etc.).

Os impactos danosos decorrentes da falta de aderência das emendas parlamentares ao planejamento estatal já foram reconhecidos por membros do próprio

⁸³⁷ Art. 166-A, §2º, III, da CF.

⁸³⁸ Art. 16, §1º, da LDO 2024 (Lei nº 14.791/2023).

⁸³⁹ FREITAS, Juarez. Interpretação sustentável de leis de elevado impacto nas relações administrativas. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 23, n. 127, p. 17-33, maio/jun. 2021, p. 31.

Congresso Nacional, através da Subcomissão Temporária para Acompanhamento da Educação na Pandemia, vinculada à Comissão de Educação, Cultura e Esporte do Senado Federal. Após identificar a baixa efetividade das despesas decorrentes de emendas para a infraestrutura de escolas públicas, a Subcomissão apresentou, no início de 2023⁸⁴⁰, relatório em que aponta, como uma das principais medidas para o aprimoramento das políticas educacionais, a necessidade de que a implementação das emendas parlamentares seja orientada pelo planejamento realizado pelo Plano de Ações Articuladas – PAR, uma das estratégias do Plano Nacional de Educação – PNE, levando em consideração critérios e avaliações técnicas para melhorar a eficiência alocativa de tais verbas e diminuir riscos de desvios e corrupção.

É preciso interpretar o instituto das emendas parlamentares junto com o conjunto de normas constitucionais que estabelece ao Estado brasileiro e a suas instituições o dever fundamental do adequado planejamento estatal, com vistas à consagração das prioridades constitucionais, fortalecendo políticas públicas eficientes, inclusivas, e sustentáveis do ponto de vista social, financeiro, econômico e ambiental, como estudado em capítulo anterior⁸⁴¹.

Práticas incompatíveis com esse dever de planejamento têm sido ainda mais agravadas a partir de um *tratamento diferencial* das execuções financeiras das emendas parlamentares frente às demais despesas primárias da União. Essa circunstância ficou ainda mais evidente durante a tramitação do projeto de LDO de 2024, ano de eleições municipais, que sofrem forte influência dos recursos indicados por meio de emendas parlamentares federais.

O Congresso aprovou o projeto da LDO de 2024 com inclusão de obrigação ao Poder Executivo para executar parte significativa das emendas impositivas (individuais e de bancada) até 30 de junho daquele ano. Após veto presidencial, houve forte reação do Congresso, que fez o Poder Executivo recuar e editar decreto de programação financeira (Decreto nº 11.927/2024) com a retomada do referido calendário de pagamento, alargando a preponderância das emendas parlamentares sobre as demais despesas do orçamento⁸⁴².

⁸⁴⁰ SENADO FEDERAL. Comissão de Educação, Cultura e Esporte do Senado Federal. Subcomissão Temporária para Acompanhamento da Educação na Pandemia. *Relatório Final*. Brasília: Senado Federal, 2023, p. 9.

⁸⁴¹ Vide item 1.3.

⁸⁴² VILELA, Pedro Rafael. Governo publica calendário de pagamento de emendas parlamentares. *Agência Brasil – EBC*, Brasília, 23 de fevereiro de 2024.

Ocorre que essa prática de tratamento diferencial das execuções financeiras das emendas parlamentares no regulamento de programação financeira da União viola, de uma só vez: (i) o dever de estabelecer a programação financeira mediante critérios que apresentem os melhores resultados para o alcance dos programas anuais (art. 48, “a”, Lei nº 4.320/1964), e; (ii) o dever de utilizar a programação financeira como instrumento de planejamento estatal para o alcance dos objetivos dos planos e programas gerais, regionais e setoriais de caráter plurianual (art. 7º, “b”, c/c art 15, Decreto-Lei nº 200/1967).

Além disso, Élidea Graziane Pinto⁸⁴³ pontua que, ao prever uma execução antecipada das emendas parlamentares para o primeiro semestre do exercício, a programação financeira confere um caráter praticamente incontingenciável às emendas, uma vez que comumente a necessidade de limitações de empenho para o alcance das metas fiscais ocorrem em período mais avançado do exercício financeiro (segundo semestre).

Esse aspecto afronta regras previstas na Constituição⁸⁴⁴, na LRF⁸⁴⁵ e na LC nº 200/2023⁸⁴⁶ que estabelecem o poder-dever de contingenciamento dessas emendas em caso de risco cumprimento às metas fiscais (de resultados primário e nominal). Do contrário, seria como se as emendas se tornassem, na prática, alheias ao contingenciamento, mesmo sem previsão legal. O art. 9º, §2º, da LRF, não abrange as emendas; apenas afasta das regras de limitação de empenho as despesas com “obrigações constitucionais e legais do ente, inclusive aquelas destinadas ao pagamento do serviço da dívida, as relativas à inovação e ao desenvolvimento científico e tecnológico custeadas por fundo criado para tal finalidade e as ressalvadas pela lei de diretrizes orçamentárias”.

Além do exposto, um importante dispositivo legal que, em relação às emendas, reforçaria o dever de se observarem os instrumentos de planejamento da União havia sido previsto na versão final do projeto de lei que originou a LDO 2024. O art. 81, §1º, do texto do projeto estabelecia que as indicações das emendas parlamentares deveriam ser compatíveis com o PPA e a LDO, atender a legislação pertinente e os

⁸⁴³ PINTO, Élidea Graziane. Regime de execução das emendas parlamentares em 2024 burla CF e LRF. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 23 de janeiro de 2024.

⁸⁴⁴ Art. 166, §11 e §18, da CF.

⁸⁴⁵ Art. 9º da LRF.

⁸⁴⁶ Art. 7º, I, da LC nº 200/2023.

critérios próprios da política pública a ser atendida, e, sempre quando possível, observar parâmetros populacionais e de IDH dos entes da federação⁸⁴⁷.

Ocorre que o referido dispositivo foi vetado pela Presidência da República, sob a confusa alegação de que “contrariam o interesse público, pois a inclusão de recursos pelo Poder Legislativo em despesas classificadas como discricionárias do Poder Executivo gera imprecisão na gestão orçamentária e financeira”, conforme as razões de veto da LDO 2024. Nada se referiu especificamente ao §1º daquele dispositivo que, como visto, reforçaria a submissão das dotações das emendas parlamentares ao planejamento das políticas públicas.

De todo modo, independentemente de previsão expressa na LDO, no exercício do controle de legitimidade sobre emendas parlamentares, cabe ao TCU fiscalizar a previsão, nos regulamentos de programação orçamentária e financeira da União, de regras incompatíveis com o dever fundamental do adequado planejamento.

Dessa maneira, cabe-lhe averiguar a conformidade das emendas com os planos nacionais, regionais e específicos de cada setor, além de sua aderência aos resultados pretendidos por meio do PPA, da LDO e da LOA federal. Identificado um grave descompasso entre a indicação do parlamentar e o planejamento, cabe ao TCU alertar sobre a necessidade de realinhamento da destinação e, em caso de reiterado descumprimento, adotar as medidas para obstar a execução da despesa.

Por isso, é preciso que o TCU reveja o entendimento firmado, principalmente quanto às emendas na modalidade transferências especiais (“emendas pix”), e, com isso, altere a IN nº 93/2024 para incluir como parâmetro de controle a demonstração da aderência das alocações com os instrumentos de planejamento das políticas públicas federais.

Em reforço a esse raciocínio, houve deferimento da medida cautelar na ADI nº 7.688/DF, em que se questionava a ausência de transparência, rastreabilidade e planejamento na execução dos recursos das “emendas pix”. Em decisão do Min. Flávio Dino, foi determinado que o TCU e a CGU exerçam o controle sobre os recursos

⁸⁴⁷ Segundo o art. 81, §1º, do texto previsto no PLN nº 4/2023, “as indicações deverão ser compatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias, estar de acordo com a legislação aplicável à política pública a ser atendida e, sempre que possível, observar a população e o índice de desenvolvimento humano – IDH do ente da Federação, bem como os critérios próprios de cada política pública”.

decorrentes de tais emendas, nos mesmos moldes exercidos sobre os repasses federais decorrentes do FUNDEB⁸⁴⁸.

Dessa forma, percebe-se que há uma ampla zona de atuação ainda inexplorada pelo TCU, por meio do controle de legitimidade, para contribuir com maior planejamento da União quanto ao regime de alocação e de execução dos recursos decorrentes de emendas parlamentares, especialmente aquelas voltadas à área de infraestrutura.

4.7 Controle de legitimidade e infraestrutura sustentável

4.7.1 A necessária priorização da infraestrutura sustentável

A necessidade de o Estado brasileiro se direcionar ao planejamento e à execução de projetos de infraestrutura sustentável está inserida no contexto da intensificação dos esforços a nível global para conter as mudanças climáticas e os impactos das atividades humanas ao planeta.

Nas últimas cinco décadas, a economia mundial quintuplicou, impulsionada pela globalização das atividades econômicas, e a população mundial duplicou, tendo atingido a marca de oito bilhões de pessoas⁸⁴⁹. Esse crescimento econômico e demográfico, além de estar sendo acompanhado pelo aumento das desigualdades sociais e da miséria – inclusive com o aumento da população passando fome⁸⁵⁰, tem acentuado as ações humanas de degradação ambiental, como a emissão de poluentes gasosos, o desmatamento e a contaminação da água e do solo.

⁸⁴⁸ Foi determinado que “as transferências especiais (“emendas PIX”) sejam fiscalizadas nos termos dos arts. 70, 71 e 74 da Constituição Federal, consoante o entendimento desta Corte em situação análoga (ADI 5791, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 12/09/2022). Ou seja, os controles devem ser exercidos mediante a atuação do TCU e da CGU, inclusive quanto às transferências realizadas anteriormente a esta decisão. Por consequência, esclareço, em nome da segurança jurídica, que está configurado o interesse da União para os fins do artigo 109, I e IV, da Constituição” (Medida Cautelar na ADI nº 7.688/DF, relator Min. Flávio Dino, decisão proferida em 1 de agosto de 2024).

⁸⁴⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *World Population Prospects 2022*. Nova Iorque: ONU, 2022, p. 3.

⁸⁵⁰ De 2014 a 2022, o número de pessoas passando fome, com grave insuficiência alimentar, subiu de 564 milhões para 735 milhões, quase 10% de toda a população mundial (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A ALIMENTAÇÃO E A AGRICULTURA – FAO. *El estado de la seguridad alimentaria y la nutrición en el mundo – versión resumida*. Roma: FAO, 2022, p. 13).

Apesar de resistências de movimentos de *negacionismo ambiental*⁸⁵¹, grande parte da comunidade internacional reconhece as evidências que indicam a grave nocividade das atividades humanas ao meio ambiente, a ponto de tornar incerta a própria sobrevivência da espécie na Terra em séculos futuros. Em 2023, foi registrado o trimestre mais quente já identificado na terra. No ritmo atual, a temperatura do planeta aumentará, ainda neste século, pelo menos 3°C acima dos níveis pré-industriais⁸⁵². Como consequência, crescem as fortes ondas de calor, as secas, os incêndios florestais, as chuvas intensas, o derretimento de geleiras, o aumento da temperatura dos oceanos, com avanço do mar e impacto na flora e fauna marinha⁸⁵³.

Em relação ao Estado brasileiro, o dever jurídico de priorizar políticas e ações de combate às mudanças climáticas e à poluição decorre tanto de normas internas como de obrigações assumidas a nível internacional.

No direito interno, a Constituição de 1988 alçou o meio ambiente equilibrado ao *status de direito fundamental intergeracional*: uma prioridade que deve ser consagrada tanto em benefício das presentes como das futuras gerações⁸⁵⁴. Para tanto, a Constituição estabelece a todos os entes da federação o dever de proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas⁸⁵⁵. Para garantir essa proteção, também é conferida a todo cidadão a possibilidade de demandar o Poder Judiciário, por meio de ação popular⁸⁵⁶.

Buscando harmonizar a economia e o meio ambiente, a Carta de 1988 traz as balizas do desenvolvimento sustentável. Estabeleceu que a ordem econômica tem como princípios norteadores a defesa do meio ambiente, devendo as atividades

⁸⁵¹ Cf. PONTES, Nádia. Como negacionistas influenciam o debate ambiental no Brasil. *DW Brasil*, 30 de junho de 2023. Mencione-se também estudo publicado em 2019 na Revista *Nature* afasta a tese negacionista de que variações da temperatura global seriam uniformes e periódicas ao longo do tempo e indica que, a partir do século XX, diante das revoluções industriais e tecnológicas, 98% das regiões do planeta verificaram as temperaturas mais quentes dos últimos dois mil anos (NEUKOM, Raphael; STEIGER, Nathan; GÓMEZ-NAVARRO, Juan José et al. No evidence for globally coherent warm and cold periods over the preindustrial Common Era. *Nature*, Londres, vol. 571, p. 550-554, jul. 2019, p. 551-553).

⁸⁵² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Relatório mostra como crises ambientais colocam gerações futuras sob risco. *ONU News – Perspectiva Global Reportagens Humanas*, Nova Iorque, 27 de abril de 2021.

⁸⁵³ Cf. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Planeta Terra teve o trimestre mais quente já registrado. *ONU News – Perspectiva Global Reportagens Humanas*, Nova Iorque, 6 de setembro de 2023, e; DW BRASIL. Humanidade está numa “espiral de autodestruição”, diz a ONU. *DW Brasil*, 26 de abril de 2022.

⁸⁵⁴ Art. 255, *caput*, da CF.

⁸⁵⁵ Art. 23, VI, e art. 225, §1º, da CF.

⁸⁵⁶ Art. 5º, LXXIII, da CF.

econômicas terem tratamento diferenciado conforme seus impactos ambientais⁸⁵⁷. Ainda, condicionou o reconhecimento da função social da propriedade à utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e à preservação do meio ambiente⁸⁵⁸.

Também no âmbito interno, variadas legislações infraconstitucionais editadas ao longo das últimas décadas impõem ao Estado brasileiro o dever de proteção ao meio ambiente e de combate às mudanças climáticas, sobretudo a Política Nacional sobre Mudança do Clima – PNMC (Lei nº 12.187/2009). O diploma determina que, no Brasil, *todos*, sejam agentes ou instituições, públicas ou privadas, “têm o dever de atuar, em benefício das presentes e futuras gerações, para a redução dos impactos decorrentes das interferências antrópicas sobre o sistema climática”⁸⁵⁹. Outras legislações relevantes sobre o tema são a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/1981), o Código Florestal (Lei nº 12.651/2012), a Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei nº 12.305/2010) e Lei da Conservação da Biodiversidade (Lei nº 13.123/2015).

Por outro lado, a mudança climática é um problema que ultrapassa as fronteiras nacionais. Também extrapola a esfera de interesse das atuais gerações, uma vez que colocam em risco a digna existência de gerações futuras. Por isso, o tema⁸⁶⁰ ganha cada vez mais centralidade na comunidade internacional.

Dessa forma, na esfera internacional, o Brasil, em 2015, durante a Conferência das Partes – COP 21⁸⁶¹, celebrou o Acordo de Paris⁸⁶², que abrange quase 200 países. Esse tratado tem o objetivo principal de limitar a elevação da temperatura no planeta para menos de 2°C, quando comparado à média da temperatura pré-industrial. Além disso, foi acordado que cada país apresentaria suas respectivas Contribuições Nacionalmente Determinadas – NDC (na sigla em inglês), metas e compromissos para redução de emissões de gases do efeito estufa – GEE.

⁸⁵⁷ Art. 170, VI, da CF.

⁸⁵⁸ Art. 185, II, da CF.

⁸⁵⁹ Art. 3º, I, da Lei nº 12.187/2009.

⁸⁶⁰ A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, em 1972, também conhecida como Conferência de Estocolmo, foi um dos primeiros grandes marcos internacionais em matéria de proteção ambiental. A partir dela, foi criado o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), que, até hoje, protagoniza os debates sobre governança ambiental global.

⁸⁶¹ Fórum anual da ONU para o aprimoramento da resposta global à mudança climática.

⁸⁶² Promulgado pelo Decreto nº 9.073/2017.

A NDC brasileira, atualizada em 2023⁸⁶³, corresponde às metas de reduções da emissão de gases de efeito estufa de 48% até 2025 e de 53,1% até 2030, tendo como referência o ano de 2005. Além disso, o Brasil também se comprometeu a alcançar até 2050 a *neutralidade climática*, que significa que todas as emissões serão compensadas com fontes de captura de carbono, como o reflorestamento. Para alcançar esses resultados, o país se comprometeu a adotar ações para uma “transição para sistemas de energia baseados em fontes renováveis e descarbonização da economia mundial até o final deste século, no contexto do desenvolvimento sustentável e do acesso aos meios financeiros e tecnológicos necessários para essa transição”⁸⁶⁴.

Além disso, o Brasil, ao assinar também em 2015 a Agenda 2030, comprometeu-se com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODSs) da ONU, que possuem direta relação com temas de proteção ambiental e de combate às mudanças climáticas. Várias instituições brasileiras, não apenas as vinculadas ao Poder Executivo, têm implementado ações direcionadas a consagrar os ODSs. O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, tem planejado julgamentos prioritários e classificado suas decisões de acordo com temas relacionados aos ODSs⁸⁶⁵.

O paradigma de um mundo mais sustentável tem forte incidência na área de infraestrutura. No transporte, por exemplo, com cada vez mais pessoas em deslocamento, seja dentro das grandes cidades, em viagens internas ou internacionais, eleva-se a quantidade de gases poluentes que provocam as mudanças climáticas, como o efeito estufa. No setor de energia, fontes não renováveis, como termelétricas, também contribuem para o aumento da temperatura global, com as suas nocivas implicações à vida humana na Terra.

O conceito de *infraestrutura sustentável* aqui utilizado se refere aos projetos no setor que sejam executados por meio de processos, métodos e insumos que contribuam para a redução da mudança do clima decorrente, direta ou indiretamente,

⁸⁶³ MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE E MUDANÇA DO CLIMA – MMA. *Contribuição Nacionalmente Determinada (NDC) para o Acordo de Paris no âmbito da UNFCCC*. Brasília: MMA, 2023.

⁸⁶⁴ MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE E MUDANÇA DO CLIMA – MMA. *Pretendida Contribuição Nacionalmente Determinada para consecução do objetivo da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima. Anexo – Informação adicional sobre a INDC apenas para fins de esclarecimento*. Brasília: MMA, 2016, p. 1.

⁸⁶⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. *Agenda 2030 – Painel de Dados*. *Portal STF*, Brasília, 30 de abril de 2024.

da atividade humana. É representada, por exemplo, por projetos que utilizem ou gerem recursos renováveis, que emitam menos gases poluidores quando comparados a outras alternativas ou que maximizem a preservação e a conservação do meio ambiente e dos recursos naturais.

Para cumprir com as metas do Acordo de Paris, o Brasil indicou iniciativas específicas que impactam diretamente nas políticas em infraestrutura, a serem implementadas até 2030, tais como: a) elevar o consumo de biocombustíveis sustentáveis na matriz energética para aproximadamente 18%, como o etanol e o biodiesel; b) alcançar o patamar de 45% de energia renovável na matriz energética, com o aumento da participação de eólica, biomassa e solar, e; c) na área de transportes, adotar medidas de eficiência energética, com melhorias na infraestrutura de transportes e no transporte público em áreas urbanas⁸⁶⁶.

Há também forte conexão entre as políticas de infraestrutura e os compromissos do Brasil com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU. Essas zonas de contato podem ser encontradas, especialmente, em relação aos seguintes temas: i) ODS nº 6: infraestrutura de recursos hídricos e saneamento; ii) ODS nº 7: infraestrutura para energia acessível e limpa; iii) ODS nº 9: infraestrutura para transporte sustentável, e; iv) ODS nº 11: infraestrutura urbana sustentável.

Ao mesmo tempo, o combate às mudanças climáticas deve ser um dos pilares do planejamento das políticas públicas do Estado brasileiro. O ODS nº 13, referente a ações contra a mudança global do clima, traz expressamente a meta de se “integrar medidas da mudança do clima nas políticas, estratégias e planejamentos nacionais” (meta nº 13.2⁸⁶⁷).

No mesmo sentido, a conexão entre planejamento estatal e a sustentabilidade é reforçada na PNMC: o art. 11 da Lei nº 12.187/2009 prevê que “os princípios,

⁸⁶⁶ MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE E MUDANÇA DO CLIMA – MMA. *Pretendida Contribuição Nacionalmente Determinada para consecução do objetivo da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima. Anexo – Informação adicional sobre a INDC apenas para fins de esclarecimento*. Brasília: MMA, 2016, p. 3.

⁸⁶⁷ Como esclarece o IPEA, o indicador da meta 13.2 é o “número de países que comunicaram o estabelecimento ou a operacionalização de uma política/estratégia/plano integrado que aumente a sua capacidade de adaptação aos impactos adversos das mudanças climáticas e promova a resiliência climática e o desenvolvimento de emissões de gases de efeito estufa baixas de maneira que não ameacem a produção alimentar (incluindo um plano nacional de adaptação, uma contribuição determinada a nível nacional, uma comunicação nacional, um relatório de atualização bienal ou outro)” (por tudo, ver: INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. *13. Ação Contra a Mudança Global do Clima*. Brasília: IPEA, 2024. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/ods/ods13.html>>. Acesso em: 23 abr. 2024).

objetivos, diretrizes e instrumentos das políticas públicas e programas governamentais deverão compatibilizar-se com os princípios, objetivos, diretrizes e instrumentos desta Política Nacional sobre Mudança do Clima”. Além disso, o diploma expressa que, no Brasil, *todos*, sejam agentes ou instituições, públicas ou privadas, “têm o dever de atuar, em benefício das presentes e futuras gerações, para a redução dos impactos decorrentes das interferências antrópicas sobre o sistema climática”⁸⁶⁸.

Quanto ao planejamento do plano plurianual, embora no PPA 2020-2023 (Lei nº 13.971/2019) tenha sido vetado dispositivo que previa, como uma de suas diretrizes, o cumprimento da Agenda 2030, como visto em item anterior⁸⁶⁹, o PPA 2024-2027 (Lei nº 14.802/2024) dispõe expressamente que os programas nele previstos devem contribuir para o alcance dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 da ONU⁸⁷⁰.

Assim, atualmente, no Brasil, não se pode falar em adequado planejamento estatal em políticas de infraestrutura sem a priorização de projetos e ações sustentáveis. Por isso, a partir desse conjunto de normas nacionais e internacionais, é possível verificar um *dever jurídico do Estado brasileiro de priorizar a infraestrutura sustentável*. Esse dever impacta não só o Poder Executivo, mas também as demais instituições estatais, inclusive órgãos de controle, como os tribunais de contas. Todas as instituições devem contribuir, dentro de suas competências, para o enfrentamento às mudanças climáticas.

Nas palavras de Juarez Freitas⁸⁷¹, a sustentabilidade representa o princípio constitucional que demanda a promoção “solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar”. A sustentabilidade consagra direitos fundamentais das presentes e futuras gerações. Por isso, a justiça intergeracional também se torna balizador da atuação dos órgãos de controle, como os tribunais de contas. Isso indica que, de forma direta e imediata, independentemente

⁸⁶⁸ Art. 3º, I, da Lei nº 12.187/2009.

⁸⁶⁹ Ver item 1.4.2.

⁸⁷⁰ Art. 26 da Lei nº 14.802/2024.

⁸⁷¹ Por tudo, ver: FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 337-339.

de regulamentação legal, devem também colaborar para concretizar o *direito fundamental ao futuro*.

No mesmo sentido, Daniela Zago⁸⁷² destaca o importante papel dos tribunais de contas no denominado *controle de sustentabilidade*. Como explica a autora, embora se expresse por outras dimensões (social, econômica, fiscal, jurídico-política e ética), a sustentabilidade como parâmetro de controle deve ter na perspectiva ecológica especial ênfase. A partir disso, o controle de legitimidade pelas cortes de contas demanda a fiscalização da Administração a respeito da elaboração e da implementação de um planejamento de curto, médio e longo prazo para endereçar soluções para frear os impactos ambientais da ação humana.

4.7.2 Violações à sustentabilidade ambiental e o controle de legitimidade

O dever de priorizar a sustentabilidade ambiental também em matéria de infraestrutura representa, então, mais uma camada de checagem na fiscalização do controle de legitimidade sobre políticas nesse setor: as ações governamentais na infraestrutura devem ser planejadas para atender princípios, objetivos, diretrizes e metas decorrentes de planos e políticas internas, como a Política Nacional sobre Mudança do Clima – PNCM, bem como internacionais, como o Acordo de Paris e a Agenda 2030 da ONU.

Nesse caso, o TCU, ao exercer o controle de legitimidade sobre a infraestrutura, deve verificar se a ação executada está em consonância com essa prioridade. Não poderá a Administração optar por um projeto de infraestrutura mais poluente se, para entregar os resultados pretendidos e em condições semelhantes, houver alternativa menos poluente, sob pena de atrair a possibilidade de intervenção do tribunal de contas para que a Administração retome à rota de harmonia ao seu dever de combater as mudanças climáticas.

⁸⁷² “Os Tribunais de Contas deverão assumir sua missão de fiscalização do cumprimento dos deveres legais, constitucionais e fundamentais, com destaque à tutela ao ambiente ecologicamente equilibrado, e também amparar os interesses antecipados das gerações futuras de maneira que estejam incorporados nas decisões atuais da Administração Pública” (CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da. *Controle de sustentabilidade pelos Tribunais de Contas*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016, p. 268).

Sob essa perspectiva, em 2017, a Corte de Contas federal elaborou planejamento de atuação para “acompanhar as ações governamentais e avaliar se a execução dos programas federais é coerente com o compromisso de crescimento sustentável assumido frente à ONU e demais países”⁸⁷³, especialmente por meio dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030.

Desde então, a Corte de Contas federal tem instaurado procedimentos para monitorar as ações da Administração Federal para o alcance dos ODSs. Em diferentes oportunidades⁸⁷⁴, inclusive por meio de auditoria coordenada – em cooperação com instituições superiores de controle de outros países –, identificou falhas no planejamento do Estado brasileiro quanto à implementação da Agenda 2030. Entre elas, destacam-se: i) deficiências no desenho de processos, de atividades, de prazos, de produtos esperados, bem como de responsáveis pela tomada de decisões, pela execução e pela coordenação do processo, e; ii) ausência de mecanismos efetivos de acompanhamento e avaliação de políticas de forma integrada, incluindo a prevenção e gestão de riscos.

