

O PAPEL DO TRIBUNAL DE CONTAS NA FISCALIZAÇÃO E ESTRUTURAÇÃO DE PPPS À LUZ DO REFERENCIAL TÉCNICO DA PORTARIA TCU Nº 119/2024

*Lara Costa Aldeci de Oliveira*¹

RESUMO

O Tribunal de Contas desempenha um papel *sui generis* no Direito Brasileiro, resultante da combinação entre o contencioso administrativo francês e o sistema de jurisdição única, sendo fundamental na estruturação de políticas públicas. Este artigo visa examinar a influência do Tribunal na Portaria do TCU nº 119, que estabelece um referencial técnico para fiscalizações em concessões públicas. Esse referencial fornece parâmetros cruciais para a análise das Parcerias Público-Privadas (PPPs), abordando aspectos como a matriz de alocação de riscos, o planejamento de licitação e as recomendações referentes às PMIs. O objetivo deste estudo, utilizando o método dedutivo e pesquisa em bibliografias nacionais e internacionais, é avaliar duas perspectivas: a) a importância do Tribunal na elaboração da portaria e b) as recomendações técnicas que podem contribuir para a padronização do instituto. Tanto o órgão de controle externo quanto o conteúdo da Portaria serão analisados, com ênfase na abrangência do controle preventivo exercido pelo Tribunal e na importância do referencial para a estruturação de PPPs no cenário brasileiro. Assim, o trabalho investiga as boas práticas para gestores, ressaltando a relevância da Portaria no fortalecimento da autoridade que a emana e na eficácia de seu conteúdo em um cenário ainda pouco explorado no âmbito jurídico.

Palavras-chave: Tribunal de Contas, Parceria Público-Privadas, Direito, Administração Pública.

1 Graduada do Curso de Direito da Universidade Federal da Paraíba - UFPB, laraaldeci@gmail.com;

INTRODUÇÃO

Não há de modo algum direito natural: essa expressão não passa de uma tolice antiga muito digna do promotor que me perseguiu outro dia, e cujo avô enriqueceu por um confisco de Luís XIV. Só há direito quando existe uma lei proibindo fazer tal coisa, sob pena de punição. Antes da lei, natural é somente a força do leão, ou a necessidade da criatura que tem fome, que tem frio, a necessidade, em suma... Não, as pessoas reverenciadas não passam de tratantes que tiveram a sorte de não serem pegas em flagrante delito. O acusador que a sociedade lança em meu enalço foi enriquecido por uma infâmia... Cometi um crime e fui justamente condenado, mas, salvo esse único ato, o Valenod que me condenou é cem vezes mais prejudicial à sociedade.

Esta ontológica passagem de Stendhal, em “O Vermelho e o Negro”, pauta-se por tudo o que o francês sentia em relação ao judiciário: medo e desconfiança. As diversas passagens literárias servem para entender que há ficções que explicam e justificam os caminhos de organização de um povo.

Em um cenário de desconfiança no Judiciário, surge no Direito Francês o denominado “contencioso administrativo”. Se, de um lado, a Inglaterra, moldada pela “jurisdição una”, invoca o poder do judiciário para a última palavra nas decisões administrativas; por outro, tem-se uma França demarcada pela possibilidade da chamada “coisa julgada administrativa”.

O Brasil, por sua vez, adicionou temperos a padrões já pré-estabelecidos. Ainda que tenha adotado a jurisdição una, ao molde inglês, ainda assim consome e reverbera a possibilidade de o Tribunal de Contas influenciar, de maneira significativa, contratos administrativos, licitações e outros meios afetos à Administração Pública.

Desse modo, entende-se que a importância do Tribunal de Contas perpassa sua função precipuamente atribuída de “controle externo”. Debate-se, discute-se, recomenda-se e fiscalizam-se diversos aspectos da atividade administrativa, como, por exemplo, as políticas públicas.

Neste cenário, o presente trabalho possui a intenção de avaliar a Portaria-TCU nº 119, de 28 de junho de 2024, que estipulou um referencial teórico para controle externo das Parcerias Público-Privadas.