Também a nível de cooperação internacional, desde 2022, o TCU participa de iniciativa com instituições superiores de controle de mais de 190 países, com vistas a implementar um programa especial de avaliação de políticas públicas para o enfrentamento da crise climática. Denominado de *ClimateScanner*, o programa tem o objetivo de construir uma plataforma internacional para o exame de informações, consolidação de dados, comunicação de informações relevantes à sociedade, suporte às atividades de controle e contribuições ao planejamento e à tomada de decisões pelos governos nacionais⁸⁷⁵.

⁸⁷³ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. *O TCU e os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – objetivos para transformar nosso mundo*. Brasília: TCU, 2017, p. 3.

⁸⁷⁴ Cf. Acórdão nº 1.968/2017, Plenário, relator. Min. Augusto Nardes, julgado em 6 de setembro de 2019. No acórdão nº 709/2018, o TCU apresentou resultados decorrentes de “auditoria coordenada cujo objetivo foi avaliar a presença de estruturas de governança no Governo Federal para implementar a Agenda 2030 e a meta 2.4 dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) no Brasil e consolidar os resultados com os de outras onze Entidades Fiscalizadoras Superiores da América Latina e Caribe sobre o mesmo tema. [...] O trabalho dividiu-se em duas fases: A fase latino-americana foi coordenada pelo TCU e contou com o apoio da Organização Latino-Americana e do Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores (Olacefs) e da agência de cooperação alemã *Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit* (GIZ). Os principais dados e análises dos países participantes, quando cabível, foram utilizados em comparação aos resultados nacionais” (Acórdão nº 709/2018, Plenário, relator Min. Augusto Nardes, julgado em 4 de abril de 2018).

⁸⁷⁵ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. *ClimateScanner – avaliação global sobre as ações governamentais relacionadas à mudança do clima*. Brasília: TCU, 2024.

De todo modo, a partir de uma breve análise de atuais políticas do Estado na área de combate às mudanças climáticas, pode-se evidenciar oportunidades de aprimoramento da atuação da Corte de Contas federal para, por meio do controle de legitimidade, fortalecer o planejamento estatal para a proteção ao meio ambiente e para o combate às mudanças climáticas.

Assim, a seguir, aborda-se, especificamente: (i) falhas de planejamento nas metas da Política Nacional sobre Mudança do Clima – PNMC; (ii) falta de aderência entre a aplicação dos recursos e os objetivos do Fundo do Clima; (iii) fragilidades do plano de transformação ecológica da Administração Federal.

4.7.2.1 Meta ineficaz da Política Nacional sobre Mudança do Clima – PNMC

Para atingir os objetivos da PNMC, a Lei nº 12.187/2009 abrange mecanismos de diversas ordens, inclusive de natureza planejadora, como o Plano Nacional sobre Mudança do Clima; fiscal, como o Fundo Nacional sobre Mudança do Clima – FNMC (Fundo Clima); tributária, como benefícios tributários e; creditícia, com a concessão de financiamento em condições favorecidas.

Um primeiro aspecto a ser mencionado é que a Lei nº 12.187/2009 previu ao Brasil uma meta voluntária de mitigação das emissões de gases de efeito estufa: reduzir entre 36,1% e 38,9% suas emissões projetadas até 2020⁸⁷⁶. No entanto, tratou-se de um claro exemplo de falha do planejamento, já que a meta foi estabelecida com base em estimativas de crescimento do PIB muito superiores ao que de fato se verificou nos anos subsequentes e na equivocada premissa de que a necessidade de demanda adicional de energia seria atendida apenas por combustível fóssil⁸⁷⁷.

⁸⁷⁶ Art. 12 da Lei nº 12.187/2009. O compromisso havia sido apresentado pelo Brasil meses antes na 15ª Conferência das Partes (COP 15), realizada na Dinamarca.

⁸⁷⁷ “O cenário tendencial foi projetado com base em duas premissas exageradas: a de que o PIB brasileiro cresceria 5% ao ano até 2020, e a de que toda a demanda adicional de energia, na ausência de política pública, seria atendida por combustíveis fósseis. Isso produziu um cenário tendencial artificialmente inflado, no qual as emissões brasileiras chegariam a 3,267 bilhões de toneladas de CO₂ equivalente em 2020 se nada fosse feito. [...] Dos planos setoriais, o mais importante, que forneceria a maior parte das reduções de emissão previstas, consistia em cortar a taxa de desmatamento da Amazônia, chegando a 2020 com no máximo 3.925 km² de desmatamento por ano. [...] No entanto, como também se sabe, o desmatamento na Amazônia ficou longe — muito longe — do estabelecido pelo decreto de 2010. A taxa medida pelo Inpe foi de 10.851 km², valor quase 180% superior à meta da PNMC. Em 2019, o PPCDAm e o PPCerrado foram revogados pelo governo Bolsonaro. O desmatamento nos quatro anos do governo passado atingiria uma alta de 60% em relação aos quatro anos anteriores – a maior elevação relativa

Assim, embora numericamente a meta tenha sido cumprida com facilidade, a emissão de gases poluentes permaneceu em trajetória crescente, acompanhada do aumento do desmatamento na Amazônia. A meta, ao partir de premissas equivocadas, não serviu para os fins a que se propôs – a de promover uma mudança de postura do Estado e da sociedade civil para frear as emissões. Evidencia-se falha do planejamento estatal que poderia ter atraído a intervenção do TCU com vistas ao aprimoramento da política pública desde sua gênese.

4.7.2.2 Fundo Clima: inobservância das diretrizes e objetivos planejados

Outro ponto relevante sobre a atuação das cortes de contas e a Política Nacional sobre Mudança do Clima se refere ao controle sobre os recursos do Fundo Clima, especialmente em matéria de infraestrutura sustentável. Isso porque o fortalecimento do controle sobre o Fundo Clima se alinha ao grande potencial que esse instrumento revela à Administração brasileira para o enfrentamento das mudanças climáticas.

A relevância do Fundo Clima ao cumprimento de deveres internacionais, constitucionais e legais do Estado brasileiro tem sido reforçada pela jurisprudência do STF. A Corte já possuía precedentes que reconheciam que recursos vinculados a fundos específicos detêm obrigatoriedade de execução por parte da Administração. Foi o entendimento exposto na ADPF nº 347/DF⁸⁷⁸, que versava sobre o Fundo Penitenciário. Ocorre que, em 2022, o STF adotou essa posição, especificamente, quanto ao Fundo Clima, de modo a concluir pela inconstitucionalidade da omissão do então Ministério do Meio Ambiente diante da ausência de efetiva execução dos recursos do Fundo. Para a Suprema Corte, sob pena de afronta à separação e à harmonia entre os Poderes, não há discricionariedade da Administração sobre a aplicação ou não dessas verbas. As dotações orçamentárias se fundamentam em

em um mandato presidencial desde o início das medições anuais do Inpe. Em 2021, o desmatamento era 231% maior do que a meta da política nacional. [...] Portanto, pode-se dizer que, apesar de ter cumprido a meta numérica, o país não alterou sua trajetória de emissões, nem o tipo de perfil de poluição, altamente contaminado por um tipo de emissão (o desmatamento) que não tem virtualmente nenhum impacto positivo no PIB. O SEEG 10, portanto, mantém a conclusão do SEEG 9 de que o Brasil falhou em usar a política nacional de clima como um instrumento para uma virada rumo a uma economia de baixo carbono” (OBSERVATÓRIO DO CLIMA. *Análise das emissões de gases de efeito estufa e suas implicações para as metas climáticas do Brasil – 1970-2021*. Brasília: Observatório do Clima, 2023, p. 40-42).

⁸⁷⁸ Medida cautelar na ADPF nº 347/DF, Plenário, relator. Min. Marco Aurélio, julgado em 9 de setembro de 2015.

escolhas vencedoras do processo orçamentário, que conta com a participação dialética do Poder Executivo e do Poder Legislativo.

Ainda de acordo com o STF, no caso analisado, o Poder Executivo obstou a execução dos recursos até que fosse possível a alteração da composição do Comitê Gestor do Fundo Clima, com a ampliação de representantes da Administração. A prática representa uma forma de captura do órgão colegiado e um inconstitucional retrocesso quanto à gestão democrática dos recursos públicos. Também foi levado em consideração o agravamento da situação ambiental brasileira, com aumento de queimadas e do desmatamento ilegal. Diante disso, o Supremo fixou a tese de que

o Poder Executivo tem o dever constitucional de fazer funcionar e alocar anualmente os recursos do Fundo Clima, para fins de mitigação das mudanças climáticas, estando vedado seu contingenciamento, em razão do dever constitucional de tutela ao meio ambiente (CF, art. 225), de direitos e compromissos internacionais assumidos pelo Brasil (CF, art. 5º, § 2º), bem como do princípio constitucional da separação dos poderes (CF, art. 2º, c/c o art. 9º, § 2º, LRF)⁸⁷⁹.

Indo mais além, adota-se o posicionamento de que esse caráter vinculante do Fundo Clima não se limita à execução orçamentária da despesa (aplicação dos recursos), mas abrange também o cumprimento das prioridades, das metas e das finalidades para os quais as dotações do Fundo Clima foram planejadas. Por isso, também sob esse prisma, o TCU tem o poder-dever de exercer o controle baseado na legitimidade para fiscalizar que os recursos sejam direcionados efetivamente a projetos sustentáveis, inclusive em matéria de infraestrutura.

Todavia, em pesquisa de precedentes junto ao TCU, não é possível identificar, até o momento, decisões que indiquem um monitoramento específico sobre a utilização dos recursos do Fundo Clima, especialmente sobre o cumprimento de suas finalidades⁸⁸⁰. É preciso que a Corte de Contas federal reforce sua atuação nesse

⁸⁷⁹ ADPF nº 708/DF, Plenário, relator Min. Luís Roberto Barroso, julgado em 4 de julho de 2022.

⁸⁸⁰ Foi possível identificar, até o momento, apenas precedente de 2016 que abordou determinado financiamento do Fundo Clima. Trata-se de relatório de acompanhamento sobre um conjunto de operações de crédito do BNDES, com recursos de diversas fontes, para projetos e ações de mobilidade urbana vinculadas à realização dos Jogos Olímpicos e Paralímpicos de 2016, no Rio de Janeiro. A decisão do TCU menciona, de forma lateral, o Fundo Clima, mas apenas para registrar que um dos financiamentos do BNDES ocorreu com base nele. No procedimento houve uma avaliação de forma global para “examinar a regularidade dessas operações e as condições para a contratação e desembolso dos recursos”. O processo não se destinou a fiscalizar a gestão nem o alcance dos resultados planejados ao Fundo Clima (cf. Acórdão nº 1.341/2016, Plenário, relator Min. Augusto Sherman, julgado em 25 de maio de 2016).

tema, notadamente por meio do controle de legitimidade, para fiscalizar o cumprimento dos objetivos planejados para o referido instrumento.

Falhas recentes de planejamento e de execução de recursos públicos têm sido observadas no âmbito da alocação e aplicação dos recursos do Fundo Clima sem a devida atenção do TCU. Para melhor compreendê-las, é preciso tecer alguns esclarecimentos sobre o funcionamento e sobre os dados disponíveis relacionados à gestão do Fundo.

Para regulamentar a PNMC, foi editado o Decreto nº 9.578/2018, que detalha regras para a alocação dos recursos do Fundo Clima. Estipulou que os recursos do Fundo podem ser aplicados de duas formas: i) por meio de “apoio financeiro reembolsável”, o que ocorre pela utilização dos recursos para a concessão de empréstimos pelo BNDES, agente financeiro do Fundo Clima, e; ii) para “apoio financeiro não reembolsável”, isto é, pelo repasse direto a beneficiários para o custeio de projetos relativos à mitigação ou à adaptação à mudança do clima e aos seus efeitos.

Nesse ato regulamentar, estabelece-se que o Ministério do Meio Ambiente e Mudança do Clima – MMA, por meio do Comitê Gestor do Fundo, deverá elaborar *plano anual de aplicação de recursos – PAAR* e o *relatório anual de execução orçamentária – RAEO*. Desse modo, a análise conjunta desses documentos é capaz de evidenciar se a aplicação dos recursos está em conformidade com o planejamento estatal destinado a combater as mudanças climáticas por meio do Fundo Clima.

No entanto, na análise dos documentos disponibilizados, até 2022, sobre o orçamento do Fundo, sobre o plano anual de aplicação e sobre o relatório anual de execução orçamentária, é possível identificar substanciais desconformidades entre o que foi planejado e o que foi executado.

Em primeiro lugar, a ideia de *justiça climática* permeia a Política Nacional sobre Mudança do Clima – PNMC. Esse postulado indica que os mais pobres, embora causem menos impactos ao meio ambiente, são os mais prejudicados pelos efeitos das mudanças climáticas, de modo que devem ser atendidos de forma prioritária pelas políticas públicas da área. Trata-se de uma das prioridades da PNMC⁸⁸¹, ao prever que as ações de combate às mudanças climáticas devem ser pautadas, também, pelo

⁸⁸¹ Art. 4º, parágrafo único, e art. 5º, III, da Lei nº 12.187/2009.

objetivo de erradicação da pobreza e de redução das desigualdades sociais, bem como pela diretriz de redução da vulnerabilidade social.

Porém, quase a totalidade dos recursos do Fundo Clima tem sido destinada a *apoios reembolsáveis*, com a concessão de operações de créditos pelo BNDES para agentes econômicos. Em 2022, do total de R\$ 444,6 milhões alocados ao Fundo Clima, R\$ 444,1 milhões (cerca 99,9%) foram destinados a empréstimos do BNDES (ou instituições financeiras por ele credenciadas), enquanto apenas R\$ 526 mil (aproximadamente 0,1%) a apoios diretos sem reembolso⁸⁸².

Essa forma de utilização dos recursos do Fundo Clima acaba por privilegiar projetos de beneficiários dotados de maior poder econômico, balizados pelo intuito lucrativo, em detrimento a apoios diretos às camadas sociais mais pobres. Reforça diagnósticos de que, apesar de sua importância ao desenvolvimento nacional, os recursos manejados pelo BNDES se concentram em agentes dotados de elevada capacidade econômica, inclusive empresas lucrativas que não necessitariam de empréstimos a juros subsidiados⁸⁸³. É preciso equalizar as destinações do Fundo Clima, em harmonia com o ideal de justiça climática e, também, com a concepção do Direito Financeiro como ferramenta de combate a desigualdades⁸⁸⁴.

Além da grande concentração em empréstimos geridos pelo BNDES (recurso reembolsáveis), diante dos dados disponíveis até 2022⁸⁸⁵, a execução dos recursos do Fundo não tem se submetido a um exame baseado em diretrizes, metas e prioridades vinculadas à Política Nacional de Mudança Climática ou ao plano anual de aplicação de recursos do Fundo.

Em primeiro lugar, embora a concessão de financiamentos com verbas do Fundo esteja submetida a regulamento do Conselho Monetário Nacional⁸⁸⁶, não foi

⁸⁸² FUNDO NACIONAL DE MUDANÇA CLIMÁTICA – FNMC. *Relatório de execução – 2022*. Brasília: FNMC, 2023, p. 2.

⁸⁸³ GUIMARÃES, Sônia Karam. Desenvolvimento econômico-social e instituições no Brasil. *Civitas: revista de Ciências Sociais*, v. 16, n. 2, p. 259–284, 2016, p. 270-271.

⁸⁸⁴ Cf. SILVEIRA, Alexandre Coutinho da. *O direito financeiro e a redução de desigualdades*. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

⁸⁸⁵ FUNDO NACIONAL DE MUDANÇA CLIMÁTICA – FNMC. *Plano Anual de Aplicação de Recursos – PAAR 2022*. Brasília: FNMC, 2023.

⁸⁸⁶ A grande maioria dos atuais projetos financiados pelo BNDES com recursos do Fundo Clima foram submetidos à regulamentação da Resolução CMN nº 4.267/2013. A partir de 1º de setembro de 2023, o referido ato normativo foi revogado e entrou em vigor a Resolução CMN nº 5.095/2023, que, entre outras mudanças, reduziu as taxas de juros para os referidos empréstimos.

possível identificar critérios e requisitos claros para a decisão de escolhas de projetos a serem financiados, o que inviabiliza a transparência e o controle sobre a execução do planejamento estatal em relação aos recursos do Fundo Clima.

Em segundo lugar, seria necessário que o Comitê Gestor do Fundo realizasse uma avaliação qualitativa sobre a aplicação dos recursos, de modo a examinar se os projetos financiados pelo BNDES estariam em conformidade com os objetivos e resultados planejados para o Fundo Clima. Para tanto, o Decreto 9.578/2018 prevê que o Comitê Gestor do Fundo Clima deve aprovar relatório de execução do plano anual de aplicação de recursos. Uma espécie de prestação de contas sobre a aplicação dos recursos do Fundo. Dados disponíveis até o ano 2022 demonstram que isso tem ocorrido com base, principalmente, em relatórios anuais do BNDES sobre a gestão dos recursos⁸⁸⁷.

Ocorre que o Comitê Gestor do Fundo não tem demonstrado no relatório de execução qualquer avaliação qualitativa sobre os recursos repassados ao BNDES, principalmente em relação a apoios reembolsáveis (empréstimos). No documento, o Comitê aborda esse tipo de despesa por meio de mera indicação de efetivo repasse ao BNDES, sem explicitar qualquer verificação sobre a utilização dos recursos para o alcance das finalidades pretendidas. Assim, há uma mera demonstração quantitativa da aplicação de recursos, e não qualitativa.

Apenas no que se refere ao apoio não reembolsável (repasse direto e transferências voluntárias), o relatório anual de execução orçamentária do Comitê Gestor do Fundo examina o mérito e eventuais resultados da despesa. No entanto, como visto, são recursos insignificantes quando comparados aos valores repassados para empréstimos geridos pelo BNDES (apoio reembolsável).

Na área de infraestrutura sustentável, para exemplificar, o plano de aplicação de recursos de 2022, estabelecido pelo Comitê Gestor, em relação aos empréstimos sob gestão do BNDES, indicava como prioridade investimentos na área de transporte para “a melhoria da mobilidade urbana e para a redução da emissão de gases do

⁸⁸⁷ FUNDO NACIONAL DE MUDANÇA CLIMÁTICA – FNMC. *Plano Anual de Aplicação de Recursos – PAAR 2022*. Brasília: FNMC, 2023.

efeito estufa e de poluentes locais no transporte coletivo urbano de passageiros, localizados nas regiões metropolitanas”⁸⁸⁸.

Dessa maneira, para verificar a aderência da aplicação de recursos pelo BNDES com o planejamento do Comitê Gestor, o relatório de execução dos recursos deveria examinar os aspectos qualitativos dos projetos selecionados pelo Banco. Mas, o Comitê, no relatório anual de execução de 2022, limitou-se a apontar as notas de empenhos e os contratos de financiamento a elas vinculados, sem explicitar qualquer ponderação sobre a conformidade das despesas às diretrizes previamente fixadas no plano de aplicação anual, como a priorização de projetos em transporte coletivo urbano.

Como agravante, o relatório de prestação de contas do ano de 2022 apresentado pelo BNDES, em relação aos recursos do Fundo Clima, aponta que das 479 novas contratações de crédito daquele ano, 466 (97,3%) referem-se a financiamentos para aquisições de *máquinas e equipamentos*. No relatório do BNDES, não houve um detalhamento dos beneficiários nem dos objetivos de cada financiamento, o que dificulta o controle sobre tais operações. Apenas foi alegado genericamente que os financiamentos se destinaram a “pessoas físicas e jurídicas para aquisição e produção de máquinas e equipamentos com maiores índices de eficiência energética ou que contribuam para a redução de emissão de gases de efeito estufa”⁸⁸⁹.

Também se constata que, em 2022, embora a mobilidade urbana sustentável fosse uma das prioridades previstas no plano anual de aplicação de recursos do Fundo, apenas *um único projeto* nessa área foi apoiado por empréstimos do BNDES com recursos do Fundo Clima – especificamente a concessão de operação de crédito em favor da empresa TEMBICI Participações S/A, que presta serviços de aluguel de bicicletas em grandes cidades e que é vinculada ao banco Itaú (maior instituição financeira privada do país).

Dessa maneira, em relação aos financiamentos do BNDES, ao se examinar o relatório de execução emitido pelo Comitê Gestor do Fundo Clima e a prestação de

⁸⁸⁸ FUNDO NACIONAL DE MUDANÇA CLIMÁTICA – FNMC. *Plano Anual de Aplicação de Recursos – PAAR 2022*. Brasília: FNMC, 2023, p. 5.

⁸⁸⁹ BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL – BNDES. *Fundo Nacional sobre Mudança do Clima – FNMC – Relatório Anual de Prestação de Contas – 2022*. Brasília: BNDES, 2023, p. 6.

contas do Banco, é possível identificar incongruências de cunho *objetivo*, *subjetivo* e *regional* quanto ao cumprimento do planejamento para o Fundo Clima no ano de 2022.

No viés *objetivo*, enquanto o plano anual de aplicação de recursos de 2022 indicava a necessidade de se priorizar macrossoluções, como o transporte coletivo urbano de passageiros, setor de grande impacto ambiental, os empréstimos sob gestão do BNDES se concentraram em microssoluções, com vistas a melhorar a eficiência de máquinas e equipamentos para soluções individualizadas. Na área de mobilidade, a execução dos recursos se limitou à micromobilidade, por meio de um único projeto relacionado a aluguéis de bicicletas.

Do ponto de vista *subjetivo*, na área de transporte, a priorização prevista no PAAR 2022 do transporte coletivo urbano beneficiaria diretamente a população de baixa renda, mas o único projeto aprovado na área de mobilidade favorece diretamente interesses do maior banco privado do país em projeto de transporte individual (compartilhamento de bicicletas).

Já no aspecto *regional*, a grande parte dos empréstimos do BNDES foi operacionalizada por instituições financeira com forte atuação no sul do país, como o Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul – BRDE, o Banco do Estado do Rio Grande do Sul – BANRISUL e o BADESUL Desenvolvimento – Agência de Fomento do Estado do Rio Grande do Sul, o que indica a hegemonia do incentivo em uma das regiões mais ricas da federação. Ainda sobre esse tema da regionalização, registre-se que a problemática identificada não é recente. Dados do Fundo Clima do período de 2013 a 2022 demonstram que os projetos financiados pelo BNDES têm sistematicamente se concentrado nas regiões sudeste e sul do país, em especial, nos estados de Minas Gerais, São Paulo, Santa Catarina, Paraná e Rio Grande de Sul⁸⁹⁰.

Essa predominância da alocação dos recursos do Fundo Clima em financiamentos destinados às unidades federativas mais desenvolvidas vai de encontro à prioridade constitucional de combate às desigualdades regionais, um dos pilares do planejamento estatal, como visto em item anterior.

Além disso, em relação a recursos não reembolsáveis (repasses diretos e transferências voluntárias), embora o plano anual de aplicação de recursos e o

⁸⁹⁰ INSTITUTO DE ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS – INESC. *Fundo Nacional sobre Mudança do Clima: governança, recursos, gestão e desafios*. Brasília: INESC, 2022, p. 22-24.

relatório anual de execução apontem genericamente que os projetos apoiados são relacionados à proteção ambiental, esses documentos não evidenciam os resultados concretos para enfrentar as mudanças climáticas. Em virtude disso, avaliação elaborada em conjunto entre o IPEA e a CEPAL concluiu que “a maioria dos projetos apoiados não menciona explicitamente sua interface com o tema mudança do clima. Essa relação figura na justificativa dos projetos, mas não se reflete em seus objetivos, indicadores e metas”⁸⁹¹.

Diante desse cenário, algumas dessas históricas falhas no uso das potencialidades do Fundo Clima foram reconhecidas pelo próprio BNDES em estudo publicado em janeiro de 2024. O Banco pontuou que

entre 2011 e 2022, a arrecadação de participações especiais destinada ao MMA variou entre R\$ 94 milhões e R\$ 1,6 bilhão. No total, até 2022, o fundo recebeu R\$ 2,5 bilhões, sendo R\$ 1,8 bilhão (72%) oriundo da participação especial pela exploração de petróleo e R\$ 697 milhões (28%) provenientes de remunerações do BNDES ao fundo. As aplicações foram também de R\$ 2,5 bilhões, sendo: (i) R\$ 2,3 bilhões (94%) transferidos ao BNDES por meio de inversões financeiras; (ii) R\$ 121 milhões (5%) aplicados pelo MMA por meio de convênios e outras despesas primárias não reembolsáveis; além de (iii) R\$ 33 milhões (1%) em remuneração dos agentes (BNDES e MMA). Com relação à carteira do BNDES, cabe destacar operações para financiar energias renováveis, máquinas e equipamentos eficientes, indústria verde e mobilidade urbana. Esses números mostram que, apesar de relevante, o Fundo Clima é até hoje utilizado abaixo de suas potencialidades⁸⁹².

Desse modo, na gestão do Fundo Clima, um dos principais instrumentos da Política Nacional sobre Mudança do Clima, identificam-se incongruências entre a execução das ações e as diretrizes e objetivos da referida Política. É preciso maximizar os resultados obtidos pelo referido instrumento, notadamente por meio de projetos em infraestrutura sustentável que favoreçam a população e as regiões mais pobres do país, em harmonia com a ideia de justiça climática.

Essa circunstância atrai a necessidade de maior atenção do TCU para, mediante o controle de legitimidade da Administração, cobrar a aderência das

⁸⁹¹ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA; COMISSÃO ECONÔMICA PARA AMÉRICA LATINA E O CARIBE – CEPAL. *Avaliação do Fundo Clima*. Brasília: IPEA, 2023, p. 90.

⁸⁹² BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL. Estudos Especiais do BNDES – Estudo Especial nº 14/2014 – *O Novo Fundo Clima e o meio ambiente na nova política de desenvolvimento: funding mais estável e novos eixos de atuação*. Rio de Janeiro: BNDES, 2024, p. 2.

despesas do Fundo Clima às diretrizes e objetivos planejados para a política de combate às mudanças climáticas do país, o que é fundamental, também, para o alcance de compromissos internacionalmente assumidos pelo Brasil.

Isso pode ocorrer, especialmente, por determinação do TCU, a ser continuamente monitorada, no sentido de que o Poder Executivo desenhe prioridades e metas objetivamente aferíveis por meio do plano anual de aplicação de recursos – PAAR e de que o Comitê Gestor examine de forma detalhada e justificada, por meio do relatório anual de execução, os resultados obtidos pelos projetos apoiados pelo Fundo.

4.7.2.3 Fragilidades do plano de transformação ecológica

Nos últimos anos, investimentos e incentivos estatais⁸⁹³ na economia verde, inclusive projetos de infraestrutura sustentável, não se revelam como importantes exclusivamente para combater os efeitos das mudanças climáticas, mas também se mostram como interessante instrumento de geração de riqueza e de desenvolvimento econômico.

É o caso dos já citados exemplos do *New Green Deal*⁸⁹⁴, adotado pela política econômica dos Estados Unidos, e do *Pacto Ecológico Europeu*⁸⁹⁵, em implementação no âmbito dos países da União Europeia. O FMI também indica que investimentos públicos em infraestrutura sustentável são uma das principais formas de gerar empregos diretos ao redor do mundo⁸⁹⁶.

⁸⁹³ Experiências em países europeus e nos Estados Unidos demonstram que a implantação de bases sustentáveis para a matriz econômica depende da atuação do Estado por variadas formas, a exemplo de suas funções como: “i) investidor, expandindo a infraestrutura de transporte e de energia, ou por meio da construção de hospitais, escolas ou redes de saneamento; ii) protetor social, em que se reconhece a necessidade de se garantir empregos dignos, com pagamento justo e alinhados com o desenvolvimento sustentável, além da necessidade de expandir a assistência à parcela mais vulnerável às mudanças do clima e aos trabalhadores cujos postos de trabalho se encontram sob risco pela transição para uma economia de baixo carbono; e iii) prestador de serviços, dada a necessidade de expansão de serviços públicos, como o serviço de saúde, para fazer frente aos riscos crescentes provocados pelas mudanças climáticas e pela crise de biodiversidade em relação à saúde pública” (MATHIAS, João Felipe Cury; YOUNG, Carlos Eduardo Frickmann; COUTO, Lilia Caiado; ALVARENGA JUNIOR, Marcio. *Green New Deal* como estratégia de desenvolvimento pós-pandemia: lições da experiência internacional. *Revista Tempo do Mundo – IPEA*, Brasília, n. 26, p. 146-173, ago. 2021, p. 168).

⁸⁹⁴ WHYTE, Chelsea. *Green New Deal proposal includes free higher education and fair pay*. *Newscientist*, Londres, 12 de fevereiro de 2019.

⁸⁹⁵ UNIÃO EUROPEIA. *Concretizar o Pacto Ecológico Europeu: rumo a uma Europa com impacto neutro no clima até 2050*. Bruxelas: Comissão Europeia, 2024.

⁸⁹⁶ FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL – FMI. *IMF Working Paper – The Direct Employment Impact of Public Investment*. FMI: Washington D.C., 2021, p. 14.

Em relação ao Brasil, no fim de 2023, durante a COP 28, houve o lançamento do *plano de transformação ecológica*. O governo brasileiro divulgou que a estruturação do plano se daria em diferentes eixos, mas com *foco especial em infraestrutura*, inclusive mediante ampliação dos projetos financiados com o mencionado Fundo Clima⁸⁹⁷.

Para contribuir com esse objetivo, o Tesouro Nacional, em novembro de 2023, iniciou a emissão de títulos públicos no mercado internacional – chamados de títulos soberanos sustentáveis⁸⁹⁸ – para captação de recursos destinados exclusivamente a medidas de combate às mudanças climáticas, entre elas, incrementos ao Fundo Clima. A estimativa foi de que, por meio desses títulos, o Tesouro Nacional transfira ao Fundo cerca de R\$ 10 bilhões em 2024⁸⁹⁹.

Porém, o plano de transformação ecológica foi lançado apenas por meio de anúncios de medidas que não se encontram sistematizadas em qualquer lei, decreto ou outro ato formal. Embora anunciado com estimativa de investimentos entre US\$ 130 a US\$ 160 bilhões em dez anos, não houve a indicação de metas, prazos, indicadores e metodologias de acompanhamento dos resultados. Abrange projetos não necessariamente interdependentes e, enquanto alguns já estão em andamento, como pagamentos de benefícios do Programa Bolsa Família, outros ainda não foram iniciados e dependem do Congresso Nacional, como a aprovação de projeto de lei para disciplinar o mercado de carbono.

Além disso, no início de 2024, com a publicação do PPA 2024-2027, foram previstos diferentes programas finalísticos que se relacionam direta ou indiretamente com ações para mitigar a crise climática, principalmente no setor de energia, mas não vinculadas expressamente ao divulgado plano de transformação ecológica do governo federal.

⁸⁹⁷ “Estruturado em seis eixos – financiamento sustentável, desenvolvimento tecnológico, bioeconomia, transição energética, economia circular e infraestrutura e adaptação às mudanças climáticas – o plano prevê principalmente investimentos em infraestrutura. Entre as medidas, estão o mercado regulado de carbono, a criação de núcleos de inovação tecnológica nas universidades, a ampliação de áreas de concessões florestais, a eletrificação de frotas de ônibus, o estímulo à reciclagem e obras públicas para reduzir riscos de desastres naturais” (MÁXIMO, Wellton. Entenda o Plano de Transformação Ecológica lançado na COP28. *Agência Brasil – EBC*, Brasília, 7 de dezembro de 2023).

⁸⁹⁸ Os títulos emitidos em novembro de 2023 possuem prazos de vencimento de sete anos e são denominados de Global 2031 ESG.

⁸⁹⁹ BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL. Estudos Especiais do BNDES – Estudo Especial nº 14/2014 – *O Novo Fundo Clima e o meio ambiente na nova política de desenvolvimento: funding mais estável e novos eixos de atuação*. Rio de Janeiro: BNDES, 2024, p. 3.

Dessa maneira, até o momento, não se observa uma sistematização de medidas para a execução do plano anunciado pela Administração Pública. Não se sabe de forma clara quem faz o quê, quando, quais os resultados pretendidos ou como ocorrerão o monitoramento e a avaliação.

Entende-se que, em relação ao mencionado plano de transformação ecológica e a sua prioridade de ações na infraestrutura sustentável, a existência de um arcabouço jurídico-legal, com regulamentação, divisão de competências, estabelecimento de metas e estratégias, além de conferir fortalecimento institucional ao plano, evitando descontinuidade com as trocas de gestões, também viabiliza um acompanhamento efetivo sobre seus resultados e sobre o alcance dos objetivos planejados, seja pela sociedade ou pelos órgãos de controle, como o TCU.

4.8 Controle de legitimidade das contratações públicas de infraestrutura: novas balizas diante da Lei nº 14.133/2021

O controle de legitimidade a ser exercido pelo TCU, no prisma aqui compreendido, tem também a função de retroalimentar o planejamento das contratações públicas, de modo a promover melhorias para a execução de obras e serviços vinculados à infraestrutura.

Isso porque há uma relação direta entre a frustração do planejamento de políticas públicas e a baixa da governança das contratações administrativas em relação à infraestrutura. Um dos motivos para a deficiência significativa na infraestrutura brasileira e para o recorrente problema da paralisação de obras são as falhas nas etapas de planejamento das contratações públicas⁹⁰⁰. Isso abrange: i) curto prazo para o planejamento da contratação; ii) insuficiência de diagnósticos prévios sobre as necessidades da Administração; iii) a ausência de projetos de engenharia de qualidade; iv) orçamento-base não fidedignos com as necessidades dos projetos e com os valores de mercado, e; v) contratações sem dotações orçamentárias suficientes para o exercício financeiro⁹⁰¹.

⁹⁰⁰ Cf. FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL – FMI. *Brasil – Avaliação da gestão do investimento público*. Washington D.C.: FMI, 2018.

⁹⁰¹ Sobre os principais motivos das paralisações de obras no Brasil, ver o já analisado diagnóstico do TCU no Acórdão nº 1.079/2019, Plenário, relator Min. Vital do Rêgo, julgado em 15 de maio de 2019.

Nos últimos anos, o regime jurídico dessas contratações foi substancialmente impactado pelo advento da Lei 14.133/2021, a atual Lei Geral de Licitações e Contratos, que substituiu a Lei nº 8.666/1993. O diploma traz o *planejamento como princípio expresso* para nortear as licitações e contratos administrativos, a fim de que sejam alcançados os objetivos de: i) assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto; ii) promover tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição; iii) evitar contratações com sobrepreço, com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamentos na execução dos contratos, e; iv) incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.

Esse princípio do planejamento é elemento central da fase preparatória das contratações públicas (etapa anterior à publicação do edital, no caso de licitações, ou antes da celebração do contrato, em hipóteses de contratação direta). Impõe à Administração o dever de reforçar a governança das contratações, inclusive das atividades de gestão de riscos e de controle interno, com a implementação de medidas para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos. Reforça os deveres do Poder Público de promover um ambiente licitatório íntegro e confiável, de assegurar o alinhamento das licitações e contratos ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e de promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações⁹⁰².

A Lei nº 14.133/2021 institui novas ferramentas para reforçar o planejamento de curto, médio e longo prazo a respeito de aquisições de produtos ou de contratação de serviços, como as obras e serviços de engenharia. Esses novos instrumentos ampliam os parâmetros para o controle externo a ser exercido pelos tribunais de contas, reforçando a concepção aqui defendida de controle de legitimidade.

No âmbito de todos os entes, a referida lei cria a obrigação aos órgãos e entidades públicas de instituírem seu respectivo Plano de Contratações Anual – PCA⁹⁰³. Esse plano representa a consolidação das demandas para as quais se planeja contratar no exercício subsequente ao de sua elaboração. Tem como objetivo

⁹⁰² Cf. art. 11 da Lei nº 14.133/2021.

⁹⁰³ Art. 12, VII, da Lei nº 14.133/2021.

racionalizar as contratações e garantir o alinhamento delas com o planejamento estratégico do órgão ou entidade.

O PCA permite uma visão gerencial e holística de todo o processo de contratações dos órgãos da Administração. Além disso, diante da natural limitação de recursos públicos, fixa as prioridades do Poder Público para determinado exercício. Funciona, ainda, como elemento indicativo ao mercado, já que, após publicado, demonstra o conjunto de demandas da Administração naquele período. O plano também contribui para a centralização e compartilhamento de contratações entre diferentes órgãos e entidades, com vistas a alcançar economia de escala, padronização de produtos e serviços e redução de custos processuais⁹⁰⁴.

O plano de contratações anual se revela, ainda, como importante subsídio para a elaboração das leis orçamentárias (LOA, LDO e PPA), de modo a contribuir para a eficiência do planejamento orçamentário do respectivo ente. Com isso, principalmente sob o prisma da execução de obras públicas, reduzem-se os riscos de insuficiência de recursos orçamentários para sua execução.

De todo modo, é preciso que gestores federais, estaduais e municipais confirmem ao plano de contratações anual os meios necessários para que estes alcancem seus objetivos. Isso perpassa, por exemplo, pela especificação de competências e atribuições entre diferentes setores dos órgãos e entidades responsáveis pela sua elaboração; pela definição de critérios para a escolha das contratações prioritárias; pela estipulação de prazos para elaboração, revisão e publicação dos planos; pelas sistemáticas de acompanhamento para garantir seu cumprimento, e; por métodos de avaliação, para promover um contínuo aprimoramento. Do contrário, corre-se o risco de tornar o plano uma mera burocracia adicional às atividades administrativas, como já alertado pelo TCU em experiências recentes da Administração Federal⁹⁰⁵.

⁹⁰⁴ Em relação à Administração Pública federal, o plano de contratações anual foi regulamentado por meio do Decreto nº 10.947/2022.

⁹⁰⁵ Antes da Lei nº 14.133/2021, o plano de contratações anual já era obrigatório para a Administração Federal, conforme disciplinado na Instrução Normativa SEGES/ME nº 1/2019. No entanto, em auditoria realizada em 2021, o TCU identificou falhas que impediam que o referido instrumento alcançasse minimamente seus objetivos, tais como: i) a inexistência ou a deficiência de processos de trabalho ou de normativo interno para a elaboração, a aprovação, a execução e a gestão do plano; ii) a ausência de priorização do tema sobre planejamento das contratações pela alta cúpula, pelos gestores e pelos colaboradores dos órgãos; iii) uma incipiente cultura do planejamento das contratações na administração pública, e; iii) a ausência ou a insuficiência de diretrizes

Outra relevante inovação da Lei nº 14.133/2021 para fortalecer o planejamento e o monitoramento dos projetos de infraestrutura foram regras de transparência sobre a contratação e a execução das obras públicas. Inspirado na jurisprudência do TCU⁹⁰⁶, o novo diploma previu que os entes devem instituir sistema informatizado de acompanhamento de obras, inclusive com recursos de imagem e vídeo, disponível para acesso público por meio do Portal Nacional de Compras Públicas - PNCP⁹⁰⁷.

A utilização de serviços digitais para monitoramento de obras públicas se trata de mecanismo que tem o potencial de evitar ou minimizar os casos de paralisação de empreendimentos em infraestrutura, como já estudado no item 4.4.2. Por isso, caberá ao sistema de tribunais de contas fiscalizar a implementação pela Administração dos avanços tecnológicos necessários para a adoção dessa relevante ferramenta de governança.

Além disso, a Lei nº 14.133/2021 consolidou a figura do Estudo Técnico Preliminar – ETP⁹⁰⁸: uma das primeiras e importantes peças a serem elaboradas durante a fase de planejamento das contratações, por meio da qual o órgão ou entidade interessada realiza a avaliação da necessidade de contratação e da melhor forma de atendê-la. Reforçando a aderência entre o que será executado com o que foi planejado, o ETP deve demonstrar a “previsão da contratação no plano de contratações anual, sempre que elaborado, de modo a indicar o seu alinhamento com o planejamento da Administração”⁹⁰⁹.

normativas estabelecidas acerca do processo de elaboração, execução e gestão do plano (Acórdão nº 1.637/2021, Plenário, relator Min. Augusto Sherman Cavalcanti, julgado em 7 de julho de 2021).

⁹⁰⁶ Como visto no item 4.4.2, o TCU, desde, pelo menos, o ano de 2007, tem orientado o Poder Executivo Federal a criar cadastro centralizado para conferir à própria Administração, aos órgãos de controle e à sociedade uma visão global dos projetos de infraestrutura financiados com recursos federais, o que, em 2020, deu origem à instituição do Cadastro Integrado de Projetos de Investimento – CIPI, regulamentado pelo Decreto nº 10.496/2020.

⁹⁰⁷ Art. 19, III, e art. 174, §3º, V, “b”, da Lei nº 14.133/2021.

⁹⁰⁸ O art. 18, §1º, da Lei nº 14.133/2021, prevê os diversos requisitos que devem ser preenchidos para a elaboração do ETP. Concordamos, contudo, com a avaliação de Flávio Garcia Cabral, ao apontar que a lei falha ao estabelecer o mesmo nível de detalhamento e aprofundamento na elaboração do ETP para todas as contratações públicas, sem considerar a diferença entre uma grande obra e uma aquisição de materiais de rotina numa repartição pública. Essa circunstância tende a apresentar travas desnecessárias para aquisições de produtos e contratações de serviços de baixa complexidade (cf. CABRAL, Flávio Garcia. Planejar, planejar e planejar: o futuro da nova Lei de Licitações. *Jota*, São Paulo, 15 de fevereiro de 2014).

⁹⁰⁹ Art. 18, §1º, II, da Lei nº 14.133/2021).

Ademais, o ETP também confere as bases para a adequada elaboração dos projetos básicos⁹¹⁰ e executivos⁹¹¹ das obras e serviços de engenharia. Com isso, enfrenta-se um problema histórico de planejamento das obras do país, como diagnosticado pelo TCU: a paralisação de empreendimentos em decorrência de inadequados projetos de engenharia. No Acórdão nº 133/2000, o Ministro Adylson Motta⁹¹² já alertava que, no Brasil, o projeto básico “tem sido encarado como instrumento de ficção, já que na maioria das vezes são inúteis ou servem muito pouco ao adequado desenvolvimento de nossas obras públicas”.

Projetos de engenharia eficientes são fatores essenciais para o sucesso de obras públicas. Falhas nessa etapa do planejamento podem prejudicar a qualidade do empreendimento, estender os prazos para sua finalização, provocar impactos ambientais indevidos e criar custos adicionais durante sua execução – inclusive, acima dos limites permitidos pela legislação, o que provoca o término do contrato e a necessidade de uma nova licitação. Assim, projetos de engenharia imaturos e inviáveis provocam ciclos de grave ineficiência na infraestrutura do país⁹¹³.

Por isso, com a Lei nº 14.133/2021, um dos desafios das instituições do controle externo será avaliar a adoção pela Administração de ETPs que sejam

⁹¹⁰ Projeto básico é o “conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado para definir e dimensionar a obra ou o serviço, ou o complexo de obras ou de serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegure a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução [...]” (art. 6º, XXV, da Lei nº 14.133/2021).

⁹¹¹ Projeto executivo é o “conjunto de elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, com o detalhamento das soluções previstas no projeto básico, a identificação de serviços, de materiais e de equipamentos a serem incorporados à obra, bem como suas especificações técnicas, de acordo com as normas técnicas pertinentes” (art. 5º, XXVI, da Lei nº 14.133/2021).

⁹¹² Cf. Acórdão nº 133/2020, Plenário, relator Min. Adylson Motta, julgado em 12 de julho de 2000. No mesmo sentido, ver: Acórdão nº 1.461/2003, Acórdão nº 296/2004, Acórdão nº 385/2004, Acórdão nº 34/2005 e Acórdão nº 898/2005, todos do Plenário.

⁹¹³ “[...] o Estádio Nacional Mané Garrincha, construído em Brasília para a Copa do Mundo de 2014, é um perfeito retrato da extrapolação de custos. Inicialmente orçado em R\$ 600 milhões, o estádio consumiu cerca de R\$ 1,5 bilhão, e o pior, não é muito utilizado na sua senda esportiva. Acréscimos nos custos e prazos das obras públicas estão intimamente ligados a uma concepção imatura que culmina em projetos e contratos apressados, incompletos e falhos. A alocação de recursos em projetos inviáveis leva a um ciclo de ineficiência. Quando um projeto não gera retorno (benefícios maiores do que seus custos) e, mesmo assim, ainda recebe investimentos, esses recursos, ao invés de gerarem desenvolvimento, só prejudicam o país e impactam o meio ambiente de forma desnecessária. Além disso, existe a questão do custo de oportunidade: a alocação de recursos em obras inviáveis significa que outras obras serão negligenciadas ou não receberão os recursos necessários em um dado momento (GRUBBA, David C. R. P; GOMES, Rafael Martins; DI BELLO, Rafael Carneiro; MELO, Lidiane Pedra Vieira. O iceberg da infraestrutura: como combater a imaturidade, a inviabilidade e a paralisação de obras brasileiras. In: TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL – BRASIL; INSTITUTO BRASILEIRO DE AUDITORIA DE OBRAS PÚBLICAS – IBRAOP. *Controle de infraestrutura pelos tribunais de contas do Brasil*. São Paulo: Transparência Internacional – Brasil, 2023, p. 13).

capazes de conferir as bases para elaboração de bons projetos básicos e executivos em matéria de infraestrutura⁹¹⁴.

Outra perspectiva importante da Lei nº 14.133/2021 para o planejamento das contratações em infraestrutura é o critério a ser utilizado para a escolha da proposta mais vantajosa (menor preço, técnica e preço, melhor técnica etc.). A solução mais barata não deve ser mais o objetivo central da contratação. É preciso que haja a comparação sobre critérios de julgamento, a fim de se escolher a melhor alternativa aos diversos aspectos do interesse público para cada contratação em matéria de infraestrutura, o que também deve ocorrer por meio do ETP⁹¹⁵. Como adverte o TCU⁹¹⁶, deve-se “considerar todo o ciclo de vida do objeto a ser contratado, pois uma solução inicialmente mais onerosa poderá mostrar-se mais vantajosa ao longo do tempo”.

Essas normas partem da experiência de que, para a contratação de obras, o preço reduzido não é necessariamente o melhor parâmetro para o atendimento do interesse público. Dada a complexidade do seu objeto, que demanda fluxo financeiro e *expertise* gerencial e operacional da empresa contratada, é preciso afastar empresas aventureiras que possam causar riscos de paralisação das obras públicas. Processos licitatórios que também levem em consideração a qualidade da proposta (técnica e preço ou melhor técnica), embora demandem mais tempo, podem evitar intercorrências durante a etapa de execução de obras e serviços de engenharia.

Nesse contexto, no exercício do controle de legitimidade, também cabe ao sistema de tribunais de contas averiguar se o ente controlado tem implementado as ferramentas de planejamento de contratações previstas na Lei nº 14.133/2021, com vistas a maximizar os benefícios ao interesse público, notadamente quanto a obras e a serviços de engenharia.

⁹¹⁴ A preocupação com a elaboração de projetos de engenharia sólidos e eficientes ganhou destaque na Lei nº 14.133/2021 a ponto de se incluir, no Código Penal, o crime de "omissão grave de dado ou de informação por projetista", caracterizado quando, dolosamente, o agente “omitir, modificar ou entregar à Administração Pública levantamento cadastral ou condição de contorno em relevante dissonância com a realidade, em frustração ao caráter competitivo da licitação ou em detrimento da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, em contratação para a elaboração de projeto básico, projeto executivo ou anteprojeto, em diálogo competitivo ou em procedimento de manifestação de interesse” (art. 337-O do Código Penal, incluído pela Lei nº 14.133/2021).

⁹¹⁵ Vide arts. 18, VIII, e 36, §1º, da Lei nº 14.133/2021.

⁹¹⁶ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. *Licitações & Contratos*: orientações e jurisprudência do TCU. 5ª. Ed. Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência, 2023, 273.

No entanto, apesar das relevantes inovações da Lei nº 14.133/2021, visualiza-se como retrocesso a mudança implementada em relação à retirada de obrigatoriedade de *audiências públicas* como etapa obrigatória na fase de planejamento de licitações de grande impacto – como obras e projetos de engenharia. De acordo com a lei anterior (Lei nº 8.666/1993), para contratações acima de R\$ 330 milhões⁹¹⁷, a licitação seria necessariamente precedida de audiência pública com antecedência mínima de quinze dias úteis da data de publicação do edital⁹¹⁸. A Lei nº 14.133/2021, atualmente, limita-se a prever a *possibilidade* de convocação de audiência e consulta públicas, sem estabelecer sua obrigatoriedade em *nenhum caso*⁹¹⁹.

Em nossa visão, essa mudança implementada pela Lei nº 14.133/2021 se mostra inconstitucional, por significar uma involução em matéria de governança pública e participação democrática, em contraposição ao princípio democrático (art. 1º da CF) e ao direito fundamental à boa administração pública – estudado em item anterior. Além disso, a alteração também afronta o *princípio da vedação do retrocesso social*. Como defende Canotilho⁹²⁰, esse princípio restringe a liberdade do legislador ordinário de reduzir ou reverter direitos já incorporados ao patrimônio social.

Especificamente quanto à participação popular em contratações públicas, destaca-se que o STF⁹²¹, em 2018, entendeu como inconstitucional lei estadual da Bahia que dispensava a manifestação prévia dos Comitês de Bacia Hidrográfica, órgão integrado por representantes dos usuários e de entidades não governamentais com atuação em matéria de recursos hídricos. Para a Corte, a mudança promoveu

⁹¹⁷ Valor atualizado pelo Decreto nº 9.412/2018.

⁹¹⁸ De acordo com o art. 39 da Lei nº 8.666/1993, “sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea ‘c’ desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados”.

⁹¹⁹ Sobre as audiências públicas, o art. 21, *caput*, da Lei nº 14.133/2021 prevê que “a Administração poderá convocar, com antecedência mínima de 8 (oito) dias úteis, audiência pública, presencial ou a distância, na forma eletrônica, sobre licitação que pretenda realizar, com disponibilização prévia de informações pertinentes, inclusive de estudo técnico preliminar e elementos do edital de licitação, e com possibilidade de manifestação de todos os interessados”. Quanto às consultas públicas, o parágrafo único do mesmo dispositivo dispõe que “a Administração também poderá submeter a licitação a prévia consulta pública, mediante a disponibilização de seus elementos a todos os interessados, que poderão formular sugestões no prazo fixado”.

⁹²⁰ CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 338-339.

⁹²¹ ADI nº 5.016, Plenário, relator Min. Alexandre de Moraes, julgado em 11 de outubro de 2018.

incompatível retrocesso social na participação da coletividade para contratos de gestão de recursos hídricos.

Por fim, outro aspecto relevante do controle de legitimidade em matéria de infraestrutura se refere ao papel do TCU para fiscalizar a implementação de *contratações públicas sustentáveis*, sobretudo diante das metas e dos objetivos planejados pelo Estado brasileiro para o combate às mudanças climáticas, como visto no item anterior.

Novos parâmetros para o controle da legitimidade na perspectiva ambiental foram traçados em relação às contratações públicas diante da Lei nº 14.133/2021. A lei demanda uma intensificação da atuação das cortes de contas em relação ao planejamento sustentável no âmbito das licitações e dos contratos administrativos, principalmente em matéria de infraestrutura.

O sistema de tribunais de contas passa a ter como parâmetro de fiscalização, por exemplo, a elaboração pelos órgãos e entidades públicas de ETPs que sejam capazes de realizar o planejamento quanto aos impactos ambientais da contratação. O documento, além de mapear esses impactos, deve indicar as respectivas medidas mitigadoras, incluídos requisitos de baixo consumo de energia e de outros recursos, bem como logística reversa para desfazimento e reciclagem de bens e refugos, quando aplicável⁹²².