As Parcerias Público-Privadas são uma espécie de concessão especial relacionada, geralmente, a contratos de infraestrutura de longo prazo. O referencial

surge como um parâmetro para os gestores de Estados que possuem dificuldades na execução das parcerias, dotadas de especificidades e boas práticas internacionais pouco difundidas em entes menores, como a matriz de alocação de riscos.

Desse modo, a pesquisa investiga (i) o papel crescente do Tribunal de Contas e seu papel em um novo contexto; (ii) a invocação da Portaria TCU nº 119; e (iii) os impactos da portaria no campo das PPPs. Os resultados são balizados pela importância da Portaria na segurança jurídica e na estruturação dessas parcerias.

REFERENCIAL TEÓRICO

1 O CRESCENTE PAPEL DO TRIBUNAL DE CONTAS

A importância do Tribunal de Contas emerge sobre a qualificação técnica: auditorias, Acórdãos, referenciais, handbooks, manuais de referência em sede de licitações e temas caros à Administração Pública. Desse modo, Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara² entendem que o eixo mais importante do Tribunal de Contas refere-se à capacidade de emitir opiniões e representações.

A CRFB/88 aponta, em seu Art. 70, que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União será exercida pelo Congresso Nacional.

Especificamente, o Art. 71 aponta que esse controle externo será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas, e é estabelecido um rol da competência inerente à Corte. Discute-se, a partir do rol elencado, quais são os limites de atuação da Corte.

Contudo, ainda que se discuta seu escopo no âmbito da tomada de decisões, há um ponto comum entre os cétricos: a palavra do Tribunal de Contas importa. Só no “nicho” de referenciais teóricos, o Tribunal de Contas já disponibilizou contribuições nas temáticas de “Controle de Políticas Públicas”, “Combate à Fraude e à Corrupção”, “Referencial de Controle dos Benefícios Tributários” e “Contratações de Soluções Inovadoras pela Administração Pública”.

2 ROSILHO, André; UNDFELD, Carlos A. **Tribunal de Contas da União no Direito e na Realidade**. São Paulo: Almedina Brasil, 2020. E-book. ISBN 9786556271538. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786556271538/>. Acesso em: 19 nov. 2024.

Assim, em âmbito persuasivo, é notória a importância da expertise do Tribunal de Contas. Rui Barbosa, em tempos pretéritos, já ressaltava que o papel do Tribunal de Contas não deve se tornar inócuo. Vejamos:

O Governo Provisório reconheceu a urgência inadiável de reorganizá-lo; e a medida que vem propor-vos é a criação de um Tribunal de Contas, corpo de magistratura intermediária à administração e à legislatura, que, colocado em posição autônoma, com atribuições de revisão e julgamento, cercado de garantias - contra quaisquer ameaças, possa exercer as suas funções vitais no organismo constitucional, **sem risco de converter-se em instituição de ornato aparatoso e inútil.**³ (Barbosa, 1891, p. 253)

Diante disso, a posição intermediária, vista inicialmente por Rui Barbosa, perpassou o mero condicionamento a um agente imbuído do controle externo. Não é por acaso que o Tribunal de Contas adota um protagonismo em soluções consensuais de conflitos com a instauração, pela Instrução Normativa n. 91, de um controle preventivo, combinado com a solução consensual de conflitos.

No que tange especificamente ao estabelecimento de referenciais técnicos, com forte caráter instrutório e contribuindo para a publicização do seu *modus operandi*, tem-se que a Corte de Contas visa proteger a possibilidade de eventuais problemas. Afinal, o interesse primário é o que deve ser buscado, e o controle “ex ante” torna-se essencial.

Desse modo, a Portaria TCU nº 119 refere-se a um contexto do conhecimento reunido na avaliação de projetos de parceria. Afinal, a máxima de “prevenir é melhor que remediar” ganha escopo no contexto empregado. Desse modo, torna-se pública a informação, bem como eventuais recomendações, para que o parceiro privado entenda, com o órgão, qual é o processo de fiscalização da Corte.