Para obras e serviços de engenharia, a modelagem de contratação deve ser conduzida por parâmetros de sustentabilidade ambiental estabelecidos na Lei nº 14.133/2021, especialmente: i) disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas; ii) mitigação por condicionantes e compensação ambiental, e; iii) utilização de produtos, de equipamentos e de serviços que, comprovadamente, favoreçam a redução do consumo de energia e de recursos naturais.

A Lei nº 14.133/2021 também induz contratações públicas sustentáveis ao dispor sobre a possibilidade de estabelecimento de remuneração variável do contratado, conforme metas e critérios de sustentabilidade ambiental definidos no edital de licitação e no contrato⁹²³.

⁹²² Art. 18, §1º, XII, da Lei nº 14.133/2021.

⁹²³ Art. 144 da Lei nº 14.133/2021.

Ainda em matéria de contratação de obras e serviços de engenharia, além da fiscalização sobre os entes contratantes, consolida-se o papel dos tribunais de contas na avaliação da eficiência dos órgãos ambientais responsáveis pelo licenciamento ambiental. Isso porque a Lei nº 14.133/2021 determina que esses órgãos ambientais devem conferir prioridade aos procedimentos de licenças ambientais para obras e serviços de engenharia e conduzi-los segundo princípios da celeridade, da cooperação, da economicidade e da eficiência⁹²⁴, o que também deve ser fiscalizado pelo controle externo.

Mesmo em caso de atos ou contratos eivados de nulidade, tanto a Administração como o controle externo devem considerar os impactos ambientais quanto à continuidade ou paralisação da obra ou do serviço de engenharia. O sistema de nulidades estabelecido pela Lei nº 14.133/2021 demanda que, caso não seja possível o saneamento da irregularidade, a decisão sobre a suspensão da execução ou sobre a declaração de nulidade do contrato somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público, com avaliação, entre outros aspectos, dos *riscos ambientais* e a *motivação socioambiental* do contrato.

Ainda sobre as contratações públicas sustentáveis, ao TCU também cumpre fiscalizar a utilização das contratações públicas como forma de indução da economia verde no país. A priorização de contratações públicas sustentáveis, não bastasse ser uma decorrência direta da prioridade constitucional ao desenvolvimento sustentável (art. 225 da CF), é obrigação expressamente disciplinada pela Lei nº 12.305/2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos. Por meio dela, estabelece-se a prioridade nas aquisições e contratações governamentais para produtos reciclados e recicláveis e para bens, serviços e obras que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis⁹²⁵.

4.9 Controle de legitimidade na prestação de contas anuais

⁹²⁴ Art. 25, §6º, da Lei nº 14.133/2021.

⁹²⁵ Art. 7ª da Lei nº 12.305/2010.

4.9.1 Contas anuais e a evidenciação da aderência entre o planejado e o executado

Questão relevante sobre a aplicação do controle de legitimidade sob o prisma aqui defendido é sua incidência no exame das prestações de contas apresentadas pelos gestores públicos perante o tribunal de contas.

Como instrumento dos princípios democrático e republicano (art. 1º da CF), destinado a conferir à sociedade transparência e controle sobre o uso da *res publica*, o dever de prestar contas tem expressa matriz constitucional e recai sobre todos que administram recursos públicos (art. 70, parágrafo único, da CF⁹²⁶).

A prestação de contas possui tamanha relevância na ordem constitucional brasileira que foi alçada à especial categoria de princípio constitucional sensível⁹²⁷, de forma que, caso descumprido, pode fundamentar as excepcionais hipóteses de intervenção de um ente da federação sobre o outro⁹²⁸.

Além disso, a rejeição das contas prestadas pelo gestor público pelo órgão competente poderá ensejar sua inelegibilidade por um período de oito anos, como previsto na Lei da Ficha Limpa (LC nº 64/1990⁹²⁹) – consequência que se aplica no contexto dos agentes públicos de todos os entes federativos, conforme decidiu o STF no julgamento do RE nº 848.826/DF⁹³⁰.

Com base em tais perspectivas, o sistema de controle externo tem a missão institucional de avaliar as contas dos que sejam responsáveis pela administração de recursos públicos, competência que é exercida pelos tribunais de contas de dois

⁹²⁶ Aplicável por simetria a todos os entes da federação, o art. 70, parágrafo único, da CF, com a redação dada pela EC nº 19/1998, estabelece que “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, assumia obrigações de natureza pecuniária”.

⁹²⁷ “Esses princípios visam assegurar uma unidade de princípios organizativos tida como indispensável para a identidade jurídica da Federação. [...] Como derivação do regime democrático e republicano adotado pelo constituinte federal, os gestores da coisa pública devem responder por seus atos, prestar contas, quer integrem a Administração direta quer a indireta – princípio a que os Estados não podem deixar de atender, sob pena de intervenção federal (art. 34, VII, d), fazendo-o nos moldes do controle de contas estabelecido no plano da União, conforme o art. 75 da Carta” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 821-822).

⁹²⁸ Art. 34, VII, “d”, e art. 35, II, da CF.

⁹²⁹ Art. 1º, I, “g”, da LC 64/1990.

⁹³⁰ RE nº 848.826/DF, Plenário, relator Min. Roberto Barroso, redator para o acórdão Min. Ricardo Lewandowski, julgado em agosto de 2016.

diferentes modos, a depender da função ocupada pelo agente público cuja gestão será avaliada.

Como já visto, quanto às contas anuais do Chefe do Poder Executivo, seu exame pelo tribunal de contas ocorre por meio de *parecer prévio*, enquanto o julgamento final compete exclusivamente ao respectivo Poder Legislativo. Assim, no âmbito federal, as contas anuais do Presidente da República são submetidas a parecer prévio do TCU (art. 71, I, da CF⁹³¹) e julgadas em definitivo pelo Congresso Nacional (art. 49, IX, da CF⁹³²). Conforme decidiu o STF⁹³³, ao julgar o RE nº 132.747/DF, essa regra de competência também se aplica, por simetria, aos tribunais de contas e aos Poderes Legislativos vinculados aos demais entes federativos⁹³⁴.

Já quanto às contas dos demais gestores públicos, compete às cortes de contas seu *julgamento em definitivo*. De acordo com o entendimento do STF⁹³⁵, no julgamento ADI nº 2.238/DF, as contas dos presidentes dos órgãos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, bem como dos chefes do Ministério Público, também devem ser julgadas em caráter definitivo pelo tribunal de contas do respectivo ente.

Não há critérios padronizados na legislação nacional sobre o conteúdo da prestação de contas e, conseqüentemente, sobre os elementos que devem ser examinados pelos tribunais de contas. Essa função de padronização caberia ao conselho de gestão fiscal previsto na LRF (art. 67, III), órgão que, como visto, ainda não foi instituído.

Nesse exame dos tribunais de contas, parte dos autores entende que, por serem decisões de caráter sancionatório e de comando, “só poderão ser exercidas em matérias estritamente financeiras (financeiras, contábeis, orçamentárias ou patrimoniais), única e exclusivamente mediante controle de legalidade”⁹³⁶.

⁹³¹ Art. 71, I, da CF.

⁹³² Art. 49, IX, da CF. Antes de serem votadas em definitivo pelo Plenário das Casas Legislativas, as contas do Presidente da República, acompanhadas do parecer prévio do TCU, submetem-se à manifestação da Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização – CMO (art. 166, § 1º, I, da CF).

⁹³³ RE nº 132.747/DF, Plenário, relator Min. Marco Aurélio, julgado em 17 de junho de 1992.

⁹³⁴ Conforme o art. 31, §2º, da CF, nos municípios, em relação à deliberação das contas do prefeito pelo Poder Legislativo municipal, o parecer prévio do tribunal de contas local somente não prevalecerá diante de decisão de dois terços dos membros da Câmara de Vereadores.

⁹³⁵ ADI nº 2.238/DF, Plenário, relator Min. Alexandre de Moraes, julgado em 24 de junho de 2020.

⁹³⁶ ROSILHO, André. *Tribunal de Contas da União – competências, jurisdição e instrumentos de controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 365.

Ocorre que, na concepção do controle externo consolidada a partir da Constituição de 1988, os tribunais de contas exercem uma função que, ao fim e ao cabo, tem como objetivo contribuir para a promoção das prioridades constitucionais, notadamente resultando em aprimoramentos da gestão pública, como já estudado⁹³⁷.

Ademais, cargos de gestão na Administração Pública atraem aos seus ocupantes o ônus de justificar o “bom e regular” emprego dos recursos públicos, como determina o art. 93 do Decreto nº 200/1967. Por isso, a Lei nº 4.320/1964 prevê que o controle deve avaliar o cumprimento do orçamento tanto em relação aos valores das dotações como no que se refere à entrega de obras e serviços públicos (art. 75, III). Na mesma linha, determina o Decreto nº 93.872/1986, que versa sobre administração financeira federal, que a prestação de contas das unidades gestoras deve versar sobre “suas finalidades, a programação e a execução orçamentária dos projetos e atividades a seu cargo, bem assim quanto aos resultados alcançados em termos de realização de obras e de prestação de serviços” (art. 147, §3º)⁹³⁸.

Desse modo, na prestação de contas, é necessária a demonstração da qualidade da gestão. A limitação ao parâmetro de conformidade com as prescrições legais em matéria financeira traz o risco de que o sistema de controle externo se transforme em mero fiscal de demonstrativos contábeis-financeiros da Administração.

Isso ainda ocorre, como explica Iocken⁹³⁹, em parte significativa dos tribunais de contas brasileiros, que, na avaliação das contas dos gestores, restringe ou tem como foco principal a exposição de um exame das dotações e do balanço orçamentário, desperdiçando a oportunidade de contribuir para o aperfeiçoamento das políticas públicas. Defende que constatações para a boa gestão pública, como aquelas identificadas nas auditorias operacionais, devem repercutir na apreciação das contas anuais.

Na óptica da legitimidade, a prestação de contas demanda a evidenciação de que as ações governamentais se destinaram, tanto quanto possível, ao cumprimento

⁹³⁷ Ver item 2.1.

⁹³⁸ Inclusive, mesmo quando a ação governamental é executada por delegação a entidades do terceiro setor, remanesce o dever de justificar o regular uso de recursos públicos para o alcance dos resultados almejados. De acordo com o art. 66 do Decreto nº 93.872/1986, “quem quer que receba recursos da União ou das entidades a ela vinculadas, direta ou indiretamente, inclusive mediante acordo, ajuste ou convênio, para realizar pesquisas, desenvolver projetos, estudos, campanhas e obras sociais ou para qualquer outro fim, deverá comprovar o seu bom e regular emprego, bem como os resultados alcançados”.

⁹³⁹ IOCKEN, Sabrina Nunes. *Controle compartilhado das políticas públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 258.

de instrumentos de planejamento, como planos nacionais, regionais e setoriais e o conjunto de diplomas orçamentários (PPA, LDO e LOA). A atuação dos tribunais de contas, então, demanda um cotejo crítico sobre as diretrizes, objetivos, prioridades e metas inicialmente desenhadas, as ações executadas e os resultados efetivamente verificados.

O sistema de tribunal de contas, nessa perspectiva, projeta luz sobre a gestão pública, consagrando os princípios democráticos e republicanos. Não por acaso, a prestação de contas do Chefe do Poder Executivo e o *parecer prévio* do respectivo tribunal de contas – junto com o PPA, a LDO, a LOA e os relatórios fiscais – são previstos pelo art. 48 LRF como “instrumentos de transparência fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público”⁹⁴⁰.

Diante do crivo da legitimidade, reforça-se o potencial do controle externo de contribuir, sobretudo, com políticas na infraestrutura, setor que demanda planejamento de médio e longo prazo, em diferentes exercícios financeiros, para viabilizar projetos estratégicos para o país, caracterizados por substanciais impactos orçamentários, sociais e econômicos. O TCU, como visto⁹⁴¹, tem diagnosticado deficiências no planejamento e frustração do orçamento são motivos recorrentes para as paralisações das obras federais.

Sobre o tema, concretizando o controle de legitimidade da infraestrutura sob prisma aqui defendido, pode-se citar o exemplo do parecer do Ministério Público de Contas junto ao TCE-SP, em relação às contas do exercício de 2021 da Secretaria Estadual de Logística e Transporte. Em seu opinativo, concluiu pela rejeição das contas dos gestores do referido órgão, diante de graves falhas no planejamento de projetos em infraestrutura, com a identificação de: i) recorrente situação de paralisação de obras; ii) da baixa execução orçamentária das dotações destinadas a investimentos, de forma a evidenciar o descolamento entre o planejado e o executado; iii) programas com significativas alterações orçamentárias e dotações irrisórias, e; iv)

⁹⁴⁰ Ademais, de acordo com o art. 49, *caput*, da LRF, “as contas apresentadas pelo Chefe do Poder Executivo ficarão disponíveis, durante todo o exercício, no respectivo Poder Legislativo e no órgão técnico responsável pela sua elaboração, para consulta e apreciação pelos cidadãos e instituições da sociedade”. O parágrafo único do dispositivo ainda dispõe que “a prestação de contas da União conterá demonstrativos do Tesouro Nacional e das agências financeiras oficiais de fomento, incluído o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, especificando os empréstimos e financiamentos concedidos com recursos oriundos dos orçamentos fiscal e da seguridade social e, no caso das agências financeiras, avaliação circunstanciada do impacto fiscal de suas atividades no exercício”.

⁹⁴¹ Ver itens 4.2 e 4.4.

ausência de alcance dos resultados planejados em relação às dotações em infraestrutura⁹⁴².

Por outro lado, diante da inexistência de padronização legal, o procedimento de apresentação e avaliação das contas anuais nos tribunais de contas brasileiros costuma ser integrado por relatórios detalhados dos aspectos orçamentários e financeiros da gestão. Por isso, no controle de legitimidade incidente nas contas anuais, o exame do cumprimento dos instrumentos de *planejamento orçamentário* ganha especial relevância, sobretudo o PPA, a LDO e a LOA.

Afinal, para entender quais foram as prioridades reais do Estado durante o exercício é preciso observar como se deu a execução orçamentária. Como explica Silveira⁹⁴³, “o comportamento financeiro do Estado denuncia suas intenções, revela seus propósitos. Daí que uma das formas de observar se o Estado cumpre o que promete ou efetivamente se engaja nas suas declarações de princípios e diretrizes é analisando sua atividade financeira”.

Se esse conjunto normativo de leis orçamentárias traz o planejamento para a implantação de um programa de asfaltamento de estradas ainda de terra, com a previsão de metas e recursos orçamentários para serem executados determinados períodos, o insucesso desse planejamento não pode passar despercebida na avaliação das contas do gestor. A discricionariedade na elaboração do orçamento vincula a execução orçamentária, de modo que o descumprimento injustificado do planejado pelo gestor público caracteriza a ilegitimidade das ações governamentais.

Especialmente na seara da Administração Federal, o tema da vinculação da execução orçamentária ao planejado ganhou novos contornos nos últimos anos. Por meio da EC nº 100/2019, a União passou a ter o “dever de executar as programações orçamentárias, adotando os meios e as medidas necessários, com o propósito de garantir a efetiva entrega de bens e serviços à sociedade”, conforme § 10 do art. 165, incluído pela EC nº 100/2019⁹⁴⁴.

⁹⁴² Parecer da 4ª Procuradoria de Contas do Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo – MPC-SP, datado de 18 de maio de 2023, e constante no Proc. nº 2520.989.21-1 – Balanço geral da Secretaria de Logística e Transporte do exercício de 2021, em trâmite perante o TCE-SP.

⁹⁴³ SILVEIRA, Alexandre Coutinho da. *O direito financeiro e a redução de desigualdades*. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018, p. 19.

⁹⁴⁴ Embora o § 10 do art. 165 da CF, inserido pela EC nº 100/2019, mencione o dever de execução das programações orçamentárias para a “administração pública”, expressão que também abrangeria as administrações

Além do mais, desde a LDO 2020⁹⁴⁵ (Lei nº 13.898/2019), com alterações promovidas pela Lei nº 13.983/2020, há expressa disposição legal de que as inexecuções das programações orçamentárias discricionárias do exercício anterior devem ser submetidas a justificativas pelos gestores responsáveis. E, a partir da LDO 2021⁹⁴⁶ (Lei nº 14.116/2020), esse dever de justificção das inexecuções orçamentárias das programações discricionárias também recai sobre autoridade máxima de todos os Poderes e instituições autônomas, que devem apresentá-las nos relatórios de prestações de contas.

A execução orçamentária é um dos elementos necessários para evidenciar a entrega de resultados à população, notadamente aqueles de caráter vinculante, por norma constitucional ou legal. Por isso, o art. 9º, §2º, da LRF, estabelece que “não serão objeto de limitação as despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente”.

Com base nessa perspectiva, por identificar violação a deveres constitucionais e legais da Administração Federal em matéria ambiental, como já visto⁹⁴⁷, o STF, em 2022, entendeu como inconstitucional a frustração do planejamento orçamentário diante da baixa execução orçamentária do Fundo Nacional de Mudança do Clima⁹⁴⁸.

Além disso, conforme entendimento do STF⁹⁴⁹, em relação especificamente ao controle dos atos do Chefe do Poder Executivo, a competência exclusiva do Parlamento para julgar em definitivo suas contas anuais (art. 71, I, da CF) não afasta

estaduais e municipais, posteriormente, a EC nº 102/2019 inseriu o § 13 ao art. 165 da CF, que prevê que a referida norma do § 10 do dispositivo se aplica aos “exclusivamente aos orçamentos fiscal e seguridade da União”. Com isso, exclui-se da incidência do art. 165, § 10, da CF, os orçamentos de investimentos da União (referente a estatais federais controladas) e os orçamentos em geral dos demais entes federativos.

⁹⁴⁵ Segundo o Art. 62-B da LDO 2020 (incluído pela Lei nº 13.983/2020), “as justificativas para a inexecução das programações orçamentárias primárias discricionárias serão elaboradas pelos gestores responsáveis pela execução das respectivas programações orçamentárias, nos órgãos setoriais e nas unidades orçamentárias, e comporão relatório que será divulgado pelo Poder Executivo e enviado ao Congresso Nacional no prazo de noventa dias, contado do encerramento do exercício financeiro de 2020”.

⁹⁴⁶ Veja-se a redação do art. 68 da LDO 2021: “Art. 68. As justificativas para a inexecução das programações orçamentárias primárias discricionárias serão elaboradas pelos gestores responsáveis pela execução das respectivas programações, nos órgãos setoriais e nas unidades orçamentárias, e comporão os relatórios de prestação de contas anual dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, do Ministério Público da União e da Defensoria Pública da União”.

⁹⁴⁷ Ver item 4.7.2.

⁹⁴⁸ “O Poder Executivo tem o dever constitucional de fazer funcionar e alocar anualmente os recursos do Fundo Clima, para fins de mitigação das mudanças climáticas, estando vedado seu contingenciamento, em razão do dever constitucional de tutela ao meio ambiente (CF, art. 225), de direitos e compromissos internacionais assumidos pelo Brasil (CF, art. 5º, § 2º), bem como do princípio constitucional da separação dos poderes (CF, art. 2º, c/c o art. 9º, § 2º, LRF)” (ADPF nº 708/DF, Plenário, relator Min. Luís Roberto Barroso, julgado em 4 de julho de 2022).

⁹⁴⁹ ARE nº 1.436.197, Plenário, relator Min. Luiz Fux, sessão virtual finalizada em 18 de dezembro de 2023.

a competência dos tribunais de contas para *aplicar sanções e imputações de ressarcimento ao erário* em caso de irregularidades no uso dos recursos públicos por parte de ocupantes de cargos de presidente da república, governador ou prefeito⁹⁵⁰. Assim, os tribunais de contas poderão, por meio do microcontrole externo (tomadas de contas, denúncias etc.), aplicar sanções aos Chefes do Executivo que recorrentemente atuam de forma ilegítima, por meio de uma gestão improvisada e descompromissadas com a entrega dos resultados planejados.

Quanto à responsabilidade de gestores por afronta ao planejado, Élide Graziane Pinto, ao analisar as alterações realizadas na LINDB pela Lei nº 13.655/2018, que visou a conferir maior segurança jurídica à gestão pública, alerta que os administradores costumeiramente invocam discursos genéricos sobre ingovernabilidade, excessos do controle e defesa da discricionariedade administrativa para afastar consequências pessoais pela má gestão na implementação do planejamento. Segundo a autora⁹⁵¹,

daí decorre a reprodução de um ciclo vicioso de baixa aderência do gestor ao planejamento formulado por ele, sem maior diálogo social e interinstitucional, em uma execução abusiva e imotivada de atos erráticos de gestão. Em face do controle, ao final, esse mesmo gestor espera agora invocar a ausência de dolo ou erro grosseiro para afastar qualquer responsabilidade pessoal (art. 28 da Lei nº 14.655/2018) pela imperícia, negligência ou imprudência na gestão empreendida.

Dessa maneira, identificada a inexecução do planejado, demanda-se dos gestores a apresentação de elementos fáticos e jurídicos que indiquem a necessidade de execução diferente do planejado. Deve-se evidenciar que, na execução, foi preciso realizar alterações de rota para o melhor atendimento do interesse público em suas diferentes perspectivas (social, econômica, ambiental etc.).

Na visão de Regis Fernandes de Oliveira⁹⁵², ao fim do ciclo orçamentário, é possível que se apliquem sanções *premiais* e *punitivas* aos que possuem a gestão sobre planos governamentais. De um lado, o autor aponta para a necessidade de que,

⁹⁵⁰ Art. 75, VIII e §3º, da CF.

⁹⁵¹ PINTO, Élide Graziane. *Ciclo das políticas públicas e legitimidade compartilhada das escolhas alocativas: um estudo em busca da vinculação à força normativa do planejamento*. In: PINTO, Élide Graziane; SARLET, Ingo Wolfgang; PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; OLIVEIRA, Odilon Cavallari de. *Política Pública e Controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 127.

⁹⁵² OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 643-645.

uma vez demonstrada a negligência e o descaso funcional, haja o sancionamento dos agentes que sejam responsáveis pela frustração do planejamento orçamentário. De outro, argumenta que, se os objetivos fixados forem atingidos, os agentes devem receber incentivos, como aumento de vencimentos, gratificações ou alguma melhoria funcional que os distinga dos demais.

Esse posicionamento do autor está, inclusive, em harmonia com a prática verificada em países como Singapura, que adota instrumentos de remuneração por performance para grande parte de seus agentes públicos, sendo alguns dos indicadores que implicam no aumento de suas remunerações o atingimento de metas de crescimento do PIB e o efetivo alcance de resultados planejados na implementação de políticas públicas⁹⁵³.

Em nossa visão, transpondo essa perspectiva de sanção premial ao exame das contas pelo sistema de controle externo, uma alternativa que se mostra pertinente é a instituição de medidas de fomento para o fortalecimento do planejamento em todas as esferas da federação. Isso poderia ocorrer, entre outros instrumentos, pelo apoio financeiro da União para a criação de fundo financeiro de incentivo a entes que tenham executado as ações governamentais em harmonia com o previamente planejado, seja nas leis orçamentárias (PPA, LDO e LOA) ou em leis disciplinadoras de políticas nacionais, regionais ou setoriais. Para evitar favorecimentos indevidos, essa sanção premial, para promover distribuição de recursos a entes que valorizem o planejamento, deve se basear em critérios objetivos e indicadores fidedignos de avaliação de resultados, a serem aferidos pelos tribunais de contas no parecer prévio sobre as contas prestadas pelos Chefes do Poder Executivo de todos os níveis da federação.

De toda forma, em todos esses casos, a competência dos tribunais de contas deve ser exercida com a garantia do contraditório, da ampla defesa⁹⁵⁴, da observância

⁹⁵³ SALGADO, Eduardo. As lições de Singapura para tornar o Estado mais eficiente. *Revista Exame*, 28 de dezembro de 2015.

⁹⁵⁴ A inobservância do contraditório e da ampla defesa pode gerar a anulação judicial de decisões do Parlamento de rejeição das contas do Chefe do Poder Executivo. Foi o que ocorreu quando o parecer do TCM-SP pela rejeição das contas da Prefeita Luiza Erundina foi remetido à Câmara de Vereadores do Município de São Paulo sem a análise do recurso interposto pela então gestora. Ao avaliar esse caso, Scaff cita que “as contas da Prefeita Luiza Erundina receberam parecer contrário do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, o qual foi referendado pela Câmara dos Vereadores, o que acarretou a rejeição das contas daquela gestão. Argumentou-se que a Prefeita estava sendo vítima de perseguição política naqueles dois órgãos. Submetido o assunto ao Poder Judiciário, o Tribunal de Justiça de São Paulo, através da 7ª Câmara de Direito Público (processo 994.08.164399-9), proferiu o Acórdão da lavra do Desembargador Relator Nogueira Diefenthaler, em 13 de dezembro de 2010, anulando aquela

dos parâmetros consequencialistas da LINDB⁹⁵⁵, considerando as dificuldades reais do gestor devidamente demonstradas cada caso concreto, além de, sempre que possível, haver a busca de soluções consensuais e cooperativas, conforme o paradigma da Administração Dialógica, estudado em item anterior⁹⁵⁶.

4.9.2 Contas presidenciais e experiências no âmbito do TCU

Diante dos objetivos do presente trabalho, cumpre tecer breves considerações sobre o controle de legitimidade diante da avaliação das contas presidenciais – que abrangem também informações sobre o conjunto das contas individualizadas dos diferentes ministérios da Administração Federal, inclusive aqueles vinculados ao setor da infraestrutura.

Um primeiro ponto relevante a ser registrado sobre o tema é a demora no julgamento das contas presidenciais pelo Parlamento (decisão definitiva). Ao contrário do limite temporal estabelecido para o parecer prévio do TCU – que deve ser emitido em sessenta dias⁹⁵⁷ –, não há prazo constitucional ou legal para a apreciação definitiva das contas pelo Congresso Nacional.

Desde a Constituição de 1988, apenas houve o julgamento pelo Parlamento de doze contas presidenciais anuais até o momento. Restam pendentes de julgamento contas presidenciais dos exercícios 1990, 1991, 1992, bem como de todas as contas a partir do ano de 2002⁹⁵⁸. E o ordenamento brasileiro não admite o julgamento ficto das contas, de forma que, mesmo após decurso de longo período, enquanto não votadas em definitivo pelo Parlamento, não se pode falar em aprovação ou rejeição das contas dos Chefes do Poder Executivo, conforme já decidiu a Suprema Corte⁹⁵⁹.

decisão do Poder Legislativo por ter havido desvio de finalidade e violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Pode-se verificar nesse passo que o órgão que aprova as contas do Chefe do Poder Executivo é o Poder Legislativo, o qual deve analisar o parecer prévio do Tribunal de Contas correspondente. Pode com ele anuir ou rejeitá-lo. Porém, cabe ao Poder Judiciário analisar o procedimento e, se for o caso de existir alguma irregularidade, anulá-lo – como ocorreu no presente caso” (SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento Republicano e Liberdade Igual – Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 496).

⁹⁵⁵ Ver item 3.6.2.

⁹⁵⁶ Ver item 3.6.

⁹⁵⁷ Art. 71, I, da CF.

⁹⁵⁸ CONGRESSO NACIONAL. *Contas da Presidência*. Brasília: Congresso Nacional, 2024. Disponível em: <<https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-orcamentarias/contas-da-presidencia>>. Acesso em 29 abr. 2024.

⁹⁵⁹ RE nº 729.744/MG, Plenário, relator Min. Gilmar Mendes, julgado em 10 de agosto de 2016.

Essa demora de décadas no julgamento das contas presidenciais esvazia eventuais debates, por meio desse procedimento, para o aprimoramento da gestão fiscal, orçamentária e patrimonial, e, principalmente, dos resultados dos programas governamentais da gestão de diferentes presidentes da República. Avaliar contas referentes a períodos tão longínquos provoca a perda de efetividade da própria decisão do Parlamento. Dificilmente, haverá uma correção de rota que viabilize melhorias nas atuais políticas governamentais. Grande parte dos programas de dez, quinze ou vinte anos atrás já foi extinta ou alterada de forma substancial nos governos seguintes.

Com isso, o Congresso Nacional desperdiça inúmeros subsídios técnicos apontados à época nos pareceres prévios do TCU. Perde a oportunidade de realizar um efetivo controle concomitante, que aperfeiçoe a gestão e a implementação de políticas públicas no país, inclusive no que se refere ao planejamento de planos e ações em infraestrutura.

Quanto à competência do TCU (parecer prévio), durante sua história⁹⁶⁰, a instituição apenas em três oportunidades emitiu parecer pela rejeição das contas anuais do Chefe do Poder Executivo federal. A primeira foi 1937, durante o Estado Novo, referente às contas presidenciais do ano de 1936, do então Presidente Getúlio Vargas⁹⁶¹.

A segunda e a terceira vez ocorreram em relação às contas de 2014 e 2015, apresentadas pela então presidente Dilma Rousseff e que ainda pendem de

⁹⁶⁰ “Até então meras avaliações da administração financeira repassadas ao Congresso Nacional, as contas do governo foram de fato apreciadas pelo Tribunal pela primeira vez no exercício de 1910. A apresentação das contas ao Congresso foi fixada pelo Decreto nº 2.511, para vigorar a partir de 1911. No entanto, apenas com a Constituição de 1934 passaria a ser uma prática do Tribunal. [...] Com a Constituição de 1934, o Tribunal de Contas passou a emitir parecer prévio, apresentado anualmente à Câmara dos Deputados. Antes daquela Constituição, as contas eram aprovadas pelo Congresso Nacional sem o parecer técnico do Tribunal. Nesse período, no ano de 1937, um fato chamou atenção, pertinente à independência do Tribunal: pela primeira vez, as contas anuais do governo não foram aprovadas pela Corte. O Ministro Thompson Flores manifestou parecer contrário à aprovação das contas do governo Vargas, relativas ao exercício de 1936. No entanto, opondo-se ao parecer técnico do Tribunal, a Câmara dos Deputados aprovou as contas daquele exercício” (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. *As Contas do Governo*. Brasília: Museu do Tribunal de Contas da União, 2024. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/centro-cultural-tcu/museu-do-tribunal-de-contas-da-uniao/tcu-a-evolucao-do-controle-contas-do-governo.htm>>. Acesso em: 23 fev. 2024.

⁹⁶¹ O Presidente Vargas determinou o afastamento do Ministro do TCU Thompson Flores, responsável pelo parecer sobre a rejeição das contas, enfraquecendo o controle externo, tal como ocorreu nos diferentes períodos autoritários ao longo da história brasileira.

julgamento definitivo pelo Congresso Nacional – embora tenham sido objeto de pareceres favoráveis à aprovação da Comissão de Mista de Orçamento⁹⁶².

O TCU justificou a opinião pela rejeição das contas em tais exercícios, principalmente, a partir do apontamento de irregularidades de cunho orçamentário e contábil, como passivos subestimados e ativos superestimados. Com isso, em ambos os casos, concluiu que teria havido violação aos princípios “constitucionais e legais que regem a administração pública federal, às normas constitucionais, legais e regulamentares na execução dos orçamentos da União e nas demais operações realizadas com recursos públicos federais, conforme estabelece a lei orçamentária anual”⁹⁶³.

Atualmente, o art. 36, parágrafo único, da Lei Orgânica do TCU (Lei 8.443/1992), estabelece que a prestação de contas presidenciais deve ser composta pelo *Balanço Geral da União* e pelo *relatório sobre a execução dos orçamentos da União*. O primeiro elemento, elaborado pela Secretaria do Tesouro Nacional, tem a função de apresentar demonstrações contábeis sobre as posições financeira, orçamentária, contábil e patrimonial da União até o fim do exercício anterior. O segundo, por sua vez, consolidado pela Controladoria-Geral da União, a partir de informações e dados dos diversos órgãos federais, tem o objetivo de evidenciar a observância pela União das normas financeiras e orçamentárias previstas na Constituição, na LRF, na LDO e na LOA.

⁹⁶² CÂMARA DOS DEPUTADOS. Orçamento aprova com ressalvas as contas de Dilma de 2014, 2015 e 2016. *Agência Câmara Notícias*, Brasília, 22 dezembro de 2022.

⁹⁶³ Vide pareceres prévios sobre as contas presidenciais de 2014 e 2015, aprovados, respectivamente, pelo Acórdão nº 2.461/2015, Plenário, relator Min. Augusto Nardes, julgado em 7 de outubro de 2015, e pelo Acórdão nº 2.523/2016, Plenário, relator Min. José Mucio Monteiro, julgado em 5 de outubro de 2016. Entre as irregularidades que justificaram a recomendação de rejeição das contas, destacam-se: i) quanto às contas de 2014, omissão de passivos da União junto ao Banco do Brasil, ao BNDES e ao FGTS nas estatísticas da dívida pública de 2014; adiantamentos concedidos pela Caixa Econômica Federal à União para cobertura de despesas no âmbito dos programas bolsa família, seguro desemprego e abono salarial nos exercícios de 2013 e 2014; adiantamentos concedidos pelo FGTS à União para cobertura de despesas no âmbito do Programa Minha Casa Minha Vida nos exercícios de 2010 a 2014; adiantamentos concedidos pelo BNDES à União para cobertura de despesas no âmbito do Programa de Sustentação do Investimento nos exercícios de 2010 a 2014; inscrição irregular em restos a pagar referentes a despesas do Programa Minha Casa Minha Vida; a omissão de transações primárias deficitárias da União junto ao Banco do Brasil, ao BNDES e ao FGTS nas estatísticas dos resultados fiscais de 2014; abertura de créditos suplementares incompatíveis com a obtenção da meta de resultado primário então vigente; e; ii) quanto às contas de 2015: subavaliação do passivo por falta de reconhecimento de provisão para passivos contingentes; superavaliação do passivo financeiro; superavaliação das participações societárias da União no Banco do Brasil; registro indevido de variações patrimoniais aumentativas relacionadas a participações societárias; remanejamento, após regular liquidação e pagamento, de despesa com refinanciamento da dívida para despesa com resgate da dívida, entre outras irregularidades de cunho fiscal, orçamentário e contábil.

Nos últimos anos, além desses dois elementos, o TCU, ao emitir o parecer prévio, também tem se manifestado sobre a condução da gestão fiscal da União, com informações sobre os seguintes aspectos: i) conjuntura econômica, financeira e orçamentárias, com base em indicadores macroeconômicos, mecanismos de política monetária e creditícia do governo federal, bem como dados sobre a política fiscal e indicadores da dívida pública; ii) monitoramento de deliberações de anos anteriores, com a verificação sobre o cumprimento de apontamentos incluídos em pareceres prévios de exercícios anteriores, e; iii) resultados da atuação governamental, com o panorama de indicadores de desenvolvimento socioeconômico e com a análise de programas finalísticos do plano plurianual.

Esse último aspecto busca atender ao Regimento Interno do TCU, que determina que o parecer do TCU seja acompanhado de relatório informações sobre “o cumprimento dos programas previstos na lei orçamentária anual quanto à legitimidade, eficiência e economicidade, bem como o atingimento de metas e a consonância destes com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias”⁹⁶⁴.

Mais do que uma mera exposição de informações complementares, entende-se que o controle de legitimidade demanda que o exame sobre a conexão entre planejamento e execução esteja na centralidade do parecer do TCU. Assim, requer do controle externo a avaliação detida sobre as ações governamentais executadas no exercício, tendo como parâmetro o planejamento estatal, com a aferição do cumprimento de diretrizes, objetivos, metas e prioridades estabelecidas em instrumentos de planejamento, sobretudo o PPA e os planos nacionais, regionais e setoriais. Esse exame, também deve avaliar eventuais justificativas para a ausência de cumprimento do planejado, que devem estar fundadas em evidências e circunstâncias de interesse público devidamente demonstradas.

Com isso, cabe ao TCU, por meio de uma condução dialógica e dialética⁹⁶⁵ durante toda a fase de instrução processual, colher elementos apresentados pelos órgãos e entidades da Administração Federal e pelos achados da equipe técnica do Tribunal, para, ao final, manifestar-se sobre a observância do planejamento estatal,

⁹⁶⁴ Art. 228, §2º, I, do Regimento Interno do TCU.

⁹⁶⁵ Ver item 3.6.

com o exame da aderência das ações executadas ou da verificação das eventuais justificativas para a sua impossibilidade.

Ocorre que, em diferentes casos, requisitos elementares do planejamento, especialmente na óptica do planejamento orçamentário, não têm sido fatores determinantes expressos no parecer do TCU sobre a aprovação ou a rejeição das contas presidenciais.

Mesmo no parecer sobre o exercício de 2014⁹⁶⁶, que sugeriu a rejeição das contas presidenciais, houve a identificação de relevante falha de planejamento que, ao final, não foram invocadas no parecer do TCU como fundamento para a opinião adversa.

Trata-se de ausência de especificação e detalhamento das metas do plano plurianual. No PPA então vigente (2012-2015) foram previstas metas apenas de forma global para o período total do plano, o que impossibilitou o acompanhamento e a aferição dos resultados alcançados no exercício financeiro. Embora a questão tenha sido levantada em relatório anexo ao parecer, não foi incluída no rol das doze irregularidades que fundamentaram a opinião pela rejeição das contas, o que representou maior tolerância do TCU quanto às metas planejadas no PPA do que em relação a elementos outros elementos de ordem contábil e financeira.

Na área de infraestrutura, pode-se citar exemplo ainda mais grave, identificado no exame das contas presidenciais de 2021. A área técnica do TCU, em relatório destinado a subsidiar o parecer da Corte, identificou que a União passou a executar investimentos plurianuais na área de transporte terrestre sem a prévia inclusão no PPA, em direta violação ao art. 167, §1º, da Constituição.

Em seu voto, o relator expressamente registrou “preocupação” com a constatação registrada no relatório da área técnica do TCU, no sentido de que “19,82% dos investimentos plurianuais computados na meta do Resultado Intermediário 0009, do Programa Finalístico 3006 – Transporte Terrestre e Trânsito, não foram identificados no Anexo III – Investimentos Plurianuais Prioritários do PPA 2020-2023 (Seção I e II)”⁹⁶⁷.

⁹⁶⁶ Acórdão nº 2.461/2015, Plenário, relator Min. Augusto Nardes, julgado em 7 de outubro de 2015.

⁹⁶⁷ Acórdão nº 1.481/2022, Plenário, relator Min. Aroldo Cedraz, julgado em 29 de junho de 2022.

No entanto, em que pese tal constatação, no parecer do TCU enviado ao Congresso, o tema sequer foi objeto de alguma ressalva, alerta ou recomendação, isto é, não produziu qualquer repercussão efetiva em relação ao parecer da Corte de Contas federal sobre as contas presidenciais de 2021.

Não se pode perder de vista que o referido art. 167, §1º, da Constituição classifica a conduta de executar de investimentos plurianuais sem prévia inclusão no PPA como *crime de responsabilidade*. A Lei nº 1.079/1950 também estipula como crime de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentarem contra a Constituição Federal, e, especialmente, contra a lei orçamentária – entendida em sentido amplo, de modo a abranger a LOA, a LDO e o PPA. Portanto, a execução de investimentos plurianuais não planejados e não previstos no PPA, no mínimo, possui uma relevância necessária para uma repercussão mais substancial no parecer do TCU sobre as contas presidenciais.

Mais recentemente, ainda no tema da infraestrutura, especificamente na área do saneamento, pode-se citar também a avaliação das contas presidenciais em 2022. No relatório que embasou o parecer prévio do TCU⁹⁶⁸, que opinou pela sua aprovação com ressalvas, foi evidenciado pela auditoria da Corte uma grave e crescente desconformidade entre as dotações e a execução orçamentária na área nos últimos anos, como demonstra a Figura 9.

Figura 9 – Execução orçamentária da Administração Federal em saneamento básico – 2018-2022 (R\$ milhões)



Fonte: TCU, 2023.

⁹⁶⁸ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - TCU. *Relatório e Parecer Prévio sobre as contas do Presidente da República 2022*. Brasília: TCU, 2023.

Apesar de verificar a crescente frustração orçamentária em tema sensível para o interesse público – num país em que quase metade da população não tem coleta de esgoto –, o TCU, em seu parecer prévio sobre as contas presidenciais de 2022, não incluiu essa constatação sequer como ressalva, seja a título de irregularidade ou de impropriedade.

Contudo, reconhece-se que o referido parecer, em outro aspecto, contribuiu para retroalimentar o planejamento no ponto em que registrou, ao menos, como impropriedade a ausência de detalhamento das metas e prioridades da LDO 2022. Houve veto da Presidência da República ao anexo da LDO que possuía essa finalidade, sob a alegação de causar dificuldades ao alcance dos resultados fiscais⁹⁶⁹.

De todo modo, um cenário de reiterada tolerância com falhas graves no planejamento, algumas delas em afronta direta ao texto constitucional, fragiliza a atuação dos tribunais de contas como instituições de defesa das prioridades constitucionais e indutoras de políticas públicas eficientes, inclusivas, e sustentáveis do ponto de vista social, financeiro, econômico e ambiental.

Por isso, diante do controle de legitimidade, entende-se que o exame sobre o cumprimento e a implementação do planejamento, seja por meio das leis orçamentárias (PPA, LDO e LOA) ou por leis de planos nacionais, regionais ou setoriais, deve ser ganha relevância central para a avaliação das contas apresentadas por gestores públicos aos tribunais de contas, especialmente quando da emissão do parecer prévio sobre as contas do Chefe do Poder Executivo.

⁹⁶⁹ No parecer prévio, foi classificada como impropriedade “insuficiência de informações relativas às metas operacionais da administração pública federal nas diretrizes orçamentárias do exercício de 2022 (seção 4.1.3)”. Como se registrou no relatório que embasou o parecer prévio, “a LDO tem por função orientar a elaboração do orçamento anual, e as metas do orçamento anual são físicas, definidas como metas de produto, que não se confundem com as metas de resultado constantes do PPA, de natureza plurianual. Como dito, o texto aprovado pelo Congresso Nacional dispunha de um Anexo VIII, de Metas e Prioridades, com metas de bens e serviços a serem entregues no exercício de 2022, mas que foi vetado integralmente pelo Presidente da República. As razões do veto, transcritas acima, dizem respeito à necessidade de evitar uma maior dificuldade para o alcance da meta de Resultado Primário e de afastar o agravamento da rigidez orçamentária, que adviriam da fixação de metas orçamentárias. Ora, como não houve previsão de metas de produto na LDO, que teriam o papel de balizar a elaboração do orçamento pela indução de bens e serviços a serem efetivamente entregues por meio das alocações de recursos públicos, a norma deixou de cumprir plenamente a função que lhe é conferida pela Constituição Federal” (por tudo, ver: TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. *Relatório e Parecer Prévio sobre as contas do Presidente da República 2022*. Brasília: TCU, 2023, p. 298 e 320).

CONCLUSÃO

1. A tese desenvolvida demonstra que a atual ordem jurídica brasileira, sobretudo por meio da Constituição de 1988, atribui ao tribunal de contas a relevante função de retroalimentar o planejamento estatal e, com isso, de contribuir para que gestão pública desenhe e implemente políticas públicas eficientes, inclusivas, e sustentáveis no aspecto social, financeiro, econômico e ambiental, com vistas ao alcance das prioridades constitucionais.
2. No exercício dessa função, o tribunal de contas se mostra apto a produzir resultados positivos em políticas públicas relacionadas, principalmente, a áreas que demandam programas, projetos e investimentos de médio e longo prazo, como a infraestrutura.
3. Retroalimentar o planejamento não significa criar, escolher ou rejeitar políticas e planos do Poder Público. É, na verdade, verificar o cumprimento do exercício de um autocontrole da Administração em relação à execução dessas políticas e planos e ao alcance de resultados e metas.
4. Essa função integra a concepção de *macrocontrole externo*, por meio da qual os tribunais de contas examinam, sob um olhar sistêmico, a atividade do Estado e seus impactos sob os diversos aspectos do interesse público.
5. Porém, viu-se que se trata de uma perspectiva de atuação insuficientemente explorada pelo atual sistema de tribunais de contas no Brasil, que ainda se caracteriza pela ênfase no *microcontrole externo*, por meio da fiscalização sobre atos administrativos específicos, sobretudo a partir de aspectos jurídico-formais e financeiros.
6. Um controle externo voltado a fortalecer o planejamento promove o aperfeiçoamento de políticas públicas de diferentes formas. Primeiro, contribui para melhorias na elaboração de instrumentos de planejamento orçamentário (PPA, LDO e LOA) e de planos, estratégias e políticas nacionais, regionais e setoriais relacionadas à infraestrutura.
7. Segundo, favorece a boa implementação das políticas públicas, na medida em que fiscaliza a aderência das ações em execução com os mencionados instrumentos

de planejamento que dão suporte aos programas e planos governamentais, a fim de que o Estado alcance os objetivos, metas e resultados planejados.

8. Terceiro, por meio dessa função, o tribunal de contas apura como se deu a observância ao dever do adequado planejamento estatal, aferindo se os objetivos, metas e resultados inicialmente planejados foram atendidos pela gestão pública e se houve mudanças de rotas justificadas no decorrer da implementação das políticas públicas.

9. O trabalho apontou, também, a possibilidade de enquadrar essa atribuição de reforçar o planejamento no exercício do chamado *controle de legitimidade*. Trata-se de parâmetro próprio de controle que, apesar de previsto no art. 70 da Constituição e em dispositivos da Lei Orgânica do TCU, ainda carece de definição, características e critérios claros de aplicação.

10. Demonstrou-se que caracterizar o controle de legitimidade como aquele que reforça o planejamento contribui para que seja desenvolvida uma atuação mais proativa e abrangente do tribunal de contas na avaliação de políticas públicas e de sua capacidade de produzir impactos positivos no curto, médio e longo prazo.

11. Com isso, consolida-se uma função do tribunal de contas de fiscalizar se planos e programas governamentais atendem a requisitos básicos de planejamento (como a definição de competências, indicadores, metas e fontes de financiamento).

12. Assim, propõe-se um conceito de controle de legitimidade segundo o qual este representa o parâmetro de atuação do tribunal de contas destinado a retroalimentar o planejamento estatal, com vistas a favorecer políticas públicas capazes promover as prioridades definidas na Constituição.

13. O trabalho demonstrou ainda que, para um efetivo exercício desse controle, sobretudo no âmbito do TCU, é preciso realizar aperfeiçoamentos de procedimentos hoje existentes e o redirecionamento de suas atividades para novos enfoques. Isso demanda uma atuação que, em vez de priorizar atos e elementos circunstanciais (microcontrole), concentre suas atividades na produção de impactos positivos para a transformação social do país e para o alcance de objetivos nacionais estruturantes de médio e longo prazo (macrocontrole).

14. Avaliou-se também que essa concepção de controle de legitimidade serve ao reforço – e não à negação – da política. Como qualquer vertente de controle, trata-se

de *instrumento* e não de *objetivo* do Estado. Não se destina a substituir agentes políticos, incumbidos democraticamente de desenhar e executar a política governamental, por órgãos de controle e estruturas burocráticas. Defende-se o planejamento como função essencialmente política, mas que poderá ser continuamente aperfeiçoado diante da fiscalização do tribunal de contas.

15. A gestão pública não perde espaço. Pelo contrário. Cortes de contas passam a fortalecer – e, de certa forma, a defender – as políticas escolhidas e desenhadas por meio do planejamento estatal, preservando-as, inclusive, após as naturais trocas de gestões governamentais, até que venham a ser revisadas ou, até mesmo, substituídas por políticas formuladas por novos gestores. Assim, a consequência dessa espécie de controle é evitar um Estado pautado em casuísmos e improvisos, a partir do permanente aprimoramento de instrumentos de planejamento e com a aderência do executado ao que fora planejado.

16. Também não se defende aqui uma rigidez absoluta dos instrumentos de planejamento. Alterações do planejado são admissíveis – e até esperadas para políticas e planos de longo prazo. Mas, não podem ser banalizadas, transformando tais instrumentos em peças decorativas. Descumprimentos deliberados e mudanças das rotas planejadas devem ser acompanhadas de justificativas explícitas e comprovadas, baseadas nas circunstâncias supervenientes ou anteriormente desconhecidas que ensejam a revisão do planejado, a fim de melhor atender o interesse público em suas variadas acepções (econômica, social e ambiental).

17. A partir disso, identificou-se que, no setor da infraestrutura brasileira, a consolidação do controle de legitimidade pelo TCU, na concepção aqui defendida – de reforço ao planejamento –, contribui diretamente com:

i) aperfeiçoamentos na elaboração de instrumentos de planejamento orçamentário (PPA, LDO e LOA) e de planos, estratégias e políticas nacionais, regionais e setoriais relacionadas à infraestrutura;

ii) aprimoramentos na estruturação de parcerias de investimentos, como concessões e parcerias público-privadas na infraestrutura;

iii) o combate ao crítico cenário de obras paralisadas;

iv) uma maior harmonia entre as políticas públicas desenhadas para a infraestrutura e a atividade de regulação sobre projetos e serviços no setor;

vi) alocação de recursos de emendas parlamentares em obras e projetos que melhor atendam os objetivos nacionais planejados;

vii) a priorização de projetos em infraestrutura sustentável;

viii) a implementação de novos parâmetros de planejamento de contratações públicas diante da Lei nº 14.133/2021, e;

ix) uma análise das contas anuais focada na apuração dos resultados de alto impacto da gestão pública, a exemplo dos grandes projetos de infraestrutura, aferindo a aderência entre o executado e o planejado ou das razões de interesse público que a tenham impossibilitado.

SÍNTESE ESTENDIDA DA TESE

Como forma de facilitar e ampliar a difusão dos resultados da pesquisa, apresenta-se a seguir uma síntese estendida das principais conclusões identificadas no desenvolvimento da tese:

1. A atual ordem constitucional atribui ao Estado brasileiro o *dever fundamental do adequado planejamento*. Esse dever demanda um processo sistematizado e democrático de definição e implementação de políticas públicas que promova a transformação da sociedade, com vistas à consagração das prioridades constitucionais vinculantes.
2. Em relação à infraestrutura, trata-se de setor que representa um dos principais pilares do desenvolvimento das nações, com impactos ainda mais amplos em países em desenvolvimento, como o Brasil.

Para alcançar os efeitos esperados, a infraestrutura requer projetos complexos, que envolvem investimentos de grandes vultos durante longos períodos. Por isso, demanda um Estado capaz de implementar políticas públicas a partir de uma percepção ampla e estratégica das necessidades do país e que resistam a uma visão casuística de curto prazo.

Ocorre que, nas últimas décadas, as políticas do setor têm apresentado resultados insuficientes para as necessidades nacionais, em virtude, sobretudo, de falhas de planejamento de políticas públicas.

O país atingiu, recentemente, o pior nível de investimentos em infraestrutura dos últimos 75 anos. Já tendo alcançado o patamar de mais de 10% do PIB nos anos 1970, hoje representam em torno de 2,5% do PIB. Os investimentos atuais não são suficientes para sequer realizar a manutenção da infraestrutura já existente.

3. O atual ambiente brasileiro de baixa cultura do planejamento, com consequências negativas à infraestrutura e ao desenvolvimento nacional, reclama que instituições de Estado, observado o limite de suas competências, ressignifiquem as formas, os métodos e os focos de atuação, com o objetivo de maximizar a eficiência de políticas públicas e o alcance das prioridades constitucionais.

Essa ressignificação deve incidir também sobre as atividades dos tribunais de contas. O fortalecimento institucional decorrente da Constituição de 1988 consolidou, além das tradicionais funções de verificar a regularidade de despesas, um controle externo destinado ao aperfeiçoamento das políticas públicas.

No desempenho dessa função, os tribunais de contas devem se abrir a práticas de controle focadas em resultados, colaborativas, modernas, inovadoras, alinhadas com as mudanças requeridas por novos paradigmas do Direito Público, como o Estado Digital e a Administração Pública dialógica.

Na infraestrutura, apesar de avanços observados nos últimos anos, principalmente a partir das auditorias operacionais, os tribunais de contas, inclusive o TCU, ainda imprimem uma atuação focada em parâmetros tradicionais de controle para afastar irregularidade jurídica ou prejuízos ao erário sobre ações ou obras específicas.