2 A PORTARIA TCU Nº 119: CONTEXTO, OBJETIVOS E INOVAÇÕES

A Portaria TCU nº 119 é estruturada com base no Modelo das Cinco Dimensões (M5D). As cinco dimensões relacionam-se com uma metodologia

3 BARBOSA, Rui. **Exposição de motivos sobre a criação do Tribunal de Contas da União**. Disponível em: <https://www.tcu.gov.br>. Acesso em: 3 dez. 2024.

que acompanha um projeto desde sua estruturação até sua implementação. Analisa-se, com isso, diferentes dimensões fundamentais a cada ciclo de estruturação de determinado projeto, com base em cinco perguntas fundamentais: “O projeto pode ser entregue na prática?”, “O projeto é estrategicamente necessário?”, “O projeto possui custo-benefício positivo para a sociedade?”, “O projeto pode ser custeado?” e “O projeto possui o modelo de contratação mais adequado?”.

Nesse cenário, o referencial teórico estabelecido pelo TCU possui: a) análise da dimensão estratégica; b) análise da dimensão econômica; c) análise da dimensão comercial; d) análise da dimensão financeira; e, por fim, e) análise da dimensão gerencial. Além disso, conta com uma introdução referente à base para a estruturação dos procedimentos, além de anexos referentes à temática.

A introdução é clara ao pontuar que o objetivo do Tribunal de Contas é estabelecer uma avaliação eficaz das políticas públicas. Para tal, destaca-se a importância do princípio da segurança jurídica e da identificação dos parâmetros utilizados por esta Corte nas tomadas de decisões.

Além disso, há preocupação na avaliação do ciclo de vida do projeto com: a) avaliação de pré-viabilidade; b) avaliação de viabilidade; c) contratação; d) implementação e monitoramento; e e) avaliação *ex post* e feedback.

No mais, para o controle do próprio Tribunal de Contas *per se*, faz-se mister estabelecer a motivação da avaliação do item a ser controlado. Como exemplo, o próprio referencial justifica a necessidade de exibição dos documentos necessários ao projeto de parceria.

Não obstante, no âmbito da análise de dimensão estratégica, nota-se que busca-se guiar o gestor para fundamentar sua decisão — a opção pelo projeto de PPP ou concessão comum — da forma mais específica possível. Assim, essa justificativa deve demonstrar que houve o alinhamento do projeto a determinada política pública governamental.

Ora, se é estabelecida a prioridade da administração pública em políticas públicas de iluminação pública e priorizam-se parcerias público-privadas de energia solar, questiona-se se há conformidade com os objetivos estabelecidos. Destaca-se que esta questão também se coaduna com as possibilidades orçamentárias. A priorização de um gasto e a alocação de recursos em outro podem se tornar fatores prejudiciais às efetivas execuções de políticas públicas.

No âmbito da dimensão econômica, o Tribunal de Contas ressalta que o projeto deve possuir o método de análise de custo-benefício. A análise de custo-benefício — social e ambiental — é crucial para a avaliação do impacto da obra e das dimensões dos riscos. Nesse cenário, a análise do denominado “otimismo” do projeto também é um ponto a ser considerado no projeto de infraestrutura. Em suma, o Tribunal de Contas formula questões objetivas que servem de base ao gestor na implementação dos projetos.

Na dimensão comercial, discute-se se o projeto contém o melhor modelo para determinada situação. Como exemplo, parte-se da análise da adequação da utilização de uma parceria público-privada para a estruturação de rodovias ou da possibilidade de utilização da concessão comum. Realiza-se o levantamento da hipótese que mais se adequa ao caso concreto. No Quadro 14, o Tribunal de Contas elenca as vantagens da utilização da parceria público-privada.

O referencial também inova ao pontuar como o processo de adesão ao mercado ao projeto de parceria é realizado. Detalha-se como é feito o portfólio para o projeto, bem como a adequação dos objetivos da proposta às expectativas do mercado. “A adequação da divisão de riscos consubstanciada na matriz de riscos” é destacada. É neste ponto que a ênfase do referencial teórico traz uma inovação: como elaborar a matriz de riscos e a importância desta.