4. É nesse contexto que o trabalho avalia a função do tribunal de contas sob uma perspectiva de reforçar o planejamento estatal e, com isso, aperfeiçoar políticas públicas, com foco no setor da infraestrutura.

Para tanto, propõe-se que essa função caracterize o chamado controle de legitimidade pelos tribunais de contas. Isso porque, mesmo previsto na Carta de 1988 desde sua promulgação e na Lei Orgânica do TCU, não há, até hoje, consenso sobre o significado da legitimidade como elemento balizador do exercício do controle externo.

Autores e a jurisprudência do TCU oscilam sobre os contornos do controle de legitimidade, de modo a, geralmente, equipararem a outros parâmetros para atuação dos tribunais de contas, como a legalidade, a eficiência e a economicidade.

É preciso conferir sentido próprio a esse critério de controle. O grande déficit de planejamento na atuação do Estado brasileiro mostra um caminho a ser considerado para maximizar os impactos positivos dos tribunais de contas para a consagração de prioridades constitucionais.

5. Desse modo, o conceito proposto é o de que o controle de legitimidade corresponde àquele que avalia o cumprimento do dever fundamental do adequado planejamento pelo Estado. Esse parâmetro de controle, então, tem como função retroalimentar o planejamento estatal, para favorecer o atendimento das prioridades

constitucionais, especialmente por meio de políticas públicas eficientes, inclusivas, e sustentáveis no aspecto social, financeiro, econômico e ambiental.

6. Nessa concepção, o controle de legitimidade é baseado na ideia de uma necessária *retroalimentação constitucional* entre o planejamento e o controle externo.

Isso significa, por um lado, que o planejamento não pode ser bem desenhado sem compreender falhas, riscos e pontos de aperfeiçoamento ao longo do tempo evidenciados pelo controle externo. Assim, a gestão pública, ao definir suas estratégias e ações para o alcance dos objetivos almejados, deve percorrer caminhos que evitem equívocos do passado e que apresentem os melhores resultados.

Por outro, os tribunais de contas devem visualizar suas auditorias, levantamentos, monitoramentos como oportunidades para cooperar para o alcance de diretrizes, objetivos, prioridades e metas definidas pelo planejamento do Estado, compreendendo, também, as dificuldades reais da gestão pública.

Diz-se constitucional, porque nessa relação retroalimentada, controlador e controlado devem ter como guia maior a Constituição e suas prioridades vinculantes, de modo que cada qual, dentro de suas competências, contribui para a transformação social e o bem-estar coletivo que caracterizam o Estado Democrático de Direito consagrado na Carta de 1988.

7. A partir da concepção aqui proposta, o exercício do controle de legitimidade pelos tribunais de contas tem repercussões, principalmente, em duas frentes principais para aperfeiçoar políticas públicas, a saber: na elaboração e na implementação de instrumentos de planejamento.

7.1. QUANTO À ELABORAÇÃO DO PLANEJAMENTO:

O controle de legitimidade incide sobre a construção instrumentos de planejamento para avaliar se estes demonstram elementos minimamente capazes de conduzir o Estado para a entrega dos resultados esperados. A ausência de metas e prazos, por exemplo, é um forte indicativo de que o instrumento de planejamento está destinado ao fracasso.

Esses mecanismos de planejamento se materializam de diferentes formas, seja por meio de leis orçamentárias (PPA, LDO e LOA); planos nacionais, a exemplo da Estratégia Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – ENDES; planos

regionais, como o Plano Regional de Desenvolvimento do Nordeste – PRDNE, e; planos setoriais, a exemplo do Plano Setorial de Transportes Terrestres – PSTT.

O dever fundamental do adequado planejamento demanda que as políticas públicas, a serem implementadas pelos referidos instrumentos, sejam integradas, sempre que possível, por elementos como:

i) diagnósticos dos problemas sociais que se pretende enfrentar, baseados, sempre que existentes, em dados e evidências;

ii) diretrizes e estratégias de ação, levando em conta, quando houver, erros e acertos de experiências anteriores, a nível nacional ou internacional, para a solução dos problemas sociais enfrentados;

iii) divisões claras de atribuições e competências entre todos os atores envolvidos;

iv) previsão das fontes de financiamento;

v) objetivos prioritários, baseados nas prioridades constitucionais;

vi) metas detalhadas em camadas de curto, médio e longo prazo;

vii) indicadores fidedignos, que reflitam os reais impactos da política pública para a transformação social;

viii) formas e métodos para o monitoramento contínuo das ações estatais e dos resultados alcançados;

ix) mecanismos para a revisão do planejamento, possibilitando seu aperfeiçoamento periódico para atender aos objetivos pretendidos;

x) quando possível, participação social, por meio de ferramentas como audiências e consultas públicas;

xi) instrumentos de transparência ativa de dados e informações, e;

xii) desenho de ferramentas e métodos inovadores e disruptivos para a gestão pública e para a prestação de serviços públicos digitais.

7.2. QUANTO À EXECUÇÃO DA ATIVIDADE ESTATAL DIANTE DO PLANEJAMENTO:

Por outro lado, de nada adianta a estruturação de bons planos, se estes forem sistematicamente ignorados pela Administração. O planejamento não pode se tornar

promessa vazia. O controle de legitimidade deve incidir para examinar se as ações da Administração executadas ou em execução estão em aderência ao que foi planejado. Isso significa avaliar, por exemplo, se a Administração tem executado ações para alcançar diretrizes, objetivos e metas por ela mesmo estabelecidas.

Com isso, os tribunais de contas exercem uma função fundamental de fortalecer o planejamento do Estado: ao identificar desvios de rotas, sem alteração do planejamento, cabe-lhe demandar que a Administração se redirecione para o caminho do planejado; caso o Poder Público justifique ser necessária a mudança rota, compete-lhe requerer que a Administração realize a revisão do planejamento. O que não se admite é que planejamento e execução andem, simultaneamente, por caminhos opostos.

8. A concepção do controle de legitimidade aqui revela grande potencial para provocar impactos positivos em políticas públicas de *infraestrutura*, de modo a estimular e provocar aperfeiçoamentos do planejamento estatal nesse setor. O trabalho identificou uma ampla área de atuação dos tribunais de contas que ainda merece ser melhor explorada a respeito do tema.

9. Em relação ao *planejamento orçamentário da infraestrutura*, o exercício do controle de legitimidade se apresenta como instrumento para combater falhas reiteradamente identificadas nos PPAs, nas LDOs e nas LOAs federais, tais como:

9.1. QUANTO AO PLANO PLURIANUAL – PPA:

a) ausência de previsão de metas e ações vinculadas a cada prioridade elencada no PPA, a exemplo do estabelecimento da prioridade de ampliação de investimentos públicos em infraestrutura sem indicar qualquer meta ou ação para concretizar tal prioridade, tornando-a inócua para a condução da Administração durante o período do PPA;

b) inexistência de parâmetros claros e transparentes para a escolha das obras e projetos de infraestrutura plurianuais a serem inseridos no PPA e, assim, serem tratados com prioridade pela Administração Federal;

c) falta de lei disciplinadora sobre o conteúdo e os elementos dos PPAs, o que gera grandes disparidades metodológicas entre os sucessivos planos aprovados, em prejuízo à continuidade de estratégias em execução para a implementação de grandes projetos de infraestrutura, notadamente após as trocas de governo;

d) previsão vaga, genérica e incompleta no PPA dos investimentos plurianuais em infraestrutura, em violação ao art. 167, §1º, da CF;

e) excessiva permissão ao Poder Executivo de alterar o PPA, por ato próprio e infralegal, sem critérios claros, inclusive com possibilidade de modificação ampla e geral do rol de investimentos plurianuais previsto no PPA, de forma também incompatível com art. 167, §1º, da CF, e;

f) identificação de um casuísmo orçamentário que também permeia o PPA, uma vez que tais circunstâncias permitem uma hipertrofia da lei orçamentária em detrimento do plano plurianual, com a preponderância do curto prazo em face do planejamento de médio e do longo prazo.

9.2. QUANTO À LEI DE DIRETRIZES ORÇAMENTÁRIAS – LDO:

a) ausência de metas operacionais (de entrega de bens e serviços), sobretudo em matéria de infraestrutura;

b) LDOs elaboradas em descumprimento de regras para evitar a paralisação de obras já iniciadas por falta de dotações suficientes para sua execução, como a previsão de proporção insuficiente dos recursos, a serem detalhados na LOA, para investimentos destinados à continuidade dos projetos em andamento, nos termos do art. 165, §12, da CF, e;

9.3 QUANTO À LEI ORÇAMENTÁRIA ANUAL – LOA:

a) impossibilidade de identificação, de forma clara, organizada e sistematizada, das dotações orçamentárias destinadas a obras e projetos de infraestrutura, o que prejudica o monitoramento e a fiscalização do cumprimento da LOA;

b) não observância da prioridade das obras em andamento sobre obras novas, violando-se a regra de que o início de novos projetos previstos está condicionado à disponibilização de recursos suficientes para a execução daqueles em andamento (art. 45 da LRF). Ao TCU cabe fiscalizar, ainda, a necessidade da LOA federal observar a superprioridade dos recursos para obras paralisadas na área da educação, conforme se passou a prever recentemente na LDO federal (art. 19, §2º, da LDO 2024).

10. Por outro lado, os *planos nacionais, regionais e setoriais*⁹⁷⁰ relacionados à *infraestrutura* apresentam ainda menos efetividade e aderência das ações governamentais. Também se justifica uma priorização das atividades de controle sobre o tema, principalmente para contribuir para que a Administração enderece soluções para problemas reiteradamente identificados nesses planos, em especial:

a) inexistência da lei nacional para uniformizar, sistematizar e detalhar a forma e o conteúdo para sua elaboração, bem como os mecanismos permanentes para seu monitoramento, revisão e controle, em desconformidade com o art. 174, §1º, da CF;

b) utilização de formas jurídicas precárias (decretos, resoluções ou, até mesmo, meros relatórios) que, além de reduzir o debate democrático com o Parlamento, não conferem continuidade do plano no longo prazo, o que gera muitas vezes seu abandono diante das trocas de gestão;

c) fragilidades na etapa de elaboração desses planos, como a: i) ausência de diagnósticos e estudos de impactos e viabilidade técnica, econômica, financeira e ambiental, bem como; ii) inexistência de critérios para a seleção dos projetos e obras públicas que serão integrados no plano, de modo que, em muitos casos, constatam-se a escolhas com menos retornos sociais que outras, sem a apresentação de justificativas;

d) deficiências nos componentes dos planos, como metas e indicadores inexistentes ou de baixa qualidade, o que inviabiliza seu monitoramento para o alcance dos objetivos e resultados pretendidos;

e) ausência de integração entre os planejamentos para os diferentes setores de uma mesma área da infraestrutura; como, por exemplo, a incompatibilidade identificada entre os diversos modais de transportes (como rodovias, portos e aeroportos) no âmbito do Plano Nacional de Logística – PNL e do Planejamento Integrado de Transportes – PIT.

11. No âmbito do TCU, foi possível verificar precedentes com o objetivo de aprimorar planejamento da Administração, tanto em relação à elaboração como ao

⁹⁷⁰ Como exemplos: de plano nacional, tem-se a Estratégia Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – ENDES; de plano regional, o Plano Regional de Desenvolvimento do Nordeste – PRDNE, e; de plano setorial, o Plano Setorial de Transportes Terrestres – PSTT.

cumprimento dos instrumentos planejados, embora não se invoque expressamente a “legitimidade” como parâmetro de controle.

No entanto, nesses casos, diante do caráter discricionário do planejamento, houve uma forte oscilação da Corte a respeito da natureza recomendatória ou obrigatória das suas decisões sobre o tema, mesmo em casos de afrontas graves a requisitos elementares de planejamento, tais como planos aprovados sem qualquer meta para aferição dos resultados, bem como de reiterados descumprimentos por órgãos e entidades aos planos elaborados pela própria Administração.

Entende-se que falhas identificadas na elaboração do planejamento ou numa execução em descompasso com ele devem dar ensejo, sempre que possível, a decisões dialógicas e colaborativas dos tribunais de contas, privilegiando a competência dos gestores públicos em matérias discricionárias, a ser exercida de modo justificado e em observância aos limites legais.

Mas, também é cabível a atribuição de caráter cogente às decisões dos tribunais de contas, especialmente em casos graves e urgentes, diante do poder geral de cautela já reconhecido a essas instituições pelo STF. Decisões de cunho obrigatório também se justificam diante de práticas reiteradas de afronta ao dever fundamental do adequado planejamento – seja pela constante elaboração de planos sem requisitos básicos para sua execução e monitoramento ou pela inobservância sistemática a diretrizes, objetivos, prioridades e metas planejadas.

Isso porque as normas constitucionais devem ser compreendidas como um conjunto de prioridades duradouras que não podem ser ignoradas por preferências ocasionais de gestões transitórias, inclusive em matéria de planejamento de políticas públicas. O mérito administrativo é sindicável no âmbito da legitimidade, sob o prisma aqui proposto. Não há direito da Administração de não planejar sob o véu da discricionariedade. Além disso, o conteúdo do planejamento, embora dotado de largas possibilidades a critério da gestão pública, não pode ser definido de forma ilimitada, em afronta a objetivos constitucionais. Ainda, as escolhas discricionárias materializadas em instrumentos de planejamento vinculam a execução das ações governamentais, de modo que, embora aquelas escolhas possam ser justificadamente revistas pelos gestores públicos, não há uma liberdade de ignorá-las também sob a invocação da discricionariedade.

12. Por fim, o trabalho demonstrou que o controle de legitimidade, no sentido ora proposto, de reforço ao planejamento estatal, provoca a necessidade de aprimoramentos no desempenho do controle do TCU sobre a infraestrutura. Verificaram-se, em especial, os seguintes pontos de aperfeiçoamento:

12.1. CONCESSÕES, PPPs E OUTRAS PARCERIAS DE INVESTIMENTOS:

Diante do atual constrangimento fiscal dos investimentos públicos, verifica-se uma tendência de ampliação na utilização de modelagens de projetos de infraestrutura por meio de parcerias de investimentos, como concessões e parcerias público-privadas – PPPs. Tais mecanismos, por exemplo, são pilares relevantes do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC III, lançado em 2023 e atualmente o maior programa de obras da Administração Federal.

No entanto, precedentes e atos normativos do TCU analisados demonstram que, em tais casos, a Corte tem focado no microcontrole externo, limitando-se à verificação da regularidade legal e de questões financeiras de atos e procedimentos relacionados a cada contratação pública.

Por exemplo, na área de infraestrutura de transporte, não se realiza a avaliação da compatibilidade das parcerias aos planos setoriais de transporte, a exemplo do Planejamento Integrado de Transportes – PIT e do Planejamento Integrado de Transportes – PIT.

Quanto ao planejamento orçamentário, apenas em relação às PPPs é que se exige a demonstração da aderência do projeto às peças orçamentárias. De todo modo, mesmo nessa hipótese, o TCU avalia apenas se as despesas públicas possuem dotação na LOA, compatibilidade com a LDO e previsão no PPA. As únicas metas invocadas como parâmetro da fiscalização da Corte são as metas fiscais previstas na LDO (resultado nominal, resultado primário e montante de dívida). Não há nenhuma avaliação sobre a aderência das PPPs com as diretrizes, objetivos e metas das políticas e dos programas planejados nas peças orçamentárias, notadamente metas operacionais do PPA 2024-2027.

12.2. ENFRENTAMENTO DAS OBRAS PARALISADAS:

Um dos mais graves problemas da infraestrutura brasileira é a recorrente paralisação de obras públicas no setor. Em 2023, 41% das obras federais estavam

paralisadas, sobretudo por falhas no planejamento da carteira de projetos de infraestrutura da Administração Federal.

A situação prejudicou diretamente outros setores essenciais. Em relação educação, por exemplo, pelo menos 75 mil vagas em creches deixaram de ser oferecidas em virtude da paralisação das obras federais do Programa Proinfância o que prejudicou o cumprimento da meta 1 do PNE⁹⁷¹ e também da meta 4.2 da Agenda 2030 da ONU.

Diante disso, por meio do controle de legitimidade, ao combater as principais falhas do planejamento estatal, o TCU também contribui para a implementação de boas políticas públicas na infraestrutura por meio do enfrentamento do crítico problema das obras paralisadas no país.

Sobre o tema, identificaram-se, ao menos, dois temas cuja atuação do TCU poderia reforçar as medidas de elaboração, monitoramento e revisão do planejamento: i) fiscalização para a implementação de sistemas eficientes de gestão e monitoramento das obras, e; ii) avaliação sobre o início de novas obras sem a existência de recursos para garantir a continuidade daqueles em andamento – isto é, a prioridade de obras em andamento sobre novas obras, que, além de prevista no art. 45 da LRF, foi consagrada também na LDO 2024 (Lei nº 14.79/2023).

12.3. REGULAÇÃO NA INFRAESTRUTURA:

Embora as cortes de contas não possam substituir as agências reguladoras em suas funções finalísticas, o TCU tem exercido o controle externo com base em parâmetros como legalidade, eficiência e economicidade. Mas, o trabalho demonstra oportunidades para a incidência do controle de legitimidade, notadamente quando o TCU se deparar com a deficiência do planejamento estatal em relação a mercados regulados. Isso porque atos de cunho regulatório desprovidos do adequado planejamento também podem frustrar diretrizes, metas e objetivos de políticas públicas, inviabilizando o alcance de prioridades constitucionais.

12.4. EMENDAS PARLAMENTARES:

Além de agravar o constrangimento fiscal dos investimentos públicos, drenando recursos da infraestrutura, as emendas possuem pouca aderência ao planejamento

⁹⁷¹ Plano Nacional de Educação – PNE, aprovado pela Lei nº 13.005/2014.

de políticas públicas, inclusive na área de infraestrutura. A alocação de recursos para obras não costuma observar diretrizes, objetivos, prioridades e metas do PPA e de planos nacionais, regionais e setoriais que regem as políticas em infraestrutura, o que atrairia a incidência do controle de legitimidade pelo TCU.

Porém, foi identificado que a própria Corte de Contas tem realizado uma autocontenção nesse papel, especialmente quanto aos recursos de emendas individuais na modalidade transferências especiais, conhecidas como “emendas PIX”. Forma-se, então, um contexto de governança orçamentária incompatível com a necessidade do país por programas de infraestrutura amplos e de longo prazo, pautados por uma visão estratégica das demandas nacionais e pela necessária integração entre os diversos setores da infraestrutura.

O trabalho demonstrou que o regime jurídico das emendas parlamentares não afasta a obrigatoriedade de que tais indicações orçamentárias devem atender ao dever fundamental do adequado planejamento estatal. Por serem de origem federal, os recursos devem obedecer ao planejamento da União, notadamente para o setor da infraestrutura. Os parlamentares não detêm liberdade orçamentária irrestrita. Assim, está na competência do TCU aferir se os recursos alocados via emendas para obras públicas estão em harmonia, por exemplo, com o PPA 2024-2027 e com o Plano Nacional de Logística 2035.

12.5. PRIORIDADE DA INFRAESTRUTURA SUSTENTÁVEL:

O dever do Estado brasileiro de priorizar projetos de infraestrutura sustentável está inserido no contexto da intensificação dos esforços a nível global para conter as mudanças climáticas e os impactos das atividades humanas ao planeta. Representa mais uma camada de checagem do controle de legitimidade: as ações governamentais na infraestrutura devem ser planejadas de modo a atender a princípios, objetivos, diretrizes e metas decorrentes de planos e políticas internas, como a Política Nacional sobre Mudança do Clima – PNMC, bem como internacionais, como o Acordo de Paris e a Agenda 2030 da ONU.

Sobre o tema, oportunidades de aprimoramento da atuação do TCU foram identificadas a partir da análise de casos que demonstram falhas do planejamento do Estado brasileiro, a saber: i) ineficácia da meta da Política Nacional sobre Mudança do Clima – PNMC; ii) falta de aderência entre a aplicação dos recursos e os objetivos

do Fundo do Clima, e; iii) fragilidades do plano de transformação ecológica da Administração Federal.

12.6. PLANEJAMENTO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS:

Recorrente problema da infraestrutura pública no Brasil são as contratações públicas mal planejadas, modeladas a partir de diagnósticos e projetos de baixa qualidade, o que tem contribuído para o elevado número de empreendimentos federais paralisados. O controle de legitimidade, assim, também deve incidir para retroalimentar o planejamento da Administração quanto à governança de licitações e de contratos administrativos para obras e serviços de engenharia.

Esse controle é reforçado a partir Lei nº 14.133/2021, que determina o emprego de relevantes ferramentas para o planejamento de curto, médio e longo prazo das contratações públicas. Citem-se instrumentos como o Plano de Contratações Anual – PCA, o Estudo Técnico Preliminar – ETP, bem como normas que aprimoram os requisitos de projetos de engenharia, a gestão de riscos, o monitoramento de obras e a priorização das contratações públicas sustentáveis.

12.7. PRESTAÇÃO DE CONTAS ANUAIS:

Na óptica da legitimidade, a prestação de contas anuais demanda a evidenciação de que as ações governamentais se destinaram, tanto quanto possível, ao cumprimento de instrumentos de planejamento, como planos nacionais, regionais e setoriais e o conjunto de diplomas orçamentários (PPA, LDO e LOA).

A atuação dos tribunais de contas, seja no parecer prévio das contas do Chefe do Poder Executivo ou na decisão sobre as contas dos demais gestores, demanda um cotejo crítico sobre as diretrizes, objetivos, prioridades e metas inicialmente desenhadas, as ações executadas e os resultados efetivamente verificados.

Diante do crivo da legitimidade, reforça-se o potencial do controle externo de contribuir, sobretudo, com políticas na infraestrutura, setor que demanda planejamento de médio e longo prazo, em diferentes exercícios financeiros, para viabilizar projetos estratégicos para o país, caracterizados por substanciais impactos orçamentários, sociais e econômicos.

Experiências analisadas no âmbito do TCU indicam que o cumprimento do planejamento não tem sido elemento determinante para sua conclusão final em

pareceres sobre as contas presidenciais. Em diferentes casos, constatações graves identificadas pela Corte não foram objeto de ressalvas na conclusão final do seu parecer prévio. Mencione-se, como exemplo, a execução de investimentos em infraestrutura sem previsão no PPA e a sucessiva e crescente frustração do orçamento para saneamento básico ao longo dos anos – num país onde metade da população ainda não tem acesso à coleta de esgoto.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus. *Teoria dos gastos fundamentais: orçamento público impositivo da elaboração à execução* São Paulo: Almedina, 2021.

ALBUQUERQUE, Caio. O futuro dos contratos de concessão: entre a flexibilidade e segurança jurídica. *Jota*, São Paulo, 23 de abril de 2024.

ALMEIDA, Dayson Pereira Bezerra de; BIJOS, Paulo Roberto Simão. Planejamento e orçamento no Brasil: propostas de inovação. In: SALTO, Felipe Scudeler; PELLEGRINI, Josué Alfredo (orgs). *Contas públicas no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 395-415.

ALVES, Francisco Sérgio Maia. O ativismo na atuação jurídico-administrativa do Tribunal de Contas da União: estudo de casos. *Revista de Informação Legislativa (RIL) do Senado Federal*, Brasília, ano 53, n. 209, p. 303-328, jan./mar. 2016.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coords.) *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ARAÚJO, Andréa Naritza Silva Marquim de. *Estratégias de integração e coordenação governamental: propostas para superar os desafios inerentes à implementação do investimento público em infraestrutura no Brasil – XII Prêmio SOF – 3º Lugar*. Brasília: Secretaria de Orçamento Federal – SOF, 2023.

ARAÚJO, Cláudia Costa; ALVES, Marília Souza Diniz. Termo de Ajustamento de Gestão: resgate do pensamento tópico pelo Direito Administrativo pós-moderno. *Revista TCEMG*, Belo Horizonte, v. 84, n. 3, p. 81-92, jul./set. 2012.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INFRAESTRUTURA E INDÚSTRIAS DE BASE – ABDIB. *Livro azul da infraestrutura: uma radiografia dos projetos de infraestrutura no Brasil – Edição 2022*. São Paulo: ABDIB, 2022.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INFRAESTRUTURA E INDÚSTRIAS DE BASE – ABDIB. *Livro azul da infraestrutura: uma radiografia dos projetos de infraestrutura no Brasil – Edição 2023*. São Paulo: ABDIB, 2023.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE RESÍDUOS E MEIO AMBIENTE – ABREMA; PRICEWATERHOUSECOOPERS – PWC BRASIL. *Índice de Sustentabilidade da Limpeza Urbana Edição 2023*. São Paulo: PwC Brasil, 2023.

ASSOCIAÇÃO DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL – ATRICON. *Anexo Único da Resolução ATRICON 02/2014. Diretrizes de Controle*

Externo ATRICON 3202/2014. *Controle externo concomitante: instrumento de efetividade dos tribunais de contas do Brasil*. Fortaleza: ATRICON, 2014.

BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. Revisada e atualizada por Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BANCO MUNDIAL. *De volta ao planejamento: como preencher a lacuna de infraestrutura no Brasil em tempos de austeridade*. Washington D.C.: Banco Mundial, 2017.

BANCO MUNDIAL. *Doing Business 2020: comparing business regulation in 190 economies*. Washington: Banco Mundial, 2020.

BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL – BNDES. *Fundo Nacional sobre Mudança do Clima – FNMC – Relatório Anual de Prestação de Contas – 2022*. Brasília: BNDES, 2023.

BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL – BNDES. *Maior estruturador de projetos do mundo, BNDES registra lucro líquido recorde em 2021*. Agência BNDES de Notícias, Rio de Janeiro, 25 de fevereiro de 2022.

BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL. *Estudos Especiais do BNDES – Estudo Especial nº 14/2014 – O Novo Fundo Clima e o meio ambiente na nova política de desenvolvimento: funding mais estável e novos eixos de atuação*. Rio de Janeiro: BNDES, 2024.

BARROSO, Luís Roberto. *Tribunais de contas: algumas incompetências*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 203, p. 131-140, jan./mar. 1996.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BATISTA, Joana Paula. *Portaria 142 do CNJ: comitê de resolução de disputas judiciais de infraestrutura*. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 24 de junho de 2022.

BELLEGRARDE, Marina Tanganelli. *O Direito Financeiro e a proibição de retrocesso social na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.

BEMERGUY, Marcelo. *O papel do controle externo na regulação de serviços de infraestrutura no Brasil*. In: TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. *Regulação de serviços públicos e controle externo*. Brasília: TCU, 2008.

BERCOVICI, Gilberto. *Estado, planejamento e Direito Público no Brasil contemporâneo*. In: CARDOSO JÚNIOR., José Celso; SANTOS, Eugênio A. Vilela dos (orgs.) *PPA 2012 – 2015: experimentalismo institucional e resistência burocrática*. Brasília: IPEA, 2015.

BERCOVICI, Gilberto. Infraestrutura e Desenvolvimento. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael (coords.). *Elementos de Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015, p. 17-26.

BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. A Constituição Dirigente invertida: a blindagem da Constituição Financeira e a agonia da Constituição Econômica. *Boletim de Ciências Económicas da Universidade de Coimbra*, Coimbra, vol. XLIX, p. 57-77, 2006.

BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael (coords.). *Elementos de Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRANDÃO, Carlos; WERNER, Deborah. Infraestrutura e produção social do espaço: anotações sobre suas principais mediações teóricas. *Revista Brasileira de Gestão e Desenvolvimento Regional*, Taubaté, v. 15, n. 5, p. 287-301, set-dez/2019.

BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos tribunais de contas. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 8, p. 8-21, jul./dez. 2014.

BROCHADO, Mariah; BATISTA JÚNIOR, Onofre (orgs.). *Direito administrativo entre tradição e transformação: os desafios da gestão pública no Estado de Direito contemporâneo – uma homenagem a Cristiana Fortini*. Belo Horizonte: Dialética, 2023.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (orgs.). *Políticas públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-49.

BUCKLEY, Julia. Os mais espetaculares locais de pouso ao redor do mundo; conheça 15 deles. *Uol*, São Paulo, 24 de outubro de 2021.

CABRAL, Dafne Reichel. *Os tribunais de contas e o direito à boa administração pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

CABRAL, Flávio Garcia. O ativismo de contas do Tribunal de Contas da União (TCU). *Revista de Direito Administrativo, Infraestrutura, Regulação e Compliance*, São Paulo, n. 16, ano 5, p. 215-257, jan./mar. 2021.

CABRAL, Flávio Garcia. Planejar, planejar e planejar: o futuro da nova Lei de Licitações. *Jota*, São Paulo, 15 de fevereiro de 2014.

CÂMARA BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO – CBIC. *Impacto econômico e social da paralisação das obras públicas*. Brasília: CBIC, 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Orçamento aprova com ressalvas as contas de Dilma de 2014, 2015 e 2016. *Agência Câmara Notícias*, Brasília, 22 dezembro de 2022.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 9163/2017 – Inteiro teor*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2023.

CAMELO, Bradson; NÓBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Charles L. de. *Análise econômica das licitações e contratos: de acordo com a Lei nº 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações)*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2022.

CAMPOS, Pedro Henrique Pedreira. *A Ditadura dos Empreiteiros: as empresas nacionais de construção pesada, suas formas associativas e o Estado ditatorial brasileiro, 1964-1985*. 2012. Tese (Doutorado em História Social) – Universidade Federal Fluminense – UFF, Niterói, 2012.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARAM, Bernardo. Incentivos da União a montadoras somam R\$ 69 bilhões de 2000 a 2021. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 12 de janeiro de 2021.

CARDOSO JÚNIOR, José Celso (org.). *Planejamento Brasil Século XXI: inovação institucional e refundação administrativa elementos para o pensar e o agir*. Brasília: IPEA.

CARDOSO JÚNIOR, José Celso; SANTOS, Eugênio A. Vilela dos (orgs.) *PPA 2012 – 2015: experimentalismo institucional e resistência burocrática*. Brasília: IPEA, 2015.

CARNAES, Mariana. A Instrução Normativa 91: a solução consensual na pauta do TCU. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 26 de março de 2023.

CARROL, Lewis. *Alice no país das maravilhas*. Trad. Clélia Regina Ramos. Versão para eBook. Petrópolis: Editora Arara Azul, 2002.

CARVALHO, André Castro. *Direito da infraestrutura: perspectiva pública*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

CARVALHO, Fábio Rogério. A era do consensualismo – uma oportunidade de não caminhar em círculos. *Agência INFRA*, 15 de setembro de 2023.

CARVALHO, Leonardo Henrique de; CLEMENTINO, Marco Bruno de Miranda; BEZERRA NETO, Bianor Arruda; LINS, Robson Maia (coords). *O futuro do direito administrativo: estudo em homenagem ao prof. Edilson Nobre*. São Paulo: Noeses, 2023.

CASTELLAN, Felipe Amorim; PEDRA, Adriano Sant'Ana. As contribuições da nova Lei do Governo Digital para a fiscalização da Administração Pública e a (in)constitucionalidade da restrição de aplicação a Estados, Municípios e Distrito Federal. *Revista Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 24, n. 133, p. 145-166, maio/jun. 2022.

CHANG, Ha-Joon. *Chutando a escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica*. Trad. Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Editora UNESP, 2004.

COELHO, Gabriela. União pede condenação do Rio por problemas nas obras das Olimpíadas. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 20 de abril de 2019.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS MUNICÍPIOS – CNM. CNM atua no Congresso pela criação de um Conselho de Gestão Fiscal. *Portal CNM*, Brasília, 26 de outubro de 2023.

CONGRESSO NACIONAL. *Contas da Presidência*. Brasília: Congresso Nacional, 2024. Disponível em: <<https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-orcamentarias/contas-da-presidencia>>. Acesso em 29 abr. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. *Estatísticas Processuais de Direito à Saúde*. Brasília: CNJ, 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. *Mapa Anual dos Precatórios – 2019 – Por Ente Devedor*. Brasília: CNJ, 2023.

CONSULTORIA DE ORÇAMENTO E FISCALIZAÇÃO FINANCEIRA DA CÂMARA DOS DEPUTADOS – CONOF/CD; CONSULTORIA DE ORÇAMENTO E FISCALIZAÇÃO FINANCEIRA DO SENADO FEDERAL – CONORF/SF. *Nota Técnica Conjunta nº 3/2019 – Subsídios para a apreciação do projeto de lei do plano plurianual para o período de 2020 a 2023 – PLN nº 21/2019*. Brasília: Congresso Nacional, 2019.

CONSULTORIA DE ORÇAMENTO E FISCALIZAÇÃO FINANCEIRA DA CÂMARA DOS DEPUTADOS – CONOF/CD; CONSULTORIA DE ORÇAMENTO E FISCALIZAÇÃO FINANCEIRA DO SENADO FEDERAL – CONORF/SF. *Nota Técnica Conjunta nº 4/2023 – Subsídios para a apreciação do projeto de lei do plano plurianual para o período de 2024 a 2027 – PLN nº 28/2023*. Brasília: Congresso Nacional, 2023.

COSTA, Antônio França da. *Controle de legitimidade do gasto público pelos tribunais de contas no Brasil*. Belo Horizonte: Dialética, 2020.

COUTO, Leandro Freitas; JR CARDOSO, José Celso. Planejamento, governança orçamentária e emendas parlamentares: como conciliar racionalidade técnica, participação social e legitimidade política. *Fundação Getúlio Vargas – Cadernos Gestão Pública e Cidadania – Blog Gestão, Política & Sociedade*, São Paulo, 28 de março de 2024.

CRAIDE, Sabrina. Governo lança Novo PAC e triplica investimentos em infraestrutura. *Agência Brasil – EBC*, Brasília, 11 de agosto de 2023.

CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da. *Controle de sustentabilidade pelos Tribunais de Contas*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016.

CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da. Termo de ajustamento de gestão, um instrumento essencial em processos de controle externo não adversariais. In: LIMA, Luiz Henrique; SARQUIS, Alexandre Manir Figueiredo (coords). *Processos de controle externo: estudos de ministros e conselheiros substitutos dos tribunais de contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 237-261.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DAL POZZO, Augusto Neves. Ensaio sobre a visão contemporânea do princípio da atualidade nos serviços públicos. In: CARVALHO, Leonardo Henrique de; CLEMENTINO, Marco Bruno de Miranda; BEZERRA NETO, Bianor Arruda; LINS, Robson Maia (coords.). *O futuro do direito administrativo: estudo em homenagem ao prof. Edilson Nobre*. São Paulo: Noeses, 2023, p. 305-323.

DAL POZZO, Augusto Neves. *O Direito Administrativo da Infraestrutura*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

DANTAS, Bruno. *Consensualismo na Administração Pública e regulação: reflexões para um Direito Administrativo do século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

DANTAS, Bruno. O risco de “infantilizar” a gestão pública. *O Globo*, Rio de Janeiro, 6 de janeiro de 2018.

DARON, Acemoglu; ROBINSON, James. A. *Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza*. Trad. Cristiana Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

DE NEGRI, João Alberto; ARAÚJO, Bruno César; BACELETTE, Ricardo (orgs.). *Desafios da nação: artigos de apoio – volume 1*. Brasília: IPEA, 2018.

DEVENS, Natalia. Com contribuições dos municípios e Estado, TCE-ES aprova novo texto TAG para as redes de educação capixaba. *Portal TCE-ES*, Vitória, 15 de março de 2023.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DIAS, Frederico Carvalho. *Avaliação dos impactos causados pela fase de manifestação das partes no processo de fiscalização de obras públicas realizado pelo Tribunal de Contas da União*. Brasília: Biblioteca Digital – TCU, 2011.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 75, p. 101-136, jan./mar. 2020.

DOBBS, Richard; POHL, Herbert. *Infrastructure productivity: how to save \$1 trillion a year*. Chicago: McKinsey Global Institute, 2013.

DUTRA, Pedro; REIS, Thiago. *O soberano da regulação: o TCU e a infraestrutura*. São Paulo: Singular, 2020.

DW BRASIL. Humanidade está numa “espiral de autodestruição”, diz a ONU. *DW Brasil*, 26 de abril de 2022.

ELIAS, Juliana. Investimento em infraestrutura está no menor nível desde 1947 – e deve cair mais. *CNN Brasil*, Brasília, 28 de janeiro de 2021.

ESTADOS UNIDOS. Remarks by National Security Advisor Jake Sullivan on Renewing American Economic Leadership at the Brookings Institution. *Casa Branca*, Washington DC, 27 de abril de 2023.

FAGUNDES, Seabra. Reformas essenciais ao aperfeiçoamento das instituições políticas brasileiras. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, edição especial, p. 87-109, dez. 2013.

FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: Globo, 2008.

FERRAZ, Luciano. *Controle e consensualidade: fundamentos para o controle consensual da Administração Pública (TAG, TAC, SUSPAD, acordos de leniência, acordos substitutivos e instrumentos afins)*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

FERRAZ, Luciano. LINDB consagra controle consensual da administração pública. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 7 de junho de 2018.

FERRAZ, Luciano. Modernização da Administração Pública e auditorias de programas. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, vol. 57, p. 297-304, 2003.

FERRAZ, Luciano. Termo de ajustamento de gestão e o alerta previsto no art. 59, § 1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal: dez anos depois. *Revista Técnica dos Tribunais de Contas*, Belo Horizonte, ano 1, p. 205-214, set. 2010.

FERREIRA, Rodrigo Fernandes de Moraes. Os limites de competência e jurisdição dos Tribunais de Contas. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 20 de setembro de 2020.

FOLLADOR, Sílvia Rodrigues; RICARD, Julie. *Big data para o bem comum*. *GV Executivo*, São Paulo, vol. 18, n. 4, p. 26-29, ago/out 2004.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA – FBSP. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2022: letalidade policial cai, mas mortalidade de negros se acentua em 2021*. São Paulo: FBSP, 2023.

FÓRUM ECONÔMICO MUNDIAL – FEM. *The global risks – Report 2021*. Genebra: FEM, 2021.

FÓRUM ECONÔMICO MUNDIAL. *The Global Competitiveness Index 2017-2018 edition*. Genebra: Fórum Econômico Mundial, 2017.

FREITAG, Patricia; FARIA, Rodrigo Santos de. O planejamento regional no Centro-Oeste brasileiro: ações da SUDECO e a região geoeconômica de Brasília. *Risco – Revista de Pesquisa em Arquitetura e Urbanismo do Instituto de Arquitetura e Urbanismo – IAU-USP*, São Carlos, v. 19, p. 1-21, 2021.

FREITAS, Juarez. As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 35, n. 1, p. 195-217, jan./jun. 2015.

FREITAS, Juarez. Direito Administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 275, p. 25-46, maio/ago. 2017.

FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

FREITAS, Juarez. Interpretação sustentável de leis de elevado impacto nas relações administrativas. *Revista Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, a. 23, n. 127, p. 17-33, mai./jun. 2021.

FREITAS, Juarez. O controle das políticas públicas e as prioridades constitucionais vinculantes. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, vol. 5, n. 8, p. 8-26, jan./jul. 2013.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

FREITAS, Juarez; FREITAS, Thomas Bellini. *Direito e inteligência artificial: em defesa do humano*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

FRISCHTAK, Cláudio. R; MOURÃO, João. Uma estimativa do estoque de capital de infraestrutura no Brasil. In: DE NEGRI, João Alberto; ARAÚJO, Bruno César; BACELETTE, Ricardo (orgs.). *Desafios da nação: artigos de apoio – volume 1*. Brasília: IPEA, 2018, p. 99-132.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS – FGV; INSTITUTO BRASILEIRO DE ECONOMIA – IBRE. Observatório de Política Fiscal – Investimentos Públicos: 1947-2022. *Portal IBRE*, Rio de Janeiro, 8 de agosto de 2023.

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL – FMI. *Brasil – Avaliação da gestão do investimento público*. Washington D.C.: FMI, 2018.

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL – FMI. *IMF Working Paper – The Direct Employment Impact of Public Investment*. FMI: Washington DC., 2021.

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL – FMI. Um impulso coletivo na infraestrutura para dinamizar o crescimento mundial. *IMF Blog*, Washington DC, 24 de novembro de 2020.

FUNDO NACIONAL DE MUDANÇA CLIMÁTICA – FNMC. *Plano Anual de Aplicação de Recursos – PAAR 2022*. Brasília: FNMC, 2023.

FUNDO NACIONAL DE MUDANÇA CLIMÁTICA – FNMC. *Relatório de execução – 2022*. Brasília: FNMC, 2023.

FUNDO NACIONAL DE SAÚDE. Ministério da Saúde realiza segundo repasse complementar da União para pagamento do piso da enfermagem. *Portal do FNS*, Brasília, 29 de setembro de 2023.

FURTADO, Celso. *Desenvolvimento e subdesenvolvimento*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2009.

FURTADO, Celso. *Um projeto para o Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Saga, 1968.

GABARDO, Emerson; CORCOVADO, João Miguel França. Infraestrutura e planejamento como instrumentos da promoção do desenvolvimento econômico sustentável. In: BROCHADO, Mariah; BATISTA JÚNIOR, Onofre (orgs.). *Direito administrativo entre tradição e transformação: os desafios da gestão pública no Estado de Direito contemporâneo – uma homenagem a Cristiana Fortini*. Belo Horizonte: Dialética, 2023, p. 287-300.

GARCIA, Flávio Amaral. Regulação por contrato e a função integrativa das agências. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, Edição Especial – Em homenagem a Lucia Léa Guimarães Tavares, p. 90-115, 2017.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GERACY, Igor Vinícius de Souza. *Desonerações do imposto sobre produtos industrializados: impactos sobre o mercado de trabalho*. 2018. Dissertação (mestrado). Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas e Desenvolvimento. Brasília, 2018.

GIACOMONI, James. *Orçamento público*. São Paulo: Atlas, 2022.

GODINHO, Heloísa Helena Antonácio M.; MARINOT, Márcio Batista; VAZ, Wesley. Impactos da Lei do Governo Digital no controle externo. In: MOTTA, Fabrício; VALLE, Vanice Regina Lírio do (coords.). *Governo digital e a busca por inovação na Administração Pública: a Lei nº 14.129, de 29 de março de 2021*. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 221-238.

GOMES, Helton Simões. Como as robôs Alice, Sofia e Monica ajudam o TCU a caçar irregularidades em licitações. *G1*, São Paulo, 18 de março de 2018.

GONÇALVES, Fernando. A função do controle diante da nova realidade do Estado. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, n. 67, p. 51-71, jan./mar. 1996.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRUBBA, David C. R. P; GOMES, Rafael Martins; DI BELLO, Rafael Carneiro; MELO, Lidiane Pedra Vieira. O iceberg da infraestrutura: como combater a imaturidade, a inviabilidade e a paralisação de obras brasileiras. In: TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL – BRASIL; INSTITUTO BRASILEIRO DE AUDITORIA DE OBRAS PÚBLICAS – IBRAOP. *Controle de infraestrutura pelos tribunais de contas do Brasil*. São Paulo: Transparência Internacional – Brasil, 2023, p. 9-22.

GUERRA, Sergio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 5ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018.

GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB – Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 136-169, nov. 2018.

GUIMARÃES FILHO, Roberto de Medeiros. A evolução do planejamento federal e a participação legislativa. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n. 143, p. 147-185, jul./set. 1999.

GUIMARÃES, Sônia Karam. Desenvolvimento econômico-social e instituições no Brasil. *Civitas: revista de Ciências Sociais*, v. 16, n. 2, p. 259–284, 2016.

HARTUNG, Paulo; MENDES, Marcos; GIAMBIAGI, Fabio Giambiagi. As emendas parlamentares como novo mecanismo de captura de orçamento. *Revista Conjuntura Econômica – FGV Ibre*, v. 75, n. 9, p. 20-22, set. 2021.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HIRSCHMAN, Albert Otto. *Estratégia do desenvolvimento econômico*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961, p. 132-135.

HIRSCHMAN, Albert. *The Strategy of Economic Development*. New Haven: Yale University Press, 1958.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Trad. Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2004.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: why liberty depends on taxes*. Nova Iorque e Londres: W. M. Norton, 1999.

INFRASTRUCTURE TRANSPARENCY INITIATIVE – COST. *Infrastructure Transparency Index Manual*. Nova Iorque: PNUD, 2022.

INSTITUTO DE ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS – INESC. *Fundo Nacional sobre Mudança do Clima: governança, recursos, gestão e desafios*. Brasília: INESC, 2022;

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. 13. *Ação Contra a Mudança Global do Clima*. Brasília: IPEA, 2024. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/ods/ods13.html>>. Acesso em: 23 abr. 2024.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA; COMISSÃO ECONÔMICA PARA AMÉRICA LATINA E O CARIBE – CEPAL. *Avaliação do Fundo Clima*. Brasília: IPEA, 2023.

INSTITUTO DE PESQUISAS ECONÔMICAS APLICADAS – IPAE. *Infraestrutura econômica no Brasil: diagnósticos e perspectivas para 2025*. Brasília: IPEA, 2010.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA – INEP. *Relatório do 4º Ciclo de Monitoramento das Metas do Plano Nacional de Educação 2022*. Brasília: INEP, 2022.

INSTITUTO RUI BARBOSA – IRB. NBASP 3000 – *Norma para auditoria operacional: norma correspondente à ISSAI 3000 – Standard for performance audit*. Brasília: IRB, 2021.

INSTITUTO RUI BARBOSA – IRB. NBASP 400 – *Princípios de auditoria de conformidade: norma correspondente à ISSAI 300 – Compliance Audit Principles*. Brasília: IRB, 2021.

INSTITUTO RUI BARBOSA – IRB. *Uso de robôs pelos Tribunais de Contas*. IRB, Brasília, 10 de julho de 2020.

INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE – IPPC. *Climate Change 2023: Synthesis report – Summary for policymakers*. Genebra: IPPC, 2023.

INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SUPREME AUDIT INSTITUTIONS – INTOSAI. *GUID 5290 – Guidance on Audit of the Development and Use of Key National Indicators*. Copenhague: INTOSAI, 2019.

INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SUPREME AUDIT INSTITUTIONS – INTOSAI. *ISSAI 3000 – Norma para Auditoria Operacional*. Trad. TCU. Copenhague: INTOSAI, 2017.

INTERNATIONAL TRADE ADMINISTRATION – ITA. *Brazil – country commercial guide – market challenges, 2023*. Washington: ITA, 2023.

IOCKEN, Sabrina Nunes. *Controle compartilhado das políticas públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Tribunais de contas do Brasil*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

JARDIM, Lauro. Clima de tensão crescente entre Paes e o governo Lula por causa do Galeão. *O Globo*, São Paulo, 7 de agosto de 2023.

JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

JR. CARDOSO, José Celso (org.). *A reinvenção do planejamento governamental no Brasil*. Brasília: IPEA, 2011.

LANNON, Carlos de. Ministro diz que restrição de voos no Santos Dumont será por projeto de lei, e Paes cobra agilidade. *G1*, São Paulo, 7 de agosto de 2023.

LARGHI, Nathália. Consumidores lucram com a venda de informações sobre si mesmos. *Valor Investe*, São Paulo, 3 de julho de 2022.

LAVOURAS, Maria Matilde. A inteligência artificial e os robôs inteligentes: emergência de um novo índice de capacidade contributiva? *Revista JULGAR*, Lisboa, n. 45, p.139-157, set./dez. 2021.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

LEÃO, Rodrigo; NOZAKI, William. A Petrobras no mar: uma história de incertezas e sucessos orientados pelo Estado Nacional. In: SILVA, Mauro Santos; SCHMIDT, Flávia de Holanda; KLIASS, Paulo (orgs.). *Empresas estatais: políticas públicas, governança e desempenho*. Brasília: IPEA, 2019, p. 297-365.

LEMOS, Leany; MENEZES, Daiane; SERVO, Luciana (orgs.). *Reconstrução do planejamento nacional*. Brasília: Ministério do Planejamento e Orçamento, 2024.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. Trad. Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2002.

LOUZADA, José Ricardo Tavares. As transferências governamentais obrigatórias da união para os estados, distrito federal e municípios: fontes, aplicação e fiscalização. *Revista Organização Sistêmica*, Curitiba, vol.2, n.1, p. 119-139, jul./dez. 2012.

LOVISI, Pedro. Jequitinhonha recebe fortuna do lítio sem plano de Lula e Zema contra pobreza. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 2 de agosto de 2023.

LÜBKE, Mariane Yuri Shiohara. *Planejamento multidimensional e desenvolvimento sustentável*. Curitiba: Íthala, 2022.

MACHADO, Carlos Maurício Ruivo; BRAGA, Marcus Vinicius de Azevedo. Desafios na retroalimentação do planejamento: obstáculos e sinergias com as ações dos órgãos de controle. In: CARDOSO JÚNIOR, José Celso (org.). *Planejamento Brasil Século XXI: inovação institucional e refundação administrativa elementos para o pensar e o agir*. Brasília: IPEA, 2015, p. 337-364.

MAFFINI, Rafael. Administração pública dialógica (proteção procedimental da confiança): em torno da Súmula Vinculante nº 3, do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 253, p. 159-172, jan./abr. 2010.

MAIA, Flávia. Julgamento do FGTS no STF tem dois votos para equiparar correção à da poupança. *Jota*, São Paulo, 20 de abril de 2023.

MAIETO, Rosano Pierre. Administração Pública dialógica e tribunais de contas: novas perspectivas do controle externo prospectivo. *Revista Simetria*, São Paulo, v. 1, n. 8, p. 64-74, 2021.

MARIANA, Andrade. Rio: governo construirá muros de 30 cm de espessura na Linha Vermelha. *Metrópoles*, Brasília, 10 de agosto de 2023.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Diálogos fora de esquadro: o controle das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 120, p. 203-236, jan./jun. 2020.

MARTELLO, Alexandre. Para reduzir fila do INSS, governo institui gratificação a servidores por processo analisado. *G1*, Brasília, 26 de abril de 2022.

MASSONETTO, Luís Fernando. Aspectos macrojurídicos do financiamento da infraestrutura. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael (coords.). *Elementos de Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015, p. 27-52.

MATHIAS, João Felipe Cury; YOUNG, Carlos Eduardo Frickmann; COUTO, Lilia Caiado; ALVARENGA JUNIOR, Marcio. *Green New Deal* como estratégia de desenvolvimento pós-pandemia: lições da experiência internacional. *Revista Tempo do Mundo – IPEA*, Brasília, n. 26, p. 146-173, ago. 2021.

MÁXIMO, Wellton. Entenda o Plano de Transformação Ecológica lançado na COP28. *Agência Brasil – EBC*, Brasília, 7 de dezembro de 2023.

MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 20ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENEZES, Maiá. Castro e Paes pedem que Santos Dumont tenha voos só para SP e Brasília. *Veja*, São Paulo, 25 de abril de 2023.

MICHAELIS DICIONÁRIO BRASILEIRO DA LÍNGUA PORTUGUESA. *Infraestrutura*. São Paulo: Editora Melhoramento, 2022.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. *Boletim mensal sobre os subsídios da União: uma análise dos subsídios (gastos) tributários da União: evolução e comparação internacional*. Brasília: Ministério da Economia, 2019.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. *Manual Técnico do Plano Plurianual 2020-2023*. Brasília: Ministério da Economia, 2020.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. *Balanço Geral da União 2022 - Demonstrações Contábeis Consolidadas da União*. Brasília: Ministério da Fazenda, 2023.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. *Dados abertos – Movimentação e Tempos de Despachos Aduaneiros*. Brasília: Ministério da Fazenda, 2024. Disponível em: <<https://dados.gov.br/dados/conjuntos-dados/movimentao-e-tempos-de-despachos-aduaneiros>>. Acesso em: 29 abr. 2024.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. Gastos com subsídios, subvenções e incentivos fiscais. *Portal Tesouro Nacional Transparente*, Brasília, 20 de abril de 2024.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. *Relatório de avaliação do cumprimento das metas fiscais – 2ª quadrimestre de 2023*. Brasília: Tesouro Nacional, 2023.

MINISTÉRIO DA GESTÃO E DA INOVAÇÃO EM SERVIÇOS PÚBLICOS – MGISP. *Painel de obras*. Brasília: MGISP, 2024. Disponível em: <<https://obras.paineis.gov.br/>>. Acesso em: 29 abr. 2024.