A matriz de alocação de riscos pode ser definida como:

A matriz de alocação de riscos é uma ferramenta que visa estabelecer, de forma clara e objetiva, como os riscos relacionados à execução do contrato serão distribuídos entre as partes envolvidas, ou seja, entre a administração pública contratante e a empresa contratada. Ela busca identificar e definir quais situações de risco serão de responsabilidade de cada uma das partes, a fim de evitar conflitos e controvérsias durante a execução do contrato. (CARVALHO, 2023, parágrafo 22)⁴

Desse modo, o que diferencia, de forma especial, o contrato de parceria público-privada é a alocação de riscos entre o agente público e o agente privado; em completa diapasão com uma concessão comum, em que não há repartição de

4 ALBERTO Maia Carvalho. A importância da matriz de alocação de riscos. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 21 set. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-set-21/alberto-maia-carvalho-importancia-matriz-alocacao-riscos/>. Acesso em: 3 dez. 2024.

riscos. Assume-se a incompletude de o gestor formular, apenas, os riscos. É necessário o detalhamento dessa alocação.

No âmbito da dimensão financeira, há uma análise do impacto no orçamento público, bem como da viabilidade financeira do agente privado. O TCU preocupa-se com a tarifa, nos casos em que a tarifa é um fator a ser considerado (concessão patrocinada). A dimensão financeira volta-se à análise da viabilidade financeira do negócio e do atingimento da política pública.

Por fim, na última dimensão, a dimensão gerencial, o TCU estabelece recomendações referentes à possibilidade de gerenciamento e execução do projeto. Os critérios tentam avaliar se há expertise ou não por parte dos envolvidos para a consecução do projeto. Reitera-se, nesta parte, a alocação de riscos para que eventual reequilíbrio econômico-financeiro do contrato confira previsibilidade.

3 IMPACTOS DA PORTARIA NO CAMPO DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

No âmbito das Parcerias Público-Privadas, nota-se que o referencial técnico surge como um estímulo à difícil estruturação dos contratos de concessão especial. A possibilidade de alinhamento com políticas públicas, análise do custo-benefício, métodos quantitativos, matriz de alocação de riscos, estudos de viabilidade financeira e impactos sociais são medidas essenciais para que a parceria tenha sucesso.

Desse modo, o referencial técnico emerge como a concretização de um princípio notório: a segurança jurídica. Nessa senda, observa-se que:

A expectativa é que o referencial técnico editado pelo TCU permita que as fiscalizações sejam conduzidas com mais objetividade e com maior transparência pelos gestores públicos e, desse modo, garantindo a necessária segurança jurídica às empresas concessionárias. (NOGUEIRA, 2023, parágrafo 10)

Assim, com a utilização de precedentes da Corte, diretrizes internacionais e o princípio da segurança jurídica, o referencial fomenta mecanismos de apoio ao gestor e à própria atuação dos Tribunais nos contratos de parcerias. Não apenas se recomenda as melhores práticas, como também se analisa minuciosamente as razões de determinada questão ser relevante ou não ao controle externo. Desse modo:

O documento estabelece diretrizes unificadas e claras a agentes públicos e privados que lidam com concessões e PPPs, inclusive a partir de exemplos múltiplos retirados da jurisprudência da Corte de Contas. Com isso, estabelece marcos mais seguros juridicamente para o desenvolvimento de projetos, prevenindo conflitos decorrentes de divergências interpretativas mais simples, sem que isso implique qualquer tipo de invasão sobre o espaço de atuação de gestores. (BOGÉA, 2023, parágrafo 6)⁵

Entende-se que o referencial torna-se um marco na atuação dos gestores, reforçando o papel do Tribunal de Contas em um controle mais abrangente, com impactos positivos para a verdadeira solução e orientação dos gestores.

METODOLOGIA

A metodologia empregada partiu do método qualitativo e quantitativo: análise da Portaria n. 119, com o objetivo de descrever a importância do Tribunal de Contas e seu papel no estímulo da segurança jurídica dos projetos de parcerias. Foi realizada uma pesquisa bibliográfica, majoritariamente nacional e relacionada aos aspectos particulares do contexto brasileiro.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Desse modo, destacam-se três resultados: (i) o papel crescente e notório do Tribunal de Contas, (ii) a possibilidade de controle anterior ao ciclo da política pública e (iii) a referência técnica como marco da possibilidade de incremento dos projetos de parceria.