MINISTÉRIO DA GESTÃO E DA INOVAÇÃO EM SERVIÇOS PÚBLICOS – MGISP. *Painel do obrasgov.br – Cadastro Integrado de Projetos de Investimento*. Brasília: MGISP, 2024. Disponível em: <<https://clusterqap2.economia.gov.br/extensions/painel-cipi/painel-cipi.html>>. Acesso em: 29 abr. 2024.

MINISTÉRIO DA GESTÃO E DA INOVAÇÃO EM SERVIÇOS PÚBLICOS – MGISP. *Transferegov*. Brasília: MGISP, 2024. Disponível em: <<https://portal.transferegov.sistema.gov.br/portal/home>>. Acesso em: 26 mar. 2024.

MINISTÉRIO DA GESTÃO E DA INOVAÇÃO EM SERVIÇOS PÚBLICOS – MGISP. *Conheça o Cadastro Integrado de Projetos de Investimento – Obrasgov.br*. Portal Brasília: MGISP, 2023. Disponível em: <<https://www.gov.br/transferegov/pt-br/obrasgov/sobre>>. Acesso em: 28 abr. 2024.

MINISTÉRIO DA INFRAESTRUTURA. *Plano Nacional de Logística 2035 – Resumo do relatório executivo*. Brasília: Ministério da Infraestrutura, 2019.

MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL – MPS. *Boletim Estatístico da Previdência Social – Janeiro 2023 – Volume 28 – Número 01*. Brasília: MPS, 2023.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE E MUDANÇA DO CLIMA – MMA. *Contribuição Nacionalmente Determinada (NDC) para o Acordo de Paris no âmbito da UNFCCC*. Brasília: MMA, 2023.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE E MUDANÇA DO CLIMA – MMA. *Pretendida Contribuição Nacionalmente Determinada para consecução do objetivo da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima. Anexo – Informação adicional sobre a INDC apenas para fins de esclarecimento*. Brasília: MMA, 2016.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO E ORÇAMENTO – MPO. *Manual Técnico de Orçamento – MTO 2024*. Brasília: MPO, 2024.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO E ORÇAMENTO – MPO. *Manual Técnico do Plano Plurianual 2024-2027*. Brasília: Ministério do Planejamento e Orçamento, 2023.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO – MPDG. *Estratégia Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – ENDES 2020-2031*. Brasília: MPDG, 2018.

MONTESANTI, Beatriz. *Além dos EUA: como a Cambridge Analytica atuava em eleições pelo mundo*. UOL, São Paulo, 24 de março de 2018.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A Administração Pública consensual: mutações do Direito Administrativo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Cidadania e administração de resultados: direito administrativo e o controle prospectivo no planejamento e nas ações do Estado*. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *novas mutações juspolíticas: em memória de Eduardo García de Enterría, jurista de dois mundos*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 75-84.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *novas mutações juspolíticas: em memória de Eduardo García de Enterría, jurista de dois mundos*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade – finalidade – eficiência – resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MOREIRA, Pedro. *Conheça a trajetória do fundador do Wikileaks, Julian Assange*. Agência Brasil – EBC, Brasília, 23 de agosto de 2023.

MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (orgs). *Desenvolvimento nacional: por uma agenda propositiva e inclusiva*. Curitiba: Íthala, 2020.

MOTTA, Fabrício; VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coords.). *Governo digital e a busca por inovação na Administração Pública: A Lei nº 14.129, de 29 de março de 2021*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

MUNICÍPIO DE GUARULHOS. Guti obtém o apoio de vereadores em ação no TCU contra restrição de voos entre Guarulhos e Santos Dumont. *Portal da Prefeitura de Guarulhos*, Guarulhos, 18 de setembro de 2023.

MURICI, Gustavo Lanna. *A legitimidade financeira no controle de incentivos fiscais*. 2024. 409 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2024.

NAGEL, José. Normas gerais sobre fiscalização e julgamento a cargo do TCU. *Revista do TCU*, Brasília, v. 28, n. 74, p. 31-49, out/dez. 1997.

NASCIMENTO, Houldine. Entenda como será gasto o Orçamento de R\$ 5,5 trilhões em 2024. *Poder 360*, Brasília, 28 de outubro de 2023.

NASCIMENTO, Houldine; BENEVIDES, Gabriel. Brasil segue com 2º maior juro real após corte de 0,25 p.p na Selic. *Poder 360*, Brasília, 8 de maio de 2024.

NETO, Giuseppe Giamundo. *As garantias do processo no Tribunal de Contas da União: princípios constitucionais, Código de Processo Civil/2015 e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: LINDB*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

NEUKOM, Raphael; STEIGER, Nathan; GÓMEZ-NAVARRO, Juan José et al. No evidence for globally coherent warm and cold periods over the preindustrial Common Era. *Nature*, vol. 571, p. 550-554, jul. 2019.

OBSERVATÓRIO DO CLIMA. *Análise das emissões de gases de efeito estufa e suas implicações para as metas climáticas do Brasil – 1970-2021*. Brasília: Observatório do Clima, 2023.

OLIVEIRA, Aroldo Cedraz de. *O controle da Administração Pública na Era Digital*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

OLIVEIRA, Gustavo Justino; RAZZINI, Felipe. Em busca da desjudicialização dos litígios públicos. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 18 de novembro de 2020.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

OLIVIERI, Cecília. *A atuação dos controles interno e externo ao executivo como condicionante da execução de investimento em infraestrutura no Brasil*. Brasília: IPEA, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Objetivos de Desenvolvimento Sustentável*. Brasília: ONU Brasil, 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Planeta Terra teve o trimestre mais quente já registrado. *ONU News – Perspectiva Global Reportagens Humanas*, Nova Iorque, 6 de setembro de 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Relatório mostra como crises ambientais colocam gerações futuras sob risco. *ONU News – Perspectiva Global Reportagens Humanas*, Nova Iorque, 27 de abril de 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *World Population Prospects 2022*. Nova Iorque: ONU, 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A ALIMENTAÇÃO E A AGRICULTURA – FAO. *El estado de la seguridad alimentaria y la nutrición en el mundo – versión resumida*. Roma: FAO, 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA ALIMENTAÇÃO E AGRICULTURA – FAO. *The state of food security and nutrition in the world 2022: repurposing food and agricultural policies to make healthy diets more affordable*. Roma: FAO/ONU, 2022.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. *OECD Economic Surveys: Brazil 2018*. Paris: OCDE, 2018.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. O TCU e sua consensualidade controladora. *Jota*, São Paulo, 28 de junho de 2023.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.

PEREIRA, Flávia Pedrosa; SILVA, Eduardo Rodrigues da; PAVANI, Ismael. Investimentos plurianuais: planejando a infraestrutura para o desenvolvimento. In: LEMOS, Leany; MENEZES, Daiane; SERVO, Luciana (orgs.). *Reconstrução do planejamento nacional*. Brasília: Ministério do Planejamento e Orçamento, 2024, p. 215-238.

PEREIRA, Gustavo Leonardo Maia. O Tribunal de Contas da União como regulador de segunda ordem: um estudo de casos sobre o controle da regulação de infraestrutura. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (orgs.). *Tribunal de Contas da União no Direito e na Realidade*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 233-264.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado*. Reforma do Estado e Administração Pública gerencial. Rio de Janeiro: FGV, 2008.

PEREIRA, Vinicius. Juros altos no Brasil podem custar até R\$ 182 bilhões a mais por ano ao país. *CNN Brasil*, São Paulo, 4 de julho de 2023.

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

PEREZ, Marcos Augusto. O mundo que Hely não viu: governança democrática e fragmentação do Direito Administrativo. Diálogo entre a teoria sistêmica de Hely e os paradigmas atuais do Direito Administrativo. In: WALD, Arnaldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (orgs.). *O Direito Administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles*. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 851-869.

PETIT, Tatiana. O gigante que encolheu. *Revista Pesquisa FAPESP*, São Paulo, edição 90, ago. 2003, p. 78-81.

PIMENTEL, Carolina. Lira diz que Câmara não será inerte em ano eleitoral e cobra acordos. *Agência Brasil – EBC*, Brasília, 5 de fevereiro de 2024.

PINTO, Élide Graziane. *Ciclo das políticas públicas e legitimidade compartilhada das escolhas alocativas: um estudo em busca da vinculação à força normativa do planejamento*. In: PINTO, Élide Graziane; SARLET, Ingo Wolfgang; PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; OLIVEIRA, Odilon Cavallari de (orgs.). *Política Pública e Controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 105-134.

PINTO, Élide Graziane. Orçamento secreto é sintoma de arbitrariedade e descontinuidade estruturais. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 19 de abril de 2022.

PINTO, Élide Graziane. Processo legislativo orçamentário sob histórico e recorrente risco de arbitrariedade. In: MOREIRA, Bernardo Motta; BERNARDES JÚNIOR, José Alcione (coords.). *A elaboração legislativa em perspectiva crítica*. Belo Horizonte: ALMG – Escola do Legislativo – Núcleo de Estudos e Pesquisas, 2020, p. 267-322.

PINTO, Élide Graziane; SARLET, Ingo Wolfgang; PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; OLIVEIRA, Odilon Cavallari de (orgs.). *Política Pública e Controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 105-134.

PINTO, Élide Graziane; SCAFF, Fernando Facury. A macrolitigância financeira em defesa dos direitos fundamentais no Supremo. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 7 de novembro de 2018.

PIRES, Breno. Farra ilimitada: depois dos tratores e das escolas fakes, o orçamento secreto patrocina um festival de fraudes no SUS. *Revista Piauí*, São Paulo, Edição nº 190, julho de 2022.

PIRES, Breno. O orçamento secreto bilionário de Bolsonaro banca trator superfaturado em troca de apoio no Congresso. *Estadão*, São Paulo, 8 de maio de 2021.

PIRES, Maria Coeli Simões. Decisão coordenada como instrumento de governança democrática na administração pública federal: reflexões a partir da experiência mineira

de conferência de serviços. In: BROCHADO, Mariah; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Direito Administrativo entre tradição e transformação: os desafios da gestão pública no Estado de Direito contemporâneo – uma homenagem a Cristiana Fortini*. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2023, p. 197-216.

PONTES, Nádia. Como negacionistas influenciam o debate ambiental no Brasil. *DW Brasil*, 30 de junho de 2023.

PORTO DIGITAL. *O que é o Porto Digital*. Recife: Porto Digital, 2024. Disponível em: <<https://www.portodigital.org/paginas-institucionais/o-porto-digital/o-que-e-o-porto-digital>>. Acesso em: 29 abr. 2024.

POSNER, Richard Allen. *The Problems of Jurisprudence*. Cambridge: Harvard University Press, 1990.

PREIS, Marco Antônio. *Teoria dos deveres fundamentais*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Exposição de motivos – Medida Provisória nº 1.174, de 12 de maio de 2023*. Brasília: Presidência da República, 2023.

QUINTELLA, Marcus; SUCENA, Marcelo. *Análise científica da situação dos Aeroportos Galeão e Santos Dumont*. Rio de Janeiro: FGV Transportes, 2023.

RIBEIRO, Maria de Fátima; VINHA, Thiago Degelo. Efeitos socioeconômicos dos tributos e sua utilização como instrumento de políticas governamentais. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FERNANDES, Edison Carlos (coords.). *Tributação, justiça e liberdade*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 653-667.

ROCHA, Igor Lopes. RIBEIRO, Rafael Saulo Marques. Infraestrutura no Brasil: contexto histórico e principais desafios. In: SILVA, Mauro Santos (org.). *Concessões e parcerias público-privadas: políticas públicas para provisão de infraestrutura*. Brasília, IPEA, 2022, p. 23-43.

ROCHA, Igor. Infraestrutura: diagnóstico e propostas. In: SALTO, Felipe; VILLAVÉRDE, João; KARPUSKA, Laura (orgs.). *Reconstrução: o Brasil nos anos 20*. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 434-451.

RODRIGUES, Eduardo; BARCELLOS, Thaís. Guedes diz que retomada virá pelo investimento privado: 'PAC já foi seguido e deu errado'. *Estadão*, São Paulo, 29 de abril de 2020.

RODRIGUES, Walton Alencar. O controle da regulação no Brasil. *Revista do TCU*, Brasília, n. 104, p. 5-16, abril/jun. 2005.

ROSILHO, André. TCU pode colaborar para a edição de leis orçamentárias mais realistas. *Jota*, São Paulo, 6 de outubro de 2021.

ROSILHO, André. *Tribunal de Contas da União – competências, jurisdição e instrumentos de controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2004.

RUI BARBOSA. A exposição de motivos de Rui Barbosa sobre a criação do TCU. *Revista do TCU*, Brasília, v. 30, n. 82, p. 253-262, out/dez 1999.

SADDY, André; GRECO, Rodrigo Azevedo. Termo de Ajustamento de Conduta em procedimentos sancionatórios regulatórios. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 52, n. 206, p. 165-203, abr./jun. 2015.

SALGADO, Eduardo. As lições de Singapura para tornar o Estado mais eficiente. *Revista Exame*, 28 de dezembro de 2015.

SALTO, Felipe Scudeler; PELLEGRINI, Josué Alfredo (orgs). *Contas públicas no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2020.

SALTO, Felipe; VILLAVARDE, João; KARPUSKA, Laura (orgs.). *Reconstrução: o Brasil nos anos 20*. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

SANDER, Frank; GONSTEAD, Mariana Hernandez-Crespo. A dialogue between professors Frank Sander and Mariana Hernandez Crespo: exploring the evolution of the multi-door courthouse. *University of St. Thomas Law Journal*, Mineápolis, vol. 5, p.665-674, 2008.

SANTORO, George. Concessões e PPPs: desvendando os riscos fiscais. *Jota*, São Paulo, 25 de abril de 2024.

SANTOS, Eugênio Andrade Vilela dos. O confronto entre o planejamento governamental e o PPA. In: JR. CARDOSO, José Celso (org.). *A reinvenção do planejamento governamental no Brasil*. Brasília: IPEA, 2011, p. 309-336.

SCAFF, Fernando Facury. As emendas de relator e a isonomia republicana na ADPF 85. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 7 de dezembro de 2020.

SCAFF, Fernando Facury. O controle público de projetos de infraestrutura. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael (coords.). *Elementos de Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015.

SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento Republicano e Liberdade Igual – Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SCAFF, Fernando Facury. Uma introdução à análise macro e microjurídica e as políticas públicas. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 21, n. 83, p. 89-108, jul./set. 2023.

SCAFF, Fernando Facury; CAMPILONGO, Celso. Os sentidos de controle público e de controle social no Brasil. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 24 de outubro de 2023.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; BÁEZ, Saúl Hercán Kritski. O dever de erradicar a pobreza e o direito ao desenvolvimento como parâmetro de avaliação dos Tribunais de Contas: acórdão de parecer prévio n. 287/18 – TCE-PR. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (orgs). *Desenvolvimento nacional: por uma agenda propositiva e inclusiva*. Curitiba: Íthala, 2020, p. 19-36.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Trad. Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

SCHYMURA, Luiz Guilherme. Carta do Ibre: aumento de emendas sinaliza necessidade de nova cultura orçamentária. *Revista Conjuntura Econômica – FGV Ibre*, Rio de Janeiro, vol. 78, n. 4, p. 8-13, abril 2024.

SECRETARIA-GERAL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Índice de Competitividade Global – Sobre o GCI. *Portal Gov.br*, Brasília, Brasília, 31 de outubro de 2022.

SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. *Direito e inteligência artificial: o que os algoritmos têm a ensinar sobre interpretação, valores e justiça*. Itaituba: Editora Foco, 2023.

SENADO FEDERAL – SF. Vacinação infantil despensa no país e epidemias graves ameaçam voltar. *Agência Senado*, Brasília, 20 de maio de 2022.

SENADO FEDERAL. Comissão de Educação, Cultura e Esporte do Senado Federal. Subcomissão Temporária para Acompanhamento da Educação na Pandemia. *Relatório Final*. Brasília: Senado Federal, 2023.

SILVA, Mauro Santos (org.). *Concessões e parcerias público-privadas: políticas públicas para provisão de infraestrutura*. Brasília, IPEA, 2022.

SILVA, Mauro Santos; SCHMIDT, Flávia de Holanda; KLIASS, Paulo (orgs.). *Empresas estatais: políticas públicas, governança e desempenho*. Brasília: IPEA, 2019.

SILVA, Wesley Vaz. Os pilares da estratégia de análise de dados e consumo de informações no TCU. *Revista do TCU*, Brasília, ano 48, n. 137, p. 13-16, set./dez. 2016.

SILVEIRA, Alexandre Coutinho da. *O direito financeiro e a redução de desigualdades*. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

SIMÕES, Edson. Tribunal de Contas. In: MARTINS, Ives Granda da Silva; MENDES, Gilmar; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coords). *Tratado de direito financeiro*. Volume 2. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 234-311.

SOUSA, Diego Carvalho. *Avaliação da correlação entre o planejamento de transportes nacional e os projetos de concessão de infraestrutura: comparação entre os estudos de mercado da concessão da Autoridade Portuária de Santos e o Plano Nacional de Logística*. Brasília: Instituto Serzedello Corrêa – Escola Superior do TCU, 2023.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. O Direito Administrativo entre os clips e os negócios. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coords.) *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 87-93.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda; MONTEIRO, Vera; ROSILHO, André. O valor das decisões do Tribunal de Contas da União sobre irregularidades em contratos. *Revista Direito GV*, v. 13, n. 3, p. 866–890, set./dez. 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (orgs.). *Tribunal de Contas da União no Direito e na Realidade*. São Paulo: Almedina, 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. Agenda 2030 – Painel de Dados. *Portal STF*, Brasília, 30 de abril de 2024.

TADEU, Erivelto. PPPs: recuperação a toda força. *Valor econômico*, São Paulo, 28 de março de 2024.

TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

TORRES, Heleno Taveira; MELO, Suzana Soares. Concessões de serviços públicos e PPPs: aspectos financeiros e tributários. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael (coords.) *Elementos de Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015, p. 115-160.

TORRES, Ricardo Lobo. A legitimidade democrática e o tribunal de contas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 149, p. 31-45, out./dez. 1993.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL – BRASIL; CONSELHO NACIONAL DE CONTROLE INTERNO – CONACI. *Guia de transparência ativa – obras de infraestrutura*. São Paulo: Transparência Internacional – Brasil, 2022.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL – BRASIL; INSTITUTO BRASILEIRO DE AUDITORIA DE OBRAS PÚBLICAS – IBRAOP. *Controle de infraestrutura pelos tribunais de contas do Brasil*. São Paulo: Transparência Internacional – Brasil, 2023.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. “*Sigilos de 100 anos*”: o uso do art. 31 da LAI em negativas. São Paulo: Transparência Brasil, 2022.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. Aprovado acordo de solução consensual com economia de R\$ 579 milhões para os brasileiros em 2023. *Portal TCU*, Brasília, 7 de junho de 2023.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. *As Contas do Governo*. Brasília: Museu do Tribunal de Contas da União, 2024. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/centro-cultural-tcu/museu-do-tribunal-de-contas-da-uniao/tcu-a-evolucao-do-controle/contas-do-governo.htm>>. Acesso em: 30 abr. 2024.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. *ClimateScanner – avaliação global sobre as ações governamentais relacionadas à mudança do clima*. Brasília: TCU, 2024.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. *Fiscobras 2021 – Fiscalização de obras públicas pelo TCU – 25º Ano*. Brasília: TCU, 2021.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. *Fiscobras 2022 – Fiscalização de obras públicas pelo TCU – 26º Ano*. Brasília: TCU, 2022.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. *Fiscobras 2023 – Fiscalização de obras públicas pelo TCU – 27º Ano*. Brasília: TCU, 2023.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. *Guia de uso de inteligência artificial generativa no Tribunal de Contas da União*. Brasília: TCU, 2024.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. *Licitações & Contratos: orientações e jurisprudência do TCU*. 5ª. Ed. Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência, 2023.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. *Manual de auditoria operacional*. 4ª ed. Brasília: TCU, 2020.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. Núcleo de Inteligência Artificial vai enfrentar os novos desafios da era digital. *Portal TCU*, Brasília, 5 de maio de 2023.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. *O TCU e os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – objetivos para transformar nosso mundo*. Brasília: TCU, 2017.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. *O TCU e os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – objetivos para transformar nosso mundo*. Brasília: TCU, 2017.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. *Obras Públicas em 10 Passos*. Brasília: TCU, 2021.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. *Obras Públicas: Recomendações Básicas para a Contratação e Fiscalização de Obras de Edificações Públicas*, 4ª ed. Brasília: TCU, 2014.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. *Plano estratégico do Tribunal de Contas da União 2023-2028*. Brasília: TCU, 2023.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. *Programa de Pós-Graduação – Especialização em Controle Governamental: Tecnologias para Inovação*. Brasília: Instituto Serzedello Corrêa – Escola Superior do TCU, 2024. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/educacao-corporativa/pos-graduacao-e-pesquisa/cursos/especializacao-em-controle-governamental-tecnologias-para-inovacao.htm>>. Acesso em: 27 abr. 2024.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. *Programa de Pós-Graduação – Especialização em Análise de Dados para o Controle*. Brasília: Instituto Serzedello Corrêa – Escola Superior do TCU, 2018. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/ead/course/info.php?id=696>>. Acesso em: 27 abr. 2024.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. *Regulação de serviços públicos e controle externo*. Brasília: TCU, 2008.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. *Relatório da Comissão de Solução Consensual, de 5 de junho de 2023*. Processo nº 006.253/2023-7. Brasília: TCU, 2023.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. *Relatório e Parecer Prévio sobre as contas do Presidente da República 2022*. Brasília: TCU, 2023.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. TCU lança licitação especial para contratação pública de solução inovadora. *Portal TCU*, Brasília, 1 de abril de 2024.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. *Utilização de inteligência artificial na Administração Pública Federal*. Brasília: TCU, 2022.

TRIBUNAL DE CONTAS DE MINAS GERAIS – TCE-MG. *Balanço geral do Estado nº 77590. Parecer prévio. Exercício 2015*. Belo Horizonte: TCE-MG, 2016.

TRIBUNAL DE CONTAS DE MINAS GERAIS – TCE-MG. *Balanço geral do Estado nº 1040601. Parecer prévio. Exercício 2017*. Belo Horizonte: TCE-MG, 2018.

TRIBUNAL DE CONTAS DE MINAS GERAIS – TCE-MG. *Balanço geral do Estado nº 1066559. Parecer prévio. Exercício 2018*. Belo Horizonte: TCE-MG, 2020.

TRIBUNAL DE CONTAS DE MINAS GERAIS – TCE-MG. *Balanço geral do Estado nº 1088786. Parecer prévio. Exercício 2019*. Belo Horizonte: TCE-MG, 2021.

TRIBUNAL DE CONTAS DE SÃO PAULO – TCE/SP. *Painel Concessões de Rodovias*. São Paulo: TCE/SP. Disponível em: <<https://painel.tce.sp.gov.br/pentaho/api/repos/%3Apublic%3Aconcessoes%3Aconcessoes.wcdf/generatedContent?userid=anony&password=zero>>. Acesso em: 28 abr. 2024.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE PERNAMBUCO – TCE-PE. Compromissos com o TCE são formalizados por Termos de Ajuste de Gestão. *Portal TCE-PE*, Recife, 10 de março de 2014.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE – TCE-RN. Uso de inteligência artificial pelos tribunais faz parte do plano de trabalho definido no ENCO. *TCE-RN*, Natal, 20 de setembro de 2023.

TRISTÃO, Conrado. Tribunais de contas e controle operacional da Administração. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (orgs.). *Tribunal de Contas da União no Direito e na Realidade*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 99-112.

ULEN, Thomas; COOTER, Robert. *Direito & Economia*. 5ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

UNIÃO EUROPEIA. *Concretizar o Pacto Ecológico Europeu: rumo a uma Europa com impacto neutro no clima até 2050*. Bruxelas: Comissão Europeia, 2024.

UNIÃO EUROPEIA. *Concretizar o Pacto Ecológico Europeu: rumo a uma Europa com impacto neutro no clima até 2050*. Bruxelas: Comissão Europeia, 2024.

UNIVERSIDADE TECNOLÓGICA FEDERAL DO PARANÁ – UTFPR. Dados são o novo “ouro”? *Portal UTFPR*, Curitiba, 25 de outubro de 2023.

VALIATI, Thiago Priess. A decisão de restringir voos no aeroporto Santos Dumont: uma política pública ou atividade regulatória? *Agência INFRA*, Brasília, 12 de março de 2024.

VALIATI, Thiago Priess; FERREIRA, Pedro Henrique. LINDB, consensualidade e seus impactos na aplicação da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021). In: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael (coords.). *Nova LINDB: proteção da confiança, consensualidade, participação democrática e precedentes administrativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 91-108.

VENTURIN, Mariana Natalli Montenegro. Painel do TCE-ES que usa IA na identificação de obras que tendem a paralisar é apresentado em Cuiabá. *Portal do TCE-ES*, Vitória, 23 de junho de 2023.

VILELA, Pedro Rafael. Governo publica calendário de pagamento de emendas parlamentares. *Agência Brasil – EBC*, Brasília, 23 de fevereiro de 2024.

VINÍCIUS, Lisboa. Informalidade e maior tempo de contribuição dificultam aposentadoria. *Agência Brasil*, Rio de Janeiro, 1 de maio de 2023.

WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (orgs.). *O Direito Administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles*. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

WEBER, Isabella M. *Como a China escapou da terapia de choque: o debate da reforma de mercado*. Trad. Diogo Fernandes. Revisão técnica: Elias Jabbour. São Paulo: Boitempo, 2023.

WHYTE, Chelsea. Green New Deal proposal includes free higher education and fair pay. *Newscientist*, Londres, 12 de fevereiro de 2019.

WILLEMANN, Marianna Montebello. *Accountability democrática e o desenho institucional dos tribunais de contas no Brasil*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

ZYMLER, Benjamin. O Tribunal de Contas da União e o controle das agências reguladoras. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (orgs). *Desenvolvimento nacional: por uma agenda propositiva e inclusiva*. Curitiba: Íthala, 2020, p. 37-50.

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