Os projetos de parceria ainda sofrem no que concerne à implementação e gestão. O crescente papel do Tribunal de Contas — ainda que se discuta eventuais limitações — torna-se essencial para a eficácia do projeto.

A intervenção do Tribunal de Contas, imbuído no controle externo, não é fator referente única e exclusivamente a um controle posterior, mas sim um controle preventivo e aliado às dificuldades enfrentadas pelo gestor público.

5 BOGÉA, Daniel. TCU como orientador. *Jota*, São Paulo, 2023. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/o-tcu-como-orientador/>. Acesso em: 3 dez. 2024.

Em temas caros à Administração, como as parcerias público-privadas, a importância do Tribunal de Contas torna-se ainda mais evidente. Busca-se, em momento posterior, a avaliação dos resultados práticos do referencial técnico, com possível utilização do material produzido pelos gestores no momento de elaboração das parcerias.

Há uma patente inovação referente à produção do Tribunal de Contas sobre o tema das parcerias. Sendo os referenciais objeto de análise de todos os tribunais, a contribuição pela elaboração do modelo de 5 dimensões inova ao (a) avaliar todo o ciclo de vida da política pública, (b) detalhar quais são as recomendações do Tribunal sobre temas orçamentário, gerencial etc. e (c) orientar os próprios tribunais na consecução de medidas que sejam uniformizantes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise do contexto do papel do Tribunal de Contas, buscou-se avaliar o seu papel na fiscalização e estruturação das Parcerias Público-Privadas da Portaria n. 119. O Tribunal de Contas tornou-se não apenas um “auxiliar do legislativo”. A expertise dos órgãos públicos e a contribuição para uma Administração Pública gerencial tornam-se uma das formas principais de projetos de difícil execução serem concretizados.

A presente pesquisa teve como objetivo, ainda que de maneira incipiente, fornecer os principais aspectos de inovação inerentes ao referencial teórico. Busca-se, em momentos futuros, avaliar o impacto desse referencial no aprimoramento da gestão e na consecução desses projetos. Apesar da escassez de literatura sobre a temática, a importância do Tribunal de Contas é evidente. Na lógica da confiança na Administração, à la francesa, em obras literárias como *O Vermelho e o Negro*, o Tribunal de Contas deixa as coxias e entra no palco da Administração Pública.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, Alberto Maia. **A importância da matriz de alocação de riscos.** Consultor Jurídico, São Paulo, 21 set. 2023. Disponível em: <https://www.conjur>.

com.br/2023-set-21/alberto-maia-carvalho-importancia-matriz-alocacao-riscos/.

Acesso em: 3 dez. 2024.

BARBOSA, Rui. **Exposição de Motivos ao Decreto Legislativo n.º 966-A, de 7 de novembro de 1890**. In: **Obras Completas de Rui Barbosa**. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1891, p. 253.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Portaria TCU nº 119, de 2024**. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/doc/norma/Portaria/TCU/119/2022/>. Acesso em: 5 dez. 2024.

CAVALLARI, Odilon. **Novas soluções consensuais no TCU**. Consultor Jurídico, São Paulo, 22 jul. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jul-22/odilon-cavallari-novas-solucoes-consensuais-tcu/>. Acesso em: 3 dez. 2024.

BUCCOLO, Márcia Heloísa Pereira da Silva; OKUMURA, Cláudia Klocke Ghini Jorge. **Fiscalizações em concessões públicas e parcerias público-privadas**. Migalhas, 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/412328/fiscalizacoes-em-concessoes-publicas-e-parcerias-publico-privadas>. Acesso em: 3 dez. 2024.

ROSILHO, André; UNDFELD, Carlos A. **Tribunal de Contas da União no Direito e na Realidade**. São Paulo: Almedina Brasil, 2020. E-book. ISBN 9786556271538. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786556271538/>. Acesso em: 19 nov. 2024.

BOGÉA, Daniel. **TCU como orientador**. Jota, São Paulo, 2023. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/o-tcu-como-orientador/>. Acesso em: 3 dez. 2024